

Nr 31



cena
50 zł
(w tym 8% VAT)

PRAWO i WIĘŹ

LAW & SOCIAL BONDS

KWARTALNIK NAUKOWY ROK IX NUMER 1 (31) WIOSNA 2020 ROK

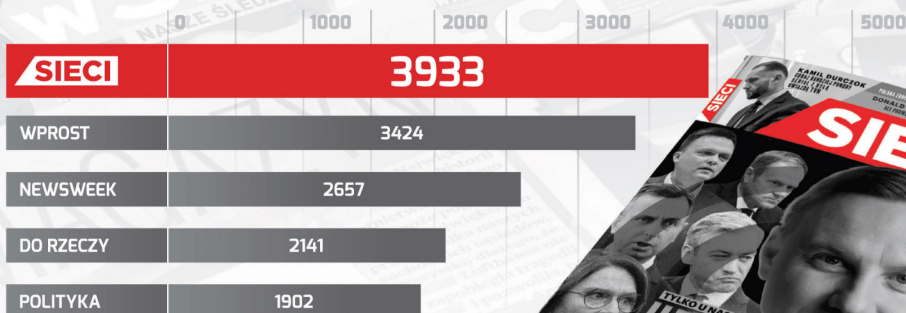
ISSN 2299-405X

<https://doi.org/10.36128/priw.vi31>



SPÓŁDZIELCZY  INSTYTUT NAUKOWY

www.prawoiwiedz.edu.pl • www.sin.edu.pl

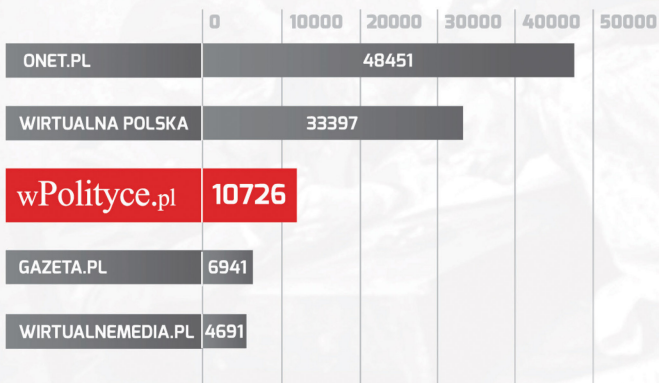


Najbardziej opiniotwórcze tygodniki i dwutygodniki



NAJBARDZIEJ OPINIOTWÓRCZE MEDIA W POLSCE W 2019 r.

Najbardziej opiniotwórcze portale internetowe



PRAWO i WIĘŹ

LAW & SOCIAL BONDS

KWARTALNIK NAUKOWY POŚWIĘCONY PRAWU I BADANIOM SPOŁECZNYM

Journal in Legal and Social Studies

ROK IX NUMER 1 (31) WIOSNA 2020

ISSN 2299-405X

VOL. 9 NO. 1 (31) SPRING 2020

<https://doi.org/10.36128/priw.vi31>

ERIH PLUS

EUROPEAN REFERENCE INDEX FOR THE
HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES

CEJSH THE CENTRAL EUROPEAN JOURNAL
OF SOCIAL SCIENCES AND HUMANITIES

SPÓŁDZIELCZY



INSTYTUT NAUKOWY

PRAWO i WIĘŹ

LAW & SOCIAL BONDS

KWARTALNIK NAUKOWY POŚWIĘCONY PRAWU I BADANIOM SPOŁECZNYM

ROK IX NUMER 1 (31) WIOSNA 2020

ISSN 2299-405X

<https://doi.org/10.36128/priw.vi31>

Rada Programowa:

prof. **Cezary Mik** (UKSW) – przewodniczący
prof. **Jolanta Jabłońska-Bonca** (Akademia Leona Koźmińskiego)
prof. **Zbigniew Cieślak** (UKSW)
dr hab. **Przemysław Dąbrowski** (prof. AP w Słupsku)
ks. prof. **Antoni Dębiński** (KUL)
ks. abp prof. **Andrzej Dzięga** (KUL, SIN)
dr **Marcin Glicz** (AP w Słupsku)
prof. **Tadeusz Jasudowicz** (UMK)
prof. **Jarosław Majewski** (UKSW)
prof. **Marek Michalski** (UKSW)
prof. **Krzysztof Pietrzykowski** (UW, SIN)
dr hab. **Justyn Piskorski** (prof. UMK)
dr hab. **Jadwiga Potrzebacz** (prof. KUL)
prof. **Zbigniew Rau** (UŁ)
prof. **Dariusz Szpopier** (AP w Słupsku)
dr **Marcin Romanowski** (UKSW)
ks. prof. **Krzysztof Warchałowski** (UKSW)

Rada międzynarodowa:

prof. **Arsen Akopian** (Federacja Rosyjska)
prof. **Zenon Bankowski** (Wielka Brytania)
prof. **Irakli Burduli** (Gruzja)
prof. **Christian Hillgruber** (Niemcy)
prof. **Håkan Hydén** (Szwecja)
dr **Bogdan Iancu** (Rumunia)
prof. **Carlos Kete** (Angola)
dr hab. **Zdeněk Koudelka** (Czechy)
prof. **Martin Krygier** (Australia)
prof. **Pablo An Ping Chang Ibarra** (Ekwador)
prof. **Martin Rhonheimer** (Włochy)
prof. **Germano Andre Doederlein Schwartz** (Brazylia)
prof. **Hideki Tarumoto** (Japonia)

Zespół redakcyjny:

dr hab. **Piotr Zakrzewski**, prof. KUL – redaktor naczelny
prof. **Adam Czarnota**, dr **Dominik Bierecki** – zastępcy redaktora naczelnego
dr **Agata Czarnecka** – sekretarz
Olga Nowak-Dziwina – zastępcza sekretarza redakcji
Janusz Ossowski – redaktor zarządzający
Michał J. Czarnecki – redaktor językowy
Andrzej Kozakowski – skład

Prenumerata roczna 200 zł,
cena za jeden zeszyt 50 zł (w tym 8 % VAT),
nakład 55 egz.

Konto Wydawcy: PKO BP
11 1020 1853 0000 9102 0290 1080

Okładka: Jean-Francois Millet, *Sadzenie ziemniaków*

Źródło: Wikipedia Commons

Liczba punktów do oceny parametrycznej jednostek naukowych – 40

Wersja pierwotna jest wersją papierową

Wydawca:

SPÓŁDZIELCZY



INSTYTUT NAUKOWY

Adres:

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

Adres do korespondencji:

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

PRAWO i WIEŹ

LAW & SOCIAL BONDS

Journal in Legal and Social Studies

VOL. 9 NO. 1 (31) SPRING 2020

ISSN 2299-405X

<https://doi.org/10.36128/priw.vi31>

Editorial Board:

- prof. **Cezary Mik** (Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw) – President
prof. **Jolanta Jabłońska-Bonca** (Kozminski University, Warsaw)
prof. **Zbigniew Cieślak** (Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw)
dr. hab. **Przemysław Dąbrowski**, prof. AP (Pomeranian University in Słupsk)
ks. prof. **Antoni Dębiński** (The John Paul II Catholic University of Lublin)
ks. abp prof. **Andrzej Dzięga** (The John Paul II Catholic University of Lublin)
dr. **Marcin Glicz** (Pomeranian University in Słupsk)
prof. **Tadeusz Jasudowicz** (Nicolaus Copernicus University, Toruń)
prof. **Jarosław Majewski** (Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw)
prof. **Marek Michalski** (Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw)
prof. **Krzysztof Pietrzykowski** (University of Warsaw)
dr. hab. **Justyn Piskorski**, prof. UAM (Adam Mickiewicz University in Poznań)
dr. hab. **Jadwiga Potrzezszcz**, prof. KUL (The John Paul II Catholic University of Lublin)
prof. **Zbigniew Rau** (University of Lodz)
prof. **Dariusz Szpoper** (Pomeranian University in Słupsk)
dr. **Marcin Romanowski** (Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw)
ks. prof. **Krzysztof Warchałowski** (Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw)

International Editorial Board:

- prof. **Arsen Akopian** (Yelets State University)
prof. **Zenon Bankowski** (University of Edinburgh)
prof. **Irakli Burduli** (Tbilisi State University)
prof. **Christian Hillgruber** (University of Bonn)
prof. **Håkan Hydén** (Lund University)
dr. **Bogdan Iancu** (University of Bucharest)
prof. **Carlos Kete** (Agostinho Neto University)
dr. hab. **Zdeněk Koudelka** (Masaryk University)
prof. **Martin Krygier** (University of New South Wales)
prof. **Pablo An Ping Chang Ibarra** (University of the Americas)
prof. **Martin Rhonheimer** (Pontifical University of the Holy Cross)
prof. **Germano Andre Doederlein Schwartz** (La Salle University)
prof. **Hideki Tarumoto** (Hokkaido University)

Editorial Team:

- prof. **Piotr Zakrzewski** – Editor-in-Chief
prof. **Adam Czarnota**, dr. **Dominik Bierecki** – Deputy Editors-in-Chief
dr. **Agata Czarnecka** – Assistant Editor
Olga Nowak-Dziwina – Deputy Assistant Editor
Janusz Ossowski – Managing Editor
Michał J. Czarnecki – Proofreading
Andrzej Kozakowski – Layout Editor

Annual subscription: 200 PLN,
price per issue: 50 PLN (8 % VAT included),
printed circulation: 55 copies

Publisher's bank account: PKO BP
11 1020 1853 0000 9102 0290 1080

Journal cover: Jean-Francois Millet, *Potato growers*
Source: Wikipedia Commons

Parametric evaluation of scientific units
– 40 points

The original version is a paper version

Published by:

SPÓŁDZIELCZY



INSTYTUT NAUKOWY

Addresses:

Publisher's office:
Spółdzielczy Instytut Naukowy G. Bierecki sp. j.
ul. Władysława IV 22, 81-743 Sopot, Poland
tel. 58 550 97 50, fax 58 550 96 90
www.sin.edu.pl

Mailing address:

"Law and Social Bonds" editorial office
ul. Władysława IV 22, 81-743 Sopot, Poland
www.prawoiwiedz.edu.pl
e-mail: dominik.bierecki@sin.edu.pl



Spis treści

Civil Law and Commercial Law in Activities of the Administration ...

Grzegorz Kozieł

Civil Law and Commercial Law in Activities of the Administration. Tradition and Modernity in Legal Institutions. Part 2. Introduction 9

Agnieszka Malarewicz-Jakubów, Renata Tanajewska

Public procurement Law – Civil Law under "Coercion" of Administrative Law or Administrative Law on the basis of Civil law? Comments on the Method of Its Regulation and the Nature of Legal Norms..... 12

Michał Zalewski

Providing Land Properties with Access to Public Roads through the Establishment of Easements – Selected Issues within Civil and Administrative Law..... 24

Artur Kokoszkiwicz, Łukasz Bolesta

Institution of a Whistleblower in the Polish Legal System – Meaning and Perspectives in the Area of Public Administration Activities 40

Grzegorz Kozieł

Legal Status of Succession Manager in Terms of Polish Law..... 53

Jędrzej Jerzmanowski

Transfer of Shares in Municipal Companies in the Current Legal Reality, Following the Entry into Force of the State-owned Property Management Rules Act of 2016 67

Agata Barczewska-Dziobek

Organizational and Legal Form of Local Development Tasks – Innovation or Break in the Model of Administration Activities? 82

Tomasz Jasiakiewicz

On the Notion of the Competent State Agency as the Unit Authorized to Demand the Fulfillment of Testamentary Burden, if it is in the Public Interest (Art. 985 of the Civil Code)..... 95

ARTYKUŁY

Iwona Szymczak

Ewolucja konstrukcji prawnej ustawowego zarządu powierzonego wykonywanego przez spółdzielnię mieszkaniową (na podstawie art. 27 ust. 2 u.s.m.) 117

Jan Sobiech

Prawo łaski w Rzeczypospolitej Polskiej okresu międzywojennego 144

Wojciech Engelking

Stan wyjątkowy jako formuła przestrzenna. Amerykańskie więzienie w Abu Ghraib w kontekście filozofii prawa Carla Schmitta..... 167

AUTORZY

Noty o autorach 189



Table of Contents

Civil Law and Commercial Law in Activities of the Administration ...

Grzegorz Koziół

Civil Law and Commercial Law in Activities of the Administration. Tradition and Modernity in Legal Institutions. Part 2. Introduction 9

Agnieszka Malarewicz-Jakubów, Renata Tanajewska

Public procurement Law – Civil Law under "Coercion" of Administrative Law or Administrative Law on the basis of Civil law? Comments on the Method of Its Regulation and the Nature of Legal Norms..... 12

Michał Zalewski

Providing Land Properties with Access to Public Roads through the Establishment of Easements – Selected Issues within Civil and Administrative Law..... 24

Artur Kokoszkiewicz, Łukasz Bolesta

Institution of a Whistleblower in the Polish Legal System – Meaning and Perspectives in the Area of Public Administration Activities..... 40

Grzegorz Koziół

Legal Status of Succession Manager in Terms of Polish Law..... 53

Jędrzej Jerzmanowski

Transfer of Shares in Municipal Companies in the Current Legal Reality, Following the Entry into Force of the State-owned Property Management Rules Act of 2016 67

Agata Barczewska-Dziobek

Organizational and Legal Form of Local Development Tasks – Innovation or Break in the Model of Administration Activities? 82

Tomasz Jasiakiewicz

On the Notion of the Competent State Agency as the Unit Authorized to Demand the Fulfillment of Testamentary Burden, if it is in the Public Interest (Art. 985 of the Civil Code)..... 95

ARTICLES

Iwona Szymczak

Evolution of the Legal Structure of the Statutory Management Entrusted to a Housing Co-operative (pursuant to Article 27 (2) of the Act on Housing Co-operative Law) 117

Jan Sobiech

The Law of Grace in the Republic of Poland of the Interwar Period 144

Wojciech Engelking

The State of Emergency as a Spatial Form. American Prison in Abu Ghraib in the Context of Carl Schmitt's Philosophy of Law..... 167

AUTHORS

About the Authors..... 189



**Civil Law and Commercial Law in Activities
of the Administration.
Tradition and Modernity in Legal Institutions.
Part 2.**

Grzegorz Kozieł

Civil Law and Commercial Law in Activities of the Administration. Tradition and Modernity in Legal Institutions. Part 2. Introduction

Grzegorz Kozieł

*Professor at Maria Curie-Skłodowska
University in Lublin*

ORCID - 0000-0002-7226-908X

<https://doi.org/10.36128/priw.vi31.81>

On 14 June 2018, the Lublin Scientific Society in Lublin held the Nationwide Polish Scientific Conference „Civil Law and Commercial Law in Activities of the Administration. Tradition and Modernity in Legal Institutions”. It was the third edition of the nationwide scientific conference on the use of legal instruments in the area of civil law and commercial law in the activities of the administration, which was organised at the initiative of dr hab. Grzegorz Kozieł, professor at UMCS. The organizers of the conference were the Lublin Scientific Society, Faculty of Humanities, the Scientific Association Pro Scientia Iuridica, and the Association for the Promotion of Legal Sciences. The conference was under the honorary patronage of: the Patent Office of the Republic of Poland, Voivode of Lublin, dr. hab. Przemysław Czarnek, Marshal of the Lublin Voivodeship

Sławomir Sosnowski, Mayor of the City of Lublin Dr. Krzysztof Żuk, the Institute of Intellectual Property based in Katowice, the Polish Scientific Press Law Society, the Association of Notaries of the Republic of Poland, as well as the Lublin Bar Association of Attorneys-at-Law in Lublin. The media patronage for the conference was provided by C.H. Beck, „Zeszyty Naukowe Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego”, „Europejski Przegląd Sądowy” and „Prawo i Polityka”. The conference’s partner was the University College of Enterprise and Administration in Lublin.

The aim of the Conference was to provide an opportunity for discussion, primarily in the area of the use of instruments in the field of civil law and commercial law, including copyright law, in the activities of the administration in the broad sense. These issues are the matters from the “borderline” between private law and public law, which are not often the subject of in-depth research and scholarly discussion. However, they are of high theoretical and practical importance. During the third edition of the nationwide scientific conference „Civil Law and Commercial Law in Activities of the Administration. Tradition and Modernity in Legal Institutions”, on 14 June 2018, in parallel discussion panels, more than 40 papers were delivered, which reflected the greatest attention paid to the subject in the history of these conferences.

The discourse that took place during the first, second and third editions of this Conference – in Lublin on 12 May 2016, 3 April 2017 and 14 June 2018 – resulted in the monographies: *Prawo cywilne i handlowe w działaniach administracji. Rozwiązania istniejące, projektowane i uwagi de lege ferenda* [*Civil and Commercial Law in Activities of the Administration, Existing and Drafted Solutions and the Proposals for de lege ferenda*], *Prawo cywilne i handlowe w działaniach administracji. Stanowienie, wykładnia i stosowanie* [*Civil and Commercial Law in Activities of the Administration. Law-making, Interpretation and Application*], issued in 2017 and 2018 respectively by the publishing house of the University College of Entrepreneurship and Administration in Lublin, as well as *Prawo cywilne i handlowe w działaniach administracji. Tradycja i nowoczesność w instytucjach prawnych. Cz. 1.* [*Civil Law and Commercial Law in Activities of the Administration. Tradition and Modernity in Legal Institutions. Part 1*] published in „Zeszyty Naukowe KUL” No. 4, 2018.

The discussion during the conference leads to the general conclusion that in the activities of the administration, including legal institutions used to pursue these activities one can notice both elements of tradition and innovation being the components of legal institutions of a modern state, and both these elements should be mutually balanced. Traditional elements of legal institutions from the beginning of the existence of the state and law constitute the foundations for the legal order. On the other hand, innovations, including in particular innovations in the legal area, allow us to take into account

in this order the needs resulting from the progress of civilization. The idea of keeping a balance between tradition and innovation in legal institutions is of fundamental importance for the development of a modern state.

In the issue no.4 of 2019 of the journal „Prawo i Więź”, in its separate part *Prawo cywilne i handlowe w działaniach administracji. Tradycja i nowoczesność w instytucjach prawnych. Cz. 2.* [Civil Law and Commercial Law in Activities of the Administration. Tradition and Modernity in Legal Institutions. Part 2] the second part of scientific articles is published as a continuation of the papers delivered at the national scientific conference „Civil Law and Commercial Law in Activities of the Administration. Tradition and Modernity in Legal Institutions”, or those submitted after this conference, which concern primarily the issues of civil law and commercial law in activities of the administration, including: the method of regulation and the legal nature of public procurement law, providing real estate with land access to the public road through the establishment of easement, the importance of the institution of whistleblower in the area of public administration activities, the legal status and scope of power of attorney of succession manager, sale of shares and stocks in municipal companies, as well as the way of perceiving organizational and legal forms of performing tasks of local development as activities of the administration. I hope that they will be useful both for theoreticians and practitioners in the areas of law-making, interpreting and applying civil law and commercial law in activities of the administration, and may also constitute a specific „point of reference” for further considerations and discussions on law-making, interpreting and applying the law in this area.

On behalf of the authors, with full confidence and pleasure, please be invited to get familiar with these works.

Grzegorz Kozieł
Thematic Editor

Public procurement Law – Civil Law under „Coercion” of Administrative Law or Administrative Law on the basis of Civil law? Comments on the Method of Its Regulation and the Nature of Legal Norms*

What appears repeatedly in business practice is the issue of assessing the legal character of contracts concluded under public procurement procedures. There is an unanimous opinion among the representatives of the doctrine that these agreements are purely civilian. The problem related to the current nature of legal contracts concluded under public procurement procedures concerns the actual freedom in shaping their content, the possibility of contractual modification of contract provisions, the effects of the conclusion of the contract and terms of the contract itself. Authors ask the question whether public procurement law is a civil law under “coercion” of administrative law, or administrative law on the basis of civil law. The dogmatic research method, the analytical research method and case law analysis were used to elaborate this issue.

Agnieszka Malarewicz-Jakubów

*Professor of law
University of Białystok*

ORCID - 0000-0001-5964-4546

Renata Tanajewska

*PhD in Juridical Science
University of Białystok*

ORCID - 0000-0001-8914-183

Key words:
public procurement, contract, contractual
freedom, contractor

<https://doi.org/10.36128/priv.vi31.125>

Introduction

Public procurement law is the basic legal regulation concerning the disposal of public funds. The Act defines precisely, who, under what circumstances, and subject to what terms, is obliged to apply it. According to the glossary contained in art. 2 of the public procurement law [ppl] the contracting party may be a natural person, legal person or organizational unit without legal personality obliged to apply the Act. The subjective and objective scope of application of the Act is specified in articles 3 - 4d ppl. This necessitates

* The present publication is an article from the series entitled Charakter prawny i znaczenie umów handlowych w obrocie gospodarczym [Legal nature and significance of commercial contracts in business transactions].

us to perform an analysis for each respective case, whether the ppl applies thereto, due to the subject of the contract, or the application of the Act is not required. It should be emphasized at the outset that even if the Act does not provide for the obligation to apply the principles contained therein, the parties are still entitled to use the procedures indicated by the ppl.

Public procurement law is widely regarded as a law of the branch of civil law, as indicated, among others, by the principles for concluding and the freedom to shape the content of contracts. This freedom is understood as a consistent statement of will regarding the conclusion of the contract and its content.

On the other hand, there are numerous instances in business practice, where the issue of assessment of actual legal character of contracts under public procurement law arises. There is a unified opinion among the representatives of the doctrine that these agreements are purely civilian. There is no need to argue with this view, because such a polemic could not be supported by any substantive arguments. The contract for the performance of a public contract is a civil law relationship concluded in order to meet the obligation of the contractor to the entitled entity. The parties shape this relationship by submitting coherent declarations of their will.

The problem related to the current nature of legal contracts concluded under public procurement procedures concerns the actual freedom in shaping their content, the possibility of contractual modification of the provisions of the contract, the effects of the conclusion of the contract and the terms of the contract itself.

The hypothesis of present article is the question whether public procurement law is a civil law under „coercion” of administrative law, or administrative law on the basis of civil law. When looking for the right relationship, we should ask some auxiliary questions. Which law is the more general law concerning public procurement law? What courts settle disputes between principals and contractors? What are the characteristics of contracts concluded under public procurement law procedures? What is the scope of application of the principle of freedom of contract? What are the circumstances for implementation of the subject of a public contract?

The dogmatic research method, the analytical research method and case law analysis were used to elaborate the issue. The dogmatic method was applied to analyze the regulations of the Polish civil code, and the public procurement law in the scope of the discussed issues. The analytical method consisted in reviewing scientific elaborations and analyzing the views of representatives of the doctrine regarding the issue in question. The review of case law was based on selected settlements of civil court disputes.

Features of contracts concluded under public procurement law procedures

The features of a contract concluded under public procurement law procedures are basically the same as the features of professional contracts. These features can be directly indicated by analyzing the provisions of the Polish civil code. This possibility arises in connection with art. 14 p.p.l., where the legislator directly indicates when the application of the civil code is required. Pursuant to the content of the said provision, the provisions of the Act of 23 April 1964 – civil code (Journal of Laws of 2017, items 459, 933 and 1132) shall apply to the activities undertaken by the contracting authority and contractors in the procurement procedure, unless the Act provides otherwise.

It should be noted that such contracts are concluded in the offer mode. Tender participants submit an offer to tender for the subject of the contract, indicating the price and guaranteeing quality.¹ References of entities submitting the offer are important in this respect and it can be indicated as a distinguishing feature of public procurement law. Depending on the value of the subject of the contract or its specificity, the ordering parties have the right to select the contractor holding specific experience². Such an offer is regulated by the provisions of the Polish civil code.

During the bid preparation process, the parties have the right to submit questions clarifying the subject of the public procurement, as well as further specifying its subject. If new circumstances arise during the submission of tenders, depending on the adopted rules and the selected tendering mode, the offer may be altered. In this respect, the basic regulation is also the art. 66 and subsequent articles of the civil code.

When it comes to the offer, it should also be noted that the parties, when selecting the best offer, often negotiate³. Negotiations are a purely civilist method of concluding contracts, as they are intended to create an optimal legal bond. This method is closest to the principle of freedom of contract, it can even be said that it forms its manifestation. The purpose of negotiation is to reach a consensus between the expectations of the contracting authority and the contractor's capabilities. During negotiations, the parties also have the opportunity to get to know each other and gain trust. In professional

-
- 1 cf. Iwona Kowalczyk, „Pozacenowe kryteria oceny ofert” *Finanse Komunalne* No. 1/2, 2016: 113-125.
 - 2 cf. Agata Jurkowska-Gomułka, „Konkurencja a przetargi – konieczność wielowymiarowego podejścia” *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, No. 1, 2017: 2-10.
 - 3 cf. Magdalena Grabarczyk, „Negocjacyjne sposoby kontraktowania w zamówieniach publicznych w nowym ujęciu” *Prawo Zamówień Publicznych*, No. 2, 2016: 57-65.

business practice, trust, although not a paradigm for a legal relationship, is conducive to creating lasting and solid economic relations.

Agents may appear after both the contractor and the client. And here again – all matters and legal issues regarding their power of attorney were regulated in the civil code. The basic scope of regulation starts from art. 98 of the Polish civil code.

If one mentions acting through proxies, it is impossible not to notice that the validity of legal acts, invalidity of legal acts or defectiveness of legal acts is also examined through the prism of the provisions of the civil code. Similarly, the form of legal transactions, which is governed by the provisions of the civil code starting from art. 73 inclusive, is also assessed through the prism of civil law. Public procurement law does not have separate legal regulations or tools to assess the issues discussed herein, according to its own standards.

Another argument for the fact that public procurement law forms part of the civil law is the principle of service, which is regulated in art. 61 of the Polish civil code. Pursuant to the content of the aforesaid provision, a declaration of intent to be submitted to another person is considered effective as soon as it occurred in such a way that the said person could become familiar with its content. The cancellation of such a declaration will be effective, if it reaches the addressee at the same time as the declaration or earlier. A declaration of intent expressed in electronic form is submitted to another person as soon as it has been input into the electronic means of communication in such a way that the other person could become familiar with its content.

Due diligence is yet another similar situation⁴. The subject of the public procurement should be carried out by a professional with due diligence. Due diligence is understood here as a higher standard of diligence. Despite the fact that the contract for the implementation of a public procurement specifies what is meant by due diligence, in case of doubt, the provisions of the civil code are utilized as the interpreting directive. In the event of failure to exercise due diligence, or other breach of contract, the contractor or the contracting party may be exposed to the need to pay contractual penalties⁵.

4 cf. Adrian Niewęglowski, „Note to the Supreme Court judgment of 12.12.2007, V CSK 333/07” *Ius Novum*, No. 1, 2011: 187-192.

5 More: Justyna Nowak, „Kara umowna a rozwiązanie umowy” *Edukacja Prawnicza*, No. 3, 2015/2016: 14-17; idem, „Roszczenie o zapłatę kary umownej po rozwiązaniu umowy a przesłanka ważnego zobowiązania” *Przegląd Prawa Handlowego*, No. 7, 2016: 39-43; Andrzej Śmieja, „Odpowiedzialność z art. 471 k.c. a kara umowna. Wady i zalety z punktu widzenia przedsiębiorcy” *Acta UW. Przegląd Prawa i Administracji*, No. 103, 2015: 277-288; Rafał Adamus, „Kara umowna w umowie o zamówienie publiczne” *Prawo Zamówień Publicznych*, No. 3, 2015:

This institution is also sourced from civil law. What is worth stressing here, is that in normal business practice, there are often situations where any breach of contract is considered failure to exercise due diligence. This means that due diligence is interpreted extensively, i.e. not only in relation to the subject of the public procurement, but also, e.g. method for its performance, deadline, quality.

Each dispute between the contracting authority and the contractor regarding improper performance of the obligation or non-performance of the obligation, the subject of which was a public contract, is settled by common courts, which forms further indication that this law is of a civil nature⁶. It should also be noted that the legal bond is formed on the basis of equality of parties, and thus the parties are equal in terms of both substantive, and procedural law.

The freedom of contract principle is another interesting, albeit contentious, issue of public procurement law. The dispute manifests itself in practice, and the practice makes it reflect in judicial decisions. In accordance with the consistent view of the representatives of the doctrine, the principle of freedom of contract also applies to public procurement law. The parties are free to arrange the legal bond in such a way, as to guarantee the implementation of the public contract. In view of the examples of civil code institutions already mentioned in public procurement law, it should be clearly stated that this is a manifestation of the principle of the unity of civil law. Thus

3-11; Tomasz Bojkowski, „Dochodzenie należności z tytułu kar umownych jako przykład prawidłowej oraz nieprawidłowej gospodarki finansowej jednostek sektora finansów publicznych” [in:] *Dyscyplina finansów publicznych. Narzędzia prawidłowej gospodarki sektora publicznego*, ed. Marcin Smaga, Mateusz Winiarz (Kraków: Wydawnictwo Publicus: Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2013), 45-52; Zbigniew Gordon, „Kara umowna jako instrument stymulujący realne wykonanie zobowiązań w systemie zamówień publicznych” [in:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych. Materiały konferencyjne (Sopot, 17-18.09.2012 r.)*, ed. Elżbieta Adamowicz, Jacek Sadowy (Gdańsk-Warszawa: Urząd Zamówień Publicznych, 2012), 181-191; Jacek Jastrzębski, Karolina Pasko, „Odstąpienie od umowy a dochodzenie kar umownych” *Przegląd Prawa Handlowego*, No. 1, 2015: 4-18.

6 cf. Konrad Różowicz, „Charakter prawny wyroków wydawanych przez Krajową Izbę Odwoławczą” *Studia Prawa Publicznego*, No. 2, 2016: 147-167.

the problem is not in the law itself, but in its interpretation, or perhaps, even more so, in its application⁷.

The principle of freedom of contract in professional trade

Pursuant to article 353¹ of the civil code, parties concluding a contract may arrange their legal relationship at their discretion, as long as its content or purpose does not contradict the properties (nature) of the relationship, law or the principles of social coexistence. This means that the parties are the entity having the discretion to make the decision on the subject of obligation, first by indicating its type. In its content the parties then specify whether the contract will relate to performance, act, donation, or omission. In professional trading contracts for acting or performing are the most popular. This is a consequence of the fact that professional trading is primarily focused on profit, so that the parties conclude a contract to obtain a gain in their assets or rights. It should be noted that the link between the subject of the contract and the type of business activities conducted is characteristic for professional contracts. The contract is concluded in order to achieve acquisition, but in connection with the conducted business activity. That is why contracts consisting in donating or omission are not used so often. *Essentialia negotii* of these contracts is not the natural method of acquisition. Indeed, bearing in mind all kinds of donations or founding activities, as well as the cessation of violations of the subjective rights of entrepreneurs, there are cases where such agreements result in an acquisition. However, such an acquisition is then the result of a most often unilateral declaration of intent or unilateral actions aimed at protecting subjective rights.

The principle of freedom of contract in the case of contracts in professional trading has a significant impact on the nature of the contract itself, because in non-professional trading contracts are concluded primarily to ensure the implementation of the subject of the contract, and to determine the conditions for its implementation. The objective of these contracts is selected as a one-off event that is not related with the profession of parties thereto. Such a contract is not a tool to ensure profit, but serves, e.g. to improve the quality or comfort of life. It is concluded in the terms of consumer contracts. A contract in public procurement law is always directly linked to the economic objectives of the contractor⁸. Thus we can even observe situations, in which the

7 cf. Anna Korzeniak, „Relacja przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz Kodeksu cywilnego dotyczących umowy o podwykonawstwo w zakresie robót budowlanych” *Monitor Prawniczy*, No. 8, 2016: 407-417.

8 More: Marek Potyraj, „Umowa o roboty budowlane w zamówieniach publicznych” *Acta Iuris Stetinensis*, No. 15, 2016: 58-86; Joanna Florecka, „Przyczyny fali upadłości firm budowlanych w obliczu zamówień

ordering party enters the role of a consumer, because the contract may be concluded outside its statutory objectives, e.g. renovation of a voivodeship office. The contractor is a professional performing the subject of a public contract in order to make a profit.

At this point, the aforementioned legal issue appears. We already indicated above that the contracting principles are derived from the civil code, and in particular that the negotiations allow to form a legal bond that is adequate to the needs of both parties. In public procurement law, however, the situation is less obvious than presented above.

The contracting party has the upper hand in deciding to conclude the contract for the performance of public procurement. It is primarily within the scope of its competence to select the best offer, conclude a contract with the contractor, and supervise the implementation of the public procurement by the contractor. However, the contracting is also not free to make its decisions. Each contracting authority is required to submit financial statements to the appropriate supervisory entity, whether directly or indirectly⁹. As a consequence, the contracting authority arranges its obligation relationships in such a way that the supervisory entity does not accuse it of improper performance of obligations or mismanagement in the use of public funds¹⁰.

One should agree with the thesis that the principle of freedom of contracts also exists in public procurement law, however, this principle is limited by the principles of expected financial results or subjective obligations¹¹.

publicznych w sektorze infrastruktury (zagadnienia wybrane)”, [in:] *Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym. Part 6*, ed. Beata T. Bieńkowska, Dariusz Szafranski (Warszawa: C. H. Beck, 2015), 31-43.

- 9 cf. Krzysztof Horubski, „Kontrola udzielania zamówień publicznych a nadzór w materialnym prawie administracyjnym” *Studia Prawa Publicznego*, No. 4, 2015: 95-122.
- 10 cf. Mariola Lemonnier, Szymon Kisiel, „Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie zamówień publicznych – uwagi interdyscyplinarne”, [in:] *Meandry prawa karnego i kryminalistyki. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Pikulskiego*, ed. J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka (Szczytno: Wydawnictwo Wyższej Szkoły Policji, 2015), 725-737.
- 11 More: Andrzej Borowicz, „Ilościowe i jakościowe problemy zamówień publicznych w procesie inwestycyjno-budowlanym”, [in:] *Aktualne problemy samorządu terytorialnego po 25 latach jego istnienia*, ed. Ryszard P. Krawczyk, Andrzej Borowicz (Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 2016), 195-208.

This limited freedom of contract forms the basic problem in the rationalized functioning of contracts in public procurement¹². The parties may not modify the provisions of the contract if they did not indicate such a possibility in the original contract, indicating precisely what circumstances may form the basis for such a modification¹³. Furthermore, it should be noted that the offer procedure is also not as free as provided for in the provisions of the civil code. After submitting the offer, its alteration is practically impossible. Contracting parties are afraid of such situations, due to the fact that these could form the basis for an allegation of abuse in the tender procedure¹⁴. Despite the fact that on numerous occasions the specification of the essential terms of the contract does not contain all the necessary information to come with a precise offer, and frequently the awarding entities fail to further elaborate these terms, being afraid to be accused of „rigging” the tender.

Therefore, the basic question is, whether in public procurement law one can speak of the same principle of freedom of contract as in the case of *pure* civil law contracts? Uniform interpretation of this issue already appeared in the jurisprudence of the National Appeal Chamber¹⁵. Pursuant to it, the parties concluding the contract, in principle, may arrange their legal relationship at their discretion, as long as its content or purpose does not contradict the properties (nature) of the relationship, law or principles of social coexistence. While the principle of freedom of contracts requires a consensus of both parties, in public procurement it suffers from a threefold limitation: firstly, the contracting authority cannot freely select its contractor, secondly, the contracting authority determines the principles on which it wishes to conclude the contract, thirdly, the parties cannot freely change or amend a contract already concluded. The second of these restrictions is related to the regulation of art. 36 s. 1 point 16 of the public procurement law, according to

- 12 cf. Daniel Kolasa, Tomasz Walach, „Prawo opcji w zamówieniach publicznych” *Finanse Komunalne*, No. 3, 2016: 41-49.
- 13 cf. Wojciech Robaczyński, „Umowna modyfikacja zamówienia publicznego. Nowe rozwiązania ustawowe” *Kontrola Państwowa*, No. 6, 2016:103-121.
- 14 More: Andrzej Gawrońska-Baran, „Fakultatywne podstawy unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” *Prawo Zamówień Publicznych*, No. 1, 2016: 38-46; Henryk Nowicki, „Środki ochrony prawnej w systemie kontroli zamówień publicznych” *Studia Iuridica Toruniensia*, Vol. 17, 2015: 163-180; Łukasz Pasternak, „Przestępstwo nadużycia zaufania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego” *Przegląd Sądowy*, No. 7/8, 2016: 48-58.
- 15 Judgment of the National Appeal Chamber of 25 October 2013, case file KIO 2397/13; see the judgment of the District Court in Wrocław of 14.4.2008, case file X Ga 67/08

which the contracting authority is obliged to include, within the content of the Terms of Reference, provisions relevant to the parties, which will be included in the content of the concluded public procurement contract, general terms of the contract or a model contract, if the contracting authority requires the contractor to conclude the public contract subject to such conditions. This also results in the contracting party's right to shape the provisions in accordance with its needs and requirements related to the purpose of the contract, which it intends to award. It can therefore be said that the contracting party has the right to unilaterally determine the terms of the contract that will secure its interest in the performance of the subject of the contract, in accordance with its legitimate needs. In the practice of business transactions, in particular in the practice of public procurement, the contractor is frequently the weaker party of the obligation relation, as it does not influence the content of the contract, has no right to modify it, still bears the full, unilateral responsibility for performing the obligation. The unilateral responsibility consists in that the contracting party usually interprets each breach of contract in its favor. The contracting party is also responsible for the performance of the obligation, but in relation to the relevant body supervising its activities. If this responsibility was correlated with the contractor's responsibility, then the contract would be of pure civil law nature. Here, however, the rules of civil law are confused and the administrative law is enforced. The awarding entity is always, at least to some extent connected with public entities and, as a consequence, always manages public funds or a part thereof. It seems that as long as the contract will concern the disposal of public funds, it will not be possible to speak about the principle of freedom of contract in the meaning of civil law. This rule is administratively limited to the interest of public entities, and in particular to the disposal of public funds.

Conclusion

In summarizing, the analysis of the material in the discussed area demonstrates that public procurement law is civil law under the "coercion" of administrative law. It is common ground that public procurement law demonstrates the principle of the unity of civil law. This is reflected in the lack of specific regulations under the public procurement law Act, and its direct reference to the content of the Polish civil code. When answering additional questions put at the beginning, it should be noted that the civil code is the general law in relation to public procurement law. In situations not covered by public procurement law, the provisions of the civil code apply directly. This also manifests itself in the formulation of claims that result from the content of a public procurement contract, where the source of entitlement is found in substantive law – the civil code, e.g. a claim for compensation for damage due to default. It should be noted that disputes between the contracting authority and the contractor are settled by common courts, which indicates that

these contracts are subject to the general principles of civil law. Their conclusion is not the result of exercising administrative authority, but a consistent statement of will of the parties thereto. The features of public procurement contracts are identical to those of civil law contracts, so it makes little sense to make a distinction between them according to the subject of regulation, or entities that are parties thereto. Their distinguishing feature is in the way, in which the provisions of the contracts are interpreted, or the earlier freedom to shape the content. The principle of freedom of contract is subject to limitation in public procurement contracts. The contractor is not able to freely negotiate the terms, because the basic limit is set by the provisions of the specifications of the essential terms of the contract. In principle, neither the contractor nor the contracting authority may go beyond it in shaping the provisions of the final agreement. Therefore we can not say that they are free to shape the content of the contract. Undoubtedly, in the process of creating the legal bond, there is much greater freedom on the part of the contracting authority. A kind of legal paradox is created, where the contractor as a professional can only accept the content of the contract, and the contracting party basically presents the template of the contract. Although the contractor performs the contract in connection with the economic objective it has adopted in its business and is the professional party of this legal relationship, its participation is limited only to the diligent performance of the obligation. Public procurement law is accompanied by circumstances related to the disposal of public funds, and as a consequence of this, as long as we think primarily about the origin of funds, the principle of freedom of contract in public procurement law will be a friendly directive. The question arises, is all money equally valuable? It depends where it comes from.

Bibliography

- Adamus Rafał, „Kara umowna w umowie o zamówienie publiczne” *Prawo Zamówień Publicznych*, No. 3, 2015: 3-11.
- Bojkowski Tomasz, „Dochodzenie należności z tytułu kar umownych jako przykład prawidłowej oraz nieprawidłowej gospodarki finansowej jednostek sektora finansów publicznych”, [in:] *Dyscyplina finansów publicznych. Narzędzia prawidłowej gospodarki sektora publicznego*, ed. Marcin Smaga, Mateusz Winiarz, 45-52. Kraków: Wydawnictwo Publicus: Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Borowicz Andrzej, „Ilościowe i jakościowe problemy zamówień publicznych w procesie inwestycyjno-budowlanym”, [in:] *Aktualne problemy samorządu terytorialnego po 25 latach jego istnienia*, ed. Ryszard P. Krawczyk, Andrzej Borowicz, 195-208. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 2016.

- Florecka Joanna, „Przyczyny fali upadłości firm budowlanych w obliczu zamówień publicznych w sektorze infrastruktury (zagadnienia wybrane)”, [in:] *Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym. Part 6*, ed. Beata T. Bienkowska, Dariusz Szafranski, 31-43. Warszawa: C. H. Beck, 2015.
- Gawrońska-Baran Andrzej, „Fakultatywne podstawy unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” *Prawo Zamówień Publicznych*, No. 1, 2016: 38-46.
- Gordon Zbigniew, „Kara umowna jako instrument stymulujący realne wykonanie zobowiązań w systemie zamówień publicznych”, [in:] *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych. Materiały konferencyjne (Sopot, 17-18.09.2012 r.)*, ed. Elżbieta Adamowicz, Jacek Sadowy, 181-191. Gdańsk-Warszawa: Urząd Zamówień Publicznych, 2012.
- Grabarczyk Magdalena, „Negocjacyjne sposoby kontraktowania w zamówieniach publicznych w nowym ujęciu” *Prawo Zamówień Publicznych*, No. 2, 2016: 57-65.
- Horubski Krzysztof, „Kontrola udzielania zamówień publicznych a nadzór w materialnym prawie administracyjnym” *Studia Prawa Publicznego*, No. 4, 2015: 95-122.
- Jastrzębski Jacek, Karolina Pasko, „Odstąpienie od umowy a dochodzenie kar umownych” *Przegląd Prawa Handlowego*, No. 1, 2015: 4-18.
- Jurkowska-Gomułka Agata, „Konkurencja a przetargi – konieczność wielowymiarowego podejścia” *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, No. 1, 2017: 2-10.
- Kolasa Daniel, Tomasz Walach, „Prawo opcji w zamówieniach publicznych” *Finanse Komunalne*, No. 3, 2016: 41-49.
- Korzeniak Anna, „Relacja przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz Kodeksu cywilnego dotyczących umowy o podwykonawstwo w zakresie robót budowlanych” *Monitor Prawniczy*, No. 8, 2016: 407-417.
- Kowalczyk Iwona, „Pozacenowe kryteria oceny ofert” *Finanse Komunalne* No. 1/2, 2016: 113-125.
- Lemonnier Mariola, Szymon Kisiel, „Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie zamówień publicznych – uwagi interdyscyplinarne”, [in:] *Meandry prawa karnego i kryminalistyki. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Pikulskiego*, ed. J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka, 725-737. Szczepno: Wydawnictwo Wyższej Szkoły Policji, 2015.
- Niewęglowski Adrian, „Note to the Supreme Court judgment of 12.12.2007, V CSK 333/07” *Ius Novum*, No. 1, 2011: 187-192.
- Nowak Justyna, „Kara umowna a rozwiązanie umowy” *Edukacja Prawnicza*, No. 3, 2015/2016: 14-17.

- Nowak Justyna, „Roszczenie o zapłatę kary umownej po rozwiązaniu umowy a przesłanka ważnego zobowiązania” *Przegląd Prawa Handlowego*, No. 7, 2016: 39-43.
- Nowicki Henryk, „Środki ochrony prawnej w systemie kontroli zamówień publicznych” *Studia Iuridica Toruniensia*, Vol. 17, 2015: 163-180.
- Pasternak Łukasz, „Przestępstwo nadużycia zaufania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego” *Przegląd Sądowy*, No. 7/8, 2016: 48-58.
- Potyraj Marek, „Umowa o roboty budowlane w zamówieniach publicznych” *Acta Iuris Stetinensis*, No. 15, 2016: 58-86.
- Robaczyński Wojciech, „Umowna modyfikacja zamówienia publicznego. Nowe rozwiązania ustawowe” *Kontrola Państwowa*, No. 6, 2016: 103-121.
- Różowicz Konrad, „Charakter prawny wyroków wydawanych przez Krajową Izbę Odwoławczą” *Studia Prawa Publicznego*, No. 2, 2016: 147-167.
- Śmieja Andrzej, „Odpowiedzialność z art. 471 k.c. a kara umowna. Wady i zalety z punktu widzenia przedsiębiorcy” *Acta UW. Przegląd Prawa i Administracji*, No. 103, 2015: 277-288.

Providing Land Properties with Access to Public Roads through the Establishment of Easements – Selected Issues within Civil and Administrative Law

Adequate access to a public road is essential for the use of land in a manner fully consistent with its socio-economic purpose. The law provides for institutions that purpose and function is to provide a land property with appropriate access to a public road, and what follows, to enable the owner of a property to exercise his rights under Article 145 of the Civil Code. Such regulations exist within civil and administrative law and are applicable both in factual circumstances in which a land property is already deprived of access to a public road (curing function) and in situations in which the land may only be created without such access (preventive function). They arouse certain doubts as to their interpretation, which concern in particular the premises for establishing an easement by necessity and the consequences of not establishing an appropriate easement for the separated property which does not have direct contact with a public road.

Michał Zalewski

*PhD of Juridical Science
Maria Curie-Skłodowska University
in Lublin*

ORCID - 0000-0001-7010-3476

Key words:
access to a road, easement, easement by necessity, right of way, property division

<https://doi.org/10.36128/priw.vi31.91>

1. Any land property should be guaranteed adequate access to a public road. The deprivation of access to a road may make it much more difficult or even impossible to exercise certain ownership rights, in particular *ius utendi*, *ius fruendi* and *ius fruendi*. In such circumstances, the right of ownership may actually be reduced to one of its normative attributes, namely *ius disponendi*, although the exercise of that right (because of the depreciation of the property or the actual difficulty in disposing of it) may prove to be significantly restricted.

The legal system includes institutions whose aim is to provide land properties with adequate access to public roads. They are provided

for in civil law as well as in administrative law. Among them, one can indicate those that serve to ensure adequate access to a road for a property, which is already deprived of such access (i.e. curing the so-called „historical events” resulting from the absence of established land borders, incorrect divisions of land, faulty development, unfavourable terrain, deficiencies of road infrastructure)¹. Such an institution is, in particular, an easement by necessity, although it is also possible to consider using the institution of expropriation in the actual state of affairs in question (provided, of course, that its statutory premises exist)². In addition, there are also legal regulations supposed to prevent the creation and existence of land properties without access to a road (e.g. rules concerning contractual and court division of land properties provided for in civil and administrative law). Later in the article I will present issues concerning institutions of civil and administrative law, whose function is to provide land property with access to a public road, which have the greatest significance for the practice of trading; issues which are open to interpretation.

2. A leading institution of civil law (or more precisely: property law), which serves to cure the factual state of affairs in which a land property has no connection with a public road, is an easement by necessity (a right of way). Theoretically, different ways of normalising a right of way can be considered. In particular, the right to use a road leading through a neighbouring land may be included in the content of the ownership right or in the content of the easement arising from the law³. Nowadays, however, the provisions of the property law provide for a claim of the owner of real estate deprived of access to a public road (isolated real estate) to establish, against remuneration, an appropriate easement of land for his benefit (Article 145 of the Civil Code). Such an easement entitles to walk or drive a vehicle (also possibly to drive animals) in order to reach a public road⁴ through the encumbered real

-
- 1 Waław Kocon, *Droga konieczna* (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1977), 7.
 - 2 Tadeusz Woś, *Wywłaszczanie nieruchomości i ich zwrot* (Warszawa: LexisNexis, 2010), 83.
 - 3 Kocon, *Droga*, 15-18. This issue is also flagged up by Józef Piąkowski, [in:] *System Prawa Cywilnego*, t. II, *Własność i inne prawa rzeczowe*, ed. Jerzy Ignatowicz (Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź: Ossoli-num, 1977), 131.
 - 4 Wojciech Szydło, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, ed. Edward Gniewek, Piotr Machnikowski (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2014), 321; Anna Zbiegień-Turzańska, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, *Przepisy wprowadzające. Część ogólna. Własność i inne prawa rzeczowe*, ed. Konrad Osajda (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2013), 948.

estate, usually adjacent⁵ to the isolated property (easement by necessity – Articles 145-146 of the Civil Code). A demand to establish a proper right of way may be made by the owner of a property which is deprived of proper access to a public road (Article 145 of the Civil Code) or an owner-like possessor of such a property (Article 146 of the Civil Code), however, the latter may demand the establishment of a personal easement, and not a land easement. The institution of the easement by necessity (both in its land and personal variants) is therefore aimed at curing the so-called „historical events”.

A claim for the establishment of a land easement of a right of way arises by operation of law, provided that the circumstances specified in Article 145 of the Civil Code occur⁶. It is the owner of an isolated property or its owner-like possessor that is entitled to the aforementioned claim. The establishment of an easement by necessity may also be demanded by an agricultural production cooperative which is not the owner of an isolated property (a cooperative which owns an isolated property as a user of land contributed by members of the cooperative or a lessee of the State Treasury land – see Article 286 of the Civil Code)⁷. The claim in question is enforceable against the owners of neighbouring properties (Article 145 of the Civil Code). It should be assumed that the neighbouring property, within the meaning of Article 145 of the Civil Code, is not only a property directly adjacent to an isolated property (having a common border⁸) but also another property situated in its vicinity⁹, not necessarily physically adjacent to it¹⁰.

According to the wording of the provision of Article 145 of the Civil Code, the prerequisite for establishing an easement by necessity is the lack of

-
- 5 Michał Bieniak, „Materialnoprawne aspekty ustanowienia służebności drogi koniecznej” *Monitor Prawniczy*, No.6 (2004): 270; Jerzy Ignatowicz i Krzysztof Stefaniuk, *Prawo rzeczowe* (Warszawa: LexisNexis Polska, 2012), 235; Stanisław Rudnicki, [in:] Stanisław Rudnicki i Gerard Bieniek, *Nieruchomości. Problematyka prawna* (Warszawa: LexisNexis Polska, 2011), 60.
- 6 Ignatowicz, Stefaniuk: *Prawo*, 235; Piątowski, *System*, 135.
- 7 Piątowski, *System*, 135; Kocon, *Droga*, 83.
- 8 Bieniak, *Materialnoprawne*, 270; Ignatowicz, Stefaniuk, *Prawo*, 235; Rudnicki, *Nieruchomości*, 64; Szydło, *Kodeks*, 325.
- 9 Bieniak, *Materialnoprawne*, 270; Ignatowicz, Stefaniuk, *Prawo*, 235; Szydło, *Kodeks*, 325; Zbiegień-Turzańska, *Kodeks*, 948.
- 10 R. Czarnecki, „Niektóre zagadnienia prawa sąsiedzkiego” *Nowe Prawo*, No.6 (1969): 906; see also the verdict of the Supreme Court of 20 November 1981, III CRN 232/81, OSNCP 1982, No.4, poz. 62; the verdict of the Supreme Court of 21 December 1971., III CRN 403/71, OSP 1972, No.11, poz. 208.

appropriate access of a property to a public road¹¹ (or farm buildings belonging to this property¹² such which are used to accomplish economic and social purposes connected with the social and economic use of real estate, i.e. for living or conducting professional or economic activity)¹³. It is therefore not necessary for a claim to arise that the real estate has no access to a public road; it will also arise where access exists but is inadequate. Adequate access to a public should be defined as a connection, between property and a road, which is legally guaranteed, free of the will of third parties and which permanently allows isolated property to be used in a manner compatible with its socio-economic purpose¹⁴. Access to a public road, which the owner of an isolated road property uses as a courtesy of a neighbour¹⁵ or under a contractual agreement cannot therefore be regarded as appropriate. Similarly, access that can only be used periodically (e.g. only in summer) should be assessed in a similar way¹⁶.

In the relevant literature and judicial decisions one can see views which seem to suggest that the lack of proper access of a property to a public road (or farm buildings belonging to this property) is not the only reason for establishing an easement by necessity.

-
- 11 Article 1 of the Act on Public Roads of 21 March 1985, Journal of Laws. 2017, item 2222 (uniform text), according to which a public road is a road which may be used by anyone, in accordance with its intended use, with restrictions and exceptions specified in the Act, which is classified in one of the categories indicated in the Act.
 - 12 Article 3(2) of the Act of 7 July 1994, Construction Law, (Journal of Laws 2017, item 1332, vol. 1), according to which a building is a civil structure permanently connected with the ground, separated from the space by means of building partitions, having foundations and a roof.
 - 13 Kocon, *Droga*, 26.
 - 14 Bohdan Bładowski i Alfred Gola, *Służebności gruntowe i osobiste* (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1988), 27; Kocon, *Droga*, 33, 35; Andrzej Kubas, „Ustanowienie służebności drogi koniecznej” *Nowe Prawo*, No.3 (1966): 341; Stanisław Rudnicki, *Sąsiedztwo nieruchomości* (Kraków: „Zakamycze”, 1998), 43.
 - 15 Kocon, *Droga*, 36; Anastazy Kuźniar, „Ustanowienie służebności drogi koniecznej” *Nowe Prawo*, No.10-11 (1977): 1444; Zbiegień-Turzańska, *Kodeks*, 949; ruling of the Supreme Court of 28 April 2000, II CKN 257/00, Lex No.52618.
 - 16 Kocon, *Droga*, 36; Zbiegień-Turzańska, *Kodeks*, 949; ruling of the Supreme Court of 14 August 1985, III CZP 44/85, OSNC 1986, No.7-8, poz. 106.

According to one view in the legal doctrine, the prerequisite for establishing an easement by necessity are the „the needs of a property” deprived of access to a public road (or farm buildings belonging to it)¹⁷. To start with, the use of the term the „needs of a property” may raise doubts. In the common sense, a „need” means a strongly felt desire; something that is necessary, indispensable for normal existence or for proper functioning¹⁸. The „needs” understood in this way are attributed to people, not to things. In relation to things, however, it is difficult to indicate a concept that would have a similar meaning, hence the use of the term „the needs of a real property” in the context of the premises for establishing an easement by necessity. However, a question arises as to what is meant by the term „needs” of an isolated property, which will be satisfied by the establishment of an easement by necessity¹⁹. The author of this view states that the needs of an isolated property are „all the negative properties that do not allow to properly use the property due to the lack of access, or lack of adequate access, to a public road”²⁰. Accepting the view presented above would lead to the conclusion that the establishment of a right of way depends on the existence of two premises: lack of adequate access to the public road and certain negative properties of the isolated property, which are consequences of the lack of adequate access to the public road. Therefore, a right of way could not be required if the lack of adequate access to a public road did not cause inconvenience to the current owner of the isolated property (for example, in the case of wasteland with no significant economic significance, etc.). It seems that a different understanding of the needs of an isolated property needs to be assumed and that these needs are some of its negative characteristics, the removal of which will enable or facilitate the use of the property in a manner consistent with its socio-economic purpose. Within this approach, the lack of adequate access to the public road or farm buildings belonging to it is a „need” of an isolated property. It is therefore of objective nature and independent of the way the property is currently used. Lack of adequate access to the public road or to farm buildings owned by the property therefore amounts to the existence of a need for such access on the part of the isolated property. It is therefore unreasonable to separate the needs of an isolated property as an additional prerequisite for establishing an easement by necessity.

17 Kuźniar, „Ustanowienie”, 1443.

18 <https://sjp.pwn.pl/szukaj/potrzeba.html>.

19 Wąsiewicz, *System*, 676; Kamil Zaradkiewicz, [in:] *Kodeks cywilny*, t. I, *Komentarz. Art. 1-449*¹, ed. Krzysztof Pietrzykowski (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2015), 762-763; see also Michał Warciński, *Służebności gruntowe według Kodeksu cywilnego* (Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2013), 123.

20 Kuźniar, „Ustanowienie”, 1447.

What was also formulated in decisions of the Supreme Court was the view that it is desirable that, before applying for the establishment of an easement by necessity, an owner of an isolated property should attempt to obtain appropriate access by his own actions²¹ (e.g. by changing the manner in which the property is developed, adapting the existing inadequate access, etc.). Taking into account the view formulated by the Supreme Court, it may be considered whether there is an additional reason for a claim for the establishment of an easement by necessity. Such an additional reason might be the ineffectiveness of an isolated property owner's efforts to gain access to a public road. However, such a position cannot be reconciled with Article 145 § 1 of the Civil Code²². This provision does not preclude a pursuit of the establishment of an easement by necessity either by the owner of the property who has not previously made efforts to gain access to the public road or by the owner who, through his own actions, has even led to the isolation of his property. It is of course impossible not to agree with the Supreme Court, according to which that in a situation where a property is deprived of access to a public road, it is most appropriate for the owner of such property to make efforts to obtain access to the road without encumbering the neighbouring properties with easements. However, failure to make such efforts does not preclude a claim for the establishment of a necessary road servitude. A claim for establishment of easement by necessity the owner of the property who did not take any steps to obtain appropriate access to the public road or even deprived the property of such access by his own action (for example by placing equipment on it or erecting buildings) should be subject to assessment as to its compliance with Article 5 of the Civil Code.

The Civil Code provides that organising a right of way should take into account the needs of an isolated property with the lowest possible burden on the property through which the way is to lead (Article 145 §2 sentence 1 of the Civil Code) and taking into account the socio-economic interest (Article 145 § 3 of the Civil Code). Moreover, if the need to organise a way is a consequence of a legal transaction, in particular the sale of real estate, the road

21 See the ruling of the Supreme Court of 20 September 2012, IV CSK 34/12, Lex No.1230155; the ruling of the Supreme Court of 6 April 2004, V CKN 552/03, OSNC 2005, No.4, poz. 70; ruling of the Supreme Court of 18 June 1953, I C 442/53, OSN 1954, No.II, poz. 43 (issued under the Property Law Act of 1946); ruling. SN of 16 February 1963, III CR 15/62, OSNCP 1964, No.1, poz. 19 (issued under the Property Law Act of 1946); however, cf. the ruling of the Supreme Court of 7 November 2003, V CK 396/02, Lex No.381021.

22 Krzysztof Matuszczyk, „Głosa do orz. SN z 6.04.2004r., I CK 552/03” *Przegląd Sądowy*, No.4 (2006): 107.

should be carried out through the land subject to the transaction (Article 145 § 2 sentence 2 of the Civil Code).

When establishing an easement by necessity, the court should first determine which land property will be used for the road (if it is possible to consider alternative encumbrance of various properties at all) and then determine the route of the way in the property (properties) under encumbrance. When determining the course of the way, pursuant to Article 145 § 2 sentence 1 of the Civil Code, the court should take into account circumstances concerning both the isolated property and the land through which the road is to be located (the principle of taking into account the interests of the owner of the isolated land property) and the neighbouring land through which the right of way is to run)²³. In practice, this means that the road should take the shortest possible route, if possible across land which is not used economically²⁴. Specific guidelines apply in cases where lack of adequate access to a public road is a consequence of a legal act relating to immovable property and there is no agreement between the parties concerning the establishment of an appropriate easement. Namely, in such circumstances the court should, if possible, organise a way across the land which was the subject of the transaction (Article 145 § 2 sentence 2 of the Civil Code). In each case, the execution of the organ should take into account the social and economic interest (Article 145 § 3 of the Civil Code)²⁵.

The interpretation of Article 145 of the Civil Code leads to the conclusion that the statutory indications concerning the course of the way provided for in that provision should be taken into account in sequences, which results from their inclusion in successive sections. First of all, the course of way should meet the needs of isolated land as fully as possible, at the same time causing the lowest possible load for the neighbouring plots of land through which the service road runs (Article 145 § 2 sentence 1 of the Civil Code). Later, the social and economic interest should be taken into account (Article 145 § 3 of the Civil Code). This means taking into account the principles of sound management (e.g. the use of a part of an encumbered property that is wasteland and not farmland as a right of way), as well as certain subjective circumstances, such as the fact that the owner of an isolated and the owner of an encumbered property remain in a dispute²⁶, that could escalate as a result

23 Bieniak, *Materialnoprawne*, 271; Kocon, *Droga*, 42-44.

24 Kocon, *Droga*, 43.

25 Bieniak, *Materialnoprawne*, 271; Szydło, *Kodeks*, 323-324.

26 Cf. The decision of the Supreme Court of 21March1983, III CRN 14/83, OSP 1984, No.12, poz. 256.

of the establishment of an easement²⁷. Therefore, conclusions drawn from the consideration of the socio-economic interest may confirm or correct the arrangements, concerning the course of the way, made in accordance with the principles resulting from Article 145 § 2 of the Civil Code.

3. The function of the institution of a right of way is to provide access to a public road to a property which, as a result of various circumstances, has been deprived of such access. There are legal constructions within civil and administrative law, the purpose and function of which is to prevent the creation of real estate that would be deprived of adequate access to a public road. This preventive function of these institutions may be implemented, in particular, by the establishment of appropriate rights of way which provide access to public roads for real estate resulting from the division of land (see Article 93(3) of the Act 21 August 1997 on Real Estate Management)²⁸.

Land may be divided up in different circumstances. In the first group one should include factual circumstances in which the division is carried out at the initiative of the owner of the property who intends to dispose of the parts of the land resulting from the division. The second group consists of factual circumstances in which the property subject to division is an object of co-ownership, and its division is made within the framework of abolishing co-ownership²⁹. In the case of land owned by a single entity, the division takes place in two stages: first, the geodetic division of land in administrative proceedings (geodetic division), and then, by selling the plots of land separated geodetically, the legal division of real estate is made³⁰. The division of land in connection with the abolition of co-ownership may be made under a contractual procedure or through court proceedings. The contractual dissolution of co-ownership is carried out in a manner similar to the one described above and involves geodetic division and legal division³¹. The court abolition of co-

27 Beata Burian, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, ed. Edward Gniewek, Piotr Machnikowski (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2014), 323-324.

28 Journal of Laws of 2018, item 121, uniform text, hereinafter referred to as the Act on Real Estate Management.

29 Magdalena Durzyńska, *Rozgraniczenie i podział nieruchomości* (Warszawa: LexisNexis Polska, 2009), 288, 290.

30 Durzyńska, *Rozgraniczenie*, 288; Elżbieta Makarewicz, „Przeniesienie własności działki bez spełnienia warunku określonego w decyzji o podziale nieruchomości” *Monitor Prawniczy*, No.17 (2010): 972.

31 Magdalena Durzyńska, „Podział nieruchomości a dostęp do drogi publicznej” *Rejent*, No.6 (2010): 11; Zygmunt Truszkiewicz, „Apekty konstrukcyjnoprawne podziału nieruchomości” *Studia Iuridica Agraria*, Vol. X (2012): 111.

-ownership by a physical division of land takes place according to the rules specified in the provisions of the Civil Code (Article 210 et seq. of the Civil Code). By virtue of a statutory reference, the provisions on the abolition of joint ownership apply accordingly to the inheritance division (Article 212 § 1 sentence 2 in connection with Article 1035 of the Civil Code) and, in matters not regulated by the provisions of the Family and Guardianship Code, to the division of joint property of spouses (Article 212 § 1 sentence 2 in connection with Article 46 of the Family and Guardianship Code and Article 1035 of the Civil Code).

Detailed issues related to the division of real estate in the administrative phase (i.e. geodetic division of real estate), ending with the issuance of a decision of the head of the gmina district or the mayor of the city or the town approving the division, are regulated by the provisions of the Act on Real Estate Management. The geodetic division takes place in two phases³². In the first phase, the administrative body (the head of the gmina district, mayor of the city or town) should verify the presented draft of the division of the property with the provisions of the local zoning plan. This phase is completed by issuing an opinion on the compliance of the proposed division with the arrangements of the local plan in the form of a decision of the head of the gmina district or the mayor of the city or town. (Article 93 (4 and 5) of the Act on Real Estate Management³³. In the second phase of the proceedings, an administrative decision is issued approving the proposed division of the real estate³⁴. The fact that previously a positive decision giving an opinion on the compliance of the planned division with the provisions of the local plan has been issued does not yet determine the approval of such a division of the property. The approval of the division depends on additional premises, including the provision of access to the public road to all the planned plots of land (Article 93 (3) of the Act on Real Estate Management)³⁵.

The provision of Article 93 (3) of the Act on Real Estate Management stipulates that, in the case of division of real property, access to a public road must be ensured for each plot of land designed to be separated. Namely, it states that the division of real estate is not acceptable if the land plot to be separated is not accessible to a public road. It should be stressed that the provision of access to a separate plot of land for a public road can take many forms. Namely, access to the public road may consist in the physical vicinity of the public road; it may also be ensured by isolating an internal road and

32 Durzyńska, *Rozgraniczenie*, 306; the verdict of the Voivodship Administrative Court in Warsaw of 5.02.20015 r., I SA/Wa 3099/14, Lex nr1746065.

33 Durzyńska, *Rozgraniczenie*, 308.

34 Durzyńska, *Rozgraniczenie*, 313.

35 Durzyńska, *Rozgraniczenie*, 315.

establishing appropriate easements for the separated land plots on that road or by selling shares in the plot constituting the internal road to the purchasers of the separated land plots or establishing other road easements for those plots, if it is not possible to isolate a separate road from the real property included in the division.

The obligation to establish easements ensuring access to the public road for separated plots of land is secured by the provision of Article 99 of the Act on Property Management. According to this provision, the division of real estate is made on condition that rights of way are established when selling the separated plots of land. It should be emphasised, however, that in the decision approving the division of real estate, the head of the gmina district, the mayor of the city or the town does not establish a right of way³⁶, nor does it indicate its designation or course. The administrative decision approving the draft of geodetic division of real estate issued in accordance with Article 99 of the Act on Property Management includes only a reservation on the necessity to provide access to a public road for the separated plots of land (without indicating any specific solutions). Therefore, the easement does not have to be created before the decision approving the division becomes final and binding, but only when the legal division of the real estate is made³⁷.

The execution of the obligation to establish appropriate easements for a property created as a result of a division should therefore be enforced upon transfer of ownership of the separated property³⁸. Persons performing legal actions should submit declarations of intent on the establishment of appropriate easements, while maintaining the form specified in the provisions on the establishment of limited property rights (notarial form for the declaration of the owner of encumbered real estate – 245 § 2 sentence 2 of the Civil Code).

Against this background, the question arises as to the consequences of the transfer of ownership of separate plots of land without meeting the condition referred to above. Two ways of assessing the presented issue may be considered. Both seem to assume that the provisions of Articles 93 and 99 of the Act on Real Estate Management concern the geodetic and legal division of real estate³⁹.

36 Durzyńska, „Podział”, 14-15; Eugeniusz Mzyk, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, ed. Gerard Bieniek (Warszawa: LexisNexis Polska, 2005), 360.

37 See the ruling of the Voivodship Administrative Court in Gorzów Wielkopolski in the verdict of 14 December 2011 r., II SA/Go 720/11, Lex No.1257496.

38 Durzyńska, „Podział”, 14-15.

39 Agnieszka Gieral-Siewielec, „Podział nieruchomości budynkowych i lokalowych” *Rejent*, No.7-8 (2000): 28-29.

According to the first method, in the event an easement is not established when transferring the ownership of a separated plot of land, the legal act is valid⁴⁰. The legal division of real estate comes to the effect, and as a result real estate deprived of access to a public road is created. The argument in favour of such an approach is the fact that Article 99 of the Act on Real Estate Management does not specify what are the consequences of failure to meet the condition referred to therein. In particular, failure to comply with the condition cannot be the basis for the annulment of the decision approving the division, since such an event is not included in the list of the grounds for annulment of the administrative decision referred to in Article 156 of the Code of Criminal Procedure. The decision approving the division of the property is therefore valid, and failure to meet the condition specified in it does not affect the validity and effectiveness of the geodetic or legal division of the property⁴¹. This would mean that the purchaser of the ownership of a separated property becomes the owner of a property without proper access to the public road. His situation, however, is not hopeless. There are statutory prerequisites specified in Article 145 of the Civil Code, which make it possible to apply for the establishment of an easement by necessity⁴².

Indeed, failure to meet the condition referred to in Article 99 of the Act on Real Estate Management does not invalidate the decision issued by the head of the gmina district or mayor of the city or town approving the geodetic division of the real estate. Contrary to the impression that the wording of Article 99 of the Act on Real Estate Management may give rise to, the decision approving the geodetic division of the real estate, taking into account Article 99 of the Act on Real Estate Management, is not a classic conditional decision⁴³. The establishment of appropriate easements for the benefit of the purchaser of a separated real estate is not a condition under administrative law (or civil law)⁴⁴. The addressees of this „condition” are not only the entities of administrative proceedings at the geodesic stage of real estate division. It should be assumed that the addressees are the seller of the real estate and the buyer, and indirectly also the notary⁴⁵. Accordingly, the failure to establish

40 Mzyk, *Ustawa*, 360, however, Mzyk, *Ustawa*, 338.

41 Mzyk, *Ustawa*, 361.

42 Makarewicz, „Przeniesienie”, 973, 974; Mzyk, *Ustawa*, 361, 338; see also the decision of the Supreme Court of 16 November 2011, V CSK 478/10, Lex No. 1095957.

43 Marian Wolanin, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz 2017, Komentarz do art. 99 u.g.n.* (Warszawa: Legalis, 2017).

44 Ewa Bończak-Kucharczyk, *Komentarz aktualizowany do art. 99 ustawy o gospodarce nieruchomościami*, (Warszawa: Lex, 2018).

45 Durzyńska, „Podział”, 14-15; see also Mzyk, *Ustawa*, 361.

an appropriate easement cannot be regarded as a failure to satisfy a condition with the result that the decision providing for that condition does not produce legal effects⁴⁶.

The above does not mean, however, that failure to fulfil the condition referred to in Article 99 of the Act on Real Estate Management is legally indifferent. It should be accepted that an administrative decision authorising a division of real estate subject to the establishment of appropriate easements has the legal effect specified therein once it has become final, irrespective of whether the condition laid down in the decision is met or not⁴⁷. Failure to comply with the condition set out in the decision will not render the decision invalid. However, it will affect the validity of the agreement transferring the ownership of the separated property. Failure to meet the condition will therefore have consequences at the stage of legal division of the property. Namely, the sale of separated real estate without complying with the said condition will be illegal⁴⁸.

The provisions of Art. 93 par. 3 and 99 of the Act on Real Estate Management introduce a general prohibition on division of real estate if it would result in the creation of real estate deprived of access to a public road. They are mandatory⁴⁹. Transfer of ownership of a separated plot of land without meeting the condition of establishing appropriate easements is therefore a legal act contrary to the Act and therefore invalid (Article 58 § 1 of the Civil

46 Makarewicz, „Przeniesienie”, 973; Bończak-Kucharczyk, *Komentarz aktualizowany*.

47 Durzyńska, „Podział”, 18.

48 Elżbieta Klat-Górska, *Komentarz do art. 99 ustawy o gospodarce nieruchomościami*, (Warszawa: LEX, 2018; Wolanin, *Ustawa o gospodarce*; the resolution of the Supreme Court of 4 June 2009, III CZP 34/09, OSNC 2010, No.2, poz. 20, see also the decision of the Supreme Court of 24 April 2003., IV CSK 571/12, Lex No.1365714.

49 Elżbieta Klat-Górska, *Komentarz do art. 93 ustawy o gospodarce* (Warszawa: LEX, 2018); differently: Mzyk, *Ustawa*, 361 (the author states *inter alia* that Article 99 of the Act of Property Management is of „only informative, technical-legal and postulatory nature”).

Code)⁵⁰. Such a position is also supported by teleological considerations.⁵¹ Introduction to the system of Article 93 (3) and Article 99 of the Act on Real Estate Management and Article 99 is intended to prevent divisions of real property without ensuring proper access to a public road for the separated plots of land. The owner of a separated plot of land should be guaranteed the unrestricted use of the property, which is excluded if the property does not have access to a public road. The argument that in the case of transfer of ownership of plots deprived of access to the public road, the owners of these plots will be able to demand the establishment of the easement of the necessary road (Article 145 of the Civil Code) is not convincing. The consequences of a faulty division of real estate should not be removed, as it were, *post factum* and at the expense of the owners of neighbouring properties. They should be prevented, which is reflected in the fact that the transfer of ownership of a separate plot of land deprived of access to a public road without the establishment of an appropriate easement is considered an invalid act.

Such an approach correlates with the solutions adopted with regard to the judicial liquidation of co-ownership of real estate by its physical division, as provided for in the Civil Code (it should be emphasized that the physical division of property is an essential way of abolishing co-ownership)⁵². Namely, in the circumstances of a particular case, it may not be possible to divide the property under joint ownership in such a way that each of the separated plots has direct access to a public road. In such cases, it is the duty of the court to establish the appropriate rights of way⁵³. Namely, in the circumstances of a particular case, it may not be possible to divide the property under joint ownership in such a way that each of the separated plots has direct access to a public road. In such cases, it is the duty of the court to establish

50 Klat-Górska: *Komentarz do art. 99 ustawy o gospodarce*; Wolanin, *Ustawa o gospodarce*; the resolution of the Supreme Court of 4 June 2009, III CZP 34/09, OSNC 2010, No.2, poz. 20, see also the decision of the Supreme Court of 24 April 2003., IV CSK 571/12, Lex No.1365714, cf. the decision of the Supreme Court of 16 November 2011., V CSK 478/10, Lex No.1095957.

51 See the resolution of the Supreme Court of 4 June 2009, III CZP 34/09, OSNC 2010, No.2, poz. 20; see also Durzyńska, „Podział”, 19.

52 Roman Dżiczek, *Postępowanie cywilne w sprawach dotyczących nieruchomości* (Warszawa: LexisNexis Polska, 2010), 214; Ignatowicz, Stefaniuk, *Prawo*, 142; see inter alia the ruling of the Supreme Court of 30 October 1978, III CRN 214/78, unpublished; ruling of the Supreme Court of 19 January 2001, V CKN 1436/00, Lex No.52398, the ruling of the Supreme Court of 9 September 2010r I CSK 674/10, Lex No.960518.

53 Ignatowicz, Stefaniuk, *Prawo*, 143.

the appropriate rights of way. Pursuant to Article 212 § 1 sentence 2 of the Civil Code, the court, by abolishing co-ownership by the physical division of real estate, may encumber individual parts of the real estate subject to division with „necessary” easements. In this way, each of the separated parts of the property is provided with access to a public road⁵⁴. The owners of the properties created as a result of the division acquire road easements upon the court decision becoming final and binding (Article 624, sentence 1 of the Civil Procedure Code). In the case of the judicial liquidation of joint ownership by the physical division of a property, no property without proper access to a public road may therefore arise. Acceptance of the interpretative conclusion that failure to establish an appropriate easement for a separated plot of land in the case of out-of-court division of real estate does not affect its validity would mean that the consequences of not providing access to the road for the separated property would differ depending on the mode of abolishing co-ownership. The interpretation of Articles 93 and 99 of the Act on Real Estate Management, which permits the creation of properties without access to the public highway following the division, must therefore also be regarded as systemically inconsistent and, consequently, as inadmissible.

4. Both civil law and administrative law include institutions whose aim is to provide land properties with access to public roads. The institution provided for by civil law is an easement by necessity (a right of way) which serves to ensure access to a road for a property which is already deprived of such access. The prerequisite for establishing an easement by necessity is the lack of appropriate access of a property to a public road (Article 145 of the Civil Code). According to one view in the legal doctrine, the lack of proper access of a property to a public road does not seem to be the only reason for establishing an easement by necessity. The prerequisite for establishing an easement by necessity are also the „the needs of a property” deprived of access to a public road. These needs are understood as „all the negative properties that do not allow to properly use the property due to the lack of access, or lack of adequate access, to a public road”. Accepting this view would lead to the conclusion that a right of way could not be required if the lack of adequate access to a public road did not cause inconvenience to the current owner of the isolated property. This conclusion cannot be accepted.

The Supreme Court formulated a view that, before applying for the establishment of an easement by necessity, the owner of an isolated property should attempt to obtain appropriate access by his own actions. Therefore, it may be considered whether there is an additional reason for a claim for the establishment of an easement by necessity. This view cannot be accepted. Even the owner of the property who did not take any steps to obtain appropriate access to the public road can make a claim to establish an easement by

54 Cf. Article 93 (3) of the Act on Property Management.

necessity. However, his claim should be subject to assessment as to its compliance with Article 5 of the Civil Code.

Administrative law includes institutions which are supposed to prevent the creation and existence of land properties without access to a public road. The Act on Real Estate Management establishes appropriate rights of way which provide access to public roads for real estate resulting from the division of land (see Article 93). According to this Article, in the case of division of real property, access to a public road must be ensured for each plot of land designed to be separated. The provision of access to a separate plot of land for a public road can take many forms, including the establishment of road easements. According to Article 99 of the Act on Real Estate Management, the division of real estate is made on condition that rights of way are established when selling the separated plots of land. Failure to fulfil this condition will affect the validity of the agreement transferring the ownership of the separated property. The sale of separated real estate without complying with the said condition will be illegal (Article 58 of Civil Code).

Bibliography

- Bieniak Michał, „Materialnoprawne aspekty ustanowienia służebności drogi koniecznej” *Monitor Prawniczy*, No.6 (2004): 267-272.
- Bładowski Bohdan, Alfred Gola. *Służebności gruntowe i osobiste*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1988.
- Bończak-Kucharczyk Ewa, *Komentarz aktualizowany do art. 99 ustawy o gospodarce nieruchomościami*. Warszawa: Lex, 2017.
- Burian, Beata, [in:] *Kodeks cywilny, Komentarz*, ed. Edward Gniewek, Piotr Machnikowski. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2014.
- Durzyńska Magdalena, „Podział nieruchomości a dostęp do drogi publicznej” *Rejent*, No.6 (2010): 9-22.
- Durzyńska Magdalena, *Rozgraniczenie i podział nieruchomości*. Warszawa: LexisNexis Polska, 2009.
- Dziczek Roman, *Postępowanie cywilne w sprawach dotyczących nieruchomości*. Warszawa: LexisNexis Polska, 2010.
- Gieral-Siewielec Agnieszka, „Podział nieruchomości budynkowych i lokality” *Rejent*, No.7-8 (2000): 23-47.
- Ignatowicz Jerzy, Krzysztof Stefaniuk, *Prawo rzeczowe*. Warszawa: LexisNexis Polska, 2012.
- Klat-Górska Elżbieta, *Komentarz do art. 93 ustawy o gospodarce nieruchomościami*. Warszawa Lex, 2018.
- Klat-Górska Elżbieta, *Komentarz do art. 99 ustawy o gospodarce nieruchomościami*. Warszawa Lex, 2018.
- Kocon Waclaw, *Droga konieczna*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1977.

- Kubas Andrzej, „Ustanowienie służebności drogi koniecznej” *Nowe Prawo*, No.3 (1966): 339-350.
- Kuźniar Anastazy, „Ustanowienie służebności drogi koniecznej” *Nowe Prawo*, No. 10-11 (1977):1440-1448.
- Makarewicz Elżbieta, „Przeniesienie własności działki bez spełnienia warunku określonego w decyzji o podziale nieruchomości” *Monitor Prawniczy*, No.17 (2010): 972-974
- Matuszczyk Krzysztof, „Glosa do orz. SN z 6.04.2004r., I CK 552/03” *Przeгляд Sądowy*, No.4 (2006): 107-113.
- Mzyk Eugeniusz, [in:] *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, ed. Gerard Bieniek. Warszawa: LexisNexis Polska, 2005.
- Piątowski Józef, [in:] *System Prawa Cywilnego*, t. II, *Własność i inne prawa rzeczowe*, ed. Jerzy Ignatowicz. Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź: Ossolineum, 1977.
- Rudnicki Stanisław, *Sąsiedztwo nieruchomości*. Kraków: „Zakamycze”, 1998.
- Rudnicki Stanisław, [in:] Stanisław Rudnicki, Gerard Bieniek, *Nieruchomości. Problematyka prawna*. Warszawa: LexisNexis Polska, 2011.
- Szydło Wojciech, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, ed. Edward Gniewek, Piotr Machnikowski. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2014.
- Truskiewicz Zygmunt, „Apekty konstrukcyjnoprawne podziału nieruchomości” *Studia Iuridica Agraria*, Vol. X (2012): 105-122.
- Warciański Michał, *Służebności gruntowe według Kodeksu cywilnego*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2013.
- Wolanin Marian, W *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz 2017, Komentarz do art. 99 u.g.n.* Warszawa: Legalis, 2017.
- Woś Tadeusz, *Wywłaszczanie nieruchomości i ich zurot*. Warszawa: LexisNexis, 2010.
- Zaradkiewicz Kamil, W *Kodeks cywilny*, Vol. I, *Komentarz. Art. 1-449¹¹*, ed. Krzysztof Pietrzykowski. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2015.
- Zbiegień-Turzańska Anna, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, Vol. I, *Przepisy wprowadzające. Część ogólna. Własność i inne prawa rzeczowe*, ed. Konrad Osajda. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2013.

Institution of a Whistleblower in the Polish Legal System – Meaning and Perspectives in the Area of Public Administration Activities

The topic of whistleblowers is discussed not only in the area of legal science, but also in the area of the widely understood journalism. The issue arouses controversy, and it is sometimes called a return to the dark times of informing. The supporters of this institution point to the measurable benefits of using it. Authors decided to analyse this issue. They present the institution of a whistleblower which is planned to be implemented in Poland. They also attempt to explain the meaning of the institution and its perspectives in the area of administration. They discuss the historical aspect of the signaller as well as its potential impact on public administration. The authors believe that their analysis may be useful in forecasting the opportunities and threats accompanying the introduction of sygnalists.

Artur Kokoszkiewicz

*PhD of Juridical Sciences
University College of Enterprise
and Administration in Lublin*

ORCID - 0000-0001-8914-183

Łukasz Bolesta

*M.A. of laws
Maria Curie Skłodowska University
in Lublin*

ORCID - 0000-0001-9336-4302

Key words:
whistleblowing

<https://doi.org/10.36128/priw.vi31.82>

1. Introduction

In the article, we attempt to present the institution of a whistleblower whose implementation is planned for the Polish legal system, together with an attempt to explain its meaning and perspectives in the area of administration activities. We pay special attention to the presentation of the historical and legal aspect of the discussed institution and its potential impact on public administration. We recognize that the experience gained from analyzing this context may prove useful in forecasting opportunities and threats accompanying the introduction of whistleblowers into the Polish legal system. This is a highly controversial

and discussed issue, not only in the area of legal sciences, but also in widely understood journalism. The issue arouses controversy, and by some debaters it is called a return to the dark times of informing¹, in turn, the supporters of this institution point to the tangible benefits of using it. This publication was written under the implementation of the research project No. 2017/25/N/HS5/00563 entitled „In Search of a Model for the Legal Protection of a Whistleblower in the Workplace“ financed by National Science Centre in Poland.

2. Meaning of the term „signalman” („whistleblower”)²

In the Polish Language Dictionary PWN we read that “a signalman is a person who transmits and receives signals using appropriate devices”³. We can also find there the related notion of a „whistleblower”, defining a person revealing secret conspiracies, illegal connections, actions of people who want to leave their activities in hiding. „There were many signalers: pane, rail, but none of them dared to cross the barriers of general vocabulary, they remained in specialist. Our new signalman will probably find out differently in the dictionary. Will he be there?”. Asks the linguist prof. Jerzy Bralczyk adding that there are some problems with a good translation of the English word „whistleblower” into Polish⁴.

Currently, in the cultural circle of democratic legal states of the Western model, the term „whistleblowing” is often used to refer to the „whistleblower”. The term comes from England, where it was associated with alarming the escape of the perpetrator from the scene of the event and literally means „blowing in the whistle”. It seems that the purpose of this signal was to inform other policemen and passers-by about the incident.

A *whistleblowinger* is a „man who draws attention to misconduct in an enterprise, informing his superiors about it or even leaving the company”⁵. In

-
- 1 Marek Węcowski, *Dylemat więźnia: ostracyzm ateński i jego pierwotne cele* (Toruń: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, 2018), 57, where it was stated that „the demagogs and sykhophants played the worst role”.
 - 2 In Polish, the most precise translations into English are „signalman” or „signalist”. However, the terms “whistleblower” or „whistleblowinger” are commonly used. In this article, we use this term interchangeably.
 - 3 *Słownik języka polskiego*, ed. W. Doroszewski. <sjp.pwn.pl>, [accessed: 27.07.2019].
 - 4 Jerzy Bralczyk, „Sygnalista” *Gazeta Wyborcza*, 9 December 2017.
 - 5 Robert Patterson, *Kompendium terminów z zakresu rachunkowości po polsku i angielsku*, transl. Ewa Kieres (Warszawa: Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne: Polska Akademia Rachunkowości, 2008), 57.

popular science discourse, it is claimed that „a whistleblower is a person who publicises activities which in her opinion is most likely illegal or dishonest (...). The signalman informs the public about embezzlement, corruption acts, violations of laws and similar irregularities taking place in an organization in which He works. It is a specific informing that a given employee reports to persons responsible for ethical and disciplinary matters cases of dishonesty, dishonesty or violation of ethical principles or law by other employees. Often the consequence of such an act is mobbing: the whistleblower may have problems in his work environment, suffer persecution and humiliation by superiors and associates”⁶.

Currently, Polish literature also uses the terms „signaler”, „whistleblower”, „denunciator”, „informer in good faith” or „informer” interchangeably, but due to the negative connotation, these proposals have not received broader approval⁷. Whistleblowers are commonly considered to provide information about irregularities in the place of employment to persons or individuals able to take effective action to stop these practices. Such anomaly may be breaking the law or threatening the public interest (eg fraud or corruption). It is also worth citing the definition of the United Nations Convention against Corruption ratified by Poland on September 15, 2006⁸, which art. 33 per person reporting (*reporting person*) considers a person who „reports in good faith and on a reasonable basis to the competent authority all events related to offenses established in accordance with this Convention”.

The concept of *whistleblowing* can specify different types of activities. These can be internal, external, anonymous, voluntary activities. They can be run by current (or even sometimes former) members of the relevant institutions. Key features that should distinguish whistleblowers are: acting in good faith (and not, for example, as part of revenge or for financial gain) and actions taken in the public interest. In doctrine⁹ the following characteristic features of *whistleblower* operations are distinguished:

- a) unexpected discovery of actions violating the law or binding ethical and moral rules;

6 [https://en.wikipedia.org/wiki/Sygnalista_\(demaskator\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Sygnalista_(demaskator)), [accessed: 25.07.2019].

7 Marcin Wujczyk, „Podstawy whistleblowingu w polskim prawie pracy” *Przegląd Sądowy*, nr 6, (2014), 114; Marta Derlacz-Wawrowska, „Whistleblowing a ochrona informacji poufnych pracodawcy”, [in:] *Prawo pracy. Refleksje i poszukiwania. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Wrątnego*, ed. Gertruda Uścińska (Warszawa: IPISS, 2013), 390.

8 Dz. U. 2007 No. 84, item 563.

9 *Sport bez korupcji. Podręcznik dobrych praktyk*, ed. H.-M. Arndt, D. Miebach (Warszawa: Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, 2008), 36, for: Wujczyk, *Podstawy*, 115.

- b) being motivated by noble motives in deciding whether to reveal your discovery (the good of the employer and the desire to protect people who have been harmed as a result of detected abuses);
- c) informing about irregularities detected. In the first place, the notification should be directed to the superiors / employer. If such actions fail, then it is only possible to go out with the information „outside” – to the appropriate institutions or public opinion;
- d) danger to your own situation. *Whistleblower* often meets negative reactions from colleagues and the employer. This may result in mobbing, unfair punishment, or even loss of employment.

The signalman deciding to take any action undoubtedly faces many dilemmas. When should the public interest be above loyalty to the employer and co-workers? Are ethical denunciations a manifestation of employee's loyalty towards the employer or rather disobedience/betrayal? In addition to legal problems, these are certainly moral dilemmas of an informant who has to weigh up interests and values¹⁰.

3. Whistleblower – historical and legal aspect

It needs to be emphasized that the institution in question is certainly not new and was already known to the ancient legal order; Greek and Roman.

For example, in the legal system of Athens there was an institution of *sykophant*, from Greek: Συκοφάντης, *sykophántēs*, which literally means „point to the figs”¹¹. “The sykophant called a caretaker at the Athenians, following the industrialists who exported and sold figs from Attiki (Greek: Syka) against the existing ban and reporting power. In the aftermath of time, the expression of every freak and impostor was accused of accusing others of harming them from malice or for profit. This class of people, quite numerous from Pericles, nested in Athens, where the greatest contempt existed”¹². In other words, „the name of the sykophants in the ancient Greeks was swapped for the temples and the bakers, which advises them to eat the sweet figs of

10 Łucja Kobroń, „Whistleblower – strażnik wartości czy donosiciel?” *Palestra*, No. 11-12 (2013): 296-301.

11 See Władysław Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, (Warszawa: Wiedza Powszechna, 1978), 305. See also: Guy Rachtel, *Słownik cywilizacji greckiej*, przeł. E. Papuci-Władyka (Katowice: Wydawnictwo Książnica, 2006), 367.

12 *Encyklopedia powszechna*, Vol. XXIV (Warszawa: S. Orgelbrand, 1867), 442-443.

those whom they flattered. Syka, in Greek fig, and the sykofant originally in Attica meant the deliverer of industrialists, exporting non-priced figs¹³.

At the same time, the legal dichotomy of the institution in question is somewhat noticeable. It is pointed out in the literature that „in ancient Greece, which was an inestimable laboratory of democracy (...), sycophants, voluntary prosecutors, were half-private and half-institutionally”¹⁴. It seems that the institutionalization of sykofants was favored by the lack of the office of public prosecutor, while „|someone” such a function – in the important for the nature of business activity in the area of the state’s activity – had to exercise. At once with the spreading of denouncing to other areas of public life, there is a need to legally protect the interests of the accused; a process called a *graph of sykofantias* served it¹⁵.

The Roman legal order also knew the similar institution. „*Delator*, this is what the Roman Emperors called every accuser who accused citizens for private gain, often even falsely and who made such formal craftsmanship. The emperors favored such delators, although some, especially the later ones, got to know the resulting (original spelling, editor’s note AK) abuse, they tried to curb it. Today, similar delators call themselves denunciants, or simply spies”¹⁶.

Also the Polish legal order knows the institution of the signalman, but “attempting to polish the latin phrase *delator* – it was called a reporting or even informer”¹⁷. Explaining this term in the literature, it is pointed that „this was usually called every plaintiff or plaintiff in criminal cases, i.e. in which the respondent could answer his head and, as the Poles said, „the

13 Marian Dubiecki, *Historia Stanów Zjednoczonych: Rys dziejów od r. 1788 do r. 1865*, Vol. IV (Warszawa: Wydawnictwo Michała Glückberga 1878), 16.

14 Bronisław Łagowski, *Duch i bezduszność Trzeciej Rzeczypospolitej* (Kraków: Universitas, 2007), 56.

15 Aristotle, *Political system of Athens*, 76. <libertarianin.org/Ebooks/Aristoteles/Aristoteles-Ustrój%20Polityczny%20Aten.pdf>, [accessed 25.07.2019] and in own materials. It was pointed out, among others, that „In the sixth stage, apart from the matters mentioned above, they also order a vote by raising their hands on ostracism, namely whether it must be carried out or not, then on taking legal action against sykofants, on the part of the Athenians like meta”.

16 *Encyklopedia powszechna*, Vol. VI (Warszawa: S. Orgelbrand, 1867), 918.

17 Marian Mikołajczyk, *Na drodze do postania procesu mieszanego: zmiany w polskim procesie karnym w latach 1764-1794* (Katowice: Uniwersytet Śląski, 1991), 62.

throat". In matters of offended majesty and treason, the accuser was the accuser, and the informer stood as a witness whose first name must have been mentioned in the lawsuit: in the first instance, the informer had to stand in court, if he did not stand, the court suspended the verdict and issued only the sentence about the infiltrator: *Teneri adesse delator*. In the applause, the informer could not stand and everyone was allowed to stand against the appeal, so long as he made a warranty (*vadimonium*) that in the event of losing the penalty for unjust accusation he would suffer. It was even closed to the tower so that it would lose if it did he did not escape the punishment for insult: only a nobleman could be accused of appropriating nobility. Among the laws on delinquents there were, for example: 1) Delator, commanding the deputativ of the purchase or sale of goods during his sitting at the tribunal, gains 2000 fines; 2) To the Delator who will prove *vacua spatia*, that is, leave clean paper in the records of the land or city office, a land writer or town regent will be forced to pay it 2,000 fines"¹⁸.

Interestingly, in a somewhat similar way to the „Polish delator” known from the Athenian legal order „according to the regulations of 3 and 17 VI, as well as the Lithuanian Uniwersal of 24 IV37 (...) he could start the trial before the courts on an equal or almost equal basis with the prosecutors public”¹⁹.

In summary, the whistleblower institution, although not homogeneous and variously called, has its historical and legal roots. It seems, although it is a field for historical research within Polish philology, that the currently negatively marked semantic meaning of the term „informer” was originally neutral, meaning notifying about irregularities in good faith, for the protection of public order. The attention is also drawn to the tendency to disseminate legally accepted informers, to wider than originally expressed areas of social life. Such observations may lead to a legislative postulate for the legislator, the need for precisely defined boundaries of this institution as well as methods of effective protection against groundless accusations along with sanctions for raising them.

Particular emphasis is placed on the fact that *whistleblower* activities have an impact on the perception in the society – historical experience – completely different in, for example, the United States from post-Soviet countries, not omitting the period of German occupation during World War II. The informers were perceived by the society in totalitarian countries in

18 *Wielka encyklopedia powszechna ilustrowana*, Vol. XV, ed. J. Aleksandrowicz, Warszawa 1895, 268. See also: *Inwentarz Praw, Statutów, Konstytucji Koronnych Voluminow legum: Przedruk wydania xx. Pijarów, do tomów I-VI*, Warszawa 1789, 48.

19 *Krakowskie studia prawnicze*, Vol. XIV-XVII, Warszawa 1981, 97 and n.

a negative light as „sellers”, „kapusie” or „traitors of the nation”²⁰. Therefore, in the eyes of many citizens of these countries, the boundary between the ethical informer and the negative informer is blurred. It seems that a whistleblower may be universally perceived positively also in Poland, however his activity must be assessed only through the prism of disclosed information and its motivation (good faith)²¹. *Whistleblowing* has been undergoing the greatest development in *common law* countries, where over the years “ethical denunciations” as well as informers have often been taken care of by the state²².

4. Legal protection of whistleblowers

It should be noted that many countries in the world have created a legal protection model for whistleblowers. Legal regulations regarding *whistleblowing* survived the greatest development in the United States, where in the 19th century, a law was introduced to protect persons who reported irregularities²³. Currently, this act provides for measures to combat abuse against the federal government, but originally provided protection to legal informers who disclosed frauds against the Union’s forces during the Civil War. Today, the most important act in the subject matter in the United States is the *Whistleblowing Protection Act* of 1989, which only applies to employees of federal services. In contrast, some private sector employees have been covered by specific laws, such as the *Sarbanes Oxley Act*²⁴ from 2002 (imposes on international corporations with the participation of American companies or listed on the American stock exchanges the obligation to introduce internal *whistleblowing* procedures).

20 Kobroń, *Whistleblower*, 296.

21 Siddhartha Dasgupta and Ankit Kesharwani, „Whistleblowing: A Survey of Literature” *The IUP Journal of Corporate Governance*, No. 4 (2010): 57-70, for Ł. Kobroń, *Whistleblower*, 296.

22 Mary Dodge, „Whistleblowers”, [in:] *Encyclopedia of white-collar and corporate crime*, Vol. I-II, ed. Lawrence M. Salinger (Thousand Oaks: Sage Reference, 2005), 860.

23 False Claims Act, Title 31 of the United States Code, § 3729-3733, also referred to as „Lincoln Law”. The text of the Act is available at: http://www.justice.gov/civil/docs_forms/C-FRAUDS_FCA_Primer.pdf, [accessed: 25.07.2019].

24 Corporate and Criminal Fraud Accountability Act, Public Law 107-204, July 30, 2002, 200218 USC Section 1514A. The text of the act is available at: <http://www.osha.gov/dep/oia/whistleblower/acts/ccfa.html>, [accessed: 25.07.2019].

In some countries, rules on whistleblowers have a wider range, e.g. in Norway²⁵ the protection of employees who disclose irregularities is included in the general act relating to all employee matters and covers both the public and private sectors²⁶.

The need to create a whistleblower protection model is increasingly being signaled, both internationally and in our home yard. On April 23rd, 2018, the European Commission published a draft directive on the protection of persons reporting breaches of EU law²⁷. Not only employees, but also self-employed, shareholders in companies, managers, volunteers, unremunerated trainees, and all persons working under the supervision and management of contractors, subcontractors and suppliers related to a given company will benefit from the protection. It also follows from its provisions that the whistleblower will be protected against any forms of direct or indirect retaliatory actions taken by the employer, including dismissal, degradation, obstruction or omission in promotions, reduction of remuneration, imposition of a disciplinary penalty, early termination of employment or negative periodic assessment. The draft directive also provides for the obligation to introduce systems of internal reporting of violations or abuse of law or other unfair behavior in the workplace.

The sources of legal protection for whistleblowers among Polish regulations can be sought in art. 100 § 2 point 4 of the k.p.²⁸. This provision imposes an obligation on the employee to care for the welfare of the workplace and to protect his property and to keep confidential information, the disclosure of which might expose the employer to detriment. As part of this obligation, an employee is obliged to undertake, in the interest of the workplace, certain activities that do not go beyond or exceed the content of the employment relationship, both on the basis of the employer's order and on his or her own initiative²⁹. Undoubtedly, this is the duty of the employee to signal per-

25 Act of 17 July 2005, No. 62, as amended by the Act of 19 July 2009, No. 83, Acting to working environment, working hours and employment (Working Environment Act). The text of the Act is available at: <http://www.arbeidstilsynctno/binfil/download2.php?Tid=92156>, [accessed: 25.07.2019].

26 Derlacz-Wawrowska, *Whistleblowing a ochrona*, 396.

27 Proposal for breaches of Union law (COM (2018) 218 final) (2018/0106 (COD)) (Whistleblower Protection Directive).

28 The Act of June 26, 1974, the Labor Code, Dz. U. 2018 item 917 with changes.

29 Andrzej Chobot, „Legal and social characteristics of the good of the workplace”, *Legal, Economic and Sociological Movement*, No. 2 (1984): 101-102.

ceived irregularities in the workplace, which is confirmed by the case law of the Supreme Court.

It is also necessary to pay attention to the regulation regulated in art. 100 § 2 point 6 of the k.p., the obligation to observe the rules of social coexistence. According to the authors of the obligation to comply with the principles of social coexistence, the duty of actions described as *whistle-blowing* should be deduced, i.e. the obligation to disclose behaviors that violate these principles. In addition, pursuant to art. 304 of the Code of Criminal Procedure³⁰ each person who has obtained information about a crime prosecuted *ex officio* has a social obligation to notify the prosecutor or the Police. This obligation is not subject to any legal sanctions in the event of omission, while its violation may involve social consequences (exclusion, marking)³¹. The exceptions are some of the offenses listed in art. 240 § 1 of the Criminal Code³² (including genocide, coup d'état, espionage).

On the basis of these considerations, it should be noted that art. 115 § 13 item 4 of the Penal Code confers the status of a public official to a person who is an employee of a government administration, another state authority or local government, unless he performs only service activities, and to another person to the extent that he is authorized to issue administrative decisions. However, in accordance with art. 304 § 2 of the Criminal Code, state and local government institutions, which in connection with their activities learned about a crime prosecuted *ex officio*, are obliged to immediately notify the prosecutor or the Police and take necessary actions until the organ is appointed to prosecute crimes or until this body has an appropriate order to prevent smearing of evidence and evidence of crime. According to the verdict of the Supreme Court of February 12, 2008³³, in the event of failure to fulfill the obligation in the form of submitting a notification referred to in art. 304 § 2 of the CPC, a public official will be subject to criminal liability pursuant to art. 231 § 1 of the penal code³⁴.

As indicated above, in Polish law, there are some provisions regarding the reporting of irregularities in the workplace, but they are included in various legal acts and are characterized by inconsistency and incompleteness. In

30 The Act of June 6, 1997. The Code of Criminal Procedure, Dz. U. 2017 item 1904 with changes.

31 Derlacz-Wawrowska, *Whistleblowing a ochrona*, 396.

32 The Act of June 6, 1997, the Penal Code, Dz. U. 2017 item 2204 with changes.

33 WA 1/08 of the volume OSNKW 2008 item no. 31, 71.

34 Article 231 § 1 of the Penal Code provides: „A public official who, acting beyond his or her authority or acting to the detriment of a public or private interest, shall be punished by imprisonment of up to 3 years”.

addition, which confirms the judicature, they do not guarantee effective protection for whistleblowers³⁵.

The lack of a comprehensive regulation of *whistleblowing* in Polish law causes attempts to fill this gap with internal acts and practices established by individual employers. An example is the various codes of ethics, which indicate the obligation of employees to respond to any irregularities or actions that violate generally accepted norms³⁶.

Particularly noteworthy are the anti-mobbing and anti-discrimination policies. They are aimed at preventing the occurrence of such types of activities and constitute protection of the employer against accusations of inaction. Undoubtedly, they make it easier for employees to report detected fraud in the workplace. Among the internal procedures, it is also worth distinguishing telephone lines of trust or special mailboxes. Such solutions allow to quickly and (usually) anonymously signal detected irregularities, pass suspicions or report the fact of being subject to harassment or mobbing.

In Poland, *whistleblower* functions are often performed by trade union activists. According to art. 3 of the Trade Unions Act³⁷: „No one can suffer negative consequences because of belonging to Relationship professionally or staying outside of it or exercising a trade union function. In particular, this can not be a condition for establishing an employment relationship and being in employment and for promoting an employee”. Trade union activists enjoy greater legal protection than a regular employee, which enables greater activity in the field of informing about irregularities in the place of employment.

The factors conducive to the activity of whistleblowers in our country should also include the possibility of anonymity by the employee submitting a complaint to the authorities of the National Labor Inspectorate.

On the basis of these considerations, it should be noted that, despite some favorable factors, the lack of comprehensive legal regulation of *whistleblowing* institutions in our country, combined with social conditions in the form of negative perception of this phenomenon by a large part of society, constitutes a significant barrier to using signaling as an effective surveillance tool on irregularities such as in public administration.

35 Anna Wojciechowska-Nowak, *Ochrona prawna sygnalistów w doświadczeniu sędziów sądów pracy. Raport z badań* (Warszawa: Fundacja im. Stefana Batorego, 2011), 25.

36 Wujczyk, *Podstawy*, 118.

37 The Law of May 23, 1991 on trade unions, Dz. U. 2015, item 1881 with changes.

5. Draft law on transparency of public life

An opportunity to regulate the discussed issue may turn out to be a draft law on transparency of public life³⁸. On the website of the Government Legislation Center on January 8, 2018, the latest version of the draft of this bill appeared (already the fourth).

It contains the following definition of a whistleblower: „a natural person or entrepreneur whose cooperation with the justice system consisting in reporting information about the possibility of committing a crime by an entity with whom he is bound by an employment contract, professional relationship or other contractual relationship may adversely affect his or her life situation, professional and material, and which the prosecutor has granted the status of whistleblower”. According to art. 65 draft regulations, the signatory, with whom it was dissolved as a result of reporting information, without the consent of the prosecutor:

- 1) employment relationship or business relationship, he is entitled to compensation from the party terminating the employment relationship in the amount of twice the annual salary charged by the signaller at the last position held;
- 2) the contract, he is entitled to compensation from the party terminating the contract in the amount of the total payment due to the signatory specified in the content of this contract and not paid until the date of termination of the contract.

Concerns may arouse art. 79 of the draft of the above-mentioned Act, which states that in the event of conviction of the perpetrator for a signaled offense, the court may order a gratuity for the person who obtained the status of whistleblower or for the enterprise he runs. Doubts arise as to whether signaling in order to obtain a financial gratification in the form of an exaggerated by a court may be considered as acting in good faith.

6. Summary

In conclusion, the whistleblower institution can be of great importance in the practice of public administration. It depends, of course, on the final shape of the legal act in this respect.

It is worth paying attention to the polarization of positions in this area; on the one hand (positions “in favor”) it is indicated that such an institution has historical and legal roots, is desirable and contributes to combating undesirable phenomena, and on the other („anti” positions) there is contempt for informers, its unambiguously negative character and rooting in the dark practice of totalitarian systems.

38 On the website of the Government Legislation Center on January 8, 2018, the latest version of the draft law on transparency of public life appeared.

Particular attention should also be paid to art. 79 of the draft law, which reads: „In the event of conviction of the perpetrator for the offense specified in 228-230a, art. 231 § 2, art. 250a, art. 258, art. 277a, art. 286, art. 296-297, art. 299-301, art. 303, art. 305 or art. 311, the court may order a gratuity for the benefit of the person who obtained the status of whistleblower or for the benefit of the enterprise he is running”. For, as the legitimate questions seem, do the signaling for its effectiveness include a contract element („something for something”, financial reward for indicating irregularities), or should such a solution be avoided due to moral dilemmas and experience? History dictates.

Bibliography

- Aristotle. *Political system of Athens*. libertarianin.org/Ebooks/Aristoteles/Aristoteles-Ustrój%20Polityczny%20Aten.pdf.
- Bralczyk, Jerzy. „Sygnalista,” *Gazeta Wyborcza*, 9 December 2017.
- Chobot, Andrzej. „Legal and social characteristics of the good of the workplace” *Legal, Economic and Sociological Movement*, No. 2 (1984): 95-107.
- Dasgupta, Siddhartha and Ankit Kesharwani. „Whistleblowing: A Survey of Literature” *The IUP Journal of Corporate Governance*, No. 4 (2010): 57-71.
- Derlach-Wawrowska, Marta. „Whistleblowing a ochrona informacji poufnych pracodawcy”, [in:] *Prawo pracy. Refleksje i poszukiwania. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Wrątnego*, ed. Gertruda Uścińska, 390-403. Warszawa: IPISS, 2013.
- Dodge, Mary. „Whistleblowers”, [in:] *Encyclopedia of white-collar and corporate crime*, Vol. I-II, ed. Lawrence M. Salinger, 860-861. Thousand Oaks: Sage Reference, 2005.
- Dubiecki, Marian. *Historia Stanów Zjednoczonych: Rys dziejów od r. 1788 do r. 1865*, Vol. IV (Warszawa: Wydawnictwo Michała Glückberga 1878). *Encyklopedia powszechna*, Vol. VI (Warszawa: S. Orgelbrand, 1867). *Encyklopedia powszechna*, Vol. XXIV (Warszawa: S. Orgelbrand, 1867). *Inwentarz Praw, Statutów, Konstytucji Koronnych Voluminów legum: Przedruk wydania xx. Pijarów, do tomów I-VI*, Warszawa 1789.
- Kobroń, Łucja. „Whistleblower – strażnik wartości czy donosiciel?” *Palestra*, No. 11-12 (2013): 296-301.
- Kopaliński, Władysław. *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych* (Warszawa: Wiedza Powszechna, 1978).
- Krakowskie studia prawnicze*, Vol. XIV-XVII, Warszawa 1981.
- Łagowski, Bronisław. *Duch i bezdusznosc Trzeciej Rzeczypospolitej* (Kraków: Universitas 2007).

- Mikołajczyk, Marian. *Na drodze do postania procesu mieszanego: zmiany w polskim procesie karnym w latach 1764-1794* (Katowice: Uniwersytet Śląski, 1991).
- Patterson, Robert. *Kompendium terminów z zakresu rachunkowości po polsku i angielsku*, transl. Ewa Kieres (Warszawa: Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne: Polska Akademia Rachunkowości, 2008).
- Rachet, Guy. *Słownik cywilizacji greckiej*, przeł. E. Papuci-Władyka (Katowice: Wydawnictwo Książnica, 2006).
- Słownik języka polskiego*, ed. Witold Doroszewski. <https://sjp.pwn.pl/doroszewski/>.
- Sport bez korupcji. Podręcznik Dobrych praktyk*, ed. Holger-Michael Arndt, Dieter Miebach (Warszawa: Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, 2008).
- Węcowski, Marek. *Dylemat więźnia: ostracyzm ateński i jego pierwotne cele* (Toruń: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, 2018).
- Wielka encyklopedia powszechna ilustrowana*, Vol. XV, ed. Jerzy Aleksandrowicz, Warszawa 1895.
- Wojciechowska-Nowak, Anna. *Ochrona prawna sygnalistów w doświadczeniu sędziów sądów pracy. Raport z badań* (Warszawa: Fundacja im. Stefana Batorego, 2011).
- Wujczyk, Marcin. „Podstawy whistleblowingu w polskim prawie pracy” *Przegląd Sądowy*, nr 6, (2014): 114-122.

Legal Status of Succession Manager in Terms of Polish Law

The author studies the legal status of a succession manager in Polish law. From the perspective of the origins and objectives of the institution of succession in Polish, he outlines the legal character of the civil-law representation of the inheritance owner by the succession manager, the characteristics of the succession manager as a civil law substitute compared to the powers of the holder of a commercial general power of attorney (prokurent) as a civil-law deputy of the entrepreneur and the consequent scope of power of attorney of the succession manager, the question of the liability of the succession manager for damage resulting from improper management and the waiver of the liability of the succession manager for the liabilities incurred on behalf of the owner of an enterprise in succession, as well as the conclusions from the deliberations (analysis). The author primarily uses the formal-dogmatic method for generally applicable law and all other available methods of legal interpretation.

Grzegorz Koziel

Professor at Maria Curie-Skłodowska University in Lublin

ORCID - 0000-0002-7226-908X

Key words:
legal status, scope of powers, succession manager

<https://doi.org/10.36128/pr.wi.vi31.80>

1. Introduction

A survey carried out in Poland by the Institute of Family Business (Instytut Biznesu Rodzinnego) before the entry into force of the Act of 5 July 2018 on succession management of a natural person's enterprise¹, shows that as many as 70% of owners of family businesses want to hand over their businesses to their legal successors, but 41.5% of them did not think about how to do this, 31% were interested in the issues of succession, but have no precise plan of action. Only 9.2% of the

1 Journal of Laws of 2018, item 1629, hereinafter: SMNPE.

respondents said they were well prepared to pass their businesses on to their successors².

With the death of an entrepreneur, who is a natural person³ the legal existence of the enterprise as an „economic organism” is *de facto* terminated. This entails a number of problems in the areas of private and public law, which in practice made it impossible or significantly hindered the continuation or resumption of business activity by legal successors of the entrepreneur. The most important of these included: 1) absence of a „decision-making centre” – one person authorised to run the business and independent representation of all legal successors; 2) limited possibilities to use, even temporarily, the entrepreneur’s business name, which identifies not only him personally, but also his enterprise in legal transactions; 3) expiry of employment contracts concluded by the entrepreneur and, as a rule, expiry of the powers of attorney granted to employees and collaborators; 4) expiry or lack of actual possibility to perform civil law contracts related to the activity of the enterprise; 5) expiry of administrative decisions necessary to conduct a given type of business activity (e.g. concessions, licenses and permits); 6) limited possibility for the takeover of fiscal rights and obligations; 7) difficulties with the access to the bank account held for the purposes of the enterprise’s activity and with using funds therein; 8) obligation to return public aid received under agreements which have not yet been performed, in full, together with interest, from the date of its transfer by the financing entity⁴.

Moreover, the procedures related to ascertainment of acquisition of the estate of the deceased person and to its partition, especially in the event of inactivity, lack of agreement or cooperation between heirs, often took many months. Until a decision on the ascertainment of acquisition of the estate (or specific bequest) of the deceased person becomes final, or until the registration of an inheritance certification deed, and in practice - until the partition of the estate of the deceased person covering the enterprise – the running of the enterprise is often prevented by the lack of an entity authorised to manage it, i.e. to independently and smoothly take basic business decisions. Even if there is a will to continue the business relationships of the deceased entrepreneur or to take over his/her site by one or some of his/her successors, the chances of continuing the business are strongly dependent on a number of

2 See Grounds for the draft Act on succession management of a natural person’s enterprise, 5, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2293>, [access: 31.08.2019].

3 On the definition of an entrepreneur see wider Grzegorz Koziół, [in:] *Prawo przedsiębiorców. Przepisy wprowadzające do Konstytucji Biznesu. Komentarz*, ed. Grzegorz Koziół (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2019), 38-50.

4 See more: Grounds for the draft Act, 5-6.

circumstances that affect the efficiency of inheritance procedures. This problem also affects third parties: contractors, consumers, employees of the deceased entrepreneur, who must await the final determination of the circle of heirs and the settlement of formalities in order to seek their claims, exercise their rights or engage in further cooperation⁵.

The primary purpose of the regulation was to ensure that entrepreneurs, being natural persons, are able to ensure business continuation after their death, taking into account that the enterprise should be seen as a legal good of economic and business value but also of social value.

The additional purpose of the regulation was to reinforce the protection of third-party rights related to running the enterprise, including, in particular, employees, contractors, consumers and other entities cooperating with the entrepreneur. Under the legislation applicable prior to the entry into force of the Act of 5 July 2018 on succession management of a natural person's enterprise, even though third parties were formally entitled to claims or powers relating to the entrepreneur after the death of the entrepreneur, the possibility of their exercise was put off for some time or even became illusory. This is because the group of persons against whom claims can be raised (e.g. under the statutory warranty or guarantee) or to whom representations can be submitted, was not defined for a long time.

By continuing to operate a business that will continue to generate profits, jobs will be preserved, consumers will be able to exercise their rights more easily, obligations towards contractors and public-law obligations will be settled, and the continuation will enhance the chances of further development of the enterprise, sometimes built by personal endeavour of the entrepreneur and his family members for many years⁶.

2. Succession manager as a civil-law substitute of the enterprise owner. Legal nature of the substitution by succession manager

The legal status and powers of succession manager arises from the Act of 5 July 2018 on succession management of a natural person's enterprise, namely the provisions of Chapters 2, 4, 5, 6 of this Act, i.e. Articles 6 to 12 and Articles 17 to 35 of the SMNPE.

Succession manager is the indirect substitute⁷ of the owner of an enterprise in succession, acting in his/her own behalf and for the owner (Article

5 Ibidem, 6-7.

6 Ibidem, 8.

7 On the structure and types of indirect and direct representation wider see in particular Mieczysław Piekarski, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, ed. Józef Ignacy Bielski, Janusz Pietrzykowski, Zbigniew Resich, Vol. I (Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1972), 231; Katarzyna Kopaczyńska-Pieczniak, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, Vol. I, *Część*

21 par. 1 of the SMNPE)⁸. This applies both to private (civil) substantive law and to civil, administrative (including fiscal) and judicial-administrative procedural law (Article 21 par. 2 of the SMNPE) – succession manager may sue and be sued in matters arising from the business carried out by the entrepreneur or running the enterprise in succession and to participate in proceedings with this regard. This distinguishes the nature of the substitution of succession manager from the legal nature of the substitution of direct substitutes, i.e. legal representatives (Article 95 of the Act of 23 April 1964 – Civil Code⁹), attorneys-in-fact (Article 98 of the CC) or holders of a commercial power of attorney (Article 109(1) of the CC) who act on behalf of and for the substituted person.

The owner of an enterprise in a succession, within the meaning of Article 3 of the SMNPE, is: 1) a person who, in accordance with a final judicial decision on the determination of the acquisition of a succession, a registered act of certificate of succession or a European inheritance certificate, has acquired the tangible and intangible assets referred to in Article 2 par. 1 of the SMNPE (as the so-called enterprise in succession – tangible and intangible assets intended for the pursuit of economic activity by the entrepreneur, constituting the property of the entrepreneur as of the moment of his death), on the basis of statutory inheritance or under a testament, or where the person acquired the enterprise or share therein based on a specific bequest; 2) the spouse of the entrepreneur in the case referred to in Article 2 par. 2 of the SMNPE, entitled to the share in the enterprise in succession (if, at the time of the entrepreneur's death, the enterprise within the meaning of Article 55(1) of the CC was wholly owned by the entrepreneur and his spouse); 3) a person who has acquired the enterprise in succession or a share in the enterprise in succession directly from the person referred to in points 1 or 2 above, including a legal person (i.e., a company – limited liability company, simple joint

ogólna, ed. Andrzej Kidyba (Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2012), 595 i n.

8 Similarly: Katarzyna Kopaczyńska-Pieczniak („Status prawny zarządcy sukcesyjnego” *Przegląd Prawa Handlowego*, No. 12 (2018): 4-11), in whose opinion the succession manager is *sui generis* indirect substitute of the owner (owners) of the enterprise in succession; Joanna Derlatka, „Udział i status zarządcy sukcesyjnego w sądowym postępowaniu egzekucyjnym” *Przegląd Prawa Egzekucyjnego*, No. 5 (2019): 5-31, which includes the succession manager in the group of managers of succession property and states that the subject scope of this board is strictly defined and limited to the enterprise in succession; Konrad Kopystyński, „Zarządca sukcesyjny jako przedsiębiorca” *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, No. 6 (2019): 18-24.

9 Journal of Laws of 2019, item 1145, hereinafter: CC.

stock company, or a joint-stock company) or the organisational unit referred to in Article 33(1) § 1 of the CC (i.e., in particular, a commercial partnership: general partnership, professional partnership, limited partnership, limited joint-stock partnership), to which the enterprise was brought in as a contribution, where, after the death of the entrepreneur, that enterprise or share therein has been disposed of (through an action *inter vivos* – done between the living)¹⁰.

As an indirect substitute, succession manager, for the matters arising from running an enterprise in succession, uses the business name of the entrepreneur with the addition “in succession” – Article 17 of the SMNPE (that is to say, he/she operates under the business name of the person being substituted, unlike a typical indirect substitute, who acts in his own for the

10 According to art. Article 2 par. 3 of the SMNPE, the enterprise in succession shall also include tangible and intangible assets intended for the pursuit of economic activities acquired by the succession manager or on the basis of the activities referred to in Article 13 of the SMNPE (i.e. maintenance activities), in the period from the time of the entrepreneur’s death until the date of expiry of the succession management or the expiry of the power to appoint a succession manager; more broadly on the concept of „enterprise in succession”, see Jerzy Bieluk, *Ustawa o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej. Komentarz* (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2019), 11-15; on the general, civil-law category of enterprise and the meanings thereof, see: Andrzej Kidyba, *Prawo handlowe* (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2016), 35-36; Renata Świrgoń-Skok, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, ed. Mariusz Załucki (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2019), 159-161. Maintenance activities are, in turn, the activities taken from the moment of the entrepreneur’s death until the day of establishment of the succession management, and where the succession management has not been established – until the date of expiry of the right to appoint a succession manager, activities necessary to preserve the assets or the possibility of running the enterprise in succession, consisting in particular of: 1) satisfying due claims or receiving receivables that arise from the entrepreneur’s obligations related to the conduct of business that arose before his death; 2) disposing of tangible current assets within the meaning of Article 3 par. 1 19 of the Accounting Act of 29 September 1994 (consolidated text: Journal of Laws of 2019, item 351). The category of maintenance activities also includes activities of ordinary management in the field of business run by the entrepreneur before his death, if the continuity of this activity is necessary to preserve the possibility of its continuation or to avoid serious damage (Article 13 par. 2 of the SMNPE).

person being substituted, and also unlike a typical direct substitute, who acts in the name and on behalf of the person being substituted). It should be noted here that the business name of an entrepreneur who is a natural person is in accordance with Art. 43(4) of the CC his/her forename and surname, e.g. Jan Kowalski. This business name may of course contain – in addition to the body of the name thus defined – also optional elements (additions), whose basic function is to make the entrepreneur's business name more specific, in particular by indicating features relating to the entrepreneur (pseudonym)¹¹ or the area of his/her business, the place of business or other terms freely chosen¹², e.g. kitchen furniture factory, elegant shoe retailer, etc. In matters arising from running the enterprise in succession, the succession manager may, for example, use the business name: Kitchen furniture factory Jan Kowalski „in succession”, in which the term „in succession” is a special obligatory addition. Operating under the current business name of the entrepreneur – a natural person, is therefore an element of substitution by the successor manager, characteristic of direct substitution, whose typical example under Polish law is, as mentioned above, representation, power of attorney or general commercial power of attorney (prokura). This can lead to a conclusion of a mixed nature of this substitution or to the conclusion that it is an indirect (as a rule) substitution with elements of direct substitution.

3. The features of the succession manager as an indirect civil-law substitute of an entrepreneur similar to the features of a holder of general commercial power of attorney (prokurent) as a civil-law direct substitute of the entrepreneur and the resulting scope of power of attorney of the succession manager

The scope of the succession manager's powers includes the obligation to run the enterprise in succession and the power for court and non-court acts with regard to running the enterprise in succession (Article 18 of the SMNPE). A succession manager may independently undertake acts of ordinary management in matters arising from running an enterprise in succession, while acts exceeding the scope of ordinary management in this area may be undertaken with the consent of all the owners of the enterprise in succession, and in the absence of such consent – with the court's permission (Articles 22 par. 1 and 2 of the SMNPE). It must also be kept in mind that guardianship court restricts the succession management of assets of a person who has no capacity to perform acts in law or whose capacity to perform acts

11 With this respect, see the remarks by Piotr Zaporowski, „Pseudonim w firmie” *Przegląd Prawa Handlowego*, No. 6 (2006): 46.

12 See especially: Wojciech Popiołek, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, Vol. I, ed. Krzysztof Pietrzykowski (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2008), 226 i n.

in law is limited if it is necessary to ensure the correct management of that person's assets. Guardianship court shall determine which acts in respect of the management of assets of a person with no capacity to perform acts in law or whose capacity to perform acts in law is limited may not be undertaken by the succession manager without the permission of the court or imposes on the succession manager other restrictions that may be imposed on a guardian (Article 23 of the SMNPE). The subjective scope of the general commercial power of attorney (*prokura*) includes all judicial and extra-judicial activities related to running an enterprise (Article 109 (1) par. 1 of the CC), including – unlike in the case of succession management – also activities exceeding the scope of ordinary management, with some clearly defined exceptions. The legislature listed among these exceptions, in Article 109 (3) of the CC, the sale of the enterprise, a legal action based on which it was granted for temporary use, or the sale or encumbrance of real estate. Actions covered by the aforementioned exceptions may be made by a holder of the general commercial power of attorney only if a special power of attorney (for a particular action) has been granted to him.

In view of the above, a succession manager may, as part of the succession management of an enterprise in succession, perform in particular the following: 1) undertake acts of ordinary management; 2) to the extent beyond ordinary management – undertake acts having obtained the consent of the owners of the enterprise in succession, who at the moment of performing the act are entitled to a share in the enterprise in succession, and in the absence of such consent – with the permission of the court; 3) assume liabilities that are related to running the enterprise in succession; 4) undertake legal and factual acts related to employment in the enterprise, including he pays amounts due to the personnel; 5) conclude, perform and terminate contracts, including contracts concluded before the entrepreneur's death unless these expired; 6) settle private-law and public-law obligations related to the functioning of the enterprise; 7) appear in civil, administrative and tax proceedings, before administrative courts and in out-of-court proceedings in matters concerning the enterprise – according to the principles described below; 8) use the entrepreneur's bank account used for running the enterprise.

Similarly to the general commercial power of attorney (see Article 109(6) of the CC), also succession management may not be transferred to another person (Article 19 par. 1 of the SMNPE), there is so-called prohibition of substitution, and exceptionally, as in the case of a general commercial power of attorney, a succession manager may appoint an attorney-in-fact for a particular activity (grant a special power of attorney – Article 19 par. 2 of the SMNPE).

Likewise (with one exception) in the case of the general commercial power of attorney (see Article 109 (1) par. 2 of the CC in conjunction with Article 109 (5) of the CC), the succession management may not be limited

with legal effect to third parties (Article 20 of the SMNPE), however, unlike in the case of general commercial power of attorney, the succession management may not be only limited to matters related to the operations of a branch of the enterprise (i.e. to appoint a „branch” succession management). Pursuant to Article 109 (5) of the CC the holder of the general commercial power of attorney may be limited to the scope of matters entered in the register of the branch of the enterprise, which is referred to as the so-called „branch” general commercial power of attorney.

Similarly to the general commercial power of attorney (or more precisely – its granting and termination) which must be notified to the Central Register and Information on Economic Activity (CRIEA)¹³ or to the business register of the National Court Register (NCR)¹⁴ (Article 109 (8) par. 1 of the CC), the succession management must be notified to and is subject to entry in the CRIEA (Article 6 par. 13 of the SMNPE)¹⁵.

Similarly to the case of the holder of the general commercial power of attorney (Article 109(2) par. 2 of the CC), only a natural person with full capacity to perform acts in law (Article 8 par. 1 of the SMNPE), i.e. an adult whose legal capacity to perform acts in law has not been limited (Article 11 in conjunction with Article 15 and 16 of the Civil Code) may be a succession manager.

The above entails that in the area of features (attributes) of substitution referred to as the so-called prohibition of substitution, the exclusion of the possibility of limitation with legal effect in relation to third parties (with the exception of – in the case of the general commercial power of attorney – the possibility of granting the „branch” general commercial power of attorney), the obligation to notify CRIEA or the business register of the NCR, as well as the subjective ability to be a substitute, succession management is in the construction and legal area, defined in the same way as one of the forms of direct substitution, including representation, i.e. the general commercial power of attorney. Similarly to the attribute of trading under the business name of the deceased entrepreneur with the addition of the word „formerly”

13 Acting (operating) under the Act of 6 March 2018 on Central Business Register and Information and the Entrepreneur Information Point (consolidated text: Journal of Laws of 2019, item 291).

14 Acting (operating) under the Act of 20 August 1997 on the National Court Register (consolidated text: Journal of Laws of 2019, item 1500).

15 More on CRIEA, including the registration with CRIEA of the data related to the appointing the succession management, see Grzegorz Kozieł, [in:] *CEIDG. Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców. Przedsiębiorcy zagraniczni w obrocie gospodarczym. Komentarz*, ed. Grzegorz Kozieł (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2019), 2-11; Adrian Niewęglowski, [in:] *ibidem*, 15-68.

(and not under the succession manager's own business name), this may lead to a conclusion of a mixed character of the succession management as a substitution or to the conclusion that it is an indirect (as a rule) substitution with elements of direct substitution.

4. The liability of succession manager for damage resulting from improper performance of the management. The waiver of the liability of the succession manager for liabilities assumed on account of the owner of the enterprise in succession

Succession manager is liable for a damage caused as a result of improper performance of obligations (Article 33 par. 2 of the SMNPE). However, the liability for a damage caused by a succession manager, appointed in violation of Article 12 of the SMNPE (referring to the principles of appointing a succession manager) is borne jointly and severally with the succession manager by a person who in bad faith has appointed the succession manager or consented to it, even though he/she was not entitled to this (Article 33 par. 3 of the SMNPE).

An appointment of a succession manager in violation of Article 12 of the SMNPE may consist in particular of his appointment by an unauthorized person in the light of Article 12 par. 1-2 of the SMNPE, i.e. in breach of the requirements for locus standi specified in these provisions, appointment without expressing the consent provided for in Article 12 par. 3 of the SMNPE, appointment combined with incorrect determination of the size of shares in the enterprise in succession (Article 12 par. 4 of the SMNPE), appointment without submission or related to submission in a wrong manner, in a wrong form of declarations or notifications provided for in Article 12 par. 6-9 of the SMNPE, or appointment in violation of other requirements provided for in Article 12 of the SMNPE.

In accordance with Article 12 par. 1 of the SMNPE, if the succession management is not established at the moment of the entrepreneur's death, the succession manager may be appointed by the entrepreneur's death by: 1) the spouse of the entrepreneur, entitled to a share in the enterprise in succession, or 2) the statutory heir of the entrepreneur who accepted the inheritance, or 3) the testamentary heir of the entrepreneur who accepted the inheritance, or the specific bequest recipient who has received the specific bequest, if according to the announced testament the recipient is entitled to share in the enterprise in succession. However, it should be borne in mind that once the decision on the acquisition of an inheritance becomes final, or the inheritance certificate or a European inheritance certificate are registered, the succession manager can only be appointed by the owner of the enterprise in succession (Article 12 par. 2 of the SMNPE). To appoint a succession manager in the case referred to in points 1 or 2, a consent is required from persons who jointly are entitled to a share in the enterprise in succession greater than 85/100

(Article 12 par. 3 of the SMNPE). In accordance with Article 12 par. 4 of the SMNPE, if no final decision on the inheritance acquisition is issued, or if the inheritance certificate or the European inheritance certificate is not registered, the size of the shares in the enterprise in succession is shall be defined taking into account all persons known to the person appointing the succession manager who at the time of appointment of the succession manager are entitled to participate in the enterprise in succession.

The aforementioned person referred to in Article 12 par. 1 or 2 of the SMNPE shall make a statement to the notary about his/her participation in the enterprise in succession and other persons known to him/her who are entitled to participate in the inheritance, and the person referred to in Article 12 par. 1 of the SMNPE, and also statements on: 1) whether there are or there are no persons who would exclude the known heirs from the inheritance or who would inherit along with them, 2) known testator's wills or no such wills – under pain of criminal liability for making a false statement (Article 12 par. 6 of the SMNPE). The appointment of a succession manager in the case referred to in Article 12 par. 1 or 2 of the SMNPE, and the consent of each of the persons referred to in Article 12 par. 3 of the SMNPE require the form of a notarial deed (Article 12 par. 7 of the SMNPE).

A person appointed as a succession manager submits to the notary a statement that he or she is not subject to prohibitions finally imposed on him/her, referred to in Article 8 par. 2 of the SMNPE (i.e. bans on performing the function of succession manager), otherwise shall be subject to criminal liability for submitting a false statement (Article 12 par. 8 of the SMNPE). The notary shall notify the CRIEA immediately on the appointment of a succession manager in the case referred to in Article 12 par. 1 or 2 of the SMNPE, however not later than on the next business day after the day of appointment of the succession manager.

In accordance with Article 12 par. 10 of the SMNPE, the right to appoint a succession manager expires two months after the entrepreneur's death. If the entrepreneur's death certificate does not contain the date of death or the moment of death of the entrepreneur was identified in the decision confirming the death, this period runs from the date of finding the entrepreneur's corpse or when the decision confirming death has become final. The succession manager appointed in the case referred to in Article 12 par. 1 or 2 of the SMNPE, performs the function from the moment of being registered with CRIEA (Article 12 par 11 of the SMNPE).

Where the succession manager was appointed in violation of Article 12 of the SMNPE, the provisions of the CC on the conduct of someone else's affairs without a mandate shall apply accordingly to running an enterprise in succession by a succession manager (Article 34 of the SMNPE).

In the event where the succession manager is appointed in breach of Article 12 of the SMNPE, the provisions of the Civil Code on negotiorum

gestio – on the conduct of someone else's affairs without a mandate, i.e. especially the provisions of 752-755 and Article 757 of the CC shall apply accordingly to running an enterprise in succession by a succession manager (Article 34 of the SMNPE). This means, in particular, that in such a situation, a „*quasi* – succession manager” (as a *negotiorum gestor*) should act for the benefit of the person whose enterprise in succession he runs, and in accordance with its likely will, and he is obliged to keep due diligence when conducting the enterprise in succession (Article 752 of the CC in conjunction with Article 34 of the SMNPE). He should, as possible, notify the owner (owners) of the inheritance and, as appropriate, either expect his (their) orders, or run the enterprise in succession until the owner(s) can himself (themselves) take care of it. The *quasi* –succession manager (as a so-called *negotiorum gestor*) should submit a report of his operations and release everything he has obtained while running the enterprise in succession for the owner (owners) of the inheritance. If he acted in accordance with his duties, he may demand the reimbursement of reasonable costs and expenses together with statutory interest, and be exempt from the obligations he incurred when running the enterprise in succession (Article 753 of the CC in conjunction with Article 34 of the SMNPE). However, if the *quasi*-succession manager (as a so-called *negotiorum gestor*) runs the enterprise in succession against the will of the owner (owners) of the inheritance and he is aware of it, he cannot demand reimbursement of expenses incurred and is responsible for damage, unless the will of the owner (owners) of the inheritance is contrary to the statute or principles of social coexistence (Article 754 of the CC in conjunction with Article 34 of the SMNPE). Where the *quasi* – succession manager (as a so-called *negotiorum gestor*) has made changes to the property forming part of the enterprise in succession without any clear need or benefit for the owner (owners) of the inheritance or against his (their) will, he is obliged to reinstate the previous condition, and if it is not possible, remedy the damage. He may take back the expenses, provided that he can do it without damaging the item (Article 755 of the CC in conjunction with Article 34 of the SMNPE). It seems that Article 756 of the CC would not apply to the succession manager (as a so-called *negotiorum gestor*), due to the adoption by the legislature, in Article 12 of the SMNPE, of a strict procedure for appointing a succession manager. This means that the confirmation by the owner (owners) of the inheritance of the running of the enterprise in succession business by the *quasi*-succession manager (as a so-called *negotiorum gestor*) should not have the effects provided for in this provision, i.e. the effect of the appointed (established) running of the enterprise in succession. However, Article 757 of the CC may apply *mutatis mutandis*. Pursuant to this provision, whoever (i.e. for example the *quasi*-succession manager as a so-called *negotiorum gestor*), to avert the danger threatening the other (in this case the owner or owners of the estate), saves his asset (which is part of the enterprise in succession), may demand from him (in this case

the owner or owners of the estate) the reimbursement of reasonable expenses, even though his (i.e. for example the *quasi*-successor manager as a so-called *negotiorum gestora*) action proved to be ineffective, and shall only be liable for wilful misconduct or gross negligence.

Succession manager is not liable for liabilities assumed on account of the owner of the enterprise in succession, unless separate regulations provide for otherwise (Article 33 par. 1 of the SMNPE). The liabilities related to running the enterprise are to be borne by owners of an enterprise in succession (Article 32 of the SMNPE). However, the owner of an enterprise in succession who did not participate in the appointment of the succession manager due to violation of Article 12 of the SMNPE, is liable for liabilities related to running the enterprise in succession up to the value of the enterprise's assets of succession attributable to his/her participation, as of the day on which he/she learned about the appointment of the succession management. In order to determine the assets of succession of an enterprise in succession, the provisions on determining the assets of succession shall apply accordingly (Article 35 par. 1 of the SMNPE). This limitation does not apply to liabilities that have arisen after the day when the owner of the enterprise found out about the succession management, unless he promptly dismissed the succession manager, and if he/she was not entitled to dismiss the succession manager – he/re demanded the succession manager to be dismissed by authorised persons (Article 35 par. 2 of the SMNPE).

The above-mentioned regulations regarding the liability of the succession manager contained in Articles 33-35 of the SMNPE „approximate” this substitution in the scope of attribution of liability for damage caused as a result of improper performance of obligations (Article 33 par. 2 of the SMNPE) – to the structure of indirect substitution, whereas in the area of the waiver of liability for obligations incurred on the account of the owner of the enterprise in succession (Article 33 par. 1 of the SMNPE – to the concept of direct substitution. As in the case of the elements of succession management mentioned above, this may lead to the conclusion about the mixed nature of the succession management as a substitution or to the conclusion that it is an indirect (in principle) substitution with elements of direct substitution.

5. Conclusions

The Polish model of succession management, including the legal status and legal nature of power of attorney of this manager, should be assessed as quite complex (mixed).

A rather inconsistent concept was adopted for it, under which the succession manager acts on his own behalf (for the benefit of the deceased entrepreneur), which is an attribute (feature) of indirect substitution, but still under the entrepreneur's previous business name with the addition of the expression „in succession”. Furthermore, all but one basic features of the succession

manager as a substitution (except for the method of determining the scope of power of attorney) – its basic attributes, i.e. prohibition of substitution, exclusion of the possibility of limitation with legal effect in relation to third parties (with the exception of – in the case of the general commercial power of attorney – the possibility of granting a „branch” general commercial power of attorney), the obligation of notification to CRISA or the business register of the NCR, as well as the scope of the subject’s capacity to be a substitute, are in structural and legal terms identical or very similar to one of the forms of direct substitution – representation, characteristic of (dedicated for) operation in business transactions by entrepreneurs, i.e. to the general commercial power of attorney. The regulations regarding the liability of the succession manager – in particular under Article 33-35 of the SMNPE are characterized, on the one hand, by the similarity of this substitution in the scope of attribution of liability for damage caused as a result of improper performance of obligations (Article 33 par. 2 of the SMNPE – to the concept of indirect substitution, while on the other hand in the area of the waiver of liability for obligations incurred on the account of the owner of the enterprise in succession (Article 33 par. 1 of the SMNPE – to the concept of direct substitution. The above may lead to the conclusion about the mixed (combined) nature of succession management as a civil-law substitution, or to the conclusion that it is an indirect (as a rule) substitution with (quite numerous) elements of direct substitution.

In the context of the genesis and the purpose of regulation of the institution of succession management, which constituted a kind of „regulatory background” for it, it seems that the model of direct substitution based on statutory representation or general commercial power of attorney, consistently used and thus more clear, would be more appropriate for succession management.

Bearing in mind the origins, purposes of the regulation and the advantages of succession management, it seems that one can postulate the introduction of a uniform EU law in this area based on the structure adopted in Polish law, however, taking into account the modifications resulting from the summary hereof.

Bibliography

- Bieluk Jerzy, *Ustawa o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej. Komentarz* (Warszawa: C. H. Beck, 2019).
- Derlatka Joanna, „Udział i status zarządcy sukcesyjnego w sądowym postępowaniu egzekucyjnym” *Przegląd Prawa Egzekucyjnego*, No. 5 (2019).
- Kidyba Andrzej, *Prawo handlowe* (Warszawa: C. H. Beck, 2016).

- Kopaczyńska-Pieczniak Katarzyna, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, Vol. I, *Część ogólna*, ed. Andrzej Kidyba. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2012.
- Kopaczyńska-Pieczniak Katarzyna, „Status prawny zarządcy sukcesyjnego” *Przegląd Prawa Handlowego*, No. 12 (2018).
- Kopystyński Konrad, „Zarządca sukcesyjny jako przedsiębiorca” *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, No. 6 (2019).
- Kozieł Grzegorz, [in:] *CEIDG. Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców. Przedsiębiorcy zagraniczni w obrocie gospodarczym. Komentarz*, ed. G. Kozieł. Warszawa: C. H. Beck, 2019.
- Kozieł Grzegorz, [in:] *Prawo przedsiębiorców. Przepisy wprowadzające do Konstytucji Biznesu. Komentarz*, ed. Grzegorz Kozieł. Warszawa: C. H. Beck, 2019.
- Niewęglowski Adrian, [in:] *CEIDG. Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców. Przedsiębiorcy zagraniczni w obrocie gospodarczym. Komentarz*, ed. Grzegorz Kozieł. Warszawa: C. H. Beck, 2019.
- Piekarski Mieczysław, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, ed. Józef Ignacy Bielski, Janusz Pietrzykowski, Zbigniew Resich, Vol. I. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1972.
- Popiołek Wojciech, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, Vol. I, ed. Krzysztof Pietrzykowski. Warszawa: C. H. Beck, 2008.
- Świrgoń-Skok Renata, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, ed. Mariusz Załucki. Warszawa: C. H. Beck, 2019.
- Zaporowski Piotr, „Pseudonim w firmie” *Przegląd Prawa Handlowego*, No. 6 (2006).

Transfer of Shares in Municipal Companies in the Current Legal Reality, Following the Entry into Force of the State-owned Property Management Rules Act of 2016

The adoption of the the State-owned Property Management Rules Act of 2016 and the Act implementing the State-owned Property Management Rules Act eliminated the so-called „privatization” in the form that had been known from the 1990s and replaced it with completely different, more succinct and general, rules applicable to the transfer of shares in companies owned by the state and local government units. The adopted changes, primarily aimed at the companies with the state shareholding, to a large extent affected, by appropriate references, also municipal companies.

The author presents and evaluates currently effective legislation on the transfer of shares in municipal companies. He tries to evaluate the appropriateness of the model introduced by the legislator, who made the rules regarding the transfer of shares in state-owned companies applicable accordingly to municipal companies based on a reference in the Act on municipal services. The analyses are framed in a historical context – the rules in force before the effective date of the State Property Management Rules Act of 2016 are a background for the research result.

Jędrzej Jerzmanowski

*PhD of Juridical Science
Adam Mickiewicz University in Poznań*

ORCID - 0000-0002-2367-1267

Key words:

transfer of shares, state-owned Property Management Rules Act, privatization, municipal company

<https://doi.org/10.36128/priw.vi31.90>

1. Introduction

In the second half of 2016, the area of state-owned property management, the supervision of state-owned and partially state-owned companies and their operations, appointments to their supervisory and management boards, remuneration of their officers and similar matters became the focus of Polish law-makers' attention. This major shift was triggered by the adoption of the Act on the rules regulating the remuneration of officers in certain companies¹, i.e. the „new remuneration cap act”. Shortly afterwards, on 26/07/2016, the Council of Ministers adopted resolution 90/2016 to

1 OJ 1202.

reform state-owned property management rules, which precipitated a legislative process resulting in, among other things, the State-owned Property Management Rules Act of 16/12/2016² and the Act implementing the State-owned Property Management Rules Act of the same day³. With the adoption of the new law, the previous Act on the rules of the exercise of the rights of the state to its property 08/08/1996 became ineffective⁴. The primary consequence of the changes was the removal of the State Property division from the catalogue of government administration divisions, the abolishment of the Ministry of State Property⁵ and the assumption of the competences regarding the exercise of rights attached to shares in companies owned or partially owned by the state, hitherto vested in the Minister of State Property, by the Prime Minister, who may delegate certain rights to other members of the Cabinet, plenipotentiaries or state legal persons⁶. What is more, the legislator introduced new rules applicable to the management of state-owned assets, established a list of strategic companies owned or partially owned by the state (companies whose shares cannot be transferred), re-organised the supervision and management of state-owned companies and introduced new rules regarding appointments to corporate authorities (supervisory and management boards).

Changes to the rules regarding the operation of companies, apparently aimed at those owned by the state, by way of relevant references significantly affected companies owned by local authorities (municipal companies). The SPMRA implementing legislation amended over 90 acts, including many of key importance for the everyday operations of municipal companies, such as the Municipal Services Act⁷, the Anti-Corruption Act⁸, the Vetting Act⁹,

2 O J 2259 – hereinafter „SPMRA”.

3 O J 2260 – hereinafter „SPMRA implementing legislation”.

4 O J 2016.154 as amended.

5 See previous Article 5(19) of the Government Administration Divisions Act of 04.09.1997 (OJ 2018.762 as amended).

6 Article 8(1) SPMRA.

7 The Act of 20/12/1996, O J 2017.827, hereinafter „MSA”.

8 The Act of 21/08/1997 restricting public officials’ rights to engage in business activity, OJ 2017.1393.

9 The Act of 18/10/2006 on the disclosure of information on documents of state security services from the period 1944-1990 and the contents of such documents, OJ 2017.2186 as amended.

the New Remunerations Cap Act¹⁰ and the Code of Commercial Companies¹¹. It is not the first case of a transformation in the municipal economy triggered by a re-organisation at the state level. Unfortunately, it is not uncommon for the legislator to disregard the specificity of municipal companies. What works for large state-owned corporations is not necessarily easily applicable to small companies managed by municipalities.

This is the very situation we are dealing with when it comes to the transfer of shares owned by municipalities. One of the 90 acts amended by the SPMRA implementing legislation is the Commercialisation and Privatisation Act of 30/08/1996¹², renamed by an amendment of December 2016 to the Act on commercialisation and certain employee rights. The new law eliminated the so-called „privatisation” in the form known from the 1990s and replaced it with completely different, more succinct and general rules applicable to the transfer of shares in companies owned by the state and local government units.

The purpose of this paper is to present and evaluate currently effective legislation on the transfer of shares in municipal companies. It is an attempt at the evaluation of the appropriateness of the model introduced by the legislator, who made the rules regarding the transfer of shares in state-owned companies applicable accordingly to municipal companies based on a reference in the Act on municipal services. The analyses are framed in a historical context – the research result is presented against the background of the rules in force before the effective date of the State Property Management Rules Act of 2016.

2. Polish privatisation legislation – a historical outline

The privatisation-related rules made their way into the Polish legal system in 1990, with the Act on the privatisation of state enterprises of 13/07/1990¹³. On 30/08/1996, the act was replaced with a new law – the Act on the commercialisation and privatisation of state enterprises¹⁴, renamed by

10 The Act of 09/06/2016 capping the remuneration of officers managing certain companies OJ 2017.2190.

11 The Act of 15/09/2000, OJ 2017.1577.

12 OJ 118.561.

13 O J 51.298; more on the historic development of privatisation trends globally in: Anne-Marie Weber-Elżanowska, *Wpływ instytucji prawnych rynku kapitałowego na efektywność spółek Skarbu Państwa* (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2017), 5-11, 47.

14 O J 118.561.

an amendment of 05/12/2002¹⁵ to the Commercialisation and Privatisation Act.¹⁶ This was the act amended by the SPMRA implementing legislation, which once again renamed it to „the Act on commercialisation and certain employee rights”. For over 20 years, the Commercialisation and Privatisation Act with certain executive provisions (in particular regulations which lay down the specific procedures applicable to the disposal of state-owned shares of 1997, 2004, 2009 and 2011, as well as the regulations which lay down the rules applicable to the elaboration of pre-privatisation analyses of 1997, 2009 and 2011) provided the legal framework for privatisation in state and municipal economy.

Both the Act on the privatisation of state enterprises (Article 45) and the Commercialisation and Privatisation Act (Article 68) were applicable accordingly to the privatisation of municipal companies¹⁷. Additionally, Article 20 (and subsequently Article 12(2)) of the Act on municipal services contained a reversed reference to section IV CPA with regard to the transfer of shares in municipal companies. The meaning and importance of both mutual references, as well as a number of other issues that emerge at the intersection of MSA and CPA, have been debated in legal sciences for years¹⁸. These deliberations, coupled with years of practical application of the law, resulted in an established privatisation practice that made privatisation processes transparent and easily controllable¹⁹. Most importantly, CPA established (in Article 33) specific procedures applicable to the transfer of shares in state-owned companies. They included, among other options, a public offering, a public

15 Introduced by amendment to the Act amending the Act on the rules of the exercise of the rights of the state to its property, the Act on the commercialisation and privatisation of state enterprises and certain other acts (OJ 240.2055).

16 Hereinafter „CPA”; cf. also Weber-Elżanowska, *Wpływ instytucji*, 48.

17 Furthermore, article 68 CPA mandated that regulations issued on the basis of CPA be applicable accordingly to the privatisation of municipal companies.

18 See e.g. Jakub Jan Zięty, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz* (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2012), 165, No. 18.

19 So far, the biggest transaction involving a municipal company that was carried out on the basis of CPA was the privatisation of Stołeczne Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej, a utility company, whose shares were sold for PLN 1.441 bn, while the investor additionally undertook to finance a PLN 1bn investment programme – see the online privatisation chart at: <https://bip.warszawa.pl/NR/rdonlyres/39604810-E167-420B-86BD-EA1BB0FAFB3A/1214590/KartaprywatyzacjiSPECaktualizacja14102017.pdf>, [accessed: 30.07.2018].

tender, negotiations at public invitation, public auction, or sales in organised trading²⁰. Detailed rules and procedures applicable to the transfer of shares were laid down in executive regulations on the detailed rules applicable to the transfer of state-owned shares.

Although an established transparent privatisation practice was already in place, the legislator decided to waive or extensively amend virtually all of the foregoing regulations, including the rules applicable to the transfer of shares in state-owned companies. In fact, we have witnessed a complete revolution, since „privatisation”, as previously construed, became history (save for the interim application of certain previous privatisation rules upheld by transitional provisions laid down in Articles 106-208 of the SPMRA implementation legislation).

3. Currently effective legislation

3.1. The transfer of shares in state-owned companies

The legal context following amendments is completely different. As explained in the rationale for the draft SPMRA implementation legislation, the legislator „decided to lay down a new model for the transfer of shares by the state and local government units”, while amendments to CPA „result from a comprehensive revision of the concept of the management and transfer of shares owned by the state” introduced by the State Property Management Rules Act.

The renaming of CPA to the Act on commercialisation and certain employee rights is a consequence of the revision of the substantive scope of the act. The definition of „privatisation”, which, together with commercialisation, formed one of the two core concepts of the act, was removed from Article 1 CPA. Section IV CPA, previously entitled „Indirect privatisation”, was renamed to: „Employees; rights to acquire shares” and eventually contains only provisions concerning those rights (the remaining regulations pertaining to privatisation have been deleted). Section V CPA, „Direct Privatisation”, has been repealed in full. And finally, Article 68 CPA which made the provisions of the act and related executive provisions applicable accordingly to the commercialisation and privatisation of municipal enterprises was deleted as well. The authors of the draft motivated their choice by explaining that „provisions concerning such companies will be included in the Municipal Services Act”.

20 To read more about these and other procedures cf. e.g. Marek Michałski's comments on the impact of the development of capital market institutions on the enterprise privatisation process „Skarbu Państwa na rynku kapitałowym”, [in:] *Spółki z udziałem Skarbu Państwa a Skarb Państwa*, ed. Andrzej Kidyba (Warszawa: Wolters Kluwer, 2015), 129-135, see also Weber-Elżanowska, *Wpływ instytucji*, 76-77.

The State-owned Property Management Rules Act, in its current wording, contains as little as six articles on the transfer of state-owned shares in companies (Article 11-16 SPMRA). They introduce, rather generally, the rules applicable to the disposal of state-owned shares in companies. The legislator seems to have opted for the following philosophy: first of all, it is necessary to select companies of key importance from the perspective of state interests and prevent any transfer of their shares (the legislator established a list of 29 companies falling into this category, which spans in particular corporations from the energy, chemical, fuel, copper, military, railway, banking and insurance sectors). At the same time, however, the disposal of state-owned shares in all other companies should be permitted on terms and conditions adjusted by the Council of Ministers to specific factual circumstances. The legislator opted for a fairly general clause calling for „the need to protect the state property interests”, but at the same time granted a fair degree of discretion to the Council of Ministers.

Shares owned by the state may be transferred by the entity authorised to exercise rights attached to shares. The disposal of shares requires an approval by Council of Ministers²¹. However, the act no longer specifies any admissible procedures regarding the transfer of shares and the Council of Ministers is the body selecting the transaction procedure applicable to every specific case. When requesting consent for the transfer of shares, the relevant entity must specify: (1) the buyer selection procedure, including the suggested transfer procedure, (2) in the case of sale or swap – the manner of establishing the price and the payment method or the value and the manner of delivering the mutual performance, (3) the transferee, if selected (4) rationale referring to the economic or social consequences of the disposal of shares, including a discussion of its impact on the protection of state property interests and the protection of interests of employees and other people related to the company. The application for consent to transfer shares must be accompanied by: (1) documents confirming that the state is a shareholder of the company whose shares are being transferred, (2) valuation made using at least two valuation methods, (3) draft share transfer agreement²². The same rules apply to the transfer of shares owned by state legal persons. Any transfer of shares in breach of Articles 11-15 SPMRA is invalid²³.

21 Save for the exception referred to in Article 11(3) SPMRA.

22 Save for Article 12(4) SPMRA.

23 More on the current provisions governing the transfer of shares in state-owned companies in: Andrzej Szumański, „Nowe regulacje prawne spółek z udziałem Skarbu Państwa z uwzględnieniem zmian w kodeksie spółek handlowych obowiązujących od 1.01.2017 r.” *Przegląd Prawa Handlowego*, No. 3 (2017): 8-9, comment 21-24.

3.2. The transfer of shares in municipal companies

Obviously, the deletion of provisions referring to „privatisation” from CPA and the removal of prior reference to the Municipal Services Act from Article 68 of that Act does not mean that the privatisation of municipal companies has come to an end. The legislator still allows for the disposal of shares in companies owned by local government units, but redefines this process completely. Currently this matter is regulated in a very cursory manner. The Legislator resorted to the referencing technique and condensed all the provisions regarding the transfer of shares in municipal companies in two sections of Article 12 MSA (sections 2 and 3), referring to six articles of SPMRA. Article 12(2) and 12(3) MSA provides that Articles 11-16 SPMRA are applicable accordingly to the transfer of shares in companies referred to in Article 9 (i.e. companies with local government shareholding), specifying that the shares in companies referred to in Article 9 are transferred by the head of the board of the local government unit – the head of the commune (or a mayor of a town). However, the constituting authority of that body must consent to the transfer of shares held by the local government unit.

The cursory nature of this regulation invites justified criticism. Not only does the State Property Management Rules Act seem to cater more to the decision-making needs of the Council of Ministers (regarding state-owned companies) than to the needs of local governments, the technique applied by the legislator to reference SPMRA in MSA triggers a variety of interpretative doubts. What is more, some provisions contain manifest errors.

3.2.1. The need to protect local government units' interests

Abiding by the duty to apply the provisions of the State Property Management Rules Act accordingly, we should assume that the transfer of shares in municipal companies should take place taking account of the need to protect the interests of local government units (Article 11(1) *in fine* SPMRA in conjunction with Article 12(2) MSA). Obviously, this instruction should be viewed as welcome. What does create problems, however, is the fact that the legislator's failure to precisely specify the admissible procedures applicable to the transfer of shares in municipal companies is likely to generate disputes as to whether specific transactions were exercised in the best interest of local government units. The insufficient precision of regulations in this respect may hinder the privatisation processes in municipal economy as a result of local official's fears of being charged with mismanagement.

It is indeed very likely that local governments will continue to rely on the same procedures as stipulated by previously effective (and now repealed) provisions of the commercialisation and privatisation act with executive regulations (in particular as regards the contents of pre-privatisation analyses and the detailed procedure applicable to the disposal of shares). This puts into

question the purposefulness of repealing the rules specifying the privatisation procedures that were hitherto into force.

3.2.2. Shares in joint-stock companies only or shares in both joint-stock and private limited companies („akcje” or „akcje i udziały”)?

Article 12(3) in file MSA contains a manifest error. While Article 12(2) and 12(3) *ab initio* MSA refers to the disposal of shares in joint-stock companies (in Polish ‘akcje’) and private limited companies (in Polish „udziały”), Article 12(3) *in fine* MSA (which mandates obtaining consent of the constituting body of the relevant local government unit to go ahead with the transaction), contains only a reference to shares in joint stock companies, leaving shares private limited companies out. Should we then assume that the consent of the constituting body to carry out transactions is required only when joint-stock companies are sold, and no such requirement applies to shares in private limited companies? A literal interpretation would support this view, leading to highly irrational conclusions. Rather, we should adopt the opposite perspective and assume that the disposal of shares in private limited companies requires consent as well. This follows from a general directive regarding the application of SPMRA to the disposal of shares in municipal companies on *mutatis mutandis* basis, covering shares in both limited liability and joint-stock companies. Certainly, the source of legislator’s error is the fact that Articles 11-16 SPMRA contain references to shares in joint-stock companies („akcje”) only. However, in the glossary provided in Article 2(2) SPMRA the legislator explains that shares should be construed as shares in joint-stock and limited liability companies. No analogous glossary has been included in the Municipal Services Act, and the legislator probably glossed over this fact while drafting the new content of Article 12(3) in fine MSA.

3.2.3. Obtaining consent for a transaction

The joint reading of Article 12(2)-(3) MSA and Articles 11-16 SPMRA provides that shares in companies owned by local government units are sold by the head of the board of the local government unit – the head of a commune in the case of a commune (mayor in the case of a town) – hereinafter referred to as a „head” for simplicity, having obtained prior consent of the constituting body of that unit, hereinafter referred to – again, for simplicity reasons – as the „commune council”²⁴. The application lodged by the

24 Save for Article 11(3) SPMRA, which, applied „accordingly”, should be construed as waiving the requirement of consent if the local government unit contributes the shares of a company as a contribution in kind to another company of which that unit or other legal persons of that unit are the sole shareholder (in my view we are not dealing with any municipal legal persons, but only those ‘belonging’ to that unit; the opposite

head with the commune council to obtain consent for the transfer of shares must specify: (1) the buyer selection procedure, including the proposed share transfer procedure (2) in the case of sale or swap – the price or the manner of establishing price and the payment method or the value and manner of delivering the mutual performance, (3) the transferee, if selected, (4) rationale referring to the economic or social consequences of the disposal of shares, including a discussion of its impact on the protection of the local government unit interests and the protection of interests of employees and other people related to the company. The following documents must be appended to the application for consent for the transfer of shares: (1) documents confirming that the state is a shareholder of the company whose shares are being transferred, (2) valuation made using at least two valuation methods, (3) draft share transfer agreement²⁵.

The key reason for serious reservations regarding this rule is its incompatibility with the reality of municipal economy²⁶. The biggest reservations concern the commune head's duty to present the commune council with a valuation of the shares to be sold, which could undermine the negotiating position of the commune.

It must be emphasized that the specificity of the constitutive bodies of local government units is completely different than the specificity of the Council of Ministers. One of the key differences concerns the rules of transparency. While – pursuant to Article 22 of the Council of Ministers Act of 08.08.1996²⁷ – the sittings of the Council of Ministers are held behind closed doors, the sittings of the constituting bodies of local government units, as a rule, are fully open to the public (pursuant to Article 11b of the commune government act²⁸, the openness of commune authorities' operations can be only restricted by relevant acts of law). In consequence, if the rules laid down in Article 12(1) and 12(2) SPMRA were fully applied to the transfer of shares in municipal companies, with the head of the commune requesting the commune council's consent for the disposal of shares in a municipal company, the information sensitive from the perspective of the planned transaction

view – or so it seems – or simply a slightly imprecise interpretation in: Cezary Banasiński, Krzysztof Jaroszyński, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2017), 210, comment 2, who write about „municipal [without specifying whose precisely– J.J.] legal persons”.

25 Save for the exception referred to in Article 12(4) SPMRA.

26 Cf. Banasiński, Jaroszyński, *Ustawa o gospodarce komunalnej*, 207, comment 2.

27 OJ 2012.292 as amended.

28 The Act of 08/03/1990, OJ 2018.994 as amended.

(including, in particular, the valuation of the shares to be disposed) would be revealed to a virtually unlimited circle of entities. A wide group of people have access to council session materials and hence it is questionable whether the consent procedure concerning the transfer of shares in companies with a state shareholding as stipulated by the legislator would be compatible with the need to protect the interests of local government units. One could hardly assume, however, that council members could be presented with the very same application for consent for the transfer of shares, without an appendix detailing the valuation made applying at least two valuation methods. Furthermore, it is unclear what the legislator intended when drafting Article 12(3) SPMRA²⁹, which introduces an option to enclose documents confirming information and data contained in the application other than the ones specified in Article 12(2). It seems that the provision does not allow for replacing the valuation with another document, and even if that was the case, such document would have to contain information on the value of the company.

The transaction practice has shown that the seller should not reveal their own valuation of the asset offered for sale to the buyer too early (unless the price is very high). If the buyer learns about the valuation too early, they are very likely to offer a price corresponding or close to that valuation, which is often less than the buyer was initially willing to pay. The valuation obtained by the seller should remain confidential at least until the end of the price negotiations between parties or, potentially, until the disclosure of that valuation to the buyer gives the seller a negotiating advantage. In other words, while it is admissible for the seller to present a valuation of the shares in a state-owned company to the Council of Ministers at a confidential sitting, it is hardly acceptable to disclose such information to a commune council at an open sitting held before the share buyer selection procedure is launched.

To solve this problem, given the need to ensure that local governments benefit from transaction security, we should turn to SPMRA, applied so-called „accordingly”. According to one of the possible reasoning lines, when Article (2)(2) SPMRA is applied accordingly to the sales of shares in municipal companies then, taking account of the need to protect the interest of the commune, the valuation of the shares to be sold should not be disclosed to the commune council at all. In this case, the provision would be applied „accordingly” by „not being applied” after all. Alternatively, one could argue that, although to obtain the commune council’s consent to go ahead with the transaction the head of the commune must submit all the documents specified in Article 12(1) and 12 (2) SPMRA (including the valuation), some of the

29 Added to SPMRA on 29.03.2019 – on the basis of the Act of 21/02/2019 amending the State Property Management Rules Act and certain other acts (OJ 2019.492).

documents could be submitted to the council once the buyer has been selected and all terms and conditions of the transaction have been agreed.

In fact, based on Article 12(2) MSA in conjunction with Article 12(1) and 12(2) SPMRA, the key task is to determine when the head of commune is required to obtain the council's consent for the disposal of shares in a municipal company – before or after selecting a specific buyer. *Prima facie* it may seem that the consent should be obtained before the buyer is selected, and before the commencement of the transaction procedure specifically. This would follow from Article 12(1) SPMRA, which provides that the application for consent to transfer shares must specify the procedure applicable to the transfer. This in turn would lead us to a conclusion that the consent of the Council of Ministers for the transfer of shares in a company should not be the final step in the transaction procedure (taken after a specific candidate for the buyer has been selected and once the share purchase agreement terms and conditions have been agreed with them), but rather the first one, initiating the entire process.

Nonetheless, when it comes to the transfer of shares in municipal companies, one should support a different interpretation, substantiated by the need to apply the provisions of SPMRA „accordingly”, taking account of the need to protect the interests of the treasury of the commune. As a result, the share transfer process concerning shares in municipal communes should involve two separate consents of the commune council. The first consent is given to approve the initiation of a procedure to sell shares in a municipal company. In its consent the commune council should specify the procedure applicable to the disposal of shares in line with Article 12(1)(1) SPMRA in conjunction with Article 12(2) MSA. When requesting the consent, the head of the commune should specify the proposed manner of transfer as referred to in Article 12(1)(1) SPMRA, specifying the proposed manner of disposal, including the description of the buyer selection procedure. At this stage one needs to take account of the regulations applicable to the disposal of shares in municipal companies laid down in the legislation constituting local governments, namely Article 18(2)(9)(g) of the Act on local government at the commune level, which provides that the commune council is exclusively competent to „define the rules regarding the contribution, withdrawal and sales of shares by the head of the commune” and in analogous provisions concerning companies with district and voivodeship shareholding (cf. Article 12(8)(g) of the Act on local government at the district level of 5.06.1998³⁰ and Article 18(19)(e) of the Act on local government at the voivodeship level of 5.06.1998)³¹. The procedure regarding the transfer of shares in a specific company, as proposed by the head of a commune, should be consistent with the one laid down by

30 OJ 2018.995 as amended.

31 OJ 2018.913 as amended.

the commune council in its resolution on the rules applicable to the sales of shares.³² If no such resolution has been adopted in a commune so far, the resolution can be adopted together with the resolution granting consent to the institution of the procedure to sell shares in a specific municipal company.

The second consent awarded by the commune council should be the consent to a specific transaction involving the sales of shares in a municipal company. When requesting the consent, the head of the commune should specify the remaining information referred to in Article 12(1) SPMRA and append the remaining documents listed in Article 12(2), with special emphasis on the valuation. This approach is additionally supported by the amended Article 12(1) SPMRA, and item 12(1)(4) in particular. Pursuant to this provision, the application for consent to transfer shares must specify the buyer, if selected. In consequence, we should conclude that a buyer of shares may be selected before the final consent for the transfer of such shares has been granted.

Anyway, it seems that the legislator should have directly stipulated for such a two-step consenting procedure in state-owned companies as well. At the initial stage of the share disposal procedure, the documents referred to in Article 12(1) and 12(2) SPMRA simply cannot be drafted appropriately. Before the procedure starts it is impossible to determine the specific price for the shares or even precisely describe the manner of its calculation (only a range can be given, specifying the expected share purchase price, but this is not what the legislator has stipulated); furthermore, it is difficult to determine economic and social consequences of the transfer, including the impact of a specific transaction on the protection of the state property-related interests and the protection of employees and other people concerned. Such effects can be identified only once the specific terms and conditions of a transaction have been negotiated with the buyer of shares, and not before the commencement of the procedure. The share purchase agreement the submission of which is required under Article 12(2)(3) can be submitted at the initial stage, but the document would not be the final draft, but the starting point for future negotiations. The legislator seems to have intended the final version to be lodged.

3.2.4. Article 15 SPMRA applied accordingly

De lege lata, there are doubts as to what Article 15 SPMRA applied accordingly to municipal practice would entail. Pursuant to this provision, „Articles 11 and 12 apply accordingly to the disposal of shares held by a state legal person”. In this context, should the companies owned by local government units willing to sell shares in their subsidiaries also request relevant consent from the units’ constitutive bodies? This interpretation should be

32 Cf. Banasiński, Jaroszyński, *Ustawa o gospodarce komunalnej*, 216, comment III.

deemed incorrect, as Article 12(2) MSA provides that SPMRA is applicable accordingly to the „disposal of shares in companies referred to in Article 9”, i.e. companies with local government unit’s shareholding, rather than subsidiaries of such companies. Importantly, unlike, for instance, in Article 10b MSA, in Article 12(2) MSA the legislator did not extend the applicability of the provision to subsidiaries.

3.2.5. „Privatisation” by increasing share capital

One pertinent question involves the rules of procedure applicable when the circle of shareholders in companies with local government unit shareholding is extended by adding new investors who subscribe for newly issued shares in the increased share capital of such companies rather than being sold existing shares by other shareholders. Such cases have been hotly debated for years. It was only in 2002 when the legislator acknowledge that the shareholding structure can change in this way. In consequence, the amendment of 5/12/2002 extended the definition of privatisation by cases involving “the subscription for shares in the increased share capital of sole-member state-owned companies established as a result of commercialisation by other entities than the state and other state legal persons within the meaning of the Act of 08/08/1996 on the exercise of the rights of the state to its property (Article 1(2)(1) CPA). Nonetheless, the legislator failed to envisage any specific procedure applicable to such cases, opening the provision to a broad range of interpretations. When adopting the act on the state property management rules, the legislator completely forgot (or purposefully disregarded) such ways of extending the shareholding structures, while the sole passage referring to this issue (Article 12(1) MSA), which provides that „the contributions in kind and the subscription for shares [in municipal companies – J.J.] are governed by the Code of Commercial Companies and the Civil Code save for the provisions of the following acts: on local government at the commune level, on local government at the district level, on local government at the voivodeship level and on commercialisation and the rights of certain employees” contributes nothing new at all. The legislator’s approach should be viewed as a very unfortunate one. It gives a green light for the transactions in question, but does not define any specific procedure that would apply to them, creating an environment of high uncertainty and a threat of poor transparency of any decisions made³³.

33 Importantly, Article 14(1a) of the Public-Private Partnership Act of 19/12/2008 (OJ 2019.1145) governs some cases where private investors join companies by taking up their shares, but his provision applies only to undertakings that have a public-private partnership status.

4. Conclusions

The foregoing analysis has shown that the new „privatisation” regulations give rise to a plethora of doubts, especially when it comes to the disposal of shares in municipal companies. First of all, one should challenge the legislative technique applied by the legislator, involving the reference in the Municipal Services Act to the provisions of the state property management rules act, applied „accordingly”. Not only are those provisions incompatible with the municipal reality (especially when it comes to the obligation to disclose the valuation at the stage of seeking consent for the transaction), they also contain errors and are excessively general. Although they do allow for flexibility in adapting specific transaction procedures by the constitutive and executive bodies of local government units, excessive flexibility may increase legal uncertainty in this field, hindering the transaction procedures. It will be difficult to answer the questions posed by local decision-makers about the right choice of a procedure in a specific case in order to ensure the transparency of the processes on the one hand, and safeguard the officials from the risk of charges concerning mismanagement. It is very likely that local governments will continue to rely on the same procedures as stipulated by the now repealed provisions of the commercialisation and privatisation act with executive regulations (as regards the contents of pre-privatisation analyses and the detailed procedure applicable to the disposal of shares). In consequence, we are faced with a rather rhetorical question: would not it be better if the legislator had simply upheld the previous provisions in force?

Clearly, the legislator performs periodical reviews of the State Property Management Rules Act, as manifested by the amendments discussed above that came into force on 29/03/2019. However, as I have argued in this paper, such amendments are insufficient and further legislative intervention regarding contested provisions is necessary. One should trust that the legislator would recognize the need to implement such changes and modify the law accordingly in the near future.

Bibliography

- Banasiński Cezary, Krzysztof Jaroszyński, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2017).
- Dąbrowska Justyna, „Spółki Skarbu Państwa”, [in:] *Szczególne formy spółek*, ed. Andrzej Kidyba, 178-579. Warszawa: Wolters Kluwer, 2017.
- Michalski Marek, „Spółki Skarbu Państwa na rynku kapitałowym”, [in:] *Spółki z udziałem Skarbu Państwa a Skarb Państwa*, ed. Andrzej Kidyba, 125-136. Warszawa: Wolters Kluwer, 2015.
- Szumański Andrzej, *Nowe regulacje prawne spółek z udziałem Skarbu Państwa z uwzględnieniem zmian w kodeksie spółek handlowych obowiązujących od 1.01.2017 r.*, „Przegląd Prawa Handlowego” No. 3, 2017: 4-14 .

Weber-Elżanowska Anne-Marie, *Wpływ instytucji prawnych rynku kapitałowego na efektywność spółek Skarbu Państwa* (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2017).

Zięty Jakub Jan, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz* (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2012).

Organizational and Legal Form of Local Development Tasks – Innovation or Break in the Model of Administration Activities?

Legal and organizational structure of the local action group as an entity responsible for local development, within which we can observe a fusion of local government units and other persons and entities in a corporation operating on the basis of the EAFRD Act and provisions relating to local development with the participation of the local community. This innovatively shapes bonds between public administration bodies and non-public entities, because they are based on close bonds of partnership cooperation within the association with a special status. This ensures the diversification of views and prevents monopolization of operations by one of the parties. Nevertheless, such legal and organizational structure, and especially its statutory property jurisdiction, breaks the established rules for the implementation of public tasks, as well as a breaches the forms adopted in the doctrine. This is undoubtedly related to the latest tendencies to move away from imperious unilateral forms of public administration, in favor of consensual forms characteristic of private law. This also has its source in the tendencies to use public management methods in public administration activities, and especially in the dynamic development of the planning function, which is significant to the activities of the EU structures. This is justified by certain ideological and economic views, which are reflected in the European Union law and affect the change of paradigms of public administration in Poland, which follows the role of the performer in favor of the role of a co-creator. It is particularly evident in the area of shaping development policy, including local development.

Agata Barczewska-Dziobek

*PhD of Juridical Science
University of Rzeszów*

ORCID - 0000-0002-7514-9219

Key words:
local action group, local development,
public management

<https://doi.org/10.36128/priw.vi31.84>

1. Introduction

Among the various factors that transform the function of public administration, we should pay attention to the impact of the European Union law, which by shaping a specific legal culture of the entire European Community, in a way enforces changes in the legal systems of the Member countries, in such a way that they need to adapt native legal orders. Abovementioned legal culture is the effect of the influence of specific ideologies, which then shape certain type of legal norms,

grounding or reflecting current trends and views on the organization as well as the functions of state organisms, and the role of citizens.

The literature¹ draws attention to the problems of so-called Europeanization of law, which causes a kind of dismantling of a coherent order in law. The phenomenon occurs in several fields of law. Within administrative law, it can be observed at various levels, ranging from subjective rights, through transformations in the sources and the catalog of principles of administrative law, and administrative procedure, in the catalog of values, as well as in individual parts of substantive law, and finally at the level of administrative tasks and how they are implemented. Traditional, solidly shaped forms of implementation of administrative tasks are developing, it is well visible in the developing field of planning in administration.

An essential example of the discussed transformation is the form of implementation of tasks relevant to local development, which was introduced to the native regulations as a consequence of implementing the rural development support system through a local development partnership, whose genesis reaches the EU regulations that refer to its regulations concerning community development policy that was in force until 2007. This short study is aimed at presenting the characteristics of the new form of administrative tasks implementation that derives from the corporate form of achieving private goals, which on the one hand is an innovative solution, and on the other hand, by its different nature, can be seen as a breakthrough in the normally understood model in which public administration uses legally defined forms of their activities².

2. Characterization and genesis of organizational and legal forms of local development

The local action group was introduced to the Polish reality as an organizational and legal form of implementing local development tasks at the level of local government administration with the use of solutions of the Council Regulation No. 1698/2005 of 20 September 2005 to support rural area

-
- 1 Andrzej Wróbel, „Europeizacja prawa administracyjnego – pojęcie i konteksty”, [in:] *Europeizacja prawa administracyjnego*, ed. Roman Hauser, Zygmunt Niewiadomski, Andrzej Wróbel (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck: Instytut Nauk Prawnych PAN, 2014), 31.
 - 2 Irena Lipowicz, „Prawne formy działania administracji publicznej – między stabilizacją a potrzebą wyłomu” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, No. 4 (2016): 41. Also see the joint study: *Ewolucja prawnych form administracji publicznej. Księga jubileuszowa z okazji 60 rocznicy urodzin Profesora Ernesta Knosali*, ed. Lidia Zacharko, Andrzej Matan, Grzegorz Łaszczycza (Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2008).

development by the European Development Fund Rural Areas³ as part of pilot activities that shaped organizational and financial conditions relevant to establishing local partnerships. It is agreed for its participants to be local governments and local community, they act as cooperation network entities who stimulate the activity in rural areas⁴.

The postulates to create multi-stakeholder cooperation networks in rural areas were rooted in the assumptions of the common agricultural policy, defined by the European Council in 2001 in the Strategy for Sustainable Development, which supplemented the Lisbon Strategy. The strategy highlighted that obtaining positive and satisfactory results of development progress, in the light of contemporary threats and disproportions, requires treating rural development with special care, as it was previously underestimated and supplanted by the priorities of social and economic policies. The Strategy for Sustainable Development, updated in 2006, referred to newly admitted countries, including Poland. Previously mentioned policies assumed, above all, that in a given area, the proper development progress is achievable not through the administrative activities of central and local authorities, but through the strong involvement of the community itself and by allowing it to shape development guidelines in a bottom-up and territorially coherent manner.

As Poland didn't have any sufficient legal basis to create such partnerships, they would most often take the legal form of associations, foundations or fusion of associations⁵. The assessment of the adequacy of these organizational and legal solutions compared to the requirements outlined in the EU regulations in 2004-2006 indicated that foundations was the most appropriate form. Foundations create the possibility of reflecting the desired representation of public and social sector entities in the group of founders and

3 Dz. Office. EU I 277/1.

4 I am referring to a pilot program financed from the EU sources in the initial period of Poland's membership in its structures, the LEADER I initiative lunched in 1991-1993, LEADER II – in 1994-1999 and LEADER + implemented since 2000. The name – the acronym originates from the French term „Laisons Entre Actions de Developpement de l'Economie Rurale”, Links between the *rural* economy and *development actions*. For more information please visit: *Budowa kapitału społecznego do wykorzystania w procesie zarządzania rozwojem kierowanym przez społeczność*, ed. Michał Thulon (Warszawa: Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi, 2015), 14.

5 Jarosław Supera, „Lokalne grupy działania – tworzenie i funkcjonowanie”, [in:] *Podstawy prawne podejścia LEADER i ich stosowanie w praktyce*, ed. Maria Supera-Markowska, Jarosław Supera (Warszawa: Samorząd Województwa Mazowieckiego, 2008), 70 n.

the possibility of statutory formation of decision-making bodies at the stage of establishing a foundation. On the other hand, a regulation introduced under Article 30 of the then Act on public finance⁶, which banned establishing foundations sponsored with commune budget or public funds, became a significant obstacle.

Introduced on 7th of March 2007, the Act on supporting rural development with the participation of the European Agricultural Fund for Rural Development⁷ (hereinafter referred to as the Act on the EAFRD) simplified the previously indicated issues. It clarified the norms in force for the EU regulations concerning agricultural policy, and introduced a direct legal basis for the creation of local action groups to finally specify its organizational and legal forms. It anticipated that the local action group could be established as association with legal personality, while referring to the regulations of creating and operating of associations outlined in the provisions of the Act of 7 April 1989 - Law on Associations⁸, with the exceptions provided for therein.

The provisions of the abovementioned Act introduced certain deviations from the general rules of how associations should function. Above all, they defined the membership of local government units in associations in a different way. It should also be noted that, in the deviation scope includes establishing associations by local government units – outlined in the constitutional provisions of the Act⁹ of 8 March 1990 on commune self-government and the Act of 5 June 1998 on powiat self-government¹⁰.

-
- 6 Original: (Journal of Laws of 2005, No. 249, item 2104, as amended). The provisions currently in force are introduced by the Act of 20 February 2015 on supporting rural development with the participation of the European Agricultural Fund for Rural Development for the years 2014-2020, (consolidated version: Journal of Laws of 2018, item 627). They are supplemented by the provisions of the Act of 20 February 2015 on local development with the participation of the local community (vol.: Journal of Laws 2018, item 140).
 - 7 Original: (Journal of Laws of 2007, No. 64, item 427, as amended).
 - 8 T. uni.: (Journal of Laws 2017, item 210, as amended).
 - 9 T. one.: (Dz. U. 2018 pos. 994 as amended), art. 84, which provides that in order to realize the idea of self-defense and the common interests of municipalities can form associations, including the districts and provinces. The minimum number of founding members must be 3.
 - 10 T. uni.: (Journal of Laws 2018, item 995, as amended), art. 75, which specifies that poviats can form associations, including municipalities and provinces, place an association a minimum of 3 founding members is required.

This particular characteristic that describes how local action groups are created and operate, relates to the following issues: the nature of a local government unit membership in an association, the freedom to shape internal bodies, the freedom to choose members of an association's bodies and the supervisory body.

First of all, it should be noted that in Polish law the institution of the association is an exemplification of constitutionally guaranteed individual civil liberties i.e. freedom of association. Secondly, it should be stated that the association as a corporation generally involves natural persons, who are its ordinary members, which results in pursuing certain entitlements stated in it. According to the legal definition taken from the provisions of the Law on Associations, the association is a voluntary, self-governing, permanent association with non-profit purposes. The elements that define an association have a specific meaning¹¹. Voluntariness is associated with the lack of coercion in matters of establishing an association, which reflects the freedom to create, join and leave an association, which is implemented by individuals as an expression of their willingness to participate or cease. Self-governance is strongly related to independence – the independence of an association's members from external entities in connection with the right to freely shape the goals of an association, its structure and decisions. The interference of external entities is allowed only in cases specified in law and is carried out under the supervision of authorized bodies indicated by legal norms. The supervision itself is also based on legally defined criteria and forms. The permanent nature of an association embodies the nature of its objectives, which are to be pursued on a continuous basis, regardless of staff movement. The goals and tasks of associations must be long-term and independent of time¹². The non-profit nature of the association is related to the voluntary involvement of its members in achieving the objectives of the association, which interrelates with the constraints concerning the disposal of financial resources (obtained from contributions, donations and subsidies) solely to implement the statutory objectives of the association¹³.

As it has already been indicated, the existence and activity of associations are a reflection of the constitutionally guaranteed freedom of association, consequently, it is an association of natural persons who, through their

11 Paweł Sarnecki, *Prawo o stowarzyszeniach. Komentarz* (Kraków: Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, 2002), 27-29.

12 *Organizacje pozarządowe w Polsce. Podstawy prawno-finansowe*, ed. Mirosław Granat (Warszawa: Instytut Spraw Publicznych, 2000), 285.

13 Hubert Izdebski, *Fundacje i stowarzyszenia. Komentarz, orzecznictwo, skorowidz* (Warszawa: Oficyna Wydawnicza Transit, 1998), 101.

participation in associations, exercise their civil rights¹⁴. Both natural persons with legal capacity and minors can form associations. Their participation acquires the character of so-called ordinary. The law of associations relates to the nature of membership in such a way that it lists natural persons as members. The membership of any legal entities has been explicitly excluded from ordinary associations, whereas it is explicitly stated that a legal entity may only be a supporting member¹⁵. No regulation defines the concept of a supporting member or specify its rights and obligations, as it already is to be deduced from the name itself, the task of such a member is to support the association in any form¹⁶. The regulations governing the creation and operation of a local action group define the membership of a legal person in a different and special way. In this case, local government units are permitted to join associations as ordinary members on an equal footing with other (natural) persons. This significantly changes the nature of their membership in the association and influences the scope of their rights and obligations. Hence, their catalog includes, above all, active and passive electoral rights¹⁷, local government units participating in the local action group (this applies to municipalities and poviats) directly gain the right to participate in bodies and to make decisions regarding any issues related to the functioning of their association. The legal person acts through its authorized bodies, and the local government unit in accordance with the constitutional provisions is represented externally by its executive body authorized to make declarations of will on its behalf.

The freedom to shape internal organs and choose their members in the local action group has been modified in comparison to the general regulations of the Law on Associations. These restrictions come directly from the EAFRD Act, as well as from the regulations implementing it¹⁸. The latter introduce parity related to the subjective catalog of members of the local action

-
- 14 A separate thread is the concept and nature of human freedom and citizen rights, as well as their genesis, hence it will be omitted here.
- 15 T. Uni.: (Journal of Laws of 2017, item 210), art. 42, section 1, item 3 and Article 10, section 3.
- 16 Paweł Suski, *Stowarzyszenia w prawie polskim* (Warszawa: LexisNexis, 2002), 179-180, 182.
- 17 These include the right to elect and be elected to organs, the right to adopt resolutions of the general meeting, attend meetings of bodies that make decisions on the activities of the association, the right to take initiative, motions and complaints, the right to appeal internal acts, and more. Ibidem, 202.
- 18 Regulation of the Minister of Agriculture and Rural Development of May 23, 2008 on detailed criteria and how to choose a local action group for the implementation of a local action strategy under the Rural

group treated as an organizational form of partnership. They are to be all municipalities covered by local development strategy, and public sector entities: public universities, research and development units, independent public health care institutions, state or local cultural institutions, state or local legal entities that perform public tasks (established under separate provisions), social sector entities, in particular natural persons who promote rural development, trade unions, socio-occupational organizations of farmers, associations, civic movements, other voluntary associations and foundations from the area of activity of the local action group, entities of the economic sector – local businesses. The broadly defined scope aims to enable the implementation of the postulate of social inclusion arising from the concept of multi-level governance, and the adoption of a decentralized model and bottom-up development policy¹⁹.

An additional restriction is the demand to maintain an equal representation of individual entities on the management board as a decision-making body and in the council, an obligatory body whose competences include making decisions regarding the selection of projects and tasks aimed at implementing association's prior objectives²⁰.

The chairman of the Board of the Province (province marshal) exercises supervision over the operation of the local action group. It is an innovative solution because, as a rule, supervision over associations is exercised by the registration body, which is the court of the association's local jurisdiction, and this supervision is based on the criterion of compliance with the law. Due to the associative nature of the local action group, it should be listed in National Court Register on general principles and supervision, like other associations. Application of legal structure which provides for the province marshal as a supervisory body aims to include supervision and control, especially

Development Program for 2007-2013, (Journal of Laws of 2008 No. 103, item 659).

- 19 Jerzy Hausner, „W kierunku rządzenia interaktywnego”, [in:] *Nowe zarządzanie publiczne i public governance w Polsce i Europie*, ed., Adam Bosiacki, Hubert Izdebski, Aleksander Nielicki, Igor Zachariasz (Warszawa: Wydawnictwo Liber, 2010), 96 n; Krystyna Lisiecka, Tomasz Papaj, Ewa Czyż-Gwiazda, *Public governance koncepcją zarządzania w administracji publicznej* (Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego, 2011), 42-43; *Administracja i zarządzanie publiczne. Nauka o współczesnej administracji*, ed. Dawid Sześciło (Warszawa: Stowarzyszenie Absolwentów Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, 2014), 37 n.
- 20 Consolidated text: (Journal of Laws of 2013, item 173, as amended), Article 15 in connection with consolidated text: (Journal of Laws 2018, item 140), Article 4, section 3 point 4 and section 4.

financial one, into the discussed system. He then becomes the entity responsible for the implementation of regional development policy, as well as the entity acting as an intermediate body, whose primary task is to manage public funds from the EU funds for rural development²¹.

3. Local Action Group as a Unit Enforcing Public Tasks

The basic activity scope of local action group includes preparation and implementation of a local development strategy. It is a planning document prepared by associations, which is then adopted for implementation as the basis for determining local development goals and priorities, as well as actions and their financing. This strategy is adapted to the specifics of local conditions and takes into account specific development needs. The legislator did not specify the scope of local development concept of, nor did they specify requirements as to the essential elements of the strategy. The legislator also left the freedom to set goals and priorities, as well as to choose methods to achieve them. Local development strategy is to support the implementation of local development created by the local action group. Hence, local development can be understood as the actual desirable state, the state of compliance with certain criteria which, by describing the development plane in the microscale, indicate the progress in specific areas. The basic factor indicating local development is the existence of its determinants, among which the literature emphasizes local community, its relationship with the inhabited territory (emotional, cultural, traditional, and economic) and its forms of influence (transformation through individual activities and collective activities)²².

The role of local government in local development boils down to participating in local systems and to fulfilling the role, not so much, of steering as stimulating specific processes²³. It should also be noted that, emphasized in the literature, the role of local government boils down to being a development-oriented entity, which is closely knitted with the nature of local government tasks, especially municipal, although at the same time there is no direct indication as to the local government's institutional responsibility for

21 Competences and role of local government units in agriculture and rural development, comp. Ministry of Agriculture and Rural Development, Warszawa 2015, 6, https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/userfiles/_public/k8/agenda/seminaria/2015/150527/material_ministrstwa_rolnictwa_i_rozalu_wsi.pdf.

22 Andrzej Sztando, „Oddziaływanie samorządu lokalnego na rozwój lokalny w świetle ewolucji modeli ustrojowych gmin” *Samorząd Terytorialny*, No. 1 (1998): 12-13.

23 *Ibidem*, 15.

local development²⁴. The above discussed assumption is reflected in the local government unit participation in the structures of the local action group, which is a specific, formalized system of many participants, who have been given the right to formulate crucial from local conditions point of view development objectives and methods of fulfilling them – these methods should be listed in the local action strategy.

The activity of achieving the aims described in the adopted strategy may be financed from various financial sources from support funds of different areas from the EU budget²⁵. The Board of the Province, which is competent for the area of activity of the local action group, distributes funds for the implementation after a previous competition²⁶. The basis for the transfer of funds is a framework agreement, which, under pain of nullity, is declared in writing on the basis of a template developed by the minister for agriculture. Next to indicating the amount of financial resources and obligations, it also includes the date and place of implementation of the local strategy of operation; principles of its implementation; indications of entities implementing individual operations (tasks); grantees; monitoring, evaluation and control rules; principles of cooperation of the local action group with the local community and entities involved in the implementation of the strategy, commitments to apply these guidelines²⁷.

The implementation of a local development tasks, which is also the primary and obligatory goal of the association, makes it difficult to grasp its real character. The difficulty may be associated with the mechanisms of privatization of public tasks²⁸ or contracting them under administrative law with the use of methods characteristic to civil law (contracts for the implementation of a public task). It can also be identified with the model of statutory delegating public tasks to certain associations, as is the case when legal norms explicitly specify unique, so-called special status associations, as competent for some of the state's tasks. In the first instance, we deal with non-public

24 Adam Szewczuk, Magdalena Kogut-Jaworska, Magdalena Ziolo, *Rozwój lokalny i regionalny: teoria i praktyka* (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2011), 13.

25 These may be the funds from the European Agricultural Fund for Rural Development, the European Regional Development Fund, the European Social Fund, (vol.: Journal of Laws 2018, item 140), Art. 1.

26 Ibidem, Art. 9.

27 Ibidem, Art. 14.

28 Małgorzata Stahl, „Niepubliczne podmioty administrujące”, [in:] *Podmioty administrujące*, ed., Roman Hauser, Zygmunt Niewiadomski, Andrzej Wróbel (Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck: Instytut Nauk Prawnych PAN, 2011), 542.

entities that participate in the system of public tasks, however their task is to support public authorities, and their role is of a subsidiary nature. The most commonly understood privatization is preceded by a procedure; public procurement, or public task order competitions, which is based on specific system standards²⁹. The second instance refers to the issue of decentralized administrative entities, among which social organizations and associations are indicated and permanently inscribed in the system of performing public tasks by the law³⁰.

In these instances, however, we are talking about associations operating under the provisions of the law on associations, as well as other provisions regulating in detail the status of the, so called special association, but in the above discussed instances, public administration body is never a participant of the corporation of natural persons with the status of ordinary member. Public entities and their organs, including organs of local self-government units, standing as if on the side of the state, retain their separateness and, most importantly, the competence to carry out public tasks, and thus the responsibility for its implementation.

The above described institutional model for local development and the legal form of its implementation belong to solutions closer to public management than to administrative law. Creating a development strategy is a task of strategy management nature, in which local government takes part, but in a completely different role. Public-legal relations are disturbed, in favor

-
- 29 I refer particularly to the regulation of the Act of 23 April 2003 on public benefit activities and volunteering (vol.: Journal of Laws 2018, item 410), which comprehensively regulates the issue of relations between public administration bodies and non-governmental organizations, which associations are recognized. Jolanta Blicharz, *Udział polskich organizacji pozarządowych w wykonywaniu zadań administracji publicznej* (Wrocław: Kolonia Limited, 2005), 95-106, elaborates on the problem.
- 30 For example: The Polish Hunting Association and hunting associations are authorized under Art. 32 and 33 of the Act of 13 October 1995 - Hunting Law, (consolidated version: Journal of Laws of 2017, item 1259, as amended) to perform tasks related to hunting economy, through breeding and hunting of animals, as well as activities for its protection by regulating the population; Volunteer Fire Brigades have been indicated in art. 19, section 1 a of the Act of 24 August 1991 on fire protection, (consolidated version: Journal of Laws of 2018, item 620), as entities authorized to fight fires, natural disasters and other local threats; The Polish Red Cross, whose status is regulated by a separate Act of 16 November 1964 on the Polish Red Cross, pursuant to art. 3, acting as a voluntary social organization, performs tasks in the field of health care (Journal of Laws of 1964, No. 41, item 276).

of relations significant for private law, the participation of a public entity, a local government administration body in corporate and personal structures, on an equal footing with natural persons and other entities to which the attributes of public subjectivity and administrative authority are not attributed. Admittedly, the provisions of the administrative law provide for planning activities, but this is done at the level of the local government, which is obliged to perform regional development tasks by developing and implementing the regional development strategy³¹, which includes the so-called sectoral strategies, covering tasks in the area specified in substantive law³². However, each time a task is performed in its own name and on its own responsibility, even when to perform them a collective agreement was concluded, or their performance is carried out through self-government organizational units³³.

4. Essence

Legal and organizational structure of the local action group as an entity competent for local development, within which we can observe a fusion of local government units and other persons and entities in a corporation operating on the basis of the EAFRD Act and provisions relating to local development with the participation of the local community that innovatively shapes bonds between public administration bodies and non-public entities, because they are based on close bonds of partnership cooperation within the association with a special status, which are intensified especially when it comes to cooperating upon decisions that concern the work of the bodies of this association, in whose participation of representatives of particular categories of entities is based on the principle of parity and balance. This ensures the diversification of views and prevents monopolization of operations by one of the parties. Nevertheless, such a legal and organizational structure, and especially its statutory property jurisdiction, breaks the established rules for the implementation of public tasks, as well as breaches the forms adopted in the doctrine. This is undoubtedly related to the latest tendencies to move away from imperious unilateral forms of public administration, in favor of consensual

31 Act of 5 June 1995 on voivodship self-government, (consolidated text: Journal of Laws of 2018, item 913, as amended), Article 11.

32 Renata Cybulska, Jadwiga Glumińska-Pawlic, „Komentarz do art. 11 ustawy o samorządzie województwa”, [in:] *Ustawa o samorządzie województwa. Komentarz*, ed. Bogdan Dolnicki (Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2012), lex/el 8704. An example may also be the voivodship strategy for social policy, indicated in the Act of 12 March 2004 on social assistance, (consolidated version: Journal of Laws 2017, item 1769, as amended), Article 21, paragraph 1.

33 Uniform: (Journal of Laws 2018, item 913, as amended), Article 2, paragraph 2 in conjunction with Article 6, section 1 and art. 8 paragraph 1.

forms characteristic of private law. This also has its source in the tendencies to use public management methods in public administration activities, and especially in the dynamic development of the planning function, which is significant to the activities of the EU structures. This is justified by certain ideological and economic views, which are reflected in the European Union law and affect the change of paradigms of public administration in Poland, which follows the role of the performer in favor of the role of a co-creator. It is particularly evident in the area of shaping development policy³⁴, including local development.

Bibliography

- Administracja i zarządzanie publiczne. Nauka o współczesnej administracji*, ed. Dawid Sześciło (Warszawa: Stowarzyszenie Absolwentów Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, 2014).
- Blicharz Jolanta, *Udział polskich organizacji pozarządowych w wykonywaniu zadań administracji publicznej* (Wrocław: Kolonia Limited, 2005).
- Budowa kapitału społecznego do wykorzystania w procesie zarządzania rozwojem kierowanym przez społeczność*, ed. Michał Thulon (Warszawa: Ministerstwo Rolnictwa i Rozwoju Wsi, 2015).
- Cybulska Renata, Glumińska-Pawlic Jadwiga, „Komentarz do art. 11 ustawy o samorządzie województwa”, [in:] *Ustawa o samorządzie województwa. Komentarz*, ed. Bogdan Dolnicki. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2012. lex/el 8704.
- Ewolucja prawnych form administracji publicznej. Księga jubileuszowa z okazji 60 rocznicy urodzin Profesora Ernesta Knosali*, ed. Lidia Zacharko, Andrzej Matan, Grzegorz Łaszczycza (Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2008).
- Hausner Jerzy, „W kierunku rządzenia interaktywnego”, [in:] *Nowe zarządzanie publiczne i public governance w Polsce i Europie*, ed. Adam Bosiacki, Hubert Izdebski, Aleksander Nielicki, Igor Zachariasz, 93-103. Warszawa: Wydawnictwo Liber, 2010.
- Izdebski Hubert, *Fundacje i stowarzyszenia. Komentarz, orzecznictwo, skrowidz* (Warszawa: Oficyna Wydawnicza Transit, 1998).
- Lipowicz Irena, „Prawne formy działania administracji publicznej – między stabilizacją a potrzebą wyłomu” *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, No. 4 (2016), 41-55. <https://DOI.10.14746/rpeis.2016.78.4.4>.

34 M. Rzeszutko-Piotrowska, „Strategiczne planowanie rozwoju gospodarczego w Polskich gminach”, *Nierówności społeczne a wzrost gospodarczy* No. 34 (2013): 162.

- Lisiecka Krystyna, Papaj Tomasz, Czyż-Gwiazda Ewa, *Public governance koncepcją zarządzania w administracji publicznej* (Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego, 2011).
- Rzeszutko-Piotrowska Małgorzata, „Strategiczne planowanie rozwoju gospodarczego w Polskich gminach”, *Nierówności społeczne a wzrost gospodarczy* No. 34 (2013): 159-178.
- Organizacje pozarządowe w Polsce. Podstawy prawno-finansowe*, ed. Mirosław Granat (Warszawa: Instytut Spraw Publicznych, 2000).
- Sarnecki Paweł, *Prawo o stowarzyszeniach. Komentarz* (Kraków: Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, 2002).
- Stahl Małgorzata, „Niepubliczne podmioty administrujące”, [in:] *Podmioty administrujące*, ed., Roman Hauser, Zygmunt Niewiadomski, Andrzej Wróbel, 529-551: Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck: Instytut Nauk Prawnych PAN, 2011.
- Supera Jarosław, „Lokalne grupy działania – tworzenie i funkcjonowanie”, [in:] *Podstawy prawne podejścia LEADER i ich stosowanie w praktyce*, ed. Maria Supera-Markowska, Jarosław Supera, 63-140. Warszawa: Samorząd Województwa Mazowieckiego, 2008.
- Suski Paweł, *Stowarzyszenia w prawie polskim* (Warszawa: LexisNexis, 2002).
- Szewczuk Adam, Kogut-Jaworska Magdalena, Ziolo Magdalena, *Rzecz o lokalny i regionalny. Teoria i praktyka* (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2011).
- Sztando Andrzej, „Oddziaływanie samorządu lokalnego na rozwój lokalny w świetle ewolucji modeli ustrojowych gmin” *Samorząd Terytorialny*, No. 1 (1998): 12-29.
- Wróbel Andrzej, „Europeizacja prawa administracyjnego – pojęcie i konteksty”, [in:] *Europeizacja prawa administracyjnego*, ed. Roman Hauser, Zygmunt Niewiadomski, Andrzej Wróbel, 1-119. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck: Instytut Nauk Prawnych PAN, 2014.

On the Notion of the Competent State Agency as the Unit Authorized to Demand the Fulfillment of Testamentary Burden, if it is in the Public Interest (Art. 985 of the Civil Code)*

Pursuant to Art. 982 of the Civil Code „the testator, in a will, may impose on a heir or legatee the obligation to carry out a specific action or to refrain from carrying out of specific action without making anyone a creditor (testamentary burden)”. The institution of testamentary burden allows the testators to produce legal effects mortis causa which achieving would not be possible in the way of other testamentary disposals (for instance legacy). This paper relates to testamentary burden (done in the public interest), the fulfillment of which may be demanded – apart from testator and last will executor – also by a competent State agency (Art. 985 of the Civil Code). Author defines the notion of the competent State agency. This notion raises interpretation doubts as the principle of the uniform system of state power was given up. Furthermore, he discusses the issue of the prosecutor’s right of action to demand the fulfilment of the testamentary burden. The author also states de lege ferenda comments, based on the analysis of the institution of the testamentary burden in German, Swiss and Austrian law according to which the notion of „a competent State agency” should be replaced with the notion „a competent authority”.

Tomasz Jasiakiewicz

*PhD of Juridical Science
Nicolaus Copernicus University in Toruń*

ORCID - 0000-0003-4679-0442

Key words:
inheritance law, last will, testamentary dispositions, testamentary burden in the public interest, State agency authorized to demand the fulfillment of testamentary burden, the prosecutor’s right of action in the case concerning fulfillment of testamentary burden

<https://doi.org/10.36128/pr.w.vi31.99>

1. Introduction

Pursuant to Art. 982 of the Civil Code the testator, in a will, may impose on a heir or legatee, the so called testamentary burden, i.e. the obligation to carry out a specific action or to refrain from carrying out a specific action, without making anyone a creditor. It could appear that testamentary disposition of such content, due to lack of the creditor, may result in moral duty only. However, the content of Art. 985 of

* The publication was financed by Nicolaus Copernicus University (grant number 1087 – P).

the Civil Code testifies to the contrary, as the legislator protects the fulfillment of the testamentary burden by entrusting the right to demand the fulfillment thereof to the heir, the executor of the will and, exceptionally also to the competent State agency, if the testamentary burden is in the public interest. The fulfillment of the testator's will expressed in the testamentary burden depends thus on the activities of a very narrow group of persons, among which, the competent State agency, as the unit guarding social interest has a special position. It must be noticed, by the same, that pursuant to the quoted article, the competent State agency has at its disposal a particular capacity to be a party in civil cases and the title to appear before the court in case to fulfill the testamentary burden, which means that in the court proceeding the agency appears in their own name and not in the name of the Treasury of State (Fiscus) or the unit of local government¹. In this context, proper definition of the notion competent agency shall be conclusively decisive which of the agencies has the right of action and has the right to demand the enforcement of the sentence issued in the case, in the executive proceedings.

Doubts accompanying the interpretation of the notion competent State agency are connected with the necessity to answer the question whether *de lege lata* each public institution fulfilling public functions may be recognized as the competent State agency. Furthermore, it should be decided if the units of the local government may also have the status of the competent State agency. A separate attention should be focused on determining the legal position of prosecutor in the light of Art. 985 sentence 2 of the Civil Code.

However, within *de lege ferenda* remarks the suggestion of the amendment of Art. 985 sentence 2 of the Civil Code shall be presented; it assumes

1 Compare the decision of the Supreme Court of 30th October 2013, V CSK 509/12, Legalis No. 877783, relating to the capacity to be a party in the civil cases and the title to appear before court of the Minister of Internal Affairs and Administration Matters in the case with reference to declaring the contract of sale of real estate concluded by a foreigner invalid. Compare also on the background of the decree Inheritance Law Bronisław Walaszek, „Polecenie testamentowe w polskim prawie spadkowym” *Studia Cywilistyczne*, Vol. 1 (1961): 176, footnote 45; contrary Mariusz Zelek, „Commentary on Art. 985 of the Civil Cod”, [in:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450-1088*, ed. M. Gutowski (Warszawa: C. H. Beck, 2016), Art. 985, sentence 6, 1674, in the opinion of whom „state or local government bodies, themselves, do not have the capacity to be a party in civil cases or the title to appear before court”, that is why „it is the Treasury of State (Fiscus) or the unit of the local government that may demand the testamentary burden be implemented in accordance with the principles arising from Art. 67 of the Code of Civil Procedure”.

replacing the notion „competent State agency” with another notion, which would better reflect the system transformation which took place in the 1990s².

2. Testamentary burden on the background of other testamentary dispositions

It is difficult to overestimate the meaning of positive regulation of testamentary burden in the Polish law. It is enough to point out that the lack thereof would cause significant limitations for the testator in shaping of the legal relations in case of death³. The testamentary burden allows to implement the purposes, which could not have been implemented by appointing the heir or establishing of a legatee⁴. Mostly, the testamentary burden, contrary to other testamentary dispositions, gives the possibility to impose a duty on heir or legatee, without any pecuniary character. Such type of testamentary burden is involved in situations when, for instance, the testator indicates the manner of conducting funeral ceremony, chooses the type of headstone, imposes the duty to take care of their animal till the end of its life or imposes the duty to make their collections of paintings available to the public⁵. In all such situations, the after-death relations are regulated, although they are not of pecuniary nature (non-pecuniary testamentary burden). Such formulated duties are included, however, in the inheritance debts, which is confirmed by the content of Art. 922 § 3 of the Civil Code.

In turn, the institution of pecuniary testamentary burden, as indicating some similarities to legacy by damnation could be seemingly recognized as unnecessary. Thus, the following question is valid: what are the differences between these two, similar and yet still not identical constructions, the

-
- 2 Compare the 8th March 1990 Act on Commune Local Government, Dz. U. 1990, No. 16, item 95; 5th June 1998 Act on Poviats Local Government, Dz. U. 1998, No. 91, item 578; 5th June 1998 Act on Province Local Government, Dz. U. 1998, No. 91, item 576.
 - 3 Walaszek, „*Polecenie testamentowe*” 155, pays attention to „the different type of social relations to which testamentary burden relates and for which testamentary burden exists in the Act”. On *ratio legis* of the institution of testamentary burden see Konrad Osajda, „Commentary on Art. 982 of the Civil Code”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IVA. Spadki*, ed. K. Osajda (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2019), Art. 982, sentence 6-8, 807 and next.
 - 4 Compare Sylwester Wójcik, Fryderyk Zoll, „Rozrządzenia testamentowe”, [in:] *System prawa prywatnego. Tom 10. Prawo spadkowe*, ed. B. Kordasiewicz (Warszawa: C. H. Beck: Instytut Nauk Prawnych PAN 2015), 461, point 76.
 - 5 More examples of non-pecuniary testamentary burden are indicated by Walaszek, „*Polecenie testamentowe*”, 155.

existence of which made the crucial impact on deciding to introduce by legislator the separate regulation with reference to pecuniary testamentary burden.

Analyzing the issue formulated as above, first of all, it must be stated that testamentary burden is the source of „duty” and not obligation⁶. Bearing in mind such qualification, the duty resulting from testamentary burden may not be the *causa* for the legal acts performed by the person burdened with the testamentary burden⁷. Thus, to fulfill the testator’s will it becomes necessary to contract the obligation. The source thereof may be for instance a contract of donation which shall be concluded to transfer the right of ownership determined in the testamentary burden to the beneficiary. In case of a legacy, which is, as is known, an autonomous source of obligation such steps are not necessary. It is worth noticing, at this point, that the testamentary burden is not the source of natural obligation either⁸.

-
- 6 Polish regulation of testamentary burden, as to the essence, does not thus differ from constructions known to other European legislations. Compare in the Swiss law: Stephan Wolf and Gian Sandro Genna, „Zulässige Inhalte der Verfügungen von Todes wegen (Verfügungsarten)”, [in:] *Schweizerisches Privatrecht. Band IV. Erbrecht. Band 1*, ed. Stephan Wolf (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012), 322; Daniel Staehelin, „Commentary on art. 482 of the Civil Code”, [in:] *Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch II. Art. 457-977 ZGB. Art. 1-61 SchlT ZGB*, ed. H. Honsell, N. P. Vogt, T. Geiser (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015), Art. 482, point 14, 147; compare in the Austrian law – Peter Apathy, „Commentary on § 710 of the General Civil Code”, [in:] *Kurzkommentar zum ABGB*, ed. H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger (Wien-New York: Springer, 2010), § 710, point 3, 608; compare in the German law – Dieter Leipold, „Commentary on § 1940 of the Civil Code”, [in:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 10. Erbrecht*, ed. S. Kessal-Wulf (München: Beck C. H., 2013), § 1940, point 2, 206.
- 7 Differently, Michał Niedośpiał, „Zasadnicze rozrządzenia testamentowe” *Studia Prawnicze*, book 2 (1997): 73 et seq., in the opinion of whom the duty resulting from the testamentary burden may fulfill the role of *causa* of legal deed due to similar application of Art. 156 § 2 of the Civil Code and Art. 510 § 2 of the Civil Code. It is difficult to ascertain construction gap in the analyzed case, which questions the possibility to apply analogia legis *in casu*. The more so, the testamentary burden cannot inflict effects concerning rights in rem, compare Leipold, “Commentary on § 1940 of the Civil Code,” § 1940, point 7, 208.
- 8 The same also Walaszek, „Polecenie testamentowe”, 170, who rightly notes that both constructions show only some similarities; Maksymilian

Furthermore, testamentary burden, contrary to legacy, may impose the duty to conclude the contract of mutual nature (for instance tenancy contract, lease contract, sale contract, contract of exchange, contract for life rent, etc.) on a heir (legatee)⁹. Both the legacy and appointing of a heir are dispositions, which within the admissible content of the will may be performed only

Pazdan, "Commentary on Art. 982 of the Civil Code", [in:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450-1088. Przepisy wprowadzające*, ed. K. Pietrzykowski (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2018), Art. 982, sentence 11, 1161; Elżbieta Niezbecka, "Commentary on Art. 982 of the Civil Code", [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Spadki*, ed. A. Kidyba (Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business, 2015), Art. 982, sentence 2, 233; Wójcik, Zoll, "Rozrządzenia testamentowe", 461, point 76; Paweł Książak, "Żądanie wykonania polecenia" *Przegląd Sądowy*, No. 4 (2006): 56 et seq.; Osajda, "Commentary on Art. 982 of the Civil Code" Art. 982, sentence 70-71, 818; Mariusz Zelek, "Commentary on Art. 982 of the Civil Code", [in:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450-1088*, ed. M. Gutowski (Warszawa: C. H. Beck, 2016), Art. 982, sentence 4, 1666. Differently, the Supreme Court in its decision of 19.04.2002, III CZP 19/02, *Orzecznictwo Sądów Polskich*, No. 10 (2003): item 123; Elżbieta Skowrońska-Bocian, Jacek Wierciński, "Commentary on Art. 982 of the Civil Code", [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom VI. Spadki*, ed. J. Gudowski (Warszawa: Wolters Kluwer, 2017), Art. 982, sentence 1, 244; the same Józef Kremis, "Commentary on Art. 982 of the Civil Code", [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, ed. E. Gniewek, P. Machnikowski (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2013), Art. 982, point 2, 1669, who, however, in the subsequent editions of Commentary waived from his opinion, see Józef Kremis and Joanna Kuźmicka-Sulikowska, "Commentary on Art. 982 of the Civil Code", [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, ed. E. Gniewek, P. Machnikowski (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2017), Art. 982, point 2, 1885; Jarosław Turłukowski, "Instytucja polecenia testamentowego w prawie krajów Wspólny Niepodległych Państw na tle prawa polskiego", [in:] *Non omnis moriar. Osobiste i majątkowe aspekty śmierci człowieka. Zagadnienia wybrane*, ed. Jacek Gołaczyński, Jacek Mazurkiewicz, Jarosław Turłukowski, Daniel Karkut (Wrocław: Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego; Oficyna Prawnicza, 2015), 798, is of the opinion that "the rights of the creditor in the institution of testamentary burden were divided between beneficiary (receives benefits) and those authorized to demand (they demand the testamentary burden be implemented although it is not for their benefit)".

9 Differently, Elżbieta Niezbecka, *Zapis* (Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, 1990), 124 et seq., who admits the

donandi causa. The view which defines the will as the act performed *obligandi vel acquirendi causa* or *solvendi causa*¹⁰, should be rejected, at least in the scope relating to establishing of heir and legatee. The validity of the will made under the influence of this type of non-standard motivation would depend upon the assessment of its compliance with the content of Art. 945 § 1 point 2 of the Civil Code (error of law).

Testamentary burden is also a helpful disposition from the point of view of persons (testators) who are entrepreneurs. In practice, there are often discrepancies occurring between heirs as to manner of further running of business activity (enterprise)¹¹. Entrepreneurs, being aware of these threats, may, with the use of testamentary burden, burden their heirs with the duty to conclude a certain contract of partnership, which, even in case of a dispute, shall allow for a more efficient taking up of business decisions and continue activities in the new organizational legal form¹². The possibility of precise indicating of these decisions by the testator himself (for instance the decision as to make the scope of activities broader, to merger with another company, etc) should not be excluded. Legacy, understood as merely obligation to fulfill a certain property performance, is utterly inadequate when compared to the construction of a non-commercial partnership or commercial companies (partnerships)¹³, which are not founded *donandi causa*, but with the aim to acquire „the status of the participant of created private legal organization and membership rights connected therewith”¹⁴.

possibility to oblige the heir or legatee to conclude contract of reciprocal nature, in the way of legacy.

- 10 Differently, Maciej Rzewuski, *Podpis spadkodawcy na testamencie własnoręcznym* (Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business, 2014), 32 et seq.
- 11 See also 5th July 2018 Act on Succession Managing the Enterprise of a Natural Person, Dz. U. 2018, item 1629.
- 12 See Leipold, “Commentary on § 1940 of the Civil Code”, § 1940, point 6, 208.
- 13 Differently Niezbecka, *Zapis*, 124, who expresses the view that the institution of legacy by damnation may be the source of the obligation to conclude the partnership contract with the legatee.
- 14 The same with reference to a civil partnership Andrzej Herbet, „Spółka cywilna”, [in:] *System prawa prywatnego. Tom 16. Prawo spółek osobowych*, ed. A. Szajkowski (Warszawa: C. H. Beck: Instytut Nauk Prawnych PAN, 2016), 765 and next, point 71, who is of the opinion that civil partnership is founded for *societatis causa*, thus, under the influence of special form of *acquirendi causa*. It seems that the view formulated by A. Herbet may also be transferred to other types of partnerships; compare

The boundary separating the institution of testamentary burden from legacy by damnation, legacy by vindication and from appointing the heir is thus distinct and yet the possibilities offered by the institution of testamentary burden are still not noticed. At the same time, the implementation of the testator's will expressed in the testamentary burden is relatively less certain, as it depends upon narrow circle of persons, for whom the testamentary burden may only be an additional burden.

3. Rationale of including public institutions performing public functions in the scope of the notion „competent State agency”

In the doctrine, the opinion is presented that the question whether *de lege lata* every public institution performing public functions may be recognized as competent State agency should be answered positively¹⁵. Such opinion, however, leads to exceeding the literal wording of Art. 985 sentence 2 of the Civil Code. Apart from State agencies (central and local), the analyzed notion is referred, for instance, to: beneficiary of the testamentary burden (if the activity thereof comes down to the implementation of some important public functions and the testamentary burden fulfills this activity)¹⁶, Polish Red Cross (if the testamentary burden was established for charity purposes

also with reference to professional partnership Dominika Nowak, *Wadliwa spółka partnerska* (Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2010), 56, who is of the opinion that civil partnership is founded for *obligandi vel aquirendi causa*. Compare also P. Antoszek, *Cywilnoprawny charakter uchwał wspólników spółek kapitałowych* (Kraków: Oficyna Wolters Kluwer business, 2009), 232.

- 15 The same, on the grounds of Art. 894 of the Civil Code Leopold Stecki, *Darowizna* (Toruń: TNOiK „Dom Organizatora”, 1998), 140 et seq.; Roman Trzaskowski, „Commentary on Art. 894 of the Civil Code”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom V. Zobowiązania. Część szczegółowa*, ed. J. Gudowski (Warszawa: Wolters Kluwer, 2017), Art. 894, sentence 25, 649 et seq.; compare also Marek Safjan, „Commentary on Art. 894 of the Civil Code”, [in:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450-1088. Przepisy wprowadzające*, ed. K. Pietrzykowski (Warszawa: C. H. Beck, 2018), Art. 894, sentence 5, 899, for whom the unit demanding the testamentary burden be implemented must have the status of „state institution” (for instance National Library, Polish Academy of Science, etc.).
- 16 The same on the grounds of Art. 894 of the Civil Code, as it seems, Stecki, *Darowizna*, 140. As an example the author indicated the museum and university if appropriately denominated sculpture (painting) and defined part of books collection, are to be transferred of the sake thereof.

but the beneficiary thereof was not clearly appointed) and the association of war-disabled veterans (if the testamentary burden beneficiary is distinguished war-disabled veteran)¹⁷.

It is impossible to agree with the opinion that the status of the competent State agency may be obtained both by State agency and many institutions fulfilling certain public functions, according to the not clearly defined criteria. State agency not only „fulfills” the activities in the scope of public authority but most of all they are the carrier of this authority. In other words, the State agency is the institutional reflection of public authority, which may not be said about the above mentioned institutions, even if they fulfilled such authority based on agreement (for instance the tasks ordered to a foundation or association) or based on a statute¹⁸. Given the strictly defined structure of the authority, the catalogue of units authorized to demand the fulfillment of the testamentary burden is thus of a closed nature. However, as a result of re-definition of the notion „competent State agency”, which gives rise to doubts and which is not founded in the statute¹⁹, this catalogue becomes open. Widening interpretation of Art. 985 sentence 2 of the Civil Code is possibly the attempt to additionally secure the public interest in case the competent State agency was not interested in enforcing the testamentary burden. It seems however, that the solution is not the application of extensive interpretation but the activity of the testator himself, who is entitled to entrust the fulfillment of their will, also in the scope relating to the testamentary burden, to the executor of the will. The executor in turn, is not only authorized, but also obliged to demand the testamentary burden be fulfilled.

4. Admissibility to demand the testamentary burden be fulfilled by the units of local government

The opinion relating to the possibilities to demand the fulfilling of testamentary burden by the unit of local government presented in the doctrine²⁰, is basically based on the literal wording, whereas such result is corrected

-
- 17 The same on the grounds of Art. 894 of the Civil Code Stecki, *Darowizna*, 140 et seq.
- 18 Compare Osajda, „Commentary on Art. 985 of the Civil Code”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IVA. Spadki*, ed. K. Osajda (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2019), Art. 985, sentence 16-17, 829 and next, who, distinguishing the institutional and functional approach towards the body of the state chooses the first solution.
- 19 Compare on the grounds of Art. 894 of the Civil Code Stecki, *Darowizna*, 140 et seq.
- 20 The same Maksymilian Pazdan, „Commentary on Art. 985 of the Civil Code”, [in:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450-1088. Przepisy wprowadzające*, ed. K. Pietrzykowski (Warszawa: Wydawnictwo C. H.

with the use of historical interpretation²¹. In consequence, sometimes, not only the State agencies are included in the notion of competent State agency but also the units of local government which are not part of the state administration. Indeed, the codification of the civil law, which was crowned by the adoption of the Civil Code in 1964 was carried out in the period when the principle of the uniform system of state power was binding. Given the fact that local government was not existing at that time, the whole authority at central and local level was exercised by State agencies. In the Civil Code from 1964 this new system structure was respected and the notion „competent authority” (known in the decree Inheritance Law²²) was replaced with the notion „competent State agency”. At that time, it was not anticipated that the local government would be restored and it would replace the State agencies at local level and the catalogue of competent State agencies would be significantly reduced. It is due to these historical reasons that it is suggested to include in the analyzed notion also the units of local government, the tasks of which, until 1990 were performed by the local units of State agencies²³.

The view presented above should be recognized as pertinent although the justification thereof requires some supplementing information. The notion „competent State agencies”, as strictly connected with the principle of the uniform system of state power became, really, outdated. It is not an exceptional situation when the Civil Code is concerned. The institution of „principles of community life” which does not suit the reality of the current system may serve as an example. This is thus a broader problem of inadequacy of network of notions of the Civil Code with the changed system, social and economic conditions. Pursuant to generally adopted rules of preference, linguistic interpretation may be replaced by system or functional interpretation, if the literal

Beck, 2018), Art. 985, sentence 3, 1163. Differently on the grounds of Art. 894 of the Civil Code compare Safjan, “Commentary on Art. 894 of the Civil Code,” Art. 894, sentence 5, 899.

- 21 See Bogusław Lackoroński, „Commentary on Art. 894 of the Civil Code”, [in:] *Komentarze prawa prywatnego. Tom III B. Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część szczegółowa. Ustawa o terminach zapłaty*, ed. K. Osajda (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2017), Art. 894, sentence 2, 1211, who looks for the justification in the dynamic historical interpretation (the view expressed on the grounds of Art. 894 of the Civil Code); Osajda, „Commentary on Art. 985 of the Civil Code” Art. 985, sentence 14, 829, revokes on the other hand both to historical and functional interpretation.
- 22 8th October 1946 decree Inheritance Law, Dz. U. 1946, No. 60, item 328.
- 23 Osajda, „Commentary on Art. 985 of the Civil Code”, Art. 985, sentence 14, 829.

wording of a given provision is contrary to the hierarchically higher norm²⁴. The notion „competent State agencies” seems to show such controversy as it expresses the rule of the uniform system of state power which is contrary to the provisions of Art. 163 of the Constitution of the Republic of Poland establishing local government in Poland. By the same, the controversy that is involved is the controversy which justifies the interpretation of Art. 985 sentence 2 of the Civil Code on the basis of functional interpretation. Due to the presumption of constitutionality of the indicated provision the mentioned „controversy” may not be, however, automatically identified as being unconstitutional.

The application of the functional interpretation is related to the necessity to determine the purpose of regulation of Art. 985 sentence 2 of the Civil Code which consists in full securing of public interest implemented within the testamentary burden. By the same, from the point of view of functioning of the state, the so called „competent State agency” fulfills an important role of the guardian of public interest which has its source in the last will of the testator.

Given the two-degree limitation of the scope of competence of „competent State agency” the attainment of the above mentioned purpose exclusively with the use of literal interpretation is not, however, possible. As this agency may demand the fulfilling of testamentary burdens taking into consideration public interest (limitation of the first degree) as long as these activities are included in the scope of the competence thereof (limitation of the second degree). Meanwhile, the competence of State agencies in the exact meaning does not include the competence reserved for the agencies present at the local government stage. Thus, the attainment of the purpose described above requires, within admissible functional interpretation, the adoption of a broad meaning of the notion “competent State agency” which includes in its scope the whole range of spectrum of agencies, both state and local government. Therefore, in accordance with *ratio legis* of Art. 985 sentence 2 of the Civil Code, the protection of the social interest, should be full, not just fragmental and as the result thereof not uniform. Moreover, there is no rational justification for choosing some social interest over the other. It is difficult to assume that in 1990, with reference to the introduction of vertical division of the authority and the creation of the local government, the legislator gave up this just assumption.

24 The same also, Lech Morawski, *Wykładowia w orzecznictwie sądów. Komentarz* (Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora”, 2002), 101.

5. The role of the prosecutor in the implementation of the testator's will expressed in testamentary burden

Apart from heirs, executors of last will and competent State agencies, the right to demand the testamentary burden be implemented is also vested with the prosecutor²⁵, although this right does not result from Art. 985 of the Civil Code but from Art. 7 of the Code of Civil Procedure. In accordance with Art. 7 of the Code of Civil Procedure: „The prosecutor may demand the proceedings be started in any case or take part in the proceedings already commenced if, in their assessment it is required based on the need to protect the rule of law, the rights of citizens or social interest”. Thus, the testamentary burden is included within prosecutor's general title to appear before the court to initiate civil proceedings, and to participate in the already initiated proceedings²⁶. In this situation, searching for the answer to the question whether in the meaning of Art. 985 sentence 2 of the Civil Code prosecutor is a „competent State agency” should be recognized as pointless. The only and, at the same time, the independent source of this right is thus Art. 7 of the Code of Civil Procedure. Moreover, this provision gives the prosecutor relatively more freedom and his role is not limited exclusively to testamentary burden, the aim of which is social interest but it includes also the testamentary burdens, the implementation of which serves to protect the rule of law or the rights of citizens. Thus, undoubtedly, the prosecutor may act in broader scope than, for instance, competent State agency. The possibilities thereof are not however as

-
- 25 The same on the grounds of Art. 894 of the Civil Code Leopold Stecki, „Darowizna”, [in:] *System prawa prywatnego. Tom VII. Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, ed. J. Rajska (Warszawa: C. H. Beck: Instytut Nauk Prawnych PAN, 2011), 344, point 46; Safjan, „Commentary on Art. 894 of the Civil Code” sentence 5, 899; Trzaskowski, „Commentary on Art. 894 of the Civil Code” Art. 894, sentence 25, 650; Zdzisław Gawlik, „Commentary on Art. 894 of the Civil Code”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część szczegółowa*, ed. A. Kidyba (Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business, 2014), Art. 894, sentence 5, 1352; Julian Jezioro, „Commentary on Art. 894 of the Civil Code”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, ed. E. Gniewek, P. Machnikowski (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2019), Art. 894, sentence 3, 1735; Krzysztof Mularski, „Commentary on Art. 894 of the Civil Code”, [in:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450-1088*, ed. M. Gutowski (Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2016), Art. 894, sentence 2, 1273 et seq.; the remarks of already historical character are formulated in this scope also by Walaszek, „*Polecenie testamentowe*”, 176.
- 26 The same on the grounds of Art. 894 of the Civil Code Mularski, „Commentary on Art. 894 of the Civil Code,” Art. 894, sentence 2, 1273 et seq. who underlines the general competence of the prosecutor.

broad as the possibilities of heir and executor of the will, who, being not bound by the above mentioned prerequisites, may basically demand the implementation of any testamentary burdens, with the exception of testamentary burdens with the aim of exclusive advantage of the person burdened with the testamentary burden.

The above considerations may not make up the basis to formulate the conclusion that both provisions, quoted above, remain fully autonomous. There is, however, a certain dependency between Art. 7 of the Code of Civil Procedure and Art. 985 of the Civil Code. It seems that, *in casu*, Art. 7 of the Code of Civil Procedure would be deprived of meaning if the legislator did not foresee the mechanism securing the execution of the testator's will in Art. 985 of the Civil Code. In consequence, seeking the fulfilling of a testamentary burden makes up „the case” in the meaning of Art. 7 of the Code of Civil Procedure, in which the prosecutor may demand the proceedings be started. Justifying their right of action prosecutor should therefore indicate Art. 7 of the Code of Civil Procedure in conjunction with Art. 985 of the Civil Code as the legal basis.

6. The body authorized to demand the implementation of the testamentary burden in German, Austrian and Swiss law

The hitherto considerations indicate the existence of the need to carry out appropriate amendment of Art. 985 sentence 2 of the Civil Code. The notion of “competent State agencies” in the current system of government lost its validity, which causes numerous and difficult to be solved interpretational problems. Looking for new legislative solutions, the terminology known already to the decree Inheritance Law, which in Art. 135 § 3 vested the right to demand testamentary burden implementation to “competent authority”²⁷ may be reached for. It is worth noticing that the content of the quoted provision is nearly exact translation of § 2194 sentence 2 of German Civil Code²⁸, which testifies to significant influence of the German law onto the shape of the hitherto Polish inheritance law²⁹.

27 Pursuant to Art. 135 § 3 of the decree Inheritance Law: „If the implementation of the testamentary burden is in public interest, the implementation thereof may be demanded by competent authority”.

28 See Mathis Rudy, „Commentary on § 2194 of the Civil Code”, [in:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 10. Erbrecht* (München: C. H. Bck, 2013), § 2194, point 8, 1111. In accordance with § 2194 sentence 2 of the German Civil Code: „Liegt die Vollziehung im öffentlichen Interesse, so kann auch die zuständige Behörde die Vollziehung verlangen”.

29 Legal comparative analysis relating to the personal scope of the persons authorized to demand the testamentary burden be fulfilled was carried

In turn, Swiss legislator, including in the scope of Art. 482 of the Swiss Civil Code³⁰ all persons having the interest in the implementation of testamentary burden³¹, rejected the concept of closed catalogue of those authorized to demand the testamentary burden be implemented. Swiss doctrine is, by the same, far from restrictive interpretation of the quoted provision and the attempts to limit its personal scope³². Such approach makes the demand to implement testamentary burden the right accessible to a wide range of persons, as the interest mentioned in the Act may also be of non-pecuniary nature. In consequence, apart from the beneficiaries of testamentary burden³³, potential mentees of the foundation which is to be founded in accordance with the content of testamentary burden, persons belonging to the circle of intestate successor missed out in the testament, members of the family, next of kin and friends to the testator, executor of the will and administrator of an inheritance, and, according to the doctrine also the appropriate authority, as long as the testamentary burden considers the public interest, may demand the implementation of the testamentary burden³⁴. However,

out by Walaszek, „*Polecenie testamentowe*”, 175, footnote 43.

- 30 Art. 482 of the Swiss Civil Code: „Der Erblasser kann seinen Verfügungen Auflagen oder Bedingungen anfügen, deren Vollziehung, sobald die Verfügung zur Ausführung gelangt ist, jedermann verlangen darf, der an ihnen ein Interesse hat”.
- 31 This applies to the interest which is worth being supported (*unterstützungswürdig*), see Stephanie Hrubesch-Millauer, „Commentary on Art. 482 of the Civil Code”, [in:] *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Erbrecht*, ed. P. Breitschmid, A. Jungo (Zürich-Basel-Genf: Schulthess Verlag 2016), Art. 482, sentence 10, 59 et seq.
- 32 See Wolf and Genna, „Zulässige Inhalte der Verfügungen von Todes wegen (Verfügungsarten)”, 326, according to whom: „Der Kreis derjenigen Personen (...) ist (...) weit zu ziehen”. See also Harold Grüniger, „Commentary on Art. 482 of the Civil Code”, [in:] *Kurzkommentar ZGB*, ed. A. Büchler, D. Jakob (Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018), Art. 482, point 9, 1484.
- 33 See the sentence of the Swiss Supreme Court of 13.12.1979, BGE 105 II 253, 260, in the opinion of which: „Ein solches berechtigtes Interesse hat in erster Linie der Begünstigte”.
- 34 See Wolf and Genna, „Zulässige Inhalte der Verfügungen von Todes wegen (Verfügungsarten)”, 326-327. The notion of „competent authority” is the reference to the content of Art. 246 subparagraph 2 of the Swiss Obligation Laws, which grants the right to seek the implementation of testamentary burden in case of the death of the donor to this competent authority, see Peter Weimar, „Commentary on Art. 482 of

prerequisite of the existence of generally understood „interest” on the side of the demanding party gives the possibility to demand fulfilling the testamentary burden by such wide range of persons, yet the claim to fulfill the testamentary burden does not have the nature of *actio popularis*³⁵.

Austrian Civil Code does not contain a provision that would, *expressis verbis*, define the catalogue of subjects authorized to demand the testamentary burden be implemented (compare Polish and German catalogue). Also, there is no criterion allowing to separate such catalogue (see Swiss model). In this scope the situation is thus not as clear as in the legislations presented above. Austrian doctrine however, has no doubts that such right is vested with the executor of the will, and to the heir, which is confirmed by general regulations contained in § 816 and § 817 of the Austrian Civil Code.³⁶ This short list of those authorized is sometimes supplemented by Treasury Prosecutors' Office (*Finanzprokuratur*³⁷)³⁸, as long as the interest contributes to

the Civil Code”, [in:] *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Band III. Erbrecht*, ed. H. Hausheer, H. P. Walter (Bern: Stämpfli Verlag, 2009), Art. 482, point 32, 301.

- 35 The same Wolf and Genna, „Zulässige Inhalte der Verfügungen von Todes wegen (Verfügungsarten)”, 327; Grüniger, „Commentary on Art. 482 of the Civil Code”, Art. 482, para 9, 1484; Michael Lüdi, *Auflagen und Bedingungen in Verfügungen von Todes wegen unter Berücksichtigung des deutschen Rechts* (Zürich-Basel-Genf: Schulthess Verlag, 2016), 244.
- 36 The same Rudolf Welser and Brigitta Zöchling-Jud, *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band II. Schuldrecht Allgemeiner Teil. Schuldrecht Besonderer Teil. Erbrecht* (Wien: Manz Verlag, 2015), 568, point 2086; Bernhard Eccher, „Commentary on § 709 of the Civil Code”, [in:] *ABGB Praxiskommentar. Band 3. §§ 531-858 ABGB*, ed. M. Schwimann (Wien: LexisNexis Verlag, 2006), § 709, point 5, 140.
- 37 Finanzprokuraturgesetz, BGBl. I No. 110/2008.
- 38 Winfried Kralik, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts* (Wien: Manz Verlag, 1983), 269, who stresses at the same time that the right to demand the fulfilling of the testamentary burden is not vested with other institutions, such as: churches or society for the animal welfare protection; Apathy, „Commentary on § 710 of the General Civil Code”, § 710, point 3, 608; Eccher, „Commentary on § 709 of the Civil Code”, § 709, point 2, 140. Compare also on the possibilities to enforce the testamentary burden be implemented by General Counsel's Office in times when the decree Inheritance Law was in force Fryderyk Zoll, „Polecenie obciążające osobę odnoszącą korzyść z czynności pod tytułem darmym” *Przegląd Notarialny*, book 5 (1948): 392.

public interest and vaguely defined public institutions appointed to safeguard the interest of testamentary burden beneficiaries³⁹.

7. *De lege ferenda* remarks

Considering possible amendment of regulation relating to testamentary burden two basic issues should be considered. Firstly, irrespective from the adopted regulation model (Polish/German, Swiss or Austrian model) in particular countries, on statutory or at least doctrine level, the need to protect the public or social interest, implemented by the testamentary burden, is rightly noticed. As the state has not the right but even duty to take care of its own interest. Secondly, from the legal comparative point of view, as to the principle, the protection of this interest is entrusted to „public authority”. Even Swiss doctrine uses this notion, although the legislator does not use the notion in the provisions relating to the testamentary burden. Only the Austrian law makes the exception in this scope.

It seems that further discussion on the personal scope of those authorized to demand the fulfillment of the testamentary burden will be based on German or Swiss model, whereas the Polish legislator will aim to gradually widen, even, possibly, open the catalogue in question. Given the limited framework of this paper, it should only be stated that, irrespective the choice made in this scope on statutory and doctrinal level, the notion „competent State agencies” should be replaced by the notion „competent authority”, which is universal and allows to make the legal provisions independent from changing system of government⁴⁰. This view is also confirmed in the remarks relating to chosen foreign legislations (compare also point 6). Furthermore, it seems that it is also the direction chosen by the Polish doctrine, which speaks for the notion „competent public body”⁴¹ or „competent body of public authority”⁴². Especially the second of the suggested notions deserves the attention, as the legislator has used it repeatedly also in the provisions of the

39 Welser and Zöchling-Jud, „*Grundriss des bürgerlichen Rechts*”, 568, point 2086.

40 Compare Zoll, „Polecenie obciążające”, 387, who, assessing critically the regulation of the decree Inheritance Law relating to testamentary burden, what is symptomatic, did not question the notion „competent authority”.

41 Osajda, „Commentary on Art. 985 of the Civil Code”, Art. 985, sentence 15, 829; Zelek, „Commentary on Art. 985 of the Civil Code”, Art. 985, sentence 6, 1674.

42 Pazdan, „Commentary on Art. 985 of the Civil Code”, Art. 985, sentence 3, 1163; Zelek, „Commentary on Art. 985 of the Civil Code”, Art. 985, sentence 6, 1674.

Constitution⁴³. Justification for the transfer of the notions characteristic for the constitutional law to the grounds of the civil law may be seen as the necessity to construct some terminological coherence within the Polish system of law. The implementation of this, again legitimate, assumption is however related with the necessity to adjust the terminology of the Civil Code to the network of system regulations each time, should they be changed. Thus, potentially there is a risk that the notion „competent body of public authority” suggested in the doctrine would become outdated, which, bearing in mind the hitherto negative experience with the interpretation of Art. 985 sentence 2 of the Civil Code should be avoided. Revoking to the notion „competent authority” which is absolutely autonomous and, at the same time, sufficiently precise, would allow to avoid the indicated threat⁴⁴.

Bibliography

- Antoszek Piotr, *Cywilnoprawny charakter uchwał wspólników spółek kapitałowych*. Kraków: Oficyna Wolters Kluwer business, 2009.
- Apathy Peter, „Commentary on § 710 of the General Civil Code”, [in:] *Kurzkomentar zum ABGB*, ed. Helmut Koziol, Peter Bydlinski, Raimund Bollenberger, 608-609. Wien-New York: Springer, 2010.
- Eccher Bernhard, „Commentary on § 709 of the General Civil Code”, [in:] *ABGB Praxiskommentar. Band 3. §§ 531-858 ABGB*, ed. Michael Schwimann, 139-141. Wien: LexisNexis Verlag, 2006.
- Gawlik Zdzisław, „Commentary on Art. 894 of the Civil Code”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część szczegółowa*, ed. Andrzej Kidyba, 1350-1352. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business, 2014.
- Grüninger Harold, „Commentary on Art. 482 of the Civil Code”, [in:] *Kurzkomentar ZGB*, ed. Andrea Büchler, Dominique Jakob, 1481-1485. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018.
- Herbet, Andrzej. „Spółka cywilna”, [in:] *System prawa prywatnego. Tom 16. Prawo spółek osobowych*, ed. Andrzej Szajkowski, 698-997. Warszawa: C. H. Beck: Instytut Nauk Prawnych PAN, 2016.
- Hrubesch-Millauer Stephanie, „Commentary on Art. 482 of the Civil Code”, [in:] *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Erbrecht*, ed. Peter

43 See Art. 53, 61, 63, 72, 77, 80 of the 2nd April 1997 Constitution of the Republic of Poland (Dz. U. 1998, No. 78, item 483).

44 The remarks of, among others, Walaszek testify thereto in: Walaszek, „*Polecenie testamentowe*”, 155, expressed still in times when the decree Inheritance Law was in force; by making the scope of notion “competent authority” more precise, the author has no interpretational doubts rightly identifying the notion with the state office (body).

- Breitschmid, Alexandra Jungo, 56-61. Zürich-Basel-Genf: Schulthess Verlag 2016.
- Jeziorek Julian, „Commentary on Art. 894 of the Civil Code”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, ed. Edward Gniewek, Piotr Machnikowski, 1734-1736. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2019.
- Kralik Winfried, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*. Wien: Manz Verlag, 1983.
- Kremis Józef, „Commentary on Art. 982 of the Civil Code”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, ed. Edward Gniewek, Piotr Machnikowski, 1669-1670. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2013.
- Kremis Józef, Joanna Kuźmicka-Sulikowska, „Commentary on Art. 982 of the Civil Code”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, ed. Edward Gniewek, Piotr Machnikowski, 1885-1886. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2017.
- Księżak Paweł, „Żądanie wykonania polecenia” *Przegląd Sądowy*, No. 4 (2006): 49-61.
- Lackoroński Bogusław, „Commentary on Art. 894 of the Civil Code”, [in:] *Komentarze prawa prywatnego. Tom III B. Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania. Część szczegółowa. Ustawa o terminach zapłaty*, ed. Konrad Osajda, 1210-1212. Warszawa: C. H. Beck, 2017.
- Leipold Dieter, „Commentary on Art. 1940 of the Civil Code”, [in:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 9. Erbrecht. §§ 1922-2385. §§ 27-35 BeurkG*, ed. Sibylle Kessal-Wulf, 206-209. München: Beck C. H., 2013.
- Lüdi Michael, *Auflagen und Bedingungen in Verfügungen von Todes wegen unter Berücksichtigung des deutschen Rechts*. Zürich-Basel-Genf: Schulthess Verlag, 2016.
- Morawski Lech, *Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz*. Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa „Dom Organizatora”, 2002.
- Mularski Krzysztof, „Commentary on Art. 894 of the Civil Code”, [in:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450-1088*, ed. Maciej Gutowski, 1273-1274. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2016.
- Niedośpiął Michał, „Zasadnicze rozrządzenia testamentowe” *Studia Prawnicze*, book 2 (1997): 65-86.
- Niezbecka Elżbieta, „Commentary on Art. 982 of the Civil Code”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Spadki*, ed. Andrzej Kidyba, 232-234. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business, 2015.
- Niezbecka Elżbieta, *Zapis*. Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, 1990.
- Nowak Dominika, *Wadliwa spółka partnerska*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2010.

- Osajda Konrad, „Commentary on Art. 982 of the Civil Code”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IVA. Spadki*, ed. Konrad Osajda, 806-821. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2019.
- Osajda Konrad, „Commentary on Art. 985 of the Civil Code”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IVA. Spadki*, ed. Konrad Osajda, 826-831. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2019.
- Pazdan Maksymilian, „Commentary on Art. 982 of the Civil Code”, [in:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450-1088. Przepisy wprowadzające*, ed. Krzysztof Pietrzykowski, 1160-1161. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2018.
- Pazdan Maksymilian, „Commentary on Art. 985 of the Civil Code”, [in:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450-1088. Przepisy wprowadzające*, ed. Krzysztof Pietrzykowski, 1162-1163. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck, 2018.
- Rudy Mathis, „Commentary on § 2194 of the Civil Code”, [in:] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 10. Erbrecht*, ed. Sibylle Kessal-Wulf, 1110-1112. München: C. H. Beck, 2013.
- Rzewuski Maciej, *Podpis spadkodawcy na testamentie własnoręcznym*. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business, 2014.
- Safjan Marek, „Commentary on art. 894 of the Civil Code”, [in:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450-1088. Przepisy wprowadzające*, ed. Krzysztof Pietrzykowski, 898-899. Warszawa: C. H. Beck, 2018.
- Skowrońska-Bocian, Elżbieta, Jacek Wierciński, „Commentary on Art. 982 of the Civil Code”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom VI. Spadki*, ed. Jacek Gudowski, 244-246. Warszawa: Wolters Kluwer, 2017.
- Stahelin Daniel, „Commentary on Art. 482 of the Civil Code”, [in:] *Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch II. Art. 457-977 ZGB. Art. 1-61 SchlT ZGB*, ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, 142-157. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015.
- Stecki Leopold, *Darowizna*. Toruń: TNOiK „Dom Organizatora”, 1998.
- Stecki Leopold, „Darowizna”, [in:] *System prawa prywatnego. Tom 7. Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, ed. Jerzy Rajski, 331-364. Warszawa: C. H. Beck: Instytut Nauk Prawnych PAN, 2011.
- Trzaskowski Roman, „Commentary on Art. 894 of the Civil Code”, [in:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom V. Zobowiązania. Część szczegółowa*, ed. Jacek Gudowski, 631-655. Warszawa: Wolters Kluwer, 2017.
- Turlukowski Jarosław, „Instytucja polecenia testamentowego w prawie krajów Wspólny Niepodległych Państw na tle prawa polskiego”, [in:] *Non omnis moriar. Osobiste i majątkowe aspekty śmierci człowieka. Zagadnienia wybrane*, ed. Jacek Gołaczyński, Jacek Mazurkiewicz, Jarosław Turlukowski, Daniel Karkut, 794-810. Wrocław: Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego; Oficyna Prawnicza, 2015.

- Walaszek Bronisław, „Polecenie testamentowe w polskim prawie spadkowym” *Studia Cywilistyczne*, Vol. 1 (1961): 153-193.
- Weimar Peter, „Commentary on Art. 482 of the Civil Code”, [in:] *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Band III. Erbrecht, Art. 457-516 ZGB*, ed. Heinz Hausheer, Hans Peter Walter, 287-328. Bern: Stämpfli Verlag, 2009.
- Welser Rudolf, Brigitta Zöchling-Jud, *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band II. Schuldrecht Allgemeiner Teil. Schuldrecht Besonderer Teil. Erbrecht*. Wien: Manz Verlag, 2015.
- Wójcik Sylwester, Fryderyk Zoll, „Rozrządzenia testamentowe”, [in:] *System prawa prywatnego. Tom 10. Prawo spadkowe*, ed. Bogudarc Kordasiewicz, 421-501. Warszawa: C. H. Beck: Instytut Nauk Prawnych PAN 2015.
- Wolf Stephan, Gian Sandro Genna, „Zulässige Inhalte der Verfügungen von Todes wegen (Verfügungsarten)” [in:] *Schweizerisches Privatrecht. Band IV. Erbrecht. Band 1*, ed. Stephan Wolf, 234-359. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2012.
- Zelek Mariusz, „Commentary on Art. 982 of the Civil Code”, [in:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450-1088*, ed. Maciej Gutowski, 1665-1669. Warszawa: C. H. Beck, 2016.
- Zelek Mariusz, „Commentary on Art. 985 of the Civil Code”, [in:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 450-1088*, ed. Maciej Gutowski, 1672-1675. Warszawa: C. H. Beck, 2016.
- Zoll Fryderyk, „Polecenie obciążające osobę odnoszącą korzyść z czynności pod tytułem darmym” *Przegląd Notarialny*, book 5 (1948): 387-393.



ARTYKUŁY

Ewolucja konstrukcji prawnej ustawowego zarządu powierzonego wykonywanego przez spółdzielnię mieszkaniową (na podstawie art. 27 ust. 2 u.s.m.)

Evolution of the Legal Structure of the Statutory Management Entrusted to a Housing Co-operative (pursuant to Article 27 (2) of the Act on Housing Co-operative Law)

The author analyzes the legal special form of real estate management, which is performed by a housing cooperative, based on Art. 27 section 2 u.s.m. Discussion on the scope of competences of the cooperative, which manage common part of condominium was a basis for the analysis. The author presents an evolutionary outline of changes of the law on housing cooperatives and the accompanying changes in the views of doctrine and case law. The author also interprets current legal regulations (in force since the 2017). In the final conclusions the author indicates the need to distinguish three levels of property management. This postulate is grounded on a comparative analysis based on property management law in Germany, Austria Switzerland.

Iwona Szymczak

*Doktor habilitowany nauk prawnych
Instytut Nauk Prawnych Uniwersytetu
Szczecińskiego*

ORCID - 0000-0002-5996-6075

Keywords: housing cooperative, entrusted management, common property

Słowa kluczowe: spółdzielnia mieszkaniowa, zarząd powierzony, nieruchomości wspólna

<https://doi.org/10.36128/pr.wi.31.115>

1. Wstęp

W prawie polskim mamy dwa podstawowe reżimy zarządzania nieruchomościami mieszkalnymi. Jest to reżim spółdzielczy według ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych¹ oraz reżim zarządzania właścicielskiego na podstawie ustawy o własności lokali (sprawowanej przez wspólnotę mieszkaniową)². Ponadto, w wyniku przekształceń

-
- 1 Ustawa z 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych, zwana dalej: u.s.m. (tekst jedn. Dz. U. z 2019, poz. 1309).
 - 2 Ustawa z 24 czerwca 1994 r. o własności lokali, zwana dalej: u.w.l. (Dz. U. 2019 poz. 737, 1309,1469).

własnościowych zachodzący w spółdzielniach mieszkaniowych³, pojawiła się trzecia forma, czyli ustawowy zarząd powierzony, który łączy elementy obu wymienionych wcześniej form zarządzania, i dlatego jest zwany modelem korporacyjno-własnościowym.

Zarząd ten jest wykonywany przez spółdzielnię. Powstaje on z mocy prawa, na podstawie art. 27 ust. 2 u.s.m. Niestety jego konstrukcja jurystyczna już od chwili wprowadzenia budziła liczne wątpliwości natury konstytucyjnej, zarówno co do samej „przymusowości” tego trybu zarządzania, jak też w orzecznictwie pojawiły się rozbieżności dotyczące zakresu kompetencji spółdzielni wykonującej ten zarząd. To spowodowało liczne wnioski do Trybunału Konstytucyjnego, który badał przepisy ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych różnych aspektach⁴. Natomiast, jeżeli chodzi o art. 27 ust. 2 u.s.m. będący przedmiotem rozważań w niniejszym artykule to był on przedmiotem badania w wyroku z dnia 28 października 2010 r., SK 19/09⁵ oraz wyroku 5.02.2015 r., K 60/13⁶. Trybunał Konstytucyjny nie podzielił zarzutu niekonstytucyjności samego sposobu ustanawiania tego trybu zarządzania, ale przyznał w uzasadnieniu, że nie badał zakresu kompetencji przysługujących spółdzielni na podstawie zaskarżonego przepisu.

Chociaż Trybunał Konstytucyjny nie stwierdził niezgodności z Konstytucją art. 27 ust. 2 u.s.m., jednak w nauce dostrzegano konieczność

3 Zmiany były dokonywane na podstawie licznych regulacji ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych (art. 17¹⁴ ust. 1 u.s.m., art. 17¹⁵ ust. 1 u.s.m. art. 39 ust. 1 u.s.m., art. 48 ust. 1 i 2 u.s.m. oraz art. 46 u.s.n. – ten ostatni obecnie uchylony). Szerzej na ten temat zobacz: Piotr Zakrzewski, „Przekształcenia własnościowe w spółdzielniach mieszkaniowych w świetle wyroku TK z 29.5.2001 r.” *Monitor Prawniczy*, nr 4 (2005): 197 i n. oraz Katarzyna Królikowska, „Komentarz do wyroku SA w Łodzi z 19.11.2018 r. I ACa 1653/17, poz. 29” *Rocznik Orzecznictwa i Piśmiennictwa z zakresu Prawa Spółdzielczego oraz Prawa Spółek Handlowych za rok 2018*, red. Krzysztof Pietrzykowski, t. VII (2019): 287.

4 Krzysztof Pietrzykowski, „Spółdzielcze prawo mieszkaniowe w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego”, [w:] *Podstawowe konstrukcje i tendencje rozwojowe prawa spółdzielczego*, red. Andrzej Herbet, Piotr Zakrzewski (Lublin: Wydawnictwo KUL, 2014), 121.

5 Wyrok TK z dnia 28 października 2010 r., SK 19/09 (OTK–A z 2010 r., nr 8, poz. 83).

6 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 5.02.2015 r., K 60/13 (OTK-A 2015/2/11, Dz.U.2015/201, LEX nr 1625221).

zmiany legislacyjnej tego przepisu⁷. Stąd aktualny pozostał problem, który przejawiał się rozbieżnością w orzecznictwie, mianowicie, czy spółdzielnia – która sprawuje zarząd przymusowy – może autonomicznie podejmować decyzje w ramach swojej struktury korporacyjnej, czyli przez swoje organy, czy też – w pewnym zakresie spraw – powinna uzyskiwać zgodę właścicieli lokali. W tym ostatnim przypadku, pojawia się kolejna kwestia do rozstrzygnięcia, mianowicie, czy zgoda ta powinna być jednomyślna, czy oparta o większośćową uchwałę właścicieli lokali. Dotychczasowe orzecznictwo sądów nie było jednolite, dlatego w nauce wskazywano na konieczność zmiany legislacyjnej tej regulacji⁸.

W rezultacie dnia 9 września 2017 r. weszła w życie nowelizacja⁹, z której analizy wynika, że ustawodawca wzmocnił pozycję właścicieli lokali, a jednocześnie osłabił dotychczas uprzywilejowaną pozycję spółdzielni mieszkaniowej, co nastąpiło przez ograniczenie zakresu jej samodzielnych kompetencji. W tym artykule będą chciała uzasadnić hipotezę, że po tej nowelizacji zakres kompetencji przysługujących spółdzielni mieszkaniowej odpowiada zakresowi kompetencji zarządcy ustanowionego w trybie art. 18 ust. 1 u.w.l., a przed nowelizacją z 2017 r. zakres jej kompetencji odpowiadał kompetencjom wspólnoty mieszkaniowej.

2. Ustawowy zarząd powierzony – jego geneza i *ratio legis*

Ustawowy zarząd powierzony jest trzecim, zmodyfikowany sposobem zarządzania nieruchomościami mieszkalnymi. Łączy on elementy zarządzania korporacyjnego opartego o prawo spółdzielcze i ustawę o spółdzielniach mieszkaniowych oraz elementy zarządzania właścicielskiego, które jest oparte o regulacje ustawy o własności lokali.

Konstrukcji tej nie sposób zrozumieć bez nawiązania do zmian legislacyjnych zachodzących w naszym kraju po 1990 r. Przed tą datą funkcjonowały tylko spółdzielnie mieszkaniowe, a nie było wspólnot mieszkaniowych. W pierwszej fali reform tj. 1 stycznia 1995 r. weszła w życie ustawa o własności

7 Krzysztof Pietrzykowski, „Kontrola konstytucyjności a stosowanie prawa w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego (zagadnienia wybrane)”, [w:] *Kontrola konstytucyjności prawa a stosowanie prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego*, red. Jakub Królikowski, Jan Podkowik, Jarosław Sułkowski (Warszawa: Wolters Kluwer, 2017), 52.

8 Krzysztof Pietrzykowski, *Komentarz do ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych*, wyd. 8, Warszawa 2016, komentarz do art. 27 nb 6. Legalis.

9 Ustawa z 20 lipca 2017 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy – Prawo spółdzielcze (Dz. U. 2017 poz.1596).

lokali, w której pojawia się po raz pierwszy *expressis verbis*, w okresie powojennym, wspólnota mieszkaniowa¹⁰. A zatem od daty wejścia w życie ustawy o własności lokali z jej podstawową konstrukcją – wspólnotą mieszkaniową, powstającą z mocy prawa, można uznać, że spółdzielnia stała się fakultatywną formą zarządzania nieruchomościami, jeśli chodzi o nowopowstające kompleksy zabudowane budynkami wielolokalowymi.

W związku z tym prawo spółdzielcze nie było dostosowane do uregulowania kwestii zarządzania nieruchomościami wspólnymi¹¹, których spółdzielnia była jedynie współwłaścicielką, a więc kolejnym etapem tego procesu legislacyjnego było wprowadzenie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych z 2000 r.¹². Zawarto w niej nie tylko rozwiązania dotyczą zasad przekształcania praw spółdzielczych do lokali¹³ w prawo mocniejsze, czyli odrębną własność lokalu, ale i regulacje dotyczące funkcjonowania spółdzielni mieszkaniowych. Ustawa ta była przedmiotem licznych zmian legislacyjnych, których jedną z przyczyn było (i ciągle jest) dostosowanie modelu zarządzania do specyfiki nowych konstrukcji rzeczowych. Tę konstrukcję charakteryzuje to, że w wyniku wyodrębnienia lokali powstaje nie tylko nieruchomości wspólne, ale też jej specyfika polega na tym, że jest ona otoczona nieruchomościami stanowiącymi mienie spółdzielni wraz z infrastrukturą, w której utrzymaniu zobowiązani są uczestniczyć właściciele lokali (art. 4 ust. 2 u.s.m.).

W zamyśle ustawodawcy konstrukcja zarządu powierzonego z mocy prawa – sprawowanego przez spółdzielnię – miał mieć charakter przejściowy. Spółdzielnia mieszkaniowa jest zobowiązana do sprawowania zarządu *ex lege*. Sąd Najwyższy uznał, że inaczej niż przy zarządzie powierzonym, o którym

- 10 O szczegółach: Iwona Szymczak, „Ewolucja konstrukcji jurydycznych w prawie własności lokali w ujęciu prawnoporównawczym”, [w:] *Prawo cywilne – stanowienie, wykładnia i stosowanie. Księga pamiątkowa dla uczczenia setnej rocznicy urodzin Profesora Jerzego Ignatowicza*, red. Mirosław Nazar (Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, 2015), 444.
- 11 Co do zasady spółdzielnie są podmiotami, którym ustawodawca wyznacza szersze cele i zakresy ich działalności. Piotr Zakrzewski, „Z zagadnień konstrukcji prawnej spółdzielni” *Rejent*, nr 9 (2004): 133.
- 12 Ustawa weszła w życie 24 kwietnia 2001 r.
- 13 *De lege lata* w obrocie prawnym występują następujące prawa spółdzielcze: spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu; prawo do miejsca postojowego w wielostanowiskowym garażu; spółdzielcze lokatorskie prawo do lokalu. Jednak nie jest już możliwe ustanawianie nowych spółdzielczych własnościowych praw do lokalu.

mowa w art. 18 ust. 1 u.w.l., nie ma potrzeby zawierania umowy¹⁴. Chodziło o to, aby w okresie sukcesywnego wyodrębniania lokali z substancji mienia spółdzielczego, było wiadomo, kto jest odpowiedzialny za bezpieczne funkcjonowanie całego kompleksu mieszkaniowego, oraz jak ułatwić kwestię rozliczeń pomiędzy spółdzielnią a właścicielami lokali za korzystanie z mienia spółdzielni.

Na złożoność nowego modelu zarządzania wpłynęła też okoliczność, że proces uwłaszczenia spółdzielców w odrębną własność lokali nie jest obowiązkowy. Podmiot, któremu przysługuje spółdzielcze prawo do lokalu może nadal na czas nieokreślony pozostać członkiem spółdzielni, korzystając jedynie z korporacyjnych uprawnień w zakresie zarządzania „swoim mieniem spółdzielczym”. Jeżeli jednak podmiot uzyskał w wyniku przekształcenia prawo odrębnej własności lokalu, to po tym przekształceniu może wybrać, czy pozostaje w strukturze korporacyjnej spółdzielni jako jej członek (a jednocześnie może wykonywać swoje uprawnienia rzeczowe, w tym do nieruchomości wspólnej) albo może występując ze spółdzielni zerwać korporacyjną zachowując jedynie uprawnienia rzeczowe do lokalu i udział w nieruchomości wspólnej.

Natomiast od strony przedmiotowej powstaje – niezależnie od ilości przekształconych praw do lokali – nieruchomość wspólna¹⁵. Wobec tego, ze względu na usamodzielnienie statusu własnościowego niektórych lokali, model autonomicznego zarządzania przez spółdzielnię nie jest już możliwy. Spółdzielnia jest teraz tylko współwłaścicielką nieruchomości wspólnej, a jej prawa rzeczowe, wynikające z posiadanego udziału, nie różnią się jakościowo od treści praw tego rodzaju innych podmiotów uwłaszczonych. Pozycję prawnorzecową spółdzielni można więc porównać do statusu dotychczasowego właściciela nieruchomości, czyli dewelopera (art. 3 ust. 3 zd. 2 u.w.l.). Początkowo spółdzielnia ma większościowy udział w nieruchomości wspólnej, lecz ulega on zmniejszeniu na skutek kolejnych przekształceń.

14 Uchwała z dnia 26 listopada 2008 r., III CZP 100/08 (OSN 2009, nr 10, poz. 140).

15 Piotr Zakrzewski, „Spółdzielnie mieszkaniowe po zmianach z 2017 r.” *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, nr 1 (2018): 211; Aneta Kaźmierczyk, „Powstanie wspólnoty mieszkaniowej w świetle znowelizowanej w 2017 roku ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych” *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, nr 2 (2018): 374; Edward Gniewek, „Model wspólnoty mieszkaniowej i spółdzielni w zarządzaniu nieruchomością wspólną po ustanowieniu odrębnej własności lokali”, [w:] *Podmiotowość cywilnoprawna w prawie polskim. Wybrane zagadnienia*, red. Edward Gniewek (Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 2008), 30.

Natomiast, jeśli chodzi o wewnętrzny proces podejmowania decyzji w strukturze korporacyjnej spółdzielni, trzeba zauważyć, że w skład jej organu stanowiącego (walnego zgromadzenia) wchodzi zarówno podmioty ze słabszymi prawami do lokalu, jak i podmioty „uwłaszczone” prawami odrębnej własności lokali, które zachowały członkostwo w strukturze korporacyjnej spółdzielni. Dodatkową okolicznością, którą trzeba też uwzględnić jest, że pomimo formalnego wyodrębnienia, nieruchomości wspólne nie ma – w większości przypadków – samodzielności infrastrukturalnej oraz bezpośredniego dostępu do drogi publicznej. Wyodrębnieniu prawnemu lokali i nieruchomości wspólnej nie towarzyszy więc niezależność funkcjonalna. Wobec tego ustawodawca musiał zadbać o zrekompensowanie spółdzielni uszczerbku wynikającego z korzystania z jej mienia przez właścicieli lokali niebędących członkami spółdzielni. Są oni zobowiązani uczestniczyć w wydatkach związanych z eksploatacją i utrzymaniem nieruchomości stanowiących mienie spółdzielni, które są przeznaczone do wspólnego korzystania przez osoby zamieszkujące w określonych budynkach lub osiedlu. Obowiązki te wykonują przez uiszczanie opłat na takich samych zasadach, jak członkowie spółdzielni (art. 4 ust. 4 u.s.m.).

Są to powody, które doprowadziły do tego, że ustawodawca zdecydował się na rozwiązania prawne wzmocniające pozycję spółdzielni. Wprowadzono konstrukcję zarządcy przymusowego ustanawianego z mocy prawa. Odmiennie od zasady ogólnej, która stanowi, że w razie wyodrębnienia pierwszego lokalu i powstania nieruchomości wspólnej, z tą chwilą, z mocy prawa, powstaje wspólnota mieszkaniowa, która sprawuje zarząd w oparciu o ustawę o własności lokali, art. 27 ust. 2 u.s.m., jako *lex specialis*, przyznaje zarząd spółdzielni mieszkaniowej. Kwestia ta była przedmiotem rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego, który jednak orzekł, że przepis ten jest zgodny z art. 64 ust. 2 i art. 64 ust. 3 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej¹⁶. W uzasadnieniu Trybunał wskazał, że przedmiotem jego rozstrzygnięcia było badanie konstytucyjności tego przepisu jedynie „w zakresie, w jakim statuował obligatoryjny przymusowy zarząd spółdzielni mieszkaniowej obejmujący nieruchomości wspólne”. W ocenie Trybunału powierzenie tej ostatniej zarządu nieruchomością wspólną ma na celu utrzymanie istniejącego *status quo* oraz ochronę interesów członków spółdzielni mieszkaniowej, którzy nie są właścicielami posiadanych lokali mieszkalnych. Ponadto, celem jest zapewnienie bezpieczeństwa i sprawnego funkcjonowania nieruchomości wspólnej zakorzenionej w szerszym kompleksie nieruchomości budynkowych (np. osiedlu) należącym jeszcze do spółdzielni.

TK nawiązał przy tym do wcześniejszego swojego orzeczenia, w którym uznał, że „(...) ustawodawca, regulując *in abstracto* stosunki majątkowe,

16 Wyrok TK z 28 października 2010 r., SK 19/09 (OTK –A z 2010 r., nr 8, poz. 83).

kieruje się jakąś koncepcją sprawiedliwości i sprawności funkcjonowania tych stosunków, a niekoniecznie dążeniem do ograniczenia wolności majątkowej jednostki w imię innych racji. Jeżeli np. treść pewnego prawa majątkowego nie jest *ius infinitum*, lecz zawiera w sobie tzw. immanentne ograniczenia, to nie musi to wynikać z przeciwieństwa prawu do wolności majątkowej innych wartości, lecz może być po prostu sposobem rozwiązania «konkurencji» praw przysługujących różnym podmiotom do tego samego dobra lub do dóbr pozostających we wzajemnym związku¹⁷. Inaczej ujmując ustawodawca poszukuje możliwości utrzymania równowagi między pozostającymi często w sprzeczności interesami spółdzielni mieszkaniowej, reprezentującej interesy jej członków, a interesami właścicieli wyodrębnionych lokali niebędących jej członkami.

Tak więc art. 27 ust. 2 u.s.m. został ponownie zaskarżony (wraz z innymi regulacjami tej ustawy) i był badany przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 5.02. 2015 r., K 60/13¹⁸. W jego uzasadnieniu TK odniósł się do uchwały Sądu Najwyższego z 27 marca 2014 r., III CZP 122/13¹⁹, z którego argumentacją się zgodził (orzeczenie będzie jeszcze szczegółowo analizowane w pkt 4). Natomiast nie podzielił zarzutu wyrażonego w uchwale Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 listopada 2012 r., II OPS 2/12²⁰, o braku precyzji w treści art. 27 ust. 2 u.s.m., z którego można wyprowadzać dwa warianty interpretacyjne, a co jest niebezpieczne dla ochrony interesów majątkowych właścicieli lokali nie będących członkami spółdzielni mieszkaniowej. W konsekwencji Trybunał Konstytucyjny nie stwierdził jego niezgodności z Konstytucją, chociaż dostrzegając „nieprecyzyjne brzmienie lub niejasną treść przepisu” w uzasadnieniu objaśnił, że te okoliczności nie zawsze uzasadniają wyeliminowanie przepisu z obrotu prawnego. Pozbawienie przepisu mocy obowiązującej z powyższych powodów powinno być traktowane jako środek ostateczny, stosowany wtedy, gdy inne metody usuwania wątpliwości dotyczących treści przepisu w drodze wykładni okażą się niewystarczające²¹.

Niemniej jednak ważne jest, że w uzasadnieniu znalazło się stwierdzenie, iż nie są wystarczające – zawarte w ustawie – środki ochrony podmiotów nie będących członkami spółdzielni. Zaliczyć do nich można: art. 4 ust. 6⁴ u.s.m., na podstawie którego właściciele wyodrębnionych lokali, którzy

17 Wyrok TK z 21 czerwca 2005 r., P 25/02 (OTK ZU nr 6/A/2005, poz. 65).

18 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 5.02.2015 r., K 60/13 (OTK-A 2015/2/11, Dz. U. 2015/201, LEX nr 1625221).

19 OSNC 2015/1/3.

20 Uchwała NSA z 13.11.2012 r., II OPS 2/12, ONSAiWSA 2013, Nr 2, poz. 23.

21 O czym krytycznie: Pietrzykowski, *Kontrola konstytucyjności*, 52.

nie są członkami spółdzielni, mogą żądać od spółdzielni przedstawienia kalkulacji wysokości opłat; a także art. 4 ust. 8 u.s.m., który umożliwia, tym podmiotom kwestionowanie zmian wysokości opłat bezpośrednio na drodze sądowej. Ponadto, właściciel lokalu niebędący członkiem spółdzielni może zaskarżyć do sądu uchwałę walnego zgromadzenia spółdzielni w takim zakresie, w jakim dotyczy ona jego prawa odrębnej własności lokalu (art. 24 u.s.m.).

W konkluzji Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę, że ochrona praw podmiotów mających prawa odrębnej własności lokali, niebędących członkami tej spółdzielni, wyrażająca się możliwością zaskarżania uchwał walnego zgromadzenia naruszających ich ważny interes, wymaga dodatkowych regulacji wzmacniających ich gwarancyjny charakter.

3. Poglądy doktryny w zakresie kompetencji spółdzielni na podstawie art. 27 ust. 2 u.s.m. w brzmieniu sprzed 9 września 2017 r.

W poprzednim punkcie była mowa o tym, że sam sposób ustanawiania zarządu i powierzenie go spółdzielni – w swej ogólnej postaci – nie narusza praw właścicieli lokali. Jednak kluczową kwestią jest to, jaki zakres szczegółowych kompetencji przysługuje spółdzielni wykonującej ten zarząd. Należy stwierdzić, że nie może on wykraczać poza sferę czynności koniecznych dla realizacji celu, dla jakiego został powołany przez ustawodawcę. Jednak niejasna treść przepisów w tym zakresie – w brzmieniu obowiązującym do 8 września 2017 r. – prowadziła do różnych rezultatów wykładni dzieląc doktrynę i orzecznictwo. W tym punkcie przedstawię poglądy tej pierwszej, a w następnym punkcie analizowane będzie orzecznictwo z tamtego okresu.

Art. 27 ust. 2 u.s.m., w brzmieniu od 22 lipca 2005 r. do 8 września 2017 r. stanowił, że: „Zarząd nieruchomościami wspólnymi stanowiącymi współwłasność spółdzielni jest wykonywany przez spółdzielnię jak zarząd powierzony, o którym mowa w art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali, choćby właściciele lokali nie byli członkami spółdzielni, z zastrzeżeniem art. 24¹ i art. 26. Przepisów ustawy o własności lokali o zarządzie nieruchomością wspólną nie stosuje się, z zastrzeżeniem art. 18 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 1a, które stosuje się odpowiednio”. Ze względu na to, że tekst pierwotny powołanego przepisu w wersji do 21 lipca 2005 r. różnił się tylko stylistycznie od wersji zacytowanej powyżej, dla celów prowadzonych rozważań i klarowności wywodów, przyjmuję, że merytoryczną zmianą – mającą znaczenie dla ustalenia zakresu kompetencji spółdzielni wykonującej ustawowy zarząd powierzony – była dopiero zmiana z 2017 r.²².

22 Tekst pierwotny art. 27 ust. 2 u.s.m., obowiązujący do 21 lipca 2005 r., brzmiał: Zarząd nieruchomościami wspólnymi stanowiącymi współwłasność spółdzielni jest wykonywany przez spółdzielnię jak zarząd powierzony, o którym mowa w art. 18 ust. 1 ustawy o własności

Należy uznać, że sama konstrukcja zarządu przymusowego ustanawianego z mocy prawa jest korzystna dla wszystkich podmiotów posiadających tytuły prawne do lokali, ponieważ możliwości jego utraty przez spółdzielnię na rzecz wspólnoty mieszkaniowej (na mocy uchwały większości właścicieli, art. 24¹ u.s.m.), „aktywizuje” tę pierwszą do działania i wysiłku²³. Jednak zakres samodzielnych kompetencji spółdzielni przysługujących jej w stosunku do nieruchomości wspólnej był w poprzednim stanie prawnym, czyli do 8 września 2017 r., zbyt szeroki. Co prawda właściciele lokali, po ukształtowaniu się większości udziałowej, mogli przeprowadzić głosowanie i zrezygnować z tego sposobu zarządzania, jednak w trakcie sprawowania zarządu przez spółdzielnię, współwłaściciele lokali nie mieli efektywnego wpływu na jej decyzje w zakresie gospodarności i oszczędności dokonywanych wydatków na utrzymanie nieruchomości wspólnej²⁴.

W poprzednim stanie prawnym pozycja spółdzielni mieszkaniowej, jako zarządcy ustanowionego z mocy prawa w trybie art. 27 u.s.m., różniła się od typowej konstrukcji zarządcy ustanowionego w trybie art. 18 ust. 1 u.w.l. tym, że w tym ostatnim przypadku zarządca jest jednym z *quasi*-organów wspólnoty mieszkaniowej (jej organem wykonawczym). Funkcjonuje on w relacji z innym jej organem, czyli zebraniem właścicieli, które udziela zgody na dokonywanie czynności wymienionych w art. 22 ust. 3 u.w.l. (*verba legis*: czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu²⁵). Natomiast spółdzielnia zarządzająca w trybie art. 27 ust. 2 u.s.m. (w powołanym wyżej brzmieniu) skupiła funkcje nie tylko organu wykonawczego wspólnoty mieszkaniowej, ale też jej organu stanowiącego – zebrania właścicieli²⁶. W znaczeniu funkcjonalnym spółdzielnia była jednostką powołaną do zarządzania

lokali, choćby właściciele lokali nie byli członkami spółdzielni, z zastrzeżeniem art. 26. Przepisów ustawy o własności lokali o zarządzie nieruchomością wspólną nie stosuje się, z wyjątkiem art. 18 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i ust. 1a, które stosuje się odpowiednio.

- 23 Małgorzata Wrzolek-Romańczuk, „Zmiany w ustawach spółdzielczych wprowadzone ustawa z 3 czerwca 2005 r. (cz. II)” *Palestra*, nr 9-10 (2005): 15.
- 24 Ewa Bończak-Kucharczyk wskazuje na brak możliwości skorzystania przez właściciela ze środków kontroli o których mowa art. 29 ust. 3 u.w.l. (Ewa Bończak-Kucharczyk, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2013), 558, komentarz do stanu obowiązującego przed 8.9.2017 r.
- 25 O wątpliwościach związanych z zakresem desygnatów tego pojęcia w znaczeniu użytym w art. 22 ust. 3 będzie jeszcze mowa w pkt 5.2.
- 26 Mirosław Nazar, „Spółdzielcza forma zarządu nieruchomościami wspólnymi właścicieli lokali” *Rejent*, nr 18 (2003): 158.

nieruchomością wspólną zamiast (w miejsce) wspólnoty mieszkaniowej, a więc to organ stanowiący spółdzielni (walne zgromadzenie) podejmował decyzje zastrzeżone w ustawie dla zebrania właścicieli lokali. W konsekwencji, w tym modelu zarządzania ustawodawca odebrał właścicielom kompetencję do decydowania o czynnościach zarządzania w zakresie wyznaczonym w art. 22 ust. 2 oraz ust. 3 u.w.l. Czynności te mogła podejmować spółdzielnia samodzielnie²⁷, bez zgody właścicieli lokali, ponieważ przysługiwały jej kompetencje zebrania właścicieli lokali. Jednak trzeba pamiętać, że katalog zawarty w art. 22 ust. 3 u.w.l. pomimo redakcyjnej formuły: „a w szczególności”. nie zawiera wszystkich czynności zarządzania. Zakres przedmiotowy powołanej regulacji jest ograniczony – spółdzielnia nie mogła na jego podstawie, w ramach swojej struktury korporacyjnej, podjąć tych najważniejszych „decyzji właścicielskich”, ponieważ – nawet w stanie prawnym do dnia 8 września 2017 r., – spółdzielnia nie posiadała kompetencji przysługujących wspólnocie współwłaścicieli (art. 199 k.c.).

Analizując treść art. 27 ust. 2 u.s.m. nie ulega wątpliwości, że jego językowa wykładnia nie dawała jednoznacznych rezultatów. Wyjaśnia to różnicowanie poglądów w literaturze, w której istniał podział na trzy stanowiska. Pierwsze z nich przyznawało pełną autonomię spółdzielni przy wykonywaniu czynności zarządzania. Autorzy opowiadający się za pełnym zakresem kompetencji wyjaśniają w swoich w komentarzach, że odbywa się to tak, jak „przy zarządzie mieniem stanowiącym własność spółdzielni”, i nie ma w nich zastrzeżenia, że ten zakres nie obejmuje czynności ingerujących w prawo rzeczowe²⁸. Piotr Zakrzewski stwierdził, że kwestie zarządu są kompleksowo

27 Spółdzielnia działała wówczas przez swoje organy z zachowaniem regulacji prawa spółdzielczego i ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych. Edward Gniewek, *Prawo rzeczowe* (Warszawa: C. H. Beck, 2018), 198.

28 W literaturze wyrażono pogląd, że spółdzielnia sprawuje zarząd nieruchomością wspólną jak „zarząd nieruchomościami stanowiącymi jej wyłączną własność”. Małgorzata Wrzosek-Romańczuk, „Zmiany w ustawie o spółdzielniach mieszkaniowych” *Palestra*, nr 1-2 (2003): 40; Jakub Głowacz, „Uprawnienia spółdzielni mieszkaniowych do dokonywania czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu nieruchomością wspólną” *Rejent*, nr 7 (2016): 60; Roman Dżiczek, „Autonomiczne zarządzanie spółdzielcze – kształt zarządu powierniczego wspólnym zasobem mieszkaniowym spółdzielni mieszkaniowych i ich członków (art. 27 ust. 2 u.s.m. w zw. z art. 18 ust. 1 u.w.l.)”, [w:] *Prawo spółdzielcze. Zagadnienia materialnoprawne i procesowe*, red. Andrzej Herbet, Joanna Misztal-Konecka, Piotr Zakrzewski (Lublin: Wydawnictwo KUL, 2017), 271.

uregulowane w ustawie o własności lokali, dlatego odesłanie do kodeksu cywilnego, które jest z w art. 1 ust. 2 u.w.l. nie znajduje zastosowania²⁹.

Drugie, bardziej umiarkowane stanowisko, stanowi, że spółdzielnia nie musi występować o zgodę w zakresie czynności określonych w art. 22 ust. 3 u.w.l. E. Bończak-Kucharczyk pisze, że właściciele lokali nie uczestniczą w podejmowaniu decyzji w istotnych sprawach, jak np. przyjmowanie rocznego planu gospodarczego, spółdzielnia nie musi rozliczać się z właścicielami w trybie art. 30 ust. 1 pkt 2 u.w.l.³⁰. Autorka odnosi się też do sfery reprezentacji na zewnątrz, twierdząc, że spółdzielnia (inaczej niż zarządca) nie potrzebuje pełnomocnictwa do reprezentowania właścicieli lokali³¹. Jednak w konkluzji stwierdza, że spółdzielnia nie ma uprawnień do ingerowania we własność indywidualną i nie może zmieniać stanu własności nieruchomości³². Szkoda, że ten wątek nie został rozwinięty, wobec tego można tylko domniemywać, że Autorce chodziło o to, iż inne uprawnienia – spoza Rozdziału 4 ustawy o własności lokali – przysługują spółdzielni na mocy przepisów szczególnych (np. art. 27 ust. 4 u.s.m. jest przepisem szczególnym modyfikującym treść art. 13 ust. 2 u.w.l., a art. 27 ust. 5 u.s.m. modyfikuje art. 16 u.w.l.). A zatem. skoro żaden przepis szczególny nie przyznał spółdzielni uprawnień pozwalających na ingerencję w prawo rzeczowe do nieruchomości wspólnej (np. uprawnienie do jej obciążenia służebnością), wobec tego takich uprawnień ona nie posiada. Podobnie Mariusz Mazurek pisze, że obowiązki i uprawnienia spółdzielni „są związane wyłącznie z nieruchomością wspólną”, a jednocześnie zastrzega, że spółdzielnia nie ma prawa „ingerować we własność prywatną”. Z tej wypowiedzi wynika, że autor jest za autonomicznym zakresem jej uprawnień, ale w zakresie określonym w ustawie o własności lokali³³.

Wobec przedstawionych rozbieżności, zarówno w literaturze, ale i orzecznictwie (o czym będzie w następnym punkcie) Krzysztof Pietrzykowski postulował potrzebę zmian legislacyjnych w stosunku do art. 27 ust. 2 u.s.m.³⁴.

29 Piotr Zakrzewski, „Spółdzielnie mieszkaniowe po zmianach z 2017 r.” *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, z. 1 (2018): 216; Tomasz Barankiewicz, Piotr Zakrzewski, „Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z 5 lutego 2010 r. III CZP 127/09” *Prawo i Więź*, nr 3 (2013): 107.

30 Bończak-Kucharczyk, *Spółdzielnie mieszkaniowe*, 565.

31 Ibidem, 560, 567.

32 Ibidem, 559.

33 Mariusz Mazurek, „Spółdzielcza forma wykonywania zarządu nieruchomością wspólną” *Rejent*, nr 9 (2014): 89.

34 Krzysztof Pietrzykowski, *Komentarz do ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych*, wyd. 8, komentarz do art. 27 nb 5. Legalis.

4. Zakres kompetencji spółdzielni przy wykonywaniu ustawowego zarząd powierzonego – przegląd orzecznictwa w okresie do 9 września 2017 r.

Rozbieżności w poglądach doktryny, o których była już mowa w poprzednim punkcie, wpłynęły też na orzecznictwo. W tym punkcie chcę zwrócić uwagę na dwie linie orzecznicze, jakie wykształciły się przed wejściem w życie noweli z 2017 r. Na ich kształtowanie miała wpływ uchwała składu siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 listopada 2012 r., II OPS 2/12³⁵, który wskazał dwa warianty interpretacyjne art. 27 ust. 2 u.s.m.

Mianowicie, istota sporu polegała na tym, (1) czy spółdzielnia zarządza na podstawie art. 27 ust. 2 u.s.m. w sposób autonomiczny, czyli podejmuje samodzielnie decyzje co do czynności zwykłego zarządu, jak i przekraczających zwykły zarząd, (2) czy też zarząd, w rozumieniu art. 27 ust. 2 u.s.m., należy odczytywać w związku z przepisami kodeksu cywilnego dotyczącymi współwłasności, co prowadzi do wniosku, że, co do zasady, do czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu konieczne jest uzyskanie zgody pozostałych współwłaścicieli. Sądy stosowały oba warianty. Poniżej dokonam przeglądu argumentacji zawartej w obu nurtach orzecznictwa.

Rozpocznę od zbadania argumentacji zawartej w orzeczeniach uznających szeroki zakres kompetencji spółdzielni mieszkaniowej. Z analizy treści też tych rozstrzygnięć, jak i argumentacji zawartej w ich uzasadnieniach, wynika, że zarząd nieruchomością wspólną wykonywany jest przez spółdzielnię mieszkaniową, tak jak zarząd nieruchomościami stanowiącymi wyłącznie jej własność. Obejmuje zarówno czynności zwykłego zarządu, jak i czynności przekraczające zwykły zarząd. Tak wynikało z uchwały Sądu Najwyższego z 27 marca 2014 r., III CZP 122/13³⁶, do której odwoływał się też Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 5.02. 2015 r., K 60/13 (zobacz wcześniejsze uwagi w pkt 2). Sąd Najwyższy uzasadniał, że w ustawie o spółdzielniach mieszkaniowych brakuje odesłania zarówno do kodeksu cywilnego (art. 199 k.c.), jak też wyłączono odesłanie do ustawy o własności lokali. Nie można też mówić o istnieniu luki prawnej, skoro brak jest podstaw prawnych do przyjęcia, że zarząd powierzony, o którym mowa w art. 27 ust. 2 u.s.m. w związku z art. 18 ust. 1 u.w.l. odnosi się wyłącznie do czynności zwykłego zarządu. Zdaniem SN przyznanie spółdzielni szerokiego zakresu kompetencji stanowiło „efektywny mechanizm zarządzania, polegający m.in. na ograniczaniu interesów poszczególnych współwłaścicieli na rzecz ich interesu wspólnego³⁷”.

35 ONSAiWSA z 2013, nr 2, poz. 23.

36 OSNC 2015/1/3.

37 Ta linia orzecznictwa była kontynuowana w orzeczeniach: postanowienie SN z dnia 27 lutego 2015 r. V CSK 269/14 (LEX nr 1677140); wyrok SN z dnia 22 marca 2012 r., IV CNP 80/11, niepubl.; uchwała z 9 lutego

Polemizując z tym poglądem, trzeba wskazać, że są różnice, między zarządem „czysto” korporacyjnym, który realizuje spółdzielnia zarządzając mieniem stanowiącym jej wyłączną własność a zarządem sprawowanym w trybie art. 27 ust. 2 u.s.m. Nieuzasadnione jest odwoływanie się – kontekście wspierania tezy o szerokim zakresie uprawnień spółdzielni – do art. 1 ust. 3 u.s.m., który stanowi tylko o „obowiązku” zarządzania przez spółdzielnię „mieniem nabytym w drodze ustawy przez jej członków”, ponieważ, po pierwsze, nie wszyscy właściciele lokali zachowują członkostwo w spółdzielni. Ten argument upada, gdy choć jeden z nich wystąpi ze spółdzielni. Ponadto, nawet gdyby uznać, że za obowiązkiem do zarządzania (spółdzielnia nie może odmówić i pozostawić nieruchomości bez opieki), podąża też równoległe uprawnienie do podejmowania szerokiego zakresu czynności zarządzania, to jednak pewne zawężenie tych kompetencji wynikał już z samej treści art. 27 ust. 2 u.s.m. (też w wersji obowiązującej przed 2017 r.). Powołany przepis stanowił, że nie stosuje się przepisów ustawy o własności lokali o zarządzie nieruchomością wspólną, a zatem zakaz stosowania nie dotyczy całej ustawy, lecz oznacza, że spółdzielnia wchodzi w obszar zarządzania przysługujący wspólnocie mieszkaniowej w zakresie, jaki wynika z rozdziału 4 teże ustawy (art. 18-art. 33 u.w.l.), z wyjątkami wskazanymi w tymże przepisie (chodzi o art. 18 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 i 1a u.w.l.). Tę tezę potwierdza też okoliczność, że inne uprawnienia właścicieli lokali – zawarte w innych częściach ustawy – zostały zmodyfikowane oddzielnie (np. art. 12 ust. 3 u.w.l. został zmodyfikowany w art. 27 ust. 4 u.s.m., a art. 16 u.w.l. w art. 27 ust. 5 u.s.m.). *A contrario*, skoro nie ma wzmianki o uchyleniu lub modyfikacji art. 1 ust. 2 u.w.l., to oznacza, że to odesłania, co warto podkreślić – odesłanie systemowe – obowiązuje również w strukturze współwłasności nieruchomości wspólnej, gdy jednym ze współwłaścicieli jest spółdzielnia.

Przeciwnie wnioski płyną z postanowienia SN z dnia 27 lutego 2015 r. V CSK 269/14³⁸, który stwierdził, że do sprawowania zarządu przez spółdzielnię mieszkaniową „nie ma zastosowania uregulowanie ograniczające samodzielne działanie zarządcy do czynności zwykłego zarządu oraz wprowadzające wymóg uchwały właścicieli lokali dla czynności przekraczających zakres tych czynności (art. 22 u.w.l.), a więc odmiennie, niż to jest w wypadku powierzenia zarządu przez właścicieli w umowie o ustanowieniu odrębnej własności lokali albo w umowie zawartej później w formie aktu notarialnego, o ile nie rozszerzą oni uprawnień zarządcy (art. 18 ust. 1 u.w.l.)”. Natomiast druga teza tego postanowienia głosi, że: „normowanie sposobu i zakresu

2012 r. III CZP 89/11, OSNC 2012/7-8/86; wyroki: Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 21 czerwca 2011 r., II SA/01 293/11 oraz Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Bydgoszczy z dnia 3 czerwca 2008 r., II SA/Bd 16/08 – niepubl.

38 LEX nr 1677140.

wykonywania zarządu przez spółdzielnię mieszkaniową w art. 27 ust. 2 w zw. z ust. 1 u.s.m. jest systemem całościowym i spójnym, który nie zawiera luki prawnej uzasadniającej odwołanie się do art. 199 k.c.”. Tym samym SN uznaje pełny zakres kompetencji spółdzielni, tożsamy ze sferą uprawnień właścicielskich, co wydaje się groźne z punktu widzenia ochrony prawa własności (art. 64 Konstytucji RP). Konsekwentnie utrzymano to stanowisko w postanowieniu SN z 27.02.2015 r. V CSK 271/17³⁹.

Jednak istniała też odmienna linia orzecznictwa, która przyjmowała, że zarząd sprawowany przez spółdzielnię jak zarząd powierzony na podstawie art. 27 ust. 2 u.s.m. odnosi się do czynności zwykłego zarządu. Najszersze uzasadnienie tego stanowiska jest zawartej uchwale składu siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 listopada 2012 r., II OPS 2/12⁴⁰, ale są też inne wyroki wspierające tę linię orzeczniczą⁴¹.

Treść tej uchwały brzmi: Wykonywany przez spółdzielnię mieszkaniową, na podstawie art. 27 ust. 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych (...), zarząd nieruchomością wspólną stanowiącą współwłasność spółdzielni uprawnia ją do samodzielnego dysponowania nieruchomością wspólną na cele budowlane w rozumieniu art. 3 pkt 11 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (...), bez potrzeby uzyskania zgody właścicieli lokali mieszkalnych stanowiących odrębny przedmiot własności, wyłącznie w zakresie eksploatacji i utrzymania zarządzanej nieruchomości wspólnej.

Trafna jest argumentacja NSA, że w przypadku „niejednoznacznego brzmienia przepisu ograniczającego uprawnienia właściciela – a z takim przypadkiem mamy do czynienia – sąd jest zobligowany do kierowania się dyrektywą *in dubio pro libertata*, pomimo, że ten przepis daje także inną możliwość interpretacji – prowadziłoby do takiego skutku, że źródłem ograniczenia ochrony prawa własności nie byłaby jednoznaczna decyzja ustawodawcy,

39 (OSNC 2016/2/27). Co prawda Ryszard Strzelczyk odniósł krytycznie się do tego rozstrzygnięcia, lecz w konkluzji uznał, że taka jest dominująca linia orzecznicza. Ryszard Strzelczyk, „Komentarz do orzeczenia, poz. 7” *Rocznik Orzecznictwa i Piśmiennictwa z zakresu Prawa Spółdzielczego oraz Prawa Spółek Handlowych*, t. VII (2017): 85.

40 Uchwała NSA, „II OPS 2/12, ONSAiWSA z 2013 r. Nr 2, poz. 23”, *Palestra*, nr 5-6, 2013, poz. 213.

41 Wyrok NSA 18.11.2009 r. II OSK1684/08, Lex 589038; wyrok WSA w Warszawie z dnia 14 października 2011 r., VII SA/Wa 1395/11; WSA w Bydgoszczy z dnia 19 lutego 2013 r., II SA/Bd 1177/12; WSA w Gliwicach z dnia 26 lipca 2013 r., II SA/GI 591/13 – nie publ.; wyroki WSA w Szczecinie: 14.12.2011 r., II SA/Sz 1163/11, Lex nr 1153301, wyrok WSA w Szczecinie z 12.01.2012 II SA/Sz 151/11, Lex 1107657 oraz wyrok z 18.01.2012 r., II SA/Sz 1153/11, Lex 1109855.

lecz orzeczenie sądowe”. Wobec powyższego rację ma NSA, że art. 27 ust. 2 u.s.m. powinien być odczytywany w taki sposób, aby ingerencja w treść uprawnienia współwłaścicieli do udziału w zarządzie rzeczą wspólną była jak najmniejsza. W uzasadnieniu czytamy, że „gdyby przyjąć, że na podstawie art. 27 ust. 2 u.s.m. dokonanie czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu nie wymaga uzyskania zgody współwłaścicieli, zabieg taki nie mieściłby się w granicach sądowej wykładni prawa, albowiem naruszałby bezwzględną zasadę wyłączności ustawy w ograniczaniu prawa własności (art. 64 ust. 3 Konstytucji). Oznacza to, że bez ustawy nie tylko żaden podmiot nie może zostać pozbawiony swojego prawa własności, ale też wykonywanie „częstkowych” uprawnień składających się na to prawo nie może być realizowane przez inny podmiot bez upoważnienia ustawy. Istota prawa własności polega na pełnym korzystaniu z tego prawa. Jeżeli ustawodawca upoważnia inny podmiot do realizacji uprawnień właścicielskich, to w tymże zakresie ogranicza właściciela. Wobec tego ustawodawca jest zobowiązany do precyzyjnego określenia uprawnień przysługującym innemu podmiotowi do rzeczy cudzej, i nie może w tym zakresie pozostawić luzu dyskrejonalnego sądowni.

Powołana wcześniej uchwała NSA wyznaczała kierunek dla sądów niższych instancji. Sąd wyróżnił w niej dwa zakresy czynności zarządzania. Pierwszy zakres to czynności dotyczące eksploatacji i utrzymania nieruchomości wspólnej. Natomiast czynności spoza tego zakresu stanowią czynności wykraczające zakres zwykłego zarządu w rozumieniu art. 199 k.c., i w związku z tym wymagają zgody wszystkich właścicieli (uzasadnienie, 11).

A zatem brakuje w tej kwalifikacji takiej grupy czynności zarządzania, które nie mogą być podejmowane samodzielnie przez spółdzielnię, lecz wymagają jedynie zgody większości właścicieli. Jednak taka interpretacja, dokonana w powołanej uchwale NSA była z zgodna z ówczesnym brzmieniem art. 27 ust. 2 u.s.m., który wprost wyłączał stosowanie Rozdziału 4 ustawy o własności lokali, a więc też art. 22 u.w.l., w którym jest katalog czynności wymagających zgody większości właścicieli lokali. Jednak jak wcześniej wspomniano art. 27 ust. 2 nie wyłączył stosowania art. 1 ust. 2 u.w.l., który odsyła do kodeksu cywilnego.

Ten dychotomiczny podział: (1) na czynności, do których dokonywania jest umocowana samodzielnie spółdzielnia oraz (2) te, do których dokonania potrzebuje ona zgody wszystkich właścicieli stanowił kompromis zapewniający prawidłowe wyważenie kolidujących ze sobą interesów. Z jednej strony sprawność zarządzania nieruchomością wspólną, a z drugiej – możliwość wykonywania uprawnień rzeczowych przez współwłaścicieli.

Na tle tego orzeczenia widać więc wyraźnie zarysowane dwa poziomy czynności zarządzania. Pierwszy poziom to czynności zapewniające eksploatację i utrzymanie nieruchomości wspólnej – odpowiadają one zakresowi kompetencji przysługujących wspólnocie mieszkaniowej. Spółdzielnia

wykonuje je samodzielnie. Drugi poziom to czynności, o których mowa w art. 199 k.c. Do ich dokonania spółdzielnia potrzebuje zgody wszystkich właścicieli lokali⁴². Ten podział odzwierciedla więc dwie skrajności: obszar samodzielnego zarządzania przez spółdzielnię oraz obszar czynności zarządzania wymagający zgody wszystkich właścicieli lokali⁴³. A zatem brakuje ogniva pośredniego, czyli obszaru czynności zarządzania wymagających zgody większości właścicieli.

5. Zakres kompetencji spółdzielni przy wykonywaniu ustawowego zarząd powierzonego – od 9 września 2017 r.

5.1 Uwagi ogólne

Nie ulega wątpliwości, że model zarządzania uregulowany w art. 27 ust. 2 u.s.m, w wersji obowiązującej do 8 września 2017 r., dawał spółdzielni szerszy zakres kompetencji, do zarządzania nieruchomością wspólną kosztem uprawnień właścicielskich⁴⁴, natomiast *de lege lata* nastąpiło ich ograniczenie. Zgodnie z art. 27 ust. 2 u.s.m „zarząd nieruchomościami wspólnymi stanowiącymi współwłasność spółdzielni jest wykonywany przez spółdzielnię jak zarząd powierzony, o którym mowa w art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali, z zastrzeżeniem art. 24¹ i art. 26. Przepisów ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali o zarządzie nieruchomością wspólną nie stosuje się, z wyjątkiem art. 22 oraz art. 29 ust. 1 i 1a, które stosuje się odpowiednio”.

Różnica między starym i nowym stanem prawnym polega na tym, że uprzednio spółdzielnia wykonywała samodzielnie wszystkie czynności mieszczące się w zakresie kompetencji wspólnoty mieszkaniowej, ponieważ nie można było stosować art. 22 u.w.l. Wobec tego spółdzielnia nie musiała występować o zgodę właścicieli lokali na dokonanie czynności wymienionych w art. 22 ust. 3 u.w.l., gdyż mieszczą się one w zakresie prawidłowej eksploatacji i utrzymania nieruchomości.

Zmiana z 9 września 2017 r. istotnie zmodyfikowała analizowany model zarządzania w kierunku ograniczenia samodzielnych kompetencji spółdzielni mieszkaniowej. Po dodaniu w art. 27 ust. 2 u.s.m. – jako wyjątku art. 22 u.w.l. – jego merytoryczna zmiana jest bardzo szeroka, ponieważ powołany w nim przepis (art. 22 u.w.l.) reguluje zakres kompetencji i ich podział między organami we wspólnocie mieszkaniowej. Oznacza to,

42 Roman Dżiczek, „Autonomiczne zarządzanie spółdzielcze”, [w:] *Podstawowe konstrukcje i tendencje rozwojowe*, 121.

43 Zdaniem Dżiczka podważa to efektywność zarządzania: Dżiczek, *Autonomiczne zarządzanie*, 272.

44 Nazar pisze o zbyt rygorystycznym ukształtowaniu reżimu zarządu nieruchomością wspólną. (Nazar, *Spółdzielcza forma zarządu*, 161).

że zarządca, któremu powierzono zarząd w trybie art. 18 ust. 1 u.w.l., może samodzielnie dokonywać jedynie czynności zwykłego zarządu (art. 22 ust. 1 u.w.l.), natomiast do czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu potrzebna jest zgoda większości właścicieli lokali (art. 22 ust. 2 u.w.l.). Ponadto, trzeba też zauważyć, że stosowanie art. 22 u.w.l. wymaga też stosowania art. 23 u.w.l.⁴⁵ oraz art. 25 u.w.l.⁴⁶. A w zasadzie nie chodzi o tylko o wymienione przepisy, lecz trzeba uznać, że do podejmowania uchwał stosuje się przepisy ustawy o własności lokali⁴⁷. Natomiast, gdyby stosować literalną interpretację tego przepisu, to jej rezultat mógłby być kuriozalny, mianowicie, spółdzielnia – tak jak zarządca – powinna uzyskać zgodę większości, lecz nie można stosować przepisów o zebraniu właścicieli, co oznacza, że spółdzielnia może uzyskać zgodę jedynie w trybie indywidualnego zbierania głosów (!)⁴⁸.

5.2. Sposób wykonywania przez spółdzielnię ustawowego zarządu powierzonego przy zastosowaniu art. 22 u.w.l.

Obecnie zakres kompetencji spółdzielni wykonującej zarząd powierzony można porównać do zakresu kompetencji zarządcy ustanowionego w trybie art. 18 ust. 1 u.w.l., z tą jednak różnicą, że do jego powstania nie jest wymagana umowa (powstaje on *ex lege*).

Chociaż, co do zasady utrzymano dotychczasowe brzmienie art. 27 ust. 2 u.s.m., że przy zarządzie ustawowym nie stosuje się przepisów ustawy o własności lokali dotyczących zarządzania nieruchomością wspólną, lecz w ramach wyjątku ustawodawca wskazał, że należy stosować art. 22 u.w.l., w którym występują dwa obszary zarządzania nieruchomością wspólną. Pierwszy z nich obejmuje czynności zwykłego zarządu (art. 22 ust. 1 u.w.l.), a drugi, czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu, do których dokonania potrzeba jest zgoda tylko większości właścicieli (art. 22 ust. 3 u.w.l.)⁴⁹. A zatem spółdzielnia mieszkaniowa – zastępując zarządcę ustanowionego w trybie art. 18 ust. 1 u.w.l. – może dokonywać samodzielnie tylko czynności określonych w art. 22 ust. 1. u.w.l. oraz czynności, o których mowa w art. 4 u.s.m.⁵⁰ Natomiast inne czynności wymagają bądź zgody większości bądź

45 Roman Dżiczek, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz. Wzory pozwów i wniosków sądowych* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2018), 429.

46 Piotr Zakrzewski, *Spółdzielnie mieszkaniowe po zmianach*, 222.

47 Krzysztof Pietrzykowski, *Komentarz do ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych*, Warszawa 2018, komentarz do art. 27 nb 5, Legalis.

48 Ewa Bończak-Kucharczyk, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2018), 701.

49 Zakrzewski, *Spółdzielnie mieszkaniowe po zmianach*, 221.

50 Bończak-Kucharczyk, *Spółdzielnie mieszkaniowe*, wyd. 2018, 701.

zgody wszystkich właścicieli (będzie o tym jeszcze mowa w dalszej części artykułu).

Problem jednak w tym, gdzie przebiega granica pomiędzy czynnościami wymagającymi zgody większości a tymi, na które zgodę muszą wyrazić wszyscy właściciele. W celu objaśnienia tej kwestii rozpocznę od analizy przepisów kodeksu cywilnego. Uregulowany tam podział czynności zarządzania rzeczą wspólną ma charakter dychotomiczny i wyczerpujący. To, co nie stanowi czynności zwykłego zarządu, powinno być traktowane jako czynność przekraczająca jego zakres. Choć w kodeksie cywilnym nie ma szczegółowej definicji żadnego z tych pojęć, jednak doktryna sformułowała dość spójną definicję czynności zwykłego zarządu, którymi są: załatwianie bieżących spraw związanych ze zwykłą eksploatacją rzeczy i jej utrzymaniem w stanie nieopórzonym⁵¹. Natomiast do kategorii czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu można zaliczyć pozostałe czynności – wyczerpujące wszystkie uprawnienia właścicielskie, gdyż art. 199 k.c. nakłada wymóg zgody wszystkich współwłaścicieli.

Natomiast przechodząc do przedmiotowego zakresu czynności zarządzania zawartych w ustawie o własności lokali, pomimo ich tożsamości terminologicznej, zakres desygnatów tych pojęć jest węższy od ich odpowiedników w kodeksie cywilnym. Ma to swoje uzasadnienie aksjologiczne, ponieważ, gdy chodzi o czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu w rozumieniu art. 22 ust. 2 oraz ust. 3 u.w.l., wymagają one jedynie zgody większości właścicieli. Natomiast w kodeksie cywilnym – dla tej kategorii czynności – jest wymóg jednomyślności, i dlatego obejmują one również czynności dotyczące ulepszenia rzeczy wspólnej, zwiększające jej wartość (np. dokonanie nakładów luksusowych), jak i te, które zmniejszają wartość rzeczy. Przykładowo, w trybie art. 23 ust. 2 u.w.l. większość właścicieli nie może podjąć uchwały o budowie basenu na nieruchomości wspólnej, jeśli inwestycja deweloperska tego nie przewidywała i nabywcy lokali nabyli lokale mieszkalne z udziałem w nieruchomości, na której takie urządzenie infrastrukturalne pierwotnie nie występowało. I odwrotnie, większość współwłaścicieli nie może zdecydować o likwidacji takiego basenu, jeśli on istnieje na nieruchomości wspólnej, nawet gdy tylko jeden właściciel lokalu sprzeciwił się jej, ponieważ kupił lokal ze względu na istnienie basenu na nieruchomości wspólnej. Wobec tego, wymienione wcześniej sprawy wymagają jednomyślności właścicieli lokali, tak samo jak czynności o skutkach rzeczowych (art. 199 k.c.).

Ponadto w katalogu zawartym w art. 22 ust. 3 u.w.l., są niektóre czynności o skutkach rzeczowych, które nie powinny się tam znaleźć. Jeśli dokonamy pogłębionej analizy prawnej konkretnych regulacji, to „odzwierciedlają” one problemy mieszkaniowe występujące na początku lat

51 Gniewek, *Prawo rzeczowe*, 172; Jerzy Ignatowicz, Krzysztof Stefaniuk, *Prawo rzeczowe* (Warszawa: LexisNexis, 2012), 131.

dziewięćdziesiątych. W konsekwencji w art. 22 ust. 3 u.w.l. doszło do pomieszczenia różnych pojęć. Okazuje się, że część czynności tam wymienionych nie jest związana z zarządzaniem nieruchomością wspólna (np. zgoda na wytożnienie powództwa w trybie art. 16 u.w.l., zgoda na połączenie dwóch odrębnych lokali). Podobnie pisze też E. Drozd, uznając, że doszło do „pomieszania materii”⁵². Jest też grupa czynności, które gdyby analizować je w oparciu o przepisy kodeksu cywilnego dotyczące zarządzania rzeczą wspólną, należałoby uznać, że są to czynności przekraczające zakres zwykłego zarządzenia, o których muszą decydować wszyscy właściciele jednomyślnie. Obawy budzi mianowicie zawarcie w tym katalogu chociażby zgody na: podział nieruchomości (art. 22 ust. 3 pkt 6 u.w.l.); zmianę wysokości udziałów w nieruchomości wspólnej (art. 22 ust. 3 pkt 5a u.w.l.); przebudowę lub rozbudowę nieruchomości wspólnej (art. 22 ust. 3 pkt 5 u.w.l.). W doktrynie wątpliwości, co do skuteczności uchwały podjętej w trybie art. 22 ust. 3 pkt 5 u.w.l., wyrażał też J. Skąpski, wskazując, że zmiana wysokości udziałów w razie przebudowy lub rozbudowy nieruchomości wspólnej oraz podział tej nieruchomości „podlegają przepisom prawa rzeczowego”, a zatem zarząd nie może złożyć oświadczeń woli zamiast właścicieli⁵³. Podobnie Sąd Najwyższy w postanowieniu z 24.11.2010 r., II CSK 267/10, uznał, że zmiana udziałów w nieruchomości wspólnej tylko formalnie mieści się w uregulowaniu z art. 22 ust. 3 pkt 5a u.w.l., jednak ze względu na skutki wywierające wpływ na sferę praw i obowiązków właścicieli lokali, nie może być traktowana jako możliwa do dokonania na podstawie uchwały podjętej przez większość właścicieli. W czynności prawnej prowadzącej do zmiany wysokości udziałów muszą wziąć udział wszyscy właściciele lokali⁵⁴.

Reasumując ze względu na istnienie czynności związanych z zarządzaniem nieruchomością wspólną, dla których nie wystarczy zgoda większości, lecz konieczna jest zgoda wszystkich właścicieli lokali, można uznać, że zakresy przedmiotowe czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu w rozumieniu art. 22 ust. 2 i ust. 3 u.w.l. oraz art. 199 k.c. nie są tożsame.

Można też wskazać sytuację odwrotną, gdy niektóre z czynności wymienione w art. 23 ust. 2 u.w.l., gdyby były dokonywane w ramach zarządzania w reżimie współwłasności zawartym kodeksie cywilnym, należałoby je traktować jako mieszczące się w zakresie zwykłego zarządu, w rozumieniu art. 201 k.c. Przykładem może być czynność, którą jest przyjęcie rocznego planu gospodarczego, czy ustalenie wynagrodzenia dla zarządcy. W konsekwencji

52 Edward Drozd, „Zarząd nieruchomością wspólną według ustawy o własności lokali” *Rejent*, nr 4 (1995): 17.

53 Jan Skąpski, „Własność lokali w świetle ustawy z 24 czerwca 1994 r.” *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, nr 2 (1996): 231.

54 LEX nr 738095 (też Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 22 października 2010 r., III CZP 77/10, LEX 604154).

należy uznać, że zakres czynności zwykłego zarządu, do których dokonywania jest umocowany zarządca na podstawie art. 22 ust. 1 u.w.l. jest węższy od zakresu czynności, których mogą dokonywać współwłaściciele w ramach czynności zwykłego zarządu, na mocy zgody większości (art. 201 k.c.).

Podsumowując, chociaż w ustawie o własności lokali występuje podział na czynności zwykłego zarządu oraz czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu, lecz obie kategorie mają węższe zakresy przedmiotowe niż tak samo nazwane zakresy czynności zarządzania w kodeksie cywilnym. Po pierwsze, jest tak dlatego, że niektóre czynności zwykłego zarządu w rozumieniu art. 201 k.c. są wymienione w art. 22 ust. 3 u.w.l. Po drugie, kategoria czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu – w rozumieniu art. 22 ust. 3 u.w.l. – nie obejmuje czynności o skutkach rzeczowych, czyli takich, które ingerują w substancję rzeczy lub wpływają na jej wartość (zarówno jej zwiększenie jak i zmniejszenie)⁵⁵.

Potwierdza to Sąd Najwyższy, który w postanowieniu z dnia 7 października 2011 r., II CSK 23/11), a wcześniej w tej samej sprawie w uchwale z dnia 5 lutego 2010 r., III CZP 127/09⁵⁶, wyraził pogląd, zgodnie z którym wspólnota mieszkaniowa nie może udzielić zarządowi pełnomocnictwa do złożenia oświadczenia o ustanowieniu służebności (w tym wypadku służebności drogi koniecznej) na podstawie art. 21 ust. 3 ustawy o własności lokali.

Te czynności zarządzania nieruchomością wspólną mogą być dokonane poza strukturą organizacyjną wspólnoty mieszkaniowej, za jednogłówną zgodą współwłaścicieli na podstawie art. 199 k.c.⁵⁷. W związku z tym można wyróżnić ten trzeci – najwyższy poziom zarządzania nieruchomością wspólną – obejmujący „najważniejsze” czynności zarządzania, które ingerują w uprawnienia rzeczowe właścicieli.

6. Trzy poziomy zarządzania nieruchomościami mieszkalnymi – uwagi prawnooporównawcze

Nie ulega wątpliwości, że zarządzanie kompleksami budynkowymi, w których wyodrębniono własności lokali – niezależnie czy jest wykonywane przez spółdzielnię mieszkaniową, czy wspólnotę mieszkaniową – ma wspólny element, czyli nieruchomość wspólną. Powstaje, więc pytanie, czy do

55 Bończak-Kucharczyk pisze, że spółdzielnia nie może „zmienić stanu własności” (Bończak-Kucharczyk, *Spółdzielnie mieszkaniowe*, wyd. 2018, 708).

56 Na podstawie art. 21 ust. 3 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r., o własności lokali (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 716 ze zm.) wspólnota mieszkaniowa nie może udzielić zarządowi pełnomocnictwa do złożenia oświadczenia o ustanowieniu służebności drogowej.

57 Adam Stefaniak, *Prawo spółdzielcze, prawo o spółdzielniach mieszkaniowych. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2018), 528.

zarządzania nią wystarczą jako „przepisy zupełne i kompletne” przepisy ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych lub ustawy o własności lokali. Moim zdaniem zakresy przedmiotowe obu wymienionych ustaw nie obejmują wszystkich czynności zarządzania, a więc w zakresie nieuregulowanym należy stosować przepisy kodeksu cywilnego o współwłasności. W konsekwencji w prawie polskim można wyróżnić trzy poziomy zarządzania nieruchomościami mieszkalnymi (dwa poziomy zarządzania występuje w ustawach szczególnych, a trzeci poziom – obejmujący decyzje wymagające zgody wszystkich – jest uregulowany w kodeksie cywilnym).

Taka trój-poziomowa struktura zarządzania nieruchomością wspólną znajduje potwierdzenie w wynikach badań prawnoporównawczych. W tym punkcie przedstawię wspólne tendencje legislacyjne w trzech zbadanych systemach prawnych (Austria, Niemcy oraz Szwajcaria). Przede wszystkim w każdym z nich pojawia się odrębna od właścicieli – w sensie struktury organizacyjnej – jednostka zarządzająca, czyli wspólnota mieszkaniowa, która ma kompetencje na dwóch poziomach zarządzania. Pierwszy z nich to czynności zwykłego zarządu, których dokonuje jej organ wykonawczy, profesjonalny zarządca⁵⁸. Organ ten ma pewien zakres samodzielnych kompetencji. I tak w prawie niemieckim katalog czynności, do których jest uprawniony zarządcą jest w § 27 WEG⁵⁹; a w prawie austriackim w § 20 Ö/WEG⁶⁰.

Kolejny poziom zarządzania to „**czynności prawidłowego zarządzania**” (*Ordnungsmässigkeit Verwaltung*). Są dokonywane też we wspólnocie mieszkaniowej, za zgodą jej organu – zebrania właścicieli. Obowiązuje w nim zasada „większościowego podejmowania decyzji”, która ma ułatwić zarządzanie nieruchomością wspólną⁶¹. Większość właścicieli jest liczona według wielkości udziałów w nieruchomości wspólnej. Z jednej strony oznacza to ułatwienie i przyspieszenie procesu zarządzania i podejmowania decyzji, a z drugiej strony każdy z właścicieli musi mieć możliwość decydowania o tych najważniejszych sprawach. Jednak z drugiej strony, są też obawy co do

58 W zagranicznych systemach prawnych nie ma możliwości wyboru nieprofesjonalnego zarządu, składającego się z właścicieli lokali (Iwona Szymczak, *Wspólnota mieszkaniowa* (Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business, 2014), 212, 321).

59 Niemiecka ustawa o własności lokali – z 15 III 1951 r.,: *Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht*, zwana dalej: WEG (BGB1 z 2007 r., Nr 13 ze zm.).

60 Austriacka ustawa o własności lokali z 2002 r.,: *Bundesgesetz über das Wohnungseigentum*, zwana dalej: Ö/WEG (BGB1 z 2002 r., poz. 70 ze zm.).

61 Werner Niedenführ, Eehbert. Kümmel, Nicole Vandenhouten, *WEG, Kommentar und Handbuch zum Wohnungseigentumsrecht* (Heidelberg: C.F. Müller GmbH, 2010), 249.

ryzyka związanego z oddaniem swobody podejmowania decyzji w ręce większości właścicieli. Dlatego w ustawodawstwach i doktrynach zagranicznych wskazana jest górna granica zakresu „**czynności prawidłowego zarządzania**”. Czynności zarządzania wykraczające poza granicę prawidłowego zarządzania wymagają zgody wszystkich.

Według teorii niemieckiej zakres czynności prawidłowego zarządzania jest ograniczony do podejmowania działań umożliwiających korzystanie z nieruchomości wspólnej, a także zapewniających bezpieczeństwo utrzymania substancji rzeczy i jej wartości, a czasami włącza się w to też **poprawę** korzystania z nieruchomości wspólnej⁶². W zasadzie zbieżna z teorią niemiecką jest koncepcja szwajcarska. Czynności prawidłowego zarządzania są to wszystkie środki (działania faktyczne i czynności prawne) podejmowane we wspólnym interesie właścicieli lokali, zapewniające bezpieczeństwo⁶³. Na wspólnocie mieszkaniowej spoczywają następujące obowiązki: określenie sposobu korzystania z nieruchomości wspólnej oraz zasad jej finansowania; przegląd i kontrola stanu budynku oraz podejmowanie działań mających na celu utrzymanie nieruchomości wspólnej. Niektórzy autorzy zwracają uwagę na cechę zapewnienia jej zdolności użytkowej (*Gebrauchsfähigkeit*)⁶⁴.

Niezależnie od przedstawionej powyżej definicji doktryny, ustawodawcy formułują katalog przypadków mieszczących się w zakresie prawidłowego zarządzania. Przykładowo ustawodawca niemiecki w § 20 ust. 5 pkt 1–8 WEG posługuje się terminem „czynności prawidłowego zarządzania”, a ustawodawca austriacki w § 28 ust. 1 pkt 1–10 Ö/WEG WEG „czynności zwykłego zarządzania”, wśród których wymienia „prawidłowe utrzymanie”. Chociaż posłużono się terminem „czynnościach zwykłego zarządu” – tam, gdzie ustawodawca niemiecki używa zwrotu „prawidłowe zarządzanie” (§ 28 ust. 1 Ö/WEG), jednak w dalszej części tego samego paragrafu (w pkt 1) ustawodawca austriacki używa wyrażenia „prawidłowe utrzymanie” (*Ordnungsmässigkeit Erhaltung*). Płynie z tego konkluzja, że czynności prawidłowego zarządzania są tylko środkiem prowadzącym do celu, którym jest utrzymanie rzeczy w prawidłowym stanie, a więc istnieje tożsamość funkcjonalna i treściowa obu pojęć, tj. „prawidłowego utrzymania” oraz „prawidłowego zarządzania”.

Na marginesie rozważań trzeba też dostrzegać, że chociaż – co do zasady – czynności prawidłowego zarządzania zmierzają do utrzymania substancji rzeczy, niemniej ustawodawcy europejscy **w szczególności uzasadnionych** przypadkach **rozszerzają kompetencje** wspólnoty mieszkaniowej,

62 Ibidem, 253.

63 Amadeo Wermelinger, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Teilband IV 1c, Das Stockwerkeigentum, art. 712a - 712t ZGB* (Zürich: Schulthess, 2010), 797.

64 Ibidem, 797.

umożliwiają jej dokonywanie użytecznych nakładów, które poprawiają (ułatwiają) korzystanie z nieruchomości wspólnej⁶⁵. Przykładowo w prawie niemieckim mówi się o „modernizacji”. Zgodnie z § 22 ust. 2 WEG modernizacja ta obejmuje tylko takie ulepszenia, które dostosowują budynek do nowocześniejszego standardu techniki. Inaczej ujmując nie zmięrzają one bezpośrednio do zwiększenia wartości nieruchomości, a jedynie utrzymują tę wartość na dotychczasowym poziomie. Dodatkowym wymogiem jest podjęcie uchwały większością kwalifikowaną $\frac{3}{4}$ głosów.

W innych ustawodawstwach jest natomiast kwestią sporną, czy tzw. użyteczne ulepszenia (*nützliche Verbesserungen*) wykraczają poza zakres prawidłowego zarządzania, czy też nie. Zamieszanie to wynika z techniki legislacyjnej, ponieważ ustawodawcy (austriacki i szwajcarski) nie regulują tej kwestii bezpośrednio w ustawie o własności lokali, lecz odsyłają do ogólnych przepisów o współwłasności⁶⁶. Dlatego w doktrynie austriackiej tylko niektórzy autorzy włączają do zakresu prawidłowego zarządzania – obok podstawowego zadania polegającego na utrzymaniu stanu i wartości obiektu – ulepszenie czy poprawienie warunków funkcjonowania nieruchomości wspólnej⁶⁷. W polskim prawie mamy taki przykład w art. 184b u.g.n.⁶⁸ Definicja zawarta w powołanym przepisie zawiera wyrażenie „uzasadnione inwestowanie”. Termin ten nie może być jednak interpretowany literalnie, przynajmniej w rozumieniu ustawy o własności lokali. Jego zakres należy więc zawęzić, gdy chodzi o kompetencję zarządcy, któremu „powierzono zarząd” w trybie art. 18 ust. 1 u.w.l., jedynie do obowiązku wykonywania funkcji nadzorczych przy podejmowaniu „prac rozwojowych”, mających na celu zmniejszenie ich uciążliwości dla otoczenia⁶⁹.

Trzeci i ostatni poziom, to czynności zarządzania mające na celu ulepszenie rzeczy, jej pogorszenie, zmianę wartości i obciążenia prawami

65 Utrzymanie (*Erhaltung*), poprawa (*Verbesserung*) lub właściwe korzystanie (*Zweckbestimmung des gemE entsprechenden Gebrauch*). J. Bärmann, *Wohnungseigentumsgesetz, Gesetze über Wohnungseigentum und das dauerwohnrecht. Kommentar* (München: C. H. Beck, 2010), 599.

66 Szymczak, *Wspólnota mieszkaniowa*, 264.

67 Erich Feil, Karl Marent, Gerhard Preisl, *Wohnungseigentumsgesetz. Praxiskommentar mit den einschlägigen Gesetzen und Vorschriften sowie Eingabevertrags- und sonstigen Mustern* (Wien: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2009), 257.

68 Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, zwana dalej: u.g.n. (tekst jedn. Dz. U. z 2020, poz. 65).

69 Stanisława Kalus, *Status prawny osób zajmujących się zawodowo rynkiem nieruchomości* (Warszawa: LexisNexis, 2002), 165.

rzeczowymi, w tym zbycie prawa własności. W tym zakresie jest wymagana zgoda wszystkich właścicieli. Są to zasady obowiązujące we wszystkich trzech systemach prawnych (por. 747 BGB⁷⁰; § 828 ABGB⁷¹; 648§ 2 ZGB⁷²).

Podsumowanie

W naszym systemie prawnym podstawowym sposobem zarządzania nieruchomościami mieszkalnymi – uregulowanym w ustawie o własności lokali – jest zarząd wykonywany przez wspólnotę mieszkaniową, która powstaje z mocy prawa. Natomiast powierzenie spółdzielni mieszkaniowej funkcji zarządzania nieruchomościami lokalowymi następuje na mocy przepisu szczególnego (art. 27 ust. 2 u.s.m.). Wobec tego jej zakres kompetencji nie może być szerszy niż zakres kompetencji przysługujący wspólnocie mieszkaniowej. Chociaż pierwotnie tak było, pozycja spółdzielni mieszkaniowej była uprzywilejowana kosztem ograniczenia uprawnień właścicieli lokali. Jednak, po wejściu w życie noweli z 20 lipca 2017 r., poza kompetencją spółdzielni mieszkaniowej pozostają nie tylko najważniejsze sprawy (czynności), co do których „decyzję” o ich dokonaniu podejmują jednomyślnie właściciele (art. 199 k.c.), ale i w związku z odesłaniem do art. 22 u.w.l. – do dokonania *czynności prawidłowego zarządzania* konieczna jest zgoda większości właścicieli lokali. Tak wynika z analizy art. 22 ust. 3 pkt 1–10 u.w.l. w związku z art. 23 ust. 2 u.w.l. Oznacza to, że *de lege lata* zakres kompetencji spółdzielni mieszkaniowej, której powierzono zarząd z mocy prawa, odpowiada zakresowi kompetencji zarządcy ustanowionemu w trybie art. 18 ust. 1 u.w.l.

Podsumowując, należy stwierdzić, że przez rozłożoną w czasie ewolucję przepisów prawa spółdzielczego ustawodawca osiągnął równowagę między pozostającymi często w sprzeczności z jednej strony interesami spółdzielni mieszkaniowej (oraz jej członków) a interesami właścicieli wyodrębnionych lokali.

Bibliografia

- Barankiewicz Tomasz, Piotr Zakrzewski, Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 5 lutego 2010 r. III CZP 127/09” *Prawo i Więź*, nr 3 (2013): 103-113.
- Bärmann Johannes, *Wohnungseigentumsgesetz, Gesetze über Wohnungseigentum und das dauerwohnrecht. Kommentar* (München: C. H. Beck, 2010).

70 Niemiecki kodeks cywilny z 1896 r. – Bürgerliches Gesetzbuch, zwany dalej: BGB.

71 Austriacki kodeks cywilny z 1811 r. – Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, zwany dalej: ABGB..

72 Szwajcarski kodeks cywilny Zivilgesetzbuch z 1912 r, zwany dalej: ZGB

- Bończak-Kucharczyk Ewa, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz*, wyd. 3 (Warszawa: Wolters Kluwer, 2013).
- Bończak-Kucharczyk Ewa, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz*, wyd. 4 (Warszawa: Wolters Kluwer, 2018).
- Drozd Edward, „Zarząd nieruchomością wspólną według ustawy o własności lokali” *Rejent*, nr 4 (1995), 3-33.
- Dziczek Roman, „Autonomiczne zarządzanie spółdzielcze – kształt zarządu powierniczego wspólnym zasobem mieszkaniowym spółdzielni mieszkaniowych i ich członków (art. 27 ust. 2 u.s.m. w zw. z art. 18 ust. 1 u.w.l.)”, [w:] *Prawo spółdzielcze. Zagadnienia materialnoprawne i procesowe*, red. A. Herbet, J. Misztal-Konecka, P. Zakrzewski, 261- 272. Lublin: Wydawnictwo KUL, 2017.
- Dziczek Roman, *Autonomiczne zarządzanie spółdzielcze*, [w:] *Podstawowe konstrukcje i tendencje rozwojowe prawa spółdzielczego*, red. Andrzej Herbet, Piotr Zakrzewski, 11-20. Lublin: Wydawnictwo KUL, 2014.
- Dziczek Roman, *Spółdzielnie mieszkaniowe. Komentarz. Wzory pozwów i wniosków sądowych*, wyd. 4 (Warszawa: Wolters Kluwer, 2018).
- Feil Erich, Karl Heinz Marent, Gerhard Preisl, *Wohnungseigentumsgesetz. Praxiskommentar mit den einschlägigen Gesetzen und Vorschriften sowie Eingabevertrags- und sonstigen Mustern* (Wien: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2009).
- Głowacz Jakub, „Uprawnienia spółdzielni mieszkaniowych do dokonywania czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu nieruchomością wspólną” *Rejent*, nr 7 (2016): 45-61.
- Gniewek Edward, „Model wspólnoty mieszkaniowej i spółdzielni w zarządzaniu nieruchomością wspólną po ustanowieniu odrębnej własności lokali”, [w:] *Podmiotowość cywilnoprawna w prawie polskim. Wybrane zagadnienia*, red. E. Gniewek, 29-45. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 2008.
- Gniewek Edward, *Prawo rzeczowe* (Warszawa: C. H. Beck, 2018).
- Ignatowicz Jerzy, Krzysztof Stefaniuk, *Prawo rzeczowe* (Warszawa: LexisNexis, 2012).
- Kalus Stanisława, *Status prawny osób zajmujących się zawodowo rynkiem nieruchomości* (Warszawa: LexisNexis, 2002).
- Kaźmierczyk Aneta, „Powstanie wspólnoty mieszkaniowej w świetle znolizowanej w 2017 roku ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych” *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, nr 2 (2018): 373-412.
- Królikowska Katarzyna, „Komentarz do wyroku SA w Łodzi z 19.11.2018 r. I ACa 1653/17, poz. 29” *Rocznik Orzecznictwa i Piśmiennictwa z zakresu Prawa Spółdzielczego oraz Prawa Spótek Handlowych za rok 2018*, t. VII (2019): 287-289
- Mazurek Mariusz, „Spółdzielcza forma wykonywania zarządu nieruchomością wspólną” *Rejent*, nr 9 (2014): 75-90.

- Nazar Mirosław, „Spółdzielcza forma zarządu nieruchomościami wspólnymi właścicieli lokali” *Rejent*, nr 18 (2003): 151-171.
- Niedenführ Werner, Eehbert Kümmel, Nicole Vandenhouten, *WEG, Kommentar und Handbuch zum Wohnungseigentumsrecht* (Heidelberg: C.F. Müller GmbH, 2010).
- Pietrzykowski Krzysztof, „Kontrola konstytucyjności a stosowanie prawa w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego (zagadnienia wybrane)”, [w:] *Kontrola konstytucyjności prawa a stosowanie prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego*, red. J. Królikowski, J. Podkowik, J. Sułkowski, 35-52. Warszawa: Wolters Kluwer, 2017.
- Pietrzykowski Krzysztof, *Komentarz do ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych*, wyd. 9., Warszawa 2018, komentarz do art. 27. Legalis.
- Pietrzykowski Krzysztof, *Komentarz do ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych*, wyd. 8, Warszawa 2016, komentarz do art. 27. Legalis.
- Pietrzykowski Krzysztof, „Spółdzielcze prawo mieszkaniowe w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego”, [w:] *Podstawowe konstrukcje i tendencje rozwojowe prawa spółdzielczego*, red. Andrzej Herbet, Piotr Zakrzewski, 121-135. Lublin: Wydawnictwo KUL, 2014.
- Skąpski Jan, „Własność lokali w świetle ustawy z 24 czerwca 1994 r.” *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, nr 2 (1996): 197-235.
- Stefaniak Adam, *Prawo spółdzielcze, prawo o spółdzielniach mieszkaniowych. Komentarz* (Warszawa: Wolters Kluwer, 2018).
- Strzelczyk Ryszard, „Komentarz do orzeczenia, poz. 7” *Rocznik Orzecznictwa i Piśmiennictwa z zakresu Prawa Spółdzielczego oraz Prawa Spótek Handlowych*, t. VII (2017): 81-87
- Szymczak Iwona, „Ewolucja konstrukcji jurydycznych w prawie własności lokali w ujęciu prawnoporównawczym”, [w:] *Prawo cywilne – stanowienie, wykładnia i stosowanie. Księga pamiątkowa dla uczczenia setnej rocznicy urodzin Profesora Jerzego Ignatowicza*, red. Mirosław Nazar, 439-450. Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, 2015.
- Szymczak Iwona, *Wspólnota mieszkaniowa* (Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business, 2014).
- Wermelinger Amadeo, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Teilband IV 1c, Das Stockwerkeigentum, art. 712a - 712t ZGB, ZGB* (Zürich: Schulthess, 2010).
- Wrzołek-Romańczuk Małgorzata, „Zmiany w ustawach spółdzielczych wprowadzone ustawą z 3 czerwca 2005 r. (cz. II)” *Palestra*, nr 9-10 (2005): 9-17.
- Wrzołek-Romańczuk Małgorzata, „Zmiany w ustawie o spółdzielniach mieszkaniowych” *Palestra*, nr 1-2 (2003): 27-44.

Zakrzewski Piotr, „Przekształcenia własnościowe w spółdzielniach mieszkaniowych w świetle wyroku TK z 29.5.2001 r.” *Monitor Prawniczy*, nr 4 (2005): 196-203.

Zakrzewski Piotr., „Spółdzielnie mieszkaniowe po zmianach z 2017 r.” *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, nr 1 (2018): 177-228.

Zakrzewski Piotr, „Z zagadnień konstrukcji prawnej spółdzielni” *Rejent*, nr 9 (2004): 121-144.

Prawo łaski w Rzeczypospolitej Polskiej okresu międzywojennego

The Law of Grace in the Republic of Poland of the Interwar Period

The authors tries to show the evolution, character and elements of the practice of applying the law of grace in the Republic of Poland of the interwar period (1918–1939). He also mentions the general feature of pardon in Poland during World War II. He analyzes both the content and the essence of the law of grace as well as the specifics of its application.

Jan Sobiech

*Doktor nauk o polityce
Uczelnia Łazarskiego*

ORCID - 0000-0002-7242-9530

Słowa kluczowe: łaska, ułaskawienie, amnestia, abolicja, prezydent

Keywords: pardon, reprieve, amnesty, abolition, president

<https://doi.org/10.36128/priw.vi31.87>

1. Wstęp

Celem artykułu jest ukazanie ewolucji, charakteru oraz elementów praktyki stosowania prawa łaski w Rzeczypospolitej okresu międzywojennego (1918–1939). Wzmiankowany zostanie również generalny rys ułaskawienia na ziemiach polskich podczas II wojny światowej. Przeanalizowane zostaną zarówno treść, jak i istota prawa łaski, a także specyfika jego stosowania.

Ze względu na niemożność poruszania się jedynie w ramach sztywnych pojęć „prawo łaski” oraz „ułaskawienie”, omówione zostaną również elementy instytucji mających podobny charakter – albo bliskoznaczny, albo komplementarny – wobec ułaskawienia w dzisiejszym tego słowa znaczeniu. Należy tutaj wymienić przede wszystkim abolicję, amnestię oraz zatarcie skazania.

Pojęcie „łaska” może być rozpatrywane w dwóch znaczeniach – potocznym i jurydycznym. W ujęciu potocznym ma ono prawdopodobnie nieco szerszy zakres zastosowania niż „miłosierdzie”¹, mimo że często oba określenia używane są w sposób zamienny. Podchodząc do zagadnienia ze strony językowej, pojęcie „łaska” dotyczy pewnych przejawów dobrodziejstwa, wspaniałomyślności, miłosierdzia, łagodzenia uciążliwości czy dolegliwości, obdarowywania itp.². Z jurydycznego punktu widzenia określenie łaski dotyczy kwestii związanych z wybaczeniem, darowaniem albo łagodzeniem kar czy innych dolegliwości, przewidzianych albo już wymierzonych za czyn będący społecznie szkodliwy³.

Pojęcia „prawo łaski” oraz „ułaskawienie” nie są wyrażeniami synonimicznymi, jak również nie są rozumiane w sposób jednolity, toteż na początku należy sprecyzować przedmiot dalszych rozważań. Przede wszystkim prawo łaski oznacza kompetencję określonego organu do działania – stanowi to więc jego aspekt podmiotowy. Ułaskawienie zaś odnosi się do opisu pewnej procedury, projekcji danego zjawiska, wskazuje zatem na konkretny przedmiot zachowania⁴. Używa się również, choć rzadko, określenia „agracjacja”, jednak ma ono głównie charakter historyczny (z łac. *ius agratiandi* – prawo łaski).

Co do określeń pojęć „łaska” i „ułaskawienie” przedstawiają one przedmiotową stronę opisywanego zagadnienia, jednak nie z tego samego punktu widzenia. Patrząc na językowe znaczenie tych terminów, „łaska” akcentuje element wspaniałomyślności czy przebaczenia, podczas gdy „ułaskawienie” kładzie nacisk na proces decyzyjny lub też odnosi się do samego dokumentu ułaskawienia⁵. Mimo pewnych różnic w tym zakresie jurydyczna semantyka obu tych wyrażen jest zbieżna.

Głównym przedmiotem rozważań jest problematyka ułaskawienia, a więc stanowienia, przez upoważniony do tego organ, indywidualnych aktów łaski, które są decyzjami mającymi na celu złagodzenie albo darowanie karnoprawnych sankcji czy też konsekwencji ich zastosowania. Sankcję należy rozumieć tu nie jako element trójczłonowej struktury normy prawnej, lecz środki przymusowej reakcji państwowej na antyspołeczne zachowania

-
- 1 Okazać łaskę można w wyniku jakichkolwiek pobudek lub motywów, miłosierdzie zakłada działanie pod wpływem współczucia.
 - 2 Leszek Wilk, „Prawo łaski a sprawiedliwość karania – refleksja filozoficznoprawna” *Problemy Prawa Karnego*, nr 23 (2000): 11.
 - 3 Ibidem.
 - 4 Piotr Rogoziński, *Instytucja ułaskawienia w prawie polskim* (Warszawa: Oficyna a Wolters Kluwer business, 2009), 17.
 - 5 Słownik języka polskiego, red. Mieczysław Szymczak, t. II (Warszawa: PWN, 1988), 68.

zabronione przez prawo pod groźbą tych środków⁶. Postępowanie ułaskawieniowe jest prawnie uregulowaną działalnością przedsięwziętą w celu wydania indywidualnego aktu łaski⁷.

Ułaskawienie, poza wyjaśnionym wyżej ścisłym znaczeniem tego pojęcia, ma również szerszy wymiar. *Sensu largo* są to wszelkie formy zastosowania łaski, które mogą przybrać wymiar indywidualny, jak i generalny, odnosić się do osoby skazanej, oskarżonej czy podejrzaney, obejmować darowanie, złagodzenie sankcji karnej, jak i przywrócenie stanu sprzed jej zastosowania⁸.

Przykładem ułaskawienia *sensu largo* jest amnestia jako zbiorowy akt łaski. Często różni się ona od ułaskawienia *sensu stricto* nie tylko generalnym charakterem, lecz również trybem, a także organem właściwym do jej wydania. Oznacza to amnestię właściwą (*sensu stricto*), gdyż w szerszym znaczeniu pojęcie to obejmuje również abolicję, a więc puszczenie w niepamięć określonego popełnionego przestępstwa oraz zakaz wszczynania i nakaz umorzenia postępowania karnego⁹. W szerszym znaczeniu należy wyróżnić również restytucję – rozumianą jako zniesienie skutków sankcji karnej połączone z rehabilitacją, czyli przywróceniem skazanemu utraconych uprzednio praw¹⁰.

2. Prawo łaski w okresie kształtowania się państwowości polskiej

Zawieszenie broni z Niemcami na froncie zachodnim, kończące I wojnę światową, zbiegło się w czasie powrotu Józefa Piłsudskiego z Magdeburga i przejścia przez niego władzy wojskowej w Polsce z rąk Rady Regencyjnej. Oba wydarzenia dokonały się 11 listopada 1918 r. Wraz z końcem I wojny światowej nastąpił upadek Cesarstwa Niemieckiego, Austro-Węgier, a wcześniej również carskiej Rosji. Polska wykorzystała szansę wybicia się na niepodległość. Nie zmienia to faktu, że od tego momentu miał miejsce proces żmudnej budowy państwa polskiego – zarówno na płaszczyźnie militarnej, jak i politycznej oraz prawnej. Lata 1918-1922 określa się mianem okresu prowizorium konstytucyjnego, który zamyka wejście w życie konstytucji marcowej z 1921 r.¹¹

6 Marian Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia* (Warszawa: Wydawnictwa Prawnicze PWN, 1995), 13.

7 Rogoziński, *Instytucja*, 18.

8 Ibidem.

9 Leszek Wilk, „W sprawie uregulowania i stosowania łaski generalnej”, *Palestra*, nr 5-6 (2002): 36.

10 Jan Bednarzak, *Amnestia* (Warszawa: Wydawnictwa Prawnicze 1965), 80, 83.

11 Stanisław Krukowski, „Mała Konstytucja z 1919 r.”, [w:] *Konstytucje Polski. Studia monograficzne z dziejów polskiego konstytucjonalizmu*, red. Marian Kallas, t. II (Warszawa: PWN, 1990), 13.

Nowopowstała Polska odziedziczyła systemy prawne państw zaborczych, które należało ujednoczyć. Podobnie rzecz się miała w przypadku prawa łaski. W tej sytuacji uprawnienie to przeszło na rzecz Tymczasowego Naczelnika Państwa, którym, od wydania dekretu z dnia 22 listopada 1918 r. o najwyższej władzy reprezentacyjnej Republiki Polskiej, był Józef Piłsudski¹². Piastował on stanowisko faktycznej głowy państwa, stąd znajdowały się wystarczające podstawy, aby wyposażyć go w prawo łaski. Prerogatywa ta wymagała jednak kontrasygnaty prezydenta ministrów (czyli premiera), choć w praktyce akty te były również podpisywane przez właściwych rzeczowo ministrów¹³.

Zarówno premier, jak i ministrowie odpowiadali za swoje kontrasygnaty przed głową państwa. Podpisy te oznaczały jedynie poświadczenie zgodności danego aktu z wolą wyrażoną przez Tymczasowego Naczelnika Państwa, a także przyjęcie tej woli do wiadomości i faktycznego wykonania¹⁴. W rezultacie zatem kontrasygnata nie stanowiła ograniczenia dla jego dyskrecjonalnej władzy i nie uniemożliwiała mu podejmowania decyzji zgodnych z jego przekonaniem, gdyż miała charakter czysto formalny. Warto przy tym wspomnieć, że zdarzały się jednak przypadki, w których, ze względu na funkcjonujące przepisy intertemporalne, prawo łaski znajdowało uregulowanie w odrębnych aktach normatywnych¹⁵. Powyżej wspomniany dekret wyposażał Tymczasowego Naczelnika Państwa w niemal nieograniczoną władzę cywilną oraz wojskową – aż do zebrania się wybranego w demokratycznych wyborach Sejmu Ustawodawczego.

Nieco inaczej sytuacja wyglądała po wyborach do Sejmu Ustawodawczego i jego ukształtowania się. Wówczas to została podjęta uchwała Sejmu z dnia 20 lutego 1919 r. o powierzeniu Józefowi Piłsudskiemu dalszego sprawowania urzędu Naczelnika Państwa, czyli tzw. Mała Konstytucja¹⁶. Jednocześnie pozbawiała ona mocy dotychczas obowiązującego dekretu z 22 listopada 1918 r.

12 Dekret Naczelnika Państwa o najwyższej władzy reprezentacyjnej Republiki Polskiej (Dz. Pr. P. P. z 1918 r. Nr 17, poz. 41).

13 Dariusz Górecki, *Pozycja ustrojowo-prawna Prezydenta Rzeczypospolitej i rządu w ustawie konstytucyjnej z 23 kwietnia 1935 r.* (Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 1995): 61.

14 Andrzej Deryng, *Akty rządowe głowy państwa: rozważania ustrojowe* (Lwów: nakł. Towarzystwa Naukowego, 1934), 58.

15 Rogoziński, *Instytucja*, 108.

16 Uchwała Sejmu z dnia 20 lutego 1919 r. o powierzeniu Józefowi Piłsudskiemu dalszego sprawowania urzędu Naczelnika Państwa (Dz. Pr. P. P. z 1919 r. Nr 19, poz. 226) – dalej: Mała Konstytucja.

Zgodnie z pkt. II ust. 5 Małej Konstytucji każdy akt o charakterze państwowym (a więc również akt łaski), wydawany przez Naczelnika Państwa, wymagał kontrasygnaty właściwego rzeczowo ministra¹⁷. W praktyce wszystkie te akty były kontrasygnowane również przez premiera¹⁸. Kontrasygnata w tym przypadku oznaczała współodpowiedzialność Naczelnika Państwa i ministra (wraz z premierem) za dany akt prawny (w tym akt łaski) przed najwyższym organem suwerennym, jakim był Sejm Ustawodawczy¹⁹. Jego pozycja została wyraźnie wzmocniona w przepisie pkt. II ust. 4 Małej Konstytucji, który określał, że Naczelnik Państwa i rząd są odpowiedzialni przez Sejmem za sprawowanie swego urzędu.

Zbigniew Witkowski uważa nawet, że tak ogólne sformułowanie należy interpretować szeroko jako odpowiedzialność za przekroczenie swoich uprawnień oraz prowadzenie polityki niezgodnej z wytycznymi Sejmu. Odpowiedzialność ta, pod względem formalnym, mogła przybrać charakter zarówno odpowiedzialności politycznej, jak i konstytucyjnej – indywidualnej, jak i solidarnej²⁰.

Innego zdania jest Katarzyna Kaczmarczyk-Kłak, która uważa, że obowiązek kontrasygnaty nie wpływał w istotny sposób na ograniczenie samodzielności Naczelnika Państwa przy podejmowania decyzji w zakresie ułaskawienia. Głowa państwa nadal decydowała o tym w sposób dyskrejonalny, a kontrasygnata wciąż pozostawała formalnością. Świadczyć o tym miała ukształtowana praktyka, zgodnie z którą do Kancelarii Naczelnika Państwa wpływał wniosek o ułaskawienie ze złożonym już na nim podpisem właściwego ministra²¹.

Nie należy mylić kontrasygnaty z kontrasygnacją (w ramach której nie ma możliwości zastosowania indywidualnego prawa łaski), bowiem, zgodnie z pkt II ust. 1 Małej Konstytucji: „Władzą suwerenną i ustawodawczą w Państwie Polskim jest Sejm Ustawodawczy; ustawy ogłasza Marszałek z kontrasygnacją Prezydenta Ministrów i odnośnego Ministra fachowego”.

17 Ibidem.

18 Rogoziński, *Instytucja*, 109.

19 Deryng, *Akty*, 61.

20 Zbigniew Witkowski, *Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej (1921–1935)* (Warszawa-Poznań-Toruń: PWN, 2007), 21.

21 Katarzyna Kaczmarczyk-Kłak, „Prawo łaski w okresie prowizorium konstytucyjnego w latach 1918–1922”, [w:] *Ustroje. Historia i współczesność. Polska – Europa – Ameryka Południowa. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Jackowi Czajowskiemu*, red. Marian Grzybowski, Grzegorz Kuca, Piotr Mikuli (Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego 2013), 240–241.

Zarówno dekret z dnia 22 listopada 1918 r., jak i uchwała Sejmu Ustawodawczego z dnia 20 lutego 1919 r. nie precyzowały, który organ państwowy posiada kompetencję w zakresie udzielania ułaskawień. Oba akty prawne nie posługiwały się także pojęciem amnestii. W kontekście wspomnianego wyżej dekretu było dość oczywiste, dlaczego prawo łaski posiadał Tymczasowy Naczelnik Państwa. Inaczej wyglądało to w przypadku Małej Konstytucji, skoro Naczelnik Państwa stawał się jedynie najwyższym wykonawcą uchwał Sejmu. Mogłoby to sugerować, że ma on możliwość stosowania ułaskawienia jedynie w drodze sejmowego upoważnienia. Tego typu praktyka nie została jednak ukształtowana²².

Zwyciężyła wykładnia, zgodnie z którą Naczelnika Państwa uznawano za naturalnego dysponenta prawa łaski w odniesieniu do indywidualnie oznaczonych osób. Podkreślano dodatkowo, że byłoby technicznie niemożliwym do wykonania przedkładanie Sejmowi każdego szczególnego przypadku, który dopiero w drodze uchwały decydowałby o ułaskawieniu²³. Ze względu na lakoniczność Małej Konstytucji i brak wyraźnego rozdzielenia kompetencji pomiędzy poszczególnymi organami państwowymi wykładnia ta nie mogła zostać skutecznie podważona²⁴. Wprawdzie podnoszono głosy, że Naczelnik Państwa działał niejako *praeter legem*, jednak zdawkowość ówczesnych uregulowań prawnych dawała mu właśnie taką możliwość²⁵.

Od grudnia 1919 r. do marca 1920 r. do (Tymczasowego) Naczelnika Państwa wpłynęło łącznie 881 podań o łaskę²⁶.

W wyniku wejścia w życie Małej Konstytucji głowa państwa utraciła prawo ogłaszania amnestii, gdyż kompetencja ta, jako należąca do materii ustawodawczej, została zastrzeżona dla Sejmu. Parlament teoretycznie mógł upoważnić Naczelnika Państwa do wydania generalnego aktu łaski, jednak do tego nie doszło²⁷. Miał jednak miejsce jeden przypadek, w którym akt amnestii nie został wydany przez Sejm, lecz przez Radę Obrony Państwa

22 Ibidem, 227.

23 Edmund Krzymuski, *System prawa karnego ze stanowiskiem nauki i trzech kodeksów obowiązujących w Polsce* (Kraków: Nakład Krakowskiej Spółki Wydawniczej, 1921), 302.

24 Stanisław Kutrzeba, *Polska Odrodzona 1914–1939* (Kraków: Społeczny Instytut Wydawniczy Znak, 1988), 120.

25 Krzymuski, *System prawa*, 302.

26 Witkowski, *Prezydent*, 135.

27 Katarzyna Kaczmarczyk-Kłak, *Prawo łaski na tle porównawczym. Dawniej i współcześnie* (Rzeszów: MITEL, 2013), 242.

i dotyczył wprowadzenia amnestii podatkowej na terenach dawnej dzielnicy pruskiej²⁸.

W okresie funkcjonowania tzw. prowizorium konstytucyjnego prawo łaski należało do kompetencji głowy państwa, choć nie znajdowało ono wyraźnego umocowania konstytucyjnego. Agracja była praktycznie nieograniczona – zarówno pod względem podmiotowym, jak i przedmiotowym, a także co do jej zakresu i treści, gdyż nie zostały sformułowane żadne formalne granice w tej materii²⁹. Naczelnik Państwa powinien był jednak odmówić zastosowania prawa łaski w przypadku, gdy zarówno sądy orzekające w sprawie, jak i minister sprawiedliwości negatywnie zaopiniowali wniosek o łaskę. Znane były przypadki, w których głowa państwa dokonywała jednak ułaskawienia³⁰. Ostatecznie więc sposób rozumienia tej instytucji oraz tryb jej stosowania zostały ukształtowane w drodze praktyki ustrojowej³¹.

3. Ułaskawienie na gruncie Konstytucji marcowej z 1921 r.

Konstytucja z dnia 17 marca 1921 r. wprowadziła urząd Prezydenta Rzeczypospolitej, który pełnił funkcję głowy państwa. Ustawa zasadnicza określiła ustrój państwa jako republikański z parlamentarno-gabinetowym systemem rządów, co oznaczało zdecydowane uszczuplenie prezydenckich kompetencji³². Konstytucja marcowa, oparta na zasadach suwerenności narodu i trójpodziału władz, była wzorowana na francuskiej ustawie zasadniczej z 1875 r.³³

Prawo łaski określał art. 47 Konstytucji, który znajdował się w Rozdziale III – Władza wykonawcza. Ułaskawienie, na gruncie konstytucji marcowej, zostało sformułowane w następujący sposób:

„Prawo darowania i złagodzenia kary, oraz darowania skutków sądu karno-sądowego w poszczególnych wypadkach – przysługuje Prezydentowi Rzeczypospolitej.

Prezydent nie może stosować tego prawa do ministrów, zasądzonych na skutek postawienia ich w stan oskarżenia przez Sejm.

Amnestja może być udzielona tylko w drodze ustawodawczej”³⁴.

28 Stefan Banczerz, „Amnestia w Polsce przedwrześniowej a amnestia obecna” *Demokratyczny Przegląd Prawniczy*, nr 3 (1947): 16.

29 K. Kaczmarczyk-Kłak, *Prawo łaski*, 244.

30 Ibidem, 238-239.

31 Ibidem, 244.

32 Rogoziński, *Instytucja*, 109.

33 Górecki, *Pozycja*, 7.

34 Ustawa z dnia 17 marca 1921 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 1921 r. Nr 44, poz. 267) – dalej: Konstytucja marcowa.

W początkach II Rzeczypospolitej o ułaskawieniu szeroko rozpisywał się Juliusz Makarewicz, lwowski profesor prawa karnego, autor późniejszego Kodeksu karnego z 1932 r. (znanego również pod potoczną nazwą Kodeksu Makarewicza) Stał on na stanowisku, że prawo łaski stanowi niejako korekturę sprawiedliwości, którą ma możliwość zaordynowania odpowiedni czynnik podmiotowy, a tym zwykle staje się głowa państwa. Miała ona prawo dojść do wniosku, że bezwzględne zastosowanie ustawy mogło nie pozostawać w zgodzie z interesem publicznym³⁵.

Makarewicz wyróżniał kilka podmiotów władnych do udzielania ułaskawienia – w zależności od formy rządów. W przypadku państwa polskiego po uchwaleniu konstytucji marcowej była to kombinacja mieszana – podział prawa łaski pomiędzy ciało ustawodawcze a głowę państwa³⁶. Konstytucja marcowa, co zastrzegła wskazany już art. 47 Konstytucji marcowej *in fine*, określała bowiem, że amnestia może być udzielona tylko w drodze ustawodawczej.

W ówczesnej doktrynie prawa konstytucyjnego ścierały się ze sobą dwie odmienne koncepcje co do charakteru prawa łaski obowiązującego na gruncie konstytucji z 1921 r. Przedstawicielem jednej z nich był Julian Makowski, który uznawał, że uchylene karalności przestępstwa stanowi oczywistą ingerencję administracji w dziedzinę sądownictwa, gdyż jest czynnością władzy wykonawczej³⁷. Innego zdania był Stanisław Starzyński, który prezydencką prerogatywę umieszczał w o wiele szerszym kontekście, wykraczającym poza działanie jakiegokolwiek konkretnego segmentu władzy państwowej. Uważał on, iż:

„Prezydent jest mandatariuszem panującego ogółu, nie tylko dla zakresu funkcji wykonawczej, lecz po części i dla obu innych [tzn. ustawodawczej i sądowniczej], w obrębie których ma on, względnie powinien mieć, także pewne atrybucje, np. [...] prawo łaski [...], a więc ma ingerencję na cały rząd w obszerniejszym tego słowa znaczeniu, a nie tylko na zastosowywanie i wykonywanie ustaw”³⁸.

Starzyński uważał, że dokonywanie przez Prezydenta ułaskawienia było niejako czynnością *sui generis*, która wykraczała poza klasyczny

35 Juliusz Makarewicz, *Prawo karne. Wykład porównawczy z uwzględnieniem prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej* (Lwów-Warszawa: Książnica Polska, 1924), 207-208.

36 Ibidem, 208.

37 Julian Makowski, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* (Warszawa: Księgarnia F. Hoesicka, 1924), 57.

38 Stanisław Starzyński, *Konstytucja Państwa Polskiego* (Lwów: Towarzystwo Naukowe, 1921), 39.

trójpodział władzy. Autor stał na stanowisku, że głowa państwa powinna spełniać te wszystkie funkcje władzy publicznej, które nie są zastrzeżone do kompetencji władzy ustawodawczej, sądowniczej ani samorządowej³⁹.

Najważniejsze ograniczenie proceduralne, w zakresie posługiwania się przez Prezydenta prawem łaski, zostało określone w art. 44 ust. 4 Konstytucji marcowej i w dużej mierze powtórzone za Małą Konstytucją z 1919 r. Dotyczyło ono wymogu podwójnej kontrasygnaty każdego aktu rządowego prezydenta przez premiera oraz właściwego ministra⁴⁰.

Wokół interpretacji pojęcia „akt rządowy” pojawiło się na tyle wiele niejasności, że ówczesny premier Władysław Sikorski, na przełomie lat 1922/1923, zorganizował konferencję konsultacyjną z udziałem najważniejszych prawników zajmujących się dziedziną prawa konstytucyjnego. Udało im się dojść do porozumienia i wypracować w dużej mierze akceptowaną przez doktrynę i praktykę wykładnię tego pojęcia:

„Akt rządowy to szczególna postać czynności urzędowej prezydenta, pozostającej w granicach jego kompetencji, zdziałanej na piśmie, wywołującej pewne specyficzne skutki prawne w postaci powstania norm lub uprawnień podmiotowych oraz kontrasygnowany dla swej ważności przez premiera i właściwego ministra, biorących za dany akt odpowiedzialność”⁴¹.

Nie zmieniało to jednak faktu, że część ówczesnych badaczy w sposób odmienny podchodziło do kwestii samodzielności Prezydenta w zakresie stosowania prawa łaski. Edmund Krzymuski opowiadał się za ściśle jurydycznym charakterem prezydenckiej prerogatywy. Uważał on, że głowa państwa dokonująca ułaskawienia, pełni funkcję wymiaru sprawiedliwości, a nie działa jako organ władzy wykonawczej, stąd też należy interpretować ją jako organ władzy sądowniczej narodu⁴².

Inaczej do tego zagadnienia podchodzili Stanisław Car i Henryk Konic. Uważali oni, że prawo łaski jest pozostałością dawnych prerogatyw monarchy i stąd stało się ono ściśle osobistym uprawnieniem Prezydenta. Nie wymagało zatem ani wniosków, ani motywów. Ułaskawienie stawało się

39 Ibidem, 34.

40 „Każdy akt rządowy Prezydenta Rzeczypospolitej wymaga dla swej ważności podpisu Prezesa Rady Ministrów i właściwego ministra, którzy przez podpisanie aktu biorą zań odpowiedzialność”.

41 Cyt. za: Witkowski, *Prezydent*, 26.

42 Edmund Krzymuski, [w:] *Ankieta konstytucyjna Sejmu R.P.*, oprac. Stanisław Kutrzeba, t. III (Warszawa 1931), 135.

czymś w rodzaju aktu sumienia głowy państwa, do której żaden minister nie miał prawa się wtrącać⁴³.

Trzecia grupa poglądów, która okazała się być dominującą i najbardziej zbieżną z konkluzjami konferencji konsultacyjnej, była reprezentowana m.in. przez Zygmunta Cybichowskiego. Uważał on wprawdzie, że prawo łaski stanowi osobistą prerogatywę Prezydenta, to jednak przyobleczone w formę aktu rządowego, staje się zewnętrznym przejawem tego prawa, stanowi czynność urzędową i wymaga kontrasygnaty. Podpis premiera i właściwego ministra miał ograniczać się jednak w tym przypadku jedynie do strony formalnej wydanego aktu⁴⁴. Podobnie uważał Władysław Leopold Jaworski, precyzując, że każdorazowo wymagana jest kontrasygnata właściwego ministra, jakim jest zawsze minister sprawiedliwości⁴⁵.

Przyjęte zostało rozwiązanie, w której podpis pod aktem łaski Prezydenta stawiali premier oraz minister sprawiedliwości – w przypadku osób skazanych przez sądy cywilne, albo premier oraz minister spraw wojskowych – w odniesieniu do żołnierzy skazanych przez sądy wojskowe⁴⁶. W praktyce ustrojowej przyjęto specyficzny sposób kontrasygnowania prezydenckich decyzji o ułaskawieniu, których dokonywał jedynie sam minister sprawiedliwości albo spraw wojskowych⁴⁷.

Konstytucja marcowa odrzuciła model nieograniczonego prawa łaski, występującego w okresie prowizorium konstytucyjnego, dając możliwość „darowania”, „złagodzenia kary”, „darowania skutków zasądzenia karno-sądowego”. Zawężony został zakres podmiotowy prawa łaski do odpowiedzialności realizowanej w trybie karno-sądowym oraz przedmiotowy – w drodze braku możliwości ułaskawienia ministrów, którzy zostali postawieni w stan oskarżenia przez Sejm⁴⁸.

Ułaskawienie mogło być zastosowane jedynie względem prawomocnego orzeczenia, mimo iż Konstytucja marcowa nie regulowała, aby kara została wymierzona w sposób prawomocny przez sąd (w przeciwieństwie np. do ustaw zasadniczych Czechosłowacji i Łotwy), jak i nie wymieniała podstaw do posłużenia się przez głowę państwa aktem łaski, pozostawiając na tym

43 Witkowski, *Prezydent*, 84.

44 *Ibidem*, 85.

45 *Konstytucja z dnia 17 marca 1921. Prawo polityczne od października 1919 do 4 lipca 1921*, oprac. Władysław Leopold Jaworski (Kraków: Krakowska Spółka Wydawnicza, 1921), 217.

46 Wacław Komarnicki, *Zarys ustroju państwowego Rzeczypospolitej Polskiej* (Warszawa: Wydawnictwo F. Hoesicka, 1923), 30-31.

47 Rogoziński, *Instytucja*, 111.

48 Kaczmarczyk-Kłak, *Prawo łaski*, 244.

obszarze dużą swobodę organowi decyzyjnemu, jak również otwierając pole dla rozważań doktrynalnych⁴⁹.

Mimo to warunek prawomocności rozumiany był dość powszechnie jako oczywisty, gdyż w przeciwnym razie oznaczałoby to wchodzenie władzy wykonawczej w kompetencje władzy sądowniczej i stało w sprzeczności zarówno z zasadą trójpodziału władzy, jak i art. 77 ust. 2 Konstytucji marcowej, który brzmiał: „Orzeczenia sądowe nie mogą być zmieniane ani przez władzę ustawodawczą, ani przez władzę wykonawczą”.

Zgodnie z poglądem większości autorów prawo łaski na gruncie Konstytucji marcowej miało charakter indywidualny, a prezydencki akt agracji nie wpływał na wyrok sądowy ani go w żaden sposób nie modyfikował. Głowa państwa nie działała zatem jako rozstrzygająca instancja sądowa⁵⁰. Odmiennego zdania byli badacze prezentujący ściśle jurydyczny charakter prawa łaski. Uważali oni bowiem, że stosowanie prezydenckiego ułaskawienia jest wyjątkiem od zasady sformułowanej w art. 77 ust. 2 Konstytucji marcowej, ponieważ akt agracji zawiera normę konkretno-indywidualną, która posiada większą moc prawną, niż norma ukształtowana w drodze orzeczenia sądu i wobec tego akt łaski ma możliwość zmiany albo uchylecia orzeczenia sądowego⁵¹.

Stosowanie przez Prezydenta RP prawa łaski przed uprawomocnieniem się sądowego orzeczenia mogłoby oznaczać, że posiada on prawo dokonywania abolicji indywidualnej, które na gruncie przepisów ustawy zasadniczej mu nie przysługiwało, choć w tym przypadku doktryna również nie była zgodna⁵².

Istotnym *novum* konstytucyjnym była możliwość darowania przez prezydenta skutków zasądzenia karno-sądowego. Głowa państwa mogła zatem dokonać zatarcia skazania, a także restytuować obywatela w prawach honorowych. Konstytucja wyraźnie jednak zaznaczała, że prawo łaski może być wykonywane wyłącznie w „poszczególnych wypadkach”, co oznaczało, że należało je stosować względem indywidualnie oznaczonych osób⁵³.

Bardzo ważny wydaje się w tym kontekście aspekt zakresu przedmiotowego prawa łaski. Ponieważ z literalnego brzmienia art. 47 zd. 2 Konstytucji

49 Witkowski, *Prezydent*, 85.

50 Ibidem.

51 Maciej Starzewski, „Uwagi o zwierzchnictwie sił zbrojnych oraz o prawie łaski Prezydenta RP” *Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne*, nr 30 (1935): 227.

52 Władysław Skrobecki, „Prawo łaski Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej” *Gazeta Administracji i Policji Państwowej*, nr 19 (1923): 299.

53 Krzysztof Kozłowski, *Prawo łaski Prezydenta RP. Historia, regulacja, praktyka* (Warszawa: C. H. Beck, 2013), 100.

marcowej wynika kompetencja Prezydenta RP do „darowania kary”, „złagodzenia kary” oraz „darowania skutków skazania karnosądowego”, należy mieć na względzie jedynie kary orzekane w postępowaniu karnosądowym. *A contrario* w katalogu tym nie mieściły się sankcje o charakterze administracyjnym czy dyscyplinarnym⁵⁴.

Wspomniany już art. 47 zd. 3 Konstytucji marcowej wykluczał stosowanie przez Prezydenta RP amnestii, która mogła być udzielona jedynie w drodze ustawodawczej. „Ustawodawczej” nie oznaczało jednak w tym przypadku „ustawowej”, co otwierało szersze możliwości zastosowania generalnego aktu łaski niż tylko w drodze ustawy sejmowej. Prezydent RP miał bowiem możliwość wydawania rozporządzeń z mocą ustawy, które mogły być wykonywane na podstawie powierzonego mu upoważnienia ustawowego (zgodnie z art. 44 zd. 2 Konstytucji)⁵⁵.

Należy zatem dojść do wniosku, że nie tylko sam charakter kary ograniczał kompetencję głowy państwa do stosowania ułaskawienia, lecz również podmiot orzekający oraz sam tryb orzekania, który musiał być „karnosądowy”. Logiczna jest konstatacja, że prawo łaski było ograniczone do przestępstw w rozumieniu prawa karnego materialnego⁵⁶. Teoretycznie nie istniały formalne przeszkody do ułaskawienia osób skazanych przez sąd za popełnienie wykroczenia – jeżeli jednak zasądzenie miało charakter „karnosądowy”, a nie „karnoadministracyjny”⁵⁷.

Głowa państwa tylko w jednym przypadku zarządziła amnestię. Dokonało się to mocą rozporządzenia z dnia 21 października 1932 r. o amnestii⁵⁸. Prezydencki akt został jednak wydany nie na podstawie Konstytucji

54 Stanisław Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna* (Warszawa: Gebethner i Wolff, 1946), 516.

55 „Prezydent Rzeczypospolitej, celem wykonania ustaw i z powołaniem się na upoważnienie ustawowe, ma prawo wydawać rozporządzenia wykonawcze, zarządzenia, rozkazy i zakazy i przeprowadzenie ich użyciem przymusu zapewnić”.

56 Władysław Wolter, *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna*, t. I (Kraków: Leon Frommer, 1933), 4.

57 Więcej na temat skomplikowanych powiązań prawa karnego materialnego i prawa administracyjnego w kontekście wykroczeń i możliwości stosowania prawa łaski zob. Katarzyna Kaczmarczyk-Kłak, „Prawo łaski w świetle Konstytucji z 17 marca 1921 r. Zagadnienia ustrojowe i procesowe” *Studia Iuridica Lublinensia*, nr 23 (2014): 45 i n.

58 Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 21 października 1932 r. o amnestji z powodu wprowadzenia z dniem 1 września 1932 r. jednolitego polskiego kodeksu karnego i prawa o wykroczeniach (Dz. U. z 1932 r. Nr 91, poz. 782).

marcowej, lecz ustawy z dnia 17 marca 1932 r. o upoważnieniu Prezydenta Rzeczypospolitej do wydawania rozporządzeń z mocą ustawy⁵⁹. Organem zarządzającym amnestię nie był zatem w tym przypadku Sejm, na co mogłyby wskazywać przepisy ustawy zasadniczej, lecz głowa państwa.

Konstytucyjna regulacja prawa łaski znalazła swoje odzwierciedlenie w uchwalonym w 1932 r. Kodeksie karnym, który wszedł w życie z dniem 1 września 1932 r. Zgodnie z art. 90 § 1 tego kodeksu: „Po upływie 10 lat od odbycia, darowania lub przedawnienia kary, albo od zwolnienia z zakładu zabezpieczającego, sąd może zarządzić, na wniosek skazanego, zatarcie skazania”⁶⁰.

Zdecydowanie szerszej prawo łaski zostało uregulowane w Kodeksie postępowania karnego z 1928 r., który wszedł w życie w dniu 1 lipca 1929 r. Znalazło ono swoje odrębne miejsce w Księdze IX, Rozdziale III („Ułaskawienie”), art. 544–550 k.p.k.⁶¹. Zgodnie z tą procedurą prośbę o ułaskawienie składało się w sądzie, który wydał dany wyrok w I instancji (chyba, że minister sprawiedliwości zarządził inaczej). Sąd mógł uznać, że skazany nie zasługuje na łaskę i wówczas wydawał postanowienie o pozostawieniu prośby bez dalszego biegu. W przypadku pozytywnego rozstrzygnięcia albo rozważenia sprawy przez ministra sprawiedliwości miał on możliwość zapoznania się z opinią zarówno sądu I, jak i II instancji (w przypadku postępowania apelacyjnego), a następnie mógł również pozostawić sprawę bez dalszego biegu, chyba że Prezydent RP postanowiłby inaczej.

Istotnym jest fakt, że prośba o łaskę nie miała charakteru suspensywnego względem wyroku, ale minister sprawiedliwości miał możliwość z urzędu wstrzymać wykonanie kary albo zarządzić przerwę w jej wykonaniu do czasu rozstrzygnięcia kwestii ułaskawienia. Podobnie mogły zarządzić sądy I, jak i II instancji (w przypadku apelacji), jeżeli przemawiały za tym ważne względy. Sąd powinien rozpatrzyć wniosek o ułaskawienie w tym samym składzie, w którym wydał wyrok. Opinię wydawano po wysłuchaniu prokuratora na posiedzeniu niejawnym, a jej treść nie była przekazywana osobie skazanej. Warto jednocześnie zaznaczyć, że wykonanie wyroku śmierci może nastąpić dopiero po decyzji Prezydenta RP o nieskorzystaniu z prawa łaski (art. 524).

59 Ustawa z dnia 17 marca 1932 r. o upoważnieniu Prezydenta Rzeczypospolitej do wydawania rozporządzeń z mocą ustawy (Dz. U z 1932 r. Nr 22, poz. 165 z późn. zm.).

60 Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 1932 r. Nr 59, poz. 368 z późn. zm.).

61 Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 1928 r. Nr 33, poz. 313 z późn. zm.).

Należy zaznaczyć, że zarówno Kodeks karny z 1932 r., jak i Kodeks postępowania karnego z 1928 r. funkcjonowały na gruncie Konstytucji marcowej, jak i Konstytucji kwietniowej, a także przez dłuższy okres Polski Ludowej. Ostatecznie moc obowiązującą utraciły one dopiero odpowiednio w 1970 i 1983 r.

Konstytucja marcowa, idąc śladem swoich amerykańskich i europejskich poprzedniczek, ustanawiała zakaz ułaskawienia członków Rady Ministrów, którzy zostali postawieni w stan oskarżenia przez Sejm, a następnie skazani wyrokiem Trybunału Stanu⁶². Regulacja ta znajdowała się również w konstytucjach: Stanów Zjednoczonych, Litwy, Finlandii czy Czechosłowacji⁶³. Motywem tego rozwiązania było zapewne ustalenie szczególnego charakteru odpowiedzialności konstytucyjnej, która zwiększała gwarancję praworządnego piastowania wysokich funkcji publicznych⁶⁴. *A contrario* prawo łaski mogło być zatem stosowane wobec ministrów skazanych przez sądy powszechne, wojskowe czy dyscyplinarne⁶⁵.

Samo pojęcie „minister” należy interpretować możliwie szeroko, gdyż obejmowało ono oczywiście ministrów resortowych, ale również ministrów „bez teki”, kierowników ministerstw, jak również nawet kierowników urzędów centralnych w rangach ministrów⁶⁶. W zakres pojęcia „minister” wchodził także Prezes Rady Ministrów, skoro Konstytucja marcowa zaznaczała jedynie, że przewodniczy on posiedzeniom rządu (art. 55), a więc był również jednym z jej członków (ministrów).

Zakaz ułaskawienia ministrów skazanych przez Trybunał Stanu, w przeciwieństwie do konstytucji Finlandii, Litwy czy Austrii, miał charakter bezwarunkowy. Nie dotyczył on jednak byłego prezydenta, który został pociągnięty do odpowiedzialności przed Trybunał Stanu⁶⁷.

4. Prawo łaski na gruncie Konstytucji kwietniowej z 1935 r.

Ustawa Konstytucyjna z dnia 23 kwietnia 1935 r. została uchwalona po długich latach prac komisji konstytucyjnych oraz prób zbudowania większości kwalifikowanej w parlamencie, która pozwalałaby na przyjęcie nowej ustawy zasadniczej. Rozwiązania ustrojowe w Konstytucji kwietniowej niewątpliwie zostały ukształtowane pod wpływem doktryny sanacyjnej. Ustrój

62 Wspomniany już art. 47 zd. 2: „Prezydent nie może stosować tego prawa [łaski] do ministrów, zasądzonych na skutek postawienia ich w stan oskarżenia przez Sejm”.

63 Witkowski, *Prezydent*, 86.

64 Kozłowski, *Prawo łaski Prezydenta RP*, 101-102.

65 Tak też: *Konstytucja z 17 marca 1921*, 217.

66 Witkowski, *Prezydent*, 87.

67 *Ibidem*.

Rzeczpospolitej został osadzony na czterech zasadach naczelnych: solidaryzmu, prymatu państwa nad społeczeństwem (jednostką), elitaryzmu oraz jednolitej i niepodzielnej władzy Prezydenta RP⁶⁸. Zgodnie z tą ostatnią zdecydowanie wzmocniona została pozycja ustrojowa głowy państwa, głównie kosztem parlamentu. Nastąpiło odejście od zasady trójpodziału władzy oraz przeformułowanie zasady suwerenności narodu⁶⁹.

Na gruncie Konstytucji kwietniowej Prezydent RP stawał się „nosi-cielem suwerenności państwowej”, stał ponad wszystkimi organami, zajmując w stosunku do aparatu państwowego pozycję zwierzchnią⁷⁰. Nie bez powodu zapisy dotyczące pozycji Prezydenta zostały umieszczone już w Rozdziale I – Rzeczpospolita Polska. Kluczowy był tutaj art. 2 ust. 2 Konstytucji: „Na Nim [Prezydencie RP] spoczywa odpowiedzialność wobec Boga i historii za losy Państwa”⁷¹. Z kolei w ust. 4 tego artykułu można wyczytać: „W Jego osobie skupia się jednolita i niepodzielna władza państwowa”.

Konstytucja kwietniowa stworzyła zasadę zwierzchnictwa nieodpo-wiedzialnego przed nikim Prezydenta RP oraz zasadę jednolitości władzy w jego osobie. Było to wyraźne nawiązanie do monarchicznej koncepcji głowy państwa i przeniesienie jej na grunt republikański⁷². Nowy ustrój polityczny nie ulegał łatwemu sklasyfikowaniu. Część przedstawicieli doktryny określało go mianem cezaryzmu jako modelu ustrojowego będącego formą pośrednią między republiką a monarchią⁷³.

Teoretycznie wydawać by się mogło, że pozycja Prezydenta RP doznawała istotnych ograniczeń ze względu na wprowadzenie w Rozdziale II (Prezydent Rzeczypospolitej) art. 14 ust. 1 Konstytucji wymogu kontrasygnaty aktów urzędowych głowy państwa ze strony premiera i właściwego ministra⁷⁴. Obowiązek ten nie znajdował zastosowania jednak w przypadku wydania aktu będącego uprawnieniem osobistym (prerogatywą) głowy państwa, co można wywnioskować z ust. 2 tego artykułu⁷⁵. Do uprawnień osobistych Prezydenta RP, zawartych w art. 13 ust. 2 Konstytucji kwietniowej,

68 *Prawo konstytucyjne*, red. Wiesław Skrzydło (Lublin: Morspol, 1994), 62.

69 *Ibidem*, 61.

70 Ryszard Mojak, „Instytucja prezydenta w polskim prawie konstytucyjnym w latach 1935–1939” *Annales UMCS*, nr 37 (1990): 117 i n.

71 Ustawa Konstytucyjna z dnia 23 kwietnia 1935 r. (Dz. U. z 1935 r. Nr 30, poz. 227) – dalej: Konstytucja kwietniowa.

72 Górecki, *Pozycja*, 30-31.

73 *Ibidem*, 33.

74 Art. 14 ust. 1: „Akty urzędowe Prezydenta Rzeczypospolitej wymagają do ważności podpisu Prezesa Rady Ministrów i właściwego Ministra”.

75 Art. 14 ust. 2: „Akty urzędowe wpływające z prerogatyw Prezydenta Rzeczypospolitej, nie wymagają kontrasygnaty”.

należało również stosowanie prawa łaski. Zostało ono uregulowane w art. 69 ust. 1 ustawy zasadniczej: „Prezydent Rzeczypospolitej władny jest aktem łaski darować lub złagodzić skazanemu karę, wymierzoną orzeczeniem prawomocnym, tudzież uchylić skutki skazania”. Ponadto ust. 2 tego artykułu dodawał, że, podobnie jak w przypadku Konstytucji marcowej, amnestia wymaga aktu ustawodawczego.

Zgodnie z art. 49 Konstytucji kwietniowej aktami ustawodawczymi były ustawy i dekrety Prezydenta RP. Zygmunt Łaguna wskazywał, że generalny akt łaski, na gruncie art. 69 ust. 2 Konstytucji, mógł dokonać się na mocy:

1. ustawy uchwalonej z inicjatywy Rady Ministrów albo Sejmu (art. 50 ust. 1), możliwej bez zgody rządu, ale przeprowadzonej zgodnie z zasadami procedur legislacyjnych (art. 53, 54);
2. dekretu Prezydenta RP, wydanego na podstawie czasowego i treściowego upoważnienia ustawowego (art. 55 ust. 1) albo wydanego w czasie, gdy Sejm jest rozwiązany – w razie konieczności państwowej (art. 55 ust. 2) – zawsze jednak na wniosek Rady Ministrów (art. 55 ust. 3)⁷⁶.

Łaguna stał również na stanowisku, że, w związku z ustawodawczym trybem wprowadzania amnestii, sądy nie mają możliwości badania ważności aktów ustawodawczych, które zostały należycie ogłoszone, a więc nie mają również prawa orzekać o amnestii, nawet gdyby zmieniała albo uchylała ona konkretne orzeczenia sądowe⁷⁷. August Paszkudzki, w swoim komentarzu do Konstytucji kwietniowej, dodawał, że dekret amnestyjny Prezydenta RP, w odróżnieniu od aktu łaski, podlegał już jednak obowiązkowi kontrasygnaty⁷⁸.

Należy zwrócić uwagę, że uregulowanie zakresu treściowego prawa łaski w Rozdziale IX „Wymiar sprawiedliwości” mogłoby sugerować, że decyzja o ułaskawieniu jest aktem władzy sądowniczej, a nie wykonawczej. Nie należy się temu dziwić, bowiem Prezydent RP, udzielając łaski skazanemu, wyjątkowo działał nie jako organ egzekutywy, ale organ władzy sądowniczej, a szerszym rozumieniu – jako podmiot uczestniczący w wymierzaniu sprawiedliwości⁷⁹. Stąd też przepis art. 64 ust. 4 Konstytucji kwietniowej mówiący o tym, że orzeczenia sądowe nie mogą być zmieniane ani uchylane przez inne organa władzy, nie znajdował tu zastosowania, gdyż dodatkowo

76 Zygmunt Łaguna, „Prawo łaski w świetle nowej konstytucji” *Głos Sądownictwa*, nr 11 (1937): 852.

77 Ibidem, 853.

78 August Paszkudzki, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 23 kwietnia 1935 roku. Tekst* (Lwów-Warszawa: Książnica-Atlas, 1935), 113.

79 Kozłowski, *Prawo łaski Prezydenta RP*, 108-109.

Prezydent był zwierzchnikiem wszystkich organów państwa, w tym sądów (art. 3 ust. 1 Konstytucji)⁸⁰.

Konstytucja kwietniowa, w przeciwieństwie do marcowej, wyraźnie wskazywała na wymóg prawomocności orzeczenia przy zastosowaniu prawa łaski. Wykluczone więc stawało się stosowanie abolicji w postaci nakazu umorzenia postępowania, które nie zostało jeszcze zakończone albo zakazu jego wszczęcia⁸¹. Podobnie uważał Maciej Starzewski, podkreślając że polski porządek prawny nie zna instytucji abolicji indywidualnej⁸². Tego samego zdania był Zygmunt Łaguna, twierdząc, że wyraźna treść art. 69 Konstytucji kwietniowej nie przewidywała możliwości jej zastosowania⁸³. Nie było to jednak stanowisko jednolite. Władysław Wolter wskazywał, że, na gruncie Konstytucji kwietniowej, prezydenckie prawo łaski znajdowało zastosowanie w najszerszym znaczeniu, gdyż przepisy ustawy zasadniczej ograniczone zostały do ogólnej formuły ułaskawienia⁸⁴.

Ustawa Konstytucyjna z dnia 23 kwietnia 1935 r., podobnie jak Konstytucja marcowa, dawała prezydentowi możliwość darowania kary w całości albo części – w postaci złagodzenia jej skutków, jak również przewidywała opcję zatarcia skutków skazania, np. restytucję w prawach honorowych⁸⁵. Konstytucja kwietniowa zrezygnowała jednak z określenia zasadzeń karno-sądowych jako przedmiotu prawa łaski. Oznaczało to, że Prezydent RP miał większą swobodę w tym zakresie niż na gruncie poprzedniej ustawy zasadniczej i mógł dokonywać ułaskawień osób skazanych orzeczeniami karno-administracyjnymi, dyscyplinarnymi itp.⁸⁶.

Sankcje orzekane w postępowaniu o wykroczenia lub dyscyplinarnym niejednokrotnie były bardziej dotkliwe od tych kryminalnych. W związku z tym utarła się praktyka, którą wypracował podczas swojej kadencji prezydent Mościcki, że wolno darować możliwie wszelkie dolegliwości o charakterze publicznym⁸⁷.

Ułaskawienie mogło dotyczyć również kar zasądzonych przez sądy doraźne. Prawo łaski, mimo zwykle krótkiego czasu od wydania wyroku do jego wykonania (w przypadku kary śmierci były to maksymalnie 24

80 Ibidem, 109.

81 Górecki, *Pozycja*, 112.

82 Starzewski, *Uwagi*, 226-227.

83 Łaguna, *Prawo*, 852.

84 Władysław Wolter, *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna*, t. II (Kraków: Leon Frommer 1934), 174.

85 Kozłowski, *Prawo łaski Prezydenta RP*, 109.

86 Górecki, *Pozycja*, 112.

87 Kozłowski, *Prawo łaski Prezydenta RP*, 147.

godziny⁸⁸), pełniło niejako funkcję gwarancyjną, pozwalającą wkroczyć tam, gdzie istniała obawa, czy orzeczenie zostało wydane w oparciu o właściwe procedury i gwarancje sądownicze⁸⁹. Prezydent RP mógł delegować swoje uprawnienie na właściwego dowódcę wojskowego. Dotyczyło to zarówno postępowania doraźnego, jak i procesów prowadzonych w warunkach wojny, a nawet na morzu⁹⁰.

Odmienne niż w przypadku regulacji Konstytucji marcowej oraz Konstytucji 3 Maja, ustawa zasadnicza z 1935 r. nie zabraniała głowie państwa dokonywania ułaskawień ministrów, którzy zostali skazani orzeczeniem Trybunału Stanu⁹¹. Tłumaczono to odmienną pozycją tego organu, gdyż, zgodnie z art. 71 Konstytucji kwietniowej, TS nie miał już charakteru samodzielnego, lecz jego skład był powoływany przez Prezydenta, a także faktem, iż głowa państwa pełniła wcześniej wspomniane już zwierzchnictwo nad wszystkimi organami administracji państwowej⁹².

W toku stosowania prawa łaski, na podstawie przepisów Konstytucji kwietniowej, prezydent Ignacy Mościcki (urzędujący w latach 1926–1939) poważnie podchodził do swoich obowiązków w tym zakresie. Wysłuchiwał referatów i opinii szefa Kancelarii Cywilnej dotyczących wniosków ministra sprawiedliwości o ułaskawienie. Nie zdarzało się, aby głowa państwa pobieżnie zapoznawała się z tą dokumentacją ze względu na inne swoje obowiązki. Prezydent przyjmował również kilka razy w roku Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego oraz Pierwszego Prezesa Najwyższego Trybunału Administracyjnego, którzy informowali go o bieżących problemach sądownictwa⁹³.

5. Wybrane elementy agracacji na ziemiach polskich podczas II wojny światowej

W drugim dniu wojny z Niemcami, celem konsolidacji narodu wólk państwa oraz jego mobilizacji do walki z wrogiem, Prezydent RP wydał dekret o amnestii⁹⁴. Zgodnie z tym aktem „puszczone zostały w niepamięć” wszelkie wykroczenia, przestępstwa podatkowe do wysokości 3 tys. zł oraz niektóre przestępstwa wojskowe, popełnione przed 31 sierpnia 1939 r. Darowano również kary grzywny, a także kary pozbawienia wolności, orze-

88 Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 26 sierpnia 1932 r. o wprowadzeniu postępowania doraźnego (Dz. U. z 1932 r. Nr 74, poz. 669).

89 Kozłowski, *Prawo łaski Prezydenta RP*, 145.

90 Ibidem, 144.

91 Paszkudzki, *Konstytucja*, 23.

92 Rogoziński, *Instytucja*, 113.

93 Górecki, *Pozycja*, 113.

94 Dekret Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 2 września 1939 r. o amnestii (Dz. U. z 1939 r. Nr 87, poz. 553).

czony w wymiarze nieprzekraczającym roku. Ponadto złagodzone o połowę kary pozbawienia wolności orzeczone w granicach 1-5 lat oraz o jedną trzecią w wymiarze 5-10 lat. Amnestii tej jednak nie stosowano:

1. wobec tych, którzy po dniu 30 sierpnia 1939 r. uchylili się od obowiązku stawienia się do poboru lub od obowiązku służby wojskowej;
2. wobec tych, którzy zostali skazani na utratę praw publicznych i obywatelskich praw honorowych;
3. wobec tych, którzy zostali skazani na umieszczenie w zakładzie dla niepoprawnych;
4. wobec tych, którzy zostali skazani na karę pozbawienia wolności na podstawie art. 24 prawa karnego skarbowego (w warunkach multirecydywy – „po dwukrotnym odcierpieniu kary za przestępstwo umyślne”⁹⁵).

Wkrótce jednak powyższy dekret amnestyjny stracił istotnie (choć o dziwo nie kompletnie) na znaczeniu, gdyż Polska przegrała wojnę obronną, z września i października 1939 r., która pozbawiła państwo polskie atrybutów suwerenności zarówno w ujęciu polityczno-prawnym⁹⁶, jak i terytorialnym. Rząd RP na uchodźstwie nie miał już możliwości wykonywania swej jurysdykcji sądowej na ziemiach polskich.

Na obszary dawnej II Rzeczypospolitej rozciągnięto prawo dwóch okupantów: ZSRR i III Rzeszy Niemieckiej. Tereny tzw. Kresów Wschodnich zostały włączone do Białoruskiej i Ukraińskiej Republiki Radzieckiej, a te włączone do Związku Radzieckiego. Część obszarów, np. Górny Śląsk, Wielkopolskę czy Pomorze, włączono bezpośrednio do Niemiec. Z pozostałych obszarów utworzono, na podstawie dekretu Adolfa Hitlera z dnia 12 października 1939 r. (z mocą obowiązującą od 26 października), osobliwy twór administracyjno-terytorialny pod nazwą Generalnego Gubernatorstwa (GG).

Na terenie GG Niemcy zachowali polskie prawo cywilne i karne (materialne i procesowe), o ile nie pozostawało ono w sprzeczności z przejęciem władzy przez Rzeszę Niemiecką i wykonywaniem przez nią zadań wojskowych. Przepisy te jednak były często zmieniane w drodze dekretów i rozporządzeń kanclerza Rzeszy, generalnego gubernatora oraz dowódcy SS i policji w GG⁹⁷.

95 Ustawa z dnia 18 marca 1932 r. karna skarbowa (Dz. U. z 1932 r. Nr 34, poz. 355 z późn. zm.).

96 Z prawnomiędzynarodowego punktu widzenia państwo polskie nadal istniało, gdyż jego reprezentacją był Rząd RP na uchodźstwie z siedzibą w Angers, a po upadku Francji w czerwcu 1940 r. – w Londynie.

97 Adam Lityński, *Historia prawa Polski Ludowej* (Warszawa: LexisNexis, 2013), 22.

Już 22 listopada 1939 r. wydano przepisy wykonawcze do rozporządzenia o sądach specjalnych GG, z których wynikało, że podmiotem uprawnionym do stosowania prawa łaski był generalny gubernator⁹⁸. Stanowisko to piastował Hans Frank, który otrzymał tak szeroki zakres władzy, że sam się zaczął nazywać „niemieckim królem Polski”⁹⁹. Nie zmieniało to jednak faktu, że narastały pewnego rodzaju kontrowersje co do podmiotów władnych dysponować prawem łaski. Wątpliwości te rozwiązał dekret kanclerza Rzeszy z dnia 30 stycznia 1940 r., w którym Hitler przekazał Frankowi uprawnienia do umarzania postępowania i ułaskawiania, z wyłączeniem jednak funkcjonariuszy SS i policji. Generalny gubernator otrzymał również możliwość subdelegacji otrzymanych kompetencji podległym sobie organom w ramach struktury GG¹⁰⁰.

Zgodnie z dekretem generalnego gubernatora z dnia 8 marca 1940 r. wykonanie wyroków śmierci, zasądzonych przez sądy specjalne, sądy powszechnie lub policyjne sądy doraźne GG mogło nastąpić dopiero po wydaniu decyzji przez Hansa Franka, że nie korzysta z zastosowania prawa łaski w tych indywidualnych przypadkach¹⁰¹. W dniu 20 grudnia 1941 r. dekret ten został znowelizowany i dawał możliwość ułaskawienia gubernatorom dystryktów – ale tylko w przypadku skazania Żydów przez sądy specjalne za naruszenie przepisów o ograniczeniach prawa pobytu (co w praktyce wiązało się z ucieczką z getta)¹⁰². Ułaskawień w tej materii dokonywano niezwykle rzadko¹⁰³.

Od 5 maja 1942 r. prawem łaski, w zakresie kar pozbawienia wolności i grzywn, posiadał kierownik Głównego Wydziału Sprawiedliwości w Rządzie GG. Miał on także możliwość delegowania swych uprawnień na inne podmioty, np. na kierowników prokuratur przy sądach specjalnych. Warto dodać, że analogiczne uprawnienia uzyskali kierownicy wydziałów sprawiedliwości w ramach sądownictwa karnego¹⁰⁴. Pewnego rodzaju zaburzeniem w funkcjonowaniu prawa łaski w Generalnym Gubernatorstwie była

98 Andrzej Wrzyszczyk, *Okupacyjne sądownictwo niemieckie w Generalnym Gubernatorstwie 1939–1945. Organizacja i funkcjonowanie*, (Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii-Curie Skłodowskiej, 2008), 204.

99 Andrzej Szwarc, Marek Urbański, Paweł Wieczorkiewicz, *Kto rządził Polską? Nowy poczet władców od początków do XXI wieku* (Warszawa: Świat Książki, 2007), 204.

100 Wrzyszczyk, *Okupacyjne*, 205.

101 Ibidem, 207.

102 Ibidem, 209.

103 Ibidem, 213-214.

104 Ibidem, 210-211.

możliwość natychmiastowego wykonania kary śmierci przez sądy doraźne tworzone przez policję bezpieczeństwa (SD) od 2 października 1943 r.¹⁰⁵.

Na ziemiach okupowanych przez ZSRR w latach 1939-1941, czyli tzw. Kresach Wschodnich, zostały wprowadzone sądy i prawo radzieckie. Paromilionowa większość represjonowanych Polaków nigdy nie ujrzała sali sądowej, gdyż byli skazywani w trybie zaocznym i to nie przez organ sądowy, lecz administracyjny. Na szczeblu centralnym było to kolegium specjalne NKWD (OSO), a terenowym – tzw. trojka, która składała się z dwóch funkcjonariuszy NKWD i prokuratora. Ten tryb wyrokowania w 95% oznaczał najwyższy wymiar kary, przy czym zawsze wyrok był ostateczny – nie przewidywał odwołania ani wniesienia prośby o łaskę¹⁰⁶.

6. Zakończenie

Prawo łaski, które funkcjonowało w okresie międzywojennym, było istotną prerogatywą głowy państwa. Najpierw jej dysponentem, przez krótki okres tzw. prowizorium konstytucyjnego, był Naczelnik Państwa, a od 1921 r. – Prezydent Rzeczypospolitej. Kompetencja do ułaskawiania poszczególnych osób fizycznych, zwłaszcza w okresie obowiązywania Konstytucji marcowej, była rozumiana przez doktrynę w sposób niejednolity, co powodowało liczne konfuzje w zakresie przedmiotowym jej stosowania. Część badaczy opowiadała się za tezą, że głowie państwa przysługuje niemal niczym nieograniczone prawo łaski, a więc możliwość stosowania także abolicji indywidualnej oraz zatarcia skazania, co mogło oznaczać ingerencję w wykonywanie wymiaru sprawiedliwości przez sądy.

W okresie sanacyjnym prerogatywa Prezydenta w zakresie stosowania prawa łaski została wzmocniona, o czym świadczy również fakt, że nie tylko nie był on ograniczony przedmiotowo, lecz również podmiotowo, bowiem mógł ułaskawić nawet osoby skazane orzeczeniem Trybunału Stanu. Co do jednego była jednak zgodność, co zresztą literalnie wynikało z przepisów konstytucyjnych – co do zasady amnestia była zastrzeżona dla Sejmu.

Współcześnie pozycja Prezydenta RP nie jest już tak silna, jak na gruncie Konstytucji kwietniowej, czego pośrednią implikacją jest pytanie o zakres przedmiotowy prezydenckiego prawa łaski, które, w świetle praktyki konstytucyjnej, wydaje się pozostawać do dziś otwarte.

105 Ibidem, 215.

106 A. Lityński, *Historia*, 24.

Bibliografia

- Bancerz Stefan, „Amnestia w Polsce przedwrześniowej a amnestia obecnie” *Demokratyczny Przegląd Prawniczy*, nr 3 (1947).
- Bednarzak Jan, *Amnestia* (Warszawa: Wydawnictwa Prawnicze 1965).
- Cieślak Marian, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia* (Warszawa: Wydawnictwa Prawnicze PWN 1995).
- Deryng Andrzej, *Akty rządowe głowy państwa* (Lwów: nakł. Towarzystwa Naukowego, 1934).
- Górecki Dariusz, *Pozycja ustrojowo-prawna Prezydenta Rzeczypospolitej i rządu w ustawie konstytucyjnej z 23 kwietnia 1935 r.* (Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 1995).
- Kaczmarczyk-Kłak Katarzyna, „Prawo łaski w świetle Konstytucji z 17 marca 1921 r. Zagadnienia ustrojowe i procesowe” *Studia Iuridica Lublinensia*, nr 23 (2014).
- Kaczmarczyk-Kłak Katarzyna, *Prawo łaski na tle porównawczym. Dawniej i współcześnie* (Rzeszów: MITEL, 2013).
- Kaczmarczyk-Kłak Katarzyna, *Prawo łaski w okresie prowizorium konstytucyjnego w latach 1918–1922*, [w:] *Ustroje – historia i współczesność. Polska – Europa – Ameryka Południowa. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Jackowi Czajowskiemu*, red. Grzybowski Marian, Kuca Grzegorz, Mikuli Piotr. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego 2013.
- Komarnicki Wacław, *Zarys ustroju państwowego Rzeczypospolitej Polskiej Polskiej* (Warszawa: Wydawnictwo F. Hoesicka, 1923).
- Kozłowski Krzysztof, *Prawo łaski Prezydenta RP. Historia, regulacja, praktyka* (Warszawa: C. H. Beck, 2013).
- Krukowski Stanisław, „Mała Konstytucja z 1919 r.”, [w:] *Konstytucje Polski. Studia monograficzne z dziejów polskiego konstytucjonalizmu*, red. Kallas Marian, t. II. Warszawa: PWN, 1990.
- Krzymuski Edmund, [w:] *Ankieta konstytucyjna Sejmu R.P.*, oprac. Kutrzeba Stanisław, t. III. Warszawa 1931.
- Krzymuski Edmund, *System prawa karnego ze stanowiskiem nauki i trzech kodeksów obowiązujących w Polsce* (Kraków: Nakład Krakowskiej Spółki Wydawniczej, 1921).
- Kutrzeba Stanisław, *Polska Odrodzona 1914–1939* (Kraków: Społeczny Instytut Wydawniczy Znak, 1988).
- Lityński Adam, *Historia prawa Polski Ludowej* (Warszawa: LexisNexis, 2013).
- Łaguna Zygmunt, „Prawo łaski w świetle nowej konstytucji” *Głos Sądownictwa*, nr 11 (1937).
- Makarewicz Juliusz, *Prawo karne. Wykład porównawczy z uwzględnieniem prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej* (Lwów-Warszawa: Książnica Polska, 1924).

- Makowski Julian, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* (Warszawa: Księgarnia F. Hoesicka, 1924).
- Mojak Ryszard, „Instytucja prezydenta w polskim prawie konstytucyjnym w latach 1935–1939” *Annales UMCS*, nr 37 (1990).
- Paszczudzki August, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 23 kwietnia 1935 roku. Tekst* (Lwów-Warszawa: Książnica-Atlas, 1935).
- Prawo konstytucyjne*, red. Skrzydło Wiesław (Lublin: Morpol, 1994).
- Rogoziński Piotr, *Instytucja ułaskawienia w prawie polskim* (Warszawa: Oficyna a Wolters Kluwer business, 2009).
- Skrobecki Władysław, „Prawo łaski Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej” *Gazeta Administracji i Policji Państwowej* nr 19 (1923).
- Słownik języka polskiego*, red. Szymczak Mieczysław, t. II (Warszawa: PWN, 1988).
- Starzewski Maciej, „Uwagi o zwierzchnictwie sił zbrojnych oraz o prawie łaski Prezydenta RP” *Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne*, nr 30 (1935).
- Starzyński Stanisław, *Konstytucja Państwa Polskiego* (Lwów: Towarzystwo Naukowe, 1921).
- Szwarc Andrzej, Marek Urbański, Paweł Wieczorkiewicz, *Kto rządził Polską? Nowy poczet władców od początków do XXI wieku* (Warszawa: Świat Książki, 2007).
- Śliwiński Stanisław, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna* (Warszawa: Gebethner i Wolff, 1946).
- Wilk Leszek, „Prawo łaski a sprawiedliwość karania – refleksja filozoficzno-prawna” *Problemy Prawa Karnego*, nr 23 (2000).
- Wilk Leszek, „W sprawie uregulowania i stosowania łaski generalnej”, *Palestra*, nr 5-6 (2002), 36.
- Witkowski Zbigniew, *Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej (1921–1935)* (Warszawa-Poznań-Toruń: PWN, 2007).
- Wolter Władysław, *Zarys system prawa karnego. Część ogólna*, t. II (Kraków: Leon Frommer, 1933).
- Wolter Władysław, *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna*, t. I, (Kraków: Leon Frommer, 1933).
- Wrzyszczyk Andrzej, *Okupacyjne sądownictwo niemieckie w Generalnym Gubernatorstwie 1939–1945. Organizacja i funkcjonowanie* (Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Mari-Curie Skłodowskiej, 2008).

Stan wyjątkowy jako formuła przestrzenna. Amerykańskie więzienie w Abu Ghraib w kontekście filozofii prawa Carla Schmitta

The State of Emergency as a Spatial Form. American Prison in Abu Ghraib in the Context of Carl Schmitt's Philosophy of Law

The author attempts to analyze the legal situation of the American prison in Abu Ghraib through the prism of the philosophy of law developed by Carl Schmitt. According to the author Schmitt's philosophy of law is the right one since Schmitt treats law as assigned to particular geographical territory. He also analyzes the institution of an unlawful combatant as an implementation of the partisan concept developed by Schmitt.

Wojciech Engelking

*Magister prawa
Uniwersytet Warszawski*

ORCID - 0000-0002-4816-9193

Słowa kluczowe:
Carl Schmitt, Abu Ghraib, decyzjonizm

Keywords:
Carl Schmitt, Abu Ghraib, decisionism

<https://doi.org/10.36128/priw.vi31.51>

1. Wprowadzenie

Teza, jakoby tym modelem prawnym, przy pomocy którego najbardziej adekwatnie opisać można amerykańską reakcję na ataki z 11 września 2001 r., była decyzjonistyczna filozofia prawa i polityki Carla Schmitta, urosła w ostatniej dekadzie do chętnie powtarzanego szlagwortu¹. W analizie

1 Zob.: Jason Ralph, „The laws of war and the state of the American exception” *Review of International Studies*, nr 35 (2009): 631; Davis Abraham, „The Bush Regime from Elections to Detentions: A Moral Economy of Carl Schmitt and Human Rights” *University of Miami Law Review*, nr 249 (2008): 258; Claus Offe, „Rekonstruk-

przyznających prezydentowi Stanów Zjednoczonych nieograniczone kompetencjami legislacyjnej i władzy sądowniczej prerogatywy aktów prawnych (w rodzaju PATRIOT Act czy Authorization for Use of Military Force) wielu badaczy zwykło posługiwać się schmittiańską kategorią suwerena – tego, który decyduje o stanie wyjątkowym. Opisany przez Schmitta w *Teologii politycznej* suweren miał być figurą, przez pryzmat której najlepiej zobaczyć można nową pozycję prezydenta w amerykańskim systemie, w którym to „podobnie jak schmittiański suweren posiada on absolutną władzę do identyfikowania i powstrzymywania zagrożeń dla bezpieczeństwa narodowego”².

Nie można nie zauważyć, że tego rodzaju sposób opisu czerpie jedynie z wczesnej, decyzyjonistycznej myśli Carla Schmitta – czy też, by posłużyć się periodyzacją dzieła filozofa z Plettenbergu autorstwa Monserat Herrero, z tych jego prac, które powstały w okresie ducha politycznego, czyli w latach 1920-1932³. Za cechy spajające prace niemieckiego filozofa z owego czasu należy uznać, po pierwsze, biorące się z polemiki z myśleniem liberalnym i normatywistycznym przekonanie o podporządkowaniu prawa polityce, po drugie ujmowanie tej ostatniej jako nieodmiennie powiązanej z czynnikiem osobowym: tego, który decyduje, a jego decyzja wynika z normatywnej pustki i oceny sytuacji egzystencjalnej, w jakiej się znalazł. Tymczasem dzieła autora *Teologii politycznej* powstałe w owym okresie spotkały się z szeroko zakrojoną krytyką mu współczesnych, którą Carl Schmitt przyjął i niedługo później, bo w połowie lat trzydziestych XX w., w dość radykalny sposób przeformułował swój sposób myślenia, w artykule *O trzech rodzajach myślenia w nauce prawa* z 1936 r. stwierdzając nawet, że „decyzyjonista powinien przejść do historii”⁴. Swoją nową filozofią polityki i prawa uczynił wówczas inspirowany myślą francuskiego administratywisty Maurice’a Hauriou instytucjonalizm, nazywany przezeń myśleniem według konkretnego porządku.

W przywoływanym tekście z 1936 r. próżno szukać informacji, czym ów konkretny porządek miałby być; jednym słowem – do jakiej konkretności Carl Schmitt się odnosi. Odpowiedź na to pytanie przynoszą dopiero trzy prace autora *Teologii politycznej* z drugiej połowy lat trzydziestych,

tion oder Dekonstruktion des ‘Westens’”, [w:] *Souveränität, Recht, Moral: die Grundlagen politischer Gemeinschaft*, red. Claus Offe (Frankfurt: Campus Verlag, 2007), 189.

- 2 Evan Criddle, Evan Fox-Decent, *Fiduciaries of Humanity. How International Law Constitutes Authority* (Oxford: Oxford University Press 2016), 144.
- 3 Montserrat Herrero, *The Political Discourse of Carl Schmitt. A Mystic of Order* (London-New York: Rowman & Littlefield 2015), 10.
- 4 Carl Schmitt, „O trzech rodzajach myślenia w nauce prawa”, przeł. Jerzy Zajadło, [w:] Jerzy Zajadło, *Schmitt* (Sopot: Wydawnictwo Arche, 2016), 69.

pięćdziesiątych oraz sześćdziesiątych, do których będę się najczęściej w niniejszym tekście odwoływał: *Porządek wielkoobszarowy w prawie międzynarodowym*, *Teoria partyzanta* oraz *Nomos ziemi w prawie międzynarodowym ius publicum Europaeum*. W nich Schmitt, w okresie ducha politycznego niezainteresowany problematyką prawa międzynarodowego, stawia to ostatnie w centrum swojego namysłu, a konkretny porządek, o który wnosił w 1936 r., przyjmuje wymiar porządku geograficznego. Nie znaczy to jednak – jak twierdzi na przykład Jerzy Zajadło – że w ten sposób Schmitt, wcześniej poświęcający swoją uwagę sytuacjom anomicznym, wyjątku od normy, zwraca się ku normalności⁵. Wręcz przeciwnie: badając przemiany prawa międzynarodowego wynikające z przemian myślenia o przestrzeni ziemskiej w związku z, po pierwsze, poszerzaniem wiedzy o tejsze, po drugie zaś, z nowych sposobów czynienia sobie przez człowieka jej poddaną, Schmitt zdaje sobie sprawę, że bada je w szczególnych okolicznościach: tworzenia się nowego porządku międzynarodowego, w którym powstają instytucje wcześniej nieznanne, a dotychczasowe – między innymi stan wyjątkowy – przyjmują nowe, szczególnie pod względem przestrzennym, oblicze.

Owa późna schmittiańska filozofia polityki i prawa, z umieszczonym w centrum namysłu powiązaniem prawa z terytorium geograficznym i wyobrażeniem o nim, zdaje mi się najbardziej adekwatnym modelem do analizy tego wątku tzw. amerykańskiej wojny z terrorem, do którego narzędzia pochodzące z decyzyonistycznej myśli Carla Schmitta są niewystarczające. Mam tu na myśli, po pierwsze, problematykę lokowanych poza granicami USA więzień takich jak Guantánamo i Abu Ghraib, po drugie zaś: status prawny umieszczonych w tych ostatnich więźniów, przez administrację George'a W. Busha określonych jako *unlawful combatants* i niecieszących się prawami przysługującymi jeńcom wojennym. Należy zaznaczyć, że nie będę się starał udowodnić, jakoby amerykańskie rozwiązania prawne dotyczące owej problematyki były wprost inspirowane myślą Schmitta – takie przekonanie, jak twierdzi Alain de Benoist, dominuje w niektórych kręgach badaczy⁶. Moim celem jest zastosowanie schmittiańskiego języka do ich analizy. Toteż wpierv opiszę, w jaki sposób pozbawienie *unlawful combatants* prawnej ochrony realizuje postulaty z *Teorii partyzanta*; następnie przejdę do Schmitta koncepcji przemian *nomos* i związanego z nią w XVI w. wypchnięcia stanu wyjątkowego poza granice Europy; później zastosuję ten model do opisanego losów więźnia w Abu Ghraib jako miejsca, w którym schmittiański stan wyjątkowy zyskał wymiar przestrzenny. Tekst zwińczy próba opisanego działań USA jako Rzeszy, zgodnie ze wskazaniem Schmitta z *Nomосу ziemi*.

5 Jerzy Zajadło, „Filozofia (teoria) prawa Carla Schmitta?” *Przegląd Sejmowy*, nr 4 (2016): 85.

6 Alain de Benoist, *Carl Schmitt today. Terrorism, „just” war, and the state of emergency*, przeł. A. Jacob (London: Arktos, 2013), 11.

2. *Unlawful combatant* a schmittiański partyzant

„Przebywający w Guantánamo nie mają statusu więźniów wojennych, nie mają właściwie żadnego statusu prawnego. Są tylko obiektem i ofiarą nagiej siły: pod względem prawnym w ogóle nie istnieją” – stwierdził Giorgio Agamben⁷. Zdanie włoskiego filozofa, wskazującego na schmittiańskie inklinacje w polityce Stanów Zjednoczonych jeszcze przed rozpoczęciem tzw. wojny z terrorem (m. in. na problematykę paszportów biometrycznych), stoi na kontrze do oficjalnego stanowiska Białego Domu w tej sprawie: w 2005 r. administracja George’a W. Busha wydała oficjalny dokument, w którym stwierdzono, że choć pojmanym żołnierzom Al-Kaidy i Talibanu nie przysługuje status jeńców wojennych, to cieszą się oni innym statusem: *unlawful combatants*. Ponadto, Biały Dom obiecał „traktować wszystkie jednostki osadzone w Guantánamo w sposób humanitarny i, w odpowiednim zakresie i z koniecznością, w sposób zgodny z zasadami Trzeciej Konwencji genewskiej z 1949 r.”⁸.

Jako podstawę prawną przyznania im tego rodzaju statusu wskazano wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Ex parte Quirin* z 1942 r., dotyczącej ośmiu sabotażystów, wysłanych przez III Rzeszę do USA. Sabotażyści sądzeni byli przed wojskowym trybunałem, którego właściwość Sąd Najwyższy USA rozpoznał po fakcie, iż nie byli oni jeńcami wojennymi, lecz właśnie *unlawful combatants*, ponieważ ich czyny (szpiegostwo, dążenie do niszczenia mienia) sprawiły, że ich zasadzająca się na wojennym konflikcie wrogość wobec USA była niezgodna z prawem⁹. Podobnie, zdaniem administracji George’a W. Busha, miały się sprawy z żołnierzami Al-Kaidy, która – zdaniem ówczesnego sekretarza Departamentu Obrony, Donalda Rumsfelda - „nie jest państwem. Nie zachowuje się jak armia. Jej członkowie nie noszą mundurów. Nie mają znaków rozpoznawczych. Nie noszą jawnie broni”¹⁰. Dlatego też, na mocy Presidential Military Order: *Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism* mogli oni być „zatrzymani, a potem sądzeni przez trybunały wojskowe za naruszenie

7 Giorgio Agamben, Ulrich Raulff, „An Interview with Giorgio Agamben” *German Law Journal*, nr 5 (2004): 611.

8 *White House Fact Sheet. Status of Detainees at Guantánamo*.
<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/02/20020207-13.html>,
 [dostęp: 13.08.2019].

9 *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942).

10 Zob.: Lawrence Azubuike, „Status of Taliban and Al Qaeda Soldiers: Another Viewpoint” *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 19 (2003): 185.

przepisów wojennych i innych obowiązujących przepisów”¹¹. Kluczową sprawą jest tu właśnie wskazanie trybunałów wojskowych jako posiadających właściwość do sądenia zatrzymanych, która to w wypadku przyznania im statusu jeńców wojennych byłaby udziałem sądów cywilnych.

Instytucja *unlawful combatants* interesująco wygląda na tle uregulowań czterech Konwencji genewskich z 1949 r. i dwóch Protokołów dodatkowych do nich z 1977 r., w myśl których to, jak przypomina René Värk, „każda osoba znajdująca się w rękach wroga musi posiadać status na mocy prawa międzynarodowego – albo jeńca wojennego, albo też cywila. Nie ma statusu pośredniego: nikt w rękach wroga nie może być poza prawem”¹². I chociaż członkowie Al-Kaidy nie spełniali wszystkich wskazujących cechy, jakie musi posiadać jednostka, by została uznana za jeńca wojennego zapisów ratyfikowanej przez Stany Zjednoczone konwencji z 1949 r. (m.in. obowiązku noszenia widocznego z oddali znaku, po których można ich było rozpoznać, otwartego noszenia broni, prowadzenia operacji wojennych zgodnie z wojennym prawem i obyczajem), należy zauważyć, że Protokół pierwszy do teŝe (przez USA nieratyfikowany) rozszerzał ochronę prawną związaną ze statusem jeńca wojennego także na tych, którzy znaleźli się w sytuacjach konfliktów zbrojnych „w których ludy walczą przeciw panowaniu kolonialnemu i obcej okupacji oraz przeciw reŝimom rasistowskim, wykonując swe prawo do samostanowienia zawarte w Karcie Narodów Zjednoczonych (...)”¹³. Celem Protokołu pierwszego – twierdzi William Scheuerman – było umieszczenie pod parasolem ochrony prawnej takiej, jak ta przysługująca regularnym żołnierzom, bojowników nieregularnych (stawiając im wymóg noszenia broni na widoku)¹⁴. I chociaż, jak przypomina Ingrid Detter¹⁵, taka ochrona nie obejmowała terrorystów, nie wszystkich uznanych przez administrację George’a W. Busha za *unlawful combatants* można uznać za wypełniających

-
- 11 *Presidential Military Order: Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*. <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html>, [dostęp: 14.08.2019].
 - 12 René Värk, „The Status and Protection of Unlawful Combatants” *Juridica International*, nr 10 (2005): 191-192.
 - 13 *Deklaracja zasad prawa międzynarodowego dotyczących przyjaznych stosunków i współdziałania państw zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych z 24 października 1970 r.* <http://www.grocius.edu.pl/Documents/dekl2625.html>, [dostęp: 6.07.2018].
 - 14 William Scheuerman, „Carl Schmitt and the Road to Abu Ghraib” *Constellations*, t. XII (2006): 115.
 - 15 Ingrid Detter, *Law of War* (Burlington: Ashgate, 2013), 116.

znamiona prowadzących działalność terrorystyczną wedle definicji U.S. Code of Federal Regulations¹⁶.

Nie będąc terrorystą, cywilem ani jeńcem wojennym *unlawful combatant* pozostawał za rządów administracji George'a W. Busha instytucją w niewielkim stopniu unormowaną; na mocy Military Commissions Act of 2006 w tytule 10. U.S. Code umieszczono jego definicję, jednak pozostawała ona jedynym uregulowaniem tej instytucji¹⁷. Ten specyficzny brak unormowania chciałbym tu uznać nie za przeoczenie ustawodawcy, lecz istotną, dystrynktywną cechę *unlawful combatant*, która świadczy o jego politycznym statusie, który, używając idiolektu Carla Schmitta, należałoby określić jako status partyzanta.

Autor *Teologii politycznej* zainteresował się tą instytucją na początku lat 60. XX w.; widział w niej moment, w którym, na skutek zetknięcia z regularną armią ludu, „przedobywatelskiego, ponadprzemysłowego i przekonwencyonalnego (...) otwierają się nowe przestrzenie wojny, powstaje nowa teoria jej prowadzenia i nowa nauka o wojnie i polityce”¹⁸. W opublikowanej w 1963 r. pracy, opisując historię wojen partyzanckich (od antynapoleońskiej *guerilli*, przez opór pokazany Francuzom w 1812 r. przez rosyjskich chłopów, zdobycie władzy przez Mao Zedonga po Organisation de l'Armée Secrète i generała Raoula Salana) starał się, jak twierdzi Rodolphe Gasché, nie pokazać rozmaite inkarnacje instytucji partyzanta w historii Zachodu, lecz raczej stworzyć z jej wcielen polityczną figurę, poprzez wyciągnięcie cech, które łączą partyzantów wszystkich epok¹⁹.

Te cechy to dla Schmitta: telluryczny charakter – partyzanci związani są z ziemią, na której i o którą walczą. Prowadzone przez nich działania są ograniczone terytorialnie tym, co chcą ochronić. Po drugie, partyzanci są

16 Który to stanowi, iż terroryzm to „niezgodne z prawem użycie siły i przemocy wobec osób lub mienia w celu zastraszenia lub przymuszenia rządu, ludności cywilnej lub jakiegokolwiek ich części, w celu realizacji celów politycznych lub społecznych”. 28 *C.F.R. Section 0.85*.

17 „Osoba, która brała udział w działaniach wojennych lub która celowo i materialnie wspierała działania wojenne przeciwko Stanom Zjednoczonym (...), która nie jest legalnym bojownikiem (w co włącza się osoba należąca do Talibanu, Al-Kaidy lub powiązanych sił)”. *Chapter 47A of Title 10 U.S. Code* (stan prawny na 17 października 2006 r.), 948(a)(1), (2) & (3).

18 Carl Schmitt, *Teoria partyzanta. Uwagi na marginesie „Pojęcia polityczności”*, przeł. B. Cymbrowski (Warszawa: Wydawnictwo Krytyki Politycznej, 2017), 23.

19 Rodolpho Gasché, „The partisan and the philosopher” *CR: The New Centennial Review*, nr 4 (2004): 12. Por.: C. Strathausen, „Myth or Knowledge?” *Télos*, nr 153 (2010): 22.

bardziej mobilni od żołnierzy: potrafią się przemieszczać szybko i atakować z zaskoczenia, co umożliwi im przetrwanie wśród posiadających zaawansowaną technicznie broń przeciwników. Mobilność, według filozofa z Plettenbergu, związana jest z faktem, iż partyzant znakomicie zna przestrzeń, na której prowadzona jest walka, bowiem zależy od pomocy mieszkańców tej przestrzeni; na samym początku rozwoju walk partyzanckich zresztą partyzant sam był po prostu miejscowym wieśniakiem. Po trzecie, partyzanci nie zakładają mundurów i nie noszą publicznie broni.

Schmitt, oczywiście, pisał swoją rozprawę w warunkach prawnych Konwencji Genewskich z 1949 r., w ramach której, jak pisze Marcus Schulzke, reprezentowane przez partyzantów odejście od „konwencji regularnej wojny odróżniało partyzantów od żołnierzy i prowadziło ich przeciwników do klasyfikacji partyzantów raczej jako kryminalistów, niżli regularnych aktorów sceny politycznej”²⁰. I chociaż filozof z Plettenbergu wymienia w *Teorii partyzanta* czwartą cechę partyzanta odróżniającą go od kryminalisty (polityczne zaangażowanie), nie czyni tego celem zgłoszenia postulatu *de lege ferenda*, aby to zmienić, przyznając partyzantowi taką ochronę prawną, jaką już po publikacji *Teorii partyzanta* objął go Protokół I z 1977 roku. Przeciwnie: jak pisze William Scheuerman, Schmitt twierdzi, że prawne uregulowanie instytucji partyzanta „przyczynia się do podkopania tradycyjnego systemu i jego tradycyjnego prawnego opisanie. (...) pomysł, by nieregularnych kombatanów regulować zwykłym prawem musi upaść; opiera się bowiem na błędnej u zarania próbie pogodzenia nieprzystających do siebie porządków”²¹.

W tym miejscu należy zadać pytanie, o jakich porządkach mówi Carl Schmitt. Podpowiedzi udziela czytelnikowi podtytuł *Teorii partyzanta*, odnoszący się do tekstu Schmitta z 1927 r. (a więc z czasów decyzyonistycznych), tj. *Pojęcia polityczności*. W tym tekście filozof z Plettenbergu zdefiniował tytułowe pojęcie jako zasadzające się na fundamentalnej różnicy pomiędzy przyjacielem a wrogiem, jako moment, w którym polityczność się najdonioślej uwidocznia, mając stan ekstraordynaryjny: „polityczna jest zawsze ta zbiorowość, która tworzy się w wyniku sytuacji wyjątkowej”²². Ta ostatnia zaś, twierdził, jest z kolei, na podobieństwo teologicznego cudu, nie do przewidzenia, nim nie zaistnieje – a skoro nie do przewidzenia, to także nie do unormowania przepisami prawa pozytywnego.

Odczytywany w kontekście prac Schmitta z lat dwudziestych XX w., partyzant jako instytucja, której regulacji filozof z Plettenbergu również

20 Marcus Schulzke, „Carl Schmitt and the mythological dimensions of partisan war” *Journal of International Political Theory*, nr 3 (2016): 347.

21 W. Scheuerman, „*Carl Schmitt and the Road to Abu Ghraib*”, 117.

22 Carl Schmitt, „Pojęcie polityczności”, [w:] idem, *Teologia polityczna i inne pisma*, przeł. M. A. Cichocki (Warszawa: Wydawnictwo Aletheia, 2013), 283.

odmawia, okazuje się nośnikiem polityczności i stanu wyjątkowego. Jak suweren, by zwalczyć ten ostatni, tak wróg partyzanta powinien mieć w walce z nim wolną rękę, bowiem nie wiadomo, jakich środków partyzant przeciw niemu użyje, nim tego nie zrobi. *Unlawful combatant*, myślany przez pryzmat koncepcji partyzanta, pozbawiony unormowania, ponieważ stanowi precedensowy przypadek instytucji politycznej. Jest stanem wyjątkowym w formie osobowej, dlatego uregulowanie go prawnymi przepisami w rodzaju Konwencji genewskich nie wchodzi w rachubę.

3. Więzienie w Abu Ghraib jako przestrzenny stan wyjątkowy

Ze względu na brak praw, jakimi cieszą się na mocy konwencji genewskich jeńcy wojenni, *unlawful combatants* w miejscach, w których byli przez siły amerykańskie przetrzymywani, traktowani byli w sposób odmienny niż ci, których te prawa są udziałem. Sposób tego traktowania w przypadku więzienia w Abu Ghraib niedaleko Bagdadu – powstałego w czerwcu 2003 r., niedługo po wejściu sił amerykańskich do Iraku – opisuje raport Anthony'ego Jonesa i George'a Faya, powstały na zlecenie amerykańskiego wojska po dwóch niezapowiedzianych w więzieniu wizytach delegacji Międzynarodowego Czerwonego Krzyża, którego obserwatorzy wskazywali na łamanie w Abu Ghraib praw człowieka.

Fay i Jones podzielili działania personelu Abu Ghraib względem więźniów na dwie kategorie: po pierwsze intencjonalną przemoc i naruszenia godności seksualnej, po drugie – działania, które wzięły się z niezrozumienia prawa i polityki wewnętrznej więzienia. Wśród tych pierwszych, którymi będą się tu zajmował, wymienili: współzawodnictwo dwóch żołnierzy, któremu uda się szybciej doprowadzić do defekacji więźniów w obecności psów; zmuszenie trzech skutych kajdankami więźniów do rozebrania się, następnie polecenie im, by położyli się na sobie i symulowali stosunek seksualny; gwałt na więźniarce i gwałty na dwóch niepełnoletnich więźniach; zmuszenie więźnia, by czekał w momencie, w którym żołnierz oddawał na niego moc; zmuszenie więźniów płci męskiej do noszenia damskiej bielizny; gwałt analny na więźniu przy użyciu szczotki, przeprowadzony przez dwie żołnierki²³. Wedle innego raportu, autorstwa Amnesty International to, co

23 Anthony Jones, George Fay, *Investigation of Intelligence Activities at Abu Ghraib* (Washington: Department of Defense, 2004). <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/dod/fay82504rpt.pdf>, [dostęp: 3.07.2018]. Zob. także: International Committee of the Red Cross, *Report of the International Committee of the Red Cross (ICRC) on the Treatment by the Coalition Forces of Prisoners of War and Other Protected Persons by the Geneva Conventions in Iraq during Arrest, Internment and Interrogation*. www.globalsecurity.org/military/library/report/2004/icrc_report_iraq_feb2004.htm, [dostęp: 3.07.2018].

działo się w Abu Ghraib było największym wystąpieniem przeciw prawom człowieka od ponad pół wieku²⁴.

Publikacja raportu w 2004 r. oburzyła międzynarodowe środowisko prawnicze. Lord Steyn, nestor brytyjskiego sądownictwa, określił to, co działo się w Abu Ghraib jako „potworną pomyłkę zarówno w wymiarze legalności, jak i sprawiedliwości”²⁵. By opisać zdarzenia z więzienia niedaleko Bagdadu, Adrian Vermuele z kolei użył koncepcji prawnej czarnej dziury, która powstaje, gdy prawne przepisy albo wyłączają działania egzekutywy spod wymagań *rule of law*, albo też wyłączają konieczność *judicial review* względem takich działań²⁶. Temu określeniu bodaj najbliższy jest do schmittiańskiej wizji stanu wyjątkowego, w której działania suwerena są nieograniczone nie tyle przez żadne przepisy, ile poprzez władze, które by zatwierdzały – lub nie – ich legalność. Jako taki, by użyć określenia Davida Dyzenhausa, stan wyjątkowy w schmittiańskim wydaniu jest „momentem czystej polityczności, niekontrolowanej przez *rule of law*”²⁷.

Tym jednak, co go kontroluje, jest umieszczenie na mapie, w określonym geograficznie układzie sił. W ten schmittiański sposób chciałbym zinterpretować też więzienie w Abu Ghraib: jako określone przestrzennie terytorium stanu wyjątkowego, w którym to terytorialne ograniczenie stanowi o tym, że suwerenność może się istoczyć. Jednym słowem: podobnie jak w przypadku *unlawful combatants* ich nieuregulowanie inaczej niż poprzez definicję umieszczoną w U.S. Code, zamierzam mieć prawną czarną dziurę, w jakiej warunkach funkcjonowało więzienie w Abu Ghraib, za jego cechą dystynktywną.

Takiemu traktowaniu sprzyja ujawnione w 2005 r. memorandum przedłożone George’owi W. Bushowi przez Alberto Gonzalesa, podówczas radcę prawnego Białego Domu. W memorandum (które do powszechnej świadomości weszło jako Torture memo) Gonzales opisywał więzienie w Abu Ghraib jako ośrodek przeznaczony do prowadzenia nowego typu wojny. W tym ostatnim, dodał, metodą przesłuchiwanie więźniów jest „obrazą

24 Zob.: Gregory Hooks, Clauton Mosher, „Outrages against Personal Dignity: Rationalizing Abuse and Torture in the War on Terror” *Social Forces*, nr 4 (2005): 1629.

25 Zob.: John Rozenberger, „‘Monstrous US justice’ attacked by law lord” *The Telegraph*, 26 lutego 2003.

26 Adrian Vermuele, „Our Schmittian Administrative Law” *Harvard Law Review*, nr 4 (2009): 112-113.

27 David Dyzenhaus, „Humpty Dumpty Rules or the Rule of Law: Legal Theory and the Adjudication of National Security” *Australian Journal of Legal Philosophy*, nr 28 (2003): 25.

podstawowej ludzkiej godności”²⁸. I chociaż zdaniem Jaya S. Bybee, ówczesnego zastępcy Prokuratora Generalnego USA, stanowiące realizację maksymy Gonzalesa działania nie stanowiły tortur, które by oznaczały złamanie przez USA po pierwsze ONZ-owskiej Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur z 1984. r., po drugie zaś sekcji 2340 Tytułu 18 U.S. Code, to ich ekstraordynaryjność nie pozostawia wątpliwości. Po pierwsze bowiem, jak stwierdzał Gonzales, nie mogłyby być one zastosowane, gdyby więźniowie Abu Ghraib byli objęci Trzecią Konwencją genewską²⁹. Po drugie, jak pisze Adrian Vermuele, po wyroku Sądu Najwyższego USA w sprawie Hamdan v. Rumsfeld, w którym stwierdzono, że przebywający w więzieniu w Guantánamo jako bazie wojskowej USA objęci są *habeas corpus* tego ostatniego, przesłuchiwanie więźniowie zostali przetransportowani z Kuby do Abu Ghraib właśnie, jako tego miejsca, które, choć znajdowało się pod kontrolą Amerykanów, nie było pod względem prawnym terytorium amerykańskim³⁰. Ujmując to idiolektem schmittiańskim, oznaczało to wyrzucenie stanu wyjątkowego poza amerykańską ziemię i przydzielenie mu terytorium: ograniczenie go pod względem geograficznym.

O takim wyrzuceniu w XVI i XVII stuleciu Schmitt pisze w fundamentalnym dla jego filozofii geografii politycznej *Nomosie ziemi* z 1950 r. Wiąże je z dwoma wydarzeniami, które ukształtowały ówczesny – w momencie wyrzucenia – europocentryczny *nomos* (o samym pojęciu *nomos* piszę w następnym rozdziale tego tekstu): po pierwsze pokojem westfalskim z 1648 r., które zapewnił równowagę sił i związane z nim ograniczenie wojny w Europie, po drugie: z odkryciem Nowego Świata i rozwojem polityki kolonialnej. Ten ostatni sprawił, że – Schmitt przywołuje uwagę Tomasza Hobbesa – tylko w Europie możliwa była do realizacji maksyma Francesco Vittorii: *homo homini homo*. Działania wojenne przeniosły się do Ameryk, które – Schmitt ponownie posługuje się Hobbesem – w *Lewiatanie* stały się przykładem „wilczej natury człowieka w stanie natury, a w *Behemocie* wspomina on [Hobbes – przyp. WE] o okropieństwach, jakich dopuścili się Hiszpanie w imperium Inków”³¹. Podobnie, dodaje Schmitt, rozumował podówczas Locke, w którego dziełach kwestia stanu natury odnosiła się do Nowego

28 Antonio Gonzales, *Memorandum for the President, January 25, 2002*. <https://nsarchive2.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB127/02.01.25.pdf>, [dostęp: 15.08.2019].

29 Jay Bybee, *Standards for Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A*. <https://nsarchive2.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB127/02.08.01.pdf>, [dostęp: 15.08.2019].

30 Vermuele, *Our Schmittian Administrative Law*, 114.

31 Carl Schmitt, *Nomos ziemi w prawie międzynarodowym ius publicum Europaeum*, przeł. K. Wudarska (Warszawa: Fundacja Augusta Hrabiego Cieszkowskiego, 2019), 66.

Świata, traktowanego jako przestrzeń ścierania się ze sobą sił europejskich i tubylczych w sposób, który na Starym Kontynencie był nie do pomyślenia. Jak czytamy w *Dwóch traktatach o rządzie*: „Na początku [czyli w stanie natury – przyp. WE] cały świat, w większym stopniu niż obecnie, był Ameryką”³². W wieku XVI i XVII ograniczenie wojny ukonstytuowało, według Schmitta, kontynent amerykański jako przestrzeń działań militarnych i stanu wyjątkowego: „wydzielono wielkie przestrzenie wolności jako strefy walki o podział nowego świata”³³. Można dodać, iż (początkowe przynajmniej) nieopisanie geograficzne Ameryki jako kontynentu czyniło z niej *a priori* przestrzeń stanu, którego nie można (jeszcze) opisać normami i uregulować, ponieważ nie było wiadomo z mapy, czego się na tym terytorium spodziewać.

Wyrzucenie stanu wyjątkowego poza Europę najmocniej zaakcentowane zostało – twierdzi Schmitt – w angielskim prawie tamtego czasu, hołdującemu rozróżnieniu na angielską ziemię – czyli terytorium, na którym obowiązywało *common law* – i inne obszary (kolonie, terytoria zamorskie i samo morze)³⁴. O ile na tej pierwszej władza królewska była spętana aktami prawnymi wydawanymi przez legislatywę, o tyle w innych obszarach pozostawała absolutna i nieograniczona przez żadne instytucje. Schmitt widzi w tym taką specyficzną, anglosaską konstrukcję stanu wyjątkowego (*martial law*), kierującą się ideą wolnej, wydzielonej i pustej przestrzeni, która jest wyjęta spod prawa i na której to obszarze „może się wydarzyć wszystko co zgodnie z sytuacją faktycznie wydaje się konieczne”³⁵. W porządku międzynarodowym oddzielała ją w XVI i XVII w. od przestrzeni, na której prawo obowiązuje, linia – jak nazywa ją Schmitt – przyjaźni potwierdzonej pokojowymi traktatami. Jednocześnie świat poza tą linią stanowił dla Europy miejsce, w którym – w pomyślnej wersji – odbywał się wzajemny test sił, w wersji niepomyślnej: dziki chaos wzajemnego wyniszczenia. Tego rodzaju myślenie o przestrzeni – twierdzi Schmitt – „stanowi skutek panującego w XVI

32 John Locke, *Dwa traktaty o rządzie*, przeł. Z. Rau (Warszawa: Wydawnictwo Aletheia, 2015), 284.

33 C. Schmitt, *Nomos ziemi w prawie międzynarodowym*, 67.

34 W samej Anglii nie obyło się to bez sprzeciwu niektórych prawników, którzy uważali, że na morzach obowiązującym pozostaje prawo rzymskie. Zob.: Stuart Elden, „Reading Schmitt geopolitically: nomos, territory and Grossraum”, [w:] *Spatiality, sovereignty and Carl Schmitt: geographies of the Nomos*, red. Stephen Legg (New York: Routledge, 2015), 98.

35 Schmitt, *Nomos ziemi w prawie międzynarodowym*, 67.

wieku przeciwstawienia obszaru agonalnej wolności i wolnego, mieszczańskiego społeczeństwa oraz państwa jako królestwa obiektywnego rozumu³⁶.

Myślane przez pryzmat tej idei, więzienie w Abu Ghraib jako ograniczony przestrzennie stan ekstraordynaryjny opisać można jako wyraz właśnie owej agonalnej wolności, w której sprzeczne z aktami prawa międzynarodowego działania są podejmowane na skutek zawieszenia prawa. Celem tych działań nie musi być tylko powzięcie od *unlawful combatants* wiedzy niezbędnej amerykańskim siłom wojskowym (jak bowiem pisze Christopher Kutz, informacje pozyskane od przesłuchiwanym w Abu Ghraib często były dla wojsk USA bezużyteczne³⁷). Istnienie przestrzennego stanu wyjątkowego ma również inne zadanie, które na gruncie schmittiańskiego idiolektu można opisać następująco: uzasadnienie stanu normalności, panującego poza granicami więzienia niedaleko Bagdadu.

W ten sposób unieważniony zostaje argument, iż w momencie historycznym, opisywanym przez filozofa z Plettenbergu w cytowanych fragmentach *Nomосу ziemi*, terytoria zamorskie mogły uchodzić za przestrzeń stanu wyjątkowego, dlatego, że były geograficznie nieopisane i dlatego zastosowanie tego elementu myśli Schmitta do myślenia o Abu Ghraib jest nietrafione, bo jeżeli miałyby być „od strony terytorialnej – jak powiada Schmitt w *Porządku wielkoobszarowym w prawie międzynarodowym* – podstawowym faktem dotychczasowego prawa międzynarodowego Europy³⁸, to w momencie, w którym przestałyby być kolonią, już takiej roli nie mogłyby pełnić. Warto bowiem zauważyć, że już w XVIII stuleciu, jak przypomina Schmitt, role się odwróciły: to kolonie stały się przestrzenią pokoju, natomiast kontynent europejski – teatrem wojny. W takim wypadku, używając schmittiańskiego idiolektu, można stwierdzić, że od momentu istnienia w miarę akuratnego wyobrażenia o przestrzeni ziemskiej zasadzający się na niej *nomos* musiał zawierać przestrzeń, do której delegowana została przemoc jako konsekwencja polityczności.

4. *Nomos i Grossraum*

W trzeciej części *Nomосу ziemi* Schmitt pomstuje – w tym samym duchu, co w latach dwudziestych na regulowanie stanu wyjątkowego i w latach sześćdziesiątych na pomysł, by regulować status partyzanta – na

36 Ibidem, 68.

37 Christopher Kutz, „Torture, Necessity and Existential Politics” *California Law Review*, nr 1 (2007): 242; S. Hersh, *Chain of Command. The Road from 9/11 to Abu Ghraib* (New York: Harper Collins, 2004), 44.

38 Carl Schmitt, *Porządek wielkoobszarowy w prawie międzynarodowym z zakazem interwencji dla sił obcych w danym obszarze. Przyczynek do pojęcia Rzeszy w prawie międzynarodowym*, przeł. B. Baran (Warszawa: Wydawnictwo Aletheia, 2015), 107.

instytucję *occupatio bellica*. Opisana przepisami prawa przez dwie Konwencje haskie z 1899 r. i 1907 r. – uprzednio stanowiąca zarówno zmianę suwerenności, jak i reżimu, na okupowanym terytorium – stała się czymś, co już „nie oznaczało ani zmiany terytorialnej, ani zmiany konstytucji (...) okupujące państwo wprawdzie sprawuje władze państwową na okupowanym obszarze, ale nie własną, lecz państwa okupowanego obszaru”³⁹. Uregulowana *occupatio bellica* stała się problemem prawnym, nie zaś politycznym, a „pozytywistyczne prawoznawstwo (...) było bezsilne wobec problemu stanu wyjątkowego [Schmitt tak traktuje zajęcie terytorium obcego państwa – przyp. WE], co wynika z natury metody pozytywistycznej”⁴⁰. Wynikało to, wedle Schmitta, z tego, że – skoro liberalno-pozytywistyczny system z państwem jako podstawową formułą organizacji politycznej był systemem zarówno okupowanego, jak i okupanta – normujący *occupatio bellica* uznali, że jest to system o charakterze uniwersalistycznym. Tymczasem, jak przypomina Schmitt, jest inaczej, a *nomos*, w ramach którego państwo stanowi taką formułę, to jeden z wielu możliwych, w dodatku w czasach mu współczesnych ulegający wyczerpaniu. „Już dawno uświadomiono sobie – powiada w *Porządku wielkoobszarowym*... z 1939 r. – że to tradycyjne pojęcie państwa jako centralne pojęcie prawa międzynarodowego nie odpowiada prawdzie ani rzeczywistości”⁴¹.

W tym miejscu należy zdefiniować, czym właściwie jest dla Schmitta *nomos* (νόμος). Przetłumaczony z greki na łacinę przez Cycerona w *Prawach* jako *lex*, nie stanowi prostego przełożenia rzymskiego terminu na grecki. Przeciwnie, twierdzi Carl Schmitt: *lex* odnosi się do kodyfikacji w ramach prawa pozytywnego, podczas gdy „słuszniejsze jest nieprzekładanie *nomos*u jako >>prawa<<, >>regulacji<<, >>normy<< czy innych tego typu wyrażień. (...) W dzisiejszej sytuacji wyraża ono [słowo >>prawo<< – przyp. WE] jedynie sztuczny charakter tego, co pozytywistycznie ustanowione i wymagane (...)”⁴². *Nomos* z kolei odnosi się tego, co faktyczne, bowiem przestrzenne. Jego źródłosłów Schmitt znajduje w greckim *nemein*, od którego *nomos* stanowi *nomen actionis*, zakładający działanie, które jest znaczeniem słowa. Działanie *nomos* bierze się z kolei, wedle Schmitta, z greckiego słowa *nemein*, w którym korzenie mają niemieckie czasowniki *Nehmen* i *Nahme*. *Nemein* oznacza „zamieszkiwanie”, „oddzielanie” i „wypasanie”, które Schmitt na niemiecki tłumaczy (prócz *Nehmen*) jako *Teilen* i *Weiden*. *Nomos* to zatem polityczny sposób strukturyzowania określonego terytorium geograficznego,

39 Schmitt, *Nomos ziemi w prawie międzynarodowym*, 190-191.

40 Ibidem, 192.

41 Idem, *Porządek wielkoobszarowy*, 84. Zob. także: Oliver Simmons, „Carl Schmitt’s Spatial Rhetoric”, [w:] *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, red. Jens Meierhenrich, Oliver Simmons (Oxford: Oxford University Press, 2016), 792.

42 Schmitt, *Nomos ziemi w prawie międzynarodowym*, 41-42.

przebiegający w trzech etapach: poprzez zamieszkanie – czyli zabór ziemi – następnie odgraniczenie tejże od innej, niebędącej w posiadaniu zabierającego, po trzecie: z ziemi korzystanie. Zdaniem Claudio Mincy i Rory Rowan kluczowy jest dla Schmitta drugi znaczenie-moment, tożsamy z rewolucyjnym aktem przemocy, jaki ma miejsce w stanie wyjątkowym jako stanie przed stworzeniem organizmu politycznego: odgraniczając to, co do niego należy od tego, co nie należy, tworzący *nomos* jednocześnie odgranicza to, co jest przedmiotem normy od tego, co nim nie jest⁴³.

Historia świata – zdaniem Schmitta – znała co najmniej kilka *nomos*, które w miarę przemian ludzkiej wiedzy się rozpadały. Za przykład takiego rozpadu służyć może rozpad europocentrycznego *nomos* pod koniec XIX w., spowodowany gwałtownym rozwojem gospodarczym. Innym rozpadem jest wspomniany wyżej rozpad *nomos* myślanego jako struktura, której podstawowym budulcem jest państwo. W czasach mu współczesnych, zdaniem Schmitta, *nomos* ów zaczynał być zastępowany takim, którego budulcem było nie ono, lecz Rzesza, tytułowy wielki obszar ze szkicu z 1939 roku. Właśnie jako Rzeszę chciałbym tu zinterpretować Stany Zjednoczone z czasów więzienia w Abu Ghraib, to zaś, co zdarzyło się niedaleko Bagdadu, jako przykład tworzenia nowego *nomos*.

Wielki obszar, o jakim pisze Carl Schmitt, nie jest po prostu powiększonym państwem. Przeciwnie, twierdzi autor *Teologii politycznej*, wielki obszar przekracza – poprzez pojawienie się konceptualizowanego na jego bazie prawa międzynarodowego w czasie nowoczesnych środków podróży i komunikacji – granice przestrzeni myślanej li tylko jako nieoddzielona morzami i oceanami ziemia. „Ta zwykła matematyczno-fizykalnie-przyrodznawcza neutralność dotychczasowego pojęcia przestrzeni ma tu ulec przewyżczeniu. (...) Zamiast pustego wymiaru płaszczyzny czy trzeciego wymiaru, w których poruszają się przedmioty fizyczne, pojawia się spójna przestrzeń dokonań (...) Rzeszy, która niesie z sobą i w sobie własną przestrzeń, swe wewnętrzne miary i granice”⁴⁴. Zagarnięcie ziemi i jej zamieszkanie nie odbywa się już wyłącznie w formie fizycznego aktu przemocy; ten, oczywiście, pozostaje w mocy, bez niego trudno byłoby na bazie filozofii Schmitta rozważać przypadek tego, co zdarzyło się w więzieniu w Abu Ghraib, jednak obierając w posiadanie dane terytorium, Rzesza jako podstawowa jednostka wielkoobszarowego porządku prawa międzynarodowego okazuje się przede wszystkim „przewodnią i nośną siłą, której idea polityczna promieniuje

43 Claudio Minca, Rory Rowan, „The question of space in Carl Schmitt” *Progress in Human Geography*, nr 3 (2015): 275. Zob. także: William Hooker, *Carl Schmitt’s International Thought: Order and Orientation* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 126-127.

44 Schmitt, *Porządek wielkoobszarowy*, 120-121.

na określony wielki obszar i która z zasady wyklucza interwencje obcych sił w tym obszarze⁴⁵.

Szukając odpowiedzi na pytanie, jaka idea promieniuje na obszar więzienia niedaleko Bagdadu za sprawą tworzenia się tam nowego *nomos*, w którym Stany Zjednoczone występują jako Rzesza, należy najpierw powiedzieć, jaka idea tego nie robi. Nie jest to, wielokrotnie krytykowany przez Schmitta – znajdujący swe miejsce w instytucji *occupatio bellica* – uniwersalizm, w którym to, co zgodne z porządkiem normatywnym wyznaczają organizację międzynarodowe w rodzaju Ligi Narodów czy bezosobowe rządy prawa takiego, jak Konwencje genewskie albo Konwencje haskie⁴⁶. Przeciwnie: idea ta uniwersalizmowi przeczy, wprost opowiadając się przeciwko zapisom międzynarodowych umów i nieobejmując więźniów Abu Ghraib i *unlawful combatants* ochroną, jaka by z tych ostatnich wynikała⁴⁷. Zamiast tego, działania w Abu Ghraib jako na terenie objętym promieniowaniem idei politycznej Stanów Zjednoczonych jako Rzeszy są ustanowieniem pluriwersum i opowiedzeniem się przeciw jednoczącej, uniwersalistycznej zasadzie; przekroczeniem monopolu władzy rządów prawa i wejściem w porządek międzynarodowy, które definiuje „pluralizm uporządkowanych wewnętrznie – jak powiada filozof z Plettenbergu w *Nomosie ziemi* – istniejących obok siebie Grossraumów i kręgów kulturowych”⁴⁸.

Sprzeciw społeczności międzynarodowej – to wyrażenie spoza schmittiańskiego idiolektu, więc używam go tu w potocznym – wobec ujawnienia zdarzeń z Abu Ghraib każe zauważyć jeszcze jeden paradoks przy opisywaniu ich przy użyciu pojęć zaczerpniętych z myśli autora *Teologii*

45 Ibidem, 74. Por.: Adam Wielomski, „Podmioty uprawnione do prowadzenia wojen w teorii Carla Schmitta”, [w:] *Oblicza współczesnych wojen*, red. Mariusz Kubiak, Ryszard Wróblewski (Warszawa: Oficyna Wydawnicza Aspra-JR; Siedlce: Uniwersytet Przyrodniczo-Humanistyczny, 2018), 244 i n.

46 Por.: Schmitt, *Nomos ziemi w prawie międzynarodowym*, 232-233.

47 W tym miejscu warto wspomnieć o ustanawiającym normatywność sensie przemocy, pisząc o którym, Robert Cover stwierdził, że głównym celem tortur jest uświadomienie torturowanemu, iż jego normatywny świat dobiegł końca i się rozpadł, wraz z tym rozpadem zaś „nastąpił koniec wartości, w które ofiara wierzy, koniec więzi spajających społeczność (...) normatywny świat ofiary został zniszczony przez obecność bólu i strachu”. Robert Cover, „Violence and the Word” *Yale Law Journal*, nr 8 (1986): 1603.

48 Schmitt, *Nomos ziemi w prawie międzynarodowym*, 232. Zob. także: Diane Marie Amann, „Abu Ghraib” *University of Pennsylvania Law Review*, nr 6 (2005): 2085 [Symposium: Current Debates in the Conflict of Laws].

politycznej. Opisując pod koniec lat czterdziestych ubiegłego stulecia nowy *nomos* ziemi, który miał nastąpić w drugiej połowie XX w., Schmitt, powołując się na wypowiedzi amerykańskiego sekretarza stanu Henry'ego Stimsona, twierdził, iż będzie to *nomos* uniwersalistycznie-amerykański, w którym to, co demokratyczne i legalne, „w praktyce jest definiowane, interpretowane i sankcjonowane przez sam uznający rząd, w tym wypadku rząd Stanów Zjednoczonych. Niewątpliwie tego rodzaju doktryna i praktyka (...) ma charakter interwencjonistyczny”⁴⁹. Uniwersalistyczny charakter takich paktów międzynarodowych, jak Konwencje genewskie, zadał jego twierdzeniu kłam, czyniąc *basileus* nie *nomos*, ale *lex*.

5. Podsumowanie

Jak zapowiedziane zostało we wprowadzeniu, powyższe rozważania nie służyły udowodnieniu, iż filozofia Carla Schmitta bezpośrednio zainspirowała działania amerykańskich sił wojskowych w takich miejscach, jak więzienie w Abu Ghraib, czy też powstanie takiej przekraczającej granice między prawem a przestrzenią anomiczną instytucji, jak *unlawful combatant*. Sam filozof z Plettenbergu od politycznych konsekwencji swej myśli zwykł się zresztą odżegnywać – jak, dla przykładu, wówczas, gdy pytany przez amerykańskiego prokuratora wojskowego Roberta Kempnera w 1945 r., czy jego teoria wielkiego obszaru zainspirowała nazistowską koncepcję *Lebensraum*, stwierdził, iż opisywał geopolityczne przemiany, które się już rozpoczęły⁵⁰. Rozważając więc myśl filozoficzno-prawną Carla Schmitta jako język, którego można użyć do opisu zdarzeń na arenie międzynarodowej, po prawie stu latach od pierwszego wydania *Nomосу ziemi* należy stwierdzić, iż zachowała ona aktualność, znakomicie przystając do kategorii takich, jak *unlawful combatant*, czy zdarzeń takich, jak te, które miały miejsce w Abu Ghraib. Jest to paradoks, gdyż sam Schmitt podkreślał, iż „działalność naukowa uprawiającego prawo publiczne sytuuje go w określonym kraju, w obrębie określonych środowisk i sił, w określonym kontekście czasowym”⁵¹. Paradoks ten nie ujmuje jednak idiolektowi Niemca akurataności.

49 Schmitt, *Nomos ziemi w prawie międzynarodowym*, 304.

50 Zob.: Michael Salter, *Neo-fascist egal theory on trial: an interpretation of Carl Schmitt's defence at Nuremberg from the perspective of Franz Neumann's critical theory of law*, „Res Publica” nr 5, 1999, 16.

51 Carl Schmitt, „*Ex Captivitate Salus*”, przeł. A. Kluba, *Przegląd Polityczny*, nr 127/128 (2014): 68.

Bibliografia

- Abraham David, „The Bush Regime from Elections to Detentions: A Moral Economy of Carl Schmitt and Human Rights” *University of Miami Law Review*, nr 249 (2008): 249-274.
- Agamben Giorgio, Raulff Ulrich, „An Interview with Giorgio Agamben” *German Law Journal*, nr 5 (2004): 609-614.
- Amann Diane Marie, „Abu Ghraib” *University of Pennsylvania Law Review*, nr 6 (2005): 2085-2141.
- Azubuikwe Lawrence, „Status of Taliban and Al Qaeda Soldiers: Another Viewpoint” *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 19 (2003): 127-154.
- Bybee Jay, *Standards for Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A*. <https://nsarchive2.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB127/02.08.01.pdf>.
- Cover Robert, „Violence and the Word” *Yale Law Journal*, nr 8 (1986): 1601-1629.
- Criddle Evan, Fox-Decent Evan, *Fiduciaries of Humanity. How International Law Constitutes Authority* (Oxford: Oxford University Press 2016).
- de Benoist Alain, *Carl Schmitt today. Terrorism, „just” war, and the state of emergency*, przeł. A. Jacob (London: Arktos, 2013).
- Detter Ingrid, *Law of War*, (Burlington: Ashgate, 2013).
- Dyzenhaus David, „Humpty Dumpty Rules or the Rule of Law: Legal Theory and the Adjudication of National Security” *Australian Journal of Legal Philosophy*, nr 28 (2003): 1-42.
- Elden Stuart, „Reading Schmitt geopolitically: nomos, territory and Grossraum”, [w:] *Spatiality, sovereignty and Carl Schmitt: geographies of the Nomos*, red. S. Legg, 91-106. New York: Routledge, 2015.
- Gasché Rodolpho, „The partisan and the philosopher” *CR: The New Centennial Review*, nr 4 (2004): 9-34.
- Gonzales Alberto, *Memorandum for the President, January 25, 2002*. <https://nsarchive2.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB127/02.01.25.pdf>.
- Herrero Montserrat, *The Political Discourse of Carl Schmitt. A Mystic of Order* (London-New York: Rowman & Littlefield 2015).
- Hersh Seymour, *Chain of Command. The Road from 9/11 to Abu Ghraib* (New York: Harper Collins, 2004).
- Hooker William, *Carl Schmitt's International Thought: Order and Orientation* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).
- Hooks Gregory, Mosher Clayton, „Outrages against Personal Dignity: Rationalizing Abuse and Torture in the War on Terror” *Social Forces*, nr 4 (2005): 1267-1645
- International Committee of the Red Cross, *Report of the International Committee of the Red Cross (ICRC) on the Treatment by the Coalition Forces of Prisoners of War and Other Protected Persons by the Geneva Conventions*

- in Iraq during Arrest, Internment and Interrogation* www.globalsecurity.org/military/library/report/2004/icrc_report_iraq_feb2004.htm.
- Jones Anthony, Fay George, *Investigation of Intelligence Activities at Abu Ghraib*, Washington 2004. <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/dod/fay82504rpt.pdf>.
- Kutz Christopher, „Torture, Necessity and Existential Politics” *California Law Review*, nr 1 (2007): 235-276
- Locke John, *Dwa traktaty o rządzie*, przeł. Z. Rau (Warszawa: Wydawnictwo Aletheia, 2015).
- Offe Claus, „Rekonstruktion oder Dekonstruktion des ‘Westens’”, [w:] *Souveränität, Recht, Moral: die Grundlagen politischer Gemeinschaft*, red. C. Offe, 168-197. Frankfurt: Campus Verlag, 2007.
- Ralph Jason, „The laws of war and the state of the American exception” *Review of International Studies*, nr 35 (2009): 631-649.
- Salter M. G., *Neo-fascist egal theory on trial: an interpretation of Carl Schmitt's defence at Nuremberg from the perspective of Franz Neumann's critical theory of law*, „Res Publica” nr 5, 1999: 161-193.
- Scheuerman William, „Carl Schmitt and the Road to Abu Ghraib” *Constellations*, t. XII (2006): 108-124.
- Schmitt Carl, „*Ex Captivitate Salus*”, przeł. A. Kluba *Przegląd Polityczny*, nr 127/128 (2014): 110-134.
- Schmitt Carl, „O trzech rodzajach myślenia w nauce prawa”, przeł. J. Zajadło, [w:] J. Zajadło, *Schmitt*, 53-119. Sopot: Wydawnictwo Arche, 2016.
- Schmitt Carl, „Pojęcie polityczności”, [w:] idem, *Teologia polityczna i inne pisma*, przeł. M. A. Cichocki, 252-298. Warszawa: Wydawnictwo Aletheia, 2013.
- Schmitt Carl, *Nomos ziemi w prawie międzynarodowym ius publicum Europaeum*, przeł. K. Wudarska (Warszawa: Fundacja Augusta Hrabiego Cieszkowskiego, 2019).
- Schmitt Carl, *Porządek wielkoobszarowy w prawie międzynarodowym z zakazem interwencji dla sił obcych w danym obszarze. Przyczynek do pojęcia Rzeszy w prawie międzynarodowym*, przeł. B. Baran (Warszawa: Wydawnictwo Aletheia, 2015).
- Schmitt Carl, *Teoria partyzanta. Uwagi na marginesie „Pojęcia polityczności”*, przeł. B. Cymbrowski (Warszawa: Wydawnictwo Krytyki Politycznej, 2017).
- Schulzke Marcus, „Carl Schmitt and the mythological dimensions of partisan war” *Journal of International Political Theory*, nr 3 (2016): 345-364.
- Simmons Oliver, „Carl Schmitt's Spatial Rhetoric”, [w:] *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, red. Meierhenric Jens, Simmons Oliver, 776-803. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Strathausen Carsten, „Myth or Knowledge?” *Télos*, nr 153 (2010): 7-29.

- Värk René, „The Status and Protection of Unlawful Combatants” *Juridica International*, nr 10 (2005): 191-198.
- Vermuele Adrian, „Our Schmittian Administrative Law” *Harvard Law Review*, nr 4 (2009): 1098-1141.
- Wielomski Adam, „Podmioty uprawnione do prowadzenia wojen w teorii Carla Schmitta”, [w:] *Oblicza współczesnych wojen*, red. M. Kubiak, R. Wróblewski, 244-265. Warszawa: Oficyna Wydawnicza Aspra-JR; Siedlce: Uniwersytet Przyrodniczo-Humanistyczny, 2018.
- Zajadło Jerzy, „Filozofia (teoria) prawa Carla Schmitta?” *Przegląd Sejmowy*, nr 4 (2016): 65-94.



AUTORZY

Noty o autorach

Agata Barczewska-Dziobek – doktor nauk prawnych, Uniwersytet Rzeszowski. Adres e-mail: a.dziobek@univ.rzeszow.pl.

Łukasz Bolesta – magister prawa, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie. Adres e-mail: lukasz.bolesta@poczta.umcs.lublin.pl.

Wojciech Engelking – magister prawa, Uniwersytet Warszawski. Adres e-mail: wojciech.engelking@gmail.com.

Jędrzej Jerzmanowski – doktor nauk prawnych, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Adres e-mail: jedrzej.jerzmanowski@amu.edu.pl.

Tomasz Jasiakiewicz – doktor nauk prawnych, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu. Adres e-mail: tomasz.jasiakiewicz@wp.pl.

Artur Kokoszkiewicz – doktor nauk prawnych, Wyższa Szkoła Przedsiębiorczości i Administracji w Lublinie. Adres e-mail: artur.kokoszkiewicz@gmail.com.

Grzegorz Koziół – doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie. Adres e-mail: k_grze@tlen.pl.

Agnieszka Malarewicz-Jakubów – profesor nauk prawnych, Uniwersytet w Białymstoku. Adres e-mail: kancelaria@malarewicz.com.pl.

Jan Sobiech – doktor nauk o polityce, Uczelnia Łazarskiego. Adres e-mail: jaso-biech@gmail.com.

Iwona Szymczak – doktor habilitowany nauk prawnych, Uniwersytet Szczeciński. Adres e-mail: iwona.szymczak@usz.edu.pl.

Renata Tanajewska – doktor nauk prawnych, Uniwersytet w Białymstoku. Adres e-mail: renata.tanajewska@gmail.com.

Michał Zalewski – doktor nauk prawnych, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie. Adres e-mail: michal.zalewski@poczta.umcs.lublin.pl



LECZENIE BEZ KOLEJEK

Indywidualne Ubezpieczenia Zdrowotne
w placówkach wybranych Spółdzielczych Kas

www.saltus.pl/zdrowotne

Informacja o charakterze reklamowym i marketingowym

SALTUS
UBEZPIECZENIA

Czytaj PIENIĄDZE I WIĘŻ, kwartalnik naukowy wydawany od 1998 r.

85

02028
57 zł
(z 10 zł dot. VAT)

PIENIĄDZE i WIĘŻ

KWARTALNIK NAUKOWY ROK XXII NUMER 4 (85) ZIMA 2019 ROK

ISSN 1509-2513



SPÓŁDZIELCZY  INSTYTUT NAUKOWY

www.p-i-w.edu.pl • www.sin.edu.pl

W najnowszym numerze m.in.:

O roli piękna i doświadczenia sacrum przez sztukę w myśli Feliksa Konecznego
Romuald Piekarski

Too Big to Fail: Heads We Win, Tails You Lose
Edward O'Boyle

Działalność spółdzielni i organizacji rolniczych w Liskowie
ks. Wacław Bliziński

Ustanowienie odrębnej własności lokalu w drodze umowy między właścicielem nieruchomości a nabywcą
Jerzy Jankowski

Czyny zabronione w polskiej spółdzielczości okresu międzywojennego
Patrik Łukasiak

Zamów Pieniądze i Więż oraz Prawo i Więż poprzez stronę www.sin.edu.pl
poczta elektroniczna: sin@sin.edu.pl

lub pisząc na adres:

Spółdzielczy Instytut Naukowy

81-743 Sopot

ul. Władysława IV 22