

STUDIA prawnicze

ROZPRAWY I MATERIAŁY 2021 NR 1 (28)

STUDIES IN LAW

RESEARCH PAPERS

2021 NO. 1 (28)

Redakcja / Editorial Office

redaktor naczelny / Editor-in-Chief	– Zbigniew Maciąg
zastępca redaktora naczelnego / Vice Editor	– Mariusz Załucki
redaktor statystyczny / Statistics Editor	– Tadeusz Stanisław
redaktor tematyczny ds. nauk o administracji / Subject Editor for Administrative Sciences	– Monika Augustyniak
redaktor tematyczny ds. nauk prawnych / Subject Editor for Legal Sciences	– Adam Strzelec
sekretarz redakcji / Managing Editor	– Aleksandra Partyk

www.ka.edu.pl • www.sp.ka.edu.pl

Rada naukowa / Scientific Board

Christian Bachhiesl [Graz]	Jacek Mazurkiewicz [Wrocław]
Andriy Bojko [L'viv]	Francesco Morandi [Sassari]
Daniel H. Cole [Bloomington]	Stephen Riley [Utrecht]
Janina Czapska [Kraków]	Christian Rolfs [Köln]
Tomas Davulis [Vilnius]	Janusz Szwaja [Kraków]
Angelo Vigliani Ferraro [Reggio Calabria]	Maria Tzanou [Keele]
Pavlo Fris [Ivano Frankivsk]	Emod Veress [Cluj Napoca]
Tommaso Edoardo Frosini [Napoli]	Jan Widacki [Kraków]
Aurelijus Gutauskas [Vilnius]	Dewi Williams [Stoke-on-Trent]
Harald G. Kundoch [Köln]	Vincenzo Zeno-Zencovich [Roma]
Egidijus Kūris [Vilnius]	

Rada Wydawnicza Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego:
Klemens Budzowski, Maria Kapiszewska, Zbigniew Maciąg, Jacek M. Majchrowski

Copyright© by Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Kraków 2021

e-ISSN: 2451-0807

ISSN: 1689-8052

Wszystkie numery czasopisma „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” są dostępne w wolnym dostępie (*open access*).

Wersją pierwotną czasopisma jest wydanie elektroniczne.

Redakcja językowa tekstów polskich: Agnieszka Boniatowska

Na zlecenie: Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
www.ka.edu.pl

Żadna część tej publikacji nie może być powielana ani magazynowana w sposób umożliwiający ponowne wykorzystanie, ani też rozpowszechniana w jakiegokolwiek formie za pomocą środków elektronicznych, mechanicznych, kopiujących, nagrywających i innych, bez uprzedniej pisemnej zgody właściciela praw autorskich.



Wydawca:
Oficyna Wydawnicza KAAFm
oficyna@afm.edu.pl

REDAKCJA/Editorial Office
Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały/
Studies in Law: Research Papers
Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego/
Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University
ul. Gustawa Herlinga-Grudzińskiego 1
30-705 Kraków (Poland)
tel.: +48 12 25 24 659
e-mail: sp@ka.edu.pl
[www: sp.ka.edu.pl](http://www.sp.ka.edu.pl)

Projekt graficzny: Joanna Sroka
Skład: Jakub Aleksejczuk

Spis treści

Aleksandra Partyk

dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Słowo wstępne..... 1

Artykuły i studia

Andrzej Marian Świątkowski

Professor, Jesuit University Ignatianum in Krakow

Council of Europe overall strategy to fight against poverty..... 5

Rafał Adamus

dr hab., prof. UO, Uniwersytet Opolski

*Istota funduszu stabilizacyjnego w kontekście problemu dopuszczalności
zwrotu wpłat na rzecz syndyka upadłej spółdzielczej
kasy oszczędnościowo-kredytowej, cz. 1* 21

Renato Bernardi

Professor, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho/PR, Brasil

Heloísa Pancotti

PhD, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho/PR, Brasil

The future of social security in Brazil: is there a way without solidarity? 43

Fabrizio Bon Vecchio

PhD Student at the Pontifical Catholic University of Argentina

Débora Manke Vieira

Specialist in Tax Law from the Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul

Compliance programs and artificial intelligence 61

Lucas Moreira Alcici

master, University of Lisbon School of Law

*The Angola–Brazil Bilateral Investment Treaty:
an introduction to its dispute settlement mechanism* 71

Maciej Włodek

mgr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

*Konsekwencje przyjęcia założeń Europejskiego Zielonego Ładu dla polskiego
ryнку gazu ziemnego w kontekście krajowego otoczenia regulacyjnego* 79

Karolina Wierzbicka

mgr, Uniwersytet Łódzki, Szkoła Doktorska Nauk Społecznych

*Administracyjne kary pieniężne w dobie pandemii COVID-19.
Refleksje po roku stosowania*..... 99

Alina-Mihaela Tirică

master, University of Pitesti

The online school – a barrier of the right to privacy? 117

Artur Kapera

VIII Prywatne Akademickie Liceum Ogólnokształcące Kraków

Jacek Kapera

Zespół Szkół Techniczno-Informatycznych w Mszanie Dolnej, Poland

*Internet-related risks from the perspective of Polish adolescents
with a focus on hate speech*..... 133

Glosy

Grzegorz Wołak

dr hab., prof. WSPiA Rzeszowskiej Szkoły Wyższej z siedzibą w Rzeszowie,

sędzia Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu, I Wydział Cywilny

*Skutki uchybienia terminowi do wniesienia sprzeciwu od orzeczenia
samorządowego kolegium odwoławczego (art. 80 ust. 1 ustawy
z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami).*

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2020 r., III CZP 44/19.... 149

Recenzje, sprawozdania, varia

Roksana Turek

studentka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

*Sprawozdanie z Ogólnopolskiej Studenckiej Konferencji Naukowej „Wyzwania
prawników jutra – pandemia COVID-19” (National Student Scientific Conference
“Challenges of the lawyers of tomorrow – COVID-19 pandemic”)*..... 173

O czasopiśmie 175

About the Magazine 179

Über die Zeitschrift 183

Contents

Aleksandra Partyk PhD, Andrzej Frycz Modrzewski Kraków University <i>Opening comment</i>	2
Articles and Studies	
Andrzej Marian Świątkowski Professor, Jesuit University Ignatianum in Krakow <i>Council of Europe overall strategy to fight against poverty</i>	5
Rafał Adamus Associate Professor, University of Opole <i>The essence of the stabilization fund in the context of the problem of the admissibility of the return of payments to the trustee of a bankrupt credit union. Part I</i>	21
Renato Bernardi Professor, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho/PR, Brasil	
Heloísa Pancotti PhD, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho/PR, Brasil <i>The future of social security in Brazil: is there a way without solidarity?</i>	43
Fabrizio Bon Vecchio PhD Student at the Pontifical Catholic University of Argentina	
Débora Manke Vieira Specialist in Tax Law from the Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul <i>Compliance programs and artificial intelligence</i>	61
Lucas Moreira Alcici master, University of Lisbon School of Law <i>The Angola–Brazil Bilateral Investment Treaty: an introduction to its dispute settlement mechanism</i>	71
Maciej Włodek master, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University <i>Consequences of implementing European Green Deal for the Polish natural gas market in the context of the national regulatory environment</i>	79
Karolina Wierzbička master, University of Łódź, Doctoral School of Social Sciences <i>Administrative financial penalties in the time of the COVID-19 pandemic. Reflections after a year of use</i>	99

Alina-Mihaela Tirică

master, University of Pitesti

The online school – a barrier of the right to privacy? 117

Artur Kapera

Private Academic High School no. 8 in Kraków

Jacek Kapera

Mszana Dolna Engineering and Information Technology School Complex, Poland

*Internet-related risks from the perspective of Polish adolescents
with a focus on hate speech*..... 133

Glosses

Grzegorz Wołak

post-doctoral degree in legal sciences, profesor at the WSPiA University of Rzeszow,

College of Law, Department of Civil and Labour Law. Judge of the District Court in Tarnobrzeg,

1st Civil Department

*The consequences of failure to meet the deadline for lodging an objection against
the decision of the local government appeals board (art.80(1) of the Real Estate
Management Act of 21 August 1997). Gloss to the decision of the Supreme
Court of 13 March 2020, III CZP 44/19* 149

Book Reviews, Reports, Varia

Roksana Turek

student, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

*Report from the National Student Scientific Conference
“Challenges of the lawyers of tomorrow – COVID-19 pandemic”*..... 173

About the Magazine 179

Über die Zeitschrift 183

Aleksandra Partyk

dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

ORCID: 0000-0003-3196-6601

apartyk@afm.edu.pl

Słowo wstępne

Niniejszym mam zaszczyt zaprosić Szanownych Państwa, Czytelników czasopisma „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały”, do lektury kolejnego numeru. Ma on szczególny charakter, bowiem znaczna liczba tekstów została napisana w języku angielskim. Dzięki temu możemy zaprezentować Czytelnikom prace Autorów pochodzących nie tylko z Polski, ale również z innych krajów, także tych leżących poza Europą. Nieczęsto w polskich czasopismach naukowych znaleźć można tak wiele artykułów Autorów powiązanych z innymi systemami prawnymi. Dzięki coraz szerszemu zainteresowaniu Autorów współpracą z czasopismem „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” Czytelnik może zapoznać się z opracowaniami omawiającymi zarówno instytucje prawa polskiego, jak też problematykę praw obcych. Mam nadzieję, że lektura numeru poszerzy Państwa zainteresowanie tematyką prawno-porównawczą, dzięki czemu niektóre zastane instytucje naszego porządku prawnego mogą być rozpatrywane w nowym, szerszym kontekście.

Aleksandra Partyk

PhD, Andrzej Frycz Modrzewski Kraków University

ORCID: 0000-0003-3196-6601

apartyk@afm.edu.pl

Opening comment

It is an honour to invite you, the Readers of „Studies in Law. Research Papers” to read the next issue. It is of a special character, as a great number of papers were prepared in English. By virtue of that we may present to the Readers the texts of Authors not only from Poland, but also from other countries, some of them located far away from Europe. It is not common that in Polish scientific journals one can discover so many papers written by Authors connected with other legal systems. Thanks to a growing interest of Authors in cooperation with „Studies in Law. Research Papers” journal the Reader may familiarise themselves with the articles discussing both the institutions of Polish law, and the problems of other legal systems. I hope that reading the current issue will broaden your interest in the comparative legal studies, thanks to that some stagnant institutions of our legal order may be considered in a new, wider context.

ARTYKUŁY
i studia

ARTICLES
and Studies

Andrzej Marian Świątkowski

Professor, Jesuit University Ignatianum in Krakow

ORCID: 0000-0003-1753-7819

andrzej.swiatkowski@ignatianum.edu.pl

Council of Europe overall strategy to fight against poverty*

Introduction

The Council of Europe is combating poverty by strengthening social cohesion, and preventing and combating social exclusion. The European Convention on Human Rights, which guarantees civil and political human rights, is complemented by the European Social Charter (ESC), adopted in 1961 and revised in 1996, which guarantees social and economic human rights. According to Article 30, “Everyone has the right to protection against poverty and social exclusion”. The actual economic and social situation in the EU is illustrated by the statistics presented in the footnote no. 1 to this article, coming from many different sources. The statistical data on the Member States of the European Union are at the same time more reliable and less painful than the poverty statistics that could be established in European countries that do not belong to the Union. Therefore, they constitute an incentive, serve as an example and at the same time create an opportunity for better development for other European countries that are not yet part of the more developed and wealthier European community. Therefore, they were chosen to present the present-day situation of poverty, which deserves special attention of specialists from the broadly understood European social policy conducted by the Council of Europe¹. The goal

* This text was presented in April 2021 at the world conference of Ignatian universities remotely organized by the Ignatianum Academy in Krakow. The article was based on a paper given by the author during this conference.

¹ “The at-risk-of-poverty rate (after social transfers) in the EU-27 was 16.8% in 2018, almost unchanged compared with 2017 (16.9%). In 2018, social transfers lifted 8.2% of the EU-27’s population above the poverty threshold. The 20% of the population with the highest disposable income in the EU-27 in 2018 received 5.1 times as much income as the 20% with the lowest disposable income. The economies of EU countries are recovering, with improvements also

of Article 30 of the Charter is to obligate Member States to organise cohesive social policy concepts to fight poverty and social marginalization.² The provision in question obligates authorities of Member States to take measures, which will grant access to poverty stricken persons and those deemed to be “socially marginalized” to employment, housing education, culture, social assistance and medical care. The goal of Article 30 of the Charter is not to obligate authorities of Member States to double up on measures taken with regards to other provisions of the Charter, namely Articles: 1³, 11⁴, 16, 12⁵, 13⁶, 14⁷, 15⁸, 16⁹, 17¹⁰, 20¹¹, 23¹² and 31¹³. Obligating authorities of Member States to take measures within the framework of an overall and coordinated approach to fight against

benefiting the most vulnerable. In 2017, there were 4.4 million fewer people living at risk of poverty or social exclusion in the EU, compared to pre-crisis levels in 2008. This represents a decline of more than 10 million since this number peaked in 2012. This is still above the target set out in the Europe 2020 strategy for smart, sustainable and inclusive growth, but several indicators have improved, as shown by 2017 statistics: 1) 22.4% of the EU population are at risk of poverty or social exclusion – this includes 24.9% of all children in Europe, 23.3% of women, 18.2% of those over 65; 2) 6.7% of all Europeans still live in severe material deprivation, though their number has significantly decreased; 3) 17% of Europeans live on less than 60% of their country’s median household income; 4) 9.3% of Europeans live in households where no one has a job. However, EU citizens have not benefitted from the economic recovery equally: 1) on average, the richest 20% EU households earn five times more than the poorest 20% households; 2) Fewer people live in jobless households, but their poverty level remains high or is increasing, reaching around 60% in the EU; 3) The share of working poor is increasing in a number of Member States, reaching 9.6% in the EU; 4) 30.1% of people with disabilities in the EU were at risk of poverty or social exclusion, compared to 20.9% of people without disabilities; 5) Welfare systems in different EU countries are not equally effective. The best system reduced the risk of poverty by 57%, the least effective by 16%. The EU average is 34%. With more than 120 million people in 2008 at risk of poverty or social exclusion EU leaders have pledged to bring at list 20 million people out of poverty and social exclusion by 2020¹⁴; Eurostat Statistics Explained. At-risk-of-poverty rate 2018. Source: Eurostat. Archive: Income poverty statistics – Statistics Explained (europa.eu) oraz Poverty and social exclusion – Employment, Social Affairs & Inclusion – European Commission (europa.eu)

² Explanatory report to the 1988 Additional Protocol, [in:] *European Social Charter, Collected texts* (7th edition, updated to 1st January 2015), Council of Europe Publishing, Strasbourg 2015, pp. 165–166.

³ The right to work.

⁴ The right to protection of health.

⁵ The right to social security.

⁶ The right to social and medical assistance.

⁷ The right to benefit from social welfare services.

⁸ The right of persons with disabilities to independence, social integration and participation in the life of community.

⁹ The right of the family to social, legal and economic protection.

¹⁰ The right of children and young persons to social, legal and economic protection.

¹¹ The right of equal opportunities and equal treatment in matters of employment and occupation without discrimination on the ground of sex.

¹² The right of elderly persons to social protection.

¹³ The right to housing.

the onset of poverty and social exclusion is the primary concern for those who drafted Article 30 of the Charter. This provision contains various undertakings of the social policy scope. The Committee *Charte-Rel*¹⁴ views that the complex, multi-faceted approach to poverty and social exclusion will strengthen the legal protection of social rights guaranteed by other provisions of the Charter.¹⁵

Situation of the Member States that have ratified the Revised European Social Charter

Article 30 of the Charter obligates authorities of Member States the following: to coordinate, promote and execute social programs fighting against poverty and social exclusion as well as to supervise over the measures taken to execute such programs and when necessary to adapt them to changing situations. Introducing this new provision into the Charter, the Council of Europe and its Member States tried to deduce whether life in poverty or in social exclusion is in conflict with human dignity. The Committee is of the opinion that the provision in question obligates Member States to the following: to priorities social policies, which deal with fighting against poverty and social exclusion; to take measures, which will enable all or make it easier for all, regardless of their social status to take advantage of the available social rights; to monitor the actions taken in order to encourage authoritative bodies, state and local administration, non-governmental institutions, stakeholders, charity organizations, representatives of social interest groups the execution of programs fighting poverty and social exclusion. Amongst the range of obligations placed on Member States by Article 30 of the Charter, authorities of these states must integrate their actions in eradicating poverty and social exclusion.¹⁶ Measures initiated by Member States should promote the effective access to social rights, especially the right to employment, housing, education, training, cultural benefits and social and medical assistance. Measures are taken by authorities of Member States to promote information about social rights, to fight socio-cultural barriers by making use of such rights, as well as to improve the procedures, which would make

¹⁴ See: Council of Europe/Conseil de L'Europe, Committee of Ministers/Comité des Ministres CMD006891 Strasbourg, 30 October 1991, Restricted CM(91)188F or consideration at the 465th and 467th meetings of the Ministers' Deputies (November and December 1991), Council of Europe Ministerial Conference on The European Social Charter (Turin, 21 and 22 October 1991), Secretary General's SUMMARY REPORT prepared by the Directorate of Human Rights.

¹⁵ F. Vandamme, *The Revision of the European Social Charter*, "International Labour Review" 1994, no. 133, Issue 5–6, p. 635 and following.

¹⁶ Conclusions 2003, vol. 1, p. 214 (France); p. 335 (Italy); Conclusions 2003, vol. 2, p. 548 (Slovenia); p. 644 (Sweden).

such undertakings more efficient.¹⁷ The provision in question does not mention about the obligation of providing financial assistance to those in need. Provisions Article 12 and 13 of the Charter, mentioned earlier, already fulfill such necessary obligations. Actions, which should be undertaken by the authorities of Member States, may, although should not have to, cause financial burdens for a particular Member State.

The legal relationship between Article 30 of the Charter and other provisions of the revised Charter protecting social rights

Article 30(b) of the Charter has a general, complicated, dynamic legal nature. It obligates Member States to review, as far as it is possible, the anti social exclusion measures and to adopt them to the current situation¹⁸. The introduction of this clause, which obligates the authorities of Member States to react to the changes in the social and economic situations, also obligates to create institutions, which would monitor such social processes on a national, regional and city scale.¹⁹ Authorities of Member States organise and finance such observations of social change and processes. Such observations are made by administrative bodies, by non-governmental institutions, by stakeholders, by research institutions as well as by representatives of social groups who are marginally excluded. Member States have elected similar monitoring measures to control anti social exclusion programmes, despite the fact that the reasons for the regulation contained within Article 30 of the Charter decide on the type of institutional organisation monitoring the social processes. Member States called upon observers of social change and processes. Analysing the reports about the functioning of such observers, the Committee demanded information concerning the following: the tendencies evolving into poverty and social exclusion, the professional qualifications of persons fighting poverty and social exclusion, the social groups and categories most affected by poverty and social exclusion and practices and coordination of anti social exclusion social programmes. The Committee wants to deduce what specialist branches of society may be used best to work out a general, coordinated and effective social policy to fight poverty and social exclusion.²⁰ Examining the reports presented by the authorities of

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ D. Harris, J. Darcy, *The European Social Charter* (Procedural Aspects of International Law Monograph Series, Vol. 25), Transnational Publishers, Ardsley, NY 2002, p. 280 and following.

¹⁹ J. Niessen, *Diversity and Cohesion: New Challenges for Integration of Immigrants and Minorities*, Council of Europe. Directorate of Social Affairs and Health, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2000

²⁰ A.M. Świątkowski, *Charter of Social Rights of the Council of Europe (Studies in Employment and Social Policy)*, Kluwer Law International, AH Alphen aan den Rijn 2007, p. 321 and following.

Member States, which have ratified the provision in questions, the Committee has concentrated on measuring social pathology (poverty and social exclusion). It examines whether social programmes utilised are appropriate to the current social conditions. It monitors whether Member States are abiding by their obligations under Article 30 of the Charter and pays close attention to whether member state actions are indeed “adequate”.²¹ Article 30 of the Charter obligates authorities of Member States to ensure the effective exercise of the right to protection against poverty and social exclusion. The basic principles of the understanding of “poverty” and “social exclusion” in the provision in question are defined within a document explaining the legal regulations introduced to the RESC.²² Poverty is a state, which affects people within a generation cycle of welfare benefits as well as individuals who are temporarily placed in a difficult financial situation.²³ Member states usually measure poverty by the income had by an individual, whose financial situation is compared to the monthly remuneration average. The poverty boundary is met when the monthly income is less than 50%²⁴ or 60%²⁵ of the average. In support of the above indicator some Member States take into consideration unconditional factors to establish the state of poverty. In France people who are earning less than or equal to 560 Euros per month are included into the “poverty” category. Each additional dependent adult residing with the person of the said earnings is taken into consideration when analysing the poverty level, with a deduction of half of the above earning. Children under the age of 14 are taken into consideration with a measuring of 0.3 of the 560 Euros earnings. A family comprised of two adults and two children with a monthly income of less than 1184 Euros is considered to be living in poverty.²⁶ “Social exclusion” or “marginalization” are interchangeable terms when describing marginal poverty for those who have found themselves in such a situation due to unfortunate circumstances unable to access social security entitlements. Such terms are also used to describe persons who do not find themselves in poverty, however have somehow become devoid of certain social rights and services due to long term illness, family break-up, violence, imprisonment and/or addictions (alcohol, drugs).²⁷ Authorities of Member States are examining whether various indicators of individual situations exasperated by financial difficulties, consumption restrictions, delayed payments and

²¹ *Ibidem*.

²² Explanatory report to the 1988 Additional Protocol..., *op. cit.*, p. 174.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Conclusions 2003, vol. 1, pp. 214–215 (France).

²⁵ *Ibidem*, p. 336 (Italy).

²⁶ *Ibidem*, p. 215 (France).

²⁷ A.M. Świątkowski, *Charter of Social Rights...*, *op. cit.*, p. 323.

problems with housing, should be included into the social exclusion category.²⁸ During the first supervisory cycle of Member States abiding by the obligations set under Article 30 of the Charter, the Committee examined the reports of four states.²⁹ In all cases the Committee adjourned its decision and demanded further information from the authorities of member states, dealing with the coordination of various social programs introduced in order to fight poverty and social exclusion. The Committee is of the opinion that the primary goal of Article 30 of the Charter is not to introduce separate social programs to ensure those who are socially excluded or in poverty social rights, but to adapt such social programs to the needs of those living in poverty. The obligation of the authorities of Member States is to identify the deprived social groups as well as the geographical regions where there is a concentration of poverty and a high level of social exclusion. The authorities of Member States that ratified Article 30 of the Charter should present in their reports to the Committee that they are able to coordinate various social programs addressed to various categories of persons regarded as socially excluded and show such programs can eradicate poverty. As was mentioned earlier, no Member State (not even Sweden where there is only 9% of the population living under the poverty line, the lowest in Europe – much lower than the 15% existing within the initial 15 EU members³⁰) has been able to achieve a positive ruling about the compliance of the international standards under Article 30 of the Charter. In the reports, Member States present a variety of incentives to improve the situation of particular social groups. These include the elderly, the disabled, the ill, women, young persons and ethnic minorities. Separate provisions of the Charter protect social rights of these groups and the social categories. As was already mentioned, the Committee does not demand a doubling up effect of measures taken by the authorities of Member States to enable the said social groups gain rights ensured by the Charter. It demands the provision of information detailing the methods incorporated to organize, by the authorities of Member States, various social policy sectors to achieve the effects mentioned in Article 30 of the Charter and gain an “overall and coordinated approach” to poverty and social exclusion, the most severe aspects of social pathology³¹. France and its many, well prepared, appropriately

²⁸ Conclusions 2003, vol. 1, p. 215 (France).

²⁹ France, Italy, Slovenia and Sweden. Two other states in this cycle (Bulgaria and Romania) did not file reports, as they did not ratify Article 30 of the Charter.

³⁰ Conclusions 2003, vol. 2, p. 645.

³¹ A.M. Świątkowski, *Europejskie standardy ochrony przed ubóstwem, marginalizacją społeczną i bezdomnością (art.30 i 31 Zrewidowanej Europejskiej Karty Społecznej)*, [in:] *Polska bieda w świetle Europejskiego Roku Walki z Ubóstwem i Wykluczeniem Społecznym*, ed. H. Kubiak, Oficyna Wydawnicza KAAFM, Kraków 2012, p. 173 and following.

funded³² and positively regarded social programs, was close to receiving a positive ruling. Despite the reduction in unemployment levels, the state institution called upon to monitor the level of poverty and the scale of social exclusion, concluded, that the above programs in a small way limited the scale of poverty. The positive outcomes were noted in the case of social groups affected by the lowest level of social exclusion.³³ The Committee came to the conclusion that the small effects of the large-scale social programs indicate France's inability to undertake measures as an "overall and coordinated approach" with regards to the impeding social issues of poverty and social exclusion.

Article 30 adds a new dimension to the Charter by enabling the Committee to monitor the whole machinery set in place by Member States to combat poverty and social exclusion, a combat to which many other rights contribute. Unfortunately only 16 of the 43 States Parties have accepted Article 30 and of these 14 were examined in 2013. Under Article 30 the Committee noted that poverty rates generally increased during the reference period in the 14 Member States examined; a development which is no doubt attributable to growing income inequality in recent decades and particularly after the onset of the economic crisis in 2007–2008. In some countries the levels of poverty and social exclusion are extremely high. In respect of Ukraine and Italy, for example, the Committee did not find it demonstrated that the Government had implemented an overall and coordinated approach to combating providing for measures which were adequate to the extent of the poverty problem. In respect of Belgium, France and Italy the Committee examined the follow-up to decisions in collective complaints in which these two countries had been found to be in violation of Article 30, either alone or in conjunction with Article E, the non-discrimination clause of the Charter. For France the Committee concluded that the housing policy for the poorest categories of the population remained insufficient and that there were still restrictions on the right to vote for certain citizens in violation of Article 30.³⁴ As regards Italy the Committee upheld its finding that there was discriminatory treatment with regard to the right to vote or other forms of citizen participation for Roma and Sinti (this being a cause of marginalization and social exclusion) concluding that the problem had not been remedied during the reference period. Emphasizing that living in poverty and social exclusion violates the dignity of human beings and hence the urgency of reducing and ending poverty, the Committee adopted a statement

³² During a period of 3 years expenses for programmes dealing with social exclusion reached 7.8 million Euros. Conclusions 2003, vol. 1, p. 216.

³³ *Ibidem*, p. 218.

³⁴ Activity Report 2013, p. 24.

of interpretation outlining the requirements of Article 30 and detailing the assessment method it will apply in the future. Proceeding on the basis of a human rights approach the Committee will examine a wide range of indicators of poverty and social exclusion and will notably take into account the level of resources deployed by governments to attain the objectives of the “overall and coordinated approach” to combating poverty and social exclusion. In particular, the Committee will consider measures that fall within the scope of other provisions of the Charter such as Articles 1, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 20, 23 and 31. Without establishing automatic links to Article 30, findings under these provisions may be of relevance in assessing conformity with Article 30.

In its examination of state reports for Conclusions 2013/XX-2, the European Committee of Social Rights noted a number of positive developments in the application of the Charter, either through the adoption of new legislation or changes to practice in the States Parties or in some cases on the basis of new information clarifying the situation as regards issues raised in previous examinations. Below follows a selection of examples³⁵:

- Finland: A guarantee pension was introduced in March 2011 which as a result increased the income level of poor elderly people, especially women and immigrants.
- Norway: In 2008, the Government appointed the Allocations Committee to examine the development in income inequalities over time, what factors affect allocations and what measures can contribute to a more even distribution. The recommendations of the Committee are currently being followed up by Parliament. In 2011 a grant scheme was established to promote the development of social entrepreneurship and social entrepreneurs combating poverty and social exclusion.
- Slovak Republic: based on the objectives of the Europe 2020 strategy, the Slovak Republic has set a national objective including support for social inclusion through a reduction in the risk of poverty and social exclusion to lift at least 170 000 people out of the risk of poverty and exclusion by 2020.

The Committee has reiterated³⁶ that living in a situation of poverty and social exclusion violates the dignity of human beings and that Article 30 of the Revised Charter requires States Parties to give effect to the right to protection against poverty and social exclusion by adopting measures aimed at preventing and removing obstacles to access to fundamental social rights, in particular employment, housing, training, education, culture and social and medical

³⁵ Activity Report 2013, p. 28.

³⁶ Statement of interpretation on Article 30, Conclusions 2013, p. 33.

assistance.³⁷ Furthermore, the Committee has emphasized that these measures should not only strengthen entitlement to social rights but also improve “their monitoring and enforcement, improve the procedures and management of benefits and services, improve information about social rights and related benefits and services, combat psychological and socio-cultural obstacles to accessing rights and where necessary specifically target the most vulnerable groups and regions”.³⁸ In this respect, in its decision on the merits of 19 October 2009 in *ERRC v. France*³⁹, the Committee also emphasized the importance of dialogue with representatives of the civil society as well as persons affected by poverty and exclusion.⁴⁰ Based on these premises, the Committee in interpreting Article 30 has taken into account a set of indicators in order to assess in a more precise way the effectiveness of policies, measures and actions undertaken by States Parties within the framework of this overall and coordinated approach.⁴¹ One of the key indicators in this respect is the level of resources that have been allocated to attain the objectives of the strategy, in so far as “adequate resources are an essential element to enable people to become self-sufficient”.⁴² In addition, the main indicator used to measure poverty is the relative poverty rate, which is set at 60% of the equivalised median income. The at-risk-of-poverty rate before and after social transfers is also used as a comparative value to assess national situations, without prejudice to the use of other suitable parameters that are taken into account by national anti-poverty strategies or plans, e.g. indicators relating to the fight against the ‘feminization’ of poverty, the multidimensional phenomena of poverty and social exclusion, the extent of ‘inherited’ poverty. This interpretation plays a very important role in a context of economic crises. From this perspective, the Committee has stated in the General Introduction to Conclusions XIX-2 (2009) on the repercussions of the economic crisis on social rights, that, while the “increasing level of unemployment is presenting a challenge to social security and social assistance systems as the number of beneficiaries increase while tax and social security contribution revenues decline”, by acceding to the Charter, the State Parties have accepted to pursue by all appropriate means, the attainment of conditions in which inter alia the right to health, the right to social security, the right to social and medical assistance and the right to benefit from social welfare services may be effectively realized.

³⁷ Statement of interpretation on Article 30, Conclusions 2003.

³⁸ Statement of interpretation on Article 30, Conclusions 2005.

³⁹ Complaint No. 51/2008.

⁴⁰ *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights. Appendix*, Council of Europe Publishing, 31 August 2015, p. 274.

⁴¹ Activity Report 2013, p. 32–33.

⁴² Statement of interpretation on Article 30, Conclusions 2003.

Accordingly, it has concluded that the economic crisis should not have as a consequence the reduction of the protection of the rights recognised by the Charter. Hence, the governments are bound to take all necessary steps to ensure that the rights of the Charter are effectively guaranteed at a period of time when beneficiaries need the protection most. Moreover, the Committee has concluded that “what applies to the right to health and social protection should apply equally to labour law and that while it may be reasonable for the crisis to prompt changes in current legislation and practices in one or other of these areas to restrict certain items of public spending or relieve constraints on businesses, these changes should not excessively destabilise the situation of those who enjoy the rights enshrined in the Charter”.⁴³ The Committee also considers necessary to recall that “the aim and purpose of the Charter, being a human rights protection instrument, is to protect rights not merely theoretically, but also in fact”.⁴⁴ In light of this approach, it considers that assessments of the Committee concerning Article 30, like those concerning the other substantial provisions of the Charter, must be based on this human rights approach, which has been recently reaffirmed by the Guiding Principles on extreme poverty and human rights⁴⁵ and which has consistently been applied by the Committee.⁴⁶ In particular, the Committee has interpreted the scope of Article 30 as relating both to protection against poverty (understood as involving situations of social precarity) and protection against social exclusion (understood as involving obstacles to inclusion and citizen participation), in an autonomous manner or in combination with other connecting provisions of the Charter.⁴⁷ Concerning the first dimension, the Committee has focused on poverty as involving “deprivation due to a lack of resources”⁴⁸, which can arise inter alia from the failure of States Parties to fulfill the obligation “to ensure that all individuals have the right of access to health care and that the health system must be accessible to the entire

⁴³ *GENOP-DEI and ADEDY v. Grèce*, Complaint No. 65/2011, decision on the merits of 23 May 2012, § 17.

⁴⁴ *International Commission of Jurists v. Portugal*, Complaint No. 1/1999, decision on the merits of 9 September 1999, § 32.

⁴⁵ Submitted by the United Nations Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights, Magdalena Sepúlveda Carmona, and adopted by the United Nations Human Rights Council on 27 September 2012, Activity Report 2013, p. 33.

⁴⁶ *COHRE v. Italy*, Complaint No. 58/2009, decision on the merits of 25 June 2010, § 107, Defense for Children; *International v. The Netherlands*, Complaint No. 69/2011, decision on the merits of 23 October 2013, § 81. Digest of the case law of the European Committee of Social Rights. Appendix, 31 August 2015, p. 274.

⁴⁷ Activity Report 2013, p. 34.

⁴⁸ Statement of interpretation on Article 30, Conclusions 2005.

population”⁴⁹; to provide a minimum income to persons in need⁵⁰, or to adopt a coordinated approach to promoting effective access to housing for persons who live or risk living in a situation of social exclusion.⁵¹ Concerning the second dimension, the Committee has held that “Under Article 30, States have the positive obligation to encourage citizen participation in order to overcome obstacles deriving from the lack of representation of Roma and Sinti in the general culture, media or the different levels of government, so that these groups perceive that there are real incentives or opportunities for engagement to counter the lack of representation.”⁵² The Committee had also already considered that “[...] the reference to the social rights enshrined in Article 30 should not be understood too narrowly. In fact, the fight against social exclusion is one area where the notion of the indivisibility of fundamental rights takes a special importance. In this regard, the right to vote, as with other rights relating to civic and citizen participation, constitutes a necessary dimension in social integration and inclusion and is thus covered by Article 30.”⁵³ These two dimensions of Article 30, poverty and social exclusion, constitute an expression of the principle of indivisibility which is also contained in other provisions of the Charter (for example, enjoyment of social assistance without suffering from a diminution of “political or social rights”, Article 13). In this context, by reaffirming this human rights approach, the Committee emphasizes the very close link between the effectiveness of the right recognized by Article 30 of the Charter and the enjoyment of the rights recognized by other provisions, such as the right to work (Article 1), access to health care (Article 11), social security allowances (Article 12), social and medical assistance (Article 13), the benefit from social welfare services (Article 14), the rights of persons with disabilities (Article 15), the social, legal and economic protection of the family (Article 16) as well as of children and young persons (Article 17), right to equal opportunities and equal treatment in employment and occupation without sex discrimination (Article 20), the rights of the elderly (Article 23) or the right to housing (Article 31),

⁴⁹ *DCI v. Belgium*, Complaint No. 69/2011, decision on the merits of 23 October 2012, § 100; violation of Article 11.

⁵⁰ *ERRC v. Bulgaria*, Complaint No. 48/2008, decision on the merits of 18 February 2009; violation of Article 13.

⁵¹ *International Movement ATD Fourth World v. France*, Complaint No. 33/2006, decision on the merits of 5 December 2007, § 169–170; violation of Articles 30 and 31 (the right to housing).

⁵² *COHRE v. Italy*, Complaint No. 58/2009, decision on the merits of 25 June 2010, § 107; violation of Article E in conjunction with Article 30.

⁵³ *ERRC v. France*, Complaint No. 51/2008, decision on the merits of 19 October 2009, § 99. Digest of the case law of the European Committee of Social Rights, Appendix, 31 August 2015, p. 274.

without forgetting the important impact of the non-discrimination clause (Article E), which obviously includes non-discrimination on grounds of poverty.⁵⁴ Consequently, together with the indicators mentioned above, when assessing the respect of Article 30, the Committee also takes into consideration the national measures or practices which fall within the scope of other substantive provisions of the Charter in the framework of both monitoring systems (the reporting procedure and the collective complaint procedure). This approach does not mean that a conclusion of nonconformity or a decision of violation of one or several of these provisions automatically or necessarily lead to a violation of Article 30⁵⁵; but such a conclusion or decision may, depending on the circumstances, be relevant in assessing conformity with Article 30. Indeed, the conclusion reached by the Committee on the existence of one or several violations of these provisions should not be conceived as an exception which confirms the existence of a generally satisfactory overall and coordinated approach, but rather as a substantial weakness affecting an essential pillar of the fundamental obligations of States Parties contained in Article 30 in relation to protection against poverty and social exclusion. As the adequacy of housing, reduction of homeless and affordable housing is concerned Andorra and Finland were in conformity with this provision of the Charter⁵⁶. In the reporting cycle of 2017, the system of supervision over compliance by the European Committee of Social Rights with European standards guaranteeing the right to protection against poverty and social margin, three European Union countries (Belgium⁵⁷, Ireland⁵⁸ and Italy⁵⁹) and one non-EU country (Ukraine⁶⁰) were recognized as non-compliance with the above standards on the same grounds justifying the issuance of a negative conclusion. This basis is the lack of an adequate overall and coordinated approach to combating poverty and social exclusion. In Irish case the secretariat of the ECSR explained that in reaching its conclusion of non-conformity the ECSR had taken into account not only that poverty rates had remained more or less unchanged during the reference period despite a context of economic growth, but also the severe criticism of the second National Action Plan for Social Inclusion expressed by certain national institutions such as the Irish Human Rights Commission and by civil society organizations such as the European Anti-Poverty Network as well as the

⁵⁴ Activity Report 2013, p.35.

⁵⁵ *EUROCEF v. France*, Complaint No. 82/2012, decision on the merits of 19 March 2013, § 59.

⁵⁶ Activity Report 2019, p. 36.

⁵⁷ Activity Report, Governmental Committee, p. 115, 118.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 118, 121.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 121–122.

ECSR's findings of non-conformity for Ireland in respect of other provisions of the Charter, which are crucially linked to the combat against poverty, such as Articles 12 and 13. The Irish representative reiterated that the ECSR's conclusion was unfounded and based on unclear criteria and excessive interpretative zeal on the part of the ECSR. She was of the view that the ECSR's interpretation of Article 30 went way beyond a strict reading of the terms of this provision and in particular she considered it inadmissible that the ECSR relied on conclusions under other provisions of the Charter when it was clear that the provisions of the Charter set out discrete obligations in separate articles.

The Secretariat recalled that the ECSR's approach was dynamic and teleological, having regard to the object and purpose of the Charter and to contemporary conditions, as was the case for other human rights treaty bodies. The Governmental Committee took note of the information provided and decided to await the next assessment of the ECSR. It also proposed that the scope of the obligations following from Article 30, and notably with respect to links with other provisions of the Charter be the subject of discussion/clarification with the ECSR at the next joint meeting of the two Committees, Governmental and European.

Legal assessment of the position of the European Committee of Social Rights on the legal guarantee of protection against poverty in Europe

The European Committee of Social Rights warned Member States that the poverty level in most EU Member States was far too high and that the measures taken to remedy this issue were insufficient. Under Article 30, States have the obligation to provide adequate protection against poverty and social exclusion to all persons in need, both their own nationals as well as nationals of Member States lawfully resident within their territory, on an equal footing. Despite the beautiful tradition of caring for the citizens of Council of Europe Member States, protection against poverty and social exclusion is not properly secured. There are several factors behind this. The first one has its origin in the legal structure of article 30 of the RESC. The above norm seems to duplicate the legal guarantees formulated in other provisions of RESC mentioned in this Article. For this reason, the ECSR and the authorities of the Member States of the Council of Europe try to formally establish the material content of the right to protection against poverty and social marginalisation. Article 30 of the RESC requires Member States to act within a general and coordinated approach. The authorities of these countries should do so in order to promote effective access by the poor, the exhausted or at risk of finding themselves in such a situation. This type of formulation and the resulting legal structure refer to each

case listed in other provisions of the Charter – Article 1 and following, and not only the powers listed and generally formulated in Article 30 of the RESC. The mentioned norm does not provide the poor and excluded people with specific subjective rights. The right to work regulated in Article 1 of the ZEKPS also does not have the status of a subjective right. So it cannot be effectively investigated. With what claim and against whom, the Member State has the right to effectively bring an excluded person? A poor person can petition for benefits, a sick person for admission to a hospital, a homeless person for a flat. These guarantees granted by the relevant provisions of the Charter are also not considered by some Member States as subjective rights that can be claimed in a court of law. The low level of legal protection of people excluded from society is largely due to the imprecise definition of who and what should be granted as support and the omission of legal measures that could be effectively used to demand supplementing by institutions designated by state authorities dealing with the protection of the rights of the poor and excluded. The social rights have to be also fully addressed by EU law as well as other global international organizations. There is a unique instrument that can help do that: the obligations contained in European case-law which set positive obligations on Member States to fulfill the right to protection against poverty and social exclusion. For many years, not only the European Court of Human Rights and the European Committee of Social Rights of the Council of Europe, but also the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, and the Court of Justice of the European Union, have issued decisions on the exact meaning of social rights. These decisions can and should be used as a resource to uphold and promote social rights in Europe. The European Committee of Social Rights sets out that when the achievement of one of the rights in question is exceptionally complex and particularly expensive to resolve, a State party must take measures which allow it to achieve the objectives of the Charter within a reasonable time, with measurable progress and to an extent consistent with the maximum use of available resources.

De lege lata, European Member States must: 1) adopt the necessary legal, financial and operational means of ensuring steady progress towards achieving the goals laid down by the Charter; 2) maintain meaningful statistics on needs, resources and results; 3) undertake regular reviews of the impact of the strategies adopted; 4) establish a timetable and not defer indefinitely the deadline for achieving the objectives of each stage; 5) pay close attention to the impact of the policies adopted on each of the categories of persons concerned, particularly the most vulnerable. This model should be adopted in terms of the promotion of the Charter of Fundamental Rights in the context of combating

poverty and social exclusion within the European Pillar of Social Rights. *De lege ferenda*, the experience not only of some Member States of the Council of Europe but also of the United States of America should be used. Constructing a model of protection of people in need, construct the concept of an enabling state which helps citizens to help themselves make become the basis of a synthesis of American freedom and European security.⁶¹

Bibliography

- Alber J., *Recent Developments of the German Welfare State: Basic Continuity or a Paradigm Shift?*, [in:] *Changing Patterns of Social Protection* (International Social Security Series, Vol. 9), eds. N. Gilbert, R.A. Van Voorhis, Transactions Publishers, New Brunswick (US) – London (UK) 2017.
- Digest of the case law of the European Committee of Social Rights. Appendix*, Council of Europe Publishing, 31 August 2015.
- European Social Charter, *Collected texts* (7th edition, updated to 1st January 2015), Council of Europe Publishing, Strasbourg 2015.
- Harris D., Darcy J., *The European Social Charter* (The Procedural Aspects of International Law Monograph Series”, Vol. 25), Transnational Publishers, Ardsley, NY 2002.
- Niessen J., *Diversity and Cohesion: New Challenges for the Integration of Immigrants and Minorities*, Council of Europe. Directorate of Social Affairs and Health, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2000.
- Świątkowski A.M., *Charter of Social Rights of the Council of Europe* (Studies in Employment and Social Policy series), Kluwer Law International, AH Alphen aan den Rijn, The Netherlands 2007.
- Świątkowski A.M., *Europejskie standardy ochrony przed ubóstwem, marginalizacją społeczną i bezdomnością (art.30 i 31 Zrewidowanej Europejskiej Karty Społecznej)*, [in:] *Polska bieda w świetle Europejskiego Roku Walki z Ubóstwem i Wykluczeniem Społecznym*, ed. H. Kubiak, Oficyna Wydawnicza KAAFM, Kraków 2012.
- Vandamme F., The Revision of the European Social Charter, “International Labour Review” 1994, no 133, Issue 5–6.

⁶¹ J. Alber, *Recent Developments of the German Welfare State: Basic Continuity or a Paradigm Shift?*, [in:] *Changing Patterns of Social Protection* (International Social Security series, Vol. 9), eds. N. Gilbert, R.A. Van Voorhis, Transactions Publishers, New Brunswick (US) – London (U.K.) 2017, p. 9 and following.

Abstract
Council of Europe overall strategy to fight against poverty

The poverty level in European Member States is far too high and the measures taken to remedy this issue were insufficient. The goal of Article 30 of the Revised European Social Charter (RESC) of 1996 is to obligate Member States to organise cohesive social policy concepts to fight poverty and social marginalisation. The European Committee of Social Rights (ECSR) concluded that the situation of some European countries is not in the conformity with the Article 30 of the Charter on the ground that there is no adequate overall and coordinated approach to combating poverty and social exclusion. The Parties which ratified the RESC must undertake measures within the framework of an overall and co-ordinated approach to promote the effective access of persons who live or risk living in situation of social exclusion or poverty, as well as their families, to, in particular, employment, housing, training, education, culture and social and medical assistance. European Member States and European international organisations (Council of Europe and European Union) must adopt the necessary legal, financial and administrative devices of ensuring steady progress towards achieving the goals laid down by the RESC. In his paper, the author presents the level of involvement of the authorities of some Member States of the Council of Europe in an ambitious, difficult and indispensable policy of achieving the above-mentioned task.

Key words: Council of Europe, European Committee of Social Right, monitoring, poverty, revised European Social Charter, social exclusion, social human rights

Rafał Adamus

dr hab., prof. UO, Uniwersytet Opolski

ORCID: 0000-0003-4968-459X

radamus@uni.opole.pl

Istota funduszu stabilizacyjnego w kontekście problemu dopuszczalności zwrotu wpłat na rzecz syndyka upadłej spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, cz. 1

Uwagi wstępne

1. Problem badawczy

Przedmiotem niniejszego dwuczęściowego opracowania jest problem dopuszczalności żądania przez syndyka upadłej spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej (dalej: kasa) zwrotu wpłat wniesionych na fundusz stabilizacyjny, przy czym nie jest to tylko zagadnienie istnienia bądź nie roszczenia cywilnoprawnego po stronie syndyka. Rzeczywistą istotą przedstawionego dylematu jest pytanie o dopuszczalność ograniczenia ustawowego atrybutu Krajowej Spółdzielczej Kasy Oszczędnościowo-Kredytowej (dalej: Kasa Krajowa) wykonywanego w interesie publicznym. Fundusz stabilizacyjny odgrywa bowiem szczególną rolę w całym systemie finansowym. Istotą działania kasy jest idea samopomocy finansowej, polegająca na wzajemnym kredytowaniu się jej członków ze zgromadzonych w kasie środków pieniężnych, a także niezarobkowy charakter prowadzonej działalności, przy założeniu istnienia więzi społecznej pomiędzy członkami kasy¹.

Z uwagi na bardzo ścisłą relację między prawem a życiem gospodarczym przy analizie przedstawionego problemu zostanie uwzględniona metodologia

¹ Zob. np. W. Srokosz, *Charakter prawny nadzoru nad Spółdzielczymi Kasami Oszczędnościowo-Kredytowymi*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2007, nr 10, s. 15; P. Bielski, *Niezarobkowy charakter działalności jako cecha konstrukcyjna spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej*, „Rejent” 2006, nr 6, s. 127.

ekonomicznej wykładni prawa². Prawo gospodarcze nie powinno być wyizolowanym bytem, oderwanym od rzeczywistości, którą reguluje. Wykładnia ekonomiczna polega na przeanalizowaniu gospodarczego *ratio legis* ustawy, uwzględnieniu kontekstu społeczno-gospodarczego i wyciągnięciu racjonalnych ekonomicznie wniosków.

W części pierwszej zostaną przedstawione założenia wyjściowe: ekonomiczne znaczenie i funkcje funduszu stabilizacyjnego.

2. Istota prawna kas

Kasy³, reaktywowane w Polsce właściwie na początku lat dziewięćdziesiątych

² Koncepcja ekonomicznej wykładni prawa znana jest prawu podatkowemu, niemniej jest to zupełnie inny kontekst. Jak to wyjaśniono w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba w Lublinie z dnia 31 stycznia 2018 r., I SA/Lu 941/17, „[...] konsekwencją zasady autonomii prawa podatkowego jest koncepcja tzw. gospodarczej (ekonomicznej) wykładni prawa podatkowego. Istotą tej koncepcji jest założenie, że podatek obciąża określone stany faktyczne, a nie czynności (akty) prawne. Chociaż prawo podatkowe dotyczy zjawisk gospodarczych regulowanych również normami prawa cywilnego, z punktu widzenia opodatkowania istotne jest samo zjawisko ekonomiczne (np. dochód, majątek, konsumpcja), a nie jego kwalifikacja prawna w innych gałęziach prawa. Wykładnia gospodarcza polega na przeanalizowaniu ekonomicznego *ratio legis* ustawy i odnalezieniu realnego przedmiotu podatku, rzeczywistej sytuacji ekonomicznej, którą chciał poddać opodatkowaniu ustawodawca, ukrytej pod postacią określonej struktury prawnej. Konsekwencją takich założeń interpretacyjnych jest dopuszczenie możliwości kwestionowania skuteczności na gruncie prawa podatkowego tych czynności, które są ważne i skuteczne w sferze prawa prywatnego. Czynnościom takim nadaje się odrębną podatkowoprawną kwalifikację, uwzględniającą specyficzne cele prawa podatkowego”.

³ Na temat kas jako *sui generis* instytucji finansowych zob. np. Andrzej Herbert w: A. Herbert, S. Pawłowski, P. Zakrzewski, *Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 2; A. Jedliński, L. Kaczyński, *Zagadnienie prawne umów zawieranych przez Spółdzielcze Kasy Oszczędnościowo-Kredytowe z pracodawcami*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 8, s. 79; A. Jedliński, *Spółdzielcze Kasy Oszczędnościowo-Kredytowe – zarys systemowego ujęcia*, Fundacja na Rzecz Polskich Związków Kredytowych, Sopot 2002, passim; *idem*, *Krajowa Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo-Kredytowa: zagadnienia konstrukcji prawnej*, Fundacja na Rzecz Polskich Związków Kredytowych, Sopot 2001, passim. *idem*, *Członkostwo w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej*, LexisNexis, Warszawa 2002, passim; K. Kamińska, *Kasy Stefczyka i Komunalne Kasy Oszczędności jako lokalne instytucje*, „Zeszyty Naukowe WSHE”, t. IV: *Nauki Prawne*, Włocławek 1999, s. 150 i n.; M. Golec, *Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe na rynku usług finansowych w Polsce*, Wyd. WSB, Poznań 2004, s. 137–140; M. Malinowski, P. Rudolf, D. Sowińska-Kobelak, M. Szupowski, *Prawa i obowiązki członków SKOK – analiza prawna*, Komisja Nadzoru Finansowego, Warszawa 2014; J. Żyżyński, *Konsekwencje wprowadzenia nowych regulacji dotyczących spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych – wybrane aspekty mikroekonomiczne i finansowe*, [w:] *Prawne i ekonomiczne determinanty rozwoju spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych w Polsce*, red. J. Ossowski, Fundacja na rzecz Polskich Związków Kredytowych, Sopot 2010, passim; T. Galbarczyk, *Funkcjonowanie spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych w Polsce – stan obecny i perspektywy rozwoju*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio H: Oeconomia” 2010, vol. 44, nr 2, passim; B. Rutkowski, *Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe jako instytucje finansowe*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio H: Oeconomia” 2011, vol. 45, nr 2, s. 289 i n.; A.M. Jurkowska, *Spółdzielcze Kasy Oszczędnościowo-Kredytowe*, „Głosa” 1999, nr 1, s. 15;

XX wieku⁴, mają własną regulację prawną⁵, istniejącą obok przepisów regulujących bankowość komercyjną (ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe) i przepisów regulujących bankowość spółdzielczą (ustawa z dnia 7 grudnia 2000 r. o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, ich zrzeszaniu się i bankach zrzeszających [dalej: bank. spółdz.])⁶. Podstawowym aktem prawnym jest ustawa z 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych⁷ (dalej: ustawa o skok), która zastąpiła wcześniejszą ustawę z dnia 14 grudnia 1995 r.⁸, poprzedzoną z kolei przez kadłubową regulację art. 39 ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych⁹.

3. Ustanie członkostwa w Kasie Krajowej

W razie „ustania członkostwa” kasy w Kasie Krajowej (co ma miejsce dopiero po utracie przez kasę jej własnej osobowości prawnej) wkłady wniesione przez kasę na fundusz stabilizacyjny, o których mowa w art. 55 ust. 1 ustawy o SKOK, podlegają zwrotowi z zachowaniem następujących zasad. Po pierw-

W. Srokosz, *Nadzór nad spółdzielczymi kasami oszczędnościowo-kredytowymi a zintegrowany nadzór finansowy*, „Prawo Bankowe” 2007, nr 6, s. 6; *idem*, *Nadzór nad spółdzielczymi kasami oszczędnościowo-kredytowymi według ustawy o SKOK z 2009 r.*, „Monitor Prawa Bankowego” 2010, nr 6, s. 37; A. Zalcewicz, *Problemy prawne nadzoru Krajowej Spółdzielczej Kasy Oszczędnościowo-Kredytowej nad spółdzielczymi kasami oszczędnościowo-kredytowymi*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2004, nr 10, s. 25.

⁴ Z historii spółdzielczości kredytowej w Polsce: S. Ochociński, *W stulecie spółdzielczości kredytowej w Polsce*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny” 1961, nr 23 (2), s. 201 i n.; R. Witalec, *Spółdzielczość kredytowa systemu Schulzego w Małopolsce w latach 1873–1939*, Instytut Pamięci Narodowej, Rzeszów–Warszawa 2008, *passim*; F. Skalniak, *Zarys historii polskiej spółdzielczości kredytowej*, Akademia Ekonomiczna w Krakowie, Kraków 1992, *passim*; W. Morawski, *Zarys dziejów Komunalnych Kas Oszczędności w Polsce*, „Bank i Kredyt” 1991, nr 10, s. 24; L. Kędzierski, *Decyzje w zarządzaniu finansami Spółdzielczych Kas Oszczędnościowo-Kredytowych*, „Studia Gdańskie” 2009, t. VI, s. 267–286.

⁵ Trybunał Konstytucyjny na temat przepisów odnoszących się do kas wypowiedział się w wyrokach z: 24 marca 2009 r., sygn. K 53/07, OTK ZU nr 3/A/2009, poz. 27; 12 stycznia 2012 r., sygn. Kp 10/09, OTK ZU nr 1/A/2012, poz. 4; 18 lutego 2014 r., sygn. U 2/12, OTK ZU nr 2/A/2014, poz. 12, z 31 lipca 2015 r., sygn. K 41/12. Zob. też wniosek z dnia 3 sierpnia 2020 r., PK VIII TK 41.2018 skierowany do Trybunału Konstytucyjnego przez Prokuratora Generalnego.

⁶ Na temat bankowości spółdzielczej zob. np. T. Orzeszko, *Banki Spółdzielcze w Polsce. Ekonomiczne i finansowe warunki rozwoju*, Wyd. WSB, Poznań 1998, s. 41; E. Kołodziej, *Banki spółdzielcze jako uczestnik rynku usług bankowych*, „Roczniki Naukowe Stowarzyszenia Ekonomistów Rolnictwa i Agrobiznesu” 2014, nr 6 (XVI), s. 241–247; J. Rachuba, *Działalność kredytowa banków spółdzielczych w Polsce*, „Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2017, nr 1 (85), s. 711–719.

⁷ T.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1643, ze zm.

⁸ Ustawa o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (Dz.U. 1996, Nr 1, poz. 2 ze zm.).

⁹ Dz.U. 1991, Nr 55, poz. 234 ze zm.

sze, zwrot następuje z wolnych środków funduszu stabilizacyjnego proporcjonalnie do wysokości wkładów wniesionych przez poszczególnych członków. Po drugie, kwota wolnych środków funduszu stabilizacyjnego jest ustalana na dzień zatwierdzenia sprawozdania finansowego za rok, w którym były członek wystąpił z żądaniem zwrotu. Po trzecie, kwota podlegająca zwrotowi płatna jest jednorazowo w ciągu 30 dni, licząc od dnia zatwierdzenia sprawozdania finansowego Kasy Krajowej za rok, w którym zgłoszono żądanie zwrotu (art. 58 ustawy o SKOK¹⁰). W przywołanym przepisie jest mowa o roszczeniu cywilnoprawnym w ramach tzw. sprawy cywilnej, a precyzyjniej rzecz ujmując – o przesłankach powstania tego roszczenia i sposobie ustalenia jego wysokości, a także o terminie wymagalności roszczenia. Po lekturze tekstu prawnego pojawia się jednak uzasadniona wątpliwość, czy po ogłoszeniu upadłości kasy z roszczeniem o zwrot wpłat na fundusz stabilizacyjny może wystąpić syndyk masy upadłości.

W literaturze przedmiotu trafnie dostrzeżono, że w praktyce mogą być spore problemy z wykładnią art. 58 ustawy o SKOK. Andrzej Herbert na gruncie art. 58 ustawy o SKOK wyraził następujący pogląd:

[...] specyfika, a równocześnie trudność tej sytuacji, polega m.in. na tym, że z uwagi na obligatoryjność zrzeszania się kas w Kasie Krajowej do ustania członkostwa dochodzi dopiero z chwilą utraty bytu prawnego przez kasę [...]. Niestety, ustawodawca nie rozwiązał wątpliwości związanych ze sposobem rozliczenia się z byłym członkiem (także co do normowanego w komentowanym przepisie zwrotu środków z funduszu stabilizacyjnego), powstających w związku z tym, że *de iure* podmiot uprawniony już nie istnieje. Proponowane w dotychczasowym piśmiennictwie rozwiązania można uznać za dyskusyjne zarówno dlatego, że w większości wypadków mamy tutaj do czynienia z uprawnieniami wierzycielskimi (a więc skutecznymi wyłącznie *inter partes* i wygasającymi wskutek utraty bytu prawnego wierzyciela w warunkach braku następstwa prawnego), jak i dlatego, że nie odpowiadają one na pytanie o zakres ewentualnej odpowiedzialności likwidatora lub syndyka masy upadłościowej w razie zakończenia likwidacji lub upadłości przed ostatecznym zadysonowaniem wszystkimi składnikami majątkowymi¹¹.

Przepis art. 58 ustawy o SKOK wzbudza zatem pewne wątpliwości dogmatyczne.

¹⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 31 lipca 2015, K 41/12 umarzał sprawę badania zgodności z Konstytucją m.in. art. 58 ustawy o SKOK.

¹¹ A. Herbert, S. Pawłowski, P. Zakrzewski, *op. cit.*, Nb 2.

4. Istota postępowania upadłościowego

Interesariuszami postępowania upadłościowego są wierzyciele¹². Wierzycielami upadłych kas, na zasadzie subrogacji ustawowej, będzie Bankowy Fundusz Gwarancyjny, członkowie kas w zakresie tytułów niepokrytych gwarancjami depozytów oraz inni wierzyciele „zewnątrzni”¹³. Postępowanie upadłościowe nie służy bezpośrednio realizacji interesu publicznego – celem postępowania upadłościowego jest zaspokojenie zidentyfikowanego interesu prywatnego konkretnych wierzycieli w rozumieniu art. 189 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe (dalej: pr. upadł.). Zaspokojenie wierzycieli podlega zasadzie *pari passu* (zasadzie równego traktowania)¹⁴. Interesy ogółu wierzycieli upadłego w zderzeniu z innymi aksjologicznie wyższymi wartościami nie mają bezwzględniego priorytetu¹⁵. Z całokształtu Prawa upadłościowego wynika wniosek, że interes zbiorowości wierzycieli jest nadrzędny wobec interesu pojedynczego wierzyciela. Prawo upadłościowe, co do zasady, nie przenosi jednak interesów zbiorowości wierzycieli ponad interes publiczny.

Zadaniem syndyka ustanowionego w postanowieniu o ogłoszeniu upadłości jest spieniężenie masy upadłości należącej do upadłego i dokonanie podziału uzyskanych funduszy masy upadłości pomiędzy wierzycieli, niemniej z zachowaniem tzw. prawa odrębności¹⁶. Ogłoszenie upadłości (ani jakakolwiek inna

¹² Zob. np. P. Janda, *Zaspokojenie roszczeń wierzycieli jako cel postępowania upadłościowego*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 10, s. 63 i n.; M. Pannert, *Cele prawa upadłościowego i naprawczego*, „Radca Prawny” 2008, nr 6, s. 54 i n.; P. Kupis, *Dysfunkcje postępowań upadłościowych*, „Biuletyn PTE” 2017, nr 2, s. 35 i n.; E. Marszałkowska-Krześ, I. Gil, *Znaczenie i skutki zabezpieczeń rzeczowych w przypadku ogłoszenia upadłości*, [w:] *Wokół rekodyfikacji prawa cywilnego. Prace jubileuszowe*, red. P. Stec, M. Załucki, Oficyna Wydawnicza KAAFM, Kraków 2015, s. 253 i n.; M. Leśniak, *Zaspokojenie wierzytelności zabezpieczonych prawem zastawu w sytuacji upadłości zastawcy*, „Rejent” 1998, nr 5, s. 122 i n.

¹³ W przypadku kas obowiązuje tzw. zasada identyczności, zob. W. Srokosz, *Instytucje parbankowe w Polsce*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2011, s. 94 i n. Oznacza ona, że pożyczkobiorcy są jednocześnie członkami kasy. Kasa przyjmuje od swoich członków depozyty.

¹⁴ Zob. np. R. Adamus, *Kategoria zaspokojenia wierzytelności handlowych współnika upadłej spółki*, „Monitor Prawa Bankowego” 2019, nr 5; M. Glabas, *Kwalifikowanie i zaspokajanie wierzytelności w postępowaniu upadłościowym*, „Prawo Spółek” 1997, nr 2, s. 24 i n.; S. Cieślak, *Długi masy upadłościowej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1996, nr 5, s. 8 i n.; P. Janda, *Pojęcie wierzyciela w postępowaniu upadłościowym*, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 6, s. 43 i n.; *idem*, *Kolejność zaspokajania wierzycieli osobistych w postępowaniu upadłościowym obejmującym likwidację majątku upadłego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2015, nr 11, s. 39 i n.; D. Kłodnicki, *Podział funduszy masy upadłości*, „Prawo Spółek” 1998, nr 10, s. 34 i n.; J. Pałyś, *Skarbowe długi upadłego*, „Prawo Spółek” 1998, nr 10, s. 45.

¹⁵ Zob. np. R. Adamus, *Legally protected cultural goods and bankruptcy proceedings*, „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne” 2020, nr 18(2), s. 9–26 odnośnie kolizji pomiędzy interesami wierzycieli a potrzebą ochrony dóbr kultury.

¹⁶ *Idem*, *Likwidacja masy upadłości. Zagadnienia praktyczne*, Difin, Warszawa 2014; *idem*, *Liquidation of the bankruptcy estate in Poland*, „Bratislava Law Review” 2020, Vol. IV, no. 1, s. 115 i n.; *idem*, *Bankruptcy and Restructuring Law in Poland*, „Societas et Iurisprudentia” 2019,

okolizność związana z postępowaniem upadłościowym) w żaden sposób nie wpływa na przyspieszenie wymagalności wierzytelności przysługujących upadłemu, a już tym bardziej nie ma wpływu na przyspieszenie powstania wierzytelności¹⁷. Zgodnie z art. 331 ust. 1 pr. upadł. likwidacja wierzytelności upadłego następuje przez ich zbycie albo ściągnięcie. W myśl art. 331 ust. 2 pr. upadł. wybór sposobu likwidacji należy poprzedzić oceną, który z nich umożliwia zaspokojenie wierzycieli w jak największym stopniu przy uwzględnieniu kosztów i ryzyka niepowodzenia ściągnięcia wierzytelności upadłego oraz konieczności zaspokojenia zobowiązań, o których mowa w art. 230 pr. upadł., związanych z przedłużeniem postępowania upadłościowego. Przy czym w piśmiennictwie panuje przekonanie, że syndyk nie jest związany umownymi ograniczeniami związanymi z obrotem wierzytelnościami takimi jak *pactum de non cedendo*¹⁸. Syndyk nie może jednak dochodzić roszczeń, które upadłemu nie przysługują¹⁹.

Wprowadzenie do ekonomicznej wykładni art. 58 ustawy o SKOK

Przepis art. 58 ustawy o SKOK ma brzmienie następujące: „W razie ustania członkostwa w Kasie Krajowej wkłady wniesione przez kasę na fundusz stabilizacyjny, o których mowa w art. 55 ust. 1, podlegają zwrotowi z zachowaniem następujących zasad: 1) zwrot następuje z wolnych środków funduszu stabilizacyjnego proporcjonalnie do wysokości wkładów wniesionych przez poszczególnych członków; 2) kwota wolnych środków funduszu stabilizacyjnego jest ustalana na dzień zatwierdzania sprawozdania finansowego za rok, w którym były członek wystąpił z żądaniem zwrotu; 3) kwota podlegająca zwrotowi płatna jest jednorazowo w ciągu 30 dni, licząc od dnia zatwierdzenia sprawozdania finansowego Kasy Krajowej za rok, w którym zgłoszono żądanie zwrotu”.

Prawidłowa wykładnia art. 58 ustawy o SKOK wymaga wprowadzającego wyjaśnienia czterech kluczowych pojęć: znaczenia funduszu stabilizacyjnego prowadzonego przez Kasę Krajową, charakteru prawnego wpłat wnoszonych przez kasy na fundusz stabilizacyjny, charakteru prawnego członkostwa

Vol. VII, issue 2, s. 19 i n.; *idem*, *Upadłość a hipoteka na mieniu upadłego*, LexisNexis, Warszawa 2009.

¹⁷ *Idem*, *Upadłość a zobowiązania cywilnoprawne*, Difin, Warszawa 2013; *idem*, *Materiałnoprawne skutki ogłoszenia upadłości*, [w:] *System prawa handlowego*, red. S. Włodyka, A. Szumański, t. 6: *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*, red. A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, C.H. Beck, Warszawa 2020, s. 785 i n.

¹⁸ *Idem*, *Pactum de non cedendo a upadłość likwidacyjna*, „Monitor Prawniczy” 2008, nr 16, s. 892–896.

¹⁹ *Idem*, *Zagadnienie odpowiedzialności za straty bilansowe członków spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej w upadłości*, [w:] *Prawo prywatne w służbie społeczeństwu. Księga pamiątkowa poświęcona pamięci Profesora Adama Jedlińskiego*, red. P. Zakrzewski, D. Bierecki, Spółdzielczy Instytut Naukowy, Sopot 2019, s. 23.

kasy w Kasie Krajowej, wreszcie problemu ustania członkostwa kasy w Kasie Krajowej.

Sama Kasa Krajowa jest instytucją prawną *sui generis*, będąc spółdzielnią posiadającą osobowość prawną: a) utworzoną z mocy ustawy; b) której członkowie – czyli kasy – prowadzą szczególnego rodzaju działalność *not for profit*²⁰: depozytowo-pożyczkową; c) której sensem istnienia jest zapewnienie stabilności finansowej swoich członków będących osobami prawnymi (kas)²¹, z uwagi na szczególny przedmiot ich działalności; d) w której członkostwo kas jest obligatoryjne i trwa od początku do końca prawnego istnienia kasy; e) która działa *not for profit*. Jak ujął to Sąd Apelacyjny w Gdańsku, „Kasa Krajowa pozostaje spółdzielnią zrzeszonych w niej kas, a więc spółdzielnią spółdzielni, znajdującą się bezpośrednio w strukturze ustrojowej kas. Sprawia to, że nadzór Kasy Krajowej ma charakter wewnętrzny, w przeciwieństwie do zewnętrznego nadzoru sprawowanego przez Komisję Nadzoru Finansowego”²². Tymczasem zgodnie z art. 1 § 1 pr. spółdz. spółdzielnia jest dobrowolnym zrzeszeniem nieograniczonej liczby osób, o zmiennym składzie osobowym i zmiennym funduszu udziałowym, które w interesie swoich członków prowadzi wspólną działalność gospodarczą. Zatem klasyczna spółdzielnia: a) tworzona jest przez jej założycieli²³; b) jej członkami z zasady są osoby fizyczne²⁴ (a tylko wyjątkowo mogą być to

²⁰ W literaturze przedmiotu wyrażono taki pogląd: „Zgodnie z ustaleniami Trybunału Konstytucyjnego spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe są dobrowolnymi zrzeszeniami, które jak każda spółdzielnia stanowią zrzeszenia osób, które w interesie swoich członków wykonują działalność gospodarczą. Prowadzą one wprawdzie działalność gospodarczą, ale dochody z niej nie podlegają podziałowi, lecz przeznaczane są na cele statutowe spółdzielni (podobnie jak ma to miejsce w przypadku stowarzyszeń i fundacji, o ile prowadzą działalność gospodarczą). Trybunał określił taką działalność mianem »niezarobkowej działalności gospodarczej«”; A. Szafranski, *Konstytucyjna wolność gospodarcza na tle historii idei i gospodarki*, C.H. Beck, Warszawa 2018. Niemniej w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 31 lipca 2015 r., K 41/12, OTK-A 2015, Nr 7, poz. 102, uznano, że: „[...] ewolucja rozwiązań ustawowych coraz silniej lokuje kasy w kategorii podmiotów gospodarczych prowadzących zwykłą komercyjną działalność depozytowo-kredytową oraz dodatkowe usługi finansowe, a praktyka działania kas dowodzi, że rozluźnieniu ulegają też wymagane ustawowo więzi społeczne między członkami kas. Wszystko to systematycznie upodabnia kasy do banków i pozbawia je cech typowych dla unii kredytowych. Nie pozostaje to bez wpływu również na zakres zastosowania gwarancji konstytucyjnych w stosunku do obecnego modelu kas, który został ukształtowany w ustawie o skok”.

²¹ Por. rozważania w decyzji Prezesa UOKiK z 31 grudnia 2009, DDK-61-2/09/PM w sprawie uznania Kasy Krajowej za związek przedsiębiorców.

²² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 5 września 2013 r. I ACa 523/13.

²³ Dział II Tytułu I Części I ustawy Prawo spółdzielcze z dnia 16 września 1982 r. nosi tytuł: „Tryb zakładania i rejestrowania spółdzielni”.

²⁴ Zgodnie z art. 15 § 2, 4, 5 pr. spółdz. członkiem spółdzielni może być każda osoba fizyczna o pełnej zdolności do czynności prawnych, która odpowiada wymaganiom określonym w statucie, chyba że ustawa stanowi inaczej. Członkami spółdzielni mogą być również osoby prawne, o ile statut nie stanowi inaczej. Dopuszcza się jednak istnienie spółdzielni, której członkami w myśl statutu są wyłącznie osoby prawne.

osoby prawne), nieprowadzące działalności depozytowo-pożyczkowej; c) która prowadzi swoją własną działalność; d) w której członkostwo jest dobrowolne, a migracje członków są naturalne; e) która może przeznaczać nadwyżkę finansową na wypłaty dla swoich członków²⁵. Podkreślanie tych różnic pomiędzy Kasą Krajową a klasyczną spółdzielnią powinno skłaniać do bardzo ostrożnego podejścia w stosowaniu analogii z przepisów prawa spółdzielczego.

Szczególna rola i znaczenie funduszu stabilizacyjnego w kontekście ekonomicznej wykładni art. 58 ustawy o SKOK

1. Rola Kasy Krajowej w zapewnieniu stabilności finansowej kas

Sens istnienia Kasy Krajowej w obrocie prawnym precyzuje art. 58 ustawy o SKOK. Celem działalności Kasy Krajowej jest zapewnienie stabilności finansowej kas²⁶, a w szczególności udzielanie kasom wsparcia finansowego ze środków funduszu stabilizacyjnego oraz sprawowanie kontroli nad kasami dla zapewnienia bezpieczeństwa zgromadzonych w nich oszczędności oraz zgodności działalności kas z przepisami prawa.

Poprzednio obowiązująca ustawa o kasach z 14 grudnia 1995 r. uregulowała instytucję Kasy Krajowej i prowadzonego przez nią funduszu stabilizacyjnego. Nie wprowadzała jednak w swojej treści instytucji zwrotu wpłat dokonywanych przez upadłą kasę na ten fundusz. Można postawić tezę, że obecnie obowiązująca regulacja przewiduje możliwość zwrotu wpłat jedynie w bardzo ograniczonym charakterze. Uprzedzając dalsze wywody, stwierdzić należy, że nic nie wskazuje, aby *de lege lata* miało dojść do istotnej rewolucji w tym zakresie względem poprzedniego stanu prawnego. W projekcie obowiązującej obecnie ustawy zapisano bowiem, że „Projekt ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych zawiera szereg zmian merytorycznych, zmierzających do: [...] pozostawienia Kasy Krajowej w roli instytucji zabezpieczającej płynność finansową kas”²⁷.

2. Pierwotny wzór regulacji

Prawozorem dla polskiej instytucji Kasy Krajowej i prowadzonego przez nią funduszu stabilizacyjnego jest prawo modelowe dla związków kredytowych. *Model*

²⁵ W art. 29 § 1 pr. spółdz. jest mowa o roszczeniach spółdzielców o wypłatę udziału w nadwyżce bilansowej.

²⁶ Zob. też M. Golec, *Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe wobec instrumentów polityki pieniężnej*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Bankowej w Poznaniu” 2014, t. 56, nr 5, s. 123 i n.

²⁷ Druk 1876 Sejmu VI Kadencji z dnia 18 marca 2009 r. – uzasadnienie projektu ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych.

Law for Credit Unions, opracowane przez World Council of Credit Unions, rekomenduje poszczególnym ustawodawcom instytucję Central Finance Facility (Centralny Instrument Finansowy)²⁸. CFF tworzony ma być na potrzeby związków kredytowych, w zasadzie w formie niezależnej organizacji. CFF nie mogłaby obsługiwać osób fizycznych ani konkurować ze swoimi członkami. Celem CFF jest gromadzenie kapitału i ostrożne zarządzanie płynnością związków kredytowych poprzez usługi inwestycyjne oraz, w stosownych przypadkach, poprzez pożyczki. Ponadto CFF ma działać jako pośrednik pomiędzy związkami kredytowymi a innymi centralnymi instytucjami finansowymi celem pozyskiwania płynnych funduszy z innych źródeł. Zadaniem CFF jest uczestniczenie w regionalnych lub krajowych centralnych systemach finansowych, których celem jest wspieranie bezpieczeństwa gospodarczego oraz rozwój związków kredytowych. Wreszcie celem CFF miałoby być zapewnianie systemów płatności i rozliczeń oraz innych usług dla swoich członków: w komentarzu do tej rekomendacji wskazano, że zadaniem CFF jest zapewnienie swoim członkom całościowego zarządzania płynnością („*providing wholesale liquidity management*”). Idea polskiego funduszu stabilizacyjnego wyrasta zatem z wieloletnich doświadczeń związków kredytowych na rynku amerykańskim. Prawo modelowe nie rekomenduje natomiast takiego rozwiązania prawnego, jakie zostało przyjęte przez polskiego ustawodawcę w art. 58 ustawy o SKOK.

3. Brak obligatoryjnego kapitału założycielskiego kas

Na znaczenie funduszu stabilizacyjnego należy popatrzeć w kontekście założenia, że „kasy, inaczej niż banki, nie posiadają kapitału założycielskiego – członkowie kasy pożyczają bowiem własne środki finansowe, pochodzące ze zgromadzonych wspólnie oszczędności (samopomoc finansowa)”²⁹. Fundusz stabilizacyjny jest zatem „wspólnym” buforem finansowym dla kas, mniej więcej takim, jakim kapitał założycielski jest dla banków.

4. Kasy jako niewielkie organizmy gospodarcze wymagające zasilenia kapitałem

Kasy są najczęściej niewielkimi organizacjami finansowymi, które na rynku usług finansowych konkurują z – z natury silniejszymi kapitałowo – bankami. W wielu wypadkach zasilenie kas odpowiednim kapitałem jest naturalną potrzebą ekonomiczną. Fundusz stabilizacyjny zawiadywany przez Kasę Krajową

²⁸ *Model Law for Credit Unions*, Madison 2015. W polskiej literaturze zob. np. P. Zakrzewski, *Wprowadzenie do Zasady Międzynarodowego Związku Spółdzielczego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2005, z. 1, s. 285 i n.

²⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 stycznia 2012 r. Kp 10/09; L. Kędzierski, *op. cit.*, s. 273.

jest czynnikiem rozwoju systemu spółdzielczości kredytowej w Polsce³⁰. W literaturze ekonomicznej zwraca się uwagę na zjawisko zwiększania się znaczenia Kasy Krajowej dla gospodarki finansowej kas³¹.

5. Publicznoprawny obowiązek tworzenia funduszu stabilizacyjnego

Obowiązek tworzenia i utrzymywania funduszu nie ma charakteru prywatnoprawnego, choć może on przypominać np. prywatnoprawny *pool* (wspólny fundusz) tworzony przez spółki holdingowe. Przy rozwiązaniu prywatnoprawnego wspólnego funduszu strony zazwyczaj dokonują rozliczeń. Obowiązek tworzenia i utrzymywania funduszu stabilizacyjnego jest jednak obowiązkiem publicznoprawnym³².

Zapewnienie stabilności finansowej kas dzięki funduszowi stabilizacyjnemu nie służy realizacji prywatnoprawnego interesu Kasy Krajowej czy prywatnoprawnego interesu zrzeszonej w niej kasy (kas). Jak wynika z przeprowadzonych badań naukowych, adekwatność kapitałowa kas jest miarą bezpieczeństwa ich funkcjonowania³³. Fundusz jest zatem swoistym „bezpiecznikiem” finansowym ustalonym w interesie ogółu³⁴. Kasy stanowią ważny element istniejącego w Polsce systemu finansowego³⁵, a jego stabilność leży w interesie

³⁰ Por. np. J. Szambelańczyk, *Banki spółdzielcze w Polsce w procesach zmian systemowych*, Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej w Poznaniu, Poznań 2006, passim; A. Szyguła, *Czynniki rozwoju działalności depozytowo-kredytowej banków spółdzielczych w Polsce*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Bankowej w Poznaniu” 2012, nr 45, s. 2 i n.; K. Kil, E. Miklaszewska, *Determinanty generowania kredytów gospodarczych w okresie pokryzysowym na przykładzie polskiego sektora banków spółdzielczych*, „Kwartalnik Kolegium Ekonomiczno-Społecznego Studia i Prace” 2015, nr 23 (2), s. 143–162

³¹ M. Golec, *Systemowe obciążenia finansowe spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych i banków*, „Kwartalnik Nauk o Przedsiębiorstwie” 2016, nr 1, s. 72.

³² C. Kosikowski, *Publiczne prawo bankowe*, PWE, Warszawa 1999, s. 52; W. Szpringer, *Polskie regulacje bankowe*, Difin, Warszawa 2000.

³³ M. Golec, *Adekwatność kapitałowa jako miara bezpieczeństwa działalności spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych*, „Przedsiębiorczość i Zarządzanie” 2015, nr XVI (8), s. 91–100; A. Łukaszewicz-Kamińska, *Zrównoważony model działania spółdzielczej instytucji finansowej w Polsce*, „Pieniądze i Więź” 2015, nr 4 (69), s. 129–141.

³⁴ M. Golec, *System gwarantowania depozytów w spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych*, „Ekonomiczne Problemy Usług” 2009, nr 38; *idem*, *Regulacje ryzyka działalności kredytowej spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych w porównaniu do banków*, „Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2016, nr 4 (82); G. Kotliński, K. Waliszewski, *Instytucje parabankowe na rynku usług bankowych w Polsce*, CeDeWu, Warszawa 2012; W. Rogowski, *Nowe koncepcje i regulacje nadzoru finansowego: nadzór makrostabilnościowy, nadzór bankowy SKOK, instrumenty finansowe*, Oficyna Allerhanda, Kraków–Warszawa 2014.

³⁵ Druk 1876 Sejmu VI Kadencji z dnia 18 marca 2009 r. – uzasadnienie projektu ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych; S. Flejterski, *Dywersyfikacja struktur we współczesnej bankowości – podejście teoretyczne*, „Bank i Kredyt” 1999, nr 5, s. 24; W.L. Jaworski, *System bankowy i jego otoczenie*, [w:] *Bankowość. Podręcznik akademicki*, red. W.L. Jaworski, Z. Zawadzka, Poltext, Warszawa 2002, s. 24–25; A. Strzelecki, *Spółdzielcze Kasy Oszczędnościowo-*

publicznym³⁶. Można założyć, że chodzi tu o „ważny” interes publiczny. Współczesne finanse to system naczyń połączonych³⁷, zatem fundusz stabilizacyjny pozostający w dyspozycji Kasy Krajowej działa w interesie publicznym. Potrzeba ochrony interesu publicznego ma znaczenie dla kierunków ewentualnej wykładni celowościowej przepisów ustawy. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że:

[...] w związku z potrzebami pomocowymi ratowania instytucji zagrożonych upadłością, gromadzone są rezerwy na rzecz stabilności finansowej. W sektorze kas jest to fundusz stabilizacyjny, zaś w sektorze bankowym – fundusze (pomocowy i stabilizacyjny) w BFG. Kasy lokują co najmniej 1 proc. swoich aktywów w funduszu stabilizacyjnym, a ich wartość ulega zmianie wraz ze wzrostem skali działalności określonej instytucji. W sytuacji zwiększonych potrzeb pomocowych, KSKOK może podwyższyć fundusz stabilizacyjny nawet do 3 proc. aktywów kas i ustanowić dodatkowe składki nadzwyczajne uzależnione od kwoty posiadanych wkładów, zgodnie z Rozporządzeniem MF wpłaty na fundusz stabilizacyjny są kosztem dla kas. W sektorze bankowym BFG, jako instytucja typu *risk minimizer*, gromadzi *ex ante* środki na stabilizację sektora bankowego, przy czym ich wysokość zależy od skali i ryzyka działalności banków oraz stawek ustalanych co roku przez Radę BFG (maksymalne stopy składek są określone ustawowo). Co roku banki zobowiązane są do uiszczania na rzecz BFG obowiązkowych opłat rocznych oraz ostrożnościowych, koszty są więc ponoszone niezależnie od wystąpienia negatywnych zjawisk w sektorze bankowym, jedynie stawki mogą być ustalone na niższym poziomie³⁸.

Powyższe uwagi powinny skłaniać do bardzo ostrożnego podchodzenia do kwestii uszczuplenia funduszu stabilizacyjnego za pomocą instrumentu roszczeń cywilnoprawnych, nieznajdujących uzasadnienia w językowej wykładni tekstu prawnego.

6. Znaczenie kompetencji Kasy Krajowej w zakresie dysponowania funduszem stabilizacyjnym

Można postawić tezę, że prawidłowe dysponowanie funduszem stabilizacyjnym jest podstawowym zadaniem Kasy Krajowej. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia

wo-Kredytowe w polskim systemie bankowym, „Studia z zakresu prawa, administracji i zarządzania UKW” 2013, t. 3, s. 209 i n.; P. Piechota, M. Kołodziejczyk, *Pozycja i znaczenie Spółdzielczych Kas Oszczędnościowo-Kredytowych w polskim systemie finansowym*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego” 2011, nr 640; A. Rzczycka, G. Goławska-Witkowska, *Efektywność funkcjonowania wybranych instytucji finansowych – analiza porównawcza Spółdzielczych Kas Oszczędnościowo-Kredytowych i banków spółdzielczych*, [w:] *Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe – charakterystyka, rozwój, otoczenie*, red. J. Ossowski, Fundacja na Rzecz Polskich Związków Kredytowych, Sopot 2007; L. Kędzierski, *op. cit.*, s. 273.

³⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 31 lipca 2015, K 41/12.

³⁷ W. Szpringer, *Wpływ instytucji parabankowych na bezpieczeństwo i stabilność rynków finansowych*, „Bezpieczny Bank” 1998, nr 4, s. 42.

³⁸ M. Golec, *Systemowe obciążenia finansowe...*, s. 74–75.

21 grudnia 2012 r., IV CSK 157/12 podkreślił, że: „[...] zasadniczą funkcją Kasy Krajowej jest funkcja stabilizacyjna. Wiązą się z nią kompetencje Kasy Krajowej w zakresie dysponowania środkami, które mogą być przeznaczone na pomoc kasom, a stabilizacja finansowa kas ma zapewnić bezpieczeństwo zgromadzonych w nich oszczędności. Dlatego przepisy regulujące kwestie związane z tworzeniem i przeznaczeniem funduszu, jako mające charakter bezwzględnie obowiązujący, muszą być wykładane ściśle”.

Dysponowanie w praktyce funduszem stabilizacyjnym nie jest arbitralną prerogatywą Kasy Krajowej. Zgodnie z art. 52 ust. 1 ustawy o SKOK, organem opiniodawczym dla Kasy Krajowej jest komisja funduszu stabilizacyjnego. Do zadań komisji funduszu stabilizacyjnego należy w szczególności opiniowanie: 1) wniosków o kredyty stabilizacyjne oraz o udzielanie innej pomocy, w tym bezzwrotnej; 2) rodzaju i wysokości zabezpieczeń udzielanych kredytów stabilizacyjnych; 3) wniosków w sprawie prolongaty spłaty kredytów stabilizacyjnych (art. 52 ust. 4 ustawy o SKOK).

7. Nadzór KNF

Na znaczenie funduszu stabilizacyjnego wskazuje ponadto objęcie go nadzorem ze strony Komisji Nadzoru Finansowego³⁹. Zgodnie z art. 68 ust. 1 pkt 2 ustawy o SKOK czynności podejmowane przez Komisję Nadzoru Finansowego w ramach nadzoru nad działalnością Kasy Krajowej polegają w szczególności na badaniu sposobu wykorzystania środków funduszu stabilizacyjnego oraz innych środków gromadzonych przez kasy w Kasie Krajowej.

8. Unikalny charakter prawny funduszu stabilizacyjnego

Fundusz stabilizacyjny – dla zarządzania którym ustawodawca powołał Kasę Krajową – ma w polskim systemie prawnym unikalny charakter. Tezy o unikalnym charakterze funduszu stabilizacyjnego dla kas nie dewaluuje okoliczność, że w bankowości spółdzielczej wprowadzono dodatkowe mechanizmy solidarnościowe w postaci tzw. spółdzielczych systemów ochrony (IPS, Institutional Protection Schemes), na wzór uregulowań funkcjonujących od dziesięcioleci w krajach Europy Zachodniej⁴⁰. Fundusz stabilizacyjny jest instytucją prawną

³⁹ K. Bekieszczyk, *Nadzór KNF nad spółdzielczymi kasami oszczędnościowo-kredytowymi*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2011, passim.

⁴⁰ Podstawą prawną dla tworzenia spółdzielczych systemów ochrony jest rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, zmieniające rozporządzenie (UE) nr 648/2012, OJ L 176, 27.6.2013, p. 1–337, i ustawa o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, ich zrzeszaniu się i bankach zrzeszających. Uczestnicy systemu podpisują umowę o utworzeniu systemu. System zorganizowany jest w ten sposób, iż zarządza nim odrębny pod-

sui generis. Nie ma swojego odpowiednika prawnego (biorąc pod rozwagę jego złożoną konstrukcję) ani w prawie spółdzielczym, ani w prawie spółek, choć zarówno spółdzielnie, jak i spółki mogą utworzyć prywatnoprawny *pool* dla solidarnościowego wsparcia swoich uczestników, w szczególności spółek i spółdzielni uczestniczących w holdingu. Podstawą tworzenia prywatnych funduszy jest zasada swobody umów (art. 353¹k.c.). Wynika z tego wnioski o potrzebie dużej ostrożności dla stosowania do instytucji funduszu stabilizacyjnego wnioskowania *per analogiam* z innych aktów prawnych.

Fundusz stabilizacyjny jest księgowo funduszem wyodrębnionym (samodzielnym). Nie łączy się z funduszem zasobowym czy funduszem udziałowym Kasy Krajowej, lecz stanowi fundusz specjalny (szerzej na ten temat w pkt 9).

Kasa Krajowa jako dysponent funduszu stabilizacyjnego jest podmiotem utworzonym na podstawie ustawy, a zatem nie ma zdolności upadłościowej (art. 6 pkt 4 pr. upad.). Z kolei przepisy nie przewidują możliwości jej likwidacji⁴¹. Prawo nie limituje trwałości funduszu stabilizacyjnego. Nie wyznacza bowiem terminu *ad quem* istnienia jego zarządcy. Całkowita likwidacja funduszu stabilizacyjnego wymagałaby interwencji ustawodawcy.

9. Spór o charakter funduszu stabilizacyjnego

Istotne znaczenie miała okoliczność, analizowana przed zmianami w ustawie o SKOK, czy fundusz stabilizacyjny to kapitał własny Kasy Krajowej czy kapitał cudzy? Sąd Okręgowy w Gdańsku – XV Wydział Cywilny w wyroku z dnia 2 lipca 2013 r. XV C 126/13 analizując charakter prawny funduszu stabilizacyjnego zakwalifikował go jako fundusz własny:

Przez fundusz (kapitał) własny uważa się wartościowy odpowiednik składników majątku, do których danej jednostce przysługuje prawo własności. Fundusze własne dzieli się na fundusze powierzone, które reprezentują wkład finansowy właścicieli jednostki gospodarującej – udziałowców, akcjonariuszy, członków (oczywiście właścicieli jednostki w sensie ekonomicznym, a nie prawnym, gdyż jednostka posiadająca osobowość prawną, tak jak spółdzielnia, posiada własny majątek) oraz fundusze samofinansowania, które powstają z osiągniętego zysku zatrzymanego w jednostce bądź

miot (spółdzielnia zarządzająca), a jego członkami są banki spółdzielcze tworzące ów system. Uczestnicy systemu wspólnie gromadzą środki finansowe lokowane w specjalnym funduszu pomocowym, którym dysponuje spółdzielnia zarządzająca. System tworzony jest celem wsparcia płynności jego uczestników i zapobiegania ich upadłości. Na podstawie umowy uczestnicy systemu mogą się zobowiązać do stosowania ujednoliconych zasad klasyfikacji i monitorowania ryzyka, wprowadzić obowiązki informacyjne, nadać spółdzielni zarządzającej kompetencje do stosowania określonych środków prewencyjnych lub sankcyjnych względem uczestników systemu. Pierwszy polski instytucjonalny system ochrony został utworzony 23 listopada 2015 roku przez Banki Spółdzielcze Zrzeszenia SGB oraz SGB-Bank SA, będący Bankiem Zrzeszającym Zrzeszenia SGB; por. IPS SGB, <https://ips-sgb.pl/kim-jestesmy> [dostęp: 22.07.021].

⁴¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 31 lipca 2015, K 41/12.

innych źródeł charakterystycznych dla danej działalności. Natomiast kapitał (fundusz) obcy cechuje się tym, że jest oddany do dyspozycji danej jednostki na czas określony, po terminie umowy musi być zwrócony, zazwyczaj korzystanie z niego związane jest z określonym kosztem – w postaci odsetek. Mając na uwadze powyższe, należy uznać, że decydujące znaczenie dla zakwalifikowania konkretnego kapitału jako kapitału własny lub też obcy mają źródła pochodzenia środków go tworzących.

Sąd Okręgowy przyjął, że „nie można uznać, że kapitał zgromadzony na funduszu stabilizacyjnym jest kapitałem oddanym do dyspozycji [...] przez podmiot zewnętrzny (wierzyciela) jedynie na czas określony, który musi być zwrócony, co charakteryzuje tzw. kapitał cudzy, ujawniany w bilansie jako zobowiązania jednostki”. Podobne stanowisko można odnaleźć w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 kwietnia 2012 r. w sprawie IV CSK 443/11, zgodnie z którym fundusz stabilizacyjny należy traktować jako fundusz własny. Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 28 lutego 2013 r. (w sprawie o sygn. akt I ACa 887/12, w której żądano ustalenia, iż fundusz stabilizacyjny został nieprawidłowo przedstawiony w bilansie Kasy Krajowej po stronie pasywów jako kapitał własny, zamiast jako zobowiązania obce) stanął na stanowisku, że fundusz stabilizacyjny stanowi kapitał własny Kasy Krajowej, i jako kapitał własny powinien być prezentowany w bilansie. Jeżeli fundusz stabilizacyjny ma charakter kapitału własnego, to wszelkie wypłaty z kapitału własnego Kasy Krajowej powinny mieć miarodajną podstawę prawną. Charakter prawny funduszu stabilizacyjnego determinuje kierunki ewentualnej wykładni celowościowej przepisów ustawy. Ze środków funduszu stabilizacyjnego nie mogą być obecnie pokrywane straty bilansowe Kasy Krajowej (art. 55 ust. 4 ustawy o SKOK). Obecnie, w wyniku zmian ustawowych, fundusz stabilizacyjny traktowany jest jako fundusz specjalny.

10. Ograniczenia w dysponowaniu wolnymi środkami funduszu stabilizacyjnego

Zgodnie z art. 55 ust. 3 ustawy o SKOK wolne środki pieniężne funduszu stabilizacyjnego mogą być inwestowane wyłącznie w obligacje i inne papiery wartościowe emitowane, poręczone lub gwarantowane przez Skarb Państwa lub Narodowy Bank Polski, a także w jednostki uczestnictwa funduszy rynku pieniężnego. Reguła powyższa potwierdza szczególny charakter prawny funduszu stabilizacyjnego.

11. Fundusz stabilizacyjny a kompetencje BFG w zakresie restrukturyzacji kas i system gwarantowania depozytów złożonych w kasach przez BFG

System „solidarnościowy”, istniejący dzięki funduszowi stabilizacyjnemu, zyskał wsparcie instytucjonalne w przepisach dotyczących kompetencji Banko-

wego Funduszu Gwarancyjnego⁴². Zgodnie z art. 5 ust. 2 ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji do zadań BFG w zakresie restrukturyzacji kas, w których powstało niebezpieczeństwo niewypłacalności, należy m.in.: udzielanie zwrotnej pomocy finansowej; nabywanie wierzytelności kas; udzielanie wsparcia finansowego na rzecz działalności kasy w przypadku jej przejęcia, przejęcia jej wybranych praw majątkowych lub wybranych zobowiązań lub w przypadku nabycia przedsiębiorstwa tej kasy w likwidacji, jego zorganizowanej części lub wybranych praw majątkowych podmiotowi przejmującemu lub nabywcy. Zgodnie z art. 260 ust. 1 ustawy o BFG, BFG może udzielać kasom objętym systemem gwarantowania pożyczek, gwarancji lub poręczeń. Ponadto BFG – na podstawie art. 260 ust. 2 ustawy o BFG – może udzielić pożyczki kasie tylko w celu zaliczenia uzyskanych w ten sposób środków do funduszy własnych kasy.

Poza tym doszło do objęcia depozytów w kasach gwarancjami BFG⁴³.

Pomimo możliwości wsparcia kas przez BFG jak i gwarantowania depozytów w kasach przez BFG, nie doszło do dezaktualizacji czy utraty znaczenia instytucji funduszu stabilizacyjnego. Świadczy to o bardzo doniosłej roli jaką ustawodawca przypisuje funduszowi stabilizacyjnemu. W konsekwencji wykładnia art. 58 ustawy o skok powinna uwzględniać szczególny charakter prawnego funduszu stabilizacyjnego.

12. Solidarnościowy charakter dysponowania środkami funduszu stabilizacyjnego

Skala wykorzystania zasobów funduszu stabilizacyjnego przez daną kasę nie jest zależna od wielkości wniesionych przez nią wpłat, okresu uczestnictwa w Kasie

⁴² W literaturze przedmiotu (R. Sura, P. Zawadzka, P. Zimmerman, *Ustawa o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2017) wskazano, że „[...] przepisy Działu IV stanowią modyfikację założeń BankFGwU (nie było ich w pierwotnym projekcie ustawy, pojawiły się dopiero na poziomie prac w komisji finansów), przewidującej brak wartościowania pomiędzy podmiotami podlegającymi przymusowej restrukturyzacji – dodano bowiem zupełnie nową, dodatkową procedurę, alternatywną dla przymusowej restrukturyzacji przeznaczoną wyłącznie dla kas. Artykuł 259 BankFGwU definiuje warunki, jakie muszą spełniać kasy, aby można było wobec nich podejmować działania opisane w Dziale IV, czyli czynności związane z restrukturyzacją kas”. Por. też M. Fedorowicz, *Bankowy Fundusz Gwarancyjny jako organ przymusowej restrukturyzacji*, [w:] *Praktyczne i teoretyczne problemy prawa finansowego wobec wyzwań XXI wieku*, red. J. Gliniecka, A. Drywa, W. Juchniewicz, T. Sowiński, CeDeWu, Gdańsk 2017, s. 405–416.

⁴³ J. Pruski, J. Szambelańczyk, *Systemy gwarantowania depozytów w sieciach bezpieczeństwa finansowego na tle konsekwencji globalnego kryzysu finansowego*, „Bezpieczny Bank” 2014, nr 4(57); Ł. Szewczyk, *Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe jako uczestnicy systemu gwarantowania depozytów*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2017, nr 325, s. 167 i n.; G. Ancyparowicz, *Sytuacja prawna a standing finansowy spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych*, „Pieniądze i Władza” 2015, nr 19.

Krajowej (stażu członkowskiego), wielkości wcześniejszej pomocy itp. Fundusz stabilizacyjny ma charakter solidarnościowy.

13. Przesłanki dysponowania funduszem stabilizacyjnym

Ustawodawca ustanawia szczegółowe przesłanki dla możliwości skorzystania z funduszu stabilizacyjnego. Zgodnie z art. 74c ust. 1 2 ustawy o skok jeżeli strata bilansowa kasy spowoduje obniżenie wyrażonego procentowo stosunku funduszy własnych do wartości aktywów poniżej 1%, kasa niezwłocznie informuje o tym Komisję Nadzoru Finansowego, Bankowy Fundusz Gwarancyjny i Kasę Krajową. Kasa Krajowa, po uzyskaniu opinii komisji funduszu stabilizacyjnego, w terminie 14 dni od dnia uzyskania informacji przedstawia Komisji Nadzoru Finansowego decyzję o udzieleniu lub odmowie pomocy z funduszu stabilizacyjnego dla kasy. Fundusz stabilizacyjny można określić jako instytucję systemowo pokrewną dla Bankowego Funduszu Gwarancyjnego. Obie instytucje, choć w różny sposób, chronią interesy deponentów wkładów.

14. Ograniczanie ryzyka kredytowego kas

Pewne znaczenie może mieć okoliczność, że w ostatnich latach doszło do wejścia w życie wielu regulacji normatywnych m.in. w zakresie ograniczenia ryzyka kredytowego kas, na wzór ograniczenia ryzyka banku, co w pewien sposób buduje bezpieczeństwo prawne tych instytucji⁴⁴. Fundusz stabilizacyjny jest zatem wsparciem dla systemowo wiarygodnych instytucji finansowych o stosunkowo dużym oddziaływaniu społecznym.

15. Społeczna rola kas

Kasy pełnią istotną funkcję społeczną⁴⁵ w krajobrazie finansowym państwa. Są – jako instytucje *not for profit* – alternatywą dla banków komercyjnych działających w oparciu o paradygmat zysku dla akcjonariuszy, a także dla banków spółdzielczych. Badania naukowe pokazują, że kasy pełnią ważną rolę w wypieraniu

⁴⁴ M. Golec, *Regulacje ryzyka działalności kredytowej...*, s. 711 i n.

⁴⁵ Celem powołania kas „[...] było stworzenie podstaw prawnych funkcjonowania organizacji o charakterze niezarobkowym, które zajmowałyby się gromadzeniem oszczędności i dostarczaniem taniego, łatwo dostępnego kredytu osobom o skromnych dochodach, mającym nikłe szanse na uzyskanie kredytu konsumpcyjnego. Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe, stanowiące przede wszystkim organizację ludzi, oparte na idei samopomocy finansowej, miały wypełnić istniejącą lukę na rynku usług finansowych”; Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 stycznia 2012 r. Kp 10/09.

wykluczenia finansowego⁴⁶. Okoliczności te powinny być tłem dla wykładni art. 58 ustawy o SKOK.

16. Kontekst prawny ochrony funduszy banku spółdzielczego

Wykładnia art. 58 ustawy o SKOK powinna uwzględniać kontekst daleko idącej ochrony prawnej funduszy banku spółdzielczego. Zgodnie z art. 10c ust. 1, 1a, 2, 3 u. bank. spółdz. statut banku spółdzielczego może przewidywać, że zarząd banku spółdzielczego będzie uprawniony do wstrzymania albo ograniczenia zwrotu wpłat na udziały. Podejmując decyzję wstrzymania albo ograniczenia zwrotu wpłat na udziały, zarząd banku spółdzielczego zwraca uwagę w szczególności na ogólną sytuację banku pod względem finansowym, płynnościowym oraz wypłacalności, a także na wymogi prawne w zakresie funduszy własnych⁴⁷. Innymi słowy: są to okoliczności niedotyczące ustępującego członka. Wstrzymanie albo ograniczenie zwrotu wpłat na udziały następuje w drodze uchwały zarządu. Zarząd informuje członków żądających zwrotu wpłat na udziały o podjętej uchwale, w sposób i w terminie określonych w statucie. Do uchwały zarządu nie stosuje się przepisów o postępowaniu wewnątrzspółdzielczym. Zarzut zarządu banku spółdzielczego nie ma charakteru peremptoryjnego, ale jedynie dylatoryjny. W przypadku ustania przesłanek będących podstawą wstrzymania albo ograniczenia zwrotu wpłat na udziały zarząd banku może dokonać wypłat członkom żądającym zwrotu wpłat na udziały. Zwrot tych wpłat nie może nastąpić przed zatwierdzeniem sprawozdania finansowego za rok, w którym ustały te przesłanki, oraz w przypadku gdy jego udziały zostały przeznaczone na pokrycie strat spółdzielni. Sposób i termin zwrotu określa statut banku.

17. Konsekwencje prawne wyjątkowego charakteru regulacji

Fundusz stabilizacyjny nie jest gromadzony w interesie prywatnym, ale w interesie publicznym. Wobec przepisów chroniących substancję funduszu sta-

⁴⁶ B. Szopa, A. Szopa, *Wykluczenie finansowe a wykluczenie społeczne*, „Zeszyty Naukowe Polskiego Towarzystwa Ekonomicznego” 2011, nr 11; A. Warchlewska, *Rola instytucji parabankowych w przeciwdziałaniu wykluczeniu finansowemu na przykładzie spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych*, „Studia Ekonomiczne Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2013, nr 173, s. 46 i n.; *eadem*, *Banki spółdzielcze w zapobieganiu wykluczeniu finansowemu*, [w:] *Wybrane historyczne i współczesne aspekty rozwoju banków spółdzielczych w Polsce*, red. M. Stefański, WSHE, Włocławek 2012.

⁴⁷ Chodzi tu o wymogi, o których mowa w art. 92 ust. 1 rozporządzenia nr 575/2013, wymogi nałożone na podstawie art. 138 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy – Prawo bankowe oraz wymóg, o którym mowa w art. 55 ust. 4 ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o nadzorze makroostrożnościowym nad systemem finansowym i zarządzaniu kryzysowym w systemie finansowym (Dz. U. z 2019 r. poz. 483 ze zm.).

bilizacyjnego roszczenie cywilnoprawne o zwrot wpłat traktować należy jako rozwiązanie absolutnie wyjątkowe. Kwestia ochrony kapitału zakładowego jest szczególnie mocno rozbudowana w prawie spółek kapitałowych. W konsekwencji przy wykładni art. 58 ustawy o SKOK należy stosować zasadę *exceptiones non sunt extandae*⁴⁸.

Podsumowanie

Szerokie spojrzenie na gospodarcze znaczenie funduszu stabilizacyjnego i jego istotę pozwala na odniesienie się do problemu dopuszczalności zwrotu wpłat na fundusz stabilizacyjny na rzecz syndyka upadłej spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej. Problematyka ta będzie kontynuowana w drugiej części niniejszego opracowania.

Bibliografia

- Adamus R., *Bankruptcy and Restructuring Law in Poland*, „Societas et Iurisprudentia” 2019, vol. VII, issue 2.
- Adamus R., *Kategoria zaspokojenia wierzytelności handlowych wspólnika upadłej spółki*, „Monitor Prawa Bankowego” 2019, nr 5.
- Adamus R., *Legally protected cultural goods and bankruptcy proceedings*, „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne” 2020, nr 18(2).
- Adamus R., *Likwidacja masy upadłości. Zagadnienia praktyczne*, Difin, Warszawa 2014.
- Adamus R., *Liquidation of the bankruptcy estate in Poland*, „Bratislava Law Review” 2020, Vol. IV, no. 1.
- Adamus R., *Materialnoprawne skutki ogłoszenia upadłości*, [w:] *System prawa handlowego*, red. S. Włodyka, A. Szumański, t. 6: *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*, red. A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Adamus R., *Pactum de non cedendo a upadłość likwidacyjna*, „Monitor Prawniczy” 2008, nr 16.
- Adamus R., *Upadłość a hipoteka na mieniu upadłego*, LexisNexis, Warszawa 2009.
- Adamus R., *Upadłość a zobowiązania cywilnoprawne*, Difin, Warszawa 2013.
- Adamus R., *Zagadnienie odpowiedzialności za straty bilansowe członków spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej w upadłości*, [w:] *Prawo prywatne w służbie społeczeństwu. Księga pamiątkowa poświęcona pamięci Profesora Adama Jedlińskiego*, red. P. Zakrzewski, D. Bierecki, Spółdzielczy Instytut Naukowy, Sopot 2019.
- Ancyparowicz G., *Sytuacja prawna a standing finansowy spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych*, „Pieniądze i Więź” 2015, nr 19.
- Bekieszczyk K., *Nadzór KNF nad spółdzielczymi kasami oszczędnościowo-kredytowymi*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2011.

⁴⁸ Por. postulat stosowania ściślej – nie: rozszerzającej – wykładni przepisów dotyczących Kasy Krajowej, z uwagi na wyjątkowość regulacji prawnej, zawarty w wyroku Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 14 czerwca 2017 r. IV CSK 461/16.

- Bielski P., *Niezarobkowy charakter działalności jako cecha konstrukcyjna spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej*, „Rejent” 2006, nr 6.
- Cieślak S., *Długi masy upadłościowej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1996, nr 5.
- Fedorowicz M., *Bankowy Fundusz Gwarancyjny jako organ przymusowej restrukturyzacji*, [w:] *Praktyczne i teoretyczne problemy prawa finansowego wobec wyzwań XXI wieku*, red. J. Gliniecka, A. Drywa, W. Juchniewicz, T. Sowiński, CeDeWu, Gdańsk 2017.
- Flejterski S., *Dywersyfikacja struktur we współczesnej bankowości – podejście teoretyczne*, „Bank i Kredyt” 1999, nr 5.
- Galbarczyk T., *Funkcjonowanie spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych w Polsce – stan obecny i perspektywy rozwoju*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio H: Oeconomia” 2010, vol. 44, nr 2.
- Glabas M., *Kwalifikowanie i zaspokajanie wierzycieli w postępowaniu upadłościowym*, „Prawo Spółek” 1997, nr 2.
- Golec M., *Adekwatność kapitałowa jako miara bezpieczeństwa działalności spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych*, „Przedsiębiorczość i Zarządzanie” 2015, nr XVI (8).
- Golec M., *Regulacje ryzyka działalności kredytowej spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych w porównaniu do banków*, „Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2016, nr 4 (82).
- Golec M., *Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe na rynku usług finansowych w Polsce*, Wyd. WSB, Poznań 2004.
- Golec M., *Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe wobec instrumentów polityki pieniężnej*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Bankowej w Poznaniu” 2014, t. 56, nr 5.
- Golec M., *System gwarantowania depozytów w spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych*, „Ekonomiczne Problemy Usług” 2009, nr 38.
- Golec M., *Systemowe obciążenia finansowe spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych i banków*, „Kwartalnik Nauk o Przedsiębiorstwie” 2016, nr 1.
- Herbert A., Pawłowski S., Zakrzewski P., *Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Janda P., *Kolejność zaspokajania wierzycieli osobistych w postępowaniu upadłościowym obejmującym likwidację majątku upadłego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2015, nr 11.
- Janda P., *Pojęcie wierzyciela w postępowaniu upadłościowym*, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 6.
- Janda P., *Zaspokojenie roszczeń wierzycieli jako cel postępowania upadłościowego*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 10.
- Jaworski W.L., *System bankowy i jego otoczenie*, [w:] *Bankowość. Podręcznik akademicki*, red. W.L. Jaworski, Z. Zawadzka, Poltext, Warszawa 2002.
- Jedliński A., *Członkostwo w spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej*, LexisNexis, Warszawa 2002.
- Jedliński A., *Krajowa Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo-Kredytowa: zagadnienia konstrukcji prawnej*, Fundacja na Rzecz Polskich Związków Kredytowych, Sopot 2001.
- Jedliński A., *Spółdzielcze Kasy Oszczędnościowo-Kredytowe – zarys systemowego ujęcia*, Fundacja na Rzecz Polskich Związków Kredytowych, Sopot 2002.
- Jedliński A., Kaczyński L., *Zagadnienie prawne umów zawieranych przez Spółdzielcze Kasy Oszczędnościowo-Kredytowe z pracodawcami*, „Państwo i Prawo” 1998, nr 8.
- Jurkowska A.M., *Spółdzielcze Kasy Oszczędnościowo-Kredytowe*, „Głosa” 1999, nr 1.
- Kamińska K., *Kasy Stefczyka i Komunalne Kasy Oszczędności jako lokalne instytucje*, „Zeszyty Naukowe WSHE”, t. IV: *Nauki Prawne*, Włocławek 1999.

- Kędzierski L., *Decyzje w zarządzaniu finansami Spółdzielczych Kas Oszczędnościowo-Kredytowych*, „Studia Gdańskie” 2009, t. VI.
- Kil K., Miklaszewska E., *Determinanty generowania kredytów gospodarczych w okresie pokryzysowym na przykładzie polskiego sektora banków spółdzielczych*, „Kwartalnik Kolegium Ekonomiczno-Społecznych Studiów i Pracy” 2015, nr 23 (2).
- Kłodnicki D., *Podział funduszy masy upadłości*, „Prawo Spółek” 1998, nr 10.
- Kołodziej E., *Banki spółdzielcze jako uczestnik rynku usług bankowych*, „Roczniki Naukowe Stowarzyszenia Ekonomistów Rolnictwa i Agrobiznesu” 2014, nr 6(XVI).
- Kosikowski C., *Publiczne prawo bankowe*, PWE, Warszawa 1999.
- Kotliński G., Waliszewski K., *Instytucje parabankowe na rynku usług bankowych w Polsce*, CeDeWu, Warszawa 2012.
- Kupis P., *Dysfunkcje postępowań upadłościowych*, „Biuletyn PTE” 2017, nr 2.
- Leśniak M., *Zaspokojenie wierzytelności zabezpieczonych prawem zastawu w sytuacji upadłości zastawcy*, „Rejent” 1998, nr 5.
- Lukaszewicz-Kamińska A., *Zrównoważony model działania spółdzielczej instytucji finansowej w Polsce*, „Pieniądze i Wiąż” 2015, nr 4 (69).
- Malinowski M., Rudolf P., Sowińska-Kobelak D., Szupowski M., *Prawa i obowiązki członków SKOK – analiza prawna*, Komisja Nadzoru Finansowego, Warszawa 2014.
- Marszałkowska-Krzyszewska E., Gil I., *Znaczenie i skutki zabezpieczeń rzeczowych w przypadku ogłoszenia upadłości*, [w:] *Wokół rekodyfikacji prawa cywilnego. Prace jubileuszowe*, red. P. Stec, M. Załucki, Oficyna Wydawnicza KAAFM, Kraków 2015.
- Morawski W., *Zarys dziejów Komunalnych Kas Oszczędności w Polsce*, „Bank i Kredyt” 1991, nr 10.
- Ochociński S., *W stulecie spółdzielczości kredytowej w Polsce*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny” 1961, nr 23(2).
- Orzeszko T., *Banki Spółdzielcze w Polsce. Ekonomiczne i finansowe warunki rozwoju*, Wyd. WSB, Poznań 1998.
- Pałys J., *Skarbowe długi upadłego*, „Prawo Spółek” 1998, nr 10.
- Pannert M., *Cele prawa upadłościowego i naprawczego*, „Radca Prawny” 2008, nr 6.
- Piechota P., Kołodziejczyk M., *Pozycja i znaczenie Spółdzielczych Kas Oszczędnościowo-Kredytowych w polskim systemie finansowym*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego” 2011, nr 640.
- Pruski J., Szambelańczyk J., *Systemy gwarantowania depozytów w sieciach bezpieczeństwa finansowego na tle konsekwencji globalnego kryzysu finansowego*, „Bezpieczny Bank” 2014, nr 4(57).
- Rachuba J., *Działalność kredytowa banków spółdzielczych w Polsce*, „Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia” 2017, nr 1(85).
- Rogowski W., *Nowe koncepcje i regulacje nadzoru finansowego: nadzór makroostabilnościowy, nadzór bankowy SKOK, instrumenty finansowe*, Oficyna Allerhand, Kraków–Warszawa 2014.
- Rutkowski B., *Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe jako instytucje finansowe*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio H: Oeconomia” 2011, vol. 45, nr 2.
- Rzeczycka A., Goławska-Witkowska G., *Efektywność funkcjonowania wybranych instytucji finansowych – analiza porównawcza Spółdzielczych Kas Oszczędnościowo-Kredytowych i banków spółdzielczych*, [w:] *Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe – charakterystyka*

- terytyka, rozwój, otoczenie*, red. J. Ossowski, Fundacja na Rzecz Polskich Związków Kredytowych, Sopot 2007.
- Skalniak F., *Zarys historii polskiej spółdzielczości kredytowej*, Akademia Ekonomiczna w Krakowie, Kraków 1992.
- Srokosz W., *Charakter prawny nadzoru nad Spółdzielczymi Kasami Oszczędnościowo-Kredytowymi*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2007, nr 10.
- Srokosz W., *Instytucje parbankowe w Polsce*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2011.
- Srokosz W., *Nadzór nad spółdzielczymi kasami oszczędnościowo-kredytowymi a zintegrowany nadzór finansowy*, „Prawo Bankowe” 2007, nr 6.
- Srokosz W., *Nadzór nad spółdzielczymi kasami oszczędnościowo-kredytowymi według ustawy o SKOK z 2009 r.*, „Monitor Prawa Bankowego” 2010, nr 6.
- Strzelecki A., *Spółdzielcze Kasy Oszczędnościowo-Kredytowe w polskim systemie bankowym*, „Studia z zakresu prawa, administracji i zarządzania UKW” 2013, t. 3.
- Sura R., Zawadzka P., Zimmerman P., *Ustawa o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2017
- Szafrański A., *Konstytucyjna wolność gospodarcza na tle historii idei i gospodarki*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Szambelańczyk J., *Banki spółdzielcze w Polsce w procesach zmian systemowych*, Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej w Poznaniu, Poznań 2006.
- Szewczyk Ł., *Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe jako uczestnicy systemu gwarantowania depozytów*, „Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach” 2017, nr 325.
- Szopa B., Szopa A., *Wykluczenie finansowe a wykluczenie społeczne*, „Zeszyty Naukowe Polskiego Towarzystwa Ekonomicznego” 2011, nr 11.
- Szpringer W., *Polskie regulacje bankowe*, Difin, Warszawa 2000.
- Szpringer W., *Wpływ instytucji parbankowych na bezpieczeństwo i stabilność rynków finansowych*, „Bezpieczny Bank” 1998, nr 4.
- Szyguła A., *Czynniki rozwoju działalności depozytowo-kredytowej banków spółdzielczych w Polsce*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Bankowej w Poznaniu” 2012, nr 45.
- Warchlewska A., *Banki spółdzielcze w zapobieganiu wykluczeniu finansowemu*, [w:] *Wybrane historyczne i współczesne aspekty rozwoju banków spółdzielczych w Polsce*, red. M. Stefański, WSHE, Włocławek 2012.
- Witalec R., *Spółdzielczość kredytowa systemu Schulzego w Małopolsce w latach 1873–1939*, Instytut Pamięci Narodowej, Rzeszów–Warszawa 2008.
- Zakrzewski P., *Wprowadzenie do Zasady Międzynarodowego Związku Spółdzielczego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2005, z. 1.
- Zalcewicz A., *Problemy prawne nadzoru Krajowej Spółdzielczej Kasy Oszczędnościowo-Kredytowej nad spółdzielczymi kasami oszczędnościowo-kredytowymi*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2004, nr 10.
- Żyżyński J., *Konsekwencje wprowadzenia nowych regulacji dotyczących spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych – wybrane aspekty mikroekonomiczne i finansowe*, [w:] *Prawne i ekonomiczne determinanty rozwoju spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych w Polsce*, red. J. Ossowski, Fundacja na Rzecz Polskich Związków Kredytowych, Sopot 2010.

Abstract

The essence of the stabilization fund in the context of the problem of the admissibility of the return of payments to the trustee of a bankrupt credit union. Part I

The two-part study analyzes the problem of the admissibility of a demand by the trustee of a bankrupt credit union to return payments made to the stabilization fund. It is not only the issue of the existence or non-existence of a civil law claim. The real essence of the presented dilemma is the question of the admissibility of limiting the statutory attribute of the National Credit Union performed in the public interest. The stabilization fund plays a special role in the entire financial system. The essence of the operation of the cash register is the idea of financial self-help, consisting in mutual crediting of the members of the cash register from the funds accumulated in the cash register, as well as the non-profit nature of the conducted activity, with the existence of a social bond between the members of the cash register.

Key words: bankruptcy, cooperative savings and credit union, National Credit Union, stabilization fund, return of payments

Streszczenie

Istota funduszu stabilizacyjnego w kontekście problemu dopuszczalności zwrotu wpłat na rzecz syndyka upadłej spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, cz. 1

W dwuczęściowym opracowaniu analizowany jest problem dopuszczalności żądania przez syndyka upadłej spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej zwrotu wpłat wniesionych na fundusz stabilizacyjny. Nie jest to tylko zagadnienie istnienia bądź jego braku roszczenia cywilnoprawnego po stronie syndyka. Rzeczywistą istotą przedstawionego dylematu jest pytanie o dopuszczalność ograniczenia ustawowego atrybutu Krajowej Spółdzielczej Kasy Oszczędnościowo-Kredytowej wykonywanego w interesie publicznym. Fundusz stabilizacyjny odgrywa bowiem szczególną rolę w całym systemie finansowym. Istotą działania kasy jest idea samopomocy finansowej, polegająca na wzajemnym kredytowaniu się członków kasy ze zgromadzonych w kasie środków pieniężnych, a także niezarobkowy charakter prowadzonej działalności, przy istnieniu więzi społecznej pomiędzy członkami kasy.

Słowa kluczowe: upadłość, spółdzielcza kasa oszczędnościowo kredytowa, Kasa Krajowa, fundusz stabilizacyjny, zwrot wpłat

Renato Bernardi

Professor, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho/PR, Brasil

ORCID: 0000-0002-5938-5545

bernardi@uenp.edu.br

Heloísa Pancotti

PhD, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho/PR, Brasil

ORCID: 0000-0003-1170-4778

hpancotti@gmail.com

The future of social security in Brazil: is there a way without solidarity?

Introduction

Brazil's population is very diverse and marked by very long-term standards of inequality. As result, digital inclusion still challenges effectiveness of a public policies. In the past, though up providing access to new technologies should be enough to increase social inclusion, but as Covid pandemic reached the country, urging social security system to create distributive policies to fight hungry and unemployment, it became very clear that is no simple solution to urgent national risks in informational societies of underdeveloped countries.

Social security in Brazil has been neglected and suppressed by an increasing alignment with neoliberal interests, to the detriment of the late welfarist national understanding. Access to some benefits has been hindered by successive legal modification.

In the other hand, the necessity to create ways of provide attendance with social distance, accelerated deployment of new technologies that enabled access to social programs through data crossing, facial and digital recognition.

However, poor Brazilian population – goodwill's policies customer – due to low schooling and familiarity to technological tools, failed to access programs and formed endless lines in front of bank offices searching of redeeming amounts made available by the government.

As result, poor citizens were exposed to greater risks of contamination and faced grater difficulties to receive government emergencial income, increasing the already huge gap between economically active and vulnerable citizens.

Brazilian social security failed to protect because its vulnerable population has no ways of accessing new technologies and it's been used as instrument for suppression of constitutionally guaranteed state obligations.

It seems very clear that the use of new technology to provide access to public policies must be made in addition to a strong instrumentalization and training population on how to operate this, something unthinkable for highly developed countries with lower social inequality patterns.

For better observation of this particular case, which seems to reveal that new technologies can be instrument of exclusion in inequality society's, if poorly inserted in certain contexts, especially on public policies issues, it is important to analyses some social contexts.

Thus, from some structuring axes, the socio-political context, the social security prism, the first challenge to the global social security systems – Covid-19 and what it revealed, the social economic markers and the number of precarious workers, the virtual inclusion in Brazil, this paper search to explain what went so wrong to the point of presenting the reverse result of what was intended in Brazilian model of using technological instruments to protect vulnerable population.

The methodological path followed is also a timeline, in which the contexts from the structuring axes intertwine, allowing to understand structural failures to improve the use of technology in future policies.

From the analysis of official surveys that measure inequality and income in opposition to the requirements for emergency benefits to face the social risk of the pandemic, it was possible to verify that the virtual inclusion is still a challenge in countries that are still struggling to fight poverty and hunger as Brazil.

In a state struggling with severe budgetary restrictions for investments in this area, due to the issuance of a constitutional amendment that plastered investments for the sector, based on a beckian reading of contingency of modern risks, the study points to the need to resume investments in education and social promotion, under the risk that the technological instrumentalization of public policies ends up digging an even greater gap between the economically active and vulnerable population, increasing exclusion and creating a legion of subordinate citizens, without government protection.

The social political context

As the world faces your worst enemy in the twenty first century, COVID-19 pandemic, nations are trying to help they're citizens thru the difficulty. People were put to work home and, at the beginning, one thing seem to be very clear in our national reality: some workers can't adapt themselves to the new scenario. In Brazil, it became very clear real fast, revealing the urgency to rethink the Brazilian educational system, to adapt the very archaic model and incorporate new technologies.

Some sectors in which there is a concentration of individuals with longer schooling, such as the judiciary, which had been incorporating technology in routine for a long time, managed to properly adapt itself, after a brief interruption of services, existing in virtual environment, ensuring maintenance of jurisdictional activity.

On the other hand, pandemic revealed an enormous contingent of workers unable of adapt to adverse situations. They're mostly under educated citizens, product of public education deterioration, schooling dropout, facing great difficulty in maintaining their jobs and guaranteeing income. To the members of this working class, manual workers and in non-intellectualized activities, technology represents an additional obstacle.

By this time, it is still uncertain to predict when and if things will be back from pre pandemic times in the work system, and if it will be.

Since the end of the second half of the twenty century, in the late 80's, it is expected that labor will evolute to two very distinct kinds of work.

The first one, patronized, attached to old pillars that is the company in which the worker are switched on the place where labor happens, profession and the wage work.¹

The second one was very close to what we know today as the precarious workers, the apps workers, known in Brazil as *trabalhadores uberizados*, something like "uberized workers" in a free translate of the terminology.

In modern capitalized world, the second group is expected to grow and swallow the first, because the flexibility of the pillars which sustained the work was also evaluating at technology evolution's rhythm.

This, don't have traditional guarantees as work environment protection, salary, health care, access to pensions and take themselves the risk of the economic activities.

¹ U. Beck, *Sociedade de Risco. Rumo a uma outra modernidade*, trad. S. Nascimento, Editora 34, São Paulo 2010, p. 206.

Our social context hasn't prepared workers to adapt to the rapidly increasing technological developments that operate mutations in the protective fabric and exposing protective weaknesses and economic vulnerabilities.

An addition, since 2016, we have experienced a constant decrease of registered workers and consequent increase of informal workers and “entrepreneurs”.² It's necessary to clarify that what Brazilian data calls entrepreneurs is a very large group that reunites low-income workers who receive their wages as if they're a company (pejotizados) and small and micro entrepreneurs with annual incomes not exceeding R\$ 81.000,00³ (USD 15.055,00) maximum in 2020.

Brazil couldn't deal with the old unemployment problem, so started to consider full employment this precarious situations and threat as full protected workers, citizens in potential vulnerability situation and who, in any negative fluctuation in economic indexes, will need state intervention to maintain their subsistence.

So, when official research pointed to very high rates on unemployment⁴ – 11,9% by the end of 2019 – we are referring to unsuitable workers, people without ability to work, who need capacitation and couldn't adapt to technological transformation ongoing in labor work. This people, for lack of a better policy, make up a large contingent of served by social assistance program, which distributes income to the vulnerable population considered unable to work.

In addition to this mass, all other low-income workers are added, outside norms of labor protection and which have guarantees against unemployment. In general, it is possible to establish that this social group have low levels of education, great difficulties adapting to incorporate new technologies into everyday life.

In the same way, especially after 2016, year in which new forms of exercise of paid activity were regulated with less guarantees, there was a migration from the group of protected workers to the group of precarious workers.⁵

Beck believes the unemployment problem could be fixed by the decrease rates of births, which could provide some stability in Europe.⁶

² See: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira, 2020*, Rio de Janeiro 2020, <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf>, p. 22 [accessed: 21.01.2021].

³ R\$ 81.000,00 equals USD 15.055,76 in 21/01/2021.

⁴ On: <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos> [accessed: 2.01.2020].

⁵ In regard, it's worth to mention the creation of the intermittent work contract, which regulated the workday without guaranteeing minimum hours, resulting in a drop in incomes.

⁶ U. Beck, *Sociedade de Risco...*, *op. cit.*, p. 207.

But in inequality's countries, it's not so simple. Brazil also experiences a decrease in the number of births; however, the age pyramid inversion has resulted in an actuarial problem for the social security system, which is structured in intergenerational solidarity and in the simple non-capitalized distribution system.⁷ Government reacts with large changes in constitutional text that broke with the welfarist tradition and inaugurated rules that aim to decrease the participation of the State, relativizing rights, reducing and limiting investments in social rights, creating a state of unconstitutional affairs.

That's the social political contexts when COVID-19 pandemic hit Brazil.

The social security context

Brazilian's social security system is based in solidarism and the whole society participation in the funding form. The collection base is broad, ranging from social contributions to taxes levied on contests of forecasts and sale of assets captured by the courts and arising from criminal actions, such as drug trafficking.

In these terms, for the sustainability of this simple share social security system, with the exception only of what concerns social security, of a contributory nature and only accessible to its list of beneficiaries and dependents, it is extremely important to maintain constant economic and social development, increase in full employment, or at least, voluntary affiliation of precarious workers to the social security system through social inclusion programs.

The Federal Constitution of 1988, had incorporated in its text the fundamental social rights, being thus labor and social security that should be regulated through the intervention of the State, along the lines of that Welfare State outlined in the first half of the 20th century by William Beveridge.

The social security issue in Brazil is the major cause of legal disputes in all instances of Justice and it is umbilically linked to the achievement of an ideal of full employment that some theorists already predicted to be overcome even in the 1980s⁸, since the flexibility and precariousness labor relations was already underway in much of the world and it was a matter of (little) time that it also spread here.

The wide financing network is what ensures that we have free public health care accessible to everyone on national soil and also what guarantees the population exposed to the situation of long-term vulnerability – which has been

⁷ Ministério da Fazenda, *Envelhecimento da população e seguridade social*, Brasília 2018, p. 8, <http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/06/colprev37.pdf> [accessed: 4.06.2020].

⁸ U. Beck, *Sociedade de Risco...*, *op. cit.*, p. 205.

agreed to measure in two years here – a minimum income capable of guaranteeing subsistence.

Thus, it also incorporated the commitments assumed in international treaties, establishing its position in the world.⁹

The public policies to be developed by the State to bring about this state of social welfare pursued in national lands, gained the constitutional text, the basic principles being located in the fundamental guarantees and their organization throughout our long constitutional text, in the chapter on Security Social, Economic and Social Order, Social Security and sparse infra-constitutional legislation.

The intricate legal tangle, sometimes conflicting, that created several zones of opacity and exclusion, which segregate the beneficiaries of the social security system into first- and second-class citizens, the first to be protected and the second not to.

When the first measures to support the population, whose income was suppressed by the restrictions on circulation, necessary to combat COVID-19, were announced, the Brazilian social security implanted an access system through data crossing, facial and digital recognition to request aid through mobile applications, tablets and virtual platforms.

As soon as the platforms were on, it became evident that as the public administration would make its service available exclusively remotely, disadvantaged citizens (those with the greatest need) would not have access to benefits. They were excluded. People in severe deprivations as people who live in streets, in areas not covered by connections services were simply ignored.

This is because the right to connection is not a homogeneous right in Brazil, it is only accessible to those who can pay for it. The community use of the internet is also carried out in person, whether in libraries, service stations or something similar.

This has not discouraged the public administration from adopting a progressive restructuring of the public service which, in some modalities, such as social security, is only accessible through the internet or telephone.

In fact, it is noticeable that the denial of access and the creation of what we call “social security limbo” has been used for the benefit of the public administration, as a way to lower the costs of social assistance in Brazil.

In a clear demonstration of this, in November 2019, there was a broad reform in the part of the Brazilian Constitution that deals with social security, through the approval of Constitutional Amendment 103/2019.

⁹ M.A. Serau JR., *Seguridade Social e Direitos Fundamentais*, 4ª ed. revista, ampliada e atualizada, Juruá Editora, Curitiba 2020 [e-book].

In this way, all benefits required before the social security agency, whose policyholders had implemented access conditions as of November 12, 2019 should follow the new rules, however the social security platform only adapted to the new rules in April 2020.¹⁰ In this *vacatio temporis*, no benefit subject to the new rules was granted whatsoever.

Another factor that remained evident is the educational deficit of the population that qualified to receive the benefit, since for many Brazilian citizens, the registration rules were incomprehensible.

The worst factor, the one that the Brazilian Social Security did not count on, was the number of people who registered to receive the benefit called emergency aid, which consisted of an income of about 120 dollars a month for, in principle, three months.

More than 101 million people registered to request the payment of the benefit¹¹ and the processing capacity of the orders fell far short of people's needs.

Brazil has a population of about 209 million people, which means that around half believed they were in a poverty situation, or at list incapable to manage his own maintenance.

This is because the requirements for access to the benefit were outlined to serve the vulnerable population with a *per capita* income of half the minimum wage or total family income of up to about 3 minimum wages.

Thus, the result of the schizophrenic social security policy adopted which places one foot in neoliberalism and the other in welfarist state, coupled with the increasingly accentuated number of precarious workers, as seen in first topic, produced a nation of poor people.

Relaxation of employment protection rules, developed since 2016, the increase of info proletarians - those who exercise their activities through applications- generated an unprotected working class with low-incomes.

Deregulation of this type of activity encourages the evasion of social contributions from individual taxpayers, which would not happen if the employment relationship were recognized, since the retention of contributions would become mandatory. This policy results, was the spread of distrust and the judicialization of social rights which increased 140%.¹² It's captured the CNJ – Conselho Nacional de Justiça- attention, because since 2011, INSS –

¹⁰ A.P. Branco, *Simulador do INSS volta a funcionar e adaptado à reforma da Previdência*, 3.04.2020, <https://agora.folha.uol.com.br/grana/2020/04/simulador-do-inss-volta-a-funcionar-e-adaptado-a-reforma-da-previdencia.shtml>– [accessed: 4.06.2020].

¹¹ See: CAIXA, <https://caixanoticias.caixa.gov.br/noticia/20795/auxilio-emergencial-clique-aqui-para-ver-os-ultimos-numeros-> [accessed: 4.06.2020].

¹² L. Otoni, *Debate aborda dados preliminares sobre judicialização da Previdência*, 30.04.2020, CNJ, <https://www.cnj.jus.br/debate-aborda-dados-preliminares-sobre-judicializacao-da-previdencia> [accessed: 6.06.2020].

Instituto Nacional do Seguro Social- is the major litigant of all Brazilian justice system.¹³

A study conducted by França¹⁴ demonstrated this and warned of the malign effects that the suppression of social security benefits would cause in the national economy. Not to mention the creation of an almost insoluble problem for social security to fix: the poorest regions of the country, depends too much of social security money. In 70% of Brazilian cities, the largest source of income comes from the benefits of social security.¹⁵

Some Brazilian cities would become unfeasible if the money injected by social security stopped flowing. So, it became commonplace in Brazil, therefore, to suppress the protection of social security, driven by the reproduction of the neoliberal discourse translated in a violent way against the population that these expenses could potentially break the country.¹⁶

To 1988 until 2015, it seems possible to coexist some welfare and neoliberalism practices, because the State had a visible commitment to the eradication of poverty and the distribution of incomes by programs like “Bolsa Família”, “Benefício de Prestação Continuada” among others, that have established standards of service to the poorest population, providing minimum income to the vulnerable people.

But as of 2015, with the start of the mass review and cancellation of assistance and social security benefits, the Brazilian paradox of defending a social welfare model and in the economy a neoliberal model, destabilized both, vulnerable people and economy.

The virtual environment was used, in addition to standardizing restrictions to access, excluding the most marginal people, final recipients of income distribution programs.

¹³ L. de Carvalho, *INSS lidera número de litígios na Justiça*, 31.03.2011, CNJ, <https://www.cnj.jus.br/inss-lidera-numero-de-litigios-na-justica> [accessed: 6.06.2020].

¹⁴ A.S. de França, *A Previdência Social e a Economia dos Municípios*, 7ª ed., ANFIP 2019, https://www.anfip.org.br/wp-content/uploads/2019/04/2019-Economia-dos-municipios-CC%81pios_b.pdf [accessed: 4.06.2020].

¹⁵ *Municípios também serão afetados com reforma da Previdência*, 7.02.2018, Sindicato dos Bancários, <https://spbancarios.com.br/02/2018/municipios-tambem-serao-afetados-com-reforma-da-previdencia> [accessed: 6.06.2020].

¹⁶ L. Mello, *Discurso de Ódio Neoliberal: o feitiço do malfare state*, [in:] *O “Estado de Mal-Estar Social” brasileiro*, org. J.R.C. Costa, M.A. Serau Jr, H. Cury Soares, prefácio de R. Antunes, IEPREV, Belo Horizonte 2020, p. 69.

*The first global risk to the social security system at the XXI century:
What came up?*

The Covid-19 pandemic arrived in Brazil in the middle of this social security chaos, with newly structured programs at the federal level, as well as state programs in full restructuring – Brazil is a Federative Republic and each federated state enjoys autonomy to regulate related issues to the welfare of its employees – including rules related to the costing and actuarial balance of the entire system.

Generally, the modifications occurred to suppress access and benefits values, as we seen before in this paper.

To worsen, the already chaotic scenario, the social security system has a queue of requests to be examined that exceeds two million¹⁷ digital requests and does not have the capacity to process in a timely manner, which leads to two obvious problems: a) a large number of beneficiaries it does not get access in an acceptable time, remaining outside the protection; b) frustrated, the beneficiaries seek justice to claim what the social security agency should have provided.

Fifty-five million people asked for emergency assistance, for an overloaded virtual system with an unacceptable delay. After processing the major part of the demands, some serious misunderstandings came up. For reason still not explained, the virtual data crossing has often failed, allocating emergency resources to a part of the population that wasn't in the need.

The most important one, military workers received the emergencial benefit without even request it. They don't have paychecks interrupted and don't fit the legal hypothesis for granting. Till now it's uncertain how it happened.

The defense ministry informed that more than seventy-three thousand military workers¹⁸ irregularly received the benefit. The same happened with aleatory people, including the son of a very well-known and wealthy anchorman and a Brazilian billionaire entrepreneur. The Federal Audit Office- TCU determined the irregular pay had to be returned, without, however, determining the way of return or when it had to be done.

It's clear, in the most challenging moment for the Brazilian's XXI century social security system, everything went wrong. The principle of distributivity, which guides the target of public policies, was not observed. Since 2019, when

¹⁷ *Entenda o motivo das filas para a concessão de benefícios do INSS*, 14.03.2020, CNN Brasil, <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2020/03/14/entenda-o-motivo-das-filas-para-a-concessao-de-beneficios-do-inss-> [accessed: 6.06.2020].

¹⁸ *Bolsonaro diz que militares que receberam auxílio emergencial serão punidos*, 14.05.2020, UOL, <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/05/14/bolsonaro-diz-que-militares-que-receberam-auxilio-emergencial-serao-punidos.htm> [accessed: 6.06.2020].

the virtual platform needed to be restructured, many difficulties presented themselves.

Incomprehensible applications, difficult data processing, access barriers, prevented resources from being used more efficiently, fraud and errors. So, the most needed were excluded by this disastrous scenario of bad management of public resources.

In a nation of poor, precarious workers, needy people who didn't have access to emergency benefits, it was very difficult to achieve adherence to the purposes of the Ministry of Health, to prevent as much as possible, circulation of people. Hungry and fearful for their incomes people, cannot afford to remain in seclusion.

It costs so many lives, and now¹⁹ we faced more than 426.000 losses.

The strategy of seclusion and financial support to the population is not well regarded by the Federal Government, much more inclined to the neoliberal proposal, to protect the market at any cost, even human lives.

So, in the exponential growth of the number of lost lives in the pandemic, federal governments, state governments, city halls are all trying to reopen shops, fabrics, restaurants, school as nothing happens. By the way, the question of the population of the favelas is unique, since it is about fulfilling social distancing in small super habited rooms.

In order to meet the demand for benefits whose requirement is to carry out prior medical examination, the INSS²⁰ made it possible to advance the benefit for a period of 3 months due to temporary incapacity in the amount of a minimum wage maximum, in 2020. It made possible by 13.982/2020 law prediction, but this law prevents full access to the insured's right for its benefits.

To be clear, disability benefits are due to social security policyholders, who contribute in an equivalent manner to their income and are only limited to the contributory ceiling. The ceiling is far for the minimum wage.

To take an example, the salaries of health professionals working at the front line of COVID-19 are much higher than the minimum wage.

Thus, if these professionals become contaminated, their families will receive a much lower income than they would be entitled to, if medical expertise was not suspended. Social distancing brought a problem that is difficult to solve for social security.

In practice, the social security system, its laws and forms of access have acted inefficiently and inadequately.

¹⁹ Till May, 12, 2021, 426.000 people died.

²⁰ Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) – federal autarchy that manages payments of social security benefits.

A mixed protection model solidarity vs individuality

In view of the above, the implementation of an individualized and capitalized model encounters a serious obstacle in the solidarist conception of the Brazilian social security organization, as well as it would be impossible, given the average standard of the Brazilian population, unable to financially organize the provisioning of their old age without the help of the State.

As far as Social Security is concerned, we can divide its organization into two main basic groups, the General Social Security Regime and the Public Servants Social Security Regime. In addition, with completely different rules, the Armed Forces Military Pension Regime.

The General Social Security Regime is provided for in articles 201 and following of the Federal Constitution of 1988, it is expected to cover risk situations against motherhood, pregnant women, workers in situations of unemployment, old age, death, incapacity for work.

Public policies were also designed to guarantee income for people with disabilities and incarcerated family members, in these cases, if they are in a situation of financial vulnerability.

As a rule, it is the Regime in which workers from the Private Initiative and Public Employees governed by the labor legislation.

The Public Servants Social Security Regime, foreseen in article 40 of the 1.988 Federal Constitution, structured currently, in a very similar way to the General Regime, after undergoing several changes that sought to assimilate the social security treatment between the regimes.

This Social Security Regime is applicable to public servants, who exercise public services in the Direct Administration, autarchies and public foundations, through bonds in public offices, paid by public coffers and organized hierarchically in the structure of a federation unit.²¹

In both regimes, if the insured parties so wish, they can expressly adhere to a Supplementary Pension plan, through a closed supplementary pension entity or an open supplementary pension entity, which legal limits provided for in article 202 of the Constitution. This article, rules their functioning, in what concerns contributions and counterparts.

Generally speaking, there is a minimum floor for income substitutive benefits of around one minimum wage and a maximum limit of slightly less than the equivalent of five minimum wages.

²¹ M. Barroso Lima Brito de Campos, *Manual dos Servidores Públicos: Administrativo e Previdenciário*, Lujur, São Paulo 2020, p. 23.

Depending on the income that the insured person receives when he is on active duty and pouring contributions into the system, for example, if he perceives an income higher than the maximum amount of the General Social Security System, it is important that he adhere to some type of supplementary pension normally offered in the country or take itself control of investments, which could allow an inactivity income, compatible with the period in activity.

Furthermore, in some modalities, there is a counterpart, as in the case of complementary social security for public servants. In others, such as those offered by open private pension entities, there are none.

In this model, regulated by the market, the insured is at the mercy of the oscillations of a complex, and often incomprehensible, economic system.

Currently, there is subsistence in Brazil with regard to the Mandatory Social Security Regime, the one with compulsory membership, the RGPS (from general workers) and the RPPS (from public servants), as well as the non-mandatory Complementary Regimes.

Constitutional Amendment n. 3 of 2019 altered the constitutional text that is extremely worrying in what concerns the Social Security of Public Servants.

It changed the wording of articles 40, 140 and its paragraphs, increasing the minimum mandatory contribution rate to 14%, with the possibility of a staggered reduction of up to 6.5% for servants who receive amounts of up to the equivalent of the minimum wage and an increase up to 8% for those who earn more than R \$ 39,000.00 (thirty-nine thousand reais), which is equivalent to slightly more than 37 minimum wages.

The 4th paragraph 9th article of Constitutional Amendment 103/2019 now establishes the obligation for the State and Municipal Regimes to apply these same rates of incidence, unless such regime does not have an actuarial deficit, which in Brazil is rare, since, in the past, these regimes were not concerned with the collection and granted benefits without an unprecedented source of funding, whose reflexes still provoke negative results, given that pensions have been converted into pensions that favored beneficiaries for life.

It also instituted the possibility of incurring an extraordinary contribution, to be regulated, which makes participation in the Supplementary Schemes, those that will guarantee parity with the earnings of active civil servants, a disadvantageous option, the greater the contributory capacity of the insured under the proper regime.

Insured persons with greater contributory capacity, are those who have more schooling and greater capacity to plan their investments in order to guarantee a more secure and prosperous future.

Given that Brazilian social security is anchored in an intergenerational pact, the excesses committed by the administrators of the past, who even foresaw benefits without a cost source, absurdly burdened the taxpayers of the present, even though the contribution on inactive employees has been established Constitutional Amendment 41/2003.

All of these changes, especially those made under the Public Servants Regimes in the basic and complementary plans, have driven policyholders to look for individual capitalization alternatives, as confidence in the State's ability to manage funds has also been shaken and also federation states and municipalities.

Likewise, the growth of the info proletariat, treated in item 1.0 of this article, encourages the abstention from adhering to the contributory system, overburdening the non-contributory assistance system.

The future of the social security in Brazil: an equal minimal pension?

The scenario of uncertainties was maximized by the greatest social contingency of the 21st century, which accelerated flexibilities in the world of work and overburdened the social security system worldwide.

In a world marked by social risk and unpredictability about the future, how can we establish a social security program that is actuarially balanced, solid and inspires confidence among its policyholders?

The questioning becomes even more pertinent in contrast with the social effects of the approach to neoliberalism, such as the increase in inequality, especially in Latin American countries, where we operate.

State intervention was necessary, exposing a widely publicized fallacy that the market would regulate everything and that the Brazilian State should emancipate individuals from social security systems, by adopting a capitalized system, as opposed to simple distribution.

In a recent study released by the IBGE-Brazilian Institute of Geography and Statistics, based on data collected in 2018, there was an increase in social inequality in the country.

The data revealed that 1% of the richest population in the country concentrated an average monthly income of R\$ 27,744 against R\$ 820 reais, which was the average of 50% of the population, considered less favored.

It is important to note that the earnings of the richest are almost 34 times greater than those perceived by half the population. The disparity affected the Gini index – an indicator that reflects distribution, concentration and

economic inequality – in a harmful way. This index showed falls from 2012 (0.508) to 2015 (0.494), when it increased again in 2018.²²

In the time gap between 2016 and 2020, it is already possible to verify that the adoption of the alignment of social security policies with neoliberal interests did not produce satisfactory effects, except for the absolute minority that concentrates the highest income in the country, but they are independent of services and social public policies.

In the other classes, there was a reduction in income, suppression of social protection that broke out in a legion of vulnerable workers, dependent on social assistance policies, as happened with the social contingency of COVID-19.

In these socio-political circumstances, the importance of restructuring the welfare state became evident, especially because, in a system designed similar to the Brazilian one, its success and balance is linked to the efficiency of economic development and income distribution.

Furthermore, it requires another strategy direction, articulated with the political commitment to strengthen the social protection of the class that lives off work, although within the limits of capital. It goes through economic and political options in tackling public debt, adhering to the public debt hearing proposal, adhering to the debt audit proposal and reducing the interest rate on debt securities. From a structural point of view, fundamental economic growth associated with social development, strengthening State intervention and prioritizing Jobs generation's and income. On the public fund, establish a public budget with social control and tax policy with fair taxation of large estates and large fortunes. In short, to expand, and not to reduce, the social security / social security policy, policies capable of reducing inequalities and not only combating absolute poverty.²³

²² *PNAD Contínua 2018: 10% da população concentram 43,1% da massa de rendimentos do país*, 16.10.2019, Agência IBGE, <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25700-pnad-continua-2018-10-da-populacao-concentram-43-1-da-massa-de-rendimentos-do-pais> [accessed: 5.04.2021].

²³ E.O. Severiano, *Tendências e Impasses na seguridade social e o Futuro da Previdência no Brasil Contemporâneo*, “Revista de Políticas Públicas” 2016, Vol. 20, no 2, p. 288. Free Translation from original: “Outrossim, exige outra direção de estratégias artivuldas com o compromisso político de fortalecer a proteção social da classe que vive do trabalho, embora, nos limites do capital. Passa por opções econômicas e políticas no enfrentamento da dívida pública, aderindo à proposta de audiência da dívida pública, aderindo à proposta de auditoria da dívida e redução da taxa de juros dos títulos da dívida. Do ponto de vista estrutural, fundamental crescimento econômico associado ao desenvolvimento social, fortalecendo a intervenção do Estado e priorizando a geração de emprego e renda. Sobre o fundo público, estabelecer um orçamento público com controle social e política tributária com justa taxação dos latifúndios e grandes fortunas. Em suma, ampliar, e não, reduzir, a polítia de seguridade social/previdência, políticas com capacidade para reduzir desigualdades e não somente combate à pobreza absoluta”.

The pandemic situation highlighted the importance of progressive social rights in times of crisis. Its slowdown in Brazil is reflecting on the State's capacity to limit this social risk and the effect on the population.

Brazilian State faces an important budget constraint in order to offer the population the necessary income to face the moment of paralysis and restriction of movement and economic activity.

It would be natural, therefore, to accept the collaboration of other nations, however, Brazil is in the midst of a diplomatic chaos that isolated it worldwide.

It aggravates our crisis, since international cooperation seems to be fundamental to face this social risk.

Harari²⁴ points out that there is no way to contain pandemic risk without restricting the movement of people, without quarantines. But the paralysis of cities, affects the local economies very strongly. Security in international cooperation is what would motivate the adoption of restrictive measures in a timely manner to avoid excessive mortality.

In post-modernity, collaboration between nations proved to be an effective instrument for the realization of social well-being. This is because world economies depend on human displacement across the globe, so isolationism is not a viable alternative. For this reason, it must be thought that the international collaboration model should not be limited to acute moments of social crises, but an international model of social welfare state can be built and structured.

Returning to Ulrich Beck, on March 20, 1998, he published a column in the *New Statesman* newspaper, the *Cosmopolitan Manifesto*. In the controversial text for the time, he predicted the rise of an individualistic society and pointed out that the only way of survival of a secular society, in the face of the global market, would be through the promotion of the feeling of belonging and cosmopolitan cohesion.

Based on a central idea of political freedom, postmodernity, marked by the side effects of social risks, would be more viable in a cosmopolitan conception of what he calls "global community" and "global governance".

According to its conception, the risks of modernity, environmental ones, health ones, and social justice issues would only be amenable to solution in a common international political agenda, since they would not fit into a domestic solution.

When Beck published his *Cosmopolitan Manifesto*, the *Communist Manifesto* celebrated 150 of those in existence. Beck ended in a playful tone: - Citizens of the world, unite!

²⁴ Y.N. Harari, *Na Batalha Contra o Coronavírus, Faltam líderes à humanidade*, trad. O. Leal, Companhia das Letras, 2020, p. 7.

He had already predicted the inevitable impact of neoliberalism on jobs, social security and had warned that the risks of the future of uncertainty and citizens anxious for freedom would only be possible through international collaboration.

It wasn't such a thing anymore to unite people, unless citizenship. The future of social security, therefore, should not escape the rule.

Concluding remarks

The post-modern context of our society revealed, as Ulrich Beck had predicted, a future of uncertainty, unpredictability, more flexible working relationships and an increase in social inequalities.

The greatest social risk of the 21st century has materialized globally, in the form of the COVID-19 pandemic, which required restrictive measures of freedom and the paralysis of economic activities.

At this time, social security systems were challenged and the State was faced with the need for intervention to guarantee the safety and well-being of its citizens.

The Brazilian model of social security had been under intense attack, simultaneously to a serious economic and political crisis that has been intensifying towards an authoritarian and ineffective model, unable to efficiently process even the emergency requirements presented.

The set of critical factors led Brazil to international isolation, at a time when the solution to face the risk situation points to the need for international collaboration.

It is necessary to rethink the social issue from the perspective of cosmopolitanism. There are no national solutions to global risks.

The future of Social Security is based on a unique basic model, outlined and maintained by international collaboration and co-participative financing.

Bibliography

- Beck U., *A Sociedade de Risco. Rumo a uma outra modernidade*, trad. S. Nascimento, Editora 34, São Paulo 2010.
- Beck U., *The Cosmopolitan Manifesto*, "New Statesman", 20.03.1998.
- Bolsonaro diz que militares que receberam auxílio emergencial serão punidos*, 14.05.2020, UOL, <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/05/14/bolsonaro-diz-que-militares-que-receberam-auxilio-emergencial-serao-punidos.htm> [accessed: 6.06.2020].
- Branco A.P., *Simulador do INSS volta a funcionar e adaptado à reforma da Previdência*, 3.04.2020, <https://agora.folha.uol.com.br/grana/2020/04/simulador-do-inss-volta-a-funcionar-e-adaptado-a-reforma-da-previdencia.shtml>– [accessed: 4.06.2020].

- Campos M. Barroso Lima Brito de, *Manual dos Servidores Públicos: Administrativo e Previdenciário*, Lujur, São Paulo 2020.
- Carvalho L. de, *INSS lidera número de litígios na Justiça*, 31.03.2011, CNJ, <https://www.cnj.jus.br/inss-lidera-numero-de-litigios-na-justica> [accessed: 6.06.2020].
- Constituição da Republica Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.
- Entenda o motivo das filas para a concessão de benefícios do INSS*, 14.03.2020, CNN Brasil, <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2020/03/14/entenda-o-motivo-das-filas-para-a-concessao-de-beneficios-do-inss-> [accessed: 6.6.2020].
- Fagnani E., *Previdência: O debate desonesto. Subsídios para a ação social e parlamentar: pontos inaceitáveis da Reforma de Bolsonaro*, Editora Contracorrente, São Paulo 2019.
- França A.S. de, *A Previdência Social e a Economia dos Municípios*, 7ª ed., ANFIP, 2019, https://www.anfip.org.br/wp-content/uploads/2019/04/2019-Economia-dos-municipi%CC%81pios_b.pdf [accessed: 4.06.2020].
- Harari Y.N., *Na Batalha Contra o Coronavírus, Faltam líderes à humanidade*, trad. O. Leal, Companhia das Letras [e-book].
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira, 2020*, Rio de Janeiro 2020, <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf> [accessed: 21.01.2021].
- Mello L., *Discurso de Ódio Neoliberal: o feitiço do malfare state*, [in:] *O “Estado de Mal-Estar Social” brasileiro*, org. J.R.C. Costa, M.A. Serau Jr, H. Cury Soares, prefácio de R. Antunes, IEPREV, Belo Horizonte 2020 [e-book].
- Ministério da Fazenda, *Envelhecimento da população e seguridade social*, Brasília 2018, p. 8, <http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/06/colprev37.pdf> [accessed: 4.06.2020].
- Municípios também serão afetados com reforma da Previdência*, 7.02.2018, Sindicato dos Bancários, <https://spbancarios.com.br/02/2018/municipios-tambem-serao-afetados-com-reforma-da-previdencia> [accessed: 6.06.2020].
- Otoni L., *Debate aborda dados preliminares sobre judicialização da Previdência*, 30.04.2020, CNJ, <https://www.cnj.jus.br/debate-aborda-dados-preliminares-sobre-judicializacao-da-previdencia> [accessed: 6.06.2020].
- PNAD Contínua 2018: 10% da população concentram 43,1% da massa de rendimentos do país*, 16.10.2019, Agência IBGE, <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25700-pnad-continua-2018-10-da-populacao-concentram-43-1-da-massa-de-rendimentos-do-pais> [accessed: 5.04.2021].
- Serau Jr M.A., *Seguridade Social e Direitos Fundamentais*, 4ªed. revista, ampliada e atualizada, Juruá Editora, Curitiba 2020 [e-book].
- Severiano E.O., *Tendências e Impasses na seguridade social e o Futuro da Previdência no Brasil Contemporâneo*, “Revista de Políticas Públicas” 2016, Vol. 20, no 2.

Abstract**The future of social security in Brazil: is there a way without solidarity?**

Brazilian Social Security System is based in intergeneracional solidarity. It means that today's taxpayers maintain active pensions and need future taxpayers to sustain future pensions. There is no individual investment account and the actuarial health of the system depends on economic and populational growth to maintain itself. Economic crisis, socio-political context, gave rise to successive reforms intended to hinder access and reduce the amount of paid benefits. When the pandemic hit Brazil, and workers needed to activate social security to guarantee income in the face of non-essential activities block, they found a bleak scenario in a dismantled protective system.

Key words: social security, solidarity, pandemic, Brazil

Fabrizio Bon Vecchio

PhD Student at the Pontifical Catholic University of Argentina (UCA–AR). College professor. President of the Ibero-American Compliance Institute (IACC). President of the National Commission for Data Protection and New Technologies of the Brazilian Association of Lawyers (ABA)

ORCID: 0000-0002-9519-2492

fbvecchio@hotmail.com

Débora Manke Vieira

Specialist in Tax Law from the Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul (PUCRS) / Institute of Tax Studies (IET). She is an associated and founding member of the Ibero-American Compliance Institute (IACC). Member of the Data Protection and New Technologies Commission of the Brazilian Association of Lawyers (ABA).

Journal Reviewer

ORCID: 0000-0003-0494-2639

deboramanke@gmail.com

Compliance programs and artificial intelligence

Introduction

In recent years much has been discussed about the possibilities of interaction between human beings and artificial intelligence, as well as how this new technology can help in the development and management of entrepreneurial activities. Systems and robots controlled by artificial intelligence have been used directly in business environments, and the tendency is for this interaction to become increasingly present and sophisticated, being part of both the day-to-day life of organizations and the most varied human relationships.

The central question of this study goes through the following inquiry: Does the use of artificial intelligence in the development of internal compliance controls give greater guarantee of isonomy when analyzing human decisions issued in the business environment? In view of this, eventually, such technologies will have to make decisions and define paths, which, many times, will come up

against ethical issues, which will not necessarily be identified by these entities or questioned about this prism.

The complex development in the making of business decisions: the interference of artificial intelligence

The first step towards innovation is the creativity of those who make decisions in an organization, at all hierarchical levels. The creativity of the strategic decision, in its turn, depends mainly on the process and the competence of those who participate in the decision. Creating original and viable alternatives is a fundamental step in the decision-making process, responsible, in large scale, for the desired quality.¹

Operating or managing a business company involves constantly making important decisions. These decisions can compromise an entire budget, harm the well-being of employees and have immeasurable impacts. A bad choice can lead a company to force it to cut costs abruptly or even go bankrupt. Therefore, rationalizing decision-making systems represents an increasingly relevant task. Undoubtedly, an important ally for this activity is Artificial Intelligence², which, through its algorithms³ and the input of provided data, will be able to present possible answers, in addition to proposing mathematically more advantageous strategies for the problems at hand.

The promise we are proposing here is bold: it is believed that the machine can fail less than the human being. This means that it is possible to think about the use of artificial intelligence in different areas of a company: from marketing, with the analysis of behavior patterns for carrying out advertising campaigns, to the option of deciding with whom to hire or how and where to invest, that is, algorithms offer, based on data, what is the best partner to do business with or which businesses are worth the risk.⁴

¹ T.M. Amabile, C.N. Hadley, S.J. Kramer, *Creativity under the gun*, "Harvard Business Review" 2002, Vol. 80, no. 8, pp. 52–61.

² "Algorithms give computers guidance on how to solve problems. There is no artificial intelligence without algorithms. 'Algorithms are, in part, our opinions embedded in code.' They are 'often elegant and incredibly useful tools' used to accomplish tasks"; R. Mckenzie, *Bots, Bias and Big Data: Artificial Intelligence, Algorithmic Bias and Disparate Impact Liability in Hiring Practices*, "Arkansas Law Review" 2018, vol. 71, no. 2, pp. 532–533.

³ An algorithm can be defined as a set of rules that define a sequence of operations. Algorithm sets can be used for a variety of purposes, such as developing models for predicting scenarios and behaviors. Or, a set of mathematical instructions or rules that, especially if given to a computer, will help to calculate an answer to a problem.

⁴ R.A.F. Zanatta, *Profiling, Discrimination and Rights: from the Consumer Protection Code to the General Personal Data Protection Law [Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais]* February 2019, <https://www.researchgate.net/publication/331287708> [accessed: 2.12.2020].

Thirty years ago, artificial intelligence in South America was largely limited to universities. It didn't reach companies. This scenario has changed in recent years. Currently, artificial intelligence has different technologies combined to perceive, understand and act, with the ability to learn through experience adapting with time, perception as a computer vision, which recognizes the world around it, by capturing and processing images, sounds and voice.⁵

One of the most perverse consequences of data capitalism is market concentration, supposedly derived from three effects: scale, which reduces costs; network or "network externality", which expands membership (the greater the number of users the greater the number of new members)⁶; and frequent feedback, which improves the product and generates efficiency gains. Endorsing the thesis of economists Ariel Ezrachi and Maurice Stucke that machine learning systems are undermining competition.⁷

What we need to understand is that the algorithms, by themselves, are not enough to allow small competitors and new competitors to be on the same level of established companies, because the algorithms are not the raw material. Regulators who want to ensure competitive markets must demand data sharing. The comparative advantage would be in the possession of the data, and not in the knowledge of the algorithms.⁸

One of the main differences between the market and the company is the way in which decisions are made: in the market, decentralized and shared among the participants; in the company, centralized and invested in a relatively limited number of executives. In the corporate environment, information flows, decisions and the communicative structure remain concentrated at the highest levels of management. As a result, it is possible to point out two potential benefits of Artificial Intelligence that are not being appropriated by companies: (a) automation in decision processes, a function that creates relatively little data generation associated with decisions in management functions, that is, lack of sufficient data for the learning processes of intelligent systems; and (b) radical innovation, due to the fact that new ideas are not contained in the data, that is, Artificial Intelligence systems have no reference points in order to learn and propose.⁹

⁵ J. Atkinson, *Challenges of Artificial Intelligence for the economy of Chile* [*Desafíos de la Inteligencia Artificial para la economía de Chile*], "Capital Magazine", 20.09.2017, <https://www.capital.cl/desafios-de-la-inteligencia-artificial-para-la-economia-de-chile> [accessed: 1.11.2020].

⁶ A.-L., Barabási, *Linked: the new science of networks* [*Linked: a nova ciência dos networks*], Leopardo, São Paulo 2009.

⁷ V. Mayer-Schönberger, T. Ramge, *Reinventing capitalism in the age of big data*, John Murray, London 2018.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

It has been noted that there is a gradual incorporation of Artificial Intelligence in the internal operation of companies, apparently privileging, with automation, the effects of efficiency and cost reduction of processes. There are, rarely, experiences that lead to disruptive transformations in business models. It is also possible to assign Artificial Intelligence technologies a role in reducing forecasting costs, from designing an inventory to training autonomous cars (forecasting human action, given certain conditions).¹⁰

Within this entire outlined panorama, it is important to establish guidelines to be followed. It seems like an easy task, but in fact, due to the current market dynamics, reaching a minimum level of ethics in business has become a very complicated objective to be achieved. Not because of the activity itself, nor because of the entrepreneur's conscious wish to break the rules of good conduct, but because of the need to achieve goals and obtain even greater profits. This liveliness and ambition are not something fully accepted by the doctrine, on the contrary, business activity is essentially based on profit, however, it does not mean that these two objectives cannot be achieved in parallel.

Ethical business conduct, development of internal controls and artificial intelligence

The entrepreneur plays an important role regarding the degree of reliability that society places in the company and the responsibility that the legal entity must reflect. Thus, in addition to small daily actions, companies adopt the social report, which “[...] is done exactly to provide public knowledge and transparency. Through it, it is possible for society to monitor and evaluate the ethical level of a particular corporation.” This balance is adopted by companies that fulfill the social function “[...] as a management and information tool for shareholders and the whole of society. This instrument reveals the actions that were developed in the socioeconomic field. It is accountability to stakeholders”.¹¹

It is worth mentioning that the need to contain the ethical deficit of companies is world-class, because “companies have to promote a junction between

¹⁰ A. Agrawal, J. Gans, A. Goldfarb, *Prediction machines: the simple economics of artificial intelligence*, Harvard Business Review Press, Boston, MA 2018.

¹¹ H. Baracho Urquiza, M.A. Cecato Baroni, *From the company's social function to social responsibility: reflections on the community and the environment [Da função social da empresa à responsabilidade social: reflexos na comunidade e no meio ambiente]*, “Law and Development Magazine” 2016, Vol. 7, no. 2, <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/320/300> [accessed: 1.12.2020].

morality, advertising, legality, efficiency, impersonality, proportionality and objective responsibility.”¹²

Starting from the economic analysis of the law, “the severity of the ethical deficit that affects the functioning of public and private institutions should not be ignored,” “starting from the junction of these two crises, [...] it is also a legal analysis of the economy, adopted as a premise that the pursuit of profit does not justify the sacrifice of ethical values”¹³. Especially when we are using a machine to manage a complex system of organizational decisions, it illuminates “the need for the creation of cooperation mechanisms that are not mere databases that exchange information or comply with due diligence, but true devices of intelligence with administrative, investigative and executive capacity”¹⁴ raising the efficiency of artificial intelligence.

The practice of building controls within the basic activities of the company helps to make the act of creating controls necessary for new lines of business automatic. Such automatic reaction makes the company more agile and competitive¹⁵. That is, internal controls represent, in an organization of a procedures set, methods or routines with the objective of protecting assets, producing reliable accounting data and helping management in the orderly conduct of the company’s business.¹⁶

Internal control is not an event or circumstance, but a series of actions that permeate an organization’s activities, actions inherent to the style adopted by the organization’s management in conducting business¹⁷. The importance of internal control becomes evident when it becomes impossible to conceive

¹² E. Gabardo, G. Castella Morettini, *The new anti-corruption law and the importance of compliance for companies that relate to the Public Administration* [A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública], “A&C – Administrative & Constitutional Law Magazine” 2015, no. 60, pp. 129–147, <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2015/08/lei-anticorruptcao-compliance.pdf> [accessed: 30.11.2020].

¹³ F. Vecchio Bon, D. Vieira Manke, *Tax compliance and the crime of money laundering: legal analysis of ethical and sanctioning measures* [Compliance tributário e o crime de lavagem de dinheiro: análise legal das medidas éticas e sancionatórias] “J2 Jornal Jurídico” 2019, Vol. 2, no. 2, pp. 7–30.

¹⁴ J. Torres Pereira Jr, T. Boia Marçal, *Compliance: legal analysis of the economy* [Compliance: análise jurídica da economia], “LEC Legal, Ethics & Compliance”, 31.03.2017, www.lecnews.com/artigos/2017/03/31/compliance-analise-jurdica-da-economia [accessed: 29.11.2020].

¹⁵ M. D’Avila, M. Oliveira, *Organizational and Internal Control Concepts and Techniques* [Conceitos e Técnicas de Controle Interno de Organização], Nobel, São Paulo 2002, p. 28.

¹⁶ *Ibidem*, p. 26.

¹⁷ *Ibidem*.

a company that does not have controls that can guarantee the continuity of the flow of operations and information.¹⁸

Techniques such as machine learning and big data analytics are concepts that can be used to optimize the exercise of external control and compliance mechanisms. They are extremely advanced techniques, using artificial intelligence systems. Such tools are already being used by several governments and companies around the world, in order to optimize public and private activities. The United States government, for example, used the data analysis technique to combat tax fraud. Professionals involved in projects using artificial intelligence report that they are very effective in combating the occurrence of fraud and protecting the budget. Pianko highlights some practical applications of artificial intelligence in the detection of tax fraud, such as the user identification verification system, which analyzes the probability (the risk) of practicing fraud; the detection of the probability of fraud occurring before and after payment, identified based on business rules or legal criteria, for the purpose of predictive modeling; identifying employee threats; and robust reporting capabilities for all levels of the organization.¹⁹

Neural networks can also be used for routing and classifying irregularities in Special Account-taking processes – in the case of price offers and attributes of bidding objects – through the recognition of textual and logical patterns in documents from different sources unstructured data. This process consists of conducting unsupervised training, carried out on a large number of documents in order to find semantic groups that can later be associated with groups of irregularities in such processes. After associating such groups with the meanings identified by specialists, it is possible to create supervised neural models capable of performing the same type of classification and forwarding of new documents that were not part of the initial training.²⁰

At a time when different sectors of the world economy are undergoing the process of digital transformation²¹ and when artificial intelligence tools have the power to significantly increase the accuracy, speed and efficiency of compli-

¹⁸ W. Attie, *Auditing: concepts and applications* [*Auditoria: conceitos e aplicações*], 6th ed., Atlas, São Paulo 2011.

¹⁹ D. Pianko, *Analytics to fight tax fraud: challenges, opportunities and the value of tax fraud analytics*, International Institute for Analytics, March 2018, https://www.sas.com/en_us/whitepapers/iaa-analytics-to-fight-tax-frau-108220.html [accessed: 1.11.2020].

²⁰ L.A. Dutra e Silva, *Use of deep learning in control actions* [*Utilização de deep learning em ações de controle*], “TCU (Federal Court of Auditors) Magazine” 2016, Vol. 48, no. 135, pp. 18–23, <http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1321> [accessed: 1.11.2020].

²¹ G. Rometty, *Digital today, cognitive tomorrow*, “MIT Sloan Management Review”, 12.09.2016, <https://sloanreview.mit.edu/article/digital-todaycognitive-tomorrow> [accessed: 1.11.2020].

ance programs²², organizations, institutions and even the public sector should rethink their processes and optimize their activities. The compliance policy is shaped by the promise of transforming the internal culture to operationalize all business activities ethically and correctly, making it also possible to pursue social objectives, such as reducing inequalities and also investing in corporate policies that can benefit the community in which they are inserted.

Concluding remarks

The exploration of algorithms for the most diverse purposes is found in the context of a multi-billion-dollar market, whose proposal is to replace human decisions, considered naturally flawed and biased by processes that use algorithmic choices, seen as more efficient, objective and impartial. Large companies invest heavily in this segment to guide their own internal decision-making processes. The central argument in defense of the use of artificial intelligence is that the machine would make more efficient, objective and impartial choices, whereas human decisions would tend to be biased and would be more subject to failure.

Thus, the potential of automated decisions for internal control of business activities is perceived, obviously when observing the fulfillment of certain ethical parameters that guarantee their transparency, possibility of control, and the participation of the individual in the scope of the decision-making process, in addition to correction of the data that serve as input to the algorithm. Sophisticated computers are essential for the competitiveness of current and future markets. Currently with accelerated development of artificial intelligence, these new tools are ready to change the competitive landscape and the nature of competitive restrictions.

We are moving from a world in which the human hand is a fundamental part of all management processes to a new reality where algorithms monitor and adjust to market data and the entire operational phases of business organizations' activities. We can no longer remain indifferent to the enormous possibilities that are envisaged with the advent of new technologies that also affect algorithmic decision-making processes, reinforcing once again the idea that the machine supplies the subjectivity inherent in human decisions and that they can be well programmed to maintain an ethical standard, and be used in compliance processes.

²² G. Aalbers, *Artificial intelligence and big data in the fight against corruption* [*Inteligência artificial e big data no combate à corrupção*], "Valor Econômico", 21.05.2018, <http://www.valor.com.br/opiniao/5537063/inteligenciaartificial-e-big-data-no-combate-corrupcao> [accessed: 29.11.2020].

Bibliography

- Aalbers G., *Artificial intelligence and big data in the fight against corruption* [*Inteligência artificial e big data no combate à corrupção*], “Valor Econômico”, 21 May 2018, <http://www.valor.com.br/opiniaio/5537063/inteligenciaartificial-e-big-data-no-combate-corrupcao> [accessed: 29.11.2020].
- Agrawal A., Gans J., Goldfarb A., *Prediction machines: the simple economics of artificial intelligence*, Harvard Business Review Press, Boston, MA 2018.
- Almeida Cavalcanti M., *Auditing: a modern and complete course* [*Auditoria: um curso moderno e completo*], 6th ed., Atlas, São Paulo 2009.
- Amabile T.M., Hadley C.N., Kramer S.J., *Creativity under the gun*, “Harvard Business Review” 2002, Vol. 80, no. 8.
- Attie W., *Auditing: concepts and applications* [*Auditoria: conceitos e aplicações*], 6th ed., Atlas, São Paulo 2011.
- Atkinson J., *Challenges of Artificial Intelligence for the economy of Chile* [*Desafios de la Inteligencia Artificial para la economía de Chile*], “Capital Magazine”, 20.09.2017, <https://www.capital.cl/desafios-de-la-inteligencia-artificial-para-la-economia-de-chile> [accessed: 1.11.2020].
- Barabási A.-L., *Linked: the new science of networks* [*Linked: a nova ciência dos networks*], Leopardo, São Paulo 2009.
- Baracho Urquiza H., Cecato Baroni M.A., *From the company’s social function to social responsibility: reflections on the community and the environment* [*Da função social da empresa à responsabilidade social: reflexos na comunidade e no meio ambiente*], Revista Direito e desenvolvimento “Law and Development Magazine” 2016, Vol. 7, no. 2, <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/320/300> [accessed: 1.12.2020].
- D’avila M., Oliveira M., *Organizational Internal Control Concepts and Techniques* [*Conceitos e Técnicas de Controle Interno de Organizações*], Nobel, São Paulo 2002.
- Gabardo E., Castella Morettini Gabriel., *The new anti-corruption law and the importance of compliance for companies that relate to the Public Administration* [*A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública*], “A&C – Administrative & Constitutional Law Magazine” 2015, no. 60, <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2015/08/lei-anticorrupcao-compliance.pdf> [accessed: 30.11.2020].
- Mayer-Schönberger V., Ramge T., *Reinventing capitalism in the age of big data*, John Murray, London 2018.
- Mckenzie R., *Bots, Bias and Big Data: Artificial Intelligence, Algorithmic Bias and Disparate Impact Liability in Hiring Practices*, “Arkansas Law Review” 2018, Vol. 71, no. 2.
- Pereira Torres Jr J., Marçal Boia T., *Compliance: legal analysis of the economy* [*Compliance: análise jurídica da economia*], “LEC Legal, Ethics & Compliance”, 31.03.2017, www.lectnews.com/artigos/2017/03/31/compliance-analise-juridica-da-economia [accessed: on 29.11.2020].
- Pianko D., *Analytics to fight tax fraud: challenges, opportunities and the value of tax fraud analytics*, International Institute for Analytics, March 2018, https://www.sas.com/en_us/whitepapers/iia-analytics-to-fight-tax-fraud-108220.html [accessed: 1.11.2020].

- Rometty G., *Digital today, cognitive tomorrow*, “MIT Sloan Management Review”, 12.09.2016, <https://sloanreview.mit.edu/article/digital-todaycognitive-tomorrow> [accessed: 1.11.2020].
- Vecchio Bon F., Vieira Manke D., *Tax compliance and the money laundering crime: legal analysis of ethical and sanctionary measures* [*Compliance tributário e o crime de lavagem de dinheiro: análise legal das medidas éticas e sancionatórias*], “J2 Jornal Jurídico” 2019, Vol. 2, no. 2.
- Zanatta R.A.F., *Profiling, Discrimination and Rights: from the Consumer Protection Code to the General Personal Data Protection Law* [*Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*], February 2019, <https://www.researchgate.net/publication/331287708> [accessed: 2.12.2020].

Abstract

Compliance programs and artificial intelligence

Nowadays we have been dealing with a significant increase in decisions based, solely, on Big Data and algorithms, which means that many processes are fully automated. Every organization that adopts compliance systems must follow parameters. These parameters are better controlled when used by artificial intelligence, since there is no direct involvement of human beings and, consequently, less chance of error, intentional or not. This illustrates a scenario where the use of artificial intelligence can be more efficient and less costly than other tools, in addition to being more accurate. It is not surprising, therefore, that more and more people talk about algorithmic decisions. Although there have already been several studies on cognitive biases, there are numerous difficulties in dealing with the topic, as many of those who are involved in organizational decisions are considered partial or biased and may not reflect the expected ethical standard. It is believed that the machine tends to fail less, according as it replaces human decisions – considered naturally flawed and impartial. Is it, therefore, an efficient and safe substitute for the implementation and maintenance of compliance systems in organizations?

Key words: business decisions, artificial intelligence, big data, compliance, Internal controls

Lucas Moreira Alcici

master, University of Lisbon School of Law

ORCID: 0000-0003-3995-9684

lucas.moreira.alcici@gmail.com

The Angola–Brazil Bilateral Investment Treaty: an introduction to its dispute settlement mechanism

Introduction

Despite having signed 27 Bilateral Investment Treaties (BIT) since 1994, Brazil has only ratified two of them: the Angola–Brazil BIT and the Brazil–Mexico BIT. While they were both signed in 2015, the former was ratified in 2017 and the latter in 2018.¹ That means that only those two BITs are in force between Brazil and other States, even though Brazil is the leading destination in Latin America for Foreign Direct Investment (FDI).²

Brazil is not a member of the International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), which means that Brazilian investors with investment abroad and foreign nationals with investment in Brazil do not have access to investment dispute settlement under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nations of Other States (ICSID Convention).³

The fact that dispute settlement mechanisms under the ICSID Convention are not available to Brazilian investors regarding their investments in a foreign State usually means that they have to rely on the domestic courts of the host State – in the absence of a contract between the investor and the host State

¹ UNCTAD, Investment Policy Hub, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil> [accessed: 4.05.2021].

² OECD, FDI in Figures – Latin America, <https://www.oecd.org/investment/FDI-in-Figures-April-2019-Latin-America-English.pdf> [accessed: 4.05.2021].

³ On 18 April 2021, ICSID had 163 Member States, amongst which 155 Contracting States and 8 Signatory States; ICSID, Database of ICSID Member States, <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states> [accessed: 4.05.2021].

establishing a particular dispute settlement means – to bring their claims against the host State. This could have been remedied if Brazil had ratified BITs providing for dispute settlement mechanisms at least with its major investment partners, as a way to guarantee a higher standard of protection to Brazilian investors abroad. Nevertheless, that is not the case. Up to date, only Brazilian investors investing in Angola and Mexico can benefit from a special bilateral mechanism for the settlement of their investment disputes, due to the ratification of the Angola–Brazil BIT and the Mexico–Brasil BIT.

This paper addresses only the Angola–Brazil BIT, whose ratification has been a milestone for the protection of Brazilian investors abroad, firstly, by giving an overview of the bilateral agreement and, secondly, by briefly presenting the main elements of the dispute settlement mechanism established by that investment agreement.

The Angola–Brazil BIT: an overview

The agreement concluded by Angola and Brazil aims at facilitating and fostering investment between the parties.⁴ Each party established an Ombudsman, whose primary responsibility is to give governmental support to investments made by investors of the other party in its country. While Brazil established its Ombudsman in its Foreign Trade Chamber (CAMEX), Angola established its Ombudsman in its Ministry of Foreign Affairs.⁵

Among other duties, the Ombudsman should act directly to prevent disputes, whenever possible, and to facilitate their settlement, collaborating with governmental authorities and the private parties concerned. It should interact with the competent government bodies to deal with suggestions and claims made by the government and investors of the other party.⁶

Brazil and Angola also agreed to set up a Joint Committee, with representatives of both states, whose aim is to: (i) monitor and discuss the implementation of the BIT; (ii) debate and share opportunities for the expansion of mutual investments; (iii) coordinate and implement the cooperation and facilitation agendas; (iv) request and embrace the participation of the private sector and civil society in matters related to the activities of the Joint Committee; (v) peacefully settle the investment disputes between investors of the

⁴ UNCTAD, International Investment Agreements Navigator, *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola*, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4720/download> [accessed: 4.05.2021].

⁵ Sections 5 (1), 5 (2) and 5 (3) of the Angola–Brazil BIT.

⁶ Section 5 (4) of the Angola–Brazil BIT.

parties; and (vi) establish a mechanism for the settlement of investment disputes through inter-State arbitration.⁷

The settlement of investment disputes under the Angola–Brazil BIT

The Angola–Brazil BIT established a means for the peaceful settlement of investment disputes which might arise between investors of one of the parties and the other party as an alternative to the ordinary settlement of those disputes in the domestic courts of the host State. The key elements of this bilateral inter-state dispute settlement mechanism will be dealt with in the following topics.

(a) Definition of investor and investment

Firstly, in order to seek protection under the Angola–Brazil BIT – and be able to take advantage of its dispute settlement mechanism – the individual or legal entity shall be considered an “investor” under the terms of the agreement.⁸ This means that the investor shall (i) be a national or resident of one of the parties, if a natural person, or (ii) if a legal entity, (a) be incorporated under the laws of one of the parties, have its headquarters or exercise substantial business activities in one of the parties, or (b) be owned or effectively controlled by nationals or permanent residents of one of the parties⁹.

Defining who should be considered an investor under the agreement is standard practice of BITs. As Schlemmer points out: “All BITs and other international instruments dealing with investment provide definitions of whom they consider to be investors. The decisive criterion is the nationality of the investor. This is normally apparent from the different bilateral investment treaties which would accord protection to the nationals of the relevant contracting parties”.¹⁰

An individual is a national of a State if it is considered to be according to the domestic law of that State. This rule was established in the 1930 Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws,

⁷ Sections 4 (2) and 4 (4) of the Angola–Brazil BIT.

⁸ Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, New York 2009, p. 285.

⁹ Section 16 (3) of the Angola–Brazil BIT. A legal entity might have the nationality of a State based on different factors, such as its place of incorporation, the seat of its management or the main place of business; E.C. Schlemmer, *Chapter 2: Investment, Investor, Nationality, and Shareholders*, [in:] *The Oxford Handbook of International Investment Law*, eds. P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer, Oxford University Press, New York 2008, p. 74.

¹⁰ E.C. Schlemmer, *op. cit.*, , p. 68.

which reads: “It is for each State to determine under its own law who are its nationals. This law shall be recognized by other States in so far as it is consistent with international conventions, international custom, and the principles of law generally recognised with regard to nationality”¹¹.

In order to meet the *ratione personae* requirement of the Angola–Brazil BIT, the investor shall have the nationality of Brazil to be guaranteed protection under the bilateral agreement to their investments in Angola, or the nationality of Angola to be rendered protection to their investments in Brazil.

Secondly, only investments considered to be an “investment” under the terms of the Angola–Brazil BIT could be protected. Many BITs define “investment” by a non-exhaustive list of categories of assets, which generally include (i) properties, (ii) shares and stocks of companies, (iii) contracts, (iv) intellectual property rights and (v) rights conferred by law or under contract.¹²

Nevertheless, differently from most BITs,¹³ there is no definition of “investment” in the Angola–Brazil BIT. The parties opted not to define this key term in the agreement, leaving that definition to their domestic legislation.¹⁴ The term “investment” should, therefore, be interpreted according to the national legislation of the State parties.

This means that in order to fulfill the *ratione materiae* requirement of the Angola–Brazil BIT, the assets held by investors of one of the parties should be considered an “investment” according to the domestic legislation of the host State.¹⁵ Hence, a Brazilian investor could only claim protection under the agreement in regard to their assets in Angola if those assets are classified as “investment” by the domestic legislation of Angola. The same is true for the assets held by Angolan investors in Brazil, which are only protected under the agreement if they are considered an “investment” under Brazilian law.

¹¹ Article 1 of the Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws.

¹² This is the case of the UK, Germany, France and the Netherlands model BITs, for instance. C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford 2017, pp. 419–420.

¹³ BITs usually contain definitions of “investment”; E.C. Schlemmer, *op. cit.*, p. 55; C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, *op. cit.*, p. 458; Z. Douglas, *op. cit.*, p. 170.

¹⁴ It should be noted, however, that: “In a number of cases tribunals have employed the concept of estoppel to defeat the jurisdictional objections of a respondent State seeking to rely upon its domestic investment registration processes as a basis for arguing that a non-registered investment had not been made according to the law”. C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, *op. cit.*, p. 441.

¹⁵ Section 3 of the Angola–Brazil BIT. The domestic law of the host State will determine whether an asset should be considered an investment having the protections guaranteed by the bilateral agreement. Nonetheless, international law shall prevent a State from using its domestic law to wrongfully deny investment’s status to an asset solely with the purpose of avoiding the obligations of a BIT; *ibidem*, pp. 443–444.

(b) Expropriation of foreign investment

According to the Angola–Brazil BIT, the investments made by investors of one of the parties in the territory of the other party cannot be expropriated or nationalised, except: (i) for reasons of public interest; (ii) in a non-discrimination manner; (iii) provided a just compensation, which should be equivalent to the market value of the investments expropriated, is paid to the investor; and (iv) according to the due process of law.¹⁶

Those requirements listed above are cumulative. That is the reason why the taking of property owned by the foreign investor by the host State without compensation, calculated in accordance with the fair market value of the investment, ought to be considered unlawful under the agreement.¹⁷

The act of expropriation could either be direct or indirect. On the one hand, there is a direct expropriation when the host State seizes the foreign investor's assets while implementing economic reform or when it directly deprives the investor of their assets without any compensation.¹⁸ On the other hand, the expropriation is indirect when “the value of the investment is undermined to such an extent by the governmental action as to deprive the investor of the reasonably expected benefits of the investment”.¹⁹

(c) Negotiation and State-State arbitration

When a dispute has arisen between an investor having the nationality of one of the parties and the other party over an investment made by the former, the Angola–Brazil BIT provides for a mechanism for the peaceful settlement of disputes.²⁰

Firstly, there is a negotiation phase, when the Ombudsmen should act together with the Joint Committee to settle disputes which have arisen between the parties. Thus, before initiating an arbitral proceeding, any dispute between the parties over the interpretation or application of the treaty shall be subject to consultation and negotiation and dealt with, preliminarily, by the Joint Committee.²¹

In this phase, each of the parties may submit claims concerning their investors before the Joint Committee. To initiate proceedings, the State shall

¹⁶ Section 9 of the Angola–Brazil BIT.

¹⁷ P. Muchlinski, *Chapter 1: Policy Issues*, [in:] *The Oxford Handbook...*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁸ C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, *op. cit.*, p. 359.

¹⁹ P. Muchlinski, *op. cit.*, p. 27.

²⁰ It should be noted that, according to Section 16 (1), the Angola–Brazil BIT cannot be invoked for a claim that: (i) has already been settled by the courts of any of the parties, (ii) which is *res judicata* and (iii) has been settled before the entry into force of the treaty.

²¹ Section 15 (1) and 15 (2) of the Angola–Brazil BIT.

submit its claims to the Committee, indicating the name of the investor and the challenges and difficulties faced by that investor regarding their investment in the host State. The Joint Committee will then have 60 days, which could be extended for another 60 days, to present information regarding those claims.²²

The Joint Committee might make recommendations for the settlement of the dispute referred to it. Nevertheless, if the parties are not able to reach a settlement over the investment claims, they could refer the dispute to inter-State arbitration.²³

Arbitration is the most frequently used method for the settlement of investment disputes. Even though Investor-State arbitration has replaced State-State arbitration in most BITs,²⁴ Brazilian and Angolan investors still need to rely on their home State to bring a claim on their behalf against the host State through arbitration as Investor-State arbitration is not provided for in the agreement.

Concluding remarks

The ratification of the Angola–Brazil BIT was a milestone – being the first agreement of its kind to be ratified by Brazil – as it guarantees a higher standard of protection to Brazilian investors with investment in Angola.

The BIT allows Brazilian investors to seek compensation for the expropriation of their investment by Angola through a particular mechanism for the settlement of disputes. They might request Brazil to act on their behalf by bringing their claims before the Joint Committee for negotiation and, if no settlement is reached by the parties in this phase, by initiating State-State arbitral proceedings against Angola. This means that Brazilian investors have a new dispute settlement mechanism available – and do not need to rely exclusively on the domestic courts of Angola anymore – to seek compensation for direct or indirect expropriation of their investments. However, they still need to rely on Brazil to bring their claims on their behalf, as Investor-State arbitration is not provided for in the BIT.

Bibliography

- Douglas Z., *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, New York 2009.
- McLachlan C., Shore L., Weiniger M., *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford 2017.

²² Section 15 (3) of the Angola–Brazil BIT.

²³ Section 15 (6) of the Angola–Brazil BIT.

²⁴ C. Schreuer, *Chapter 21: Consent to Arbitration*, [in:] *The Oxford Handbook...*, *op. cit.*, pp. 830–831.

- Muchlinski P., *Chapter 1: Policy Issues*, [in:] *The Oxford Handbook of International Investment Law*, eds. P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer, Oxford University Press, New York 2008.
- Schlemmer E.C., *Chapter 2: Investment, Investor, Nationality, and Shareholders*, [in:] *The Oxford Handbook of International Investment Law*, eds. P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer, Oxford University Press, New York 2008.
- Schreuer C., *Chapter 21: Consent to Arbitration*, [in:] *The Oxford Handbook of International Investment Law*, eds. P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer, Oxford University Press, New York 2008.

Documents

- ICSID, Database of ICSID Member States, <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states> [accessed: 4.05.2021].
- OECD, FDI in Figures – Latin America, <https://www.oecd.org/investment/FDI-in-Figures-April-2019-Latin-America-English.pdf> [accessed: 4.05.2021].
- UNCTAD, International Investment Agreements Navigator, *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola*, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4720/download> [accessed: 4.05.2021].
- UNCTAD, Investment Policy Hub, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil> [accessed: 4.05.2021].

Abstract

The Angola–Brazil Bilateral Investment Treaty: an introduction to its dispute settlement mechanism

This article presents an overview of the Angola–Brazil BIT and briefly analyses the dispute settlement mechanism for investment disputes provided for by that agreement. The ratification of the BIT by Brazil a few years ago means that Brazilian investors are now able to seek protection to their investments in Angola through the bilateral dispute settlement mechanism established by the BIT. Although Investor-State arbitration is not envisaged in the agreement, Brazilian investors can request Brazil to act on their behalf bringing their claims before the Joint Committee for conciliation and, if this proves unsuccessful, initiating State-State arbitration proceedings against Angola.

Key words: Angola–Brazil BIT, foreign investment, expropriation, dispute settlement, State-State arbitration

Maciej Włodek

mgr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

ORCID: 0000-0002-2124-4587

maciejwlodek9@gmail.com

Konsekwencje przyjęcia założeń Europejskiego Zielonego Ładu dla polskiego rynku gazu ziemnego w kontekście krajowego otoczenia regulacyjnego

Wprowadzenie

Celem poniższego artykułu jest zaprezentowanie aktualnych trendów regulacyjnych i gospodarczych w dążeniu do wypełnienia celów Europejskiego Zielonego Ładu w oparciu o krajowy rynek gazu ziemnego. W opracowaniu scharakteryzowano w ramach czasowych (stan obecny i docelowy), regulacyjnych i społecznych cechy energii odnawialnej. Wskazano konieczne do implementacji przepisy unijne kształtujące sytuację prawną uczestników rynku (wytwórcę oraz operatora systemu dystrybucyjnego gazowego). Jako główne źródło prawa krajowego przedstawiono ustawę o OZE i zaprezentowano jej powiązania z innymi środowiskami regulacyjnymi. Tezą artykułu jest zaś dwuwymiarowość skutków prawa UE w zakresie budowy Europejskiego Zielonego Ładu, co obejmuje konieczność podejmowania wysiłku implementacji na poziomie legislacyjnym i bezpieczeństwa energetycznego, tak aby zapewnić wydolność zasobową uczestników rynku „błękitnej” i „zielonej energii”. W artykule postanowiłem zdiagnozować luki regulacyjne oraz ryzyka, a dalej ich wpływ na rynek OZE i gazu ziemnego w otoczeniu krajowym.

Kwestie definicyjne

Tytułem wstępu należy zacząć od wyjaśnienia kwestii definicyjnych. Europejski Zielony Ład jest unijną strategią wzrostową zaprezentowaną przez Komisję Eu-

ropejską, której zasadniczym celem jest sprawienie, by Europa stała się pierwszym kontynentem neutralnym klimatycznie do 2050 r., zarazem intensyfikacji ma ulec poziom konkurencyjności przemysłu na Starym Kontynencie. Ważna jest ochrona środowiska naturalnego oraz różnorodności o charakterze biologicznym w Europie¹. Zatem najważniejszym zadaniem Zielonego Nowego Ładu pozostaje gwarancja światowego zrównoważonego rozwoju, a także zbudowanie wraz ze społeczeństwem niskoemisyjnej oraz niskowęglowej gospodarki dzięki intensyfikacji spójności o charakterze społecznym, kreowaniu milionów całkowicie nowych zielonych miejsc pracy w konsekwencji maksymalizacji stopnia unijnych oraz krajowych inwestycji ponoszonych na edukację, programom z zakresu badawczo-rozwojowego, nowoczesnym technologiom etc.² Korzystając z poglądów dostępnych w literaturze, wskazano wpływ programu na sytuację prawną poszczególnych uczestników rynku, tj. kwestie ich dostępności oraz przyłączania do sieci oraz zasad i uprawnień, na jakich będą uczestnikami rynku OZE³.

Gaz ziemny postrzega się za niezwykle istotną technologię w kontekście przemiany systemu energetycznego, jednak należy pamiętać, że przez UE jest uznawany za paliwo przejściowe. Mimo że gaz jest uboższy w CO² niż np. węgiel, to związane z jego wydobyciem oraz transportem skutki pośrednie, dotyczące przede wszystkim emitowania metanu, sprawiają, że w konsekwencji może oddziaływać na środowisko równie szkodliwie. W elektrowniach gazowych ma miejsce również tzw. szczelinowanie, polegające na ułatwianiu się właśnie szkodliwego metanu. Warto przy tym dodać, że obecnie metan wynosi już ok. 2/5% składu gazów cieplarnianych w atmosferze. Jeżeli sektor energetyczny oraz ciepły przeczuci się z węgla oraz ropy na gaz ziemny, to efekt cieplarniany potencjalnie wzrósłby nawet o 40%⁴.

W sektorze gazowym infrastruktura buduje się w ciągu 20–30 lat, co oznacza, że obecnie przewidywane w Polsce oraz w Europie inwestycje, w kontekście gazowym, mogą być całkowicie niepotrzebne. Mimo tego w Polsce

¹ G. Erbach, *Europejski Zielony Ład. Posiedzenie plenarne – 11 grudnia 2019 r.*, Biuro Analiz Parlamentu Europejskiego, 2019, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2019/644205/EPRS_ATA\(2019\)644205_PL.pdf?fbclid=IwAR1SQNUUxJpiNrROrACp2FM9jn3IXNhCb39y5meJxztNdt8ygIEZ9ZlmKFM](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2019/644205/EPRS_ATA(2019)644205_PL.pdf?fbclid=IwAR1SQNUUxJpiNrROrACp2FM9jn3IXNhCb39y5meJxztNdt8ygIEZ9ZlmKFM) [dostęp: 12.05.2021].

² D. Szwed, *Zielony Nowy Ład w Polsce*, Green European Foundation, Warszawa 2013, s. 68–71.

³ J. Baehr, A. Frąckowiak, K. Hajdrowski, P. Lissoń, J. Pokrzywniak, A. Stawicki, M. Szambelańczyk, S. Urban, *Ustawa o odnawialnych źródłach energii. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.

⁴ K. Łasica, *Gaz ziemny bardziej szkodliwy dla klimatu niż sądzono*, 13.09.2019, „Puls Biznesu”, <https://www.pb.pl/gaz-ziemny-bardziej-szkodliwy-dla-klimatu-niz-sadzono-970297> [dostęp: 12.05.2021].

budowane są nowe elektrownie gazowe. Przez najbliższe cztery lata na inwestycje z tego obszaru ma zostać przeznaczony około 23 mld zł⁵.

W tym miejscu należy również poruszyć kwestię tzw. miksu energetycznego. Takim mianem określa się strukturę w zakresie produkcji oraz konsumpcji energii zgodnie z kryterium nośników energii, a także sposobów jej wytwarzania. Zatem należy określić podział energetyki z uwagi na źródła energii oraz rodzaje wykorzystywane technologie w zakresie wytwarzania⁶.

Trzeba również zauważyć, że w najbliższych latach udział gazu w ogólnym miksie energetycznym będzie stopniowo wzrastał z uwagi na fakt, że jest on zakwalifikowany do paliw przejściowych. Jednak nie powinno się zapominać o tym, że do 2050 r. zaplanowano całkowitą dekarbonizację, co wiąże się również ze spadkiem zapotrzebowania w zakresie gazu ziemnego w celach grzewczych z uwagi na wzrastającą efektywność w obrębie energetycznym budynków oraz ocieplanie klimatu. Odejście UE od tego paliwa będzie prowadziło do specjalizacji w całkowicie odmiennych jego rodzajach. Ważna będzie kwestia planów wodorowych, czyli stacji do tankowania oraz instalacji mającej na celu wytwarzanie wodoru metodą elektrolizy, ponadto gaz może być również wytwarzany z odpadów komunalnych lub jako biogaz. Planuje się, że do 2050 r. wodór może zaspokoić około 1/4 globalnego zapotrzebowania w zakresie energii. Technologie dotyczące wodoru są najbardziej obiecujące, ponieważ można go używać do wytwarzania amoniaku, metanu, a także ogrzewania albo akumulacji energii⁷.

W Europie do 2005 r. zużycie gazu permanentnie rosło. W okresie 2005–2010 oscyloowało na stabilnym poziomie, natomiast od 2011 r. jest ono zmienne, z tendencją do spadku. Jednocześnie na terenie Polski, zapotrzebowanie na to paliwo ciągle wzrasta – poza energetyką gaz jest używany w przemyśle. Zatem przez najbliższe dziesięć lat gaz będzie przeżywał swoją złotą erę, choć jednocześnie pozostanie jedynie paliwem przejściowym. Wciąż jednak jest świetną alternatywą w kontekście węgla⁸.

⁵ M. Janik, *Świat ucieka od gazu jak od węgla*, 23.10.2019, „Rzeczpospolita online”, <https://energia.rp.pl/surowce-i-paliwa/gaz/18861-swiat-ucieka-od-gazu-jak-od-węgla> [dostęp: 12.05.2021].

⁶ S. Włodarczyk, *Miks energetyczny – co to jest i jak go właściwie stworzyć?*, 11.10.2019, GEO Solar, <https://geo-solar.pl/2019/10/11/miks-energetyczny-co-to-jest-i-jak-go-wlasciwie-stworzyc> [dostęp: 12.05.2021].

⁷ *VI Kongres Energetyczny: Czy gaz ziemny to paliwo schyłkowe, przejściowe, czy przyszłości?*, 15.10.2020, „Wprost. Eko”, <https://eko.wprost.pl/energia/10376808/vi-kongres-energetyczny-czy-gaz-ziemny-to-paliwo-schylkowe-przejsciowe-czy-przyszlosci.html> [dostęp: 12.05.2021].

⁸ *Ibidem*.

Wpływ regulacji unijnych na rynek krajowy. Cechy rynku wewnętrznego

Rynek wewnętrzny UE uznaje się za rynek jednolity, gwarantujący swobodny przepływ towarów, usług, kapitału, a także osób. Ponadto europejscy obywatele mogą cieszyć się swobodą pracy oraz prowadzenia działalności. W rezultacie od momentu powstania w 1993 r. rynek wewnętrzny UE otworzył się bardziej na konkurencję, stworzył nowe miejsca pracy i usunął znaczną część barier handlowych.

Zasadniczym zadaniem Polski jest prowadzenie polityki jednolitej z ogólną strategią UE, która bazuje na permanentnym wzroście stopnia udziału energii wytwarzanej w zakresie źródeł odnawialnych. Kraje członkowskie wspólnoty powinny w najbliższym czasie osiągnąć łącznie 20% udziału energii ze źródeł odnawialnych w kontekście całkowitego zużycia energii⁹. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego w tej sprawie określa najważniejsze cele dla każdego członka, a także ukazuje minimalne wymagania o charakterze regulacyjnym do wdrożenia w ustawodawstwie państw członkowskich, aby ułatwić egzekwowanie celów państwowych oraz ogólnego celu wspólnotowego. Jednocześnie dyrektywa nie wyznacza, w jakich sektorach oraz dzięki jakim technologiom powinno się zwiększać wytwarzanie „zielonej” energii. Dokument pokazuje, iż krajowe cele odnośnie do udziału OZE w ramach sektora transportu, energii elektrycznej, a także ciepła czy chłodu muszą zostać zdefiniowane w Krajowych Planach Działań. To właśnie bazując na tych zapisach wszystkie państwa członkowskie muszą wypełniać przewidziane w Dyrektywie cele. Owe cele, zaraz obok obligatoryjności zmniejszenia emitowania gazów cieplarnianych, a także poprawy w zakresie wydajności energetycznej, są pochodną pakietu klimatyczno-energetycznego. Należy wyraźnie zaznaczyć, że wzrost produkcji energii pochodzących ze źródeł odnawialnych ma niebagatelny wpływ na redukcję emisji gazów cieplarnianych, jak również poprawia efektywność w zakresie energetycznym. Efektywność energetyczna oddziałuje bardzo korzystnie z jednej strony na ograniczenie emisji, jak również na osiągnięcie udziału OZE liczonego w odniesieniu do końcowego zużycia energii brutto¹⁰.

23 kwietnia 2009 r. Parlament Europejski razem z Radą Europejską przyjął wspomnianą dyrektywę odnoszącą się do promowania wdrażania energii ze źródeł odnawialnych. W 2014 r. miał miejsce szczyt klimatyczny, podczas

⁹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/28/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych zmieniająca i w następstwie uchylająca dyrektywy 2001/77/WE oraz 2003/30/WE, Dz.U., L 140 z 5.06.2009, s. 16–62.

¹⁰ PIGEOR, *Cele i strategia*, <https://www.pigeor.pl/cele-i-strategia> [dostęp: 12.05.2021].

którego stwierdzono, iż w 2030 r. wskaźnik dotyczący udziału energii ze źródeł odnawialnych powinien oscylować na poziomie minimum 27%. W dalszej kolejności zatwierdzono odpowiedni dokument programowy, który dotyczył klimatu oraz walki z jego ociepleniem. Polska znalazła się wówczas przed całkiem nowym wyzwaniem, a jednocześnie trudnym obowiązkiem dostosowania polskiego prawa do prawa UE. Do 2013 r. w Polsce wszystkie instalacje odnawialnych źródeł energii przyłączone do sieci uważane było przez prawo za źródło energii, które musi posiadać koncesję na tworzenie energii w odnawialnym źródle, z długotrwałą procedurą planistyczną i uzgodnieniami. W 2013 r. w Polsce wdrożono tzw. „Mały Trójpak, czyli zestaw nowych zapisów prawa energetycznego, które przed wprowadzeniem ustawy dotyczącej OZE opisywały zasady i prawa odnoszące się do instalacji OZE, dzięki czemu możliwy stał się rozwój energetyki prosumenckiej w Polsce. W 2015 r. wprowadzono ustawę dotyczącą OZE, która dokonała podziału energii na mikro, małe i duże instalacje. W dużym stopniu umożliwiło to inwestowanie w elektrownie OZE, zajmujące się wytwarzaniem energii na usługi własne inwestora, którym mogła być osoba prywatna, przedsiębiorca, rynek czy też JST. Te regulacje oraz zniesienie dodatkowej biurokracji, połączone dodatkowo z rozwojem technologii OZE – szczególnie fotowoltaicznej, przyczyniły się do rozwijania się mikro oraz małych źródeł OZE, zwłaszcza wśród jednostek indywidualnych. Pod względem legislacyjnym zbliżyły polski porządek prawny do innych źródeł prawnych OZE stosowanych w krajach wspólnoty¹¹. Następne nowelizacje ustawy OZE pochodzą z 2016 i 2017 r.: dla osób niebędących przedsiębiorcami oraz rolników i innych grup nieprowadzących własnej działalności gospodarczej, wdrożono szereg rozwiązań prosumenckich, m.in. opusty, które umożliwiły właścicielowi mikroinstalacji OZE „przechowywanie” dodatkowej energii w sieci i korzystanie z niej w sytuacjach, gdy zapotrzebowanie właściciela nie jest na bieżąco pokrywane przez własną produkcję¹². W powszechnym odczuciu „prosument” to zbitka wyrazów: „producent” lub „profesjonalista” i „konsument”, przy czym chodzi tu o konsumenta zaangażowanego we współtworzenie i promowanie produktów ulubionej marki albo w jednoczesną produkcję i konsumpcję dóbr lub usług. Prosumenta można określić jako adresata końcowego, który kupuje energię elektryczną na bazie umowy o charakterze kompleksowym, wytwarzającego energię elektryczną tylko z OZE – na potrzeby tylko

¹¹ A. Bohdan, M. Przybylska, *Podstawy prawne odnawialnych źródeł energii i gospodarki odpadami w Polsce*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 38–39.

¹² *Ibidem*.

i wyłącznie swoje¹³. Mimo braku poparcia dla MŚP w kwestii mikro oraz małej energetyki odnawialnej jest to fragment energetyki, który najprężniej rozwija się wśród przedsiębiorców. W wielu firmach i branżach kluczowym kosztem w bieżących finansach jest koszt energii. Przedsiębiorca, który przywykł do inwestowania swoich środków, jest gotowy optymalizować ponoszone koszty. Czy to sytuacja zmiany dostawcy na tańszego, czy też zmiana taryfy na elastyczniejszą pod kątem aktualnych potrzeb, inwestycja w kompensatory mocy biernej czy wreszcie OZE – każde z tych działań ulepsza efektywność energetyczną firm i przedsiębiorstw, zapewniając wymierne korzyści finansowe. Od czasu wdrożenia ustawy w 2015 r. zauważalne jest, że obok dużych przedsięwzięć OZE związanych z rozproszoną energetyką stawia się na małe projekty, które poprawiają bilans nadwyżek mocy w sieci¹⁴. Duża część inwestycji jest realizowana jako instalacje prosumenckie u osób indywidualnych czy rolników. Na podstawie obserwacji rynku można zauważyć, że zwiększa się liczba przedsięwzięć, których podejmują się przedsiębiorcy¹⁵.

Cele OZE 2021–2030, 2030–2050

Aktualną regulacją unijną związaną z wyznaczeniem celów zużycia OZE na lata 2021–2030 jest Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/2001 z dnia 11.12.2018 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych, potocznie zwana dyrektywą RED II. Głównym założeniem procedury jest zwiększenie udziału OZE w unijnym miksie energetycznym do 32% do roku 2030, co jest związane z unijną redukcją emisji CO² o 40% w porównaniu z emisjami z 1990 r. Na dostosowanie zapisów regulacji krajowych do RED II członkowie UE mają czas do 30 czerwca 2021 r. Oznacza to, że Polska po tym terminie będzie musiała przekazać Komisji do walidacji teksty krajowych aktów, dotyczące obszarów, do których odnosi się dyrektywa.

Krajowymi kluczowymi dokumentami związanymi z nową polityką energetyczną są: *Polska Polityka Energetyczna Polski do 2040 roku* (dalej: PEP 2040) i *Krajowy plan na rzecz energii i klimatu na lata 2021–2030* (dalej: KP). Według najnowszego stanu procesu opracowania uwagę trzeba zwrócić

¹³ Art. 2 pkt 27a Ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii, Dz.U. 2015, poz. 478.

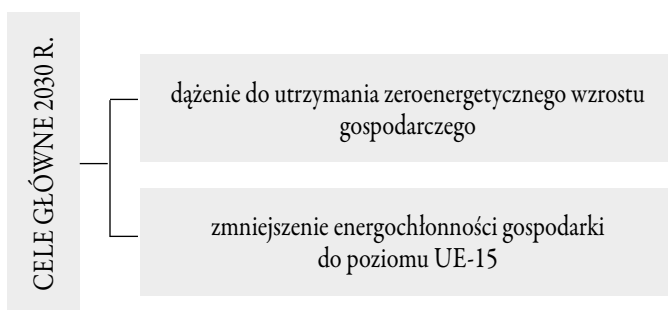
¹⁴ H. Kocot, *Energetyka rozproszona w scenariuszach rozwojowych polskiej energetyki*, „Acta Energetica” 2010, nr 1, s. 50–55.

¹⁵ *Prosument* [hasło], [w:] *Słownik ochrony środowiska*, <https://www.teraz-srodowisko.pl/slownik-ochrona-srodowiska/definicja/prosument.html> [dostęp: 12.05.2021].

na projektowany filar drugi owej polityki, czyli rozwój energetyki zeroemisyjnej i energetyki lokalnej, co w oczywisty sposób wiąże się również z sektorem biogazu i platformami współpracy między lokalnymi interesariuszami¹⁶. Z kolei KP przewiduje, że potencjał polskich gospodarstw i przedsiębiorstw w produkcji biogazu wyniesie 7,8 mld m³, co w przełożeniu na obecne zapotrzebowanie Polski na gaz ziemny mogłoby stanowić nawet 40–45% zaspokojenia popytu (oczywiście pod warunkiem wykorzystania pełnej mocy wytwarzania)¹⁷. Zostały też zdefiniowane cele dekarbonizacji dla Polski: 2020 – działania kryzysowe (i pierwsza wersja programu restrukturyzacyjnego 2050), 2025 – ustrojowa reforma rynku energii elektrycznej, 2040 – wygaszenie produkcji elektrowni węglowych, 2050 – transformacja rynkowa do monizmu elektrycznego OZE¹⁸.

Do 2030 r. zaplanowano poprawę w zakresie efektywności energetycznej. Cele główne zostały zaprezentowane na grafice poniżej.

Rysunek 1. Cele główne w Polsce do 2030 r.



Źródło: opracowanie własne na podstawie: *Polityka energetyczna Polski do 2030 roku. Załącznik do uchwały nr 202/2009 Rady Ministrów z dnia 10 listopada 2009 r.*, Ministerstwo Gospodarki, Warszawa 2009 <https://www.pigeor.pl/media/js/kcfinder/upload/files/Polityka-energetyczna-Polski-do-2030r.pdf> [dostęp: 12.05.2021].

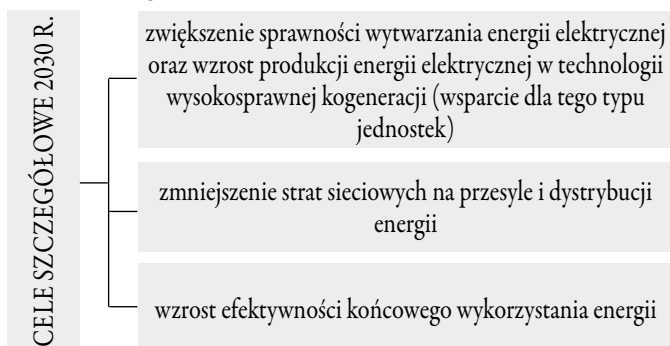
¹⁶ *Polityka energetyczna Polski do 2040 roku – projekt (streszczenie)*, <https://www.gov.pl/attachment/114c135e-bd7e-4152-8666-d3f64a53765b> [dostęp: 12.05.2021].

¹⁷ *Krajowy plan na rzecz energii i klimatu na lata 2021–2030: Założenia i cele oraz polityki i działania*, Ministerstwo Energii, Warszawa 2019, s. 104, https://www.gov.pl/documents/33372/436746/Projekt_KPEiK_na_lata_2021-2030.pdf/aaefd8b3-0dff-3cdd-f016-b9c478b96ce1 [dostęp: 12.05.2021].

¹⁸ J. Popczyk, *Transformacja energetyki (za pomocą reformy ustrojowej rynku energii elektrycznej) do monizmu elektrycznego OZE 2050. Raport*, 16.09.2019, [https://ppte2050.pl/platforma/pmt/pkkt/files/04.%20Transformacja%20energetyki%20\(zapomoc%20ustrojowej%20reformy%20...%20.pdf](https://ppte2050.pl/platforma/pmt/pkkt/files/04.%20Transformacja%20energetyki%20(zapomoc%20ustrojowej%20reformy%20...%20.pdf) [dostęp: 12.05.2021].

Natomiast cele o charakterze szczegółowym ukazuje rysunek 2:

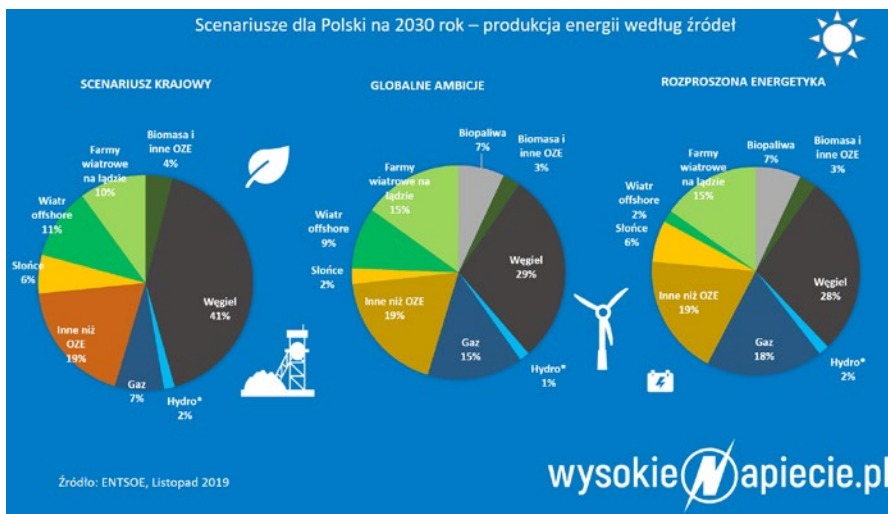
Rysunek 2. Cele szczegółowe do 2030 r.



Źródło: opracowanie własne na podstawie: *Polityka energetyczna Polski...*, op. cit.

Poniżej ukazano również różne scenariusze perspektywiczne dla Polski do roku 2030:

Rysunek 3. Scenariusze dla Polski do 2030 r.



Źródło: M. Skłodowska, R. Zasuń, *Strategia dla polskiej energetyki pilnie poszukiwana*, 25.11.2019, WysokieNapiecie.pl, <https://wysokienapiecie.pl/24254-nagle-rozmnozenie-rzadowych-strategii-energetycznych-czy-ilosc-przejdzie-w-jakosc> [dostęp: 12.05.2021].

Zgodnie z Eurostatem w 2018 r. źródła odnawialnej energii w produkcji polskiej energii wynosiły 11% – cel wytyczony przez UE wynosił 15% do roku 2020. W ostatnim czasie Komisja Europejska zaprezentowała raport zawierający analizę wszystkich państwowych planów dotyczących energii, środowi-

ska oraz klimatu. Ocena zaprezentowanych w tych planach krajowych zaleceń OZE pokazuje, że w momencie ich zrealizowania udział odnawialnej energii na poziomie całej UE w 2030 r. będzie wynosił 33–34% (cel unijny to 32%).

Komisja poddała analizie również produkcję zielonej energii. W ubiegłym roku UE powinna uzyskać udział OZE w konsumpcji na energii pomiędzy 22,4 a 22,8% (cel: 20%). W tym samym raporcie Komisja Europejska zaznacza, że unijny rynek OZE był niezwykle odporny na kryzys, do którego przyczyniła się epidemia.

Podano, że niemal wszystkie kraje Unii osiągnęły zakładane na 2020 r. cele OZE. Krajom, którym się to nie udało Komisja Europejska zaleciła tzw. mechanizmy współpracy. Jedną z możliwości w tym zakresie jest realizacja transferów statystycznych – wirtualnych sprzedaży nadwyżek zielonej energii przez kraje, które nie osiągnęły założonych celów w ubiegłym roku.

Zgodnie z dotychczasowym unijnym prawem cele związane z udziałem odnawialnych źródeł energii, a także wzrost efektywności energetycznej zostaną poddane analizie i przeglądowi w 2023 r. Będzie wówczas możliwe jedynie podniesienie założeń, a nie – pomniejszenie. UE ma jednak możliwość zwiększenia oczekiwanego udziału OZE w unijnej energetyce na 2030 r. w sytuacji wdrożenia zaproponowanego przez Komisję podniesienia celu emisji CO² z 40% (cele z roku 1990) na 55% do roku 2030. W raporcie można znaleźć także przewidywania odnoszące się do redukcji – redukcja wynosząca zakładane 55% może wiązać się ze wzrostem celu OZE na 2030 r. do niemal 40%, a więc o osiem punktów procentowych więcej niż aktualne założenia¹⁹.

Parlament i Rada Europejska 21 kwietnia 2021 r. dokonały wstępnego porozumienia w zakresie ram prawnych europejskiego prawa klimatycznego w tym celów związanych z odnawianymi źródłami energii. Dalej w toku roku unijni ministrowie powinni formalnie przyjąć akt do stosowania.

Istotna jest również dalsza perspektywa. Zgodnie z paryskim porozumieniem Europa powinna do 2050 r. osiągnąć neutralność o charakterze klimatycznym. Jednak nie można w sposób racjonalny założyć, że cel ten faktycznie da się zrealizować przy jakimkolwiek udziale paliw kopalnianych w sektorze energetycznym. Porozumienie paryskie wskazuje, iż zredukowanie emisji musi się opierać na aktualnych danych naukowych, a także musi być zrealizowane szybko przez państwa rozwijające się. Najmniej kosztowne ścieżki w zakresie redukcji emisji pokazują, że zerowe emisje CO² mają być zrealizowane w latach 2045–2055²⁰.

¹⁹ *Wyższy cel OZE na 2030 rok? Nie 32, ale nawet 40 procent*, 21.09.2020, gramzielone.pl, <https://www.gramzielone.pl/trendy/103848/wyzszy-cel-oze-na-2030-rok-nie-32-ale-nawet-40-procent> [dostęp: 12.05.2021].

²⁰ Raport specjalny Międzypaństwowego Zespołu ds. Zmian Klimatu (IPCC), 8.10.2018, Genewa, <https://www.ipcc.ch/sr15/> [dostęp: 12.05.2021].

Diagnoza luk regulacyjnych i ryzyk oraz ich wpływu na rynek OZE

W nowej dyrektywie 2019/692, dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego, w art. 1 wskazane zostało angażowanie się obywatela w przedsięwzięcia OZE w sektorze gazowym, a przez to w kształtowanie owego rynku²¹. Przepis daje możliwość współpracy pomiędzy obywatelem a operatorem dystrybucyjnym (OSD) w dziedzinie biogazu i wzajemnej kooperacji, połączonej z wymianą doświadczeń, a w konsekwencji zasilania sieci dystrybucyjnej w paliwo gazowe. Jako obywatela w warunkach polskich należy rozumieć w tym przypadku gospodarstwa rolne. Dalej już w normach prawa krajowego i zgodnie z art. 118 ustawy OZE operator systemu dystrybucyjnego gazowego w obszarze swojego działania odbiera biogaz lub biogaz rolniczy spełniający parametry jakościowe dla paliw gazowych wprowadzanych do sieci, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 9 ust. 1 i 2 ustawy Prawo energetyczne, wytwarzanego w instalacji odnawialnego źródła energii przyłączonej bezpośrednio do sieci tego operatora. Zgodnie z powyższym jedyną przesłanką odmowy przez OSD odbioru biogazu lub biogazu rolniczego jest niespełnienie warunków jakościowych wytwarzanego paliwa, co jest podyktowane bezpieczeństwem sieciowym. Co ważne, OSD odpowiada wyłącznie za odbiór gazu, natomiast kwestie związane ze sprzedażą leżą po stronie wytwórcy. W mojej ocenie w art. 118 ustawy o OZE prawodawca umieścił OSD w pewnej próżni, bowiem nie przyjął przypadku, w którym wytwórca nie dokona sprzedaży gazu ani go nie skonsumuje na potrzeby własne, toteż wobec powyższego zapisu OSD stanie się dysponentem paliwa, które jest zmuszony odebrać, ale zgodnie z zasadą unbundlingu – nie może go sprzedać (oddzielenie działalności dystrybutora i sprzedawcy). Różnice w stosunku do art. 21 Dyrektywy 2018/2001²² przejawiają się również w zapisach krajowej ustawy o OZE, gdzie spółdzielnie mogą zostać ulokowane wyłącznie na terenach gmin wiejskich lub miejsko-wiejskich. Powyższym uniemożliwiono powstanie wspólnot energetycznych mieszkańcom miast. Sumaryczna moc instalacji OZE spółdzielni musi pokrywać nie mniej niż 70% potrzeb własnych spółdzielni i jej członków, co moim zdaniem stanowi wygórowany pułap, biorąc pod uwagę, iż energetyka z OZE jest dopiero rozwijającą się branżą w Polsce. Kolejna kwestia wymagająca w mojej ocenie interwencji legislacyjnej wynika z charakterystyki funkcjonowania systemu dystrybucyjnego oraz zaopatrywania odbiorców. Sam przesył paliwa

²¹ Art. 1, Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/692 z dnia 17 kwietnia 2019 r. zmieniająca dyrektywę 2009/73/WE dotyczącą wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego (Dz.U. UE, L 117/1 03.05.2019).

²² Art. 21, Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (Ue) 2018/2001 z dnia 11 grudnia 2018 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych.

gazowego pomiędzy odbiorcą a dostawcą reguluje umowa o przyłączenie. Jej prawny charakter jest kwestią dyskusyjną, bowiem dominuje stanowisko, zgodnie z którym jest zaliczana do umów nazwanych²³. Operator Systemu Dystrybucyjnego zgodnie z art. 5 ustawy Prawo Energetyczne jest zobligowany do dostarczenia odbiorcy paliwa gazowego o ustandaryzowanej jakości, a odbiorca nie ma możliwości wyboru konkretnego źródła (Terminal LNG, kopalnia). Już dziś na terenie kraju istnieją odbiorcy, którzy sygnalizują zapotrzebowanie na gaz z odnawialnego źródła energii. Obecny stan prawny stwarza taką możliwość tylko i wyłącznie w przypadku samodzielnego wybudowania tego typu instalacji przez kontrahenta czy organy władzy publicznej i przyłączenia jej bezpośrednio (z pominięciem sieci dystrybucyjnej bądź przesyłowej) do instalacji końcowej, zgodnie ze spełnionymi warunkami koncesyjowanymi Prezesa URE²⁴. Powyższe na chwilę publikacji niniejszego artykułu odbiega od zapisów art. 17 ust. 2 dyrektywy RED II²⁵, w którym umowa na zakupu odnawialnej energii to umowa, na podstawie której osoba fizyczna lub prawna zgadza się na bezpośredni zakup od producenta energii na podstawie umowy PPA (Power Purchase Agreement), a więc z pominięciem przedsiębiorstwa obrotu (odpowiedzialność sprzedaży zielonej energii). Skutkuje to w dalszej perspektywie brakiem rozróżnienia, czy energia wytworzona jest z instalacji OZE, czy z jednostki konwencjonalnej. Powyższa PPA to umowa oparta na zasadach fizyczności oraz bezpośredniości (przyjęta do przykładu w mojej ocenie najbardziej adekwatnej do krajowej specyfiki rynku biogazu). Możliwość jej zawarcia na rynku krajowym jest realna na podstawie przepisów prawa cywilnego i nie jest określona na gruncie ustaw sektora energetycznego. Można zauważyć, że intencją RED II w zakresie umów u małych wytwórców i odbiorców jest zapewnienie długich kontraktów, opartych na stabilnych warunkach cenowych, obejmujących niewielkie ruchy wzrostowe oraz pominięcie opłat koncesyjnych, dystrybucyjnych, przesyłowych, akcyz oraz z pominięciem okresowego zatwierdzania taryfy. Tym samym istotne jest wprowadzenie do krajowego systemu prawnego przepisów regulujących instytucję systemów dystrybucyjnych, które bez nadmiernych formalności ograniczą wymagania postawione im jako operatorom sieciowym²⁶. Sama kwestia definicji „biogaz rolniczy”, określona w art. 3 pkt 3a Prawa energetycznego, wymaga w moim odczuciu doprecyzowania w ramach definicji

²³ A. Wąlaszek-Pyziol, *Umowy o świadczenie usług*, [w:] *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego*, red. J. Katner, t. 9, C.H. Beck, Warszawa 2010.

²⁴ Obowiązki określone w art. 9g i 9c ustawy Prawo energetyczne.

²⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/2001 z dnia 11 grudnia 2018 w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych.

²⁶ Raport Instytutu Jagiellońskiego: *Perspektywa rozwoju Corporate PPA w Polsce*, Instytut Jagielloński, Warszawa 2020, s. 6.

„paliw gazowych”, tak by nie budziło wątpliwości, że jej zakresem objęty jest biogaz inny niż rolniczy. Obecnie brak jest rozróżnienia pomiędzy biogazem rolniczym powstałym jako produkt fermentacji, a biogazem rolniczym po procesie oczyszczenia i dostosowania do standardów gazu sieciowego. Zastąpienie wyrażenia „biogaz rolniczy” pojęciem „biometan” stworzy mechanizm prawny na poziomie przepisów wykonawczych dla biometanu. Aktualnie definicja „paliwa gazowego” musi być kompatybilna z art. 118 ustawy OZE, gdzie Operator Systemu Dystrybucyjnego (OSD) w obszarze swojego działania odbiera biogaz lub biogaz rolniczy spełniający parametry jakościowe dla paliw gazowych wprowadzanych do sieci, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 9 ust. 1 i 2 PE, wytwarzany w instalacji OZE przyłączonej bezpośrednio do sieci tego operatora. Zważając na powyższe, OSD na mocy przepisu ustawy OZE ma możliwość odbioru nie tylko biogazu rolniczego, ale również biogazu pochodzącego ze składowisk odpadów lub oczyszczalni ścieków. W zakresie samego przyłączenia i ciągłości dostaw należy przywrócić się bliżej art. 3 pkt 3 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu gazowego. W mojej ocenie to właśnie w tym miejscu należy sklasyfikować biogazowanie jak podmioty przyłączeniowe grupy C, które będą występowały obok instalacji wyspowych LNG, gdzie obecnie brak jest zapisów związanych z wytwarzaniem biometanu. Istotą przyporządkowania do powyższej grupy jest również możliwość sezonowej charakterystyki dostaw, która dla podmiotów grupy C została określona w art. 7 ust. pkt 6 Rozporządzenia systemowego. Dodatkowo sprawi to, że biometan wtłaczany do sieci stanie się elementem infrastruktury zasilającej, gdzie może stanowić źródło dosilające obecnego gazociągu dystrybucyjnego OSD (wzrost przepływu wolumenu w zależności od potrzeb), lub pozostać gazociągiem bezpośrednim. Powyższe przykłady stanowią zabezpieczenie zarówno dla wytwórcy, jak i OSD z uwagi na rozproszenie źródeł wytwórczych od istniejącej sieci dystrybucyjnej, co w rezultacie może sprawić, że koszty będą wyższe niż uzyskane przychody w ramach opłat za zwrotną wirtualną dystrybucję paliw pobieraną przez OSD. Dodajmy: tylko opłatę wirtualną, bowiem w obecnym kształcie art. 17 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie paliwami gazowymi²⁷ można pobierać opłatę wyłącznie w punktach wejścia do systemu przesyłowego, co nakazuje pominąć przedsiębiorstwo dystrybucyjne. Podążając dalej tym tropem: jeśli OSD w obecnym kształcie będzie rozbudowywał i eksploatował sieci dedykowane do biometanu, to koszty odbiorców korzystających z sieci dystrybucyjnej w punktach wyjścia zostaną na nich prze-

²⁷ Rozporządzenie Ministra Energii z dnia 15.03.2018 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie paliwami gazowymi, Dz.U. 2018 poz. 640.

niesione i mogą spowodować wzrost stawek opłat dystrybucyjnych, co może wpłynąć na konkurencyjność cenową w stosunku do innych źródeł energii. Zabiegami pozwalającym uniknąć systemu subsydiowania skośnego pomiędzy użytkownikami może być systemowe wprowadzenie stawki dystrybucyjnej na wejściu do systemu OSD. Sam par. 4 Rozporządzenia taryfowego przewiduje możliwość świadczenia usług na zasadach przerywanych lub krótkoterminowych. W zakresie samego przyłączenia źródła OZE na przykładzie krajowego rynku gazu przedsiębiorstwo dystrybucyjne korzysta z art. 7, ust 1 i 3 Prawa energetycznego, który mówi o koniecznych do spełnienia przez wytwórcę warunkach przyłączeniowych. Podążając dalej tropem art. 10 pr. Energetycznego, przedsiębiorstwo dystrybucyjne jest zobowiązane do zapewnienia ciągłości dostaw i utrzymywania zapasów. Załóżmy przypadek specyfiki obszarowej biogazowni wykorzystywanych przez rolników do zaspokojenia własnych potrzeb na terenie województwa podlaskiego. Obecnie obszar dystrybucyjny jest w większości zgazyfikowany za pomocą technologii LNG (brak stałej sieci gazowej, gaz dostarczany cysternami). Dodatkowo biogazowe wielkohektarowe gospodarstwa umiejscowione są z dala od większych aglomeracji. Przedsiębiorstwo OSD w takich przypadkach, mając na uwadze ciągłość i jakość dostaw, a niejednokrotnie przyszłość połączenia z infrastrukturą liniową, musi wykazać się głębokimi analizami techniczno-ekonomicznymi, wykraczającymi niejednokrotnie na okresy ponad 25-letnie w zakresie przyłączenia. W znamienitej większości przypadków infrastruktura LNG jest własnością OSD, co gwarantuje jakość i bezpośredni monitoring zapotrzebowania na paliwo. W samej ustawie nie znajdziemy definicji warunków ekonomicznych i technicznych, co dla OSD stwarza dużą dowolność w zakresie możliwości przyłączenia źródła OZE. Również doktryna nie reguluje warunków technicznych rozumianych jako trwałe, obiektywne i nieusuwalne przeszkody przyłączania²⁸. Tym samym OSD może takimi środkami unikać odpowiedzialności za zmianę profilu produkcji rolniczej, a w konsekwencji – wydolności sieciowej.

Kolejnym przykładem niewskazującym jednoznacznie drogi postępowania gospodarczego w przypadku rynku gazu zmiennego jest Rozporządzenie (UE) 2020/852 z 18 czerwca 2020 r. w sprawie ustanowienia ram ułatwiających zrównoważone inwestycje (tzw. taksonomii) weszło w życie 12 lipca 2020 r.²⁹ Rozporządzenie zacznie wywierać realne skutki prawne z początkiem 2022 r., gdy wejdzie w życie pierwszy akt delegowany, który zdefiniuje rodzaje i parametry działalności gospodarczej, które stanowią istotny wkład w łagodzenie zmian

²⁸ Z. Muras, M. Swora, *Prawo Energetyczne, komentarz do art. 7. ust 3a*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.

²⁹ Rozporządzenie (UE) 2020/852 z 18 czerwca 2020 r. w sprawie ustanowienia ram ułatwiających zrównoważone inwestycje (tzw. taksonomii) weszło w życie 12 lipca 2020 r

klimatu i w adaptację do zmian klimatu. Do końca 2021 r. KE ma przygotować kolejny akt delegowany dotyczący pozostałych celów środowiskowych określonych w rozporządzeniu w sprawie taksonomii – ten akt delegowany ma wejść w życie z początkiem 2023 r. Powyższe pokazuje, że projektowane akty prawa unijnego mogą zdeprecjonować rolę gazu ziemnego w osiągnięciu celu neutralności klimatycznej (obecnie jego rola jest określona jako paliwo przejściowe), co może mieć wpływ na inwestycje w sieć gazową przez OSD w perspektywie do 2030 oraz 2050 r., a także zmniejszać lub wykluczać szanse na uzyskanie zewnętrznego dofinansowania w tym zakresie, w końcowym rezultacie zmieniając lub zmniejszając znaczenie OSD gazowego w zależności od przyjętego wariantu reakcji na zmiany otoczenia prawno-regulacyjnego. Reguły unijnej taksonomii mają potencjalnie bardzo duże, ale trudne dziś do przewidzenia konsekwencje dla dostępu przedsiębiorstwa do kapitału. Nie należy wykluczyć (negocjacje trwają), że działalność gospodarcza negatywnie zweryfikowana wg reguł taksonomii będzie miała bardzo ograniczony (albo żaden) dostęp do funduszy unijnych z WRF (wieloletnich ram finansowych) i NGEU (Next Generation EU). Docelowo reguły taksonomii mają też wpłynąć na rynek finansowy i ubezpieczeniowy w UE oraz zachęcić do inwestycji w tzw. zrównoważone produkty finansowe i obligacje korporacyjne, a tym samym przekierować strumień prywatnego kapitału na inwestycje w działalność gospodarczą zgodną z polityką klimatyczną UE. Efektem projektowanych zmian może być również utrata lub ograniczenie finansowania inwestycji w sieć gazową zależnie od końcowego kształtu mechanizmu sprawiedliwej transformacji. Następnym aspektem definicyjnym, który należałoby określić w ramach całej UE, powinna być definicja taryfy wieloletniej. Według dostępnych informacji Polska pozostała jedynym krajem w Unii Europejskiej, w którym stosowany jest roczny okres regulacji taryf. W krajach Europy Zachodniej okresy te są zazwyczaj 4- lub 5-letnie. Konieczna staje się zmiana art. 47 PE z zakresu regulacji z okresu jednorocznego na okres co najmniej 4-letni. W chwili obecnej krajowi operatorzy mają trudność z zaplanowaniem realnych i stabilnych strategii związanych z OZE na okres jednego roku. Podsumowując: akty prawne UE powinny uwzględniać specyfikę poszczególnych regionów oraz różne punkty wyjścia poszczególnych państw członkowskich. Miksy energetyczne części państw UE nadal w dużej części zdominowane są przez węgiel. Należy mieć na uwadze ponoszone przez kraje UE inwestycje w gaz ziemny, bowiem istniejąca infrastruktura gazowa może być wykorzystywana do transportu gazów odnawialnych, w tym biometanu i wodoru, jednak ze względu na lokalne warunki techniczne sieci nie należy na obecnym etapie zakładać żadnych celów wiążących dotyczących mieszania gazu ziemnego z gazami odnawialnymi i dalszych aspektów regulacyjnych.

Podsumowanie

W analizie przedstawiłem prawne i gospodarcze aspekty związane z funkcjonowaniem, swobodą, a następnie implementacją OZE w otoczeniu krajowego rynku gazu ziemnego. Istotnym problemem są także luki prawne, obecne pomimo dość dużego zasobu normatywnego. Przykładowo art. § 38 ust. 5 rozporządzenia w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu gazowego³⁰ wskazuje, że przedsiębiorstwo gazowe zajmujące się przesyłem i dystrybucją może na żądanie zmienić parametry jakościowe gazu ziemnego, o ile nie wpłynie to na pracę systemu gazowego. Rozszerzenie powyższego w rozporządzeniu systemowym o zapis biogazu w moim odczuciu stanowiłoby ukłon wobec sfery przemysłowej, gdzie wytwórca w formie budowy gazociągu bezpośredniego lub wewnętrznego dla celów własnych lub produkcyjnych mógłby przysyłać biogaz o parametrach potrzebnych do danego rodzaju działalności. Z perspektywy przedsiębiorstwa energetycznego będącego OSD pojawia się tutaj kilka obszarów, wpływających na działalność oaz swobodę tejże działalności. Przede wszystkim należy poruszyć kwestię zawierania umów z małymi wytwórcami energii, również takimi, którzy korzystają z odnawialnych źródeł energii (w przypadku włączenia wytwórców w ramach energetyki rozproszonej wszyscy będą korzystać z OZE, jedynym dostawcą gazu dla OSD korzystającym z gazu kopalnego jest PGNiG SA). Kolejnym problemem jest odpowiedzialność za ciągłość dostaw, a także dostępność małych wytwórców energii w systemie energetyki rozproszonej. Dodatkowo wtłaczając do sieci gaz o innych parametrach niż gaz wysokometanowy i kopalniany, konieczne staje się opracowanie specjalnych grup taryfowych dla biogazu i określeniu jego parametrów technicznych w sposób systemowy. Powyższe rozważania pokazują, że czystego gazu ziemnego nie należy „spychać całkiem na boczny tor”, bowiem jest doskonały w obrębie energy-mixu, który musi zapewniać przede wszystkim bezpieczeństwo energetyczne Polski pod kątem uzupełniania biogazu wpisującego się w ramy OZE. Wspieranie inwestycji proekologicznych musi w tym przypadku iść w parze z racjonalną polityką wykorzystania lokalnych zasobów paliw kopalnych; pod tym względem można brać pod uwagę chociażby przykład Niemiec, które pomimo perspektywy na 2050 rok otwierają nowe kopalnie węgla brunatnego i inwestują w energetykę węglową, łącząc to z intensywną aktywnością w pozyskiwaniu energii z OZE. Niewielkie szanse na osiągnięcie przez Polskę celu na 2050 rok może dodatkowo podnieść poziom ryzyk dla dalszego bezpieczeństwa energetycznego kraju oraz skutkować ewentualnymi sankcjami unijnymi.

³⁰ Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 2 lipca 2010 roku w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu gazowego (Dz.U. z 2018 roku, poz. 1158 z późn. zm.).

Bibliografia

- VI Kongres Energetyczny: Czy gaz ziemny to paliwo schyłkowe, przejściowe, czy przyszłości?*, 15.10.2020, „Wprost. Eko”, <https://eko.wprost.pl/energia/10376808/vi-kongres-energetyczny-czy-gaz-ziemny-to-paliwo-schylkowe-przejsciowe-czy-przyszlosci.html> [dostęp: 12.05.2021].
- Baehr J., Frąckowiak A., Hajdrowski K., Lissoń P., Pokrzywniak J., Stawicki A., Szambelańczyk M., Urban S., *Ustawa o odnawialnych źródłach energii., Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Bohdan A., Przybylska M., *Podstawy prawne odnawialnych źródeł energii i gospodarki odpadami w Polsce*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Dziaszyszyński K., Tarka M., Trupkiewicz M., Szydłowski K., *Rozwój odnawialnych źródeł energii w sektorze Mikro, Małych i Średnich Przedsiębiorstw, w tym możliwość zastosowania rozwiązań prosumenckich. Stan obecny i perspektywy rozwoju*, Ministerstwo Aktywów Państwowych, Warszawa 2018, https://www.google.com/url?sa=t&rcct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEWiBk82x-9XzAhUssKQKHfj0CrIQFnoECAQQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.gov.pl%2Fattachment%2Faf4ac98f-5cc6-4996-bea1-cef7db8a4252&usq=AOvVaw2F_h6bNy_vcAKROhMuzaLV [dostęp: 12.05.2021].
- Erbach G., *Europejski Zielony Ład. Posiedzenie plenarne – 11 grudnia 2019 r.*, Biuro Analiz Parlamentu Europejskiego, 2019, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2019/644205/EPRS_ATA\(2019\)644205_PL.pdf?fbclid=IwAR1SQNUUxJpiNrRORACp2FM9jn3IXNhCb39y5meJxztNdt8yglEZ9ZlmKFM](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2019/644205/EPRS_ATA(2019)644205_PL.pdf?fbclid=IwAR1SQNUUxJpiNrRORACp2FM9jn3IXNhCb39y5meJxztNdt8yglEZ9ZlmKFM) [dostęp: 12.05.2021].
- Janik M., *Świat ucieka od gazu jak od węgla*, 23.10.2019, „Rzeczpospolita online”, <https://energia.rp.pl/surowce-i-paliwa/gaz/18861-swiat-ucieka-od-gazu-jak-od-węgla> [dostęp: 12.05.2021].
- Kocot H., *Energetyka rozproszona w scenariuszach rozwojowych polskiej energetyki*, „Acta Energetica” 2010, nr 1, s. 49–59.
- Krajowy plan na rzecz energii i klimatu na lata 2021–2030: Założenia i cele oraz polityki i działania*, Ministerstwo Energii, Warszawa 2019, https://www.gov.pl/documents/33372/436746/Projekt_KPEiK_na_lata_2021-2030.pdf/aaefd8b3-0dff-3cdd-f016-b9c478b96ce1 [dostęp: 12.05.2021].
- Łasica K., *Gaz ziemny bardziej szkodliwy dla klimatu niż sądzono*, 13.09.2019, „Puls Biznesu”, <https://www.pb.pl/gaz-ziemny-bardziej-szkodliwy-dla-klimatu-niz-sadzono-970297> [dostęp: 12.05.2021].
- Muras Z., Swora M., *Prawo Energetyczne: komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- PIGEOR, *Cele i strategia*, <https://www.pigeor.pl/cele-i-strategia> [dostęp: 12.05.2021].
- Polityka energetyczna Polski do 2030 roku. Załącznik do uchwały nr 202/2009 Rady Ministrów z dnia 10 listopada 2009 r.*, Ministerstwo Gospodarki, Warszawa 2009, <https://www.pigeor.pl/media/js/kcfinder/upload/files/Polityka-energetyczna-Polski-do-2030r.pdf> [dostęp: 12.05.2021].
- Polityka energetyczna Polski do 2040 roku*, Ministerstwo Klimatu, Warszawa, <https://www.gov.pl/attachment/114c135e-bd7e-4152-8666-d3f64a53765b> [dostęp: 12.05.2021].
- Popczyk J., *Transformacja energetyki (za pomocą reformy ustrojowej rynku energii elektrycznej) do monizmu elektrycznego OZE 2050. Raport*, 16.09.2019, <https://ppte2050>.

- pl/platforma/pmt/pkkt/files/04.%20Transformacja%20energetyki%20(z%20pomoc%20C4%85%20ustrojowej%20reformy%20...%20.pdf [dostęp: 12.05.2021].
- Prosument [hasło], [w:] *Słownik ochrony środowiska*, <https://www.teraz-srodowisko.pl/sownik-ochrona-srodowiska/definicja/prosument.html> [dostęp: 12.05.2021].
- Raport Instytutu Jagiellońskiego: Perspektywa rozwoju Corporate PPA w Polsce, Instytut Jagielloński, Warszawa 2020.
- Raport specjalny Międzyrządowego Zespołu ds. Zmian Klimatu (IPCC), 8.10.2018, Genewa, <https://www.ipcc.ch/sr15/> [dostęp: 12.05.2021].
- Skłodowska M., Zasuń R., *Strategia dla polskiej energetyki pilnie poszukiwana*, 25.11.2019, WysokieNapiecie.pl, <https://wysokienapiecie.pl/24254-nagle-rozmnozenie-rzadowych-strategii-energetycznych-czy-ilosc-przejdzie-w-jakosc> [dostęp: 12.05.2021].
- Szwed D., *Zielony Nowy Ład w Polsce*, Green European Fundation, Warszawa 2013.
- Szydło M., *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji: między konwergencją a dywergencją*, Dom Organizatora TNOiK, Toruń 2006.
- Właszek-Pyziół A., *Umowy o świadczenie usług*, [w:] *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane. System Prawa Prywatnego*, t. 9, red. J. Katner, C.H. Beck, Warszawa 2010.
- Włodarczyk S., *Miks energetyczny – co to jest i jak go właściwie stworzyć?*, 11.10.2019, GEO Solar, <https://geo-solar.pl/2019/10/11/miks-energetyczny-co-to-jest-i-jak-go-wlasciwie-stworzyc> [dostęp: 12.05.2021].
- Wyższy cel OZE na 2030 rok? Nie 32, ale nawet 40 procent*, 21.09.2020, gramzielone.pl, <https://www.gramzielone.pl/trendy/103848/wyzszy-cel-oze-na-2030-rok-nie-32-ale-nawet-40-procent> [dostęp: 12.05.2021].

Akty prawne

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/28/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych zmieniająca i w następstwie uchylająca dyrektywy 2001/77/WE oraz 2003/30/WE, Dz.U., L 140 z 5.06.2009.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/2001 z dnia 11.12.2018 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych [dyrektywa RED II].
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/692 z dnia 17 kwietnia 2019 r. zmieniająca dyrektywę 2009/73/WE dotyczącą wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego (Dz.U. UE, L 117/1, 3.05.2019).
- Porozumienie Paryskie, Dz.U. UE, L 282/4.
- Rozporządzenie (UE) 2020/852 z dnia 18 czerwca 2020 r. w sprawie ustanowienia ram ułatwiających zrównoważone inwestycje (tzw. taksonomii).
- Rozporządzenie Ministra Energii z dnia 15.03.2018 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń rozliczeń w obrocie paliwami gazowymi Dz.U. 2018 poz 640.
- Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1999 z dnia 11 grudnia 2018 r. w sprawie zarządzania unią energetyczną i działaniami w dziedzinie klimatu, Dz. Urz. UE, nr L328/1, 21.12.2018.
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/941 z dnia 5 czerwca 2019 r. w sprawie gotowości na wypadek zagrożeń w sektorze energii elektrycznej i uchylające dyrektywę 2005/89/WE, Dz. Urz. UE, nr L158/1, 14.06.2019.

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), Dz. Urz. UE 2016, C 202, 7.06.2016.

Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne, Dz.U. 1997, nr 54, poz. 348.

Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii, Dz.U. 2015, poz. 478.

Abstract

Consequences of implementing European Green Deal for the Polish natural gas market in the context of the national regulatory environment

The main document setting the directions of the EU countries, assuming the total climate neutrality of Europe until 2050 is the European Green Deal program. The EU strategy assumes that natural gas in its pure form is treated as a transitional fuel, i.e. it will be gradually replaced, for example, by hydrogen programs or technologies related to biogas. This shows that natural gas would be complemented in the form of an energy mix more than the base fuel. The rules determining the objectives of conducting a uniform policy throughout the EU are the directives. The essence of the directives is the freedom to choose the means of achieving the assumed goals of increasing the production of “green” energy. The most recent related EU directives with the setting of RES consumption targets for the years 2021–2030 is Directive (EU) 2018/2018 of the European Parliament and of the Council of 11/12/2018 on the promotion of the use of energy from renewable sources.

National documents related to the “new” energy policy are the “Energy Policy of Poland until 2040 and the National Energy and Climate Plan for 2021–2030. Another significant problems are also legal loopholes that most often occur in internal legal acts during their implementation, e.g. in Art. § 38 sec. 5 of the Ordinance on the detailed conditions for the operation of the gas system, the issue of biogas parameters or the issue of responsibility for the continuity of supplies. The above shows that supporting eco-friendly investments must be precisely defined already at the national legislative stage, prior to commencing resource-intensive investment processes.

Key words: European Green Deal, natural gas, directive, climate neutrality

Streszczenie

Konsekwencje przyjęcia założeń Europejskiego Zielonego Ładu dla polskiego rynku gazu ziemnego w kontekście krajowego otoczenia regulacyjnego

Głównym dokumentem zakładającym całkowitą neutralność klimatyczną Europy do roku 2050 jest program Europejski Zielony Ład. Strategia UE zakłada, że gaz ziemny w czystej postaci jest traktowany jako paliwo przejściowe, tzn. będzie stopniowo wypierany – m.in. na rzecz programów wodorowych czy technologii związanych z biogazem. Dowodzi to, że gaz ziemny będzie stawiany jako dopełniacz w formie miksu energetycznego przed paliwem podstawowym. Kluczowymi regulacjami wyznaczającymi cele prowadzenia jedno-

litej polityki w ramach całej UE są dyrektywy, dające swobodę w kwestii wyboru środków prowadzących do osiągnięcia założonych celów zwiększenia wytwarzania „zielonej” energii. Podstawową regulacją Unijną związaną z wyznaczeniem celów zużycia OZE na lata 2021–2030 jest Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/2018 z dnia 11.12.2018 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych. Istotnym problemem są luki prawne występujące najczęściej w wewnętrznych aktach prawnych przy ich implementacji. Powyższe pokazuje, że wspieranie inwestycji proekologicznych musi być precyzyjnie określone już na krajowym etapie legislacyjnym, jeszcze przed rozpoczęciem procesów inwestycyjnych.

Słowa kluczowe: Europejski Zielony Ład, gaz ziemny, dyrektywa, neutralność klimatyczna

Karolina Wierzbicka

mgr, Uniwersytet Łódzki, Szkoła Doktorska Nauk Społecznych

ORCID: 0000-0001-9739-0604

karolina.wierzbicka@edu.uni.lodz.pl

Administracyjne kary pieniężne w dobie pandemii COVID-19. Refleksje po roku stosowania

Wprowadzenie

Pandemia COVID-19 ze względu na swój charakter i nieprzewidywalność wpłynęła znacząco na codzienność funkcjonowania aparatu państwowego oraz obywateli. Dynamika sytuacji wymagała podjęcia rozwiązań zapewniających posłuch i szybkiego egzekwowania nieprzestrzegania obostrzeń epidemiologicznych.

Ustawodawca, mając do dyspozycji obowiązujące rozwiązania w kontekście zapobiegania i zwalczania chorób zakaźnych, postanowił je uzupełnić poprzez doposażenie ich w sankcje administracyjne w postaci kar pieniężnych. Poprzednia wersja ustawy nie zawierała sankcji za nieprzestrzeganie ograniczeń. W niniejszym rozdziale zostaną omówione administracyjne kary pieniężne wprowadzone ustawą o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi¹ w dniu 1 kwietnia 2020 roku.

Głównym celem niniejszego artykułu jest wskazanie oraz omówienie administracyjnych kar pieniężnych za nieprzestrzeganie nakazów, zakazów lub ograniczeń wprowadzanych rozporządzeniami covidowymi oraz problemy stosowania w praktyce tych przepisów na przykładzie orzecznictwa sądów administracyjnych.

¹ Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, Dz.U. z 2020 r., poz. 1845.

Kary administracyjne

Pojęcie „sankcji administracyjnej” nie zostało zdefiniowane na poziomie legislacyjnym, natomiast funkcjonuje ono w doktrynie. Emil Kruk określa je jako negatywne konsekwencje obowiązków prawnych, które są determinowane przez przepisy prawa powszechnie obowiązującego, a także wydawanych na ich podstawie aktów organów administracji publicznej². Mirosław Wincenciak (podobnie jak poprzednik) definiuje sankcje administracyjne jako „nakładane w drodze aktu stosowania prawa przez organ administracji publicznej, wynikające ze stosunku administracyjnoprawnego ujemne (niekorzystne) skutki dla podmiotów prawa, które nie stosują się do obowiązków wynikających z norm prawnych lub aktów stosowania prawa”³.

Zagadnienie sankcji administracyjnych nie jest pojęciem jednolitym ze względu na różne umiejscowienie sankcji w obszarach prawa. Można uznać, że istnieje przyzwolenie na brak definicji sankcji administracyjnych z uwagi na złożoność funkcji, jakie mają one pełnić⁴. Główna przyczyna takich rozbieżności wynika z przyjęcia założenia, że kara administracyjna stanowi przeszczerpienie odpowiedzialności karnej na gruncie prawa administracyjnego, będącemu w istocie obcym temu prawu⁵. Decyzja ustawodawcy o wyodrębnieniu sankcji administracyjnych i administracyjnym trybie orzekania czy też egzekwowania jest jednym z kryteriów wykluczających zależność tych kar od prawa karnego.

Wydaje się, że brak definicji legalnej umożliwi elastyczne i uniwersalne podejście do kar administracyjnych. System kar administracyjnych ze względu na wzrost ich znaczenia będzie zyskiwał coraz większe znaczenie. Z perspektywy administracji publicznej ma to korzyści w postaci szybszego postępowania i mniejszych kosztów.

Typologia sankcji administracyjnych nie jest jednolita w opracowaniach naukowych. Sankcje administracyjne są różnicowane na podstawie różnych kryteriów. Sankcje administracyjne ze względu na rodzaj dolegliwości można podzielić na finansowe i niefinansowe. Sankcje finansowe w porównaniu do niepieniężnych cechują się większą represyjnością. Główną ich uciążliwością jest pogorszenie sytuacji finansowej naruszyciela poprzez nałożenie decyzją administracyjną obowiązku zapłaty określonej kwoty. Kary fiskalne są stoso-

² E. Kruk, *Sankcja administracyjna*, WUMCS, Lublin 2013, s. 172.

³ M. Wincenciak, *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 73.

⁴ E. Żelasko-Makowska, *Sankcje administracyjne*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2017, nr 1, s. 92–100.

⁵ D.K. Nowicki, S. Peszkowski, *Kilka uwag o szczególnym charakterze administracyjnych kar pieniężnych*, [w:] *Administracyjne kary pieniężne w demokratycznym państwie prawa*, red. M. Błażuchki, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2015, s. 12–13.

wane w ochronie dóbr publicznych, a pochodzące z nich środki mają zasilać fundusze celowe. Atrakcyjność kar pieniężnych wynika z ich uniwersalnego charakteru, gdyż można je zastosować do osiągnięcia różnych celów i względem wszystkich osób.

Natomiast sankcje niefinansowe wykorzystują oddziaływanie bezpośrednio do uregulowania zachowań konkretnych adresatów poprzez system nakazów i zakazów. Ma to służyć jako środek przymuszenia społeczeństwa do respektowania norm sankcjonowanych. Istotą sankcji niepieniężnych jest realizacja funkcji prewencyjnej⁶.

Rozdział 8a „Kary pieniężne”

Administracyjne kary pieniężne są w dzisiejszym świecie zagadnieniem nabierającym coraz większego znaczenia ze względu na wzrost częstotliwości ich stosowania. Nie ulega wątpliwości, że to zagadnienie będzie stanowiło coraz większy obszar zainteresowań badawczych. Kary pieniężne są jedną z rodzajów sankcji administracyjnych.

Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (dalej: u.z.z.z.ch.) jest aktualnie podstawowym narzędziem systemowym służącym realizowaniu konstytucyjnego obowiązku wynikającego z art. 68 ust. 4 Konstytucji RP⁷. Ustawa ta nie była wcześniej obiektem licznych zainteresowań ze strony nauki. W świetle zasady demokratycznego państwa prawnego ma ona za zadanie zapewnić równowagę pomiędzy reagowaniem władzy publicznej na dynamiczne realia sytuacji epidemicznej a ochroną praw i wolności człowieka i obywatela⁸.

Rozporządzenia ministra zdrowia limitujące swobodę przemieszczania się obliowały do podjęcia działań w celu jej sankcjonowania. Nadzwyczajne okoliczności spowodowane stanem epidemii Covid-19 zobowiązywały rząd,

⁶ L. Staniszevska, *Administracyjne kary pieniężne. Studium z zakresu prawa administracyjnego materialnego i procesowego*, WN UAM, Poznań 2017, s. 37.

⁷ Art. 68 [Prawo do ochrony zdrowia]

1. Każdy ma prawo do ochrony zdrowia.

2. Obywatelom, niezależnie od ich sytuacji materialnej, władze publiczne zapewniają równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. Warunki i zakres udzielania świadczeń określa ustawa.

3. Władze publiczne są obowiązane do zapewnienia szczególnej opieki zdrowotnej dzieciom, kobietom ciężarnym, osobom niepełnosprawnym i osobom w podeszłym wieku.

4. Władze publiczne są obowiązane do zwalczania chorób epidemicznych i zapobiegania negatywnym dla zdrowia skutkom degradacji środowiska.

5. Władze publiczne popierają rozwój kultury fizycznej, zwłaszcza wśród dzieci i młodzieży.

⁸ L. Bosek, *Słowo wstępne*, [w:] *Ustawa o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Komentarz*, red. *idem*, C.H. Beck, Warszawa 2021.

sejm i senat do przyjęcia szczególnych rozwiązań, które umożliwiłyby ochronę zdrowia i bezpieczeństwa społeczeństwa oraz zapobiegną dalszym negatywnym skutkom gospodarczym.

Ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie do u.z.z.z.ch rozdziału 8a zatytułowanego „Kary pieniężne”⁹ w ramach ustawy z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw. Ustawa ta miała wyjątkowo krótkie *vacatio legis*, gdyż zaczęła obowiązywać od 1 kwietnia 2020 roku.

Nadrzędna rola w wymierzaniu administracyjnych kar pieniężnych za nieprzestrzeganie obostrzeń została umieszczona w nowo dodanym art. 48a u.z.z.ch.z.¹⁰, który enumeratywnie wymienia sytuacje niezastosowania się do

⁹ Ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2020 r., poz. 568.

¹⁰ Art. 48a. 1. Kto w stanie zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii nie stosuje się do ustanowionych na podstawie art. 46 lub art. 46b nakazów, zakazów lub ograniczeń, o których mowa w:

- 1) art. 46 ust. 4 pkt 1 lub w art. 46b pkt 5 i 9–12, podlega karze pieniężnej w wysokości od 5000 zł do 30 000 zł;
- 2) art. 46 ust. 4 pkt 2 lub w art. 46b pkt 3, podlega karze pieniężnej w wysokości od 10 000 zł do 30 000 zł;
- 3) art. 46 ust. 4 pkt 3–5 lub w art. 46b pkt 2 i 8, podlega karze pieniężnej w wysokości od 10 000 zł do 30 000 zł;
- 4) art. 46 ust. 4 pkt 6, podlega karze pieniężnej w wysokości od 5000 zł do 10 000 zł;
- 5) art. 46 ust. 4 pkt 7 lub w art. 46b pkt 4, podlega karze pieniężnej w wysokości od 5000 zł do 10 000 zł.

2. Kto w stanie zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii nie wykonuje decyzji, o których mowa w art. 47 ust. 4, podlega karze pieniężnej w wysokości od 5000 zł do 30 000 zł.

3. Kary pieniężne, o których mowa w:

- 1) ust. 1, wymierza, w drodze decyzji administracyjnej, państwowy powiatowy inspektor sanitarny i państwowy graniczny inspektor sanitarny;
- 2) ust. 2, wymierza odpowiednio wojewoda albo minister właściwy do spraw zdrowia.

4. Decyzja w sprawie kary pieniężnej podlega natychmiastowemu wykonaniu z dniem jej doręczenia. Decyzję tę doręcza się niezwłocznie.

5. W przypadku ponownego popełnienia takiego samego czynu, o którym mowa w ust. 1 lub 2, wysokość kary pieniężnej:

- 1) jest nie niższa od wysokości kary pieniężnej wymierzonej poprzednio za takie naruszenie; ustala się, dokonując powiększenia o 25% wysokości kary pieniężnej ustalonej zgodnie z pkt 1.

6. Egzekucja nałożonych kar pieniężnych następuje w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

7. Kary pieniężne stanowią dochód budżetu państwa i są wpłacane w terminie 7 dni od dnia wydania decyzji. W przypadku kar, o których mowa w ust. 1, są one wpłacane na rachunek bankowy właściwej stacji sanitarno-epidemiologicznej.

8. W zakresie nieuregulowanym w ustawie do kar pieniężnych stosuje się odpowiednio przepisy działu III ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2020 r., poz. 1325 i 1423).

obowiązujących nakazów i zakazów lub ograniczeń w zagrożeniu epidemiologicznym bądź stanie epidemii. W ustępie 1 ww. art. 48a wskazano różne zakresy („widelki”) wysokości administracyjnych kar pieniężnych za poszczególne działania lub zaniechania.

Poczynając od punktu 1, kara w wysokości od 5000 do 30 000 zł została przewidziana za czasowe ograniczenie określonego sposobu przemieszczania się (art. 46 ust. 1 pkt 1). Kara w wysokości od 10 000 do 30 000 zł zostanie wymierzona w przypadku czasowego ograniczenia lub zakazu obrotu i używania określonych przedmiotów lub produktów spożywczych (art. 46 ust. 4 pkt 2) oraz za czasową reglamentację zaopatrzenia w określonego rodzaju artykuły (art. 46b pkt 3). Kolejny ustęp art. 48a przewiduje taką samą wysokość kary w przypadku ustanowienia: czasowych ograniczeń funkcjonowania określonych instytucji lub zakładów pracy, zakazu organizowania widowisk i innych zgromadzeń ludności, obowiązku wykonania określonych zabiegów sanitarnych (art. 46 ust. 4 pkt 3–5), za czasowe ograniczenie określonych zakresów działalności przedsiębiorców i czasowe ograniczenie korzystania z lokali lub terenów oraz obowiązek ich zabezpieczenia (art. 46b pkt 2 i 8). Zgodnie z u.z.z.z.ch przy ustanawianiu powyższych nakazów, zakazów i ograniczeń należy uwzględnić drogi szerzenia się zakażeń i chorób zakaźnych oraz sytuację epidemiczną na obszarze, na którym ogłoszono stan zagrożenia epidemicznego lub stan epidemii.

W ustępie 2 art. 48a u.z.z.z.ch kara od 5000 do 30 000 zł zostanie wymierzona osobie, która w stanie zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii nie wykonuje decyzji „o skierowaniu do pracy przy zwalczaniu epidemii na terenie województwa, w którym osoba skierowana posiada miejsce pobytu lub jest zatrudniona, wydaje właściwy wojewoda, a w razie skierowania do pracy na obszarze innego województwa – minister właściwy do spraw zdrowia” (art. 47 ust. 4).

Ustawa wskazuje podmioty właściwe do ich wymierzania. W przypadku nakładania kar za sytuacje ujęte w art. 48a ust. 1 będzie to powiatowy inspektor sanitarny i państwowy graniczny inspektor sanitarny. Za nieprzestrzeganie decyzji o skierowaniu do pracy władnym w tym zakresie będzie właściwy wojewoda oraz minister zdrowia.

Lucyna Staniszevska¹¹ wskazuje na niekonsekwentny sposób posługiwania się przez ustawodawcę w kontekście określania podmiotów deliktów administracyjnych. Raz podmiot, określany zaimkiem „kto”, jest rozumiany jako osoby fizyczne, jak i zbiorowe, w sytuacji gdy powinien być określany rzeczownikiem lub zaimkiem „który”. W innym przypadku sankcje administracyjne są określane zaimkiem „kto”. Zgodnie z definicją zawartą w art. 189b KPA sankcje mogą być nakładane na wszystkie rodzaje podmiotów. Biorąc pod uwagę powyższe,

¹¹ L. Staniszevska, *op. cit.*, s. 57–58.

ustawodawca nie powinien stosować zaimka „kto”, ponieważ oznaczałoby to pominięcie osób prawnych. Wyjątkiem będzie sytuacja, w której adresatem kary będzie wyłącznie osoba fizyczna. Kary administracyjne w większym stopniu dotyczą podmiotów zorganizowanych niż osób fizycznych. Wobec tych ostatnich powinna dominować funkcja wykroczeniowa, dająca większe gwarancje proceduralne niż w postępowaniu administracyjnym. Z pewnością jest to ciekawe spojrzenie, ale odpowiednie skonstruowanie przepisów konkretnych kar administracyjnych z uwzględnieniem zasad ogólnych z KPA (szczególnie dyrektywy wymiaru kary) nie pozbawiłoby gwarancji procesowych także osób fizycznych.

Nowością w karach pieniężnych będzie natychmiastowe wykonanie decyzji z dniem jej doręczenia. Decyzję tę doręcza się niezwłocznie. W przypadku popełnienia ponownie tego samego czynu kolejna kara pieniężna nie może być niższa niż kara pierwotna i jednocześnie powinna być o 25% wyższa. Egzekucja nałożonych kar pieniężnych następuje w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

Kary te są wpłacane w terminie 7 dni od dnia wydania decyzji na dedykowany rachunek bankowy właściwej stacji sanitarno-epidemiologicznej. W pozostałym niuregulowanym zakresie stosuje się odpowiednio przepisy działu III ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa¹².

Opinie Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka oraz Rzecznika Praw Obywatelskich dotyczące art. 48a u.z.z.ch.

Jak wskazuje Paweł Daniel¹³, zmiany związane ze zwalczaniem pandemii były wprowadzane niezwykle szybko przy jednoczesnym pośpiechu legislacyjnym. W konsekwencji spotęgowało to wątpliwości co do prawidłowości wprowadzonych rozwiązań. Pogląd ten nie jest odosobniony. Niepokój co do przeprowadzonego procesu legislacyjnego i nakładania kar wyraziła Helsińska Fundacja Praw Człowieka oraz Rzecznik Praw Obywatelskich (RPO). Obecna praktyka każe stawiać pytania, czy rozwiązania obowiązujące w obecnym stanie prawnym mogą być postrzegane jako skuteczny element walki z pandemią oraz czy procedura związana z nakładaniem kar zapewnia podstawowe gwarancje procesowe obywatelom.

¹² Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, Dz.U. z 2020 r., poz. 1325 i 1423.

¹³ P. Daniel, *Administracyjne kary pieniężne w czasie pandemii na przykładzie kar przewidzianych ustawą o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi*, [w]: *Pandemia COVID-19 a prawa i wolności obywatela*, red. T. Gardocka, D. Jagiełło, C.H. Beck, Warszawa 2020, *Pandemia-Covid-19-a-prawa-i-wolności-obywatela-red-dr-hab-prof-Uniwersytetu-SWPS-Teresa-Gardocka-dr-hab-prof-Uniwersytetu-SWPS-Dariusz-Jagiello.pdf* [dostęp: 28.03.2021].

Helsińska Fundacja Praw Człowieka¹⁴ w opinii z dnia 28 marca 2020 r. wskazała na wątpliwości w zakresie przygotowywania projektu ustawy covidowej, jak i jej procedowania. Fundacja zarzucała pominięcie procesu konsultacji społecznych oraz opracowanie projektu ustawy bez uwag ze strony m.in. związków zawodowych, przedstawicieli pracodawców czy organizacji pozarządowych. W swojej opinii zaznaczyła, że oczywistym jest, iż w warunkach epidemii należy działać szybko, jednak „zupełne pominięcie uwag ze strony społeczeństwa naraża samą Ustawę na brak precyzji i niedostosowania jej przepisów do standardów konstytucyjnych i rzeczywistych potrzeb”.

Ponadto Helsińska Fundacja Praw Człowieka wskazywała, że wątpliwości może „[...] budzić tryb nakładania kary w postaci decyzji administracyjnej. Od tej decyzji odwołanie przysługuje do Wojewódzkiego Inspektora Powiatowego, a dopiero w razie jego nieuwzględnienia do wojewódzkiego sądu administracyjnego”. W świetle opinii powyższe regulacje nie gwarantują efektywnego i niezwłocznego rozpatrzenia przez sąd decyzji o nałożeniu obowiązku kwarantanny lub izolacji. Przy rozpatrywaniu skargi sąd administracyjny będzie rozstrzygał co do legalności orzeczonej kary, a nie co do samych okoliczności, w jakich kara została nałożona, a to z kolei może prowadzić do istotnego ograniczenia prawa strony do przedstawienia swoich racji.

Uwagi co do obowiązujących przepisów z zakresie administracyjnej kary pieniężnej, dodane ustawą covidową, wyraził RPO. W liście z dnia 29 kwietnia 2020 r. skierowanym do Marszałka Sejmu¹⁵ wskazał on swoje obawy w zakresie nowo utworzonych sankcji pieniężnych w obszarze walki z pandemią. RPO podkreślił konieczność ich oparcia na zasadzie poprawnej legislacji oraz uniknięcia wątpliwości interpretacyjnych. Jego zdaniem konstrukcja tych sankcji powinna spełniać wymóg proporcjonalności wyrażony w art. 2 oraz art. 31 ust. 3. Konstytucji RP. W ocenie RPO już po okresie blisko miesiąca od obowiązywania nowych sankcji dało się zauważyć chaos prawny, nadmierne przeciążenie pracowników administracji, poczucie zdezorientowania wśród znacznej części obywateli oraz coraz większą ilość przypadków niesłusznie skrzywdzonych nałożonymi karami.

¹⁴ Opinia Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka do Ustawy z dnia 28 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (druk nr 96), https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2020/05/HFPC-Senat-druk-96_opinia.pdf [dostęp: 28.03.2021].

¹⁵ A. Bodnar, List z dnia 29 kwietnia do Marszałka Sejmu, <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Pismo%20RPO%20do%20MSWiA%2C%2029.04.2020.pdf> [dostęp: 28.03.2021].

Błędy legislacyjne i wątpliwości interpretacyjne

Odnosząc się do powyższych rozważań, warto wskazać błędy, które mają lub będą miały wpływ na późniejsze postępowanie odwoławcze stron czy nawet postępowanie przed sądami administracyjnymi. Obowiązywanie kar pieniężnych przez rok czasu uwidocznilo popełnione błędy na etapie procesu legislacyjnego, które później przełożyły się na wątpliwości interpretacyjne na etapie ich stosowania.

Podstawowym zarzutem pojawiającym się u przedstawicieli doktryny oraz w orzecznictwie sądów administracyjnych jest niespełnienie wymogu zasady określoności. W obecnym stanie prawnym ograniczenia praw i wolności obywatela mogą być wprowadzone na podstawie dwóch aktów prawnych. Jedną z możliwości jest skorzystanie z ustawy z dnia 18 kwietnia 2002 roku o stanie klęski żywiołowej¹⁶, która na podstawie art. 228 i art. 233 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej¹⁷ określa zakres, w jakim mogą zostać ograniczone wolności i prawa człowieka w czasie obowiązywania tego stanu nadzwyczajnego. Obecny stan pandemii można zakwalifikować jako stan klęski żywiołowej. W czasie nieobowiązywania stanów nadzwyczajnych ograniczenia praw i wolności nie mogą być przedmiotem aktów rangi podustawowej. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego ukształtował się pogląd, iż „z zasady wyłączności ustawy w sferze prawa represyjnego wynika, że zarówno czyn zabroniony, jak i rodzaj oraz wysokość kar, a także zasady ich wymierzania – muszą być, co do zasady, określone bezpośrednio w ustawie, co jednocześnie nie wyklucza możliwości doprecyzowania niektórych z tych elementów przez akty podustawowe”¹⁸.

Stany przeciwepidemiczne muszą respektować zasady limitowania tych praw obowiązujące w normalnych warunkach funkcjonowania państwa. Ustawa zawierająca upoważnienie do wydania takiego rozporządzenia musi samodzielnie określać wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danego prawa i wolności, tak aby już na podstawie lektury przepisów ustaw można było wyznaczyć kompletny zarys owego ograniczenia. Zgodnie z art. 92 ust. 1 Konstytucji rozporządzenie może zostać wydane tylko na podstawie szczegółowego upoważnienia zawartego w ustawie w celu jej wykonania. Wymóg ten zapobiega tworzeniu przepisów blankietowych, przekształcających się w akt prawny o charakterze samoistnym.

Rozporządzenia wydane na podstawie u.z.z.z.ch. są niewłaściwe w kontekście kar pieniężnych, ponieważ stan zagrożenia epidemicznego i stan epidemii nie są konstytucyjnymi stanami nadzwyczajnymi. Model nakazów, zakazów

¹⁶ Ustawa z dnia 18 kwietnia 2002 roku o stanie klęski żywiołowej, t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1897.

¹⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 z późn. zm.

¹⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20 maja 2014 roku, K 17/13.

i ograniczeń jest oparty na przepisach, które „same nie wyznaczają sposobu postępowania adresatów, lecz wydawane rozstrzygnięcia uzależniają od postanowień innych generalnych aktów prawnych”¹⁹. W praktyce czyny objęte karami pieniężnymi znajdują się poza ustawą. Podmiot ukarany musi poszukiwać źródła w licznych rozporządzeniach Rady Ministrów²⁰ w sprawie ograniczeń, nakazów i zakazów. W rzeczywistości obywatele, przy zastosowaniu tego zabiegu legislacyjnego, zostali pozbawieni pewności prawa (niezwykle istotnej w kontekście demokratycznego państwa prawnego). Wielokrotnie rozporządzenia te były opublikowane ze zbyt krótkim *vacatio legis*, co uniemożliwiało wcześniejsze zapoznanie się z nowymi obostrzeniami.

Istotną kwestią jest wskazanie, że niestaranna redakcja przepisów art. 48a może powodować wątpliwości co do zakresu stosowania rozdziału IVa Kodeksu Postępowania Administracyjnego²¹ (KPA) dotyczącego administracyjnych kar pieniężnych. W art. 48a ust. 8 wskazano, że w zakresie nieuregulowanym stosuje się odpowiednio przepisy działu III ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa. W praktyce administracyjnej część organów mogła uznać, że nie musi w ogóle stosować przepisów z rozdziału IVa KPA. Ma to niebagatelne znaczenie, gdyż regulacje KPA zawierają tak istotne kwestie jak: dyrektywy wymiaru kary (art. 189d KPA), przesłanki wyłączenia karalności za delikt administracyjny (art. 189e KPA) oraz odstąpienia od nałożenia administracyjnej kary pieniężnej (art. 189f KPA). Do kar pieniężnych stosuje się wyłącznie odpowiednie regulacje działu III Ordynacji podatkowej, w szczególności te dotyczące stwierdzenia nadpłaty i ulg w spłacie orzeczonej kary (stosowanie tych właśnie przepisów w odniesieniu do kar było, jak się należy domyślać, zamysłem projektodawcy). Ustawodawca powinien doprecyzować konkretny zakres zastosowania przepisów Ordynacji podatkowej. Na tym etapie nie powinno być wątpliwości co do konieczności stosowania zasad ogólnych umieszczonych w KPA.

Rozwiązania kar pieniężnych zawierają niedoskonałości na gruncie proceduralnym. Konstrukcja nadawania rygoru natychmiastowej wykonalności sankcjom pieniężnym stanowi *novum* na gruncie kar pieniężnych. W tym przypadku ma miejsce reżim szczególny, gdyż wniesienie środka zaskarżenia nie powoduje wstrzymanie wykonania decyzji zgodnie z zasadą z art. 130 KPA²².

¹⁹ J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 37.

²⁰ Wedle ustaleń autorki w okresie od 31 marca 2020 r. do 19 marca 2021 r. wydano ponad 50 rozporządzeń.

²¹ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, Dz.U. z 2021 r. poz. 54, 187.

²² Art. 130. § 1. Przed upływem terminu do wniesienia odwołania decyzja nie ulega wykonaniu.
§ 2. Wniesienie odwołania w terminie wstrzymuje wykonanie decyzji.
§ 3. Przepisów § 1 i 2 nie stosuje się w przypadkach, gdy:

Decyzja natychmiast wykonalna może zostać wstrzymana przez organ odwoławczy. Połączenie rygoru natychmiastowej wykonalności i drastycznie krótkiego okresu (7 dni) na jej uiszczenie powoduje, że nałożona kara pieniężna nie realizuje jej zasadniczego celu, jakim jest przede wszystkim prewencja. Strona uczestnicząca ma w praktyce zmniejszone możliwości uczestniczenia w postępowaniu wyjaśniającym poprzedzającym wymierzenie kary, co przekłada się na ograniczone prawo do obrony. Po pierwsze należy rozróżnić, że kary te nie odstraszą osób mających lekceważący stosunek do obostrzeń, lecz uderzą w praworządnych obywateli, którym błędnie naliczono karę i którzy czują się zobowiązani do wykonywania decyzji organów władzy²³.

Kolejne istotne zagadnienie dotyczy postępowania wyjaśniającego poprzedzającego wymierzenie kary. Mając na uwadze poprzednie rozważania, nietrudno o stwierdzenie, że postępowanie takie zostało ograniczone praktycznie do zera. Ukarani nie mają szans na uczestniczenie w takim postępowaniu, gdyż nie dostają zawiadomienia o jego wszczęciu, ani też o zebraniu materiału dowodowego, a na końcu o braku możliwości odniesienia się do zgromadzonych dowodów. Organy prowadzące postępowanie powołują się na art. 10 § 2 k.p.a., zgodnie z którym taka możliwość istnieje w przypadkach, gdy załatwienie sprawy nie może zostać odroczone ze względu na zaistniałe niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia ludzkiego albo ze względu na groźącą niepowetowaną szkodę materialną²⁴. Trzeba podkreślić, że nałożenie decyzji w trybie art. 48a u.z.z.ch.z. nie może być uznane za sprawę niecierpiącą zwłoki z przyczyn, o jakich mowa w § 2 art. 10 KPA. Nie ulega wątpliwości, że wydanie decyzji o karze nie ochroni życia i zdrowia ludzkiego, ani nie zapobiegnie niepowetowanej szkodzie materialnej. Brak uczestniczenia w postępowaniu wyjaśniającym oddziałuje bezpośrednio na ograniczone prawo do obrony. Nawiązując do listu RPO, warto też odnieść się do tzw. drugiej strony medalu, czyli pracowników inspekcji sanitarnych oraz urzędów wojewódzkich odpowiedzialnych za pilne

1) decyzji został nadany rygor natychmiastowej wykonalności (art. 108);

2) decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu z mocy ustawy.

§ 4. Decyzja podlega wykonaniu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, jeżeli jest zgodna z żądaniem wszystkich stron lub jeżeli wszystkie strony zrzekły się prawa do wniesienia odwołania.

²³ Decyzje wojewody mazowieckiego o nałożeniu kar pieniężnych za niestawienie się do pracy zgodnie z decyzją z art. 47 ustawy o zapobieganiu.

²⁴ Art. 10 § 1. Organy administracji publicznej obowiązane są zapewnić stronom czynny udział w każdym stadium postępowania, a przed wydaniem decyzji umożliwić im wypowiedzenie się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. § 2. Organy administracji publicznej mogą odstąpić od zasady określonej w § 1 tylko w przypadkach, gdy załatwienie sprawy nie cierpi zwłoki ze względu na niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia ludzkiego albo ze względu na groźącą niepowetowaną szkodę materialną.

wykonywanie zadań związanych z walką z pandemią. Nietrudno się domyślić, że są oni dodatkowo obciążeni nakładaniem kar administracyjnych. Bieżąca sytuacja w naturalny sposób utrudnia przeprowadzenie postępowania w sposób rzetelny i z poszanowaniem praw strony wynikających z KPA. W szczególności zostanie nadwyrężona zasada wynikająca z art. 8 KPA polegająca na prowadzeniu postępowania w sposób budujący zaufanie obywateli do władzy publicznej. Konsekwencją popełnionych błędów będzie uchylanie decyzji w postępowaniu administracyjnym (odwoławczym bądź nadzwyczajnym) czy sądowym, efektem tych nieprawidłowości z kolei dodatkowa praca urzędników oraz koszty dla budżetu państwa.

Orzecznictwo sądów administracyjnych

Wprowadzone rozwiązania w postaci administracyjnej kary pieniężnej za nieprzestrzeganie tzw. rozporządzeń covidowych spowodowały wydanie szeregu decyzji administracyjnych o wątpliwych podstawach prawnych. Ukarani składają skargi do wojewódzkich sądów administracyjnych (WSA) na nałożone na nich kary, których podstawy prawne zostają oceniane podług zgodności z Konstytucją RP. Po roku obowiązywania kar pieniężnych w u.z.z.z.ch. ukształtowały się dwa poglądy orzecznicze na poziomie sądów administracyjnych. Jeden stoi na stanowisku, że kary nakładane w związku z epidemią są niezgodne z Konstytucją, natomiast drugi (mniejszościowy) popiera ich zgodność z Konstytucją RP. Ze względu na krótki okres obowiązywania powyższych rozwiązań nie ma jeszcze wyroku (stanowiska) Naczelnego Sądu Administracyjnego w tym zakresie. Na potrzeby artykułu zostaną wskazane wyroki sądów administracyjnych z różnych województw opublikowane na przestrzeni ostatnich kilku miesięcy. Podstawą tych wyroków jest ocena regulacji zawartych w art. 46–46b u.z.z.z.ch. Głównym przedmiotem tych wyroków jest rozważenie, czy w u.z.z.z.ch istniało prawidłowe upoważnienie Rady Ministrów do wydawania rozporządzeń zawierających obostrzenia wobec wszystkich podmiotów na terenie Rzeczypospolitej.

Dominujący pogląd orzecznictwa jako główną podstawę uchylenia decyzji wskazuje niezgodność rozporządzeń covidowych z Konstytucją RP. WSA w Gliwicach skupił się na naruszeniu zasady określoności w sprawie dotyczącej naruszenia obowiązku kwarantanny:

[...] skoro ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności mogą być ustanawiane „tylko” w ustawie, to oznacza nakaz kompletności unormowania ustawowego, które musi samodzielnie określać wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danego prawa i wolności, tak aby już na podstawie lektury przepisów ustawy można było wyznaczyć kompletny zarys tego ograniczenia. Niedopuszczalne jest natomiast przyjmowanie w ustawie uregulowań blankietowych, pozostawiających organom władzy wykonaw-

czej swobodę normowania ostatecznego kształtu owych ograniczeń, a w szczególności wyznaczania zakresu tych ograniczeń²⁵.

W podobnym tonie wypowiedział się krakowski WSA:

[...] rozporządzenie wydane na podstawie art. 46a i art. 46b pkt 1–6 i 8–12 ustawy z 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi nie spełnia konstytucyjnego warunku jego wydania na podstawie upoważnienia ustawowego zawierającego wytyczne dotyczące treści aktu wykonawczego. Ustawodawca w treści wskazanych wyżej upoważnień ustawowych nie zawarł wskazówek dotyczących materii przekazanej do uregulowania w kwestionowanym rozporządzeniu²⁶.

W styczniu 2021 roku WSA w Warszawie w swoim wyroku (dotyczącym niezachowania dwumetrowego dystansu) skomentował błąd legislacyjny polegający na wprowadzeniu modelu rozporządzeń będących podstawą kar w czasie obowiązywania stanu epidemii:

[...] zdecydowanie błędne okazuje się przekonanie niektórych urzędników państwowych oraz polityków o tym, że wystarczy wpisać do ustawy o zapobieganiu chorobom zakaźnym przepis upoważniający do wydania aktu wykonawczego do ustawy (przepis blankietowy lub kompetencyjny). Taki zabieg legislacyjny nie prowadzi bowiem do spełnienia konstytucyjnego warunku skutecznego, ustawowego ustanowienia ograniczenia wolności konstytucyjnej²⁷.

Ten sam WSA w wyroku dotyczącym kary za naruszenie zakazu przemieszczania się na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej poza miejscem zamieszkania wskazał, iż „niezastosowanie się prawodawcy do dyspozycji art. 52 ust. 3 Konstytucji i dopuszczenie (przez ustawodawcę) oraz wprowadzenie (przez Radę Ministrów) ograniczenia wolności przemieszczania się aktem podustawowym jest więc niedopuszczalne konstytucyjnie”²⁸.

Pogląd przeciwny wyraził WSA w Bydgoszczy w odniesieniu do kary za niezamknięcie solarium. Argumentację oparł na wyjątkowości stanu epidemii oraz potrzeby sprawnego funkcjonowania państwa w dynamice rozwoju stanu zagrożenia zakażeniem koronawirusem. WSA stoi na stanowisku, że:

[...] zakaz prowadzenia określonej działalności został wprowadzony na podstawie ustawy, która upoważniła Radę Ministrów do dookreślenia ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii. Taki zabieg ustawowy był w pełni zasadny, ponieważ pozwala on na bieżące reagowanie na dynamicznie zmieniającą się sytuację epidemiczną i działanie w tym zakresie parlamentu poprzez wydawanie ustaw nie gwarantowałyby skuteczności walki z epidemią, biorąc chociażby pod uwa-

²⁵ Wyrok WSA w Gliwicach z 12 lutego 2021 r., III SA/Gl 421/20, LEX nr 3117596.

²⁶ Wyrok WSA w Krakowie z 26 stycznia 2021 r., III SA/Kr 924/20, LEX nr 3124234.

²⁷ Wyrok WSA w Warszawie z 13 stycznia 2021 r., VII SA/Wa 1635/20, LEX nr 3124046.

²⁸ Wyrok WSA w Warszawie z 26 stycznia 2021 r., VII SA/Wa 1479/20, LEX nr 3123329.

gę długość procesu legislacyjnego. Zaistniała sytuacja, wynikająca ze stanu epidemii w związku z zakażeniami wirusem SARS-CoV-2 w pełni uzasadnia wprowadzenie ograniczeń w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw, o jakich mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Został on ustanowiony właśnie na wypadek zaistnienia takich wyjątkowych sytuacji jak epidemia zagrażająca zdrowiu i życiu wszystkich osób przebywających na terenie Polski²⁹.

Warto zauważyć, że oba te poglądy dotyczą odmiennych sfer, tj. prywatnej oraz w ramach prowadzenia działalności gospodarczej. W pierwszej z nich sądy przychylniej odnoszą się do stanowiska niezgodności ograniczeń zawartych w tzw. rozporządzeniach covidowych z Konstytucją RP, a w przypadku drugiej powstał pogląd przeciwny. Zastanawiające jest, czy takie rozgraniczenie jest na tyle istotne, aby akceptować rozstrzygnięcie prawidłowości nałożenia kary administracyjnej za nieprzestrzeganie obostrzeń³⁰.

Zarzuty niezgodności z Konstytucją RP nie są jedynymi argumentami prawnymi w skargach osób skarżących do WSA. RPO interweniował w sprawie nałożenia kary pieniężnej w wysokości 10 000 zł za nieprzestrzeganie w dniu 10 maja 2020 r. nakazu przemieszczania się w odległości nie mniejszej niż 2 metry od innych osób. W uzasadnieniu decyzji organ wskazał, że jej adresat nie podporządkował się regulacji zawartej w obowiązującym w dacie zdarzenia § 17 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 2 maja 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii³¹, stanowiącym, iż do odwołania, w przypadku gdy przemieszczanie się następuje pieszo, jednocześnie mogą się poruszać osoby we wzajemnej odległości nie mniejszej niż 2 m. Naruszenie tak określonego nakazu przemieszczania się Powiatowy Inspektor Sanitarny ustalił na podstawie notatki sporządzonej przez służby porządkowe (naocznych świadków zdarzenia). Powiatowy Inspektor Sanitarny stwierdził, że „w demokratycznym państwie prawa nie może być tolerancji dla lekkomyślnego lekceważenia wysiłków całego społeczeństwa poprzez świadome lekceważenie ograniczeń, których nieprzestrzeganie prowadzi do niekontrolowanego rozprzestrzeniania się epidemii”. W odwołaniu od decyzji RPO, odnosząc się do tej kwestii, podkreślił, że „wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. Jednak, na co wskazuje przypadek strony niniejszego postępowania, mogą być równi i równiejsi, zaś organ administracji publicznej, wbrew pompatycznemu stwier-

²⁹ Wyrok WSA w Bydgoszczy z 17 listopada 2020 r., II SA/Bd 834/20, LEX nr 3114110.

³⁰ K. Janczukowicz, *Legalność kar nakładanych za naruszenie ograniczeń związanych ze stanem epidemii*, LEX/el, janczukowicz-krzysztof-legalnosc-kar-nakladanych.pdf [dostęp: 11.04.2021].

³¹ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 2 maja 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii, Dz.U. 2020 r., poz. 792 ze zm.

dzeniu zawartemu w uzasadnieniu decyzji, potrafi tolerować lekkomyślne lekceważenie wysiłków całego społeczeństwa, jeśli tylko czynią to osoby wysoko znajdujące się w hierarchii społecznej”. Po utrzymaniu decyzji w mocy RPO³² zarzucił zaskarżonym decyzjom, że sanepid nie miał prawa procedować sprawy w takim trybie, notatka policyjna nie mogła być dowodem, sanepid nie dopełnił też obowiązku ustalenia prawdy obiektywnej i dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego. WSA w Warszawie w dniu 12 stycznia 2021 r. uwzględnił skargę RPI, karę pieniężną uchylił, a postępowanie umorzył.

Podsumowanie

Wprowadzenie stanu epidemii w drugiej połowie marca 2020 roku spowodowało szereg zmian w prawodawstwie. Jedną z kluczowych zmian była ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw. Wprowadziła ona do u.z.z.z.ch. rozdział 8a zatytułowany *Kary pieniężne*. Przyspieszony proces legislacyjny z pominięciem podstawowych standardów (np. konsultacji) oraz zasady przyzwoitej legislacji spowodował niepewność obywateli co do zakresu podlegania sankcjom z art. 48a u.z.z.z.ch. Stanowi to naruszenie fundamentalnej zasady karania za czyny bezprawne określone w ustawie w momencie popełnienia czynu. Praktyka częstej zmiany rozporządzeń, wchodzących często z dniem ogłoszenia, powoduje nieświadomość obywateli odnośnie do aktualnie obowiązujących obostrzeń i sankcji.

Niedoskonałości owej regulacji (zdaniem RPO, organizacji pozarządowych oraz ich przedstawicieli) polegają na niezgodności z zasadą demokratycznego państwa prawnego oraz zasadami proporcjonalności. Zgodnie z zasadą określoności zakazy, nakazy lub ograniczenia powinny mieć podstawę w przepisach ustawy obowiązującej w dniu popełnienia czynu. W rzeczywistości art. 48a odsyłał do ulegających częstym zmianom rozporządzeń wydawanych przez Radę Ministrów.

Kary określone w ww. ustawie zostały dodatkowo obarczone rygorem natychmiastowej wykonalności, będącym jednocześnie swoistym *novum* na gruncie sankcji pieniężnych. Strona dodatkowo została obarczona jedynie 7-dniowym terminem płatności wymierzonej kary. W konsekwencji naruszono prewencyjny charakter kar, z uwagi na ich wysokość oraz krótki czas na jej uiszczenie.

³² VII.613.85.2020.

Organy nakładające kary pieniężne uniemożliwiały w praktyce uczestniczenie stronie w postępowaniu wyjaśniającym, powołując się na art. 10 § 2 KPA. Nie ulega wątpliwości, że strona została w rzeczywistości pozbawiona gwarancji obrony swoich praw i czynnego udziału w postępowaniu.

Błędy popełnione zarówno na etapie legislacyjnym, jak i stosowania prawa w kontekście nakładania kar pieniężnych będą rzutowały długofalowo na budżet państwa. Poza aspektem finansowym powyższe błędy przekładają się na obniżenie zaufania obywateli do organów państwowych i równości wobec prawa oraz poczucie pewności prawa w ramach zasady demokratycznego państwa prawnego.

Bibliografia

- Bodnar A., List z dnia 29 kwietnia do Marszałka Sejmu, <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Pismo%20RPO%20do%20MSWiA%2C%2029.04.2020.pdf> [dostęp: 28.03.2021].
- Bosek L., *Słowo wstępne*, [w:] *Ustawa o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Komentarz*, red. idem, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Daniel P., *Administracyjne kary pieniężne w czasie pandemii na przykładzie kar przewidzianych ustawą o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi*, [w:] *Pandemia COVID-19 a prawa i wolności obywatela*, red. T. Gardocka, D. Jagiełło, C.H. Beck, Warszawa 2020, *Pandemia-Covid-19-a-prawa-i-wolności-obywatela-red-dr-hab-prof-Uniwersytetu-SWPS-Teresa-Gardocka-dr-hab-prof-Uniwersytetu-SWPS-Dariusz-Jagiełło.pdf* [dostęp: 28.03.2021].
- Janczukowicz K., *Legalność kar nakładanych za naruszenie ograniczeń związanych ze stanem epidemii*, LEX/el, *janczukowicz-krzysztof-legalnosc-kar-nakladanych.pdf* [dostęp: 11.04.2021].
- Kruk E., *Sankcja administracyjna*, WUMCS, Lublin 2013.
- Nowacki J., Tobor Z., *Wstęp do prawoznawstwa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Nowicki D.K., Peszkowski S., *Kilka uwag o szczególnym charakterze administracyjnych kar pieniężnych*, [w:] *Administracyjne kary pieniężne w demokratycznym państwie prawa*, red. M. Błachucki, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2015.
- Opinia Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka do Ustawy z dnia 28 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (druk nr 96), 30.03.2020, https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2020/05/HFPC-Senat-druk-96_opinia.pdf [dostęp: 28.03.2021].
- Staniszewska L., *Administracyjne kary pieniężne. Studium z zakresu prawa administracyjnego materialnego i procesowego*, WN UAM, Poznań 2017.
- Wincenciak M., *Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
- Żelasko-Makowska E., Sankcje *administracyjne*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2017, nr 1, s. 92–100.

Orzeczenia oraz akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 z późn. zm.
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 19 kwietnia 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii, Dz.U. z 2020 r., poz. 697.
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 2 maja 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii, Dz.U. z 2020 r., poz. 792 ze zm.
- Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego, Dz.U. z 2021 r., poz. 54, 187.
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, Dz.U. z 2020 r., poz. 1325 i 1423.
- Ustawa z dnia 18 kwietnia 2002 roku o stanie kłęski żywiołowej, t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1897.
- Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, Dz.U. z 2020 r., poz. 1845.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20 maja 2014 roku, K 17/13.
- Wyrok WSA w Bydgoszczy z 17 listopada 2020 r., II SA/Bd 834/20, LEX nr 3114110.
- Wyrok WSA w Warszawie z 13 stycznia 2021 r., VII SA/Wa 1635/20, LEX nr 3124046.
- Wyrok WSA w Krakowie z 26 stycznia 2021 r., III SA/Kr 924/20, LEX nr 3124234.
- Wyrok WSA w Warszawie z 26 stycznia 2021 r., VII SA/Wa 1479/20, LEX nr 3123329.
- Wyrok WSA w Gliwicach z 12 lutego 2021 r., III SA/Gl 421/20, LEX nr 3117596.

Abstract**Administrative financial penalties in the time of the COVID-19 pandemic.
Reflections after a year of use**

The aim of the article is to discuss the problems of the functioning of administrative financial penalties related to non-compliance with the restrictions during a pandemic. The amendment to the law on preventing and combating infections and infectious diseases introduced administrative fines. First, the principle of specificity was violated, as the regulations issued on the basis of the aforementioned Act are inappropriate due to the absence of constitutional emergency measures. Suspension of the execution of the decision was significantly limited due to the limitation of the activities of the courts and administrative authorities. and the suspension of time limits. The procedure for imposing administrative fines violates the principle of trust in public authorities and the principle of active participation of the party in the procedure. The year of application of administrative financial penalties has highlighted significant problems that will have consequences in the next few years. In practice, the administrative judiciary will be responsible for removing from legal circulation decisions imposing financial penalties.

Key words: administrative financial penalties, pandemic, prevention, restrictions, COVID

Streszczenie
Administracyjne kary pieniężne w dobie pandemii COVID-19.
Refleksje po roku stosowania

Celem artykułu jest omówienie problemów funkcjonowania administracyjnych kar pieniężnych, związanych z nieprzestrzeganiem obostrzeń podczas pandemii. Nowelizacja ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych wprowadziła administracyjne kary pieniężne. Po pierwsze została naruszona zasada określoności, gdyż rozporządzenia wydane na podstawie wymienionej ustawy są niewłaściwe ze względu na brak obowiązywania konstytucyjnych stanów nadzwyczajnych. Wstrzymanie wykonania decyzji zostało znacznie ograniczone z uwagi na ograniczenie działalności sądów i organów adm. oraz zawieszenie biegu terminów. Postępowanie w przedmiocie nałożenia administracyjnych kar pieniężnych narusza zasadę zaufania do władzy publicznej oraz zasadę czynnego udziału strony w postępowaniu. Rok stosowania administracyjnych kar pieniężnych uwypuklił istotne problemy, które będą miały swoje konsekwencje w perspektywie kilku najbliższych lat. W praktyce sądownictwo administracyjne będzie odpowiedzialne za usuwanie z obrotu prawnego decyzji nakładające kary pieniężne.

Słowa kluczowe: administracyjne kary pieniężne, pandemia, prewencja, obostrzenia, COVID

Alina-Mihaela Tîrîcă*

master, University of Pitesti

ORCID: 0000-0003-1316-3645

alina_mihaela845@yahoo.com

The online school – a barrier of the right to privacy?

Introduction

Closed schools and factories, locked restaurants and hotels, rigid-schedule for grocery stores, hospitals full to the brim of sick people, all these and several such situations have occurred since SAR-CoV-2 virus escaped and spread all over the world. But since the economy and the progress of other important areas of life could not remain paralyzed, certain measures have been taken across all countries and globally to limit the spread of the virus. Technology and the Internet were two pieces that could make the puzzle of every human activity continue, even if at a timid and uncertain pace. However, not infrequently, issues regarding the efficiency and legality of the measures have been raised.

Now, almost a year after the declaration of the coronavirus pandemic, when people have started to adapt to the new reality sprinkled with not very few restrictions, but meant to reduce infection with the Sars-CoV-2 virus throughout the world, it can be seen that technology and the Internet, with all the components they involve, have gained more and more ground and are omnipresent in all human activities. Thus, in these not very happy circumstances, which have created the premises for new human rights issues, this study opens a small window to the realm of the right to privacy in the context of the digitalization of the education system in Romania and beyond.

This study will therefore attempt to penetrate the essence of a possible answer to the question of whether or not the online school constitutes an interference with the private lives of the participants in the educational act. But until

* Paper coordinated by Lecturer Ph.D. Andra-Nicoleta Puran, e-mail: andradascalu@yahoo.com.

this “essence” is achieved, all “substances” that could form it should be analyzed. In this way, the right to privacy and the right to education will be, in turn, the subject of the first two chapters, in which the two concepts will be developed from the point of view of the Romanian national regulations and the regulations of the European Convention on Human Rights, putting emphasis on: the two notions, along with the components which derive from them; the legal nature and content of each right; as well as the notion of “interference” and the conditions which it must fulfill in the case of the right to privacy. Finally, in the third chapter, the focus will be on the notion of “online school” (referring to all levels of learning, both schools and universities), where an attempt will be made to reach the answer of the question that governs the whole study.

The ideal of the school, including the online school, is the “free, complete and harmonious development of human individuality”. But like any new technology, e-learning through digital platforms also involves not only benefits, but also risks. We can imagine a series of harms to pupils through the improper processing of their data, which may affect not only their private lives, but also other fundamental rights and freedoms. If “the free development of human personality and human dignity, values proclaimed by Article 1 of the Constitution of Romania, cannot be conceived without respect for and protection of intimate, family and private life”, in the ECHR jurisprudence “the right to privacy has an intimate, personal dimension, but also a social dimension”. The ECHR¹ also ruled that there is private life in the University amphitheatres, stating that “*private life* is a broad term not susceptible to exhaustive definition and that it would be too restrictive to limit the notion of *private life* to an *inner circle* in which the individual may live his own personal life as he chooses [...] Article 8 thus guarantees a right to *private life* in the broad sense, including the right to lead a *private social life*, that is, the possibility for the individual to develop his or her social identity. In that respect, the right in question enshrines the possibility of approaching others in order to establish and develop relationships with them.”²

Right to privacy

1. Legal nature and content

The right to privacy is a fundamental right, which falls within the category of first generation rights and freedoms, directly targeting the human being in his relations with society, by affirming individual freedom. At the same time, this right also belongs to the category of civil and political rights, respectively those rights which protect individual freedom from an unjustified infringement by

¹ Case of Antović and Mirković c. Montenegro (2017).

² R. Sava, *Și copiii au o opțiune. Despre școala online și protecția datelor*, 17.09.2020, <https://legalup.ro/si-copiii-au-o-optiune-despre-scoala-online-si-protectia-datelor> [accessed: 3.04.2021].

the state and/or private organizations. Moreover, civil and political rights can be considered first generation rights, as the first documents of constitutional value to have enshrined such fundamental rights and freedoms were civil and political in nature, and are such as to limit the absolute power of states in the exercise of human rights. Also, depending on the content criterion of this right, the right to privacy is embedded in the group of inviolability, which represents those types of fundamental rights and freedoms which, by their content, ensure life, the possibility of free movement, the physical and mental security, as well as the safety of the person's domicile.

At the level of the Romanian Constitution, the right to privacy is enshrined in Article 26, with the marginal title: "Personal and family privacy".

The right to respect and protection of intimate, family and private life is part of the catalogue of fundamental rights and freedoms, having a complex content. Belonging to the category of fundamental rights clarifies the legal nature of the right in question, but its definition is not as clear. On this point, the constitutional doctrine stated the following: "The Constitution uses three notions – intimate life, family life, private life – which it does not define, but obliges public authorities to respect them and to protect against any attacks on the part of any subject of law"³.

This complex content of the right to privacy can therefore be summarized in the following three aspects: 1. everyone has this right guaranteed and respected; 2. the three concepts which build up this right as a whole are interdependent, but different from a legal point of view, and 3. there are special laws that strengthen the guarantee of compliance with this right by introducing specific protective measures and sanctions for those who infringe this right.

Unlike the Romanian constitutional regulations of the right to privacy, the European Convention on Human Rights provides, in its Article 8 "Right to respect for private and family life", a more extensive content. Thus, in addition to guaranteeing respect for the right to private and family life, this European provision also includes respect for the person's home and correspondence, while in the Romanian Constitution, these latter two components are each laid down in two separate articles, namely Article 27 "Inviolability of domicile" and Article 28 "Secrecy of correspondence". Within the same Article 8, the European legislator also chose to provide for exceptional situations in which this right may be restricted, by interfering with a public authority in the exercise of this right, whereas the Romanian legislator preferred to introduce a separate article, situated at the end of the presentation of the fundamental rights and freedoms, namely Article 53 "Restriction on the exercise of certain rights or freedoms".

³ I. Muraru, E. S. Tănăsescu, *Constituția României. Comentariu pe articole*, C. H. Beck Publishing House, Bucharest 2008, pp. 246–247.

The Romanian Civil Code grants the right to privacy a new legal nature, in addition to that of a fundamental right, namely that of the personality right, Article 58 with the marginal title “Rights of personality”, listing it as an example, as a statement.

Also referred to as the primordial human rights, personality rights are inherent to the human being. When they are intended to limit the powers of the state, they are known as human and citizen rights. Their legal nature is that of non-patrimonial rights, which entails that the personality rights cannot be considered as goods and determine their legal characteristics. Personality rights are inalienable, non-transferable, and unenforceable, cannot be exercised by a representative, they are imprescriptible and opposable *erga omnes*.⁴

With regard to the classification of the personality rights, according to the criterion of when they protect inseparable values relating to the humanity of the natural person, the right to privacy is a right exercised during the life of the person, and according to the criterion of content, the right to privacy is a right that protects moral values.

The right to privacy has its place in the regulation of the Romanian Civil Code within Section 3 “Respect for the privacy and dignity of the human person” of Chapter II “Respect due to the human being and its inherent rights”, Title II “Natural person” of Book I “About persons”. A more precise location of this right is Article 71 and Article 74 of the Romanian Civil Code, but taking into account its complex nature, which is also revealed by the inclusion in its content of other rights closely related to it (such as the right to one’s own image, the right to the protection of personal data), the right to privacy enjoys an extended consecration, and the reference to this right should be achieved by analyzing the entire section 3, referred to above.

The content of the concept of private life includes intimate, personal and family life, residence, correspondence, manuscripts, other personal documents, as well as information from a person’s private life. A person’s private life is therefore different from his or her public life and from the public aspect of his or her professional life. [...] Because it protects such intimate values relating to the person and his or her lifestyle, the extent of the right to privacy is not necessarily the same for all people. It was thus decided that the scope of the right to respect for private life is smaller, insofar as the individual brings his or her private life into contact with public life, as is the case of politicians.⁵

⁴ E. Chelaru, *Drept civil. Persoanele în reglementarea NCC*, 3rd edition, C. H. Beck Publishing House, Bucharest 2012, pp. 18–19.

⁵ *Idem*, pp. 35-36.

2. *The concept of privacy and its components*

The concept of “private life” referred to in Article 8 of the Convention cannot be precisely defined. As has been said, this is a concept whose content varies according to the age to which it relates, the society in which the individual lives, and the social group to which he belongs. [...] As the European Court has ruled, the notion of “private life” is ample, and is not suitable for an exhaustive definition. [...] The concept of “private life”, within the meaning of Article 8 of the Convention, as interpreted by the European Court, includes the person’s right to intimate, personal life, his right to social life and the right to a healthy environment.⁶

Jean Rivero emphasizes the essence of the notion of private life, stating that: “Privacy is the place of everyone’s existence, where no one can interfere without being invited. Freedom of privacy is the recognition for each person of an area of its own activity and which he is master to prohibit others.”⁷

Consequently, the concept of “private life” cannot be given a concrete definition that could be generally accepted at the level of any society and in any period of time. Given the fact that the society we live in is constantly changing, appearing, or as the case may be, disappearing certain elements that can build this definition, it can be reached the situation where, for example, a precise definition given in these times may not have the same expected effects, and, therefore, may no longer be able to protect this fundamental right, at the desired level. In view of this, the European Court has very well stressed the idea that an exhaustive definition of this concept cannot be satisfactory in the long term, which is why tracing certain generally valid elements is the most appropriate solution in shaping this notion.

Typically, the phrase “private life” refers to an area of privacy, of confidentiality that every person understands to keep around them. This area includes aspects related to emotional life, sexual activity, identity and preferences, the health of the person. But private life also involves elements at the confluence of personal and social space, such as the identification attributes of the person (name, domicile and marital status), his professional activity, etc. [...] The exercise of the right to respect and protection of privacy is, for the time being, a timid presence in our [Romanian] judicial practice. From this perspective, the relevant ECHR case law is an extremely useful model. As it has already been shown, the European practice in the field of human rights enshrines a broad vision of privacy. In this vision, the right to privacy implies an intimate, personal dimension, but also a social dimension.⁸

⁶ C. Bârsan, *Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Comentariu pe articole. Volumul I Drepturi și libertăți*, C. H. Beck Publishing House, Bucharest 2005, pp. 598–600.

⁷ M. Andreescu, A. N. Puran, *Drept constituțional. Teoria generală și instituții constituționale*, C.H. Beck Publishing House, Bucharest 2016, p. 322.

⁸ I. Muraru, E.S. Tănăsescu, *op. cit.*, pp. 253–254.

As a first generation fundamental right, the right to privacy follows the same scheme presented by the jurisprudence of the European Court of Human Rights, regarding a definition of the concept at the level of the Romanian law. In this way, the building blocks of the concept of “private life” are presented in the form of three interdependent dimensions, with the case law of the European Court as a point of reference. Consequently, the specialized literature has widely presented what each dimension of the right to privacy implies.

As far as the right to personal privacy is concerned, an important component is the right to one’s own image. [...] The personal dimension of the right to privacy, in line with European jurisprudence, includes other components such as: the right to a name as an attribute for identifying the person and highlighting a specific family relationship; respect for the confidentiality of information relating to the health of the person; some aspects of sexual freedom and evidence of new sexual identity in transgender cases; problems related to ownership and communication of personal data contained in computer files. With regard to the social dimension, it should first be said that although the wording may seem contradictory, European jurisprudence and doctrine in the field of human rights generally acknowledge that there is a social private life that complements the classical notion of personal private life. One can talk about a social private life because private life also implies the right of the individual to establish and develop relationships with his or her fellow human beings.⁹

The Resolution of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe of 1970 regulates in section C measures to protect the individual against interference with his right to privacy in the following manner: it establishes the *lex posterior* character of the right to freedom of expression and freedom of information in comparison to Article 8 ECHR; it extends the concept of the right to privacy by defining it in the following way: “The right to privacy consists essentially in the right to live one’s own life with a minimum of interference. It concerns private, family and home life, physical and moral integrity, honor and reputation, avoidance of being placed in a false light, non-revelation of irrelevant and embarrassing facts, unauthorized publication of private photographs, protection against misuse of private communications, protection from disclosure of information given or received by the individual confidentially.”; it draws attention to the problems that arise with the development of technology and how the law can no longer cover various facts that are in fact legal abuses; it draws attention to the fact that not only the state can affect people’s right to privacy, but also private persons can do so as individuals. [...] However, this quasi-uncertain regulation is not necessarily a negative aspect. Technology is growing faster and faster, and the ways in which privacy can be interfered is changing from year to year. Legislative regulation in this regard is impossible, given that a new way of abusing may emerge a few days after its approval.¹⁰

⁹ *Ibidem*, pp. 254–255.

¹⁰ L.M. Mărincean, *Dreptul la viață privată*, “Revista de Drept Public” 2017, no 1, pp. 163–164.

Thus, the notion of “private life” has been the object of analysis since its appearance in the legal field, being always supplemented by certain elements that could not be foreseen initially, which is why the definition of this concept has been left “open” in order to complement it with new components, which may arise as a result of the progress and development of the society. This “open definition” is intended to protect and guarantee the right to privacy against abuse and interference by both state authorities and individuals, which could arise in cases where a rigid, exhaustive definition would have been chosen, without the possibility of extending its components.

3. *Limitations on the right to privacy*

The right to respect for private and family life is included in the category of conditional rights, in the sense that the interference of a public authority of the state is allowed, as it results from both the provisions of Article 8 Paragraph 2 of the European Convention on Human Rights and the provisions of Article 53 of the Romanian Constitution, both legal provisions synthesizing the same conditions to be observed in order to allow interference of state authorities: the interference of the state should be provided by law, correspond to a legitimate aim, be necessary in a democratic society and should be proportionality between the restrictive measures imposed and the legitimate aim pursued. These may also include the conditions expressly laid down by the Romanian constitutional provisions, namely: the measure should be applied in a non-discriminatory manner and should not affect the substance of the right, having only been able to be applied to its exercise.

Although the notion of interference is not defined by Article 8, it consists in the infringement of a guaranteed right, the right to respect for private life of every citizen. It is therefore a constraint on the holder of this right. Three features characterize interference. First of all, it is done by a positive act. [...] Then, the interference must be imputable to the state. [...] Finally, the interference involves a victim, the citizen.¹¹

The first condition imposed by Article 8 Paragraph 2 of the European Convention is that any interference must be in accordance with the law. This interference must have a legal basis, without being of interest the position of the legal norm in the internal hierarchy of laws.

Since the term “law” is not defined by Article 8, the European Court has made an important indication in the sense that the law is conceived in a material and not formal sense. [...] In addition, the law must present features of accessibility and predictability.

¹¹ A. Șerban, *Dreptul la viață privată, la secretul corespondenței și la libertatea de exprimare în contextul reglementărilor Big Brother*, “Studii și Cercetări Juridice” 2017, no 2, p. 226.

The law must first be accessible in the sense that the citizen should have sufficient data on the applicable rule to the particular case, which requires publication. The law must then be foreseeable, that is to say it is a rule to be set out with sufficient precision to allow the citizen to adjust his or her conduct on the basis of clear advice.¹²

The second condition is that the interference has a legitimate aim, Article 8 Paragraph 2 of the European Convention listing the aims for which the breach of the right to privacy is legitimate, namely: national security, public security, the economic well-being of the country, the prevention of disorder or crime, the protection of health or morals, and the protection of the rights and freedoms of others. In practice, these legitimate aims take the form of factual circumstances subject to the assessment of the bodies of the Convention, relating to the circumstances of each case under examination.

The third condition requires that the interference be necessary in a democratic society, in the sense that it must be harmonized with an overriding social requirement to apply restrictive measures, which must be proportionate to the legitimate aim pursued.

The margin of appreciation granted to States Parties concerning the application of restrictive measures is an important procedural element for assessing the existence of the proportionality between the means ordered and the legitimate aim pursued. According to the Court's consistent case law, Member States enjoy a certain "margin of appreciation" to decide on the need for interference, but this is accompanied by European control. "The exceptions in Paragraph 2 of Article 8 require a strict interpretation, and their necessity in a given case must be established convincingly". The margin of appreciation is differently interpreted, in particular, according to the aims pursued to limit a right.¹³

The fourth condition, which provides that the interference is proportionate to the aim pursued, is not found in Article 8 Paragraph 2 of the European Convention. This condition appears as a creation of the jurisprudence of the bodies of the Convention.

Proportionality is assessed by the ECHR in concrete terms, the main criteria being: the fact situation, the nature of the law, the existence of adequate and sufficient safeguards against abuse, the legitimate aim pursued, the nature and intensity of the restrictive measures ordered and, obviously, the margin of appreciation granted to the Contracting States, as well as the need for the measure in a democratic society. [...] Although the Strasbourg Court does not make explicit reference to proportionality, it is obvious that this is a criterion for limiting discretionary powers and, moreover, it is a requirement for the protection that the law must confer on the rights enshrined in Article 8, in cases where limitation is permitted. In the same vein,

¹² *Ibidem.*

¹³ M. Andreescu, A.N. Puran, *op. cit.*, p. 323.

the ECHR stressed that: “the existence of procedural guarantees is essential in the analysis of the proportionality of interference” concerning the respect for private life, family life and home.¹⁴

Right to education – legal nature, notion and content

The right to education, as regulated in Article 32 of the Romanian Constitution, is a fundamental right, which is part of the category of rights and freedoms of the second generation, a category related to socio-economic and cultural rights. This legal framework is based on the impact that the right to education has on society, as well as on the implications of the state in the realization of this right, ensuring, through its content, the social and material conditions of human existence. The right to education

[...] has a mixed legal content, which combines the freedom to train, with the obligation of some forms of education. It implies equal chances for all citizens to follow any form of education provided by law, including higher education, and the selection in this regard is made by using with priority the criterion of competence. The purpose of the right to education is the full development of the human personality, by acquiring the fundamental values of culture and, then, actively integrating them into society.¹⁵

Regarding the legal content of the right to education, Article 32 Paragraph 1 of the Romanian Constitution establishes the principle of guarantee the right to education and lists the main forms of education: general-compulsory education, high school and vocational education, higher education, as well as other forms of instruction and improvement. The mention “other forms of instruction and improvement” emphasizes the fact that the Romanian legislator did not make an exhaustive enumeration of the forms of education, providing the possibility, with the evolution of society, to create other alternative or cumulative forms with those already existing, but in compliance with the other constitutional provisions. In the rest of the paragraphs of Article 32 of the Romanian Constitution are pointed out the constitutional principles that underlie the realization of the right to education: the conduct of education in the official language, respectively the Romanian language; ensuring the right of persons belonging to national minorities to learn or be trained in their mother tongue; free education; support for the socially disadvantaged groups; university autonomy; and the freedom of religious education, within the limits of the law.

The right to learn is considered part of the right to education. The latter includes a diversity of rights and freedoms of parents and children, to whom a number of

¹⁴ *Ibidem*, pp. 323–324.

¹⁵ *Ibidem*, p. 275.

state obligations correspond. The purpose of guaranteeing this right is complex: on the one hand, it ensures the education of the person in order to be able to fit, according to his performances and skills, in the social structures. On the other hand, the right to education imposes a series of obligations to the person, in the relations between parents and children, but also at the end of the educational process. Thus, we can explain the compulsory nature of some forms of education, up to a certain level (general-compulsory education, high school education). It was noted that the obligations of the state regarding the observance of the right to education “may be in the paradoxical position of being both the main provider of education [...] and of having the obligation not to use its privileged position in order to impose a set of opinions or perspectives with the total exclusion of others: he must educate, but not indoctrinate” (David J. Harris).¹⁶

The right to education is enshrined in Article 2 of Protocol No 1 of the European Convention on Human Rights, being proclaimed in the negative form: “no person shall be denied the right to education”. The Strasbourg Court has established the rights recognized by this article, namely: the right of access to existing educational institutions, the right to an effective education and the right to official recognition of completed studies.

In the system of the European Convention, the right to education therefore consists of a variety of rights and freedoms of parents and children, to which a number of state obligations correspond. The right to education is considered both an economic, social and cultural right and a civil and political right. The state has the duty to ensure pluralism in education, but it may impose some obligations on educational institutions or even individuals. [...] None of these rights is absolute. It is the state that establishes the rules for exercising them, taking into account the needs and resources of the community and individuals.¹⁷

The conditions and restrictions imposed by the national authorities must respect the principle of proportionality, that is to say, they must be appropriate to the need to guarantee the right to education in situations where it is possible to limit it. Therefore, the principle of proportionality has a particular form in the case of limitation of the right to education, because it no longer represents an adequate relationship between restrictive measures and legitimate aims pursued, as in other situations concerning rights protected by the Convention, but it expresses the necessary adequacy of guarantees provided by the state in situations where this right could be conditioned or restricted. Also, the jurisprudence of the ECHR in this matter applies the principle of proportionality when analyzing the observance of the provisions of Article 2 of Protocol No 1 in correlation with the provisions of Article 14 of the Convention, which prohibit discrimination.¹⁸

¹⁶ I. Muraru, E.S. Tănăsescu, *op. cit.*, p. 306.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 310–311.

¹⁸ M. Andreescu, A.N. Puran, *op. cit.*, p. 339.

Online school

1. Concept and brief general aspects

With the declaration of the coronavirus pandemic, universities and schools around the world have been forced to move from traditional face-to-face teaching, sustained in a formal atmosphere generated by the sobriety of classrooms, to the online environment, led by technology and the internet, which takes place in an informal setting, determined by the comfort of home, thus reaching, in a forced way, the digitization of the educational system. However, this digitization did not have an easy transition, as many educational institutions were not at all prepared for such a major change, did not have the necessary resources and sufficient training, “[...] because no one was prepared for a full online learning. Teachers were challenged to adapt quickly and send an important message to students [with regard to all levels of education]: learning continues beyond school and with online tools accessible to all and a lot of determination; progress can be made; students can be encouraged to learn and work independently.”¹⁹

The online school has had and still has a fairly significant impact on the mental, emotional and academic condition of the main actors of the educational act, especially on the part of students who face social isolation, stress, depression and anxiety. Also, from an academic point of view, there is not and could not be equality in terms of access to technology and the competence to use it, which is usually present between people from rural areas and those who come from urban areas, the technological infrastructure in rural areas being often poorly developed. Moreover, another situation that is of interest to the academic status is the one generated by the lack of work space in their own homes or even by the insufficient number of devices, which could enable education to be carried out online. However, even if there is a concern about both the pandemic, with all the consequences arising from it, and the quality of the educational act, little by little, the adaptation has taken place, in order to ensure, however, continuity and stability in the educational process.

According to Article 2 letter a) of the Framework Methodology for conducting teaching activities through technology and the Internet, as well as for processing personal data²⁰, “teaching activity through technology and the Internet is a form of organizing the teaching process that involves the replacement of teaching-learning-assessment hours, implying the physical presence

¹⁹ C. Langa, L.S. Tudor, M.M. Stan, I. Bulgaru, *Educația față cu provocările unei situații excepționale*, 28.04.2020, University of Pitești, <https://www.upit.ro/ro/upit-pentru-comunitate/educatia-fata-cu-provocarile-unei-situatii-exceptionale> [accessed: 3.04.2021].

²⁰ Approved by Order No 5545/2020, published in the Official Gazette of Romania, Part I, No 837 of 11 September 2020.

of preschoolers/students in the classroom, with individual study activities and online teaching activities. The activity is organized by teachers, who ensure the continuity of the teaching process through technology and the Internet”, and letter b) defines the virtual educational environment as “a set of digital educational and communication means that ensure the development of the educational process through specific activities organized through technology and the Internet”. “Organizing the online learning process requires special training, not only from the perspective of adapting and managing content, providing the necessary means for the training process, flexibility of teaching methodology, but especially from the perspective of preparing the human resource (teachers and students, as well) for such a teaching experience.”²¹

Regarding the aspect related to privacy in the context of online school, we can point out that the components of this right that fall within the scope of teaching activities are: personal data, the right to one’s own image and domicile, teachers and students having to enjoy privacy both at school and in the virtual environment.

The pursuit of distance learning through digital and communication means inevitably involves the processing of personal data of preschoolers, students, teachers, and parents, in some cases. In the context of online school, if personal data goes beyond the security sphere, is processed or transferred illegally to unauthorized entities or is processed without respecting the key principles of the Regulation²², not only personal data is affected – but also the individual and his/her fundamental rights and freedoms are directly affected.²³

The process of collecting this data gathered from people transforms the person himself into goods and a vulnerable target, as the person has become dependent on mobile devices, such as phone, computer, internet connection etc. His personal data turns him into a commodity. [...] Intervention in private life, massive collection of citizens’ data by government systems and ongoing monitoring is a reality. It is everywhere and in everything, like a dust impregnated in the air, “evil dust”, as it was called by Julian Assange. We can no longer avoid it in modern society. [...] Today, privacy is a conventional, subjective notion and certainly a circumstantial matter. Honestly, we can no longer have nor can realistically demand the intimacy, in the classical sense and perception of the term, of the right to be left alone.²⁴

²¹ C. Langa, L.S. Tudor, M.M. Stan, I. Bulgaru, *op. cit.*

²² Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), known as the GDPR.

²³ R. Sava, *Și copiii au o opțiune..., op. cit.*

²⁴ O. Dumitrache-Chironda, *O perspectivă și analiză critică a GDPR. Protecția intimității, drept sau iluzie. Apel la conștientizarea riscurilor mediului digital asupra dreptului la intimitate și viață privată*, “Revista Română de Drept al Afacerilor” 2019, no 2, pp. 67, 75–76.

“The importance of private life is gaining today new value, especially from the perspective of new technologies used in the context of online education. We can imagine a number of risks to the rights and freedoms of students and teachers, including loss of control over confidential information, identity theft, and electronic fraud.”²⁵ Thus, incorrect data processing can affect privacy, but also confidence in online education, which can also result in decreased performance in school activities.

The European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) has published in a report the responses of some individuals who have been victims of personal data and confidentiality breaches. According to the FRA, when asked about the damage caused to them by the breach of data protection rules, people described the harm in psychological or social terms. They described the harm as emotional or social (the opinion of others or the impact on relationships with others), mentioning different degrees of suffering, panic and insecurity (including the feeling of being followed or under surveillance), helplessness, reputational damage or powerlessness regarding an abuse of power.²⁶

2. Online school from the perspective of students

Ever since the madness generated by the coronavirus pandemic began and the teaching activity has been transferred to the virtual environment, students (with reference to all educational levels, both schools and universities) have faced the problems arising from this sudden transition, being unsure of the whole situation created and their future careers. At the beginning, they were all clumsy in conducting online classes, and in some of them the anxiety was much more visible. If some students, who are more timid and more confined in themselves, were reluctant to participate actively in the traditional school, the greater this reluctance was reinforced within the online school, most likely by the fact that their private life, their comfort environment was now forcibly exposed.

According to a study conducted by the Non-Governmental Organization Save the Children on the impact of the Covid-19 pandemic on online education and the period spent by them isolated from the outside world²⁷, to the question “While you were on the internet, in which situations did you have the biggest problems?”, most of the respondents (42.4%) claimed that they had problems “simply in browsing (e.g. you have encountered problems such as

²⁵ R. Sava, *Înregistrarea audio-video a cursurilor online și conformitatea cu RGPD*, 17.09.2020, <https://legalup.ro/inregistrarea-audio-video-a-cursurilor-online-si-conformitatea-cu-rgpd> [accessed: 3.04.2021].

²⁶ *Idem, Și copiii au o opțiune..., op. cit.*

²⁷ Save the children, *Opinia elevilor cu privire la educația on-line și efectele perioadei de izolare*, Bucharest, 2020, <https://www.salvaticopiii.ro/sci-ro/files/d3/d376f652-4ed3-43cc-8947-347265fe6e7e.pdf> [accessed: 4.04.2021].

negative content, unwanted messages, advertisements or viruses)”, and another fairly large part (32.4%) stated that they encountered such problems “within the family (e.g. there were misunderstandings with parents related to internet activity or time spent online)”. To another question: “What do you think are the most common online risks that you and other children your age have been exposed during this period?”, the first four options chosen were: excessive use (internet addiction) – 54.1%, false information – 39.5%, cyber bullying (harassment, threats, insults sent online) – 25.8% and theft of personal data and damage to online reputation – 22.6%. Therefore, it turns out that pupils reveal some restraints regarding their private life.

3. Online school from the perspective of teachers

But all this situation caused by the coronavirus pandemic has not only affected students, but it has also had consequences among teachers, whose insecurity and uncertainty has mainly targeted their concern to pass on education to students, teachers also experiencing the same feelings of anxiety and depression, but perhaps not to the same degree as in the case of students. This has been more easily borne by teachers, as they have a high degree of maturity and experience which helped them to overcome the problems encountered during the digitization of the educational system. But this does not mean that teachers have not developed any restraints regarding their privacy, with all the components that it involves.

This attitude of teachers and the feelings generated by online school can be seen as a parallel to the attitude and feelings of students, because, after all, we are all human, regardless of the title we take over throughout our lives, and we all experience the same feelings, but with different degrees of intensity. Thus, through the methods of observation and comparison, it was possible to draw a summary “perspective” of teachers on the digitalized educational act, where it was feasible to realize the resemblance to the “perspective” of students, in both cases the feelings felt were predominantly negative.

Conclusions

During this period, everything revolves around a single problem, with all its effects, namely the coronavirus pandemic. This study could not stand aside, without analyzing a small part of the repercussions of this pandemic, namely the combination of digital education with the right to privacy. As SAR-CoV-2 virus sent most social and economic domains into the virtual environment, people being somehow forced to work from home, from their personal space,

threats related to the right to privacy also emerged, mainly due to the risks of data processing as a result of replacing traditional education with online education. Thus, this personal space could no longer be so protected from other people, home working involving, at least in the case of the educational act, an exposure of one's own image and voice, of home, of personal data, but also of family life, as not only the participants in the online school are at home, but they share this space with other family members who must also carry out their own activities, whether they are of professional or personal interest.

Therefore, it has got to the point where, after the analysis of the right to privacy, the right to education and online school, an answer should be given to the question that guarded the entire study: "Is online school a barrier of the right to privacy?". The answer tends to be affirmative, given that the home space, which is the main space where private life takes place, is forced to be exposed, as people no longer have the opportunity to keep secret their place where they spend the most time. However, even if the online school represents interference in private life, this interference is justified by the existence of the pandemic and the need to ensure education. Thus, taking each of the four conditions under which privacy may be restricted, namely the legal provision, the existence of a legitimate aim, the need in a democratic society and the proportionality between the measures ordered and the legitimate aim, it can be concluded that education passed in the online environment represents, in the context of the pandemic, a limitation of the right to private life of pupils/students and teachers.

Bibliography

- Andreescu M., Puran A.N., *Drept constituțional. Teoria generală și instituții constituționale*, C.H. Beck Publishing House, Bucharest 2016.
- Bârsan C., *Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Comentariu pe articole. Volumul I Drepturi și libertăți*, C. H. Beck Publishing House, Bucharest 2005.
- Chelaru E., *Drept civil. Persoanele în reglementarea NCC*, 3rd edition, C. H. Beck Publishing House, Bucharest 2012.
- Dumitrache-Chironda O., *O perspectivă și analiză critică a GDPR. Protecția intimității, drept sau iluzie. Apel la conștientizarea riscurilor mediului digital asupra dreptului la intimitate și viață privată*, "Revista Română de Drept al Afacerilor" 2019, no 2, pp. 59–88.
- Langa C., Tudor L.S., Stan M.M., Bulgaru I., *Educația față cu provocările unei situații excepționale*, 28.04.2020, <https://www.upit.ro/ro/upit-pentru-comunitate/educatia-fata-cu-provocarile-unei-situatii-excepționale> [accessed: 3.04.2021].
- Mărincean L.M., *Dreptul la viață privată*, "Revista de Drept Public" 2017, no 1, pp. 160–169.
- Muraru I., Tănăsescu E.S., *Constituția României. Comentariu pe articole*, C.H. Beck Publishing House, Bucharest 2008.

- Sava R., *Înregistrarea audio-video a cursurilor online și conformitatea cu RGPD*, 17.09.2020, <https://legalup.ro/inregistrarea-audio-video-a-cursurilor-online-si-conformitatea-cu-rgpd> [accessed: 3.04.2021].
- Sava R., *Și copiii au o opțiune. Despre școala online și protecția datelor*, 17.09.2020, <https://legalup.ro/si-copiii-au-o-optiune-despre-scoala-online-si-protectia-datelor> [accessed: 3.04.2021].
- Save the children, *Opinia elevilor cu privire la educația on-line și efectele perioadei de izolare*, Bucharest, 2020, <https://www.salvaticopiii.ro/sci-ro/files/d3/d376f652-4ed3-43cc-8947-347265fe6e7e.pdf> [accessed: 4.04.2021].
- Șerban A., *Dreptul la viață privată, la secretul corespondenței și la libertatea de exprimare în contextul reglementărilor Big Brother*, "Studii și Cercetări Juridice" 2017, no 2, pp. 225–240.

Abstract

The online school – a barrier of the right to privacy?

Following the current situation caused by the coronavirus pandemic, this study brings to light the way in which the traditional school (the notion "school" was used in this paper with reference to all levels of learning, both schools and universities) was replaced, in a somewhat forced way, with online school in a society pursuing the tradition of face-to-face education. Given this aspect of e-learning and a possible higher exposure of their private life, for both students and teachers, the study will seek to answer the question: "Does online school represent a limitation of the right to private life?" through a series of legal arguments. However, before an answer is found, the right to private life and the right to education, as seen through Romanian legal regulations, as well as through the perspective of the European Convention on Human Rights, will be studied in detail. Last but not least, the concept of online school will be subject to analysis, from the perspective of both main parties involved in the education act, closely following the concept of private life.

Key words: online school; right to privacy; right to education; European Convention on Human Rights; coronavirus pandemic

Artur Kapera

Private Academic High School no. 8 in Kraków

ORCID: 0000-0002-5090-9197

kaperaa@protonmail.com

Jacek Kapera

Mszana Dolna Engineering and Information Technology School Complex, Poland

ORCID: 0000-0003-2044-9158

kaperaa@protonmail.com

Internet-related risks from the perspective of Polish adolescents with a focus on hate speech

Introduction

With the growing importance of the Internet, threats are emerging and their magnitude on the web increases. Young people are particularly vulnerable. It is therefore necessary to monitor and attempt to prevent these problems. The analysis of available literature shows that the majority of papers in the field are reports and that there are still few up-to-date scientific studies on individual risks analysed on a case-by-case basis. In addition, in-depth studies on young people's online activities have a relatively short history.¹ Meanwhile, the look presented in the article may contribute to a deeper understanding of the nature of these problems. Taking into account the above considerations, the main risks associated with the use of the Internet by the Polish youth were presented, and then the issue of hate speech was analysed. In the research procedure, in the first year, a review of source materials was carried out, and then a questionnaire was prepared for young people attending upper secondary schools. The authors'

¹ K. Abramczuk, J. Pyżalski, A. Zdrodowska, Ł. Tomczyk, *Polskie badanie EU Kids Online 2018. Najważniejsze wyniki i wnioski*, WN UAM, Poznań 2018, p. 7, https://fundacja.orange.pl/files/user_files/EU_Kids_Online_2019_v2.pdf [accessed: 10.05.2019].

own observations were also helpful, as well as the authors' experience related to the administration of computer networks and work with teenagers.

The aim of the study was to present the main threats related to the use of the Internet by the Polish youth and to analyse it with a special emphasis on issues related to hate speech.

Risks on the Internet

The usefulness of the Internet is currently undisputed. In Poland, in 2018, according to CSO data, 77.5% of the Polish population uses the Internet, 74.8% of people use it at least once a week.² In the same year, 82.7% of households had at least one computer at home.³ According to the Central Statistical Office, households with children have access to the Internet more often than households with no children.⁴

The Internet, being in fact a network of interconnected computers, carries with it the possibility of the emergence of many threats, which can be dangerous for both the users and the computer equipment. A number of different classifications based on specific criteria are present in this field's literature. One example is the typology proposed by Wójcik⁵ developed on the basis of Livingstone, Haddon, Görzig and Olafsson⁶.

This article describes the following issues, with particular emphasis on hate speech:

- malware (including spyware, ransomware, crypto-miners and adware);
- phishing;
- targeted hacker attacks;
- spam;
- violation of user privacy (by corporations and governmental organizations);
- paedophilia and paedophilic content;

² Główny Urząd Statystyczny, *Spoleczeństwo informacyjne w Polsce w 2018 r.*, 22.10.2018, https://stat.gov.pl/download/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5497/2/8/1/spoleczenstwo_informacyjne_w_polsce_w_2018_roku.pdf [accessed: 10.05.2019].

³ *Ibidem.*

⁴ *Ibidem.*

⁵ S. Wójcik, *Zagrożenia dzieci i młodzieży w internecie*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria. Badania. Praktyka” 2017, nr 16 (1), [https://bazhum.muzhp.pl/media/files/Dziecko_Krzywdzone_teoria_badania_praktyka/Dziecko_Krzywdzone_teoria_badania_praktyka-r2017-t16-n1-s270-287/Dziecko_Krzywdzone_teoria_badania_praktyka-r2017-t16-n1-s270-287.pdf](https://bazhum.muzhp.pl/media/files/Dziecko_Krzywdzone_teoria_badania_praktyka/Dziecko_Krzywdzone_teoria_badania_praktyka-r2017-t16-n1/Dziecko_Krzywdzone_teoria_badania_praktyka-r2017-t16-n1-s270-287/Dziecko_Krzywdzone_teoria_badania_praktyka-r2017-t16-n1-s270-287.pdf) [accessed: 8.05.2021].

⁶ A. Görzig, L. Haddon, S. Livingstone, K. Olafsson, *EU kids online: final report*, London School of Economics & Political Science, London 2011, http://eprints.lse.ac.uk/39351/1/EU_kids_online_final_report_%5BLSERO%5D.pdf [accessed: 8.05.2021].

- human sex trafficking;
- hate speech (“hejt”);
- cyber-bullying in general (elements not included in other categories such as hate speech).

Table 1: Typology of threats to children online

	Sex	Aggression	Other threats	Commerce
Content – the child as a recipient	Pornography	Depictions of violence	Other harmful content	Fraudulent marketing, spam
Contact – the child as a participant	Grooming	Electronic aggression	Ideological and anti-health persuasion	Identity theft
Conduct – the child as a perpetrator	Sexting	Perpetration of electronic aggression	Production of harmful content	Hacking, piracy

Source: adapted and translated from: S. Wójcik, *Zagrożenia dzieci i młodzieży w internecie*, “Dziecko Krzywdzone. Teoria. Badania. Praktyka” 2017, nr 16 (1), https://bazhum.muzhp.pl/media/files/Dziecko_Krzywdzone_teoria_badania_praktyka/Dziecko_Krzywdzone_teoria_badania_praktyka-r2017-t16-n1/Dziecko_Krzywdzone_teoria_badania_praktyka-r2017-t16-n1-s270-287/Dziecko_Krzywdzone_teoria_badania_praktyka-r2017-t16-n1-s270-287.pdf [accessed: 8.05.2021].

The following is a description of each of the risks listed, with particular attention paid to the hate speech.

Malware is a combination of the words “malicious” and “software”, which are programs and scripts designed for purposes harmful to the victim, such as stealing personal data – spyware, forcing payment for previously encrypted documents – ransomware, using computer resources to mine cryptocurrencies – crypto-miners and displaying advertisements throughout the operating system – adware⁷.

Phishing is a name used to describe the impersonation of known companies or private entities in order to obtain information from the user. Email is a common medium for phishing, as it is not difficult to change the sender’s address to the address of a large company⁸.

A targeted hacking attack can be defined as “An assault on system security that derives from an intelligent threat, i.e., an intelligent act that is a deliberate attempt (especially in the sense of a method or technique) to evade security ser-

⁷ INTELi SERWIS, *Co to jest szkodliwe oprogramowanie*, 13.08.2013, <http://inteliserwis.szczecin.pl/co-to-jest-szkodliwe-oprogramowanie> [accessed: 10.05.2019].

⁸ A. Ścibor, *Czym jest phishing?*, AVLab Cybersecurity Foundation, <https://avlab.pl/czym-jest-phishing> [accessed: 10.05.2019].

vices and violate the security policy of a system. [...] On the Internet, potential outside attackers range from amateur pranksters to organized criminals, international terrorists, and hostile governments”⁹

According to the Merriam-Webster dictionary, spam can be defined as “unsolicited usually commercial messages (such as e-mails, text messages, or Internet postings) sent to a large number of recipients or posted in a large number of places”.¹⁰ According to SpamCop’s statistics, 82 648 926 spam messages have been reported during the last year alone, with the highest values set at 4.7 reports per second.¹¹

The right to privacy is a fundamental human right and should be respected. Despite that, as Rezgui, Bouguettaya and Eltoweissy say, “the ease of information access, coupled with the ready availability of personal data, also made it easier and more tempting for interested parties (individuals, businesses, and governments) to intrude on people’s privacy.”¹² Privacy intrusion by businesses is often performed in order for them to be able to provide customized services and products. It is worth noting that customers often do not know explicitly authorize such data collection practices. Governmental organizations also collect a large amount of data about a given country’s citizens.¹³

Paedophilia on the Internet can manifest itself in many forms, mostly either through distribution of child pornography or “online predators” — people who use the Internet to coerce children into meeting with them and then assault their victims¹⁴.

Human sex trafficking is defined as “[...] a form of modern slavery. Criminals of sex trafficking such as pimps, johns, and madams use violence, threats, lies, money, drugs, and other forms of coercion to compel or force children and adults to engage in unwanted sexual acts against their will.”¹⁵

⁹ R. Shirey, *Internet Security Glossary*, Internet Society 2000, p. 13.

¹⁰ Merriam Webster, *Spam* [headword], <https://www.merriam-webster.com/dictionary/spam> [accessed: 10.05.2019].

¹¹ *SpamCop statistics*, spamcop.net, <https://www.spamcop.net/spamgraph.shtml?spamyyear> [accessed: 10.05.2019].

¹² A. Bouguettaya, M. Eltoweissy, A. Rezgui, *Privacy on the Web: Facts, Challenges, and Solutions*, “IEEE Security & Privacy Magazine” 2003, vol. 1 (6), pp. 40–41.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ P. Corriveau, Ch. Greco, *Online Pedophilia and Cyberspace*, Institut national de sante publique Quebec, <https://www.inspq.qc.ca/en/sexual-assault/fact-sheets/online-pedophilia-and-cyberspace> [accessed: 10.05.2019].

¹⁵ E. Sznitka, *Human Trafficking and the Internet*, The Child Advocacy Center of Lapeer County, <https://www.caclapeer.org/lapeercacblog/human-trafficking-the-internet> [accessed: 10.05.2019].

Hate speech and cyber-bullying

The term “hate speech” has been increasingly often used on the Internet and in other media over recent years. This is related to the increase of the phenomenon on the Internet. In this context, there are attempts to study it and find ways to counteract such behaviours, demonstrated both by various organizations and by scientists themselves. In Poland, the issue was the subject of reflections conducted e.g. by Włodarczyk as part of the project “Internet without hate”¹⁶, in which, however, as the author notes, the universality of this issue “may reduce young people’s sensitivity to the problem”.¹⁷ The topic was also addressed in other analyses, including the Minority Report (“Raport mniejszości”), which addressed the monitoring of content by Internet users, covering the identification of content aggressive towards ethnic, sexual, religious and other minorities¹⁸, and the report “Internet culture of offence”, in which it is emphasized that although the Internet has the most unfavourable image among other media in the analysed context, nonetheless still “crossing cultural boundaries online remains a marginal phenomenon”.¹⁹ An attempt to explore the behaviour of young people on the Internet is made within the framework of the EU Kids Online study, in which Poland also participates. The document takes into account chosen issues at a specific level of detail. Meanwhile, this study highlights the issues of hate speech. The analysis of available sources allows one to see that the subject matter of the discussed issue concerns mainly: attempts to define the issue, its characteristics and the scale of the problem and proposing solutions. As far as the definition of hate speech in this paper is concerned, it is assumed that hate speech is “any form of expression that spreads, promotes or justifies racial hatred, xenophobia, anti-Semitism and other forms of hatred based on intolerance, including, but not limited to intolerance expressed in aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility towards minorities as well as immigrants and people of immigrant origin.”²⁰ The phenomenon

¹⁶ J. Włodarczyk, *Mowa nienawiści w internecie w doświadczeniu polskiej młodzieży*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria. Badania. Praktyka” 2014, nr 13 (2).

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Fundacja Wiedza Lokalna, https://prepedia.fandom.com/wiki/Fundacja_Wiedza_Lokalna [accessed: 10.05.2019].

¹⁹ *Internetowa kultura obrażania*, 2016/2017, IAB Polska, p. 3, https://iab.org.pl/wp-content/uploads/2017/05/InternetowaKulturaObrazania_2016_2017_raport_20170511.pdf [accessed: 10.05.2019].

²⁰ *Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to Member States on “hate speech”*, Council of Europe, adopted on 30 October 1997, p. 107; *Recommendation N°6: Combating the dissemination of racist, xenophobic and antisemitic material via the internet, Additional Protocol to the Cybercrime Convention*, Council of Europe, adopted on 15 December 2000.

is associated with the notions of “hating, often understood in a broader sense than hate speech itself,²¹ which stands for offensive online content, usually affecting specific people.²² In the subject’s literature, both terms are understood in different ways and are generally treated interchangeably by the average young Internet user. On this basis, they have been treated collectively in the research. The issue of cyber-bullying is also related to the discussed subject matter. It is defined as “violence using information and communication technologies”.²³ In the context of the subject matter discussed, it is also difficult not to describe the concept of so-called trolls, whose activities include publishing aggressive content and negative comments. Hate speech is visible on, among other things, websites, blogs and Internet forums, e-mail or social media, as well as in the case of comments appearing under articles on the Internet, film, music or games.

Internet users can and should respond to hate speech online. First of all, they can be reported to service administrators. In turn, taking into account the legal issues in the Polish legislation on the prohibition of activities that allow racial and national hatred is referred to in the Constitution of the Republic of Poland.²⁴ The fact that hate speech is punishable derives from the Criminal Code.

Article 256

§ Whoever publicly promotes a fascist or other totalitarian state system or incites hatred on the grounds of nationality, ethnicity, race, religion or because of non-confessionality, shall be subject to a fine, the penalty of restriction of liberty or the penalty of imprisonment for up to 2 years.

§ Whoever produces, preserves or imports, acquires, stores, possesses, presents, transports or sends a print, recording or other object containing the content specified in § 1 or being a carrier of fascist, communist or other totalitarian symbolism for the purpose of distribution shall be subject to the same penalty.²⁵

²¹ *Bezpieczeństwo dzieci online. Kompendium dla rodziców i profesjonalistów*, Polskie Centrum Programu Safer Internet, Warszawa 2018, p. 43, https://www.edukacja.fdds.pl/dd5bcf09-cf2d-4340-9eb3-2c437ef66245/Extras/ksiazka-Bezpieczenstwo_dzieci_online_Kompendium_dla_rodzicow_i_profesjonalistow-FDDS-12042017.pdf [accessed: 10.05.2019].

²² *Internetowa kultura obrażania...*, *op. cit.*, p. 3.

²³ Ł. Wojtasik, *Cyberprzemoc – charakterystyka zjawiska, skala problemu, działania profilaktyczne*, kampania „Dziecko w Sieci”, <https://www.sp118.pl/userdata/projekty/internet/cyberprzemoc.pdf> [accessed: 10.05.2019].

²⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Art. 32, Dz. U. 1997, Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

²⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. 1997, Nr 88 ,poz. 553 z późn. zm., p. 29.

Article 257

Whoever publicly insults a group of people or a particular person because of their national, ethnic, racial, or religious affiliation, or because of their lack of religious beliefs, or for such reasons violates the physical inviolability of another person, shall be subject to the penalty of imprisonment for up to 3 years.²⁶

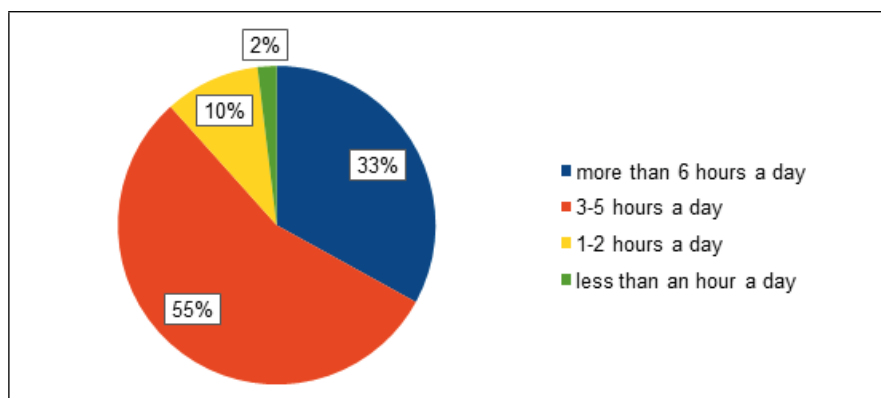
Scientific approach and research sample

A diagnostic survey based on a questionnaire consisting of 26 questions was used in the research procedure. Pilot studies were conducted in the period from February to April 2019 in three units in the Małopolskie Voivodeship. These were schools: VIII Private Academic High School in Cracow, Józef Marek High School Complex in Mszana Dolna and Technical and Information Technology School Complex in Mszana Dolna. Such a selection of schools allowed for differentiation resulting from the private and public character of schools, and was also related to the educational profile of the units in question. The survey involved 48 women and 54 men that lived in the Małopolskie Voivodeship.

Study results

All respondents admitted that they use the Internet every day. Most of them use the Internet for 3–5 hours every day (Figure 1).

Figure 1: Frequency of Internet use by respondents

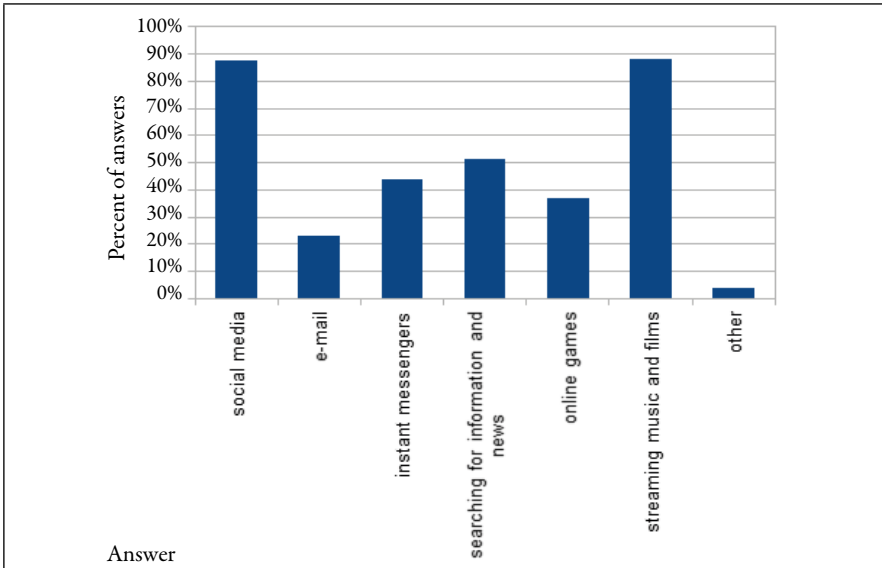


Source: Own analysis based on surveys.

²⁶ *Ibidem.*

For the most part, young people use the Internet at home. They mainly use the following Internet tools: social media and websites to watch films and listen to music (Figure 2).

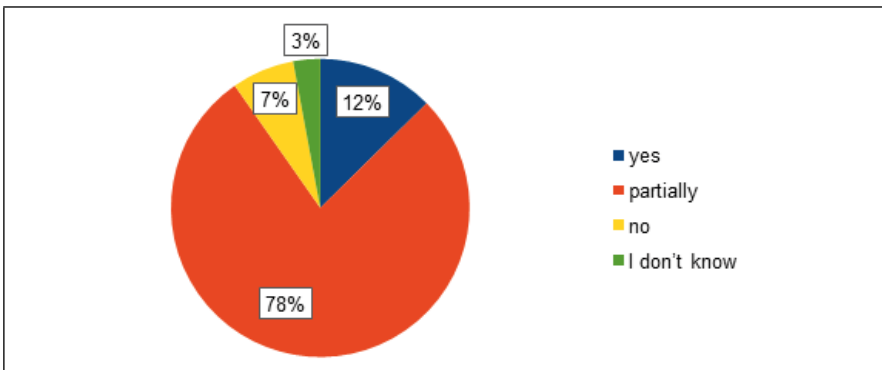
Figure 2: Internet services used by respondents



Source: Own analysis based on surveys.

The majority of respondents considered the use of the Internet to be only partially safe (Figure 3).

Figure 3: Summary of responses to the question whether the respondents considered using the Internet to be safe

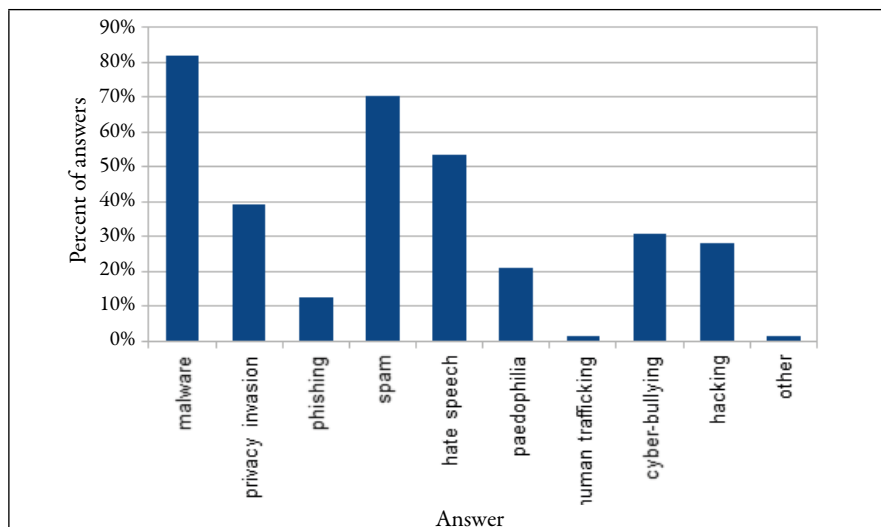


Source: Own analysis based on surveys.

Respondents identified viruses (malware), theft/leakage of personal data, hackers, fraud, “people” / “human stupidity” and paedophilia as the biggest threats on the Internet.

69% of the respondents, who surfed the web, encountered threats. These were mainly malware and spam (Figure 4).

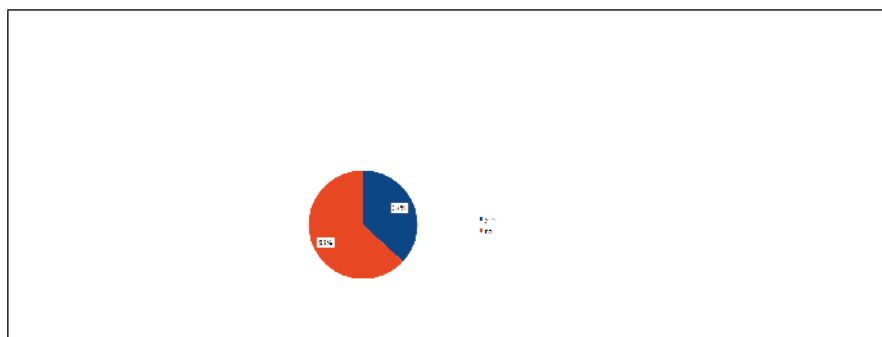
Figure 4: Threats encountered by respondents when using the Internet



Source: Own analysis based on surveys.

Respondents were also asked if they had ever been subjected to hate speech. 37% of respondents said they were a victim (Figure 5).

Figure 5: Summary of responses to the question concerning the use of hate speech towards the respondents



Source: Own analysis based on surveys.

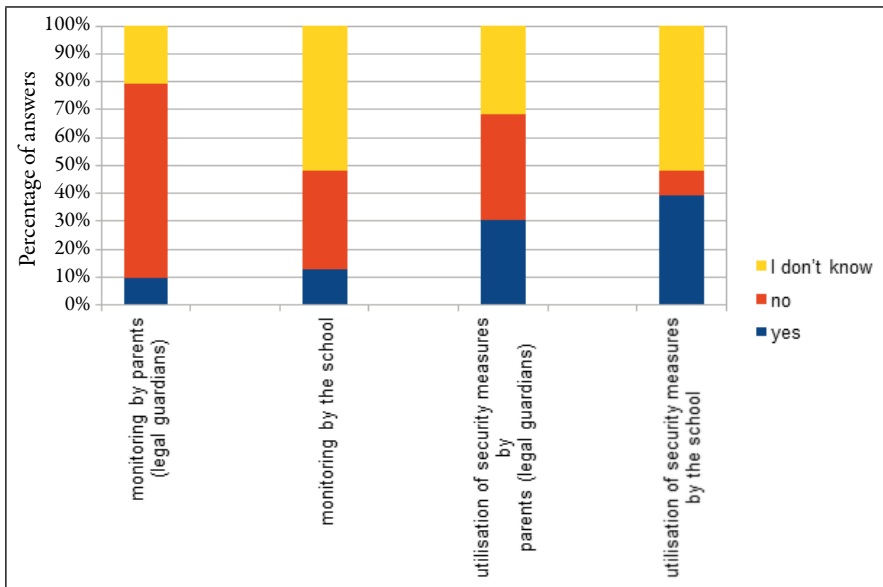
Hate speech encounters most often occurred during the usage of social media and online games. At the same time, nearly 18% of young people admitted that they themselves used hate speech on the Internet, as their motive mentioning mainly nervousness, anger and sudden emotions.

Respondents propose ways to fight against hate speech, including for example: limiting access to the Internet, self-control and restraint, as well as reporting or ignoring people using hate speech and letting site moderators warn or block them.

Further questions in the questionnaire were specifically targeted at cyber-security issues. Young people were asked if they used tools to protect themselves against threats. Most of them said they did. Among the most frequently used ones are: antiviruses, strong passwords, programs and plug-ins used to block advertisements, programs creating VPNs (virtual private networks) and common sense.

Subsequent questions concerned the existence of monitoring and protection against risks on the Internet in schools and at home. In the first case, young people say that their online activity is not monitored by parents (legal guardians), and in the case of schools they do not have such knowledge. As far as security measures are concerned, as before, in the case of schools they do not know about such security measures, and in the case of parents the responses were distributed evenly (Figure 6).

Figure 6: Monitoring of activity and application of security measures against threats on the Internet



Source: Own analysis based on surveys.

Discussion and conclusion

Young people identified viruses (malware), theft/leakage of personal data, hackers, fraud, “people” / “human stupidity” and paedophilia as the biggest threats on the Internet. More than a third of them are people who have been subjected to hate speech on the web. At the same time, close to – indicated that they were engaged in such activity. According to the EU Kids Online survey, almost half of young people use the Internet for up to two hours on weekdays and up to three hours at weekends, with the most frequent use being for entertainment.²⁷ The authors of the report also point out that one in three teenagers encountered hate or humiliation, or comments directed against specific people or groups of people, in the last year, and nearly 6% of them declared sending at least one such message directed against other people, indicating religion, physical appearance and religion as the main reason.²⁸ The frequency of encountering hate speech content on the Internet is also confirmed by the research conducted by the Stefan Batory Foundation, which shows that 70% of young people encountered racist statements.²⁹

The research conducted by the Nobody’s Children Foundation (Fundacja Dzieci Niczyje) shows that the phenomenon of hate speech affects 40% of young people aged 14–17 (such a percentage of people encountered manifestations of hate speech), including 45% of people in the group of 16–17 years of age.

Other analyses indicate that 0.5–0.9% of posts on the Internet cross cultural borders, and Internet users themselves admit only a few percent cross cultural borders by using vulgar language or insulting other people, although the image of the Internet itself seems to contradict these observations³⁰. Nevertheless, the respondents suggested ways to fight against hate speech, for example: restricting access to the Internet, self-control and composure, as well as reporting or ignoring persons using hate speech and letting site moderators warn or block them. Respondents generally feel only partially safe surfing the web. The above observations are largely confirmed by other authors.

According to the EU Kids Online report, 65% of young people feel often or always safe online.³¹ However, it is difficult to determine to what extent the

²⁷ K. Abramczuk J. Pyżalski, A. Zdrodowska, Ł. Tomczyk, *op. cit.*, p. 22, 33.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ M. Bilewicz, M. Marchlewska, W. Soral, M. Winiewski, *Mowa nienawiści. Raport z badań sondażowych*, Fundacja im. Stefana Batorego, Warszawa 2014, p. 4, http://www.ngofund.org.pl/wp-content/uploads/2014/06/raport-na-formacie-B5_19.11.14.pdf [accessed: 10.05.2019].

³⁰ *Internetowa kultura obrażania...*, *op. cit.*, p. 3.

³¹ K. Abramczuk, J. Pyżalski, A. Zdrodowska, Ł. Tomczyk, *op. cit.*, p. 89.

declared sense of security results from ignorance of the scale of threats accompanying network users, and to what extent it is connected with a certain acceptance of the phenomena occurring on the Web.

Parents, school and educational institutions, as well as government agencies, social organizations and public services have a huge role to play in the issue of safety of children and young people on the Internet. In this respect, parents should first of all talk to their children and inform them about the risks. In addition, they can also take other actions – block access to harmful content, restrict access to specific programs or devices, and monitor the child's activity on the Internet.³² As the report referred to above has shown, the most frequently used methods include providing advice on Internet safety.³³ However, 55.6% of young people surveyed admit that their parents are not interested in how they use the Internet.³⁴ Another issue is the safety of young people online during school hours. Previous analyses have shown that almost one in three older students, once a week or more often, look for information on the school website or on the school's e-learning platform.³⁵ In this context, the ability to ensure online security is a challenge for any modern school. Meanwhile, almost 60% of pupils say that the teacher has not talked to them about what they are doing online.³⁶ Therefore, it is important to train teachers. In the discussed context, both the regulations contained in the educational law and internal regulations, characteristic for a given unit, as well as curricula, educational and preventive programmes are also important. Apart from legal aspects, the best way to deal with threats on the Internet, including hate speech, still seems to be the education of Internet users. However, in order for education to be effective, further research is needed, also in other age groups and on a wider territorial scale.

Bibliography

- Abramczuk K., Pyżalski J., Tomczyk Ł., Zdrodowska A., *Polskie badanie EU Kids Online 2018. Najważniejsze wyniki i wnioski*, WN UAM, Poznań 2018, https://fundacja.orange.pl/files/user_files/EU_Kids_Online_2019_v2.pdf [accessed: 10.05.2019].
- Bilewicz M., Marchlewska M., Soral W., Winiewski M., *Mowa nienawiści. Raport z badań sondażowych*, Fundacja im. Stefana Batorego, Warszawa 2014, http://www.ngofund.org.pl/wp-content/uploads/2014/06/raport-na-formacie-B5_19.11.14.pdf [accessed: 10.05.2019].

³² *Bezpieczeństwo dzieci online...*, *op. cit.*, p. 43.

³³ K. Abramczuk, J. Pyżalski, A. Zdrodowska, Ł. Tomczyk, *op. cit.*, p. 56.

³⁴ *Nastolatki wobec Internetu*, Wyższa Szkoła Nauk Społecznych Pedagogium – Rzecznik Praw Dziecka, Warszawa 2014, https://akademia.nask.pl/badania/raport_z_badan_nastolatki_wobec_internetu.pdf [accessed: 10.05.2019].

³⁵ K. Abramczuk, J. Pyżalski, A. Zdrodowska, Ł. Tomczyk, *op. cit.*, p. 47.

³⁶ *Ibidem*, p. 49.

- Bezpieczeństwo dzieci online. Kompendium dla rodziców i profesjonalistów*, Polskie Centrum Programu Safer Internet, Warszawa 2018, https://www.edukacja.fdds.pl/dd5bcf09-cf2d-4340-9eb3-2c437ef66245/Extras/ksiazka-Bezpieczenstwo_dzieci_online_Kompendium_dla_rodzicow_i_profesjonalistow-FDDS-12042017.pdf [accessed: 10.05.2019].
- Bouguettaya A., Eltoweissy M., Rezgui A., *Privacy on the Web: Facts, Challenges, and Solutions*, "IEEE Security & Privacy Magazine" 2003, vol. 1 (6).
- Corriveau P., Greco Ch., *Online Pedophilia and Cyberspace*, Institut national de sante publique Quebec, <https://www.inspq.qc.ca/en/sexual-assault/fact-sheets/online-pedophilia-and-cyberspace> [accessed: 10.05.2019].
- Główny Urząd Statystyczny, *Spółczeństwo informacyjne w Polsce w 2018 r.*, 22.10.2018, https://stat.gov.pl/download/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5497/2/8/1/spoleczenstwo_informacyjne_w_polsce_w_2018_roku.pdf [accessed: 10.05.2019].
- Görzig A., Haddon L., Livingstone S., Olafsson K., *EU kids online: final report*, London School of Economics & Political Science, London 2011, http://eprints.lse.ac.uk/39351/1/EU_kids_online_final_report_%5BLSERO%5D.pdf [accessed: 8.05.2021].
- Internetowa kultura obrażania*, 2016/2017, IAB Polska, https://iab.org.pl/wp-content/uploads/2017/05/InternetowaKulturaObrazania_2016_2017_raport_20170511.pdf [accessed: 10.05.2019].
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Art. 32, Dz. U. 1997, Nr 78, poz. 483 z późn. zm.
- Merriam Webster, *Spam* [headword], <https://www.merriam-webster.com/dictionary/spam> [accessed: 10.05.2019].
- Nastolatki wobec Internetu*, Wyższa Szkoła Nauk Społecznych Pedagogium – Rzecznik Praw Dziecka, Warszawa 2014, https://akademia.nask.pl/badania/raport_z_badan_nastolatki_wobec_internetu.pdf [accessed: 10.05.2019].
- Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to Member States on "hate speech", Council of Europe, adopted on 30 October 1997.
- Recommendation N°6: Combating the dissemination of racist, xenophobic and antisemitic material via the internet, Additional Protocol to the Cybercrime Convention, Council of Europe, adopted on 15 December 2000.
- Shirey R., *Internet Security Glossary*, Internet Society 2000, <https://www.rfc-editor.org/rfc/pdf/rfc/rfc2828.txt.pdf> [accessed: 10.05.2019].
- Spamcop statistics*, spamcop.net, <https://www.spamcop.net/spamgraph.shtml?spamyear> [accessed: 10.05.2019].
- Sznitka E., *Human Trafficking and the Internet*, The Child Advocacy Center of Lapeer County, <https://www.caclapeer.org/lapeercacblog/human-trafficking-the-internet> [accessed: 10.05.2019].
- Ścibor A., *Czym jest phishing?*, AVLab Cybersecurity Foundation, <https://avlab.pl/czym-jest-phishing> [accessed: 10.05.2019].
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. 1997, Nr 88, poz. 553 z późn. zm.
- Włodarczyk, J. *Mowa nienawiści w internecie w doświadczeniu polskiej młodzieży*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria. Badania. Praktyka” 2014, nr 13(2).
- Wojtasik Ł., *Cyberprzemoc – charakterystyka zjawiska, skala problemu, działania profilaktyczne*, kampania „Dziecko w Sieci”, <https://www.sp118.pl/userdata/projekty/internet/cyberprzemoc.pdf> [accessed: 8.05.2021].

Wójcik S., *Zagrożenia dzieci i młodzieży w internecie*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria. Badania. Praktyka” 2017, nr 16 (1), https://bazhum.muzhp.pl/media/files/Dziecko_Krzywdzone_teoria_badania_praktyka/Dziecko_Krzywdzone_teoria_badania_praktyka-r2017-t16-n1/Dziecko_Krzywdzone_teoria_badania_praktyka-r2017-t16-n1-s270-287/Dziecko_Krzywdzone_teoria_badania_praktyka-r2017-t16-n1-s270-287.pdf [accessed: 8.05.2021].

Fundacja Wiedza Lokalna, https://prepedia.fandom.com/wiki/Fundacja_Wiedza_Lokalna [accessed: 10.05.2019].

Abstract

Internet-related risks from the perspective of Polish adolescents with a focus on hate speech

The aim of the study was to present the main threats related to the use of the Internet by the Polish youth and to analyse them with particular emphasis on issues related to hate speech. Using the Internet, apart from its undoubted usability, brings with it a number of threats, among which are: malware (including spyware, ransomware, “crypto-miners” and adware), invasion of privacy (both by private individuals (stalking) and advertising companies), phishing, spam, hate speech, paedophilia, human trafficking, cyber-bullying, and, less frequently, targeted attacks. According to the survey, nearly 70% of the respondents encountered threats on the Internet. The phenomenon of hate speech affects 37% of respondents who fell victim to it and 18% who practised hate speech.

Key words: Internet, security, hate speech, privacy

GLOS Y

GLOSSES

Grzegorz Wolak

dr hab., prof. WSPiA Rzeszowskiej Szkoły Wyższej z siedzibą w Rzeszowie,
sędzia Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu, I Wydział Cywilny

ORCID: 0000-0003-3636-8440

Skutki uchybienia terminowi do wniesienia sprzeciwu od orzeczenia samorządowego kolegium odwoławczego (art. 80 ust. 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami). Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2020 r., III CZP 44/19

Wprowadzenie

Głosowana uchwała Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2020 r., III CZP 44/19¹, została podjęta w sprawie z powództwa Fabryki [...] S.A. w W.² przeciwko Skarbowi Państwa – Staroście J. o ustalenie wypowiedzenia opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego za nieuzasadnione. Stanowiła odpowiedź na zagadnienie prawne przedstawione do rozstrzygnięcia w trybie art. 390 § 1 k.p.c., przez Sąd Okręgowy w J., które brzmiało: „Czy uchybienie przez właściwy organ lub użytkownika wieczystego – wynikające z art. 80 ust. 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami³ – 14-dniowego terminu do wniesienia sprzeciwu od orzeczenia samorządowego kolegium odwoławczego skutkuje oddaleniem powództwa czy odrzuceniem pozwu?”

W piśmiennictwie i judykaturze brak jednolitości poglądów odnośnie do charakteru terminu z art. 80 ust. 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami na wniesienie sprzeciwu od orzeczenia samorządowego kolegium odwoławczego i skutków jego uchybienia. Zaskakuje, że sam ustawodawca pominął w ustawie zagadnienie wniesienia sprzeciwu z przekroczeniem terminu. W myśl pierwszego stanowiska jest to termin prawa materialnego,

¹ OSNC 2020, nr 11, poz. 95.

² Dalej jako: Fabryka.

³ Tekst jedn. Dz.U. z 2018, poz. 2204; dalej jako ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, albo u.g.n.

którego przekroczenie oznacza niezasadność powództwa. Stosownie zaś do drugiego stanowiska termin ten jest terminem procesowym i jego przekroczenie powoduje odrzucenie sprzeciwu.

W tezie głosowanej uchwały Sąd Najwyższy sformułował pogląd, że **„Uchybienie przez właściciela nieruchomości oddanej w użytkowanie wieczyste, który wypowiedział wysokość opłaty rocznej lub przez użytkownika wieczystego terminowi 14 dni do wniesienia sprzeciwu od orzeczenia Samorządowego Kolegium Odwoławczego (art. 80 ust. 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, jedn. tekst Dz.U. z 2018 r. poz. 2204 ze zm.) powoduje odrzucenie sprzeciwu”**.

Pogląd ten jest trafny i zasługuje na aprobatę.

Stan faktyczny i stanowisko sądów meriti

Fabryka jest użytkownikiem wieczystym nieruchomości Skarbu Państwa, położonej w K. stanowiącej działki nr 641/2 i 643/1, objętej księgą wieczystą prowadzoną przez Sąd Rejonowy w J. Oświadczeniem z dnia 17 listopada 2017 r. Skarb Państwa – Starosta J. wypowiedział jej (ze skutkiem na dzień 31 grudnia 2017 r.) wysokość dotychczasowej opłaty rocznej wynoszącej kwotę 25.871,85 zł i zaferował z dniem 1 stycznia 2018 r. opłatę w wysokości 94.262,22 zł. W skierowanym do Samorządowego Kolegium Odwoławczego w J. wniosku z dnia 20 grudnia 2017 r. Fabryka zażądała ustalenia, że wypowiedzenie stawki opłaty rocznej jest nieuzasadnione. Orzeczeniem z dnia 5 kwietnia 2018 r. Samorządowe Kolegium Odwoławcze w J. uwzględniło wniosek. Orzeczenie to doręczone zostało Skarbowi Państwa – Staroście J. w dniu 17 kwietnia 2018 r., a ten dnia 4 maja 2018 r. wniósł od niego sprzeciw.

Wyrokiem z dnia 3 grudnia 2018 r. Sąd Rejonowy w J. oddalił powództwo o ustalenie, że wypowiedzenie opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego jest nieuzasadnione co do wysokości. Stał na stanowisku, że Skarb Państwa – Starosta J. wniósł sprzeciw z uchybieniem terminowi określonym w art. 80 ust. 1–3 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami. Termin ten uznał za materialnoprawny, zawity i nieprzywralny, którego upływ powoduje, że wiążące staje się orzeczenie samorządowego kolegium odwoławczego, a strona traci uprawnienie do żądania przekazania sprawy do sądu. Konsekwencją wniesienia sprzeciwu z naruszeniem terminu, co sąd bierze pod uwagę z urzędu, jest oddalenie powództwa.

Z takim zapatrywaniem nie zgodziła się powodowa Fabryka. W apelacji od tego wyroku zarzuciła jego wydanie z naruszeniem art. 199 § 1 pkt 1 k.p.c. i wniosła o jego zmianę przez odrzucenie pozwu. Apelacja Skarbu Państwa – Starosty J. od wyroku z dnia 3 grudnia 2018 r. została odrzucona przez Sąd

Rejonowy w J. z uwagi na brak interesu prawnego (*gravamenu*) pozwanego w jej wniesieniu. Rozpoznając apelację, sąd odwoławczy powziął wątpliwości co do prawidłowości stanowiska Sądu Rejonowego. Dlatego zwrócił się do Sądu Najwyższego o ich rozstrzygnięcie w trybie art. 390 § 1 k.p.c. Wskazał, że skutki wniesienia sprzeciwu od orzeczenia samorządowego kolegium odwoławczego w przedmiocie ustalenia wysokości opłaty rocznej za użytkowanie wieczyste są rozbieżnie oceniane w orzecznictwie, gdyż jedne sądy w takich przypadkach oddalają powództwa użytkowników wieczystych, a inne odrzucają ich pozwy.

Sąd Najwyższy w odpowiedzi na przedstawione zagadnienie prawne podjął uchwałę o treści przedstawionej na wstępie glosy. Czas przejść teraz do oceny stanowiska Sądu Najwyższego.

Użytkowanie wieczyste jako prawo odpłatne. Wypowiedzenie opłaty rocznej

Problematyka użytkowania wieczystego uregulowana została w prawie polskim dwutorowo, tzn. w kodeksie cywilnym oraz w ustawie o gospodarce nieruchomościami. W problematyce tej dominują zagadnienia cywilnoprawne, ale nie obce są jej także elementy natury administracyjnej. Samo prawo użytkowania wieczystego ma niewątpliwie charakter cywilnoprawny i jest prawem rzeczowym stanowiącym kategorię pośrednią pomiędzy własnością i ograniczonymi prawami rzeczowymi⁴. Pomimo że jest ono prawem na rzeczy (nieruchomości) cudzej, to jednak szeroka treść prawa użytkowania wieczystego, określanego niekiedy quasi-własnością, nie pozwala uznać go za prawo rzeczowe

⁴ Zob. np. uchwała SN z dnia 22 października 1968 r., III CZP 98/68, OSNCP 1969, nr 11, poz. 188; wyrok SN z dnia 17 stycznia 1969 r., III CRN 360/68, OSNCP 1969, nr 12, poz. 222; uchwała SN z dnia 29 listopada 1972 r., III CZP 82/72, OSNCP 1973, nr 7-8, poz. 125; postanowienie SN z dnia 17 stycznia 1974 r., CRN 316/73, OSNCP 1974, nr 11 poz. 197; S. Rudnicki, *Charakter prawny użytkowania wieczystego*, „Nowe Prawo” 1970, nr 12, s. 1771, T. Smoczyński, *Charakter prawny wieczystego użytkowania*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1971, nr 1, s. 36; S. Breyer, *Przeniesienie własności nieruchomości*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1971, s. 277; Z.K. Nowakowski, *Prawo rzeczowe. Zarys wykładu*, PWN, Warszawa 1969, s. 142–143, J. Majorowicz, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, red. Z. Resich, Warszawa 1972, s. 640; J. Ignatowicz, *Prawo własności*, LexisNexis, Warszawa 1998, s. 181–182; Z. Truskiewicz, *Użytkowanie wieczyste. Zagadnienia konstrukcyjne*, Zakamycze, Kraków 2006, s. 167–169; E. Gniewek, *Prawo rzeczowe*, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 206. Jedyne nieznaczna część piśmiennictwa kwalifikuje użytkowanie wieczyste jako ograniczone prawo rzeczowe, uznając, że jego normatywna treść co do istoty nie odbiega od treści innych podobnych praw polegających na korzystaniu z cudzej nieruchomości – tak A. Kopff, *Charakter prawny wieczystego użytkowania*, „Studia Cywilistyczne” 1966, t. IX, s. 3; J. Winiarz, *Użytkowanie wieczyste*, PWN, Warszawa 1967, s. 178 i n.; idem, [w:] *System Prawa Cywilnego. Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, t. 2, red. J. Ignatowicz, Ossolineum, Wrocław 1977, s. 552–554.

ograniczone. Także w zakresie ochrony tego prawa rzeczowego znacznie bliżej mu do własności⁵.

Jeśli idzie o odpłatność praw rzeczowych, to zdecydowana większość z nich może być ustanowiona zarówno odpłatnie, jak i nieodpłatnie. Prawami odpłatnymi *ex definitione* (tzn. że do ich istoty należy odpłatność) są: użytkowanie wieczyste i spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu⁶. Przepis art. 71 ust. 1 u.g.n. jednoznacznie przewiduje, że za oddanie nieruchomości gruntowej w użytkowanie wieczyste pobiera się pierwszą opłatę i opłaty roczne⁷. Te ostatnie mają charakter *świadczeń okresowych*⁸ obciążających każdorazowego użytkownika wieczystego. Charakter cywilnoprawny mają także świadczenia stron spełniane po ustanowieniu tego prawa rzeczowego, w tym świadczenie opłat przez użytkownika wieczystego⁹ oraz ich czynności podejmowane w związku z łączącym je stosunkiem prawnym. Podzielam przekonanie Zygmunta Truskiewiczza, że pierwsza opłata i opłaty roczne stanowią w istocie wynagrodzenie nie za oddanie nieruchomości w użytkowanie wieczyste, lecz za korzystanie z cudzej nieruchomości w okresie trwania użytkowania wieczystego, stanowią swoisty czynsz¹⁰. Przekonująco dla mnie Truskiewicz wywodzi ponadto, że

[...] tylko wówczas, gdyby opłaty te nie miały ekonomicznego związku z oddaniem gruntu w użytkowanie, gdyby – innymi słowy – nie stanowiły swego rodzaju ekwiwalentu za korzystanie z cudzej nieruchomości, gdyby obciążały użytkownika wieczyste-

⁵ Zob. np. E. Gniewek, *op. cit.*, s. 206.

⁶ J. Ignatowicz, *op. cit.*, s. 30.

⁷ W myśl dalszych ustępów art. 71 u.g.n. Pierwsza opłata za oddanie nieruchomości gruntowej w użytkowanie wieczyste w drodze przetargu podlega zapłacie jednorazowo, nie później niż do dnia zawarcia umowy o oddanie tej nieruchomości w użytkowanie wieczyste (ust. 2). Pierwszą opłatę za oddanie nieruchomości gruntowej w użytkowanie wieczyste w drodze bezprzetargowej można rozłożyć na oprocentowane raty. W sprawach tych stosuje się odpowiednio przepis art. 70 ust. 2–4 (ust. 3). Opłaty roczne wnosi się przez cały okres użytkowania wieczystego, w terminie do dnia 31 marca każdego roku, z góry za dany rok. Opłaty rocznej nie pobiera się za rok, w którym zostało ustanowione prawo użytkowania wieczystego. Właściwy organ, na wniosek użytkownika wieczystego złożony nie później niż 14 dni przed upływem terminu płatności, może ustalić inny termin zapłaty, nieprzekraczający danego roku kalendarzowego (ust. 4). Pierwszej opłaty nie pobiera się w przypadku zamiany, o której mowa w art. 14 ust. 4 i art. 15 ust. 2 (ust. 5). W razie wygaśnięcia użytkowania wieczystego opłata roczna z tytułu użytkowania wieczystego za rok, w którym prawo wygasło, podlega zmniejszeniu proporcjonalnie do czasu trwania użytkowania wieczystego w tym roku (ust. 6). Próżno jednak szukać przepisu, który pozwalałby ustanowić użytkowanie wieczyste nieodpłatnie.

⁸ Zob. np. wyrok SN z dnia 13 grudnia 1990 r., III ARN 34/90, OSNC 1992, nr 5, poz. 82.

⁹ W orzecznictwie SN przyjęto, że pod rządami ustawy o gospodarce nieruchomościami opłata roczna z tytułu użytkowania wieczystego jest instytucją prawa cywilnego i ma charakter umowy; zob. np. uchwały z: dnia 8 lutego 1994 r. III CZP 188/93, OSNC 1994, nr 9, poz. 169, z dnia 21 kwietnia 1994 r., III CZP 36/94, OSNC 1994, nr 11, poz. 209 i z dnia 23 czerwca 2005 r., III CZP 37/05, OSNC 2006, nr 5, poz. 82.

¹⁰ Z. Truskiewicz, *op. cit.*, s. 223.

go ze względu na jakiś interes społeczny można by doszukiwać się administracyjnego charakteru tych opłat. [...] Obecnie gdy z instytucji użytkownika wieczystego administracyjnoprawne elementy zostały usunięte, cywilnoprawna natura tej instytucji została odsłonięta i jest o wiele bardziej dostrzegalna¹¹.

W literaturze ostatnich kilkudziesięciu lat nikt już dlatego nie twierdzi, że opłaty wnoszone jako wynagrodzenie za ustanowienie użytkownika wieczystego mają charakter administracyjnoprawny¹².

Przepisy ustawy o gospodarce nieruchomościami pozwalają na aktualizację (zmianę) wysokości opłaty rocznej. Taka aktualizacja może być uprawniona z powodu zmiany wartości nieruchomości będącej przedmiotem użytkownika wieczystego albo z powodu zmiany stawki procentowej. Stawka procentowa, od której zależy wysokość opłat rocznych, może być jednak zmieniona po oddaniu gruntu w użytkowanie wieczyste tylko z przyczyn wymienionych w art. 73 ust. 2 u.g.n., a więc w przypadku trwałej zmiany sposobu korzystania z nieruchomości, powodującej zmianę celu, na który nieruchomość została oddana w użytkowanie wieczyste. Podzielić należy pogląd Truskiewiczza, iż nie ma przeszkód do jednoczesnej zmiany wysokości opłat rocznych z powodu zmiany wartości nieruchomości, jak i zmiany sposobu korzystania z nieruchomości oddanej w użytkowanie wieczyste¹³.

Jeśli właściciel nieruchomości nosi się z zamiarem podwyższenia opłaty rocznej za użytkowanie wieczyste, winien złożyć użytkownikowi wieczystemu stosowne oświadczenie woli. Termin i formę złożenia tego oświadczenia określa art.78 ust.1 u.g.n. Stanowi on, że aktualizacji opłaty rocznej dokonuje właściwy organ¹⁴, wypowiadając w formie pisemnej wysokość dotychczasowej

¹¹ *Ibidem*, s. 222.

¹² W dość odległej przeszłości podważano cywilnoprawny charakter opłat, prezentując pogląd, że mają one charakter administracyjnoprawny; por. np. A. Kopff, *op. cit.*, s. 28, przypis 54; J. Winiarz, *op. cit.*, s. 294.

¹³ Zob. Z. Truskiewicz, *op. cit.*, s. 226, przypis 114.

¹⁴ Jak trafnie zauważa Ewa Bończak-Kucharczyk, użyte w ustawie określenie „właściwy organ” może być dla użytkownika wieczystego mylące. Wypowiedzenie dotychczasowej wysokości opłaty rocznej ma bowiem charakter czynności cywilnoprawnej i jest dokonywane w imieniu publicznego właściciela przez organ upoważniony do jego reprezentowania (gdy właścicielem jest Skarb Państwa – przez starostę, gdy jednostka samorządu terytorialnego – przez organ wykonawczy tej jednostki). Jednak stroną użytkownika wieczystego jest właściciel, a nie reprezentujący go organ, gdyż zarówno Skarb Państwa, jak i jednostki samorządu terytorialnego jako osoby prawne mają zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych. Zatem wnioszek o ustalenie, że aktualizacja opłaty jest niezasadniona lub uzasadniona w innej wysokości, powinien być złożony przeciwko właścicielowi (Skarbowi Państwa lub konkretnej jednostce samorządu terytorialnego), a nie przeciwko organowi reprezentującemu właściciela (staroście, wójtowi, burmistrzowi, prezydentowi miasta, zarządowi powiatu lub zarządowi województwa); zob. E. Bończak-Kucharczyk, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2021, komentarz do art.80 u.g.n., pkt 4.

opłaty w terminie do dnia 31 grudnia r. poprzedzającego oraz przesyłając równocześnie ofertę przyjęcia nowej wysokości opłaty rocznej. W wypowiedzeniu należy wskazać sposób obliczenia nowej wysokości opłaty rocznej i pouczyć użytkownika wieczystego o sposobie zakwestionowania wypowiedzenia. Do wypowiedzenia dołącza się informację o wartości nieruchomości, o której mowa w art. 77 ust. 3, oraz o miejscu, w którym można zapoznać się z operatem szacunkowym. Do doręczenia wypowiedzenia stosuje się przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego.

W uzasadnieniu uchwały z dnia 23 czerwca 2005 r., III CZP 37/05¹⁵ Sąd Najwyższy wyjaśnił, że wypowiedzenie przewidziane w art. 78 ust. 1 u.g.n. różni się w sposób zasadniczy zarówno od instytucji wypowiedzenia jako aktu jednostronnego, wywołującego skutek w postaci unicestwienia stosunku prawnego wiążącego strony, jak i od tzw. wypowiedzenia zmieniającego, znanego w prawie pracy (art. 42-45 k.p.). Jego istotą jest bowiem uzyskanie częściowej zmiany treści stosunku prawnego, mianowicie w zakresie wysokości opłaty rocznej należnej właścicielowi. Złożenie tego oświadczenia jest tylko wyrażeniem woli rezygnacji z opłaty dotychczasowej oraz zamiaru pobierania opłaty wyższej ze względu na zwiększoną wartość nieruchomości, ale samo w sobie prowadzi do podwyższenia wysokości opłaty, a zatem nie wywołuje skutku w postaci zmiany treści umowy użytkowania wieczystego. Do zaistnienia takiego skutku wymagane jest przyjęcie oferty przez użytkownika wieczystego (wyraźne lub milczące – art. 78 ust. 4 u.g.n.) albo – w razie wniesienia sprzeciwu od orzeczenia kolegium – wyrok sądu.

Droga prawna służąca rozstrzygnięcia sporu o wysokość opłaty rocznej

Truizmem jest stwierdzenie, że pomiędzy właścicielem nieruchomości a użytkownikiem wieczystym może powstać spór co do zasadności podwyższenia dotychczasowej opłaty rocznej. Sprowadza się on do kwestii, czy rzeczywiście wzrosła – a jeśli tak, to o ile – wartość nieruchomości będącej przedmiotem użytkowania wieczystego albo czy i w jaki sposób zmienił się sposób korzysta-

¹⁵ OSNC 2006, nr 5, poz. 82, z tezą: „Ustalona przez sąd opłata roczna z tytułu użytkowania wieczystego (art. 80 ust. 1 i 2 w związku z art. 78 ust. 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami – jedn. tekst: Dz.U. z 2004 r., Nr 261, poz. 2603 ze zm.) staje się wymagalna, w części przewyższającej opłatę dotychczasową, po uprawomocnieniu się wyroku”. Stanowiła ona odpowiedź na następujące zagadnienie prawne: „Czy ta część opłaty rocznej za oddanie nieruchomości w użytkowanie wieczyste, która została zakwestionowana przez użytkownika wieczystego w trybie art. 78–80 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2004 r., Nr 261, poz. 2603) staje się wymagalna dopiero po uprawomocnieniu się orzeczenia ustalającego nową wysokość opłaty rocznej czy też jest wymagalna już po upływie terminu płatności określonego w art. 71 ust. 4 u.g.n.?”

nia z niej, mający znaczenie dla stawki, według której należy obliczać wysokość opłaty rocznej. Jak zauważono w głosowanej uchwale, z woli ustawodawcy, spór taki rozstrzygany jest w postępowaniu ukształtowanym jako dwustopniowe, mieszane, administracyjno-sądowe¹⁶. W pierwszym etapie jest to postępowanie administracyjne, zainicjowane wnioskiem użytkownika wieczystego ustalenie, że aktualizacja opłaty rocznej jest nieuzasadniona albo jest uzasadniona w innej wysokości, toczące się przed samorządowym kolegium odwoławczym. Dopiero w drugim etapie jest to postępowanie sądowe toczące się na skutek sprzeciwu od orzeczenia organu administracji.

W myśl art. 78 ust. 2 u.g.n., użytkownik wieczysty może, w terminie 30 dni od dnia otrzymania wypowiedzenia, złożyć do samorządowego kolegium odwoławczego właściwego ze względu na miejsce położenia nieruchomości (zwanego dalej: kolegium) wniosek o ustalenie, że aktualizacja opłaty rocznej jest nieuzasadniona albo jest uzasadniona w innej wysokości. Wniosek składa się za pośrednictwem właściwego organu, przeciwko właścicielowi nieruchomości. Ciężar dowodu, że istnieją przesłanki aktualizacji opłaty rocznej, spoczywa na właściwym organie (art. 78 ust. 3 u.g.n.) Złożenie takiego wniosku nie zwalnia z obowiązku wnoszenia opłat rocznych w dotychczasowej wysokości. W przypadku niezłożenia wniosku obowiązuje nowa wysokość opłaty rocznej zaoferowana w wypowiedzeniu. Przepis art. 79 ust. 5 stosuje się odpowiednio (art. 78 ust. 4 u.g.n.). Wniosek do kolegium składa się w formie pisemnej w dwóch egzemplarzach (art. 79 u.g.n.).

Analiza relewantnych przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami skłania do wniosku, że ustawodawca nie określił jednoznacznie treści ani charakteru roszczenia mającego podstawę w art. 78 ust. 2 u.g.n., z którym użytkownik wieczysty występuje przeciwko właścicielowi nieruchomości, gdy ten złoży mu ofertę podwyższenia opłaty rocznej. Jak zauważył Sąd Najwyższy w głosowanej uchwale, można o tym wnioskować jedynie pośrednio, na podstawie zakresu uprawnień orzeczniczych, w jakie wyposażone zostało zarówno samorządowe kolegium odwoławcze, jak i sąd, który może być zaangażowany w rozstrzygnięcie sporu w razie, gdy któraś ze stron zakwestionuje orzeczenie kolegium. Orzeczenie samorządowego kolegium odwoławczego może przybrać postać oddalenia wniosku jako niezasadnego albo ustalenia nowej wysokości opłaty. Ustalona na skutek prawomocnego orzeczenia kolegium lub w wyniku zawarcia ugody nowa wysokość opłaty rocznej obowiązuje, począwszy od dnia 1 stycznia roku następującego po roku, w którym wypowiedziano wysokość

¹⁶ Podobny mieszany (administracyjno-sądowy) tryb obowiązuje w sprawach o rozgraniczenie; zob. np. uchwała składu siedmiu sędziów z dnia 7 października 2014 r., III CZP 48/14, OSNC 2015, nr 3, poz. 27; G. Wolak, *Z problematyki postępowania o rozgraniczenie*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2020, nr 3, s. 5–32.

dotychczasowej opłaty. W przypadku oddalenia wniosku obowiązuje wysokość opłaty zaferowana zgodnie z art. 78 ust. 1. Oddalenie wniosku użytkownika wieczystego oznacza, że oświadczenie właściciela określające nową wysokość opłaty rocznej było zasadnie złożone i obowiązuje w relacjach między stronami albo obowiązuje dlatego, że użytkownik wieczysty nie złożył we właściwym czasie wniosku wszczynającego postępowanie przed kolegium, a „ustalenie nowej wysokości opłaty” sprowadza się do określenia jej wysokości, niezależnie od tego, jak uczynił to właściciel. Orzeczenie samorządowego kolegium odwoławczego wydane na skutek wniosku użytkownika wieczystego, kwestionującego istnienie podstaw do podwyższenia mu opłaty za użytkowanie wieczyste nieruchomości (art. 78 ust. 2 w związku z art. 80 ust. 2 u.g.n.), ma charakter orzeczenia kształtującego stosunek prawny (konstytutywnego). W sprawie wywołanej wnioskiem użytkownika wieczystego do kolegium nie chodzi bowiem o ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, lecz o właściwe ustalenie wysokości opłaty rocznej.

Od orzeczenia samorządowego kolegium odwoławczego wydanego w wyniku wszczęcia sprawy przez użytkownika wieczystego nie przysługuje odwołanie w toku postępowania administracyjnego (art. 79 ust. 3). Jak stwierdzał Gerard Bieniek, ustawodawca słusznie zdecydował o otwarciu drogi sądowej dla rozstrzygnięcia sporu o podwyższenie opłaty za użytkowanie wieczyste. Jest to typowy spór cywilnoprawny dotyczący należności pieniężnej o charakterze cywilnym¹⁷. Stosownie do art. 80 ust. 1 u.g.n. od właściwy organ lub użytkownik wieczysty mogą wnieść sprzeciw w terminie 14 dni od dnia doręczenia orzeczenia kolegium. Legitymacja czynna do wniesienia sprzeciwu przysługuje zatem zarówno właścicielowi nieruchomości oddanej w użytkowanie wieczyste, jak i użytkownikowi wieczystemu, w zależności od tego, która ze stron stosunku użytkowania wieczystego uważa orzeczenie samorządowego kolegium odwoławczego za sprzeczne z prawem i godzące w jej interes. Wniesienie sprzeciwu jest równoznaczne z żądaniem przekazania sprawy do sądu powszechnego właściwego ze względu na miejsce położenia nieruchomości. O właściwości rzeczowej sądu powszechnego decyduje wartość przedmiotu sporu (art. 17 pkt 4 k.p.c.). Wartością przedmiotu sporu jest kwota odpowiadająca różnicy między zaproponowaną nową wysokością opłaty rocznej a dotychczasową wysokością tej opłaty¹⁸. Kolegium przekazuje właściwemu sądowi akta sprawy wraz ze sprzeciwem. Przyjmuje się w nauce, że sprzeciw nie musi być skiero-

¹⁷ G. Bieniek [w:] *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, red. G. Bieniek, LexisNexis, Warszawa 2010, komentarz do art. 80 u.g.n., pkt 1. Tak też Z. Truskiewicz, *op. cit.*, s. 225, A. Hopfer, [w:] *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, pod red. P. Czechowskiego, Warszawa 2015, komentarz do art. 80 u.g.n., LEX 2021.

¹⁸ Zob. postanowienie SN z dnia 19 czerwca 2008 r., V CZ 37/08, LEX nr 637712.

wany za pośrednictwem kolegium do konkretnego sądu¹⁹. Wniosek, o którym mowa w art. 78 ust. 2, zastępuje pozew (ust. 2). W razie wniesienia sprzeciwu w terminie, orzeczenie traci moc, nawet gdy sprzeciw odnosi się tylko do części orzeczenia (ust. 3). Jeżeli sprzeciw dotyczy wyłącznie kosztów postępowania, przepisu ust. 3 nie stosuje się, a właściwy sąd rozstrzyga o kosztach postępowania postanowieniem na posiedzeniu niejawnym (ust. 4). Każdy sprzeciw od orzeczenia samorządowego kolegium odwoławczego, bez względu na fakt czy został wniesiony z zachowaniem 14-dniowego terminu od dnia jego doręczenia, powinien być przekazany do sądu powszechnego wraz z aktami sprawy. Jak zauważa np. Ewa Bończak-Kucharczyk²⁰, sprzeciw nie wymaga uzasadnienia, wyraża wolę strony, by sprawa została rozpatrzona przez sąd powszechny, przy czym sąd ten w żaden sposób nie odnosi się do orzeczenia kolegium ani też nie jest nim związany. Sąd nie sprawuje bowiem funkcji kontrolnej lub nadzorczej nad samorządowym kolegium odwoławczym, lecz od początku (od nowa) samodzielnie rozstrzyga spór o zasadność dokonanej aktualizacji opłaty rocznej²¹. W wyroku z 18 września 2003 r., I CK 66/02²², Sąd Najwyższy uznał, że rozpoznając sprawę po jej przekazaniu przez samorządowe kolegium odwoławcze, sąd uprawniony jest samodzielnie ustalić wysokość opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego. Sąd może dlatego ustalić wyższe opłaty roczne, niż ustalono w orzeczeniu kolegium, od którego został wniesiony sprzeciw²³. Zatem spór sądowy może skończyć się ustaleniem, że opłaty powinny być wnoszone w innej wysokości – zarówno w mniejszej, jak i w większej, niż ustaliło to samorządowe kolegium odwoławcze lub proponował właściwy organ. Jednakże oznaczając inną opłatę niż zaproponowana przez właściwy organ, sąd może orzekać tylko w granicach stawek wynikających ze stanowisk stron (art. 321 § 1 k.p.c.)²⁴.

Charakter kształtujący (konstytutywny) ma także orzeczenie sądu wydane na skutek wniesienia sprzeciwu od orzeczenia SKO²⁵. Przedmiotem badania

¹⁹ Tak np. E. Bończak-Kucharczyk, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2021, komentarz do art.80 u.g.n., pkt 1.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Tak też wyrok SA w Warszawie z dnia 29 maja 2014 r., I ACa 1044/10, LEX nr 1483861.

²² OSNC 2004, nr 11, poz. 177.

²³ Zob. wyrok SN z dnia 11 września 2003 r., III CKN 239/01, LEX nr 146452.

²⁴ Tak też E. Bończak-Kucharczyk, *op. cit.*, komentarz do art.80 u.g.n., pkt 1.

²⁵ Tak też wyrok SN z dnia 18 września 2003 r., I CK 66/02, OSNC 2004, nr 11, poz. 177; uchwała SN z dnia 23 czerwca 2005 r., III CZP 37/05, OSNC 2006, nr 5, poz. 82; wyrok SN z dnia 21 marca 2006 r., V CSK 147/05, LEX nr 667526; wyrok SN z dnia 26 października 2005 r., V CK 276/05, LEX nr 398449; wyrok SN z dnia 24 czerwca 2010 r., IV CSK 43/10, LEX nr 621350. Charakter orzeczenia sądu – deklaratywnego lub prawotwórczego – nie przesądza rodzaj ani nazwa dochodzonego powództwa, lecz treść norm materialnoprawnych, które podlegają konkretyzacji i wskazują na kontrolną lub kształtującą rolę sądu. Istota orzeczenia konstytutywnego polega na wprowadzeniu zmiany do istniejącego stanu prawnego przez

sądu jest i tu zasadność oferty co do podwyższenia opłaty rocznej. Uwzględniając, że podwyższenie opłaty powinno być wynikiem umowy, ale jednocześnie, że użytkownik wieczysty nie może skutecznie przeciwstawić się aktualizacji podwyższającej w razie zwiększenia się wartości nieruchomości, uprawnionym jest przyjęcie, że ustalając nową wysokość opłaty rocznej, sąd daje wyraz przekonaniu, iż organ zasadnie zażądał podwyższonej opłaty w związku z czym użytkownik wieczysty miał obowiązek przyjęcia oferty. Swoim orzeczeniem sąd zastępuje odpowiednie oświadczenie woli użytkownika wieczystego. Charakter konstytutywny orzeczenia sądu w tym stanie rzeczy nie może budzić wątpliwości, podobnie jak materialnoprawny charakter przesłanki zwykowania wartości nieruchomości, według której organ złożył ofertę podwyżki, a sąd ocenił jej zasadność. Określenie charakteru tego orzeczenia ma kluczowe znaczenie w związku z art. 71 ust. 4 u.g.n., regulującym terminy uiszczania obowiązujących opłat. Argument wspierający stanowisko o konstytutywnym charakterze orzeczenia sądu ustalającego nową wysokość opłaty rocznej wynika także z art. 81 u.g.n. Przepis ten, będący podstawą domagania się przez użytkownika wieczystego obniżenia dotychczasowej opłaty rocznej, nie przewiduje wypowiedzenia, nie stwarza więc problemu prawnej skuteczności jednostronnego oświadczenia woli użytkownika wieczystego i nie pozostawia wątpliwości, że orzeczenie sądu ustalające nową, niższą opłatę ma charakter prawokształtujący. Wobec tego, że w wyniku orzeczenia sądu ujawnia się nadpłata na korzyść użytkownika wieczystego, będąca następstwem uiszczania w czasie trwania sporu dotychczasowej opłaty, aktualne staje się zagadnienie zwrotu nadpłaty i odsetek z tytułu opóźnienia w zwrocie. Nadpłata podlega zwrotowi na podstawie art. 410 § 1 k.c., natomiast odsetki z tytułu opóźnienia – po bezskutecznym upływie terminu wyznaczonego stosownie do art. 455 k.c.²⁶ W tym kontekście nie można zaaprobować poglądu Bienka, że sąd rozpoznaje sprawę w procesie jako powództwo o ustalenie (art. 189 k.p.c.)²⁷. Kształtujący charakter mają też

utworzenie, zniesienie albo zmianę treści istniejącego stosunku prawnego lub prawa. Odbyc się to może wyłącznie na podstawie ustawowego upoważnienia do ingerencji sądu m.in. w takie stosunki, które strony mogłyby utworzyć, znieść lub przekształcić, ale nie ma pomiędzy nimi zgody i dlatego zwracają się do sądu o zastąpienie ich czynności prawotwórczych lub czynności jednej z nich. W zależności od treści lub charakteru stosunku prawnego, który orzeczeniem sądu ma być ukształtowany orzeczenie konstytutywne wywiera skutek z mocą od chwili jego uprawomocnienia się albo z mocą wsteczną (*ex tunc*); zob. uchwała SN z dnia 23 czerwca 2005 r., III CZP 37/05, OSNC 2006, nr 5, poz. 82.

²⁶ Tak trafnie SN w uchwale z dnia 23 czerwca 2005 r., III CZP 37/05, OSNC 2006, nr 5, poz. 82.

²⁷ G. Bieniek [w:] *Ustawa o gospodarce...*, red. *idem*, komentarz do art. 80 u.g.n., pkt 5. Także w uzasadnieniu wyroku z 11 września 2003 r., III CKN 239/01, LEX nr 146452, Sąd Najwyższy stwierdził: „Spór sądowy o ustalenie wysokości opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego został ukształtowany jako spór o ustalenie wywołany powództwem z art. 189 k.p.c. Zależnie od sformułowania przez użytkownika wieczystego jego żądania uwzględnienie

orzeczenia wydawane w następstwie wniosku użytkownika wieczystego, podstawą do złożenia którego jest art. 73 ust. 2 w zw. z art. 81 ust. 1 u.g.n. Termin do złożenia wniosku o aktualizację opłaty rocznej za użytkowanie wieczyste ma charakter materialny. Wniosek taki zawiera wszak żądanie udzielenia ochrony prawnej prawu podmiotowemu. Ujmując to jeszcze inaczej, wniosek pełni funkcję pozwu (zgłoszenia roszczenia).

Charakter sprzeciwu od orzeczenia samorządowego kolegium odwoławczego

Charakter sprzeciwu od orzeczenia samorządowego kolegium odwoławczego budzi wątpliwości.

W wyroku z dnia 4 grudnia 2006 r., P 35/05²⁸, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że:

[...] sprzeciw nie ma charakteru zwykłej czynności procesowej w toku instancji. [...] Jest żądaniem przekazania sprawy do sądu powszechnego, celem rozstrzygnięcia sporu cywilnoprawnego, a nadto powoduje utratę mocy orzeczenia samorządowego kolegium odwoławczego. Jednocześnie obliuguje sąd powszechny do rozpoznania sprawy od początku, sankcją zaś za niedotrzymanie terminu materialnego – zgodnie z ustawą – jest oddalenie powództwa. Upływ określonego terminu złożenia sprzeciwu wywołuje zatem skutki w sferze prawa materialnego.

Wskazał, że wniesienie sprzeciwu w terminie wywołuje dwojakiego rodzaju skutki prawne. Skutek materialnoprawny polega na utracie mocy wiążącej przez orzeczenie kolegium nawet wówczas, gdy sprzeciw był zgłoszony tylko co do części orzeczenia. Natomiast skutkiem procesowym jest przeniesienie sprawy do sądu powszechnego, właściwego ze względu na miejsce położenia nieruchomości. Zatem termin określony w art. 80 ust. 1 u.g.n. ma charakter

powództwa może wyrażać się orzeczeniem ustalającym, że aktualizacja jest uzasadniona w innej wysokości, którą sąd, powinien określić. W razie gdy użytkownik wieczysty nie wykaże swoich racji, sąd oddala powództwo w całości lub części. Oznaczając inną opłatę niż zaproponowana przez właściwy organ, sąd może orzekać tylko w granicach stawek wynikających ze stanowisk stron (art. 321 § 1 k.p.c.). Wysokość opłaty wynikająca z ewentualnego orzeczenia kolegium samorządowego jest bez znaczenia, ponieważ orzeczenie to utraciło moc”. Tak też Z. Truszkiewicz, *op. cit.*, s. 225, uchw. SN z dnia 19 września 1997 r., III CZP 44/97, OSNC 1998, nr 2, poz. 21; wyrok SN z dnia 29 października 1997 r., II CKN 281/97, OSNC 1998, nr 4, poz. 65; postanowienie SN z dnia 10 października 2002 r., V CZ 110/02, LEX nr 507973.

²⁸ OTK-A 2006, nr 11, poz. 167. Teza tego orzeczenia brzmi następująco: „Art. 80 ust. 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2004 r. Nr 261, poz. 2603 i Nr 281, poz. 2782, z 2005 r. Nr 130, poz. 1087, Nr 169, poz. 1420 i Nr 175, poz. 1459 oraz z 2006 r. Nr 104, poz. 708) w zakresie, w jakim przewiduje czternastodniowy nieprzywracalny termin wniesienia sprzeciwu do sądu powszechnego od orzeczenia samorządowego kolegium odwoławczego w przedmiocie ustalenia wysokości opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego, jest zgodny z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 oraz art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”.

materialnoprawny, jest terminem zawitym, nieprzywracalnym²⁹. Stanowiska swojego bliżej nie uzasadnił, co zapewne wynikało z przedmiotu jego orzeczenia traktującego o zgodności z Konstytucją RP przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami regulujących długość terminu na wniesienie sprzeciwu.

W głosowanej uchwale Sąd Najwyższy zasadnie przyjął, iż pogląd taki budzi zastrzeżenia. Zauważył, że sprzeciw i to także w razie jego terminowego wniesienia, nie może być uznany za nośnik powództwa podlegającego rozpoznaniu przez sąd. Taki charakter zachowuje bowiem wniosek użytkownika wieczystego, który inicjował postępowanie przed samorządowym kolegium odwoławczym. Nie budzi także moich zastrzeżeń jego konstatacja, że sprzeciw jest oświadczeniem nie mającym charakteru materialnoprawnego (pismem procesowym) będącym wyrazem niezadowolenia z orzeczenia wydanego przez samorządowe kolegium odwoławcze, składanym z zamiarem doprowadzenia do wzruszenia tego orzeczenia. Skutki powiązane przez ustawodawcę z wniesieniem sprzeciwu są właściwe wszystkim środkom zaskarżenia, których złożenie jest pewną szczególnie czynnością procesową. Uprawniony do skorzystania ze środka zaskarżenia czyni to z zamiarem doprowadzenia do wzruszenia (podważenia, „zahaczenia”) wydanego w jego sprawie orzeczenia, które uznaje za nieprawidłowe (jest to bezpośredni cel zaskarżenia) i – jeżeli pozwala na to konstrukcja konkretnego środka zaskarżenia – do uzyskania w to miejsce rozstrzygnięcia, które będzie prawidłowe (jest to pośredni cel zaskarżenia). Sąd Najwyższy w sposób uprawniony wywiódł dlatego dalej, że sprzeciw od orzeczenia samorządowego kolegium odwoławczego można uznać za niesformalizowany środek prawny, *quasi* środek zaskarżenia, którego celem jest pozbawienie mocy orzeczenia kolegium i poddanie sporu rozstrzygnięciu przez sąd. W razie wniesienia sprzeciwu w terminie, orzeczenie kolegium traci bowiem moc, nawet gdy sprzeciw odnosi się tylko do jego części (art. 80 ust.1 i 3 u.g.n.), a sprawa podlega rozpoznaniu na nowo (od początku) w postępowaniu sądowym. Wygląda to podobnie jak w przypadku wniesienia sprzeciwu od nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym. Do uznania pisma za sprzeciw wystarczy przy tym, że osoba wnosząca ten środek zmierza do wzruszenia orzeczenia kolegium, niezależnie od tego, w jakim zakresie nie godzi się z nim i czy przedstawiła zarzuty zdadne do zakwestionowania jego trafności. W tym kontekście zgodzić trzeba się z Sądem

²⁹ Tak też P. Tarno, A. Wrzesińska-Nowacka, *Postępowanie w sprawach opłaty za użytkowanie wieczyste*, „Samorząd Terytorialny” 1995, nr 7–8, s. 109 i n.; wyrok WSA w Gdańsku z dnia 24 kwietnia 2007 r., II SA/Gd 171/07, LEX nr 523908 (z tezami: 1. Termin określony w art. 80 ust. 1 u.g.n. ma charakter materialnoprawny, jest terminem zawitym, nieprzywracalnym; 2. Każdy sprzeciw od orzeczenia Samorządowego Kolegium Odwoławczego, bez względu na fakt czy został wniesiony z zachowaniem 14-dniowego terminu od dnia jego doręczenia, powinien być przekazany do sądu powszechnego wraz z aktami sprawy”).

Najwyższym, gdy uznaje, że konstrukcja sprzeciwu zbliża się do konstrukcji sprzeciwu od nakazu zapłaty wydanego w cywilnym postępowaniu upominawczym (art. 505 k.p.c.³⁰), czy do konstrukcji sprzeciwu od orzeczenia referendarza sądowego (art. 398²² i n. k.p.c.). Skądinąd Sąd Najwyższy podzielił w tym zakresie stanowisko wyrażone wcześniej przez w postanowieniu z dnia 12 stycznia 2005 r., I CK 579/04³¹ oraz przez Trybunał Konstytucyjny wyroku z dnia 6 maja 2008r., SK 49/04³². W tym ostatnim orzeczeniu wprost stwierdzono, że sprzeciw „nie pełni w tej procedurze funkcji pozwu (zgłoszenia roszczenia), tylko pełni funkcję swoistego odwołania rugującego z obrotu orzeczenie kolegium i przekazującego sprawę do rozpatrywania przez sąd powszechny”.

Jeśli idzie o doktrynalną definicję czynności procesowej, to np. Władysław Siedlecki i Zdzisław Świeboda podają, że: „czynnością procesową jest taka formalna czynność podmiotu procesowego, która według ustawy procesowej może wyrzucić skutki prawne dla procesu cywilnego, w związku z którym czynność ta zostaje dokonana”. Wskazują, że czynnością procesową jest zarówno czynność, która zapoczątkowuje proces cywilny, jak i każda czynność należąca do szeregu czynności składających się na akt procesu cywilnego. Czynnością procesową jest także taka czynność, która powoduje, że proces nie zakończy się wydaniem orzeczenia przez sąd co do istoty sprawy, np. cofnięcie pozwu, zawarcie ugody sądowej, gdy czynność taka jest dokonana przez uprawniony do tego podmiot procesowy i gdy według przepisów obowiązującej ustawy procesowej może wyrzucić zamierzone przez ten podmiot skutki prawne w procesie. Od czynności procesowych odróżniają oni inne działania, mające pewien wpływ na proces lub pozostające z nim w pewnym związku, nie będące jednak czynnościami procesowymi. Chodzi tu zarówno o działania dokonane poza procesem, jak i w procesie, oraz o działania tak podmiotów procesowych, jak i osób trzecich, jak np. zawarcie umowy o właściwość sądu, sporządzenie zapisu na sąd polubowny. Są to czynności prawa cywilnego, które o tyle mogą wywołać skutki procesowe, o ile czynią zadość warunkom określonym przez prawo procesowe. Czynności te przeto należy oceniać według prawa cywilnego, a tylko ich skutki procesowe

³⁰ Przepisy art. 502–504 k.p.c. zostały uchylone ustawą z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019, poz. 1469). Dodano zaś art. 480¹ – 480⁴ k.p.c. zawierające przepisy ogólne dla postępowania nakazowego i upominawczego.

³¹ LEX nr 148168, z tezą: „Gdy samorządowe kolegium odwoławcze rozpoznając wniosek użytkownika wieczystego, wniesiony na podstawie art. 78 u.g.n., od którego wnioskodawca nie uiścił należnej opłaty skarbowej, wydało wadliwe orzeczenie o oddaleniu wniosku i umorzeniu postępowania, pouczając użytkownika wieczystego o możliwości złożenia sprzeciwu, co jest równoznaczne z żądaniem przekazania sprawy do sądu, to wniesienie tego sprzeciwu przez użytkownika wieczystego powoduje, iż sąd powszechny właściwy jest do rozpoznania sprawy, a orzeczenie samorządowego kolegium odwoławczego traci moc”.

³² OTK-A 2008, nr 4, poz. 55.

podlegać będą ocenie według prawa procesowego, jeżeli w konkretnym postępowaniu stworzą sytuacje przewidziane tym prawem Czynnościami procesowymi nie są także działania osób trzecich w procesie, np. świadków, biegłych³³. W świetle powyższej definicji, jestem zdania, że w pełni uprawnionym jest zakwalifikowanie sprzeciwu od orzeczenia samorządowej komisji odwoławczej jako czynności procesowej. Jest to formalna czynność podmiotu procesowego, która według ustawy procesowej może wyrzucić skutki prawne dla procesu cywilnego, w związku z którym czynność ta zostaje dokonana.

Zamykając ten fragment rozważań skonstatować należy zatem, że sprzeciw od orzeczenia samorządowego kolegium odwoławczego nie ma charakteru czynności materialnoprawnej, lecz ma charakter czynności procesowej podejmowanej w toku instancji, stanowiącej *quasi* środek zaskarżenia.

Charakter terminu do wniesienia sprzeciwu od orzeczenia samorządowego kolegium odwoławczego

Wątpliwości budzi także charakter terminu do wniesienia sprzeciwu od orzeczenia kolegium wydanego w sprawie zainicjowanej takim wnioskiem.

W niektórych wypowiedziach doktryny także temu terminowi przypisano charakter materialnoprawny. Dla przykładu G. Bieniek³⁴ był zdania, że spór sądowy wszczyna wniesienie sprzeciwu od orzeczenia kolegium. Sprzeciw oczywiście przysługuje obu stronom. Termin 14 dni, licząc od doręczenia orzeczenia, ma charakter materialny. Wywiera on podwójny skutek: 1) jest żądaniem przekazania sprawy do sądu powszechnego według właściwości miejscowej określonej miejscem położenia nieruchomości (art. 38 § 1 k.p.c.), chyba że sprzeciw dotyczy wyłącznie tej części orzeczenia, którą rozstrzygnięto o kosztach postępowania; 2) orzeczenie kolegium traci moc. Utrata mocy, o którą chodzi w art. 80 ust. 3, oznacza, iż sąd rozpatruje sprawę od początku. Nie można więc np. utrzymać w mocy orzeczenia kolegium. Jest to taka sama konstrukcja prawna, jaką przyjęto w art. 505 k.p.c. w odniesieniu do nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym. Konsekwentnie zatem przyjęto w art. 80 ust. 2, że wniosek użytkownika wieczystego skierowany do kolegium zastępuje pozew.

Pogląd o materialnoprawnym, zawitym i nieprzywracalnym charakterze tego terminu wyrażono także np. w przywołanym już wcześniej wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 grudnia 2006 r., P 35/05.

³³ Zob. W. Siedlecki, Z. Świeboda, *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, LexisNexis, Warszawa 1998, s. 150–F151.

³⁴ G. Bieniek, [w:] *Ustawa o gospodarce...*, red. *idem*, komentarz do art. 80 u.g.n., pkt 2.

Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 18 lutego 2019 r., VI ACa 5/19³⁵, uznał z kolei, że:

W świetle art. 80 ust. 2 u.g.n., obowiązek przekazania przez kolegium akt sądowi oraz skutek przekształcenia wniosku w pozew nie są uzależnione od terminowości wniesienia sprzeciwu. Od wniesienia sprzeciwu «w terminie» ustawodawca uzależnił skutek w postaci utraty mocy orzeczenia kolegium (art. 80 ust. 3 u.g.n.). W razie przekazania przez kolegium akt sądowi ze sprzeciwem wniesionym po terminie, uruchamiany jest proces cywilny, a ponieważ wniosek użytkownika wieczystego zastępuje pozew, w rezultacie nieterminowość sprzeciwu powinna być stwierdzona w ramach postanowienia odrzucającego pozew z powodu niedopuszczalności drogi sądowej (art. 199 § 1 pkt 1 k.p.c.).

Stanowisko o materialnoprawnym charakterze terminu z art. 80 ust. 1 u.g.n. prawidłowo Sąd Najwyższy uznał za chybione w głosowanej uchwale z uwagi na źródło zastrzeżenia terminu do wniesienia sprzeciwu, a przede wszystkim skutki, jakie powoduje jego naruszenie. Jednocześnie, również słusznie, nie podzielił poglądu, że nieterminowość sprzeciwu powinna być stwierdzona w ramach postanowienia odrzucającego pozew z powodu niedopuszczalności drogi sądowej (art. 199 § 1 pkt 1 k.p.c.). Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na to, że skutki naruszenia terminu do złożenia sprzeciwu polegają na uprawomocnieniu się orzeczenia samorządowego kolegium odwoławczego wydanego w sprawie o aktualizację opłaty rocznej za użytkowanie wieczyste. Są to skutki typowe dla upływu terminów do wniesienia większości środków zaskarżenia, których procesowy charakter nie budzi wątpliwości. Materialnoprawne konsekwencje takiego stanu rzeczy są pośrednie i wiążą się z tym, że w relacjach między stronami obowiązywać będzie norma prawna ustalona w niezaskarżonym orzeczeniu. Jak trafnie wywiódł Sąd Najwyższy, utratę mocy orzeczenia kolegium powoduje bowiem skuteczne wniesienie sprzeciwu, nie zaś wniesienie go po przewidzianym dla tej czynności terminie. Skoro wniesienie sprzeciwu ma być uzewnętrznieniem woli doprowadzenia do wzruszenia orzeczenia samorządowego kolegium odwoławczego i uzyskania rozstrzygnięcia sądu powszechnego (sądu cywilnego) w sporze wynikłym na tle aktualizacji opłaty rocznej za użytkowanie wieczyste, to stanowcza ocena skuteczności jego wniesienia należy w całości do sądu, któremu akta sprawy wraz ze sprzeciwem muszą być przekazane, niezależnie od tego, w jaki sposób kolegium wstępnie ocenia zachowanie warunków dopuszczalności tego środka. Przeciwno uznaniu terminu do wniesienia sprzeciwu na termin prawa materialnego przemawia także to, że przepis art. 80 ust. 1 u.g.n. jest przepisem prawa procesowego, a nie prawa materialnego³⁶.

³⁵ LEX nr 2696461.

³⁶ Zob. np. wyrok SN z dnia 11 września 2003 r., III CKN 239/01, LEX nr 146452; E. Klat-Górska, [w:] E. Klat-Górska, L. Klat-Wertelecka, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, komentarz do art. 80 u.g.n., pkt 1.

Na aprobatę zasługuje pogląd Sądu Najwyższego, iż względy systemowe nakazują opowiedzieć się za koniecznością odrzucenia przez sąd sprzeciwu, wniesionego z naruszeniem przepisów określających przesłanki jego dopuszczalności, w tym i termin do jego wniesienia. W systemie przepisów o postępowaniu cywilnym ten rodzaj rozstrzygnięcia jest stosowany powszechnie w odniesieniu do środków zaskarżenia, jako wyraz oceny, że zostały złożone z naruszeniem przepisów wyznaczających przesłanki (formalne) ich dopuszczalności. W omawianym judykacie zwrócono uwagę na to, że o dopuszczalności postępowania się analogią w poszukiwaniach właściwego rodzaju rozstrzygnięcia oceniającego dopuszczalność środka zaskarżenia Sąd Najwyższy wypowiedział się już w uchwale z dnia 7 grudnia 2006 r., III CZP 96/06³⁷ w odniesieniu do skargi na czynności komornika, zanim ustawodawca wprowadził do procedury cywilnej art. 767³ k.p.c.

W głosowanej uchwale jako podstawę dla wydania orzeczenia o odrzuceniu spóźnionego sprzeciwu wskazano stosowany *per analogiam* art. 370 k.p.c. Po nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego dokonanej ustawą z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw³⁸ zmieniającej kodeks postępowania cywilnego z dniem 7 listopada 2019 r., podstawę taką stanowiłby art. 373 k.p.c. (przepis art. 370 k.p.c. został wszak uchylony), tyle że przepis ten odnosi się do sądu drugiej instancji. Sąd do którego przekazywana jest sprawa na skutek sprzeciwu nie jest zaś sądem drugiej instancji. Wydaje się dlatego, że obecnie po uchyleniu art. 370 k.p.c., właściwą podstawą prawną dla odrzucenia sprzeciwu winien być art. 480³ § 3 k.p.c. (zawarty w dziale V. Postępowanie nakazowe i upominawcze) i stanowiący, że „sąd odrzuca środek zaskarżenia niedopuszczalny, spóźniony, nieopłacony lub dotkniętymi brakami, których nie usunięto pomimo wezwania”. Podobieństwo tego sprzeciwu do sprzeciwu od nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym (o czym pisał m.in. G. Bieniek) uzasadnia taką analogię.

Przekonuje podniesiony przez Sąd Najwyższy argument odnoszący się do tego, że odrzucenie sprzeciwu wniesionego po terminie lub z innych przyczyn niedopuszczalnego najlepiej przystaje do charakteru pisma będącego nośnikiem także tego szczególnego środka zaskarżenia i przesłanek, które sąd ma na uwadze przy jego ferowaniu. Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na to, że gdyby to stanowisko odrzucić (podobnie byłoby, gdyby chcieć odrzucić jako podstawę art. 480³ § 3 k.p.c.), to za alternatywę można być uznać jedynie orzeczenie o umorzeniu postępowania wszczętego przez wniesienie sprzeciwu. Nie sposób jego zdaniem byłoby natomiast zaakceptować pogląd o konieczności od-

³⁷ OSNC 2007, nr 9, poz. 133.

³⁸ Dz.U. z 2019, poz. 1469.

rzucenia pozwu – wniosku o wszczęcie postępowania przed kolegium w razie stwierdzenia, że sprzeciw od jego orzeczenia został wniesiony z naruszeniem przepisów określających przesłanki jego dopuszczalności. Sąd Najwyższy ma rację stwierdzając, że pogląd ten jest nietrafny przede wszystkim dlatego, iż sąd nie ma żadnego tytułu do wypowiedzania się o wniosku o wszczęcie postępowania aktualizacyjnego do momentu, gdy nie stwierdzi, że sprzeciw złożony został skutecznie (w terminie, przez osobę uprawnioną). Przedmiotem oceny sądu w związku z wniesieniem sprzeciwu od orzeczenia samorządowego kolegium odwoławczego jest sprzeciw, a nie wniosek o wszczęcie postępowania aktualizacyjnego. Nie można odrzucać pozwu, który nie podlega rozpoznaniu przez sąd z uwagi na spóźnione złożenie sprzeciwu.

Trafnie wywodzi on, że w postępowaniu cywilnym, które będzie się toczyło na skutek wniesienia sprzeciwu wniosek o wszczęcie postępowania o aktualizację opłaty rocznej zastępuje pozew (art. 80 ust. 2 u.g.n.), a zatem tenże wniosek, a nie sprzeciw, pełni rolę nośnika roszczeń, które będą przedmiotem oceny przez sąd powszechny. Uchybienie terminowi do wniesienia sprzeciwu sprawi, że nie otwiera się droga do rozpoznania powództwa przez sąd, a niepodlegającego rozpoznaniu powództwa nie można oddalić. Z art. 80 ust. 3 u.g.n. wynika, że orzeczenie samorządowego kolegium odwoławczego w przedmiocie wniosku użytkownika wieczystego kwestionującego oświadczenie o wypowiedzeniu stawki opłaty rocznej traci moc wyłącznie „w razie wniesienia sprzeciwu w terminie”. Wniesienie sprzeciwu po terminie nie ma żadnego wpływu na moc obowiązującą tego orzeczenia.

Jak zauważył wreszcie Sąd Najwyższy, upatrywanie we wniesieniu sprzeciwu nie środka zaskarżenia składanego przez tę ze stron sporu, która kwestionuje orzeczenie samorządowego kolegium odwoławczego, lecz innej czynności o znaczeniu materialnoprawnym, od dokonania której w terminie i z zachowaniem wymagań formalnych zależą losy wniosku o aktualizację opłaty rocznej za użytkownika wieczystego, prowadzi do niemożliwych za zaakceptowania konsekwencji. Nie sposób przecież zgodzić się na to, by skuteczność korzystnego dla użytkownika wieczystego orzeczenia samorządowego kolegium odwoławczego została ubezwładniona (obojętne czy przez rozstrzygnięcie oddalające powództwo czy odrzucające pozew) w związku z tym, że jego przeciwnik procesowy – właściciel nieruchomości uchybił terminowi do wniesienia sprzeciwu od orzeczenia, które postrzegał jako dla siebie niekorzystane. Mogłoby to wręcz, jak nie bez racji zauważył Sąd Najwyższy, skłaniać do nadużyć. Jeżeli oświadczenie właściciela nieruchomości o wypowiedzeniu stawki opłaty rocznej (jej podwyższeniu) w fazie postępowania przed samorządowym kolegium odwoławczym uznane zostanie za nieuzasadnione, mógłby on intencjonalnie wnosić sprzeciw

po terminie, żeby doprowadzić do oddalenia (odrzućcia) wniosku użytkownika wieczystego o uznanie wypowiedzenia stawki opłaty rocznej za bezzasadne, co w konsekwencji prowadziłoby do utrzymania opłaty rocznej w podwyższonej wysokości wynikającej z dokonanego i zakwestionowanego wypowiedzenia. Takie podejście do skutków wniesienia sprzeciwu po terminie podważa sens postępowania uregulowanego przez ustawodawcę w art. 80 i n. u.g.n. Z pewnością nie o osiągnięcie takich skutków chodziło ustawodawcy przy konstruowaniu przepisu art. 80 u.g.n. W pełni zasadnie dlatego Sąd Najwyższy nie zgodził się z poglądem, iż sankcją uchybienia terminowi do wniesienia sprzeciwu ma być oddalenie powództwa.

Warto przywołać tu uzasadnienie uchwały składu siedmiu sędziów – zasady prawnej – Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 1986 r., III PZP 8/86³⁹, stanowiącej odpowiedź na pytanie o charakter prawny terminów z art. 256 i 264 k.p. Otóż podniesiono w niej, że

[...] przy określeniu charakteru prawnego terminów zawartych w art. 256 i 264 k.p. należy uwzględnić, dla jakiego celu terminy te zostały ustanowione. Aczkolwiek ustawodawca użył określeń takich, jak „odwołanie od wypowiedzenia”, czy też „wystąpienie” z żądaniem, nie może ulegać wątpliwości, iż będące przedmiotem rozważań terminy z art. 256 i 264 k.p. określają ramy czasowe, w których pracownik może wnieść do sądu powództwo o określone w tych przepisach roszczenia (żądania). Są to zatem terminy dla dochodzenia przed sądem roszczeń przysługujących pracownikowi na podstawie przepisów prawa materialnego. Uchybienie tym terminom uniemożliwia pracownikowi – na skutek upływu czasu – skuteczne dochodzenie przed sądem roszczeń. Taką funkcję spełniają terminy prawa materialnego, po upływie których roszczenie (żądanie) wygasa (prekluzja) bądź staje się niezaskarżalne (przedawnienie). [...] Podobne rozwiązanie przyjmowane jest w ustawodawstwie również przy niezachowaniu niektórych terminów, podobnych do terminów prekluzyjnych (np. art. 42 § 3 i 5 prawa spółdzielczego, czy też dawny art. 269 k.p.). Niedopuszczalne jest natomiast uwzględnienie powództwa wniesionego po upływie terminu prekluzyjnego, jeżeli przepis nie przewiduje możliwości jego nieuwzględnienia (tzw. czystej prekluzji).

W tym duchu stwierdzić można i należy, że tylko termin z art. 78 ust. 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami jest terminem dla dochodzenia przed sądem roszczeń przysługujących użytkownikowi wieczystemu na podstawie przepisów prawa materialnego. Także i ten przepis określa ramy czasowe, w których użytkownik wieczysty może wnieść do sądu wnioski (powództwo) „o ustalenie, że aktualizacja opłaty rocznej jest nieuzasadniona

³⁹ OSNC 1986, nr 12, poz. 194 z tezami: „1. Terminy przewidziane w art. 256 i 264 k.p. są terminami prawa materialnego, do których nie mają zastosowania przepisy kodeksu postępowania cywilnego dotyczące uchybienia i przywracania terminu. 2. Sąd oddał powództwo, jeżeli pozew wniesiony został po upływie terminów określonych w art. 264 k.p., których nie przywrócono, oraz po upływie terminów określonych w art. 256 k.p.”

albo jest uzasadniona w innej wysokości” (może żądać właściwego ukształtowania stosunku prawnego łączącego go z właścicielem nieruchomości). Takiego charakteru nie ma już termin z art. 80 ust. 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami.

Zamykając ten fragment rozważań skonstatować należy, że termin z art. 80 ust. 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami jest terminem procesowym (na dokonanie czynności procesowej) i jako taki podlega przywróceniu na ogólnych zasadach określonych w kodeksie postępowania cywilnego. Brak bowiem podstaw do stosowania w tym zakresie odpowiednio przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego, zwłaszcza na mocy odwołania z art. 79 ust. 7 u.g.n. Ten ostatni przepis traktuje o postępowaniu przed samorządowym kolegium odwoławczym, a nie przed sądem.

Podsumowanie

De lege lata brak podstaw i uzasadnienia prawnego dla przyjęcia, iż wniesienie sprzeciwu od orzeczenia samorządowego kolegium odwoławczego nie jest środkiem zaskarżenia składanym przez tę ze stron sporu, która kwestionuje orzeczenie tego organu administracji, lecz inną czynnością o znaczeniu materialnoprawnym, od dokonania której z zachowaniem terminu i wymagań formalnych zależeć miałyby losy wniosku o aktualizację opłaty rocznej za użytkowanie wieczyste. Taki materialnoprawny charakter ma natomiast wniosek użytkownika wieczystego złożony do samorządowego kolegium odwoławczego w związku z zakwestionowaniem podstaw oświadczenia właściciela nieruchomości o podwyższeniu opłaty za użytkowanie wieczyste nieruchomości (art. 78 ust. 2 w związku z art. 80 ust. 2 u.g.n.). Inicjuje on postępowanie o wydanie orzeczenia kształtującego stosunek prawny. Nie należy jednak mieszać tych obu instytucji prawnych, tj. wniosku i sprzeciwu.

W art. 80 ust. 3 u.g.n. jednoznacznie wskazano, że w razie wniesienia sprzeciwu w terminie, orzeczenie traci moc, nawet gdy sprzeciw odnosi się tylko do części orzeczenia. A *contrario* orzeczenie to nie traci mocy, jeśli sprzeciw wniesiono po terminie. Tylko wtedy, gdy sąd dokona oceny, że przesłanki formalne wniesienia sprzeciwu zostały spełnione, to wniesiony do kolegium wniosek „o ustalenie, że aktualizacja opłaty jest nieuzasadniona albo jest uzasadniona w innej wysokości” zastępuje pozew. Ujmując to inaczej, tylko gdy wniesiony sprzeciw nie podlega odrzuceniu (jako spóźniony, niedopuszczalny, wniesiony przez osobę nieuprawnioną), uprawniona jest teza, że: „z treści art. 80 ust. 2 wynika, że przedmiotem rozpoznania przez sąd powszechny jest wniosek, o którym mowa w art. 78 ust. 2 u.g.n. a nie sam sprzeciw, który jedynie wszczyna procedurę kontroli wypowiedzenia wysokości dotychczasowej opłaty rocznej

przez sąd”. W konsekwencji zaskarżony przez powoda wyrok sądu I instancji był wadliwy. Sąd ten nie mógł bowiem oddalić powództwa, skoro sprzeciw był spóźniony. Winien był odrzucić sprzeciw. Na takie jego orzeczenie jako kończące postępowanie w sprawie stronie służyłoby zażalenie do sądu II instancji (art. 394 k.p.c.).

Rekapitulując, trafna jest konstatacja Sądu Najwyższego, że uchybienie przez właściciela nieruchomości oddanej w użytkowanie wieczyste, który wypowiedział wysokość opłaty rocznej lub przez użytkownika wieczystego terminowi 14 dni do wniesienia sprzeciwu od orzeczenia samorządowego kolegium odwoławczego powoduje odrzucenie sprzeciwu⁴⁰, a nie oddalenie powództwa. Jest tak dlatego, że termin z art. 80 ust. 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami jest terminem procesowym, a nie materialnym. Skoro jest to termin procesowy, to uznać trzeba, wbrew wyrażanym niekiedy odmiennym zapatrywaniom, że podlega on przywróceniu.

Bibliografia

- Bończak-Kucharczyk E., *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2021.
- Breyer S., *Przeniesienie własności nieruchomości*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1971.
- Gniewek E., *Prawo rzeczowe*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Ignatowicz J., *Prawo rzeczowe*, LexisNexis, Warszawa 1998.
- Klat-Górska E., Klat-Wertelecka L., *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1, red. Z. Resich, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1972.
- Kopff A., *Charakter prawny wieczystego użytkowania*, „Studia Cywilistyczne” 1967, t. IX.
- Nowakowski Z.K., *Prawo rzeczowe. Zarys wykładu*, PWN, Warszawa 1969.
- Rudnicki S., *Charakter prawny użytkowania wieczystego*, „Nowe Prawo” 1970, nr 12.
- Siedlecki W., Świeboda Z., *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, LexisNexis, Warszawa 1998.
- Smoczyński T., *Charakter prawny wieczystego użytkowania*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1971, nr 1.
- System Prawa Cywilnego. Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, t. 2, red. J. Ignatowicz, Ossolineum, Wrocław 1977.
- Tarno P., Wrzesińska-Nowacka A., *Postępowanie w sprawach opłaty za użytkowanie wieczyste*, „Samorząd Terytorialny” 1995, nr 7–8.
- Truszkiewicz Z., *Użytkowanie wieczyste. Zagadnienia konstrukcyjne*, Zakamycze, Kraków 2006.
- Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, red. G. Bieniek, LexisNexis, Warszawa 2010.

⁴⁰ Tak też E. Bończak-Kucharczyk, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2021, komentarz do art.80 u.g.n., pkt 1.

Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz, red. P. Czechowski, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.

Winiarz J., *Użytkowanie wieczyste*, PWN, Warszawa 1967.

Wolak G., *Z problematyki postępowania o rozgraniczenie*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2020, nr 3.

Abstract

The consequences of failure to meet the deadline for lodging an objection against the decision of the local government appeals board (art.80(1) of the Real Estate Management Act of 21 August 1997). Gloss to the decision of the Supreme Court of 13 March 2020, III CZP 44/19

In the gloss to the decision of the Supreme Court of 13 March 2020, III CZP 44/19, the author approved the view of the Supreme Court that the failure by the owner of the property given for perpetual usufruct, who terminated the amount of the annual fee, or by the person exercising the right to perpetual usufruct to meet the 14-day time limit for lodging an objection (art. 80(1) of the Real Estate Management Act of 21 August 1997) shall result in the rejection of the objection. The glossator shared the view that the deadline is not material and the consequence of exceeding it cannot be dismissal of the claim.

Key words: perpetual usufruct, annual fee, real estate owner, decision of the local government appeals board, dismissal of claim, rejection of the objection

Streszczenie

Skutki uchybienia terminowi do wniesienia sprzeciwu od orzeczenia samorządowego kolegium odwoławczego (art. 80 ust. 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami). Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2020r., III CZP 44/19

W glosie do uchwały z dnia 13 marca 2020 r. III CZP 44/19 autor zaaprobował pogląd Sądu Najwyższego, że uchybienie przez właściciela nieruchomości oddanej w użytkowanie wieczyste, który wypowiedział wysokość opłaty rocznej, lub przez użytkownika wieczystego terminowi 14-dniowemu do wniesienia sprzeciwu od orzeczenia samorządowego kolegium odwoławczego (art. 80 ust. 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami) powoduje odrzucenie sprzeciwu. Glosator podzielił stanowisko, że termin ten nie ma charakteru materialnego i następstwem jego przekroczenia nie może być oddalenie powództwa.

Słowa kluczowe: użytkowanie wieczyste, opłata roczna, właściciel nieruchomości, orzeczenie samorządowego kolegium odwoławczego, oddalenie powództwa, odrzucenie pozwu, odrzucenie sprzeciwu

RECENZJE

sprawozdania · varia

BOOK REVIEWS
reports · varia

Roksana Turek

studentka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

ORCID: 0000-0001-6627-9137

turekroksanam@gmail.com

Sprawozdanie z Ogólnopolskiej Studenckiej Konferencji Naukowej „Wyzwania prawników jutra – pandemia COVID-19” (National Student Scientific Conference “Challenges of the lawyers of tomorrow – COVID-19 pandemic”)

15 kwietnia 2021 r. w Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego (KAAFM) odbyła się Ogólnopolska Studencka Konferencja Naukowa „Wyzwania prawników jutra – pandemia COVID-19”. To niezwykle wydarzenie zostało zorganizowane przez Studencką Poradnię Prawną działającą przy Krakowskiej Akademii (SPP KAAFM). Przedsięwzięcie swoim patronatem objęli: Wydawnictwo C.H. Beck, Fundacja Uniwersyteckich Poradni Prawnych (FUPP), Okręgowa Izba Radców Prawnych w Krakowie, Naczelna Rada Adwokacka oraz Sąd Okręgowy w Krakowie.

Pandemia COVID-19 wpłynęła na decyzję o zorganizowaniu konferencji w formie zdalnej – za pomocą platformy ZOOM. Szczęśliwie, nie odbiło się to na zainteresowaniu oraz wysokiej frekwencji uczestników. W efekcie wzięli w niej udział przedstawiciele wielu ośrodków akademickich z Polski oraz uczestniczka z zagranicy.

Po oficjalnym otwarciu konferencji przez Prezesa Zarządu SPP KAAFM rozpoczęły się wystąpienia gości honorowych. Jako pierwsze zaprezentowane zostało nagranie z wystąpieniem Rzecznika Praw Obywatelskich dr. hab. Adama Bodnara, który ze względu na pełnione obowiązki nie mógł się pojawić osobiście. Następnie wystąpił Prezes FUPP dr Filip Czernicki, a po nim Z-ca Opiekuna SPP KAAFM, r.pr. Paweł Klimek.

Pierwszy panel rozpoczął się wystąpieniem mgr Agnieszki Polus (Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu) pt. *Konstytucyjność ograniczania swobód i wolności obywatelskich w związku z pandemią COVID-19*, po której wystąpiła mgr Kinga Drewniowska (Uniwersytet Wrocławski) również z zagadnieniem

z zakresu prawa konstytucyjnego pt. *Ograniczenie konstytucyjnych praw wolności i jednostki w czasie pandemii COVID-19 na przykładzie swobody prowadzenia działalności gospodarczej*. Kolejny referat pt. *The online school – a carrier of the right to privacy* zaprezentowała Alina-Mihaela Tirica z University of Pitesti (Rumunia). Mgr Karolina Wierzbicka (Uniwersytet Warszawski) w odczytacie *Administracyjne kary pieniężne w dobie pandemii COVID-19. Refleksje po roku stosowania* przedstawiła dokładną analizę zjawiska. Jako następny wystąpił Dominik Gurdek (KAAFM) z ważnym zagadnieniem *Praca zdalna – prawa i obowiązki*. Panel zwięźliło wystąpienie Bartosza Brzyskiego z Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu w przedmiocie *Zawarcie i zmiana umów cywilnoprawnych w czasie pandemii*.

Drugi panel rozpoczął się od bardzo ciekawego wystąpienia Roksany Turek i Barbary Polegaj-Pasierb (KAAFM) pt. *Odpowiedzialność za narażenie na zakażenie*. Następnie przedstawiciele Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu – Izabela Firek, Wiktoria Licha oraz Kacper Kobierski wygłosili odczyt pt. *Efektywna realizacja roli obrońcy w sytuacji stosowania środków zabezpieczających w dobie pandemii COVID-19*. Niezwykle ciekawe wystąpienie, które odpowiedziało na szereg zadawanych w ostatnim czasie pytań, przedstawiła Natalia Soszyńska (KAAFM): *Sekcja zwłok a COVID-19*. Łukasz Hawrylak (UŚ) skupił się na zagadnieniach kontroli podatkowej w prezentacji *Kontrola podatkowa (celno-skarbowa) oraz czynności sprawdzające w dobie pandemii COVID-19*, a przedstawiciele KAAFM – Gabriela Kaim wraz z Michałem Adamczykiem zaprezentowali temat *Finanse przedsiębiorstw a działanie prawne resortu finansów w dobie COVID-19*.

Ostatni, trzeci panel otworzyła prelekcja pt. *E-PRAWNIK, czyli cyfrowe wyzwania względem prawnika w dobie pandemii*, przygotowana przez mgr Ewelinę Gee-Milan, Dyrektorkę Studenckiej Poradni Prawnej Uczelni Łazarzskiego, wraz z Michałem Walakiem (Uczelnia Łazarzskiego). Marek Mirosławski, Monika Malik i Aleksandra Witek (KAAFM) pochylili się nad tematem *Doręczenia elektroniczne – wyzwanie czy szansa? Wybrane zagadnienia*. Z kolei mgr Agnieszka Krzyżak (Instytut Nauk Prawnych PAN) omówiła temat *Konsekwencje wyroku Schrems II w dobie koronawirusowej rzeczywistości cyfrowej*. Następny referat, *Zastosowanie sztucznej inteligencji w pracy prawnika przyszłości*, wygłosił Piotr Betkowski z Uniwersytetu w Białymstoku. Interesującym zagadnieniem robotyzacji zajęła się Marianna Elizabet Iaroslavskaja z Uniwersytetu Warszawskiego (*Ułga na robotyzację – panaceum dla gospodarki post-pandemicznej*). Ostatnim wystąpieniem był odczyt Sandry Żuchowskiej (Uniwersytet Pedagogiczny im. KEN w Krakowie), w którym autorka poruszyła kontrowersyjną problematykę zdalnych rozpraw (*Rozprawy online – szansa czy zagrożenie*).

O czasopiśmie

Periodyk „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” wydawany jest przez Oficynę Wydawniczą KAAFM na zlecenie Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego. ISSN 1689-8052

Prezentuje zagadnienia z zakresu szeroko rozumianych nauk prawnych, w tym administracji publicznej, finansów publicznych czy integracji europejskiej. Służy jako platforma dyskusji nad prawem publicznym i prywatnym, zwłaszcza w kontekście komparatystycznym. Jest adresowany przede wszystkim do prawników i administratywistów, ale może być przydatny również studentom prawa i nauk społecznych.

Instrukcja dla autorów

1. Do publikacji przyjmowane będą prace prawnicze dotychczas niepublikowane, w tym artykuły naukowe, studia, glosy, recenzje i sprawozdania.
2. Teksty spełniające zasady obowiązujące w Studiach Prawniczych należy przekazać do Redakcji drogą elektroniczną. E-mail: sp@afm.edu.pl
3. Tekst artykułu w języku polskim, angielskim, niemieckim, lub hiszpańskim powinien być złożony pismem Times New Roman, 12 punktów, z interlinią 1,5 – w formacie edytowalnym.
4. Obowiązują przypisy dolne, z uwzględnieniem terminologii stosowanej w języku, w którym artykuł został napisany, w tym także terminologii łacińskiej.
5. Autor powinien wskazać afiliację z podaniem nazwy instytucji, w której obecnie pracuje, a także nazwę państwa. Powyższy wymóg nie ma zastosowania do autorów, którzy nie są powiązani z żadną instytucją.
6. Autorzy zobowiązani są podać numer Open Researcher and Contributor ID (ORCID). Numer ORCID, można bezpłatnie założyć na stronie <https://orcid.org/>, a pozwala on na identyfikowanie autorów i współautorów tekstów.
7. Jeśli autor wyraża zgodę na ujawnienie swojego adresu e-mail, zostanie on zamieszczony w przypisie na stronie tytułowej tekstu.

8. Do tekstu sporządzonego w języku polskim, angielskim, niemieckim lub hiszpańskim, autor powinien dołączyć:
 - a. bibliografię
 - b. abstrakt (maksymalnie 200 słów),
 - c. słowa kluczowe (3–5 słów).Autor tekstu w języku polskim powinien dołączyć tłumaczenie abstraktu i słów kluczowych na język angielski.
9. Autor powinien wraz z tekstem przekazać podpisane oświadczenie (w formie skanu bądź przesłać pocztą na adres Wydawnictwa), iż składany tekst nie jest złożony do druku w innej redakcji ani nie został wcześniej opublikowany oraz że zgadza się na nieodpłatne przeniesienie autorskich praw majątkowych na Krakowską Akademię im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego. Plik oświadczenia do pobrania na stronie czasopisma (<https://sp.ka.edu.pl/informacje-dla-autorow>).
10. Tekst, który nie spełnia ww. wymogów, nie podlega dalszej procedurze wydawniczej (redakcja nie kieruje do recenzji artykułów przygotowanych niezgodnie z instrukcją).

Przebieg procesu wydawniczego

1. Autor przesyła tekst na adres: sp@afm.edu.pl
2. Sekretarz Redakcji ocenia tekst pod kątem spełnienia wymagań formalnych czasopisma.
3. Jeśli przesłany tekst nie spełnia wymagań formalnych, Sekretarz Redakcji informuje autora o konieczności dokonania zmian bądź uzupełnień.
4. Tekst, który uwzględnia wymagania redakcji, podlega merytorycznemu badaniu przez Redaktora Naczelnego / Zastępcę Redaktora Naczelnego lub Sekretarza Redakcji.
5. Redaktor Naczelnny / Zastępca Redaktora Naczelnego lub Sekretarz Redakcji wyznaczają co najmniej dwóch niezależnych recenzentów artykułu.
6. Sekretarz Redakcji kieruje tekst do recenzentów, nie ujawniając im danych autora.
7. Recenzent przedstawia recenzję, korzystając z formularza recenzji. Wskazuje, czy tekst podlega przyjęciu bez poprawek, czy tekst podlega przyjęciu po uwzględnieniu poprawek, czy też tekst należy odrzucić. Recenzja wymaga uzasadnienia.
8. Po uzyskaniu recenzji, podejmowana jest decyzja co do opublikowania tekstu. Redaktor Naczelnny / Zastępca Redaktora Naczelnego mogą postanowić, iż tekst zostanie opublikowany dopiero po złożeniu i przyjęciu ponownych recenzji.

9. Uzyskanie dwóch negatywnych recenzji oznacza, iż tekst zostanie odrzucony.
10. Redaktor Naczelny / Zastępca Redaktora Naczelnego może podjąć decyzję o nieprzyjęciu tekstu do druku, jeśli co najmniej jeden z recenzentów oceni tekst jako niekwalifikujący się do druku.
11. Autor uzyskuje informację co do wyników recenzji. Nie ujawnia mu się danych recenzentów. Autor przygotowuje odpowiedź na recenzję.
12. Redaktor Naczelny / Zastępca Redaktora Naczelnego oraz Sekretarz Redakcji ustalają listę artykułów, które zostaną opublikowane w danym numerze czasopisma.
13. Po ustaleniu listy artykułów Sekretarz Redakcji kieruje teksty do Wydawnictwa. Teksty po redakcji językowej kierowane są do autorów, którzy zobowiązani są odnieść się do uwag redaktorów. Brak odpowiedzi na uwagi w ustalonym terminie oznacza, iż autorzy uznają zasadność wszelkich zmian językowych.
14. Teksty zostają opublikowane na stronie internetowej czasopisma „Studia Prawnicze – Rozprawy i Materiały” (<https://sp.ka.edu.pl>).

Szczegółowe zasady dotyczące recenzji

1. Do oceny każdej publikacji powołuje się co najmniej dwóch niezależnych recenzentów spoza jednostki, przy której afiliowany jest autor.
2. W przypadku tekstów powstałych w języku obcym co najmniej jeden z recenzentów jest afiliowany w instytucji zagranicznej innej niż narodowość autora pracy.
3. Rekomendowanym rozwiązaniem jest model, w którym autor(zy) i recenzenci nie znają swoich tożsamości (tzw. double-blind review process).
4. W innych rozwiązaniach recenzent musi podpisać deklarację o nieistnieniu konfliktu interesów; za konflikt interesów uznaje się zachodzące między recenzentem a autorem:
 - a) bezpośrednie relacje osobiste (pokrewieństwo, związki prawne, konflikt),
 - b) relacje podległości zawodowej,
 - c) bezpośrednią współpracę naukową w ciągu ostatnich dwóch lat poprzedzających przygotowanie recenzji.
5. Recenzja musi mieć formę pisemną i kończyć się jednoznacznym wnioskiem co do dopuszczenia artykułu do publikacji lub jego odrzucenia.
6. Zasady kwalifikowania lub odrzucenia publikacji i ewentualny formularz recenzencki są podane do publicznej wiadomości na stronie internetowej czasopisma lub w każdym numerze czasopisma.

7. Nazwiska recenzentów poszczególnych publikacji/numerów nie są ujawniane; raz w roku czasopismo podaje do publicznej wiadomości listę recenzentów współpracujących.

About the Magazine

Studies in Law: Research Papers (Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały) is a periodical magazine published by KAAFM Publishing House (Oficyna Wydawnicza KAAFM) to a commission from the Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University (Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego). ISSN 1689-8052

It presents issues from a broad range of legal sciences, including public administration, public finance, and European integration, providing a platform for discussing public and private law, especially in comparative approach. It is addressed primarily to lawyers and administration experts, but is also valuable for students of law and social sciences.

Instructions for authors

1. Research works in the field of law that have not been published previously, including articles, studies, glosses, reviews and reports, will be accepted for publication.
2. Texts that meet the conditions pertinent to Studies in Law – Research Papers are to be sent to the Editorial Office electronically. E-mail: sp@afm.edu.pl
3. Texts in Polish, English, German or Spanish should be submitted in an editable format according to the following specifications: font – Times New Roman, size – 12 point, spacing – 1.5.
4. Footnotes apply, the terminology in the language in which paper is written, including Latin terminology.
5. The author should indicate his/her affiliation and specify the name of the institution in which s/he currently works, as well as the name of the country. This requirement does not apply to authors who are not affiliated with any institution.
6. Authors are requested to submit the Open Researcher and Contributor ID (ORCID) number. The ORCID number can be created free of charge at

<https://orcid.org/>. It allows the identification of authors and co-authors of texts.

7. If the author consents to the disclosure of his/her e-mail address, it will be included in a footnote on the title page of the text.
8. The author should send the text written in Polish, English, German or Spanish accompanied with:
 - a. bibliography
 - b. abstract (max 200 words)
 - c. keywords (3–5 words)
9. Together with the text, the author should send a signed statement [in the form of a scan or by post to the publisher's address] that the text is not submitted for publication in another editorial office and has not been previously published and that the author agrees to the free transfer of economic copyrights to Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University. The declaration file can be downloaded from the journal's website (below).
10. Text that does not meet the above-mentioned requirements is not subject to further publishing procedure [the editors do not refer articles prepared contrary to the instructions for review].

Publishing process

1. The author sends the text to the following address: sp@afm.edu.pl
2. The Editorial Office Secretary evaluates whether the text meets the formal requirements of the journal.
3. If the submitted text does not meet the formal requirements, the Editorial Office Secretary informs the author about the necessity to make changes or additions.
4. The text that meets the requirements is subject to content – related examination by the Editor-in-Chief / Deputy Editor-in-Chief or the Editorial Office Secretary.
5. The Editor-in-Chief / Deputy Editor-in-Chief or the Editorial Office Secretary appoint at least two independent reviewers to each article.
6. The Editorial Office Secretary sends the text to the reviewers, without revealing the author's details.
7. The reviewer submits the review on the review form. S/he indicates whether the text is approved without amendment, whether the text is adopted as amended, or whether the text should be rejected. The review requires a justification.
8. After obtaining the review, a decision is made as to whether to publish the text. The Editor-in-Chief / Deputy Editor-in-Chief may decide that the

text will be published only after new reviews have been submitted and accepted.

9. Obtaining two negative reviews means that the text will be rejected.
10. The Editor-in-Chief / Deputy Editor-in-Chief may decide not to accept the text for publication if at least one of the reviewers evaluates the text as ineligible for publication.
11. The author obtains information on the results of the review. The data of the reviewers is not disclosed to him/her. The author prepares a reply to the review.
12. The Editor-in-Chief / Deputy Editor-in-Chief and the Editorial Office Secretary determine the list of articles to be published in a given issue of the journal.
13. After establishing the list of articles, the Editorial Office Secretary sends the texts to the Publishing House. The texts, after linguistic corrections, are sent to the authors who are obliged to refer to the proofreading comments. Failure to respond to comments before the deadline means that the authors acknowledge the validity of any linguistic changes.
14. The texts are published on the website of the journal "Studia Prawnicze – Rozprawy i Materiały / Studies in Law- Research Papers" (<https://sp.ka.edu.pl>).

Detailed rules for reviews

1. Each publication is assessed by at least two independent reviewers from outside the institution with which the author is affiliated.
2. In the case of text written in a foreign language, at least one of the reviewers is affiliated with an institution in a country other than the nationality of the author of the work.
3. The recommended approach is a model in which the authors and reviewers do not know their identities (i.e. double-blind review process).
4. In other cases, the reviewer must sign a declaration of no conflict of interest; the conflict of interest between the reviewer and the author is considered when one of the following situations is true:
 - a) direct personal relationships (kinship, legal relationships, conflict),
 - b) relationships of professional subordination,
 - c) direct academic cooperation during the last two years preceding the preparation of the review.
5. The review must be in writing and must conclude with an unambiguous statement as to whether the article can be published or rejected.

6. The rules of qualifying or rejecting a publication and a possible review form are made public on the journal's website or in each issue of the journal.
7. The names of the reviewers of individual publications/issues are not disclosed; once a year, the journal publishes a list of cooperating reviewers.

Über die Zeitschrift

Die Zeitschrift „Juristische Studien. Dissertationen und Materialien“ wird vom KAAFV-Verlag im Auftrag von Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University veröffentlicht. ISSN 1689-8052

Die Zeitschrift präsentiert Themen vom Bereich der Rechtswissenschaften, einschließlich der öffentlichen Verwaltung, der öffentlichen Finanzen und der europäischen Integration und sie dient als Plattform für die Diskussion über das öffentliche und private Recht, insbesondere in dem vergleichenden Kontext. Sie wird an die Juristen und Verwaltungsrechtsexperten gerichtet, aber sie kann auch für Jura- und Sozialwissenschaftler nützlich sein.

Hinweise und Anweisungen für Autoren

1. Zur Veröffentlichung werden juristische Werke, einschließlich wissenschaftlicher Artikel, Studien, Glossare, Rezensionen und Berichte angenommen.
2. Texte, die den Regeln des Rechtsstudiums entsprechen, sind per E-Mail an die Redaktion anzureichen. E-mail: sp@afm.edu.pl
3. Der Text des Artikels in polnischer, englischer, deutscher oder spanischer Sprache mit 1,5 Abständen – in einem bearbeitbaren Format.
4. Es gelten Fußnoten unter Berücksichtigung der Terminologie, die in der Sprache verwendet wird, in der der Artikel verfasst wurde, einschließlich der lateinischen Terminologie.
5. Der Autor sollte die Zugehörigkeit zum Namen der Institution, in der er derzeit arbeitet, sowie zum Namen des Landes angeben. Die oben genannte Anforderung gilt nicht für Autoren, die keiner Institution angeschlossen sind.
6. Die Autoren müssen die ORCID-Nummer (Open Researcher and Contributor ID) angeben. Die ORCID-Nummer kann kostenlos unter <https://orcid.org/> erstellt werden, wodurch Autoren und Mitautoren von Texten identifiziert werden können.

7. Wenn der Autor der Offenlegung seiner E-Mail-Adresse zustimmt, wird diese in eine Fußnote auf der Titelseite des Textes aufgenommen.
 8. Der Autor sollte einem Text in polnischer, englischer, deutscher oder spanischer Sprache folgendes beifügen:
 - a. Bibliographie
 - b. Zusammenfassung (max. 200 Wörter)
 - c. Schlüsselwörter (3–5 Wörter)
- Zusammen mit dem Text sollte der Autor eine unterschriebene Erklärung [in Form eines Scans oder per Post an die Adresse des Verlags] abgeben, dass der eingereichte Text nicht zur Veröffentlichung in einer anderen Redaktion eingereicht wurde oder noch nicht veröffentlicht wurde und dass er der kostenlosen Übertragung von Eigentumsrechten an der Krakauer Akademie von Andrzej Frycz Modrzewski zustimmt. Die Erklärungsdatei kann von der Website des Journals (unten) heruntergeladen werden.
 - Text, der die oben genannten Anforderungen nicht erfüllt, ist keinem weiteren Veröffentlichungsverfahren vorbehaltlich [Artikel, die entgegen den Anweisungen zur Überprüfung erstellt wurden, werden zur Rezension nicht vergeben]

Der Ablauf vom Veröffentlichungsprozess

1. Der Autor sendet den Text an die Adresse sp@afm.edu.pl
2. Der Sekretär der Redaktion bewertet den Text, ob er die formalen Anforderungen der Zeitschrift erfüllt.
3. Wenn der eingereichte Text nicht den formalen Anforderungen entspricht, informiert der Sekretär des Herausgebers den Autor über die Notwendigkeit, Änderungen oder Ergänzungen vorzunehmen.
4. Der Text, der den Anforderungen der Redaktion entspricht, unterliegt einer inhaltlichen Prüfung durch den Chefredakteur / stellvertretenden Chefredakteur oder den Redaktionssekretär.
5. Der Chefredakteur / stellvertretende Chefredakteur oder der Sekretär des Redaktionsausschusses ernannt mindestens zwei unabhängige Gutachter des Artikels.
6. Der Sekretär der Redaktion richtet den Text an die Rezensenten, ohne die Personaldaten des Autors anzugeben.
7. Der Rezensent reicht die Rezension über das Rezensionsformular ein. Der Rezensent gibt an, ob der Text ohne Änderung genehmigt wird, ob der Text in der geänderten Fassung übernommen wird oder ob der Text abgelehnt werden sollte. Die Rezension bedarf einer Begründung.

8. Nach Erhalt der Überprüfung wird entschieden, ob der Text veröffentlicht werden soll. Chefredakteur / stellvertretender Chefredakteur kann beschließen, dass der Text erst nachdem die erneuten Überprüfungen eingereicht und akzeptiert wurden, veröffentlicht wird.
9. Zwei negative Rezensionen bedeuten, dass, der Text abgelehnt wird.
10. Der Chefredakteur / stellvertretende Chefredakteur kann beschließen, den Text nicht zur Veröffentlichung anzunehmen, wenn mindestens einer der Rezensent den Text als nicht zur Veröffentlichung geeignet bewertet.
11. Der Autor erhält Informationen über die Ergebnisse der Rezension. Die Daten der Rezensenten werden ihm nicht mitgeteilt. Der Autor bereitet eine Antwort auf die Bewertung vor.
12. Der Chefredakteur / stellvertretende Chefredakteur und der Sekretär des Redaktionsausschusses legen die Liste der Artikel fest, die in einer bestimmten Ausgabe der Zeitschrift veröffentlicht werden sollen.
13. Nach Erstellung der Artikelliste sendet der Redaktionssekretär die Texte an den Verlag. Die Texte nach sprachlichen Korrekturen werden an die Autoren gesendet, die verpflichtet sind, zu den Korrekturlesekommentare Stellung zu nehmen. Wenn Kommentare nicht innerhalb der festgelegten Frist beantwortet werden, erkennen die Autoren die Gültigkeit sprachlicher Änderungen an.
14. Die Texte werden auf der Website der Zeitschrift "Studia Prawnicze – Rozprawy i Materiały / Studies in Law – Research Papers" (<https://sp.ka.edu.pl>) veröffentlicht.

Detaillierte Regeln für Rezension

1. Jede Veröffentlichung wird von mindestens zwei unabhängigen Rezensenten von außerhalb der Forschungseinheit bewertet, mit der der Autor verbunden ist.
2. Bei fremdsprachigen Texten ist mindestens einer der Gutachter einer anderen ausländischen Institution als der Nationalität des Autors des Werkes angeschlossen.
3. Die empfohlene Lösung ist ein Modell, bei dem der Autor und der Rezensent ihre Identität nicht kennen (der sogenannte doppelblinde Überprüfungsprozess).
4. Bei anderen Lösungen muss der Rezensent eine Erklärung über das Nichtvorhandensein eines Interessenkonflikts unterzeichnen. Der Interessenkonflikt zwischen dem Rezensenten und dem Autor wird berücksichtigt:
 - a. direkte persönliche Beziehungen (Verwandtschaft, Rechtsbeziehungen, Konflikte),

- b. Beziehungen der beruflichen Unterordnung,
- c. direkte wissenschaftliche Zusammenarbeit in den letzten zwei Jahren vor der Vorbereitung der Überprüfung.
 - Die Rezension muss schriftlich erfolgen und mit einer eindeutigen Schlussfolgerung darüber enden, ob der Artikel zur Veröffentlichung freigegeben werden soll oder nicht.
 - Die Regeln für die Qualifizierung oder Ablehnung der Veröffentlichung und das mögliche Rezenssionsformular werden auf der Website der Zeitschrift oder in jeder Ausgabe der Zeitschrift veröffentlicht.
 - Die Namen der Rezensenten einzelner Veröffentlichungen / Ausgaben werden nicht bekannt gegeben. Einmal im Jahr veröffentlicht die Zeitschrift eine Liste der kooperierenden Rezensenten.