

STUDIA prawnicze

ROZPRAWY I MATERIAŁY 2021 NR 2 (29)

STUDIES IN LAW

RESEARCH PAPERS

2021 NO. 2 (29)

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 [Lviv]	Francesco Morandi [Sassari]
Daniel H. Cole [Bloomington]	Stephen Riley [Utrecht]
Janina Czapska [Kraków]	Christian Rolfs [Köln]
Tomas Davulis [Vilnius]	Janusz Szwaja [Kraków]
Angelo Vighianisi 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.

Adiustacja: Agnieszka Boniatowska

Korekta: Carmen Stachowicz

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 KAAF

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

Projekt graficzny: Joanna Sroka

Skład: Jakub Aleksejczuk

Spis treści

Aleksandra Partyk

dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Słowo wstępne..... 1

Artykuły i studia

Rafał Adamus

dr hab., prof. UO, Uniwersytet Opolski

Niedopuszczalność zwrotu wpłat na fundusz stabilizacyjny na rzecz syndyka upadłej spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, cz. 2 5

Katarzyna Jasińska

dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego w Krakowie

*E-rozprawa w postępowaniu cywilnym
a prawo do sądu i możliwość obrony swych praw* 27

Gustavo Silveira Borges

Ph.D., University of Southern Santa Catarina / Federal University of Rio Grande do Sul, Brazil

José Luiz de Moura Faleiros Júnior

Ph.D Candidate, University of São Paulo, Brazil

Decolonial thinking in Brazil: perspectives for overcoming digital colonialism through the protection of human rights 43

Vinicius Venancio Costa

Data Protection Lawyer in São Paulo, Brazil

Health data processing in the context of telemedicine: an overview between Brazil and the European Union post pandemic COVID-19..... 55

Maciej Włodek

mgr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Legislacyjna transformacja krajowego rynku gazu ziemnego poprzez biogaz na przykładzie rynkowych platform współpracy 65

Glosy

Weronika Wenda

r.pr., dr, Weronika Wenda Kancelaria Radcy Prawnego

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z dnia 27 listopada 2020 r. (III CZP 83/19) (glosa aprobująca) 83

Recenzje, sprawozdania, varia

Rafał Czachor

dr hab., prof. KAAFM, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Richard Albert, Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions, Oxford University Press, New York 2019, ss. 338..... 95

O czasopiśmie	99
About the Magazine	103
Über die Zeitschrift	107
Lista recenzentów	111

Contents

Aleksandra Partyk

PhD, Andrzej Frycz Modrzewski Kraków University

Opening comment..... 2

Articles and Studies

Rafał Adamus

Associate Professor, University of Opole

*Inadmissibility of the return of payments to the stabilization fund
to the trustee of the bankrupt credit union. Part II* 5

Katarzyna Jasińska

PhD, Andrzej Frycz Modrzewski Kraków University

*E-hearing in civil proceedings versus the right to a court and the possibility
to defend one's rights* 27

Gustavo Silveira Borges

Ph.D., University of Southern Santa Catarina / Federal University of Rio Grande do Sul, Brazil

José Luiz de Moura Faleiros Júnior

Ph.D Candidate, University of São Paulo, Brazil

*Decolonial thinking in Brazil: perspectives for overcoming digital colonialism
through the protection of human rights* 43

Vinicius Venancio Costa

Data Protection Lawyer in São Paulo, Brazil

*Health data processing in the context of telemedicine: an overview between
Brazil and the European Union post pandemic COVID-19*..... 55

Maciej Włodek

master, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

*Legislacyjna transformacja krajowego rynku gazu ziemnego poprzez biogaz
na przykładzie rynkowych platform współpracy* 65

Glosses

Weronika Wenda

attorney-at-law, PhD, Weronika Wenda Kancelaria Radcy Prawnego [legal adviser office]

*Legislative transformation of the domestic natural gas market based
on biogas on the example of market cooperation platforms*..... 83

Book Reviews, Reports, Varia

Rafał Czachor

Professor, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

*Richard Albert, Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing
Constitutions, Oxford University Press, New York 2019, ss. 338..... 95*

About the Magazine 103

Über die Zeitschrift..... 107

Reviewers 111

Aleksandra Partyk

dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

ORCID: 0000-0003-3196-6601

apartyk@afm.edu.pl

Słowo wstępne

Z wielką przyjemnością zapraszam Szanownych Państwa, Czytelników periodyku „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały”, do lektury kolejnego numeru czasopisma. W numerze prezentujemy teksty Autorów powiązanych z odmiennymi systemami prawnymi. W tekstach poruszone zostały zagadnienia dotyczące różnych instytucji prawnych: procesowych i materialnoprawnych.

W dniach 10–11 czerwca 2021 r. w Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego w formule hybrydowej odbyła się Międzynarodowa Konferencja Naukowa „LegalTech, Artificial Intelligence and the Future of Legal Practice” (I JURISTECH). To wspaniałe wydarzenie zostało zrealizowane we współpracy Krakowskiej Akademii z IBEROJUR Instituto Iberoamericano De Estudios Iuridicos. W konferencji brali udział liczni przedstawiciele zagranicznych ośrodków, co pozwoliło na wymianę myśli i poprowadzenie frapujących debat. Obrady zaowocowały licznymi interesującymi publikacjami. Niektóre z tekstów Uczestników konferencji publikujemy w aktualnym numerze czasopisma.

Jednocześnie serdecznie zapraszam do nadsyłania tekstów naukowych, glos, recenzji do kolejnego numeru czasopisma. Chciałabym zaznaczyć, że „Studia Prawnicze” zostały ujęte w nowym, rozszerzonym wykazie czasopism naukowych i materiałów z konferencji naukowych prowadzonego przez Ministra Edukacji i Nauki. Publikacja na łamach „Studiów Prawniczych” wiąże się z uzyskaniem 20 punktów.

Życzę Państwu przyjemnej lektury!

Aleksandra Partyk

PhD, Andrzej Frycz Modrzewski Kraków University

ORCID: 0000-0003-3196-6601

apartyk@afm.edu.pl

Opening comment

I kindly invite you, the Readers of „Studies in Law. Research Papers” to read the next issue. We present papers from Authors linked with various legal systems. The articles address issues concerning different legal insitutions: both procedural and substantitive ones.

On 10–11 of June 2021 at Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University in the hybrid formula the International Scientific Conference: „LegalTech, Artificial Intelligence and the Future of Legal Practice” (I JURISTECH) took place. The great event was realised with the cooperation of IBEROJUR Instituto Iberoamericano De Estudios Iuridicos. The Conference was attended by numerous countries’ representatives, what allowed for the exchange of ideas and thought-provoking debates. The Conference’s proceedings resulted in many interesting publications. Some of the papers of the Conference’s participants are published in the current issue of our journal.

Moreover I kindly invite you to send papers, glosses, reviews of articles to the next issue of the journal. I would like to underline that the journal has been included in a new, expanded list of scientific journals and materials from scientific conferences maintained by the Minister of Education and Science. Publication on the pages of „Studies in Law. Research Papers” therefore means obtainting 20 points.

I wish you very pleasant reading.

ARTYKUŁY
i studia

ARTICLES
and Studies

Rafał Adamus

dr hab., prof. UO, Uniwersytet Opolski

ORCID: 0000-0003-4968-459X

radamus@uni.opole.pl

Niedopuszczalność zwrotu wpłat na fundusz stabilizacyjny na rzecz syndyka upadłej spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, cz. 2

W niniejszym artykule, który stanowi kontynuację dwuczęściowego opracowania, analizowany jest problem dopuszczalności żądania przez syndyka upadłej spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej (dalej: „kasa”) zwrotu wpłat wniesionych na fundusz stabilizacyjny. Jak już wspomniano w pierwszej części, nie jest to tylko zagadnienie istnienia bądź braku istnienia 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 – jak to wykazano w poprzedniej części – 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.

Charakter wpłat dokonywanych przez kasy w kontekście wykładni art. 58 ustawy o skok

1. Charakter wpłat na fundusz stabilizacyjny

Dla zapewnienia stabilności finansowej kas wszystkie kasy wnoszą na wyodrębniony w Kasie Krajowej fundusz stabilizacyjny środki w wysokości co najmniej 1% i nie więcej niż 3% ich aktywów¹. Wpłaty kas na fundusz stabilizacyjny mają

¹ Zob. M. Golec, *Systemowe obciążenia finansowe spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych*, „Bezpieczny Bank” 2014, nr 3.

charakter: a) obligatoryjny (wpłata na fundusz nie jest uprawnieniem czy opcją kasy), b) ustawowy (co podkreśla wysoką rangę tego obowiązku), c) pieniężny (kasa nie ma możliwości wniesienia wkładu niepieniężnego), d) solidarnościowy (wpłaty mogą być w ramach funduszu wykorzystane w interesie innych kas), e) proporcjonalny, f) wielkościowo zmienny (wysokość wpłaty nie jest stała, ale zależy od bieżącej wysokości aktywów), g) cykliczny, h) nieprzenoszalny (nie-dopuszczalne byłoby przejście zobowiązania kasy do wpłat na fundusz przez osobę trzecią), i) niezmienny (Kasa Krajowa nie może zmniejszyć ustawowego progu wpłat przez poszczególne kasy, niedopuszczalne byłoby np. *datio in solutum*), j) bezterminowy (wpłaty powinny być dokonywane do czasu ustania bytu prawnego kasy albo zmiany ustawy znoszącej ten obowiązek). Kasy dokonują wpłat w związku z dopuszczeniem do działania na rynku finansowym i wypracowanymi w ten sposób aktywami².

2. Ryzyko ekonomiczne braku zwrotu wpłat

Z uwagi na cele funduszu stabilizacyjnego, a w tym z uwagi na okoliczność, że kredyty stabilizacyjne udzielone kasom przez Kasę Krajową mogą nie zostać spłacone; okoliczność, że udziały nadobowiązkowe w kasach mogą zostać przeznaczone na pokrycie strat kasy (art. 26 ust. 2 ustawy o skok); okoliczność, że istnieje możliwość udzielania kasom bezzwrotnej pożyczki (art. 52 ust. 4 pkt 1 ustawy o skok) skutkuje potencjalnym ryzykiem braku realnego zwrotu wpłat. Przepis art. 58 ust. 1 pkt 1 ustawy o skok stanowi: „zwrot następuje z wolnych środków funduszu stabilizacyjnego proporcjonalnie do wysokości wkładów wniesionych przez poszczególnych członków”.

3. Brak analogii do ustąpienia ze spółki handlowej

Wpłaty kas na fundusz stabilizacyjny nie mają charakteru inwestycyjnego, a ich celem nie jest aprecjacja pieniądza dla wpłacającego. W kontekście funduszu stabilizacyjnego nie ma jakiegokolwiek analogii pomiędzy kasami ustępującymi z Kasy Krajowej a udziałowcami występującymi ze spółek kapitałowych na podstawie procedur umorzeniowych udziałów (art. 199 i n. ustawy z 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych [dalej: „k.s.h.”]) bądź akcji (art. 359 i n.k.s.h.). Obowiązek wpłat na fundusz stabilizacyjny wynika z normy *iuris cogentis* prawa publicznego. Zwrot wpłat dokonanych na fundusz stabilizacyjny nie jest odpowiednikiem umorzenia akcji bądź udziałów w spółkach kapitało-

² E. Wiszniowski, *Rewolucja czy normalizacja rachunkowości spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych?*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2014, nr 373, s. 282 i n.

wych. Wpłaty kas na fundusz stabilizacyjny stanowią koszt kas³. Jest to koszt księgowy⁴.

W kontekście ustawowego obowiązku wpłat na fundusz stabilizacyjny należy pamiętać, że kasy to instytucje non profit. Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy o skok nadwyżka bilansowa zostaje przeznaczona na zwiększenie funduszu zasobowego lub uzupełnienie udziałów uprzednio przeznaczonych na pokrycie straty bilansowej.

4. Ustawa o skok jako *lex specialis* względem prawa spółdzielczego

Ustawa o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych w zakresie w niej nieuregulowanym korzysta ze wsparcia Prawa spółdzielczego. Zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy o skok Kasa Krajowa jest spółdzielnią osób prawnych, do której w zakresie nieuregulowanym ustawą stosuje się przepisy Prawa spółdzielczego, przy czym obowiązuje norma kolizyjna *lex specialis derogat legi generali*⁵. Niemniej, po pierwsze, regulacja funduszu stabilizacyjnego jest zupełna. Po drugie, instytucja funduszu stabilizacyjnego nie ma swojego odpowiednika w Prawie spółdzielczym i jest na tyle specyficzna, że brak podstaw do wyciągania wniosków co do istoty tej instytucji na gruncie innych ustaw, w tym Prawa spółdzielczego. Kasa Krajowa jest szczególnego rodzaju spółdzielnią z uwagi na przedmiot jej działalności i zasady członkostwa.

Spółdzielca wpłaca wpisowe, opłaca zadeklarowany udział (udziały)⁶ obowiązkowy (art. 19 § 1 pr. spółdz.). Może opłacić udziały dodatkowe. Ustawa nie wymaga od spółdzielcy żadnych wpłat na jakiś fundusz wspólny, tworzony w interesie ogółu spółdzielców⁷. Członek spółdzielni uczestniczy w pokrywa-

³ Poprzednio § 22 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 25 czerwca 2014 r. w sprawie szczególnych zasad rachunkowości spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych (Dz.U. z 2014 r., poz. 880), obecnie § 22 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 19 stycznia 2018 r. w sprawie szczególnych zasad rachunkowości spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych (Dz.U. z 2018 r., poz. 68).

⁴ Wyrok NSA z dnia 19 lutego 2019 r. II FSK 395/17 sugeruje, że przepisy prawa o rachunkowości, zgodnie z konstytucyjnym standardem normowania obciążeń podatkowych w ustawach podatkowych (art. 217, art. 92 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej); nie mogą rozstrzygać w przedmiocie podstawy opodatkowania nałożonych danin publicznych.

⁵ Por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 21 stycznia 2011 r., III CZP 125/10, gdzie wyrażono pogląd, że poprzednio obowiązująca ustawa o kasach stanowiła *lex specialis* w stosunku do ustawy Prawo spółdzielcze.

⁶ Zgodnie z art. 20 § 1 pr. spółdz. członek spółdzielni obowiązany jest zadeklarować jeden udział, jeżeli statut nie zobowiązuje członków do zadeklarowania większej ilości udziałów.

⁷ Zgodnie z art. 78 § 1 pr. spółdz. zasadniczymi funduszami własnymi tworzonymi w spółdzielni są fundusz udziałowy (powstający m.in. z wpłat udziałów członkowskich) i fundusz zasobowy (powstający m.in. z wpłat wpisowego przez członków). Dodatkowo zgodnie z art. 78 § 2 pr. spółdz. spółdzielnia tworzy także inne fundusze własne, przewidziane w odrębnych przepisach oraz w jej statucie.

niu jej strat do wysokości zadeklarowanych udziałów (art. 19 § 2 pr. spółdz.). Członek Kasy Krajowej jest obowiązany wnieść wpisowe oraz wpłacić zadeklarowane udziały (art. 45 ust. 1 ustawy o skok). Kasa Krajowa tworzy odpowiednio fundusz udziałowy i zasobowy (art. 54 ust. 1 ustawy o skok). Dodatkowo członek Kasy Krajowej dokonuje obligatoryjnych wpłat na fundusz stabilizacyjny. Zgodnie z art. 26 § 1 pr. spółdz. udział byłego członka wypłaca się na podstawie zatwierdzonego sprawozdania finansowego za rok, w którym członek przestał należeć do spółdzielni. Sposób i terminy wypłaty określa statut. Zgodnie z art. 26 § 2 pr. spółdz. byłemu członkowi nie przysługuje prawo do funduszu zasobowego oraz do innego majątku spółdzielni, z zastrzeżeniem art. 125 § 5a pr. spółdz. Czym innym są zatem zasady rozliczeń z ustaniem członkostwa w spółdzielni a czym innym rozliczenia, o których mowa w art. 58 ustawy o skok.

W konsekwencji w przypadku ustania członkostwa w Kasie Krajowej nie dojdzie do posiłkowego stosowania przepisu art. 21 pr. spółdz. do zwrotu wpłat na fundusz stabilizacyjny. Zgodnie z art. 21 pr. spółdz.:

[...] członek spółdzielni nie może przed ustaniem członkostwa żądać zwrotu wpłat dokonanych na udziały (nie dotyczy to jednak wpłat przekraczających ilość udziałów, których zadeklarowania wymaga statut obowiązujący w chwili żądania zwrotu). Zwrot tych wpłat nie może nastąpić przed zatwierdzeniem sprawozdania finansowego za rok, w którym członek wystąpił z żądaniem oraz w wypadku, gdy jego udziały zostały przeznaczone na pokrycie strat spółdzielni (art. 19 § 2). Sposób i termin zwrotu określa statut.

Po pierwsze, nie jest możliwe posiłkowe zastosowanie art. 21 pr. spółdz., dlatego że nie ma analogii pomiędzy wpłatami kasy na fundusz stabilizacyjny a wpłatami spółdzielcy na udziały. Zgodnie z art. 45 ust. 1 ustawy o skok członek Kasy Krajowej też jest obowiązany wnieść wpisowe oraz wpłacić zadeklarowane udziały. Podstawą do dokonania przez kasy wpłat na fundusz stabilizacyjny jest ustawa, a nie statut. Kasy dokonują wpłat na fundusz stabilizacyjny wyłącznie w pieniądzu, nie są dopuszczalne wkłady niepieniężne. Po drugie, dlatego że art. 58 ustawy o skok samodzielnie i wyczerpująco reguluje przesłanki zwrotu. Po trzecie, ponieważ skład osobowy spółdzielni jest z natury rzeczy zmienny. Ponadto członek spółdzielni może wystąpić z niej za wypowiedzeniem (art. 22 pr. spółdz.), a w myśl art. 24. § 1 pr. spółdz. spółdzielnia może rozwiązać stosunek członkostwa tylko przez wykluczenie albo wykreślenie członka. Inaczej jest w przypadku członkostwa w Kasie Krajowej: utrata członkostwa przez kasę nie ma (jak w przypadku spółdzielni) charakteru *a vista*.

Wkłady kas na fundusz stabilizacyjny nie są wkładami w rozumieniu prawa spółdzielczego, stąd też przepisów tej ostatniej ustawy regulujących proble-

matykę wkładów członkowskich w spółdzielni nie można stosować nawet *per analogiam*. Wpłaty wnoszone przez kasy na fundusz stabilizacyjny, o których mowa w art. 55 ust. 1 ustawy o skok, są specyficzną dla Kasy Krajowej instytucją prawną, całkowicie odmienną od wkładów członkowskich w spółdzielni w rozumieniu art. 20 § 2 pr. spółdz.

Charakter członkostwa kasy w Kasie Krajowej w kontekście wykładni art. 58 ustawy o skok

Podstawą dla istnienia Kasy Krajowej i określenia charakteru jej członków jest ustawa. Kasa Krajowa jest spółdzielnią osób prawnych, do której w zakresie nieuregulowanym ustawą o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych stosuje się przepisy Prawa spółdzielczego (art. 41 ust. 1 ustawy o skok). Członkami Kasy Krajowej są wyłącznie kasy⁸. Ustawa stanowi, że kasy „zrzeszają się w Kasie Krajowej” (art. 41 ust. 2 zd. 1 ustawy o skok). Wynika z tego, że członkostwo kasy w Kasie Krajowej jest obligatoryjne⁹. Członkostwo w Kasie Krajowej nie jest zatem sferą autonomii woli. Kasa Krajowa jest przymusową korporacją. Odróżnia to Kasę Krajową od spółdzielni czy spółki, w której uczestnictwo jest dobrowolne.

Terminus a quo członkostwa w Kasie Krajowej powinien być liczony od daty utworzenia kasy (wejścia w życie przepisów). *Terminus ad quem* członkostwa w Kasie Krajowej przypada na ustanie osobowości prawnej kasy. Stosunek uczestnictwa (członkostwa) w Kasie Krajowej ma zatem specyficzny charakter prawny.

Inaczej niż w przypadku ustania członkostwa w spółce handlowej, spółdzielni lub banku spółdzielczym, ustanie członkostwa w Kasie Krajowej ma szczególny charakter prawny. Regulacja § 14 Statutu Kasy Krajowej stanowi, że członkostwo w Kasie Krajowej ustaje z chwilą wykreślenia z rejestru członków. Z kolei wykreślenie następuje z dniem, w którym ustaje osobowość prawna.

Utrata osobowości prawnej oznacza utratę bytu prawnego: utratę zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych, zdolności sądowej. Od tej chwili kasa nie może być już podmiotem praw i obowiązków cywilnoprawnych, w tym wynikających z ustawy stosunków zobowiązaniowych. Organy kasy ulegają rozwiązaniu. Wygasają udzielone pełnomocnictwa. Ogłoszenie upadłości kasy nie oznacza ani utraty przez kasę osobowości prawnej, ani automatycznego ustania członkostwa w Kasie Krajowej.

⁸ Zob. A. Karwasińska, *Spółdzielcze Kasy Oszczędnościowo-Kredytowe – glosa – III CZP 67/06. Ograniczenie zdolności prawnej podmiotów niebędących spółdzielczymi kasami oszczędnościowo-kredytowymi w zakresie członkostwa w Kasie Krajowej*, „Monitor Prawniczy” 2007, nr 24, s. 1381.

⁹ Tak np. wyrok Sądu Najwyższego Izba Cywilna z dnia 14 czerwca 2017 r., IV CSK 461/16.

W kontekście zwrotu wkładów wniesionych przez kasy należy zatem mieć na uwadze, że fundusz stabilizacyjny ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia stabilności finansowej kas, a zatem ważnej części systemu finansowego w Polsce. Członkostwo w Kasie Krajowej jest obligatoryjne. To samo dotyczy wpłat na fundusz stabilizacyjny. Sam fundusz stabilizacyjny jest funduszem własnym Kasy Krajowej. Członkostwo w Kasie Krajowej wygasa dopiero z chwilą wykreślenia z rejestru członków, co następuje dopiero po ustaniu osobowości prawnej kasy.

Wykładnia art. 58 ustawy o skok w świetle pojęć ogólnych

„Prawa nie ma przed interpretacją”. *Prima facie* może pojawić się wniosek, że regulacja art. 58 ustawy o skok jest – w płaszczyźnie językowej – wewnętrznie sprzeczna. Z jednej strony, roszczenie o zwrot wkładu powstaje dopiero w przypadku ustania członkostwa danej kasy (a zatem wyłącznie osoby prawnej) w Kasie Krajowej. Sekwencja czasowa jest taka, że najpierw kasa traci swój byt prawny¹⁰, a następnie traci swoje członkostwo w Kasie Krajowej. Zgodnie z ustawą z żądaniem zwrotu występuje „były członek”. Z drugiej strony osoba prawna, która utraciła swój byt prawny w wyniku wykreślenia jej z właściwego rejestru, nie istnieje, a jej organy uległy rozwiązaniu¹¹. Zatem nieistniejąca kasa (nieistniejący wierzyciel) nie ma możliwości ani zgłoszenia żądania, ani odebrania zwrotu wpłat¹². Jak można rozwiązać ów pozorny paradoks?

¹⁰ Z literatury por.: A. Witosz, *Wykonanie układu likwidacyjnego a byt prawny upadłego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2014, nr 8, s. 4 i n.; *idem*, *Likwidacja a czynności likwidacyjne*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, nr 5, s. 18 i n.; M. Kos, B. Sierakowski, *Zakończenia postępowania upadłościowego obejmującego likwidację majątku spółki kapitałowej a dalsze jej istnienie*, „Monitor Prawa Bankowego” 2014, nr 5, s. 87 i n.

¹¹ R. Adamus, „*Życie po życiu*” spółki kapitałowej, „Jurysta” 2010, nr 1, s. 57 i n.

¹² W postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2012 r., IV CSK 369/11 wyrażono pogląd, że „[...] wierzytelność, której dłużnikiem osobistym jest osoba prawna, nie wygasa z chwilą wykreślenia dłużnika z rejestru na skutek zakończenia postępowania upadłościowego, jeżeli charakter tej wierzytelności jest tego rodzaju, że możliwe jest jej zaspokojenie z substratu majątkowego pozostałego po osobie prawnej np. w razie złożenia odpowiednich kwot do depozytu sądowego, czy też z zabezpieczeń tej wierzytelności na przedmiotach majątkowych osób trzecich. W takich przypadkach likwidacja osoby prawnej prowadzi do powstania sytuacji prawnej podobnej w skutkach do tej, która jest określana mianem »zobowiązania naturalnego albo niepełnego«, tj. zobowiązania, z którego wynika wprawdzie wierzytelność, która jednak nie może być dochodzona w drodze zastosowania przymusu państwowego. Konstrukcja prawna zobowiązania wymaga istnienia dłużnika, jako podmiotu, który jest zobowiązany do spełnienia określonego świadczenia. Z chwilą jednak powstania określonej wierzytelności, z perspektywy wierzyciela, istotne jest, czy istnieje substrat majątkowy, z którego może być wierzytelność zaspokojona oraz podmiot – chociażby osoba trzecia niebędąca dłużnikiem osobistym – wobec którego może być skierowane roszczenie wierzyciela. Możliwość zaspokojenia wierzytelności z przedmiotów majątkowych pozostałych po osobie prawnej albo z zabez-

Potencjalnych wniosków płynących z różnych metod wykładni przepisów może być wiele.

Wykładnia językowa (językowo-logiczna, gramatyczna, lingwistyczna) ma pierwszeństwo przed innymi metodami wykładni. Najpierw dokonuje się wykładni językowej, a dopiero w dalszej kolejności wykładni systemowej (systematycznej), wreszcie teleologicznej (pojmowanej łącznie jako celowościowa lub funkcjonalna). Priorytet wykładni językowej ma proste uzasadnienie. Po pierwsze, przedmiotem wykładni jest język, w którym zostały sformułowane teksty prawne. Po drugie, przyczynami wykładni są racje językowe, takie jak wieloznaczność, nieostrość czy niejasność użytych w tekście prawnym wyrażań. Po trzecie, swoboda interpretacji jest ograniczona. Nie jest możliwe całkowite zanegowanie wyników wykładni językowej, ale tylko jej modyfikacja. Po czwarte, normy prawne będące wyjątkami nie podlegają wykładni rozszerzającej¹³.

Możliwe wnioski z wykładni pozajęzykowej art. 58 ustawy o skok i ich krytyka

1. Koncepcja „ekspertyzy ustania członkostwa”

Nie można wykluczyć sformułowania poglądu, że dla powstania roszczenia z art. 58 ustawy o skok dla syndyka masy upadłości wystarcza sama ekspertyza ustania członkostwa w Kasie Krajowej. Wraz z ekspertyzą ustania członkostwa, która pojawia się z chwilą ogłoszenia upadłości kasy, powstaje roszczenie syndyka masy upadłości o zwrot wpłat. Syndyk masy upadłości musiałby w takim wypadku wykazać, że nie zajął podstawy do (a) uchylenia, (b) umorzenia postępowania upadłościowego, (c) odstąpienia od wykreślenia podmiotu z rejestru, (d) zawarcia układu w upadłości (art. 266 a i n. pr. upadł.). W przypadku uchylenia postępowania upadłościowego nie dochodzi do utraty osobowości prawnej (art. 372 i n. pr. upadł.). Podobnie się dzieje w przypadku umorzenia postępowania upadłościowego (art. 361 i n. pr.

pieczeń na przedmiotach majątkowych osób trzecich wyłącza możliwość przyjęcia, aby w takim przypadku dochodziło do następczej niemożliwości świadczenia (art. 475 k.c.). Utrata bytu prawnego osoby prawnej nie niweczy ani nie modyfikuje dotychczasowej treści stosunku zobowiązaniowego, lecz prowadzi do swego rodzaju konserwacji dotychczasowej jego treści i niemożności skutecznego dochodzenia roszczeń przeciwko nieistniejącemu dłużnikowi oraz niemożności wykonywania uprawnień prawnokształtujących wynikających z wierzytelności. Przy takim założeniu hipoteka jako prawo rzeczowe o charakterze akcesoryjnym nie staje się prawem samodzielny i oderwanym od treści wierzytelności, którą dotychczas zabezpieczała. Wygaśnięcie wierzytelności dotyczyć będzie jedynie tych z nich, których charakter wymaga istnienia dłużnika osobistego”.

¹³ Zob. np. Z. Pulka, *Podstawy prawa. Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Forum Naukowe, Poznań 2012, s. 122; J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, WUJ, Kraków 1999, s. 7; L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, TNOiK, Toruń 2010, s. 107.

upadł.)¹⁴. W tym kontekście warto też odwołać się do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 2010 r.¹⁵ We wskazanym orzeczeniu wyrażono pogląd, że jeżeli postępowanie upadłościowe, obejmujące likwidację majątku upadłego, doprowadziło do zaspokojenia wszystkich wierzycieli, lecz nadal pozostał majątek spółki,

[...] to nie w każdej sytuacji istnieją podstawy do jej wykreślenia [z rejestru sądowego] i pozbawienia bytu prawnego. Spółka, która po zakończeniu postępowania upadłościowego odbiera pozostały majątek, decyduje tym samym o jego losie. Nie ma w takiej sytuacji przeszkód, aby zgłosiła sprzeciw co do jej wykreślenia z rejestru i podjęła działalność. W takiej sytuacji istnieją podstawy do odejścia od literalnej wykładni art. 477 § 1 i § 2 k.s.h., trudno bowiem wykreślić spółkę [z rejestru sądowego] po przeprowadzeniu postępowania, w ramach którego zaspokojeni zostali jej wierzyciele, ale dysponuje ona dalej swoim majątkiem i w sposób prawem przewidziany wyraża wolę dalszego istnienia¹⁶.

Dalej może się pojawić zarzut, że co prawda ustawodawca sformułował przesłankę zwrotu wpłat w taki sposób, że „w razie ustania członkostwa w Kasie Krajowej wkłady wniesione przez kasę na fundusz stabilizacyjny [...] podlegają zwrotowi”, ale dalej ustawodawca stanowi, że „kwota wolnych środków funduszu stabilizacyjnego jest ustalana na dzień zatwierdzenia sprawozdania finansowego za rok, w którym były członek wystąpił z żądaniem zwrotu”. Zatem „były członek” to kasa, której ustąpienie z Kasy Krajowej jest wysoce prawdopodobne i w związku z tym, analogicznie jak czyni to spółdzielca co do wniesionych wkładów, kasa ta zgłasza żądanie jako ustępujący członek. Ponieważ syndyk ma obowiązek dokonać podziału zgromadzonych funduszy masy upadłości, żądanie takie musi podnieść jeszcze przed zakończeniem postępowania upadłościowego i utratą osobowości prawnej kasy. W konsekwencji zwrot: „w razie ustania członkostwa” należy rozumieć jako – „w razie ustanawiania członkostwa”. Innymi słowy jest to argument, że ustawodawca użył w tekście prawnym złej formy rzeczownika odczasownikowego (*gerundium*, odśłownika), biorąc za podstawę słowotwórczą czasownik w formie dokonanej („ustało”) miast czasownika w formie niedokonanej („ustawało”).

¹⁴ Zob. np. T. Kohorewicz, *Umorzenie postępowania upadłościowego*, „Prawo Spółek” 1998, nr 3, s. 37 i n.; W. Wyrzykowski, *Z problematyki umorzenia postępowania upadłościowego spółki akcyjnej*, „Prawo Spółek” 2008, nr 1, s. 41 i n.

¹⁵ V CSK 208/09.

¹⁶ Zob. też M. Kos, B. Sierakowski, *op. cit.*, s. 87 i n.; M. Jackowski, T. Wojech, *Zachowanie podmiotowości przez spółkę kapitałową po zakończeniu likwidacyjnego postępowania upadłościowego*, „Fenix.PL” 2010, nr 2, s. 9 i n.

2. Krytyka koncepcji ekspektatywy

Niemniej pogląd taki stoi w sprzeczności z literalnym brzmieniem przepisu art. 58 ustawy o skok. Po pierwsze, przesłanką zwrotu wpłat na fundusz stabilizacyjny jest *expressis verbis* „ustanie” członkostwa, a nie ekspektatywa jego utraty. Po drugie, z żądaniem zwrotu wpłat do Kasy Krajowej występuje „były członek”. Ustawodawca jest zatem wyjątkowo konsekwentny w płaszczyźnie werbalnej. Wreszcie należy zauważyć, że w art. 26 ust. 1 pr. spółdz. co do roszczenia dotyczącego gatunkowo innych wkładów niż określone w art. 58 ustawy o skok „członek spółdzielni nie może przed ustaniem członkostwa żądać zwrotu wpłat dokonanych na udziały”. Zatem również w relacjach pomiędzy spółdzielnią a spółdzielcą – co do wpłat dokonanych na udziały – wykluczone jest dokonywanie rozliczeń przed ustaniem członkostwa w spółdzielni.

Kim jest „były członek” w rozumieniu art. 58 ustawy o skok? Ustawodawca nie zakłada „życia po życiu” kasy, która utraciła swoją osobowość prawną jeszcze przed utratą członkostwa w Kasie Krajowej. Zamiennikiem zwrotu „były członek” jest następcą prawny kasy pod tytułem ogólnym (sukcesor uniwersalny). Należy ponownie przypomnieć, że pierwszeństwo ma wykładnia językowa (gramatyczna). Dopiero wówczas gdy prowadzi ona do zawodnych wniosków, możliwa jest wykładnia celowościowa. Niemniej, jak to zostanie dalej wykazane, gramatyczna wykładnia art. 58 ustawy o skok prowadzi do sensownych wniosków interpretacyjnych.

Z kolei wykładnia celowościowa wiąże się z konfliktem wartości aksjologicznych. Z jednej strony, ochrona substancji funduszu stabilizacji odpowiada interesowi publicznego, z drugiej – za dopuszczeniem do wypłaty przemawia prywatny interes wierzycieli upadłego. Z punktu widzenia aksjologii większe znaczenie ma ochrona interesu publicznego niż określonych interesów prywatnych. Dodatkowo należy zaznaczyć, że w przypadku klasycznej spółdzielni tzw. obowiązkowe wpłaty na udział nigdy nie są wypłacane przed ustaniem członkostwa albowiem samo roszczenie co do samej zasady powstaje z chwilą ustania członkostwa w spółdzielni, wymagalne zaś co do konkretnej kwoty staje się jeszcze później, a w przypadku potrzeby pokrycia strat spółdzielni w ogóle może nie zostać wypłacone (art. 21 pr. spółdz.). Roszczenie cywilnoprawne spółdzielcy formułowane na podstawie art. 21 pr. spółdz. nie ma przy tym wpływu na interes publiczny, tak jak to się dzieje z roszczeniem syndyka opieranym o wnioski z wykładni celowościowej art. 58 ustawy o skok. Ponadto art. 28 pr. spółdz. stanowi, że w razie otwarcia likwidacji w ciągu sześciu miesięcy lub wszczęcia postępowania upadłościowego w ciągu roku od dnia, w którym członek przestał należeć do spółdzielni, obowiązany jest on wobec spółdzielni do uczestniczenia w pokrywaniu jej strat tak, jak gdyby był nadal

członkiem. W przypadku upadłości kasy zazwyczaj wcześniej korzysta ona ze środków funduszu stabilizacyjnego. Byłaby całkowitą anomalią prawną sytuacja, w której Kasa Krajowa miałaby wierzytelność do upadłego z tytułu zadysponowania funduszem stabilizacyjnym, a jednocześnie zmuszona była do zapłaty do rąk syndyka masy upadłości wartości wkładów wniesionych na fundusz stabilizacyjny.

3. Koncepcja zbycia wierzytelności

Nie można wykluczyć przyjęcia poglądu, że syndyk masy upadłości kasy może zbyć wierzytelność przyszłą o zwrot wpłat na zasadzie art. 509 k.c., a cesjonariusz wystąpi z roszczeniem po ustaniu bytu prawnego upadłej kasy. Typowym sposobem likwidacji wierzytelności wchodzących w skład masy upadłości (w tym wierzytelności przyszłych) jest ich zbycie przez syndyka¹⁷. Ponadto zgodnie z art. 27 § 1 pr. spółdz. członek spółdzielni może rozporządzać swoimi roszczeniami do spółdzielni o wypłatę udziałów oraz o zwrot wkładów lub o wypłatę ich równowartości ze skutecznością od dnia, w którym roszczenia te stały się wymagalne.

4. Krytyka koncepcji zbycia wierzytelności

Niemniej koncepcja cesji syngularnej wierzytelności przyszłej ma oczywiste mankamenty. Już na wstępie można mieć wątpliwość, czy środki funduszu stabilizacyjnego, utrzymywanego w interesie publicznym, mogą być przedmiotem spekulacyjnych transakcji? Przepis art. 58 ustawy o skok stanowi, że z żądaniem zwrotu może wystąpić jedynie „były członek”, a zatem sukcesor generalny a nie syngularny cesjonariusz. Ponadto przepis art. 27 § 1 pr. spółdz. odnosi się do gatunkowo kompletnie innych roszczeń niż te, które są opisane w art. 58 ustawy o skok, a nie został odpowiednio powtórzony w ustawie o skok co do roszczeń opisanych w jej art. 58, pomimo że członkostwo kasy w Kasie Krajowej ustaje dopiero z chwilą utraty jej osobowości prawnej.

¹⁷ Z orzecznictwa warto przywołać uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 16 września 2010 r., III CZP 56/10, OSNC 2011/3/23, w której przyjęto, że „syndyk masy upadłości spółki akcyjnej ma legitymację do ściągnięcia od akcjonariuszy uzupełniających wpłat na pokrycie kapitału zakładowego, których termin płatności jeszcze nie upłynął przed datą ogłoszenia upadłości obejmującej likwidację majątku spółki akcyjnej, a akcjonariusze nie zostali wezwani do uzupełnienia wkładu przez likwidatorów zgodnie z art. 471 k.s.h.”. Z kolei z analizy wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 2015 r., III CSK 284/14 można wyciągnąć wniosek, że syndyk może sprzedać wierzytelność upadłej spółki wobec współnika i członków zarządu ze stosunków korporacyjnych, a jej nabywca może skutecznie dochodzić zapłaty tego długu.

5. Koncepcja posiłkowego stosowania Prawa spółdzielczego

Powstaje pytanie, czy podstawą dla dochodzenia roszczeń przez syndyka nie jest art. 27 § 3 pr. spółdz. Zgodnie z tym przepisem jeżeli egzekucja z innego majątku członka spółdzielni okaże się bezskuteczna, a przepis szczególny nie stanowi inaczej, wierzyciel członka może skierować egzekucję do wniesionych przez członka wkładów. W takim wypadku roszczenie członka o zwrot wkładów lub ich równowartości staje się wymagalne po upływie sześciu miesięcy od dnia zajęcia wkładów, chyba że wymagalność tego roszczenia nastąpiła wcześniej na podstawie innych przepisów. Upadłość jest traktowana jako egzekucja generalna. Syndyk, podobnie jak komornik, działa w trybie przymusu państwowego. Czy zatem syndyk nie korzysta z tytułu do dochodzenia roszczeń jeszcze przed utratą członkostwa w Kasie Krajowej?

6. Krytyka koncepcji posiłkowego stosowania Prawa spółdzielczego

Pomiędzy roszczeniem o zwrot wkładów członkowskich a roszczeniem opartym na art. 58 ustawy o skok zachodzą na tyle fundamentalne różnice, że przepis art. 27 § 3 pr. spółdz. nie może być przyjmowany jako podstawa roszczeń syndyka *per analogiam iuris*. Przepis art. 27 § 3 pr. spółdz. i art. 58 ustawy o skok to dwa całkowicie różne światy prawne i księgowo. Po pierwsze, utrata członkostwa w spółdzielni może nastąpić *a vista* – inaczej jest z członkostwem w Kasie Krajowej. Po drugie, inne jest przeznaczenie wkładów członkowskich wniesionych na fundusz udziałowy w spółdzielni a inne wpłat na fundusz stabilizacyjny. Po trzecie, skoro członkami Kasy Krajowej są tylko osoby prawne, które tracą członkostwo w kasie tylko po utracie swojego bytu prawnego, to intencją ustawodawcy jest istotne zawężenie tytułu do roszczeń, o których mowa w art. 58 ustawy o skok. Należy mieć na względzie, że regulacja wyjątkowa nie podlega wykładni rozszerzającej. Ustawa o skok nie zawiera odpowiednika art. 27 § 3 pr. spółdz., a przepis ten nie odnosi się do wpłat na fundusz utworzony w interesie publicznym. Przepis art. 27 § 3 pr. spółdz. chroni interes wierzyciela egzekwującego. Taka postać interesu nie czyni przewagi nad interesem publicznym.

Nie można wykluczyć poglądu, że po ustaniu bytu prawnego kasy wkłady podlegają zwrotowi byłym członkom kasy, która po zakończeniu swojego postępowania upadłościowego utraciła członkostwo w Kasie Krajowej. Niemniej koncepcja taka mocno wykracza poza brzmienie ustawy. Członkowie kasy, która po zakończeniu swojego postępowania upadłościowego utraciła członkostwo w Kasie Krajowej, nie mają tytułu prawnego do otrzymania takich wpłat.

Wykładnia językowa (gramatyczna) art. 58 ustawy o skok

1. Priorytet wykładni językowej

W teorii prawa, jak już o tym wspomniano, wykładnia językowa ma priorytetowe znaczenie. Czy jest możliwa wykładnia językowa art. 58 ustawy o skok prowadząca do logicznych i spójnych wniosków? Należy założyć działanie rozsądnego ustawodawcy. Zasada poprawnej legislacji określa kryteria tworzenia prawa, których ustawodawca musi przestrzegać dla zapewnienia skuteczności prawa oraz zaufania i szacunku dla prawa ze strony jego adresatów. Uchwalane przepisy winny być racjonalne¹⁸.

Ponieważ wynik wykładni odnosi się do funduszu stabilizacyjnego Kasy Krajowej o szczególnym przeznaczeniu prawno-ekonomicznym, wyrażającym się w ochronie interesu publicznego, wykładnia językowa (gramatyczna) ma priorytetowe znaczenie. Z uwagi na wyjątkowość regulacji nie jest dopuszczalna wykładnia rozszerzająca.

2. Kontekst art. 21 pr. spółdz.

Zgodnie z art. 21 pr. spółdz.: [...] członek spółdzielni nie może przed ustaniem członkostwa żądać zwrotu wpłat dokonanych na udziały (nie dotyczy to jednak wpłat przekraczających ilość udziałów, których zadeklarowania wymaga statut obowiązujący w chwili żądania zwrotu). Zwrot tych wpłat nie może nastąpić przed zatwierdzeniem sprawozdania finansowego za rok, w którym członek wystąpił z żądaniem oraz w wypadku, gdy jego udziały zostały przeznaczone na pokrycie strat spółdzielni (art. 19 § 2). Sposób i termin zwrotu określa statut.

Oczywiście art. 21 pr. spółdz. dotyczy gatunkowo zupełnie innego roszczenia niż to, o którym mowa w art. 58 ustawy o skok. Z przepisu tego wynikają jednak następujące wnioski: po pierwsze, roszczenie o zwrot wpłat na obowiązkowe udziały powstaje dopiero wraz z ustaniem członkostwa. Przy czym w spółdzielni członkami są zazwyczaj osoby fizyczne. Osoby prawne mogą wystąpić ze spółdzielni np. po otwarciu ich likwidacji albo po ogłoszeniu ich upadłości, co daje im możliwość zużycia przedmiotu zwrotu przed utratą osobowości prawnej. Wreszcie roszczeniami majątkowymi na wypadek utraty członkostwa w spółdzielni można rozporządzać (art. 27 § 1 pr. spółdz.). Po drugie, wymagalność takiego roszczenia jest późniejsza. Zwrot wpłat nie może nastąpić przed zatwierdzeniem sprawozdania finansowego za rok, w którym członek wystąpił z żądaniem. Po trzecie, zwrot wpłat może w ogóle nie nastąpić, jeżeli udziały zo-

¹⁸ Np. wyroki TK z 14 lipca 2010 r., sygn. Kp 9/09, OTK ZU nr 6/A/2010, poz. 59 oraz z 17 maja 2005 r., sygn. P 6/04, OTK ZU nr 5/A/2005, poz. 50 oraz powołane tam orzecznictwo.

stały przeznaczone na pokrycie strat spółdzielni. Tymczasem w przypadku Kasy Krajowej jej członkami są wyłącznie osoby prawne, a ich członkostwo trwa obligatoryjnie do czasu ustania ich osobowości prawnej.

3. Przesłanka „ustania” członkostwa

Z gramatycznej konstrukcji art. 58 ustawy o skok wynika, że przesłanką powstania roszczenia o zwrot wkładów jest „ustanie członkostwa”. Nie jego wysokie prawdopodobieństwo ale fakt ustania członkostwa. *Verba legis* „w razie ustania członkostwa w Kasie Krajowej wkłady [...] podlegają zwrotowi”. Wnioskując *a contrario*, wkłady nie podlegają zwrotowi, jeżeli nie dojdzie do utraty członkostwa.

Lista sytuacji prowadzących do ustania osobowości prawnej kasy, a w konsekwencji do utraty członkostwa w Kasie Krajowej jest krótka. Utrata członkostwa w Kasie Krajowej nie przypomina utraty członkostwa spółdzielcy we spółdzielni. Wymienić należy: a) przypadek przejścia kasy przez inną kasę lub bank krajowy (dobrowolnego lub związanego z decyzją KNF); b) przypadek likwidacji kasy (z mocy prawa, dobrowolnej lub przymusowej); c) przypadek wykreślenia kasy z rejestru przedsiębiorców bez przeprowadzenia likwidacji na zasadzie art. 115 pr. spółdz.; d) przypadek zakończenia postępowania upadłościowego kasy; e) przypadek połączenia kasy przez przejście.

4. Bezpodstawność tezy o „zbiorze pustym” w przypadku zastosowania wykładni językowej

Nie jest tak, że art. 58 ustawy o skok nigdy nie będzie miał zastosowania, skoro roszczenie powstaje po ustaniu członkostwa w kasie, a po tym zdarzeniu nie istnieje podmiot, który miałby zdolność prawną czy zdolność do czynności prawnych. Ustawodawca wskazuje na tytuł do zwrotu wpłat, ale nie precyzuje, do czyich rąk ów zwrot miałby nastąpić. Przepis art. 58 ustawy o skok znajduje zastosowanie, gdy ustaje byt prawny danej kasy, ale istnieje jej następcą prawny pod tytułem generalnym (ogólnym, uniwersalnym).

W przypadku połączenia kas dochodzi do utraty bytu prawnego kasy przejmowanej i generalnej sukcesji po stronie kasy przejmującej. W przypadku łączenia się kas z chwilą ustania bytu prawnego przez kasę przejmowaną i utraty jej statusu członka w Kasie Krajowej powstaje roszczenie o zwrot wkładów, które na zasadzie sukcesji uniwersalnej¹⁹ przysługuje kasie przejmującej. Zwrot

¹⁹ Por. A. Mariański, *Sukcesja praw i obowiązków publicznoprawnych – rozważania na tle art. 494 § 2 i 5 KSH – polemika*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 12, s. 49; M.J. Nowak, Z. Olech, *Regulacja sukcesji administracyjnoprawnej w kodeksie spółek handlowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 1, s. 39; A. Piotrowska, *Sukcesja praw i obowiązków publiczno-*

nastąpi w zakresie wolnych środków funduszu stabilizacyjnego, proporcjonalnie do wysokości wkładów wniesionych przez poszczególnych członków. Kwota wolnych środków funduszu stabilizacyjnego jest ustalana na dzień zatwierdzenia sprawozdania finansowego za rok, w którym sukcesor uniwersalny byłego członka wystąpił z żądaniem zwrotu. 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.

Zgodnie z art. 74c ust. 3 i 4 ustawy o skok w przypadku gdy Kasa Krajowa odmówi udzielenia pomocy z funduszu stabilizacyjnego, Komisja Nadzoru Finansowego może podjąć decyzję o przejęciu kasy (albo o przejęciu wybranych praw majątkowych lub wybranych zobowiązań kasy przez inną kasę), za zgodą kasy przejmującej²⁰. W przypadku braku zgody innej kasy na przejęcie kasy lub braku możliwości przejęcia kasy przez inną kasę Komisja Nadzoru Finansowego, uwzględniając potrzebę ochrony stabilności rynku finansowego i bezpieczeństwa środków zgromadzonych na rachunkach kasy, może podjąć decyzję o przejęciu kasy albo o przejęciu wybranych praw majątkowych lub wybranych zobowiązań kasy przez bank krajowy bądź instytucję kredytową – za ich zgodą, albo decyzję o likwidacji kasy. Jakie są konsekwencje przejęcia kasy? Na podstawie art. 74 i ust. 5 ustawy o skok kasa przejmująca, bank krajowy przejmujący albo instytucja kredytowa przejmująca składa do właściwego rejestru sądowego wniosek o wykreślenie z rejestru przejmowanej kasy. Wąskie ujęcie podstaw zwrotu wpłat jest w pełni zgodne z charakterem prawnym i przeznaczeniem funduszu stabilizacyjnego.

Dalej: powstanie tytułu prawnego o zwrot wkładu, wniesione przez kasę na fundusz stabilizacyjny dopiero w razie „ustania członkostwa” spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, ma sens, gdyż w zasadzie chroni taką wierzytelność kasy przed egzekucją. Postępowanie egzekucyjne nie może toczyć się przeciwko dłużnikowi po utracie przez dłużnika bytu prawnego (zgodnie z art. 824 § 1 pkt 2 k.p.c. podstawą do umorzenia egzekucji jest brak zdolności sądowej dłużnika). Nie ma przy tym analogii pomiędzy wierzytelnością o zwrot wkładów wniesionych na fundusz stabilizacyjny a sytuacją spółdzielcy, o której mowa w art. 27 § 3 pr. spółdz. Zgodnie z tym przepisem jeżeli egzekucja z innego majątku członka okaże się bezskuteczna, a przepis szczególny nie stanowi inaczej, wierzyciel członka może skierować egzekucję do wniesionych przez członka wkładów. W takim wypadku roszczenie członka o zwrot wkładów lub

prawnych – rozważania na tle art. 494 § 2 i 5 KSH, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 9, s. 20; E. Skorczyńska, Sukcesja publicznoprawna w procesie łączenia się spółek na tle pojęcia następstwa prawnego w prawie administracyjnym, „Prawo Spółek” 2003, nr 11, s. 15.

²⁰ D. Duda, *Przejęcie spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej na podstawie decyzji administracyjnej Komisji Nadzoru Finansowego*, „Prawo i Wiąż” 2018, nr 1, s. 54.

ich równowartości staje się wymagalne po upływie sześciu miesięcy od dnia zajęcia wkładów, chyba że wymagalność tego roszczenia nastąpiła wcześniej na podstawie innych przepisów. Trudno byłoby przyjąć pogląd, że interes publiczny miałby ustąpić prywatnemu interesowi wierzyciela egzekwującego.

Masa upadłości obejmuje z kolei majątek (w tym wierzytelności) upadłego istniejący w dacie ogłoszenia upadłości albo nabyty w jego trakcie²¹. Do masy upadłości nie mogą należeć wierzytelności powstające po ustaniu osobowości prawnej upadłego.

Powstanie tytułu prawnego o zwrot wkładu, wniesione przez kasę na fundusz stabilizacyjny dopiero w razie „ustania członkostwa” spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, odpowiada nieinwestycyjnemu charakterowi wpłat, a także ochronie funduszu stabilizacyjnego jako funduszu własnego Kasy Krajowej. Tytuł do zwrotu wkładów jest zatem wyraźnie ograniczony.

5. Wspierające argumenty z wykładni historycznej i systemowej

Wykładnię językową i płynące z niej wnioski wspiera wykładnia historyczna i systemowa. W uzasadnieniu propozycji regulacji z 2009 r. napisano krótko: „Art. 56 projektu określa zasady zwrotu środków wniesionych na fundusz stabilizacyjny w razie ustania członkostwa kasy w Kasie Krajowej”²². Niemniej w projekcie znajdowała się jeszcze jedna bardzo ważna regulacja, o charakterze normy przejściowej. Otóż zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy „Art. 84 przewiduje, że w latach 2009–2010 z funduszu stabilizacyjnego mogą być finansowane wydatki na pokrycie roszczeń członków kas w razie ich upadłości lub wykreślenia z rejestru bez prowadzenia postępowania upadłościowego”. Czy zatem ustawodawca mógł być zakładać, teoretycznie możliwe, bezpośrednie pokrycie roszczeń członków upadłych kas i dodatkowo wypłatę na rzecz syndyka upadłej kasy wkładów wniesionych na fundusz stabilizacyjny?²³ Przecież nawet

²¹ D. Chrapoński, *Wylączenia z masy upadłości*, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 23; A. Witosz, *Skutki upadłości w okresie odrębnego zarządu majątkami połączonych spółek kapitałowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005, nr 5, s. 4; K. Oplustil, *Roszczenie wierzyciela o zabezpieczenie a instytucja odrębnego zarządu przy połączeniach spółek kapitałowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 1, s. 49 i n.; P. Pogonowski, *Mienie wchodzące w skład masy upadłości – wybrane zagadnienia*, „Prawo Spółek” 1999, nr 6, s. 35 i n.; J. Kaczor, *Sytuacja wkładu niepieniężnego w masie upadłościowej spółki z o.o.*, „Prawo Spółek” 1999, nr 7–8, s. 19 i n.

²² Druk 1876 Sejmu VI Kadencji z dnia 18 marca 2009 r. – uzasadnienie projektu ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych.

²³ Ustawa została uchwalona przez Sejm i Senat 5 listopada 2009 r., 9 listopada Marszałek Sejmu przekazał ustawę do podpisu Prezydentowi, 30 listopada Prezydent zdecydował przed podpisaniem ustawy o zwróceniu się z wnioskiem do Trybunału Konstytucyjnego. Przepis art. 91 ust. 1 i 2 ustawy o skok (projektowany art. 84) ostatecznie okazał się normą prawną „pustą”. Z tej przyczyny wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 stycznia 2012 r., Kp 10/09 zakwestionował jej konstytucyjność. Okoliczność powyższa nie umniejsza wagi przedstawionego

w Prawie spółdzielczym zwrot wpłat udziałowych dla byłego spółdzielcy może w ogóle nie nastąpić, jeżeli jego udziały zostały przeznaczone na pokrycie strat spółdzielni.

Przepis art. 58 ustawy o skok rodzi bardzo poważne wątpliwości konstytucyjne. W szczególności dotyczy to uszczerbku w interesie publicznym w kontekście możliwości zubożenia funduszu stabilizacyjnego dla zaspokojenia interesu prywatnego. Nadto przepis ten jest systemowo zbędny.

Podsumowanie

Środki pieniężne wnoszone przez spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe na wyodrębniony w Kasie Krajowej fundusz stabilizacyjny, o których mowa w art. 55 ust. 1 ustawy o skok, mają szczególny charakter prawny. Podstawą gromadzenia środków funduszu jest ustawa. Fundusz stabilizacyjny, tworzony w interesie publicznym, jest konstrukcyjną przeciwwagą dla braku obowiązku zgromadzenia przez kasy funduszu założycielskiego (na wzór obowiązku nałożonego na banki). Koncepcja funduszu stabilizacyjnego obecna jest w prawie modelowym dla związków kredytowych. Fundusz stabilizacyjny tworzony jest przede wszystkim z cyklicznych wpłat wnoszonych przez członków, którzy podlegają obligatoryjnemu zrzeszeniu w Kasie Krajowej od początku swojej osobowości prawnej, aż do jej ustania. Fundusz stabilizacyjny jest elementem szerszego systemu gwarancji stabilności finansowej instytucji depozytowo-pożyczkowych. Dysponowanie funduszem stabilizacyjnym może nastąpić tylko w celach zgodnych z ustawą. Uszczuplenie zasobów funduszu dla realizacji partykularnych celów prywatnych może nastąpić tylko na podstawie przepisów prawa podlegających ścisłej, restrykcyjnej wykładni. Roszczenie o zwrot wpłat dokonanych na fundusz stabilizacyjny nie powstaje przed ustaniem członkostwa kasy w Kasie Krajowej, a ustanie członkostwa w Kasie Krajowej jest następstwem utraty osobowości kasy. Ogranicza to zastosowanie art. 58 ustawy o skok do tych przypadków, w których istnieje sukcesor pod tytułem uniwersalnym po kasie tracącej byt prawny.

W przypadku ogłoszenia upadłości kasy nie powstaje roszczenie o zwrot środków, o których mowa w art. 55 ust. 1 ustawy o skok. Fakt upadłości nie jest przyczyną przyspieszenia powstania czy przyspieszenia wymagalności wierzytelności, która przysługiwałaby upadłemu. Ponieważ warunkiem *sine qua non* powstania wierzytelności o zwrot wpłat na fundusz stabilizacyjny jest ustanie członkostwa w Kasie Krajowej, a to z kolei następuje po utracie osobowości

argumentu. Trybunał nie odniósł się bowiem do treści merytorycznej normy, ale do okoliczności *post factum*, że dotyczyła ona czasu przed wejściem w życie ustawy.

prawnej kasy, wiarygodność taka nie wchodzi do masy upadłości. Syndyk masy upadłości nie ma tytułu ani do dochodzenia roszczeń, o których mowa w art. 58 ustawy o skok, ani do ich zbycia osobie trzeciej.

Bibliografia

- Adamus R., *Bankruptcy and Restructuring Law in Poland*, „Societas et Iurisprudentia” 2019, vol. VII, issue 2.
- Adamus R., *Kategoria zaspokojenia wiarygodności handlowych współnika 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.
- Adamus R., „*Życie po życiu*” spółki kapitałowej, „Jurysta” 2010, nr 1.
- Ancyparowicz G., *Sytuacja prawna a standing finansowy spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych*, „Pieniądze i Więź” 2015, nr 19.
- Bekieszczuk K., *Nadzór KNF nad spółdzielczymi kasami oszczędnościowo-kredytowymi*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2011.
- 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.
- Chrapoński D., *Wylączenia z masy upadłości*, C.H. Beck, Warszawa 2010.
- Duda D., *Przejęcie spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej na podstawie decyzji administracyjnej Komisji Nadzoru Finansowego*, „Prawo i Więź” 2018, nr 1.
- 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 wierzytelności 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*, „Bezpieczny Bank” 2014, nr 3.
- 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.
- Jackowski M., Wojech T., *Zachowanie podmiotowości przez spółkę kapitałową po zakończeniu likwidacyjnego postępowania upadłościowego*, „Fenix.PL” 2010, nr 2.
- 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.
- Kaczor J., *Sytuacja wkładu niepieniężnego w masie upadłościowej spółki z o.o.*, „Prawo Spółek” 1999, nr 7–8.
- Kamińska K., *Kasy Stefczyka i Komunalne Kasy Oszczędności jako lokalne instytucje*, „Zeszyty Naukowe WSHE”, t. IV: *Nauki Prawne*, Włocławek 1999.
- Kędziński 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 Kogium Ekonomiczno-Społeczne Studia i Prace” 2015, nr 23 (2).

- Kłodnicki D., *Podział funduszy masy upadłości*, „Prawo Spółek” 1998, nr 10.
- Kohorewicz T., *Umorzenie postępowania upadłościowego*, „Prawo Spółek” 1998, nr 3.
- Kołodziej E., *Banki spółdzielcze jako uczestnik rynku usług bankowych*, „Roczniki Naukowe Stowarzyszenia Ekonomistów Rolnictwa i Agrobiznesu” 2014, nr 6(XVI).
- Kos M., Sierakowski B., *Zakończenia postępowania upadłościowego obejmującego likwidację majątku spółki kapitałowej a dalsze jej istnienie*, „Monitor Prawa Bankowego” 2014, nr 5.
- 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 wiarytelności zabezpieczonych prawem zastawu w sytuacji upadłości zastawcy*, „Rejent” 1998, nr 5.
- Lukaszewicz-Kamińska A., *Zrównoważony model działania spółdzielczej instytucji finansowej w Polsce*, „Pieniądze i Więź” 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.
- Mariańska A., *Sukcesja praw i obowiązków publicznoprawnych – rozważania na tle art. 494 § 2 i 5 KSH – polemika*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 12.
- Marszałkowska-Krześ E., Gil I., *Znaczenie i skutki zabezpieczeń rzeczowych w przypadku ogłoszenia upadłości*, [w:] *Wokół rekodyfikacji prawa cywilnego. Prace jubileuszowe*, red. P. Stec, M. Załucki, OW AFM, Kraków 2015.
- Morawski L., *Zasady wykładni prawa*, TNOiK, Toruń 2010.
- Morawski W., *Zarys dziejów Komunalnych Kas Oszczędności w Polsce*, „Bank i Kredyt” 1991, nr 10.
- Nowak M.J., Olech Z., *Regulacja sukcesji administracyjnoprawnej w kodeksie spółek handlowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 1.
- Ochociński S., *W stulecie spółdzielczości kredytowej w Polsce*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny” 1961, nr 23(2).
- Oplustil K., *Roszczenie wierzyciela o zabezpieczenie a instytucja odrębnego zarządu przy połączeniach spółek kapitałowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 1.
- 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.
- Piotrowska A., *Sukcesja praw i obowiązków publicznoprawnych – rozważania na tle art. 494 § 2 i 5 KSH*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 9.
- Pogonowski P., *Mienie wchodzące w skład masy upadłości – wybrane zagadnienia*, „Prawo Spółek” 1999, nr 6.
- Pruski J., Szambelańczyk J., *Systemy gwarantowania depozytów w sieciach bezpieczeństwa finansowego na tle konsekwencji globalnego kryzysu finansowego*, „Bezpieczny Bank” 2014, nr 4(57).

- Pulka Z., *Podstawy prawa. Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Forum Naukowe, Poznań 2012.
- 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 Allerhanda, 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, 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.
- Skorczyńska E., *Sukcesja publicznoprawna w procesie łączenia się spółek na tle pojęcia następstwa prawnego w prawie administracyjnym*, „Prawo Spółek” 2003, nr 11.
- Srokosz W., *Charakter prawny nadzoru nad Spółdzielczymi Kasami Oszczędnościowo-Kredytowymi*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2007, nr 10.
- Srokosz W., *Instytucje parabankowe 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.
- Stelmach J., *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, WUJ, Kraków 1999.
- 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 parabankowych 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.
- Wiszniewski E., *Rewolucja czy normalizacja rachunkowości spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych?*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2014, nr 373.
- Witalec R., *Spółdzielczość kredytowa systemu Schulzega w Małopolsce w latach 1873–1939*, Instytut Pamięci Narodowej, Rzeszów–Warszawa 2008.
- Witosz A., *Likwidacja a czynności likwidacyjne*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, nr 5.
- Witosz A., *Skutki upadłości w okresie odrębnego zarządu majątkami połączonych spółek kapitałowych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005, nr 5.
- Witosz A., *Wykonanie układu likwidacyjnego a byt prawny upadłego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2014, nr 8.
- Wyrzykowski W., *Z problematyki umorzenia postępowania upadłościowego spółki akcyjnej*, „Prawo Spółek” 2008, nr 1.
- 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

Inadmissibility of the return of payments to the stabilization fund to the trustee of the bankrupt credit union. Part II

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

Niedopuszczalność zwrotu wpłat na fundusz stabilizacyjny na rzecz syndyka upadłej spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, cz. 2

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 braku istnienia 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

Katarzyna Jasińska

dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego w Krakowie

ORCID: 0000-0002-1746-1095

kjasinska@afm.edu.pl

E-rozprawa w postępowaniu cywilnym a prawo do sądu i możliwość obrony swych praw

Uwagi wstępne

Artykuł 15zszs¹ pkt 1 ustawy z 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych¹ (dodany z dniem 16.05.2020 r. do ustawy tzw. Tarczy Antykryzysowej 3.0²) w postępowaniu cywilnym wprowadził tzw. rozprawy odmiejscowione, potocznie zwane rozprawami zdalnymi czy e-rozprawami (przy czym rozważania będą odnosiły się także do posiedzenia jawnego, które nie jest rozprawą); przepis ten został istotnie zmieniony nowelizacją dokonaną ustawą z 28 maja 2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw³, która w tej części weszła w życie w dniu 3 lipca 2021 r.

Wprowadzenie na tak szeroką skalę rozprawy odmiejscowionej miało z całą pewnością służyć jak najbezpieczniejszemu i jednocześnie jak najszerszemu funkcjonowaniu sądów w czasie epidemii COVID-19 w celu umożliwienia obywatelom realizacji ich konstytucyjnego prawa do sądu. Zgodnie bowiem z art. 45 Konstytucji RP każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy – bez nieuzasadnionej zwłoki – przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Prawo do sądu wynika także z art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁴. Z tego punktu

¹ Dz.U. z 2020 r., poz. 1842, dalej: „ustawa antycovidowa”.

² Ustawa z 14 maja 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie działań osłonowych w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2, Dz.U. z 2020 r., poz. 875, art. 46.

³ Dz.U. z 2021 r., poz. 1090.

⁴ Sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r., zmieniona Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.

widzenia omawiana regulacja niewątpliwie zasługuje na aprobatę tym bardziej że epidemia, poza oczywistym zagrożeniem dla zdrowia i życia obywateli związanym z kontaktami międzyludzkimi w budynkach sądów, powoduje także liczne absencje na rozprawach (stron, świadków, biegłych), wywołane kwarantanną lub izolacją (co nie zawsze musi wiązać się z pogorszeniem stanu zdrowia, które uniemożliwiłoby wzięcie udziału w rozprawie *on line*) czy choćby samą obawą o swoje zdrowie, wynikającą z epidemii. Mimo akceptacji dla tej formy procedowania – szczególnie w aktualnych, nadzwyczajnych okolicznościach – nie można jednak nie zauważyć pewnego zagrożenia z nią związanego, przy czym zagrożenie to dotyczy – paradoksalnie – samego prawa do sądu⁵ (którego realizację zdalne rozprawy w założeniu mają zapewnić), a także prawa stron do obrony ich praw w toczących się procesach, którego naruszenie skutkuje nieważnością postępowania (art. 379 pkt 5 k.p.c.).

Artykuł 15zsz¹ powołanej ustawy ma obowiązywać tylko określony czas (jedna z jego wersji już nie obowiązuje), a mianowicie w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 oraz w ciągu roku od odwołania ostatniego z nich⁶. Jednak nawet przy optymistycznym założeniu, że epidemię uda się wkrótce zwalczyć – poczynione w niniejszym artykule rozważania jeszcze długo będą aktualne. Jeszcze bowiem długo po zaprzestaniu prowadzenia rozpraw zdalnych rozpoznawane będą środki odwoławcze, w tym te nadzwyczajne, w których strony (uczestnicy) będą zarzucały uniemożliwienie im obrony swoich praw w związku ze stosowaniem omawianej regulacji zarówno w jej pierwotnym, jak i znowelizowanym brzmieniu. Niewykluczone także, że rozprawy zdalne także po zakończeniu epidemii pozostaną (choć może na mniejszą skalę) stałym elementem sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez polskie sądy orzekające w sprawach cywilnych.

Trudna decyzja: rozprawa tradycyjna czy on-line?

1. Stan prawny do dnia 2 lipca 2021 r.

Zgodnie z art. 15zsz¹ pkt 1 ustawy antycovidowej w brzmieniu do dnia 2 lipca 2021 r. w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu

⁵ Mimo że prawo do jawnego rozpoznania sprawy składa się na konstytucyjne prawo do sądu, to w niniejszym artykule pominięta została problematyka jawności zewnętrznej w przypadku e-rozpraw. Na ten temat por. np. J. Litowski, *Ograniczenie jawności postępowania cywilnego z uwagi na stan epidemii wywołany wirusem COVID-19*, „Monitor Prawniczy” 2021, nr 2, s. 71 i nast.

⁶ W przypadku wątpliwości interpretacyjnych w przedmiocie daty końcowej stosowania tej regulacji por. A. Skorupka, *E-rozprawa i zmiany w sposobie procedowania w tarczy 3.0*, LEX/el. 2020, pkt 2.

epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 oraz w ciągu roku od odwołania ostatniego z nich, w sprawach rozpoznawanych według przepisów k.p.c. rozprawę lub posiedzenie jawne przeprowadza się przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie ich na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku, z tym że osoby w nich uczestniczące nie muszą przebywać w budynku sądu, chyba że przeprowadzenie rozprawy lub posiedzenia jawnego bez użycia powyższych urządzeń nie wywoła nadmiernego zagrożenia dla zdrowia osób w nim uczestniczących.

Z art. 15zsz¹ pkt 1 ustawy antycovidowej wynika, że zgodnie z intencją ustawodawcy e-rozprawa jest zasadą (na co wskazuje sformułowanie: „przeprowadza się”)⁷, a rozprawa w formie tradycyjnej jest wyjątkiem, który może mieć miejsce tylko, gdy jej przeprowadzenie w takiej formie nie wywoła nadmiernego zagrożenia dla zdrowia osób w niej uczestniczących⁸. Decyzję w tym zakresie

⁷ Tak również J. Gołaczyński, A. Zalesińska, *Nowe technologie w sądach na przykładzie wideokonferencji i składania pism procesowych i doręczeń elektronicznych w dobie pandemii COVID-19*, „Monitor Prawniczy” 2020, nr 12, s. 639.

⁸ Na marginesie warto zauważyć, że rozprawa zdalna jest zasadą od lipca 2017 r. także w jednym z postępowań odrębnych, a mianowicie w europejskim postępowaniu w sprawie drobnych roszczeń (gdzie rozprawa w ogólności jest wyjątkiem od procedowania na posiedzeniu niejawnym), uregulowanym w Rozporządzeniu (WE) NR 861/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 lipca 2007 r., ustanawiającym europejskie postępowanie w sprawie drobnych roszczeń. Artykuł 8 ust. 1 – 4 rozporządzenia stanowi bowiem:

„1. W przypadku gdy przeprowadzenie rozprawy zostało uznane za konieczne zgodnie z art. 5 ust. 1a, rozprawę taką przeprowadza się z wykorzystaniem wszelkich odpowiednich środków technicznych porozumiewania się na odległość, takich jak wideokonferencja lub telekonferencja, dostępnych dla sądu lub trybunału, chyba że – ze względu na szczególne okoliczności danej sprawy – wykorzystanie takich środków nie byłoby właściwe z punktu widzenia rzetelnego przeprowadzenia postępowania.

W przypadku gdy osoba, która ma zostać wysłuchana, ma miejsce zamieszkania lub miejsce zwykłego pobytu w państwie członkowskim innym niż państwo członkowskie sądu lub trybunału rozpatrującego sprawę, uczestnictwo tej osoby w rozprawie w drodze wideokonferencji, telekonferencji lub z wykorzystaniem innych właściwych środków technicznych porozumiewania się na odległość, zapewnia się poprzez korzystanie z procedur przewidzianych w rozporządzeniu Rady (WE) nr 1206/2001²¹.

2. Strona wezwana do stawienia się na rozprawę może wystąpić o wykorzystanie środków technicznych porozumiewania się na odległość, o ile środki te są dostępne dla sądu lub trybunału, podnosząc, że czynności związane z zapewnieniem osobistego stawiennictwa, a zwłaszcza ewentualne koszty, jakie musiałaby ponieść, byłyby nieproporcjonalne do wartości przedmiotu sporu.

3. Strona wezwana do wzięcia udziału w rozprawie z wykorzystaniem środków technicznych porozumiewania się na odległość może wystąpić z wnioskiem o osobiste stawiennictwo w rozprawie. Formularz pozwu A i formularz odpowiedzi C, ustanowione zgodnie z procedurą, o której mowa w art. 27 ust. 2, zawierają informację dla stron, że odzyskanie jakichkolwiek kosztów poniesionych przez stronę w związku z osobistym stawiennictwem na rozprawie, na wniosek tej strony, podlega warunkom określonym w art. 16”.

Przepisy o tym postępowaniu są jednak bardzo rzadko stosowane, nie tylko w Polsce, ale i w całej Unii Europejskiej, mają więc marginalne znaczenie.

każdorazowo podejmuje przewodniczący składu orzekającego, który powinien wziąć pod uwagę wszelkie komunikaty i zalecenia odpowiednich organów powołanych do zwalczania epidemii oraz przeciwdziałania jej skutkom, a także możliwość zapewnienia odpowiedniego poziomu zabezpieczeń w budynku sądu, stopień natężenia zachorowań w miejscu orzekania czy też w miejscu, z którego przyjeżdża osoba mająca wziąć udział w rozprawie⁹. W związku z tym, że do dnia 2 lipca 2021 r. była to jedyna przesłanka, której spełnienie pozwalało na procedowanie w trybie tradycyjnym, uznać należy, że jej spełnienie nie wymagało szerszego uzasadnienia (skoro przewodniczący wyznaczył rozprawę w budynku sądu, to znaczy, że uznał, iż „jej przeprowadzenie w takiej formie nie wywoła nadmiernego zagrożenia dla zdrowia osób w niej uczestniczących”). Należy jednak wziąć pod uwagę, że kategoryczne sformułowanie („nie wywoła nadmiernego...”) wskazuje, że decydując się na procedowanie w budynku sądu, trzeba mieć pewność co do braku zagrożenia, a jakiegokolwiek wątpliwości wykluczają możliwość skorzystania z tradycyjnego procedowania¹⁰. Nie wymaga szerszego komentarza stwierdzenie, że o takie przekonanie będzie trudno, a nawet, że jego osiągnięcie będzie niemożliwe. Mimo że konkluzja ta wydaje się być oczywista, to jednak przeczą jej fakty, a mianowicie niewielki procent rozpraw przeprowadzanych w trybie zdalnym nawet w szczytach kolejnych fal epidemicznych. Nie jest to bez znaczenia z punktu widzenia problemów analizowanych w niniejszym artykule. O ile bowiem w typowym przypadku, kiedy rozważamy możliwość naruszenia praw obywatelskich w kontekście rozpraw on-line, to myślimy o negatywnych konsekwencjach korzystania z tego trybu, zapominając, że także nieskorzystanie z tej możliwości może naruszać prawa strony. Można sobie bowiem wyobrazić sytuację, że strona nie stawi się na rozprawie w budynku sądu, uznając, że istnieje realne zagrożenie dla jej zdrowia, a nawet życia. Jeśli jej uprzedni, umotywowany wniosek o zmianę formy rozprawy nie został uwzględniony, niewykluczone będzie powołanie się na nieważność postępowania z powodu pozbawienia strony możliwości obrony jej praw¹¹.

W świetle ugruntowanych poglądów doktryny i judykatury pozbawienie strony możliwości obrony swych praw w rozumieniu art. 379 pkt 5 k.p.c. zachodzi wówczas, gdy z powodu uchybienia przez sąd przepisom postępowania (a za takie należałoby uznać wyznaczenie rozprawy w trybie tradycyjnym w sytuacji, gdy ustawodawca jako zasadę przewidział tryb zdalny) strona wbrew swojej woli została faktycznie pozbawiona możliwości działania w postępowaniu lub jego istotnej części, jeżeli skutków tego uchybienia nie można było usunąć przed

⁹ J. Litowski, *op. cit.*, s. 71.

¹⁰ *Ibidem*, s. 72.

¹¹ *Ibidem*.

wydaniem orzeczenia w danej instancji¹². Kontrydiktoryjność procesu cywilnego wymaga bowiem zapewnienia stronom możliwości przedstawienia swoich racji i dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy na rozprawie, z możliwością ustosunkowania się do nich.

Z sytuacją pozbawienia strony możliwości obrony jej praw będziemy mieli do czynienia, gdy uchybienie będzie dotyczyło rozprawy poprzedzającej ogłoszenie orzeczenia kończącego postępowanie. Z kolei – *a contrario* – do pozbawienia strony możliwości obrony nie dojdzie nawet mimo uchybienia przez sąd przepisom postępowania, jeśli strona mogła przeciwdziałać następnie skutkom tego uchybienia, a więc np. zażądać ponownego przesłuchania świadka przesłuchanego pod jej nieobecność. W praktyce więc, oceniając, czy strona została pozbawiona możliwości obrony swoich praw, należy postawić sobie pytanie, czy najpóźniej przed zamknięciem rozprawy poprzedzającej wydanie orzeczenia kończącego postępowanie w danej instancji strona miała możliwość zabrania głosu, przedstawienia swoich racji i ustosunkowania się do racji strony przeciwnej, a jeśli nie, to czy przyczyną takiego stanu rzeczy było naruszenie przepisów postępowania¹³.

Należy także wziąć pod uwagę, że konsekwentne niestosowanie przez sądy trybu on-line może w skrajnych przypadkach powodować, że niektóre osoby w ogóle (w obawie o własne zdrowie) nie zdecydują się na dochodzenie swoich praw w sądzie, co będzie oznaczało pozbawienie ich konstytucyjnego prawa do sądu.

Z drugiej strony, także korzystanie z możliwości przeprowadzania e-rozpraw może faktycznie pozbawić stronę możliwości obrony jej praw, a także – analogicznie jak w przypadku wspomnianym wyżej – w skrajnych przypadkach może w ogóle zniechęcić obywatela do poszukiwania ochrony w sądzie. Co jednak istotne, w świetle obowiązujących przepisów w związku z prowadzeniem rozpraw on-line trudno będzie postawić sądowi zarzut naruszenia prawa, co – jak wyżej wspomniano – jest niezbędne do zaistnienia podstawy nieważności postępowania z art. 379 pkt 5 k.p.c. Nie tylko bowiem w świetle art. 15zszs¹ pkt 1 ustawy antycovidowej e-rozprawa powinna być zasadą, ale jednocześnie ustawodawca nie przewidział jakichkolwiek innych ograniczeń w korzystaniu z tej możliwości (dotyczy to stanu zarówno sprzed, jak i po nowelizacji). Brak także

¹² Zamiast wielu por. np. wyroki Sądu Najwyższego z 21.02.2019 r., II PK 279/17, LEX nr 2623764; z 15.07.2010 r., IV CSK 84/10, LEX nr 621352; z 5.05.2010 r.; z 27.05.1999 r., II CKN 318/98, LEX nr 319621 oraz z 10.05.1974 r., II CR 155/74, OSPiKA 1975/3, poz. 66.

¹³ M. Manowska, kom. do art. 379, pkt 20, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1: Art. 1–477(16), red. eadem, wyd. 4, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2021, LEX/el.

możliwości zgłoszenia przez stronę sprzeciwu wobec tej formy procedowania, jak to – w stanie prawnym obowiązującym do 2 lipca 2021 r. – miało miejsce w przypadku kierowania spraw do rozpoznawania na posiedzeniu niejawnym. Ustawodawca nie uwzględnił wprost faktu, że strona z różnych względów, takich jak brak sprzętu czy brak umiejętności posługiwania się urządzeniami i oprogramowaniem do porozumiewania się z sądem na odległość, może nie być w stanie wziąć udziału w e-rozprawie. Można się spotkać z opiniami, że argument o braku sprzętu umożliwiającemu wzięcie udziału w e-rozprawie należy traktować tak samo jak usprawiedliwianie nieobecności na rozprawie tradycyjnej ze względu na nieposiadanie samochodu, którym można na nią dojechać. Z pewnością w pewnej mierze ta analogia jest uzasadniona, ale w mojej ocenie jest to stwierdzenie zbyt rygorystyczne i nieuwzględniające realiów, w jakich żyje istotna część polskiego społeczeństwa. Wciąż mamy bowiem w Polsce pewną grupę osób cyfrowo wykluczonych i – co najważniejsze – to wykluczenie nie sprowadza się wyłącznie do braku odpowiedniego sprzętu, ale wynika także z braku umiejętności posługiwania się nim (spowodowane np. ogólną nieopradnością wywołaną starszym wiekiem). Jak wynika z raportu „Wykluczenie cyfrowe podczas pandemii. Dostęp oraz korzystanie z internetu i komputera w wybranych grupach społecznych” sporządzonego w styczniu 2021 r. przez Federację Konsumentów, 4,51 mln Polaków w wieku 16–74 (15,5% tej grupy) nigdy nie korzystało z Internetu (80,4% wszystkich niekorzystających to osoby w wieku 55–74), a kolejne 1,82 mln korzysta z sieci sporadycznie¹⁴. Jak wynika z informacji Głównego Urzędu Statystycznego z 2019 r. („Społeczeństwo informacyjne w Polsce w 2019 r.”) jako przyczynę niekorzystania z Internetu prawie 52% respondentów wskazało brak umiejętności¹⁵. Wśród osób niepełnosprawnych odsetek osób nigdy niekorzystających z Internetu wynosi aż 35%¹⁶. Z kolei 4,78 mln polskich obywateli w wieku 16–74 nigdy nie posługiwało się komputerem (78,1% wszystkich niekorzystających stanowią osoby w wieku 55–74), a kolejne 3,13 mln korzysta z niego sporadycznie¹⁷.

Narzucając takim osobom nie tylko rozprawy zdalne, ale i odpowiedzialność za ich organizację i przebieg (sprzęt, odpowiednie łącze internetowe, kompetencje), skazywalibyśmy je na brak możliwości realizacji konstytucyjnego prawa do sądu lub brak możliwości obrony swoich praw lub konieczność korzystania

¹⁴ *Wykluczenie cyfrowe podczas pandemii*, Federacja Konsumentów, s. 5, 15 i 29, <http://www.federacja-konsumentow.org.pl/n,6,1479,1,1,wykluczenie-cyfrowe-podczas-pandemii.html> [dostęp: 14.04.2021].

¹⁵ *Społeczeństwo informacyjne w Polsce w 2019 roku*, 21.10.2019, GUS, s. 2, <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/nauka-i-technika-spoleczenstwo-informacyjne/spoleczenstwo-informacyjne/spoleczenstwo-informacyjne-w-polsce-w-2019-roku,2,9.html> [dostęp: 14.04.2021].

¹⁶ *Wykluczenie cyfrowe podczas pandemii...*, *op. cit.*, s. 5.

¹⁷ *Ibidem*, s. 5, 15 i 29.

z pomocy osób trzecich, wreszcie – konieczność korzystania z profesjonalnej pomocy prawnej, co *de facto* stanowiłoby wprowadzenie nie wprost obowiązkowego zastępstwa procesowego dla takich osób.

Wydaje się oczywiste, że warunkiem przeprowadzenia e-rozprawy powinien być dostęp strony do odpowiednich urządzeń i umiejętność skorzystania z nich. Są to oczywiście okoliczności, o których przewodniczący nie ma wiedzy, podejmując decyzję o sposobie procedowania, a jednocześnie nie ma obowiązku dokonywać w tym zakresie jakichkolwiek ustaleń. Na gruncie omawianego przepisu w jego pierwotnym brzmieniu powstało więc pytanie, jak postępować, aby działać zgodnie z art. 15zsz¹ pkt 1 ustawy antycovidowej, a jednocześnie nie pozbawiać obywateli ich podstawowych praw. W celu zapewnienia tych praw sądy wykorzystywały powołany przepis w jego poprzednim brzmieniu, który przewidywał (i nadal przewiduje, w tym zakresie nowelizacja nie wprowadziła bowiem zmian) w istocie dwie formy odbywania e-rozpraw:

1. Strona przebywa w budynku sądu, jednak w innym pomieszczeniu niż sąd i pozostali uczestnicy postępowania, czyli tak jak w obowiązującym jeszcze przed epidemią art. art. 151 § 2 k.p.c., który stanowi, że przewodniczący może zarządzić przeprowadzenie posiedzenia jawnego przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających jego przeprowadzenie na odległość. W takim przypadku uczestnicy postępowania mogą brać udział w posiedzeniu sądowym, gdy przebywają w budynku innego sądu, i dokonywać tam czynności procesowych, a przebieg czynności procesowych transmitowany jest z sali sądowej sądu prowadzącego postępowanie do miejsca pobytu uczestników postępowania oraz z miejsca pobytu uczestników postępowania do sali sądowej sądu prowadzącego postępowanie. Na taką możliwość wskazuje fragment omawianego przepisu, który stanowi, że osoby uczestniczące w zdalnej rozprawie nie muszą przebywać w budynku sądu; „nie muszą” nie oznacza bowiem że „nie mogą”¹⁸.

2. Strona łączy się z sądem z jakiegokolwiek, wybranego przez siebie miejsca, innego niż pomieszczenie w budynku sądu.

W pierwszym przypadku to w całości na sądzie spoczywa ciężar zapewnienia stronie odpowiedniego sprzętu i oprogramowania umożliwiającego jej wzięcie udziału w e-rozprawie, a strona musi jedynie pojawić się w sądzie w odpowiednim czasie. W związku z tym, że jest to rozwiązanie w pełni zgodne z art. 15zsz¹ pkt 1 ustawy antycovidowej, to przewodniczący, w przypadku powzięcia wiadomości, że strona nie jest w stanie wziąć udziału w e-rozprawie, powinien doprowadzić do umożliwienia jej udziału w rozprawie z budynku sądu. Strona, która z różnych względów nie czuła się na siłach, by uczestniczyć w rozprawie on-line i przejąć ciężar jej organizacji, powinna taką informację przekazać sądo-

¹⁸ Tak również J. Litowski, *op. cit.*, s. 73.

wi niezwłocznie po uzyskaniu zawiadomienia o rozprawie zaplanowanej w takim trybie, mimo że przepis w pierwotnym brzmieniu nie przewidywał takiej możliwości. W doktrynie postulowano wręcz, aby na etapie zawiadomienia lub wezwania na termin rozprawy wprost informować o możliwości wyboru formy uczestnictwa w zdalnej rozprawie¹⁹, które to postulaty uwzględnił ustawodawca na etapie nowelizacji mowa w pkt 2.

Tylko bowiem uzyskanie informacji o braku możliwości wzięcia przez stronę udziału w rozprawie z innego miejsca niż budynek sądu pozwalało sądowi na wdrożenie działań pozwalających stronie na pełną realizację jej praw. Faktem jest, że pobyt strony w budynku sądowym jest z punktu widzenia sytuacji epidemicznej mniej korzystny niż przeprowadzenie rozprawy z udziałem wszystkich uczestników przebywających poza budynkiem sądu, jednak będzie to rozwiązanie zgodne z analizowanym przepisem w jego pierwotnym brzmieniu (o nowelizacji por. kolejny punkt), a także bez wątpienia korzystniejsze z punktu widzenia epidemicznego niż rozprawa tradycyjna i jednocześnie z punktu widzenia praw konstytucyjnych lepsze niż rozpoznanie sprawy na posiedzeniu niejawnym (co zresztą nie zawsze na danym etapie postępowania będzie możliwe i czemu strona do dnia 2 lipca 2021 r. mogła się sprzeciwić). Takie rozwiązanie było także korzystne przy uwzględnieniu wspomnianej wyżej możliwości postawienia sądowi przez stronę przeciwną zarzutu niezgodnego z prawem zaplanowania rozprawy w trybie tradycyjnym, bowiem taka osoba wciąż mogła wziąć udział w rozprawie, łącząc się z sądem z dowolnego miejsca. Jednocześnie także sama strona, próbująca uniknąć rozprawy on-line celem obstrukcji procesowej, nie mogła argumentować, że nie stawiała się do sądu z uwagi na zagrożenie dla zdrowia, ponieważ przy uwzględnieniu reżimu sanitarnego, w jakim działają sądy, zagrożenie to w przeznaczonym tylko dla niej pomieszczeniu w zasadzie by nie istniało. Ponadto w doktrynie wskazuje się, że dodatkowym atutem proponowanego rozwiązania jest uniknięcie przerzucania na strony organizacji działania wymiaru sprawiedliwości (z czym w istocie wiąże się rozprawa w pełni odmiejszczona), a także to, że w taki sposób sąd mógłby zabezpieczyć się (a przede wszystkim drugą stronę, której może zależeć na sprawnym zakończeniu postępowania) przed obstrukcją procesową, do której mogłoby dojść, gdyby strona przebywająca poza budynkiem sądu celowo nie korzystała z takich urządzeń lub udawała, że nie może się połączyć czy że doszło do awarii²⁰.

Warto nadmienić, że niektóre polskie sądy, procedując w stanie prawnym sprzed nowelizacji omawianego artykułu, stosowały zaproponowane wyżej rozwiązanie, mimo że nie było ono wówczas przewidziane w przepisie. Dla

¹⁹ A. Skorupka, *op. cit.*, pkt 4.

²⁰ Tak również J. Litowski, *op. cit.*, s. 73.

przykładu Sąd Okręgowy w Warszawie dla osób, które nie mają możliwości technicznych, by uczestniczyć w rozprawie zdalnej, przygotował pomieszczenia ze sprzętem komputerowym, w których na zarządzenie sędziego można wziąć udział w rozprawie zdalnej²¹. Strony były informowane o konieczności niezwłocznego poinformowania sądu o braku możliwości samodzielnego wzięcia udziału w rozprawie on-line. W mojej ocenie, zważywszy na obowiązujące w tym zakresie do dnia 2 lipca 2021 r. przepisy, brak takiej niezwłocznej informacji uniemożliwił postawienie sądowi jakiegokolwiek zarzutu związanego z procedowaniem w trybie on-line (abstrahując oczywiście od tego, co może zdarzyć się na dalszym etapie postępowania, czyli od problemów technicznych podczas samej rozprawy).

Oczywiście przeszkodą we wdrażaniu zaproponowanego wyżej rozwiązania na szerszą skalę są ograniczenia lokalowe, dlatego sądy apelują o uczestniczenie w rozprawach zdalnych bez ich angażowania²².

Innym rozwiązaniem, które stosowały sądy w Polsce w stanie prawnym obowiązującym do dnia 2 lipca 2021 r., był tryb procedowania, który moglibyśmy określić niezwykle ostatnio modnym słowem „hybrydowy”. Polegało to na tym, że wyznaczano rozprawę w budynku sądu, a jednocześnie w zawiadomieniu (wezwanie) o terminie rozprawy adresat zawiadomienia był informowany o możliwości wzięcia udziału w rozprawie w sądzie lub w formie zdalnej, w zależności od jego wyboru²³. Niewątpliwie rozwiązanie takie nie budziło wątpliwości z punktu widzenia prawa do sądu oraz możliwości obrony praw strony, skoro to strona, uwzględniając swoje możliwości sprzętowe, swoje kompetencje, a także stan zdrowia czy możliwość skorzystania z pomocy innej osoby, w tym pełnomocnika profesjonalnego, sama podejmuje decyzję o formie udziału w rozprawie. Utrudnia też ewentualną obstrukcję postępowania z wykorzystaniem stanu panującej epidemii. Niestety, jednocześnie takie procedowanie budzi wątpliwości z punktu widzenia treści art. 15zsz¹ pkt 1 ustawy antycovidowej, a przede wszystkim z punktu widzenia jego celu, jakim jest zapewnienie

²¹ Sąd Okręgowy w Warszawie, *Rozprawy zdalne – co warto wiedzieć*, <https://bip.warszawa.so.gov.pl/artukul/1921/7376/rozprawy-zdalne> [dostęp: 12.04.2021].

²² *Ibidem*.

²³ Por. np. fragment zawiadomienia wysłanego do pełnomocników przez jeden z sądów okręgowych: „Osoby zainteresowane wzięciem udziału w rozprawie zdalnej w trybie wideokonferencji zobowiązuje się do złożenia w tym celu stosownego wniosku – najpóźniej 7 dni przed terminem rozprawy – za pośrednictwem poczty elektronicznej III Wydziału Cywilnego Odwoławczego tut. Sądu Okręgowego, z jednoczesnym podaniem sygnatury sprawy. Osoba ubiegająca się o dostęp do rozprawy w trybie wideokonferencji powinna dysponować dostępem do Internetu i komputera, bądź innego urządzenia umożliwiającego nawiązanie połączenia (telefon, tablet), ponadto podać swój adres e-mail wraz z numerem telefonu w celu przesłania linku do połączenia lub pobrania klienta aplikacji do zainstalowania, jak również ewentualnego nawiązania kontaktu w trakcie wideokonferencji w razie problemów z łącznością”.

funkcjonowania sądów przy jak najmniejszym zagrożeniu epidemicznym. Jeżeli, bez względu na sytuację epidemiczną w kraju, to strona decyduje, czy pojawi się w sądzie, czy nie, to z pewnością cel ten nie jest spełniony. Dochodzi także do naruszenia powołanego przepisu, który jako zasadę przewidział rozprawę on-line, tylko w określonym przypadku przewidując możliwość przeprowadzenia rozprawy tradycyjnej. Trudno jednak wyobrazić sobie, aby takie naruszenie mogło stanowić podstawę zarzutu uniemożliwienia obrony praw przez stronę.

2. Stan prawny od dnia 3 lipca 2021 r.

Dokonując nowelizacji art. 15 zzs¹ ustawy antycovidowej, ustawodawca utrzymał zasadę, że regułą powinno być procedowanie na rozprawach odmiejszczonych (ust. 1 pkt 1), przy czym istotnie ograniczył jednocześnie możliwość odstąpienia od tej zasady. Zgodnie bowiem z ust. 1 pkt 2 powołanego artykułu w dotychczasowym brzmieniu przesłanką do odstąpienia do procedowania w trybie zdalnym było jedynie niewywołanie nadmiernego zagrożenia dla zdrowia osób uczestniczących w rozprawie tradycyjnej. Ta przesłanka pozostała w niezmienionym brzmieniu, co powoduje, że w tym zakresie również po dniu 2 lipca 2021 r. aktualność zachowują rozważania poczynione w punkcie poprzednim i nie ma potrzeby ich powtarzać. Po nowelizacji natomiast, w punkcie drugim przewidziano jeszcze jedną przesłankę – o charakterze przesłanki pozytywnej – a mianowicie rozpoznanie sprawy na rozprawie lub posiedzeniu jawnym musi być „konieczne”.

Pojawia się w związku z tym pytanie, kiedy przesłanka ta będzie spełniona i czy sam fakt podjęcia przez przewodniczącego decyzji o procedowaniu w trybie tradycyjnym będzie przesądzał o jej spełnieniu, zamykając tym samym stronie drogę do kwestionowania zasadności procedowania w trybie tradycyjnym (oczywiście o ile przesłanka negatywna będzie również spełniona)? Takie podejście zdecydowanie wypatrzałoby sens tego przepisu, należy więc je wykluczyć. W praktyce może pojawić się wiele okoliczności, które spowodują, że rozprawa tradycyjna będzie konieczna. Mogą to być kwestie związane ze specyfiką postępowania dowodowego w konkretnej sprawie czy trudności z udziałem stron i innych podmiotów w rozprawie zdalnej przy braku możliwości zapewnienia im miejsca w budynku sądu (por. niżej na ten temat).

W każdym jednak z konkretnych przypadków zaistnieje problem ogólny: czy powód, dla którego przewodniczący zdecydował o procedowaniu w budynku sądu, powinien zostać wyrażony, a jeśli tak to, w jakiej formie. W mojej ocenie odpowiedź na to pytanie powinna być twierdząca, a to ze względu na fakt, że (bez względu na to, jak oceniamy przepisy o e-rozprawach) strony mają prawo wiedzieć, jak te przepisy są stosowane (w tym czy spełniana jest pozytywna

przesłanka procedowania w budynku sądu), a także mieć możliwość polemizowania z decyzjami sądu i ich kwestionowania, oczywiście w ramach uprawnień i narzędzi, które daje im polska procedura cywilna. Uważam, że powód, dla którego w ocenie przewodniczącego zasadne jest wyznaczenie rozprawy tradycyjnej, powinien zostać wyrażony w zarządzeniu o jej wyznaczeniu.

W związku z utrzymaniem rozprawy zdalnej jako zasady oraz w związku z utrzymaniem przesłanki niewywoływania nadmiernego zagrożenia dla zdrowia osób uczestniczących w rozprawie tradycyjnej w obecnym stanie prawnym aktualne pozostaną poczynione wyżej uwagi co do rozwiązania problemów praktycznych wynikających z rozpraw zdalnych poprzez umożliwienie stronom uczestniczenia w rozprawach zdalnych, ale w budynkach sądów. Co więcej, na rozwiązanie to, stosowane dotychczas przez sądy i postulowane przez przedstawicieli doktryny, zwrócił uwagę ustawodawca, przewidując dla tego rozwiązania miejsce w ustawie. Artykuł 15 zzs¹ ust. 2 ustawy antycovidowej stanowi bowiem obecnie, że na wniosek strony lub osoby wezwanej, zgłoszony na co najmniej 5 dni przed wyznaczonym terminem posiedzenia zdalnego, sąd zapewni jej możliwość udziału w posiedzeniu zdalnym w budynku sądu, jeśli strona lub osoba wezwana wskaże we wniosku, że nie posiada urządzeń technicznych umożliwiających udział w posiedzeniu zdalnym poza budynkiem sądu. Zgodnie natomiast z ust. 3 omawianego artykułu sąd ma obowiązek pouczyć osobę wezwaną oraz stronę niezastępowaną przez adwokata, radcę prawnego, rzecznika patentowego lub radcę Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej o treści zacytowanego wyżej ust. 2 przy doręczeniu pierwszego zawiadomienia o terminie posiedzenia zdalnego. Sformalizowanie dotychczasowej praktyki niektórych sądów należy uznać za krok w dobrym kierunku ze względu na fakt, że sytuacja prawna poszczególnych obywateli nie będzie zależna od tego, jaka, przez jaki sąd i w jakim składzie zostanie przyjęta metoda działania. Ten krok ustawodawcy koresponduje z wyraźnie złożoną w uzasadnieniu nowelizacji deklaracją, że zdalne rozprawy mają „absolutny priorytet” przed rozpoznawaniem spraw na posiedzeniach niejawnych²⁴. Czas pokaże, czy ta intencja ustawodawcy zostanie zrealizowana, jednak uwzględniając dotychczasowe stosowanie przepisów o postępowaniach zdalnych i posiedzeniach niejawnych, biorąc pod uwagę aspekty czysto pragmatyczne, a także ze względu na ograniczenia sprzętowo-lokalowe, można się spodziewać, że nie. Niestety, od strony praktycznej ust. 2 analizowanego artykułu nie zmieni nic: nadal ilość miejsc w sądach, w których obywatele mogliby uczestniczyć w rozprawach zdalnych, będzie bardzo ograniczona. Co więcej, jest w nim mowa tylko o nieposiadaniu urządzeń technicznych, a – jak wyżej wspomniano – problemem może być także dostęp do Internetu czy też do Internetu

²⁴ Druk sejmowy nr 899, s. 8.

odpowiedniej jakości, a także brak odpowiednich kompetencji. W mojej ocenie, aby przepis ten odegrał swoją zamierzoną przez ustawodawcę rolę, pod pojęciem „urządzeń technicznych” należy rozumieć także dostęp do odpowiedniej jakości Internetu i adekwatne umiejętności.

I wreszcie, od dnia 3 lipca 2021 r. zyskały na aktualności poczynione wyżej uwagi dotyczące wadliwości praktyki procedowania od razu (z założenia), bez względu na wszystkie inne okoliczności, w trybie hybrydowym, a to ze względu na fakt wprowadzenia nowej przesłanki pozytywnej w postaci „konieczności” przeprowadzenia rozprawy w trybie tradycyjnym, której istnienie warunkuje możliwość wyznaczenia rozprawy w budynku sądu. Zgodne z obowiązującymi przepisami będzie jednak w mojej ocenie zarządzenie rozprawy w trybie hybrydowym, kiedy „konieczność” przeprowadzenia rozprawy zdalnej będzie wynikała z braku dostępu jednej ze stron do odpowiedniego urządzenia (i/lub Internetu czy umiejętności), a sąd – z powodu ograniczeń lokalowych/sprzętowych – nie będzie miał możliwości zapewnienia jej udziału w rozprawie w budynku sądu i jednocześnie nie będzie spełniona przesłanka negatywna dotycząca zagrożenia dla zdrowia spowodowanego rozprawą w części tradycyjną. W takim przypadku możliwe, a nawet wskazane będzie umożliwienie wzięcia udziału w rozprawie jednej stronie w trybie tradycyjnym, a drugiej w formie on-line. „Konieczność” może także wynikać ze specyfiki czynności, które mają być na danej rozprawie podjęte, jak choćby przesłuchanie kluczowych dla sprawy świadków, w przypadku których ocena ich wiarygodności powinna wychodzić poza samą stronę werbalną i przede wszystkim co do których istnieje obawa wpływu osób trzecich na ich zeznania. Taki wpływ jest oczywiście zdecydowanie ułatwiony podczas rozprawy zdalnej, szczególnie w przypadku częstych w praktyce problemów z wizją na zdalnych rozprawach. W praktyce zgłaszane są bowiem problemy z działaniem jednej z aplikacji używanych do przeprowadzania rozpraw zdalnych, które powodują, że aby osoby biorące udział w rozprawie były słyszane i same słyszały pozostałych jej uczestników, należy wyłączyć kamerę²⁵.

Praktyka kształtuje się jednak w wielu wypadkach inaczej, a rozwiązanie „hybrydowe” jest skwapliwie stosowane przez sądy także po dniu 2 lipca 2021 r. Strony otrzymują bowiem informację, że rozprawa odbędzie się stacjonarnie, w konkretnej sali budynku sądu, z jednoczesnym pouczeniem, że na wniosek strony (świadka, biegłego, pełnomocnika) – zgłoszony w odpowiednim terminie – możliwy jest udział w rozprawie w formie wideokonferencji.

²⁵ Na ten temat por. np. A. Partyk, *Zdalne rozprawy – komplikacje to ich drugie imię*, 11.12.2021, Prawo.pl, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/rozprawy-online-problemy-techniczne,512278.html?fbclid=IwAR2vLKe6DXt51fM7UplF0dZmPtoZhLaIM20YN1chGEd314IE65MXbCoSLrs> [dostęp: 13.12.2021].

Podsumowanie

Jak wynika z powyższych rozważań, rozprawy zdalne, stanowiące *novum* w polskich realiach prawnych, budzą wiele wątpliwości dotyczących poszanowania podstawowych praw obywateli. Wątpliwości te mają źródło nie tylko w brzmieniu przepisów (czyli w sferze formalnej), które w mojej ocenie wprost powinny uwzględnić oczywisty fakt, jakim jest wykluczenie cyfrowe niektórych obywateli, co w aktualnie obowiązującym przepisie zostało już (częściowo) uwzględnione przez ustawodawcę. Dzięki temu ani przedstawiciele doktryny, ani przede wszystkim sądy, nie byłyby zmuszone szukać rozwiązań, które jednocześnie będą zgodne z obowiązującymi przepisami i zapewnią każdemu obywatelowi realizację jego prawa do sądu oraz do obrony jego praw w prowadzonym postępowaniu, a ponadto nie doprowadzą do pogorszenia sytuacji epidemicznej w kraju. Zdalne rozprawy w praktyce wiążą się bowiem także z licznymi problemami technicznymi, wynikającymi nie tylko z tego, że nie przesądzono w przepisach, jakie programy mogą czy muszą być używane w tym celu przez sądy (co należy uznać za istotny mankament aktualnej sytuacji prawnej w tym zakresie), ale przede wszystkim z tego, że nie powstał jeden, obowiązujący wszystkie sądy system teleinformatyczny, kompleksowo obsługujący postępowania sądowe, w tym umożliwiający przeprowadzanie rozpraw on-line oraz sporządzanie e-protokołu, co powoduje, że w różnych sądach (a nawet u różnych sędziów tego samego sądu) rozprawy zdalne mogą wyglądać inaczej²⁶. Trudności wynikają także z braku odpowiedniego wyposażenia w niektórych sądach (zbyt mała liczba sal wyposażonych w sprzęt umożliwiających przeprowadzenie zdalnych rozpraw), nieprzygotowania sędziów i pracowników sądów do wykorzystywania nowych technologii, a w niektórych przypadkach ich niechęć do tego rodzaju rozwiązań²⁷.

Niezależnie od powyższego o zdalne rozprawy należy walczyć, udoskonalając przepisy, a także działając w sferze faktów, w tym także w celu zwiększenia możliwości sądów w zakresie organizowania – w szczególnych przypadkach –

²⁶ W przedmiocie oprogramowania używanego przez sądy por. E. Maciejewska, *Dlaczego sądy nie pracują zdalnie*, 12.12.2020, FWS, <https://forumfws.eu/inicjatywy-lokalne/sedziowie-lodzcy/sady-praca-zdalna> [dostęp: 9.04.2021] i K. Jarzmus, M. Szwed, *E-rozprawy w polskich sądach Jak pandemia COVID-19 wpłynęła na pracę polskich sądów*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2021, s. 5, https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2021/03/E-rozprawy_Analiza.pdf [dostęp: 13.04.2021].

²⁷ Szerzej na ten temat por. E. Maciejewska, *op. cit.*; P. Słowik, *Sąd (nie)przeniesiony do sieci*, „Gazeta Prawna. Dziennik”, 8.12.2020, <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1498315,posiedzenia-sadow-online-statystyki.html> [dostęp: 9.04.2021]; P. Rojek-Socha, *Sądy przechodzą na tryb online, ale wolniej niż by ministerstwo chciało*, 31.03.2021, Prawo.pl, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/e-rozprawy-w-sadach-zalecenia-ms-na-trzecia-fale-covid-19,507407.html> [dostęp: 11.04.2021] oraz K. Jarzmus, M. Szwed, *op. cit.*

rozpraw *on-line*, w których strona będzie uczestniczyła z osobnego pomieszczenia w budynku sądowym. Warto także rozważyć nałożenie obowiązków w tym zakresie np. na gminy, a także umożliwić i ułatwić działalność w tej sferze organizacjom pożytku publicznego. Być może sytuacja ma szansę ulec poprawie, jeśli zgodnie z zapowiedzią ministerstwa sprawiedliwości dojdzie do utworzenia punktów sądowych w gminach, które będą wyposażone w profesjonalny sprzęt do komunikacji internetowej i umożliwią stronom udział w zdalnych rozprawach, co ma być jednym z zadań tych punktów²⁸.

Od 3 lipca 2020 do 27 lipca 2021 r. w trybie zdalnym w sądach powszechnych przeprowadzono ok. 146 tys. spraw²⁹, co stanowi znaczną liczbę, choć i tak mniejszą niż ta, której powinniśmy się spodziewać, mając na uwadze tak restrykcyjną regulację dotyczącą rozpraw odmiejscowionych jako zasady i ogromną ilość spraw, które wpływają do polskich sądów. Z pewnością zebrane dotychczas doświadczenia sędziów, pracowników sądów i profesjonalnych pełnomocników mogą stanowić punkt wyjścia do dalszych prac nad tym rozwiązaniem. W mojej ocenie bowiem każda rozprawa, nawet ta przeprowadzona *on-line*, jest lepsza niż procedowanie przez sądy na posiedzeniach niejawnych, a – jak wyżej wspomniano – na takim stanowisku stoi także ustawodawca. Jednocześnie jest to rozwiązanie zapewniające realizację prawa do sądu nawet w czasach epidemii, bez zwiększania zagrożenia jej rozwojem.

Bibliografia

- Gołaczyński J., Zalesińska A., *Nowe technologie w sądach na przykładzie wideokonferencji i składania pism procesowych i doręczeń elektronicznych w dobie pandemii COVID-19*, „Monitor Prawniczy” 2020, nr 12.
- Jarzmus K., Szwed M., *E-rozprawy w polskich sądach Jak pandemia COVID-19 wpłynęła na pracę polskich sądów*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2021, https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2021/03/E-rozprawy_Analiza.pdf [dostęp: 13.04.2021].
- Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1: Art. 1–477(16), red. M. Manowska, wyd. 4, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2021, LEX/el.
- Litowski J., *Ograniczenie jawności postępowania cywilnego z uwagi na stan epidemii wywołany wirusem COVID-19*, „Monitor Prawniczy” 2021, nr 2.
- Maciejewska E., *Dlaczego sądy nie pracują zdalnie*, 12.12.2020, FWS, <https://forumfws.eu/inicjatywy-lokalne/sedziowie-lodzcy/sady-praca-zdalna> [dostęp: 9.04.2021].

²⁸ Ministerstwo Sprawiedliwości, *Nowe, sprawne sądy – fundamentalna reforma sądownictwa*, 15.11.2021, gov.pl, <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/nowe-sprawne-sady--fundamentalna-reforma-sadownictwa> [dostęp: 21.11.2021].

²⁹ P. Rojek-Socha, *Rozprawy online codziennością sądów, ale podstawą nadal prawna prowizorka*, 16.08.2021, Prawo.pl, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/e-rozprawy-w-sadach-brakujecie-sytemu-i-przepisow,510031.html> [dostęp: 18.10.2021].

- Ministerstwo Sprawiedliwości, *Nowe, sprawne sądy – fundamentalna reforma sądownictwa*, 15.11.2021, gov.pl, <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/nowe-sprawne-sady--fundamentalna-reforma-sadownictwa> [dostęp: 21.11.2021].
- Partyk A., *Zdalne rozprawy – komplikacje to ich drugie imię*, 11.12.2021, Prawo.pl, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/rozprawy-online-problemy-techniczne,512278.html> [dostęp: 21.12.2021].
- Rojek-Socha P., *Rozprawy online codziennością sądów, ale podstawą nadal prawna przewidywalność*, 16.08.2021, Prawo.pl, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/e-rozprawy-w-sadach-brakuje-systemu-i-przepisow,510031.html> [dostęp: 18.10.2021].
- Rojek-Socha P., *Sądy przechodzą na tryb online, ale wolniej niż by ministerstwo chciało*, 31.03.2021, Prawo.pl, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/e-rozprawy-w-sadach-zalecenia-ms-na-trzecia-fale-covid-19,507407.html> [dostęp: 11.04.2021].
- Skorupka A., *E-rozprawa i zmiany w sposobie procedowania w tarczy 3.0*, LEX/el. 2020.
- Słowik P., *Sąd (nie)przeniesiony do sieci*, „Gazeta Prawna. Dziennik”, 8.12.2020, <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1498315,posiedzenia-sadow-online-statystyki.html> [dostęp: 9.04.2021].

Abstract

E-hearing in civil proceedings versus the right to a court and the possibility to defend one's rights

The article is devoted to remote hearings in Polish civil procedure in the context of the right to a court and the right to defend one's rights by a party to the proceedings. The aim of the article is to try to find the “golden mean”, which – when implemented in practice: 1. will be compliant with relevant regulations, including their goal of limiting the spread of SARS-CoV-2 virus; 2. it will enable all (including those digitally excluded) citizens to exercise their constitutional right to a fair trial and the right to defend their rights in the proceedings already pending; 3. it will enable the efficient operation of the courts, minimizing the risk of obstruction of the proceedings by an entity that wants it to last as long as possible to the greatest possible extent. The article is devoted to the stage of making decisions about using an on-line hearing and will not deal with the problems and risks associated with the process of conducting such hearings. The considerations are based on two legal states: before and after July 2, 2021.

Key words: right to a court, the right to defend one's rights, civil proceedings, remote hearings, pandemic, epidemic, COVID-19

Streszczenie

E-rozprawa w postępowaniu cywilnym a prawo do sądu i możliwość obrony swych praw

Artykuł poświęcony został rozprawom zdalnym w polskiej procedurze cywilnej w kontekście prawa do sądu i prawa do obrony swych praw przez stronę postępowania. Celem artykułu jest próba znalezienia „złotego środka”, który – wdrożony w praktyce – będzie: 1. zgodny z adekwatnymi w tym zakresie regulacjami, w tym także z ich celem, jakim jest ograniczenie rozprzestrzeniania się wirusa SARS-CoV-2; 2. umożliwi wszystkim (także tym cyfrowo wykluczonym) obywatelom możliwość realizacji ich konstytucyjnego prawa do sądu oraz prawa do obrony ich praw w już prowadzonym postępowaniu; 3. umożliwi sprawną pracę sądów, w możliwie najwyższym stopniu minimalizując ryzyko obstrukcji postępowania ze strony podmiotu, któremu zależy na tym, aby trwało ono jak najdłużej. Artykuł jest poświęcony etapowi podejmowania decyzji o skorzystaniu z rozprawy on-line i nie będzie dotyczył problemów i zagrożeń związanych z samym procesem przeprowadzania takich rozpraw. Rozważania zostały oparte na dwóch stanach prawnych: przed i po 2 lipca 2021 r.

Słowa kluczowe: prawo do sądu, prawo do obrony swych praw, postępowanie cywilne, rozprawy odmiejscowione (zdalne), pandemia, epidemia, COVID-19

Gustavo Silveira Borges

Ph.D., University of Southern Santa Catarina /
Federal University of Rio Grande do Sul, Brazil

ORCID: 0000-0001-9673-4321

gustavoborges@hotmail.com

José Luiz de Moura Faleiros Júnior

Ph.D Candidate, University of São Paulo, Brazil

ORCID: 0000-0002-0192-2336

jfaleiros@usp.br

Decolonial thinking in Brazil: perspectives for overcoming digital colonialism through the protection of human rights

Introduction

The sharp evolution of machine and deep learning techniques is causing the implementation of algorithms to accelerate processes and optimize results more frequently. From this new paradigm, several economic activities have already started to be functionalized by automated processes that categorize people using the technique described by the doctrine as profiling due to the treatment of large amounts of data (Big Data). Alongside technological development, there is the emergence of digital colonialism, which is exercised by technology companies predominantly headquartered in the global north, and which impose to the south – including Brazil – worldviews shaped by applications, algorithms and social networks that they manage and operate according to pre-established parameters.

In an attempt to respond to the questions that arise in this “datified” society and to protect the contingencies that exist in it, legislation began to be enacted across the globe. The fact is that the consequences of colonialism persist until the present day, although many of its characteristics have been transformed through technologies that allow the implementation of algorithms in spaces

where the lack of regulation and governance perpetrates the exploitation of vulnerabilities.

The main objective of the article is the study of decolonial thinking in the aforementioned context of the new hegemonic digital colonialism in Brazil. For that, the deductive method shall be used, from the analysis of general premises to reach a certain conclusion, as well as the bibliographical research.

Digital colonialism: a few notes on surveillance capitalism in the 21st Century

In digital colonialism, the colonial characteristics are equivalent to current digital information activities and refer to the more general concept of coloniality. Thus, unlike colonialism, coloniality reveals interweavings between power, knowledge, being and gender, but in a more sophisticated environment. The emergence of new Information and Communication Technologies, essentially based on the implementation of Artificial Intelligence algorithms¹, has favored a virtual environment called infosphere, in which informationally embodied organisms (*inforgs*)², as well as the strengthened digital colonialism perpetrated by technology companies from the North, provide the accumulation of wealth and profits at the expense of social inequalities and injustices imposed by a new hegemonic digital colonialism that emerges and is guided by surveillance capitalism.³

The concept of surveillance capitalism highlights a new dynamic of power⁴ that brings out traces of a new economic order that considers human experience as a source of information that feeds subtle (and often hidden) commercial application algorithms based on data that foreshadow the offer⁵ by commercial companies of supposedly free technological services for people in order to monitor their behavior with a very high level of detail⁶, as they profit

¹ Cf. L. Floridi, *The philosophy of information*, Oxford University Press, Oxford 2011.

² Cf. *idem*, *The 4th Revolution: how the infosphere is reshaping human reality*, Oxford University Press, Oxford 2014.

³ S. Zuboff, *Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization*, "Journal of Information Technology" 2015, Vol. 30, doi: 10.1057/jit.2015.5.

⁴ Cf. C. Véliz, *Privacy is power: Why and how you should take back control of your data*, Bantam Press, London 2020.

⁵ S. Zuboff, *The age of surveillance capitalism: The fight for a human future at the new frontier of power*, PublicAffairs, New York 2019, p. 4. The author says: "Entanglements of knowledge, authority and power are no longer confined to workplaces as they were in the 1980s. Now their roots run deep through the necessities of daily life, mediating nearly every form of social participation."

⁶ A.P. Basan, *Publicidade digital e proteção de dados pessoais: o direito ao sossego*, Foco, Indaiatuba 2021, pp. 160–169.

frighteningly from the appropriation of data captured by dehumanizing algorithms that trace profiles and stigmatize.⁷

The eagerness for economic acceleration highlights the precipitation of certain algorithmic applications, which may be programmed to operate at optimized heuristics levels, but when ‘fed’ by colossal amounts of data (denoting the reason for using the expression Big Data in data-driven markets)⁸, present conclusions based on statistics that, in the current state of the art, are still operationalized by semantic structures. Therefore, they should depend, even at a revisional level, on the participation of a human individual – although this is not always observed, or even inspectable – and, for yet very controversial reasons, Article 20 of the Brazilian General Law for the Protection of Personal Data (Law No. 13.709/2018), which had been previously enacted to provides the right to automated decisions reviewal, has been altered in 2019 and the current provision no longer imposes human participation.⁹

Human rights as a means to achieve decolonial thinking

Monitoring and surveillance structures¹⁰ allow such data extractions and, as consequence, degrade life, making it dependent on data¹¹ and converting it into

⁷ T. Wu, *The attention merchants: The epic scramble to get inside our heads*, Vintage, New York 2016, pp. 5–6.

⁸ V. Mayer-Schönberger, T. Ramge, *Reinventing capitalism in the age of Big Data*, Basic Books, New York 2018, p. 6. According to the authors: “Conventional markets have been highly useful, but they simply can’t compete with their data-driven kin. Data translates into too much of an improvement in transactions and efficiency. Data-rich markets finally deliver what markets, in theory, should always have been very good at – enabling optimal transactions – but because of informational constraints really weren’t. [...] The promise of data-rich markets is not that we’ll eradicate these market failures completely, but that we’ll be able to greatly reduce their frequency and the resulting financial devastation.”

⁹ F. Medon, *Inteligência Artificial e responsabilidade civil: autonomia, riscos e solidariedade*, Juspodivm, Salvador 2020, p. 304.

¹⁰ Cf. F. Coleman, *A human algorithm: How Artificial Intelligence is redefining who we are*, Counterpoint, Berkeley 2019.

¹¹ S. Zuboff, *We make them dance: surveillance capitalism, the rise of instrumentarian power, and the threat to human rights*, [in:] *Human rights in the age of platforms*. Cambridge, ed. R. Jørgensen, The MIT Press, Cambridge 2019, p. 28. In the author’s words: “As to the new species of power, I have suggested that it is best understood as *instrumentarianism*, defined as the *instrumentation and instrumentalization of behavior for the purposes of modification, prediction, monetization and control*. In this formulation, «instrumentation» refers to the ubiquitous, sensate, computational, actuating global architecture that renders, monitors, computes, and modifies human behavior. Surveillance capitalism is the puppet master that imposes its will through the vast capabilities of this connected puppet to produce instrumentarian power, replacing the engineering of souls with the engineering of behavior.”

a subproduct for the purposes of capitalist production.¹² Thus, one of the fundamental consequences of this phenomenon is the continuous tracking of human life. To curb this unwanted paradigm, it is naturally necessary to reconfigure protective structures in line with the new moment of technical-informational development.¹³ Human rights must inspire regulatory frameworks, legislative proposals and, essentially, all the normative frameworks that are intended to be instituted.

In Brazil, what guided the enactment of the General Law for the Protection of Personal Data was precisely this “hard core” of parameters extracted from a broader understanding of the right to privacy.¹⁴ Provided in the legal text (Article 2) as fundamentals, they act as axiological vectors for the rights (and duties) described in other passages of the law and, also, for the subsequent action of the State in regulation. Noteworthy is item VII of Article 2 of the Brazilian LGPD: “The discipline of personal data protection is based on: [...] VII – human rights, the free development of personality, dignity and the exercise of citizenship by natural people.” (freely translated)

The definition of categories that deserve greater protection, such as personal data classified as “sensitive” (Article 5, II, of the LGPD) is solid evidence of this concern of the legislator. Another evidence of this is the aforementioned structuring of automated decision reviews (Article 20 of the LGPD), although not necessarily by human agents. If insufficient protection cannot be accepted, control mechanisms must be structured.¹⁵

According to Cass Sunstein:

When people use simple heuristics, or mental shortcuts, it is generally because they work well, in the sense that they enable us to make good decisions. But even if heuristics usually work well, they can lead to big errors. When we make inaccurate assessments of probabilities, it may well be because simple heuristics are leading us astray.¹⁶

¹² Cf. A. Quijano, *Colonialidade do poder. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*, CLACSO, Buenos Aires 2005.

¹³ Cf. C. Walsh, *Insurgency and Decolonial Prospect, Praxis, and Project*, [in:] *On decoloniality: Concepts, analytics, praxis*, eds. W.D. Mignolo, C. Walsh, Duke University Press, Durham 2018.

¹⁴ V. Trstenjak, *General report: The influence of human rights and basic rights in private law*, [in:] *The influence of human rights in private law*, eds. V. Trstenjak, P. Weingerl, Springer, Cham 2016, p. 48.

¹⁵ S. Moyn, *Not enough: human rights in an unequal world*, Harvard University Press, Cambridge 2018, p. 220. According to the author: “Human rights will return to their defensible importance only as soon as humanity saves itself from its low ambitions. If it does, for the sake of local and global welfare, sufficiency and equality can again become powerful companions, both in our moral lives and in our political enterprises.”

¹⁶ C. Sunstein, *Valuing life: humanizing the regulatory state*, The University of Chicago Press, Chicago 2014, p. 137.

The resurgence of value in human rights does not imply considering an anthropocentric, selfish rescue of the individual to the center of the legal system – as was the case in the Liberal State – that is, it is not the economic man (*homo economicus*) the figure that is intended to be included in the constitutional vertex, although also deserving of specific protection at a fundamental level that prevents the resurgence of a more robust and sophisticated form of colonialism.¹⁷

Rather, the greatest protection of the individual from an “existential” perspective is deeply desired and conceived from the protection of individual experiences that have a useful projection for the holder and for the community. In simple terms, it’s all about disregarding the purely market-oriented concept of “user” to allocate the much more adequate concept of “individual”. It is in this context that the greatest value of the delimitation of normative foundations in the introductory provisions of the standard is reaped. Postulates instituted with such a character act beyond the law specifically considered and inspire the order as a whole.¹⁸

The Brazilian case: human rights protection in the legal framework for the protection of personal data

Article 2, item VII, of the LGPD is categorical in listing, in its first passage, the protection of human rights as one of the law’s fundamentals. Naturally, so that there is no going back, especially regarding the legal protection that should be assured to individuals in regard of such rights¹⁹, it is imperative to reconcile innovation and regulation. Undoubtedly, global legal pluralism must act as a vector of the promotional function of human rights²⁰, opening spaces for the

¹⁷ On such topic, it is important to check the conclusions of S. Mohamed, M.-T. Png, W. Isaac, *Decolonial AI: Decolonial Theory as Sociotechnical Foresight in Artificial Intelligence*, “Philosophy & Technology” 2020, 33, pp. 659–684, doi: 10.1007/s13347-020-00405-8; S. Cave, *The Problem with Intelligence: Its Value-Laden History and the Future of AI*, Proceedings of the 2020 AAAI/ACM Conference on AI, Ethics, and Society, February 2020, doi: 10.1145/3375627.3375813; S.M. Ali, *Towards a decolonial computing*, [in:] *Ambiguous Technologies: Philosophical Issues, Practical Solutions, Human Nature, Nature*, eds. E.A. Buchanan, P.B. de Laat, H.T. Tavani, J. Klucarich, International Society of Ethics and Information Technology, Porto, Portugal 2014, pp. 28–35; S. Castro-Gómez, R. Grosfoguel, *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Siglo del Hombre Editores – Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Bogotá 2007.

¹⁸ S.M. Ali, *Decolonizing Information Narratives: Entangled Apocalypics, Algorithmic Racism and the Myths of History*, “Proceedings” 2017, 1(3), doi: 10.3390/IS4SI-2017-03910.

¹⁹ J.O. Ascensão, *A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos*, “Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo” 2008, Vol. 103, p. 278.

²⁰ L. Recaséns Siches, *Filosofía a del derecho, Porrúa*, México 2008, pp. 1–19.

person's underlying-evaluative tutelage, even in an environment permeated by technological disruption.²¹

Since the law is an open and second-rate system composed of a true hierarchical network of principles and rules that orbit the Constitution²², the importance of the subject to establish some essential premises of the problem under investigation is indisputable, since the achievement of this desideratum, in the wake of what Gustavo Zagrebelsky defends, will only occur if certain structural conditions are present, of which the “ductibility” (malleability) of constitutional legal systems is the most relevant, as it promotes pacifism and democratic integration “through the network of values and communicative procedures, which is, moreover, the only possible and non-catastrophic view of politics in our time.”²³

Although one cannot fail to consider the impacts that cultural peculiarities entail for any community, to the point of rushing a conjectural analysis based on the idea of society²⁴, from the point of view of human rights²⁵, identity and individual positions impose consideration, especially for that the foundations of the intertwining between the public and the private be firmly fixed.

Instrumental power, in such context, carries out the expropriation of human experience as an economic imperative, decisively processing the redistribution of elementary human rights from individuals to capital.

The products and services of surveillance capitalism are not objects of exchange or promptly perceivable value, nor do they establish constructive reciprocities between the producer and consumer. In fact, they are “hooks” that attract “users”/people to their operations of extraction and appropriation of personal experiences in order to use them in the accumulation of wealth. Arguably, the individual becomes a product of this emerging form of capitalism, which consequently generates undesirable social inequalities. In this sense, the person becomes the object of extraction and technologically advanced

²¹ Cf. L. Floridi, *The method of abstraction*, [in:] *The Routledge handbook of philosophy of information*, ed. *idem*, Routledge, London 2016.

²² H. Ávila, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 5th ed., Malheiros, São Paulo 2005, p. 167.

²³ G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, transl. by M. Gascón, Trotta, Madrid 1995, p. 15. In the original quoting: “a través de la red de valores y procedimientos comunicativos que es además la única visión no catastrófica de la política posible en nuestro tiempo.”

²⁴ Cf. J. Thatcher, D.O'Sullivan, D. Mahmoudi, *Data colonialism through accumulation by dispossession: New metaphors for daily data*, “Environment and Planning D: Society and Space” 2016, preprint, pp. 1–17, doi: 10.1177/0263775816633195.

²⁵ J. Herrera Flores, *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*, transl. by L. Caplan, Lumen Juris, Rio de Janeiro 2009, pp. 97–98.

raw material and increasingly inevitable, and the “real customers” of this surveillance capitalism are the companies that use these human raw materials for strengthening of their wealth.²⁶

This new form of colonialism emerges from the appropriation and extraction of social resources for profit, and unlike historical colonialism, in which pre-conditions were created for what is known as industrial capitalism, digital or data colonialism emerges against the background of the entire intertwined history of colonialism and capitalism.²⁷

That said, Big Data not only represents a new use for technology, but is an essential component for digital colonialism that is based on the logic of intentional accumulation²⁸ to produce profit from the capture of data and information from users who use certain services in digital environments. In the same sense, surveillance capitalism produced by digital colonialism qualifies a new form of capital accumulation through a new politics and social relations that replace contracts, the Rule of Law and social trust for the sovereignty of the “Big Other”.²⁹

This means that the digital colonial process works alongside social arrangements and technological infrastructures, as they allow data to be transformed into a commodity, in fact, an input for contemporary capitalist production.³⁰ In this perspective, especially considering the new digital colonialism imposed by hegemonic persuasive technology companies, it is necessary to reinforce critical positions in order to seek possible rupture or decolonization, since said paradigm is being imposed and consolidated during a transitional period. And this critical view becomes feasible as digital spaces and Artificial Intelligence mechanisms form digital “territories” that, like physical spaces, have the propensity to become places of extraction and exploitation and, therefore, places of coloniality, which is also manifested through the coloniality of power.³¹ Therefore, considering that emerging technologies, such as Artificial Intelligence, are directly subject to the coloniality of power, a study on their decolonization allows the avoidance of increasingly emerging social inequalities³² facing the strengthening of surveillance capitalism and digital colonialism.

²⁶ S. Zuboff, *The age of surveillance capitalism...*, *op. cit.*, p. 17.

²⁷ N. Couldry, U.A. Mejias, *The costs of connection: How data is colonizing human life and appropriating it for capitalism*, Stanford University Press, Stanford 2019, p. 9.

²⁸ S. Cave, *op. cit.*

²⁹ S. Zuboff, *Big Other...*, *op. cit.*, p. 83.

³⁰ N. Couldry, U.A. Mejias, *op. cit.*, pp. 9–10.

³¹ S. Mohamed, M.-T. Png, W. Isaac, *op. cit.*

³² Cf. A. Quijano, *Colonialidad y modernidad/racionalidad*, “Perú indígena” 1992, Vol. 13(29), pp. 11–20.

Concluding remarks

Unregulated spaces in which the fervent action of agents who seek at all costs to occupy data-driven markets may lead to the ill-fated extraction of data by sophisticated algorithms, which generate a reprehensible tendency and endanger human rights, with violations resulting from unforeseen and incalculable situations that exploit vulnerabilities in the Infosphere.

In this context, a conceptual distinction between dangers (and the corollary precaution) and risks (and the corollary prevention) is necessary in order to identify extra-normative parameters to fill in true 'grey zones' from colonial exploration that challenge Legal Science to the presentation of solutions to a complex problem shaped according to algorithmic models developed for the benefit of some and to the detriment of many.

If it is not possible for the State to regulate, by law, any and all contingency resulting from the misuse of data, at least while the state of the art evolves and undergoes sharp changes in these dangers and risks, to admit axiological vectors that aim to guide the development of algorithms, taking care at least of what is predictable and calculable, in a preventive nature, might be a fruitful path.

Human rights cannot be violated and it is not even conceivable that violations of any kind shall be tolerated in any specific settings. Its role is to functionalize the limits imposed on algorithmic development. In this sense, from what was observed in the course of the research, the research hypothesis is confirmed, denoting the need for widely recognized rights of such a nature to be preserved at the expense of algorithmic structures that may violate them, even under the cloak of innovation.

The role of the conceptualization attributed to sensitive personal data by the governing legislation provides an exemplary source of rights that bear this characteristic and that should receive greater protection from the legal system. Furthermore, the very institution of the protection of human rights as the foundation of the Brazilian LGPD (Article 2, VII) denotes the legislator's concern with the construction of a structure of postulates that goes beyond the individual and that inspires the entire system, connecting sources and setting the brakes on unregulated development.

In this sense, although they can be collected and even processed for lawful purposes – including waiver of consent, in the cases provided by law – it is imperative that any violations be punished more severely. Likewise, it is essential that its preservation becomes a major goal for every data processing agent. The protection of human rights, as said, acts exactly in this sense, offering an increase in the conditions for identifying spaces that are more prone to failure and damage.

A critical reading is required regarding the possibility of breaking or deconstructing the ill-fated digital colonialism that is already being exercised by technological companies in the Global North. Thus, ICTs that are booming, such as Artificial Intelligence algorithms, should be considered in view of their propensity for the coloniality of power, which requires studies on their decolonization so that, when developed, they can mitigate the resulting social injustices. surveillance capitalism.

Bibliography

- Ali S.M., *Decolonizing Information Narratives: Entangled Apocalyptics, Algorithmic Racism and the Myths of History*, "Proceedings" 2017, Vol. 1(3), doi: 10.3390/IS-4SI-2017-03910.
- Ali S.M., *Towards a decolonial computing*, [in:] *Ambiguous Technologies: Philosophical Issues, Practical Solutions, Human Nature*, eds. E.A. Buchanan, P.B. de Laat, H.T. Tavani, J. Klucarich, International Society of Ethics and Information Technology, Porto, Portugal 2014.
- Ascensão J.O., *A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos*, "Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo" 2008, Vol. 103.
- Ávila H., *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 5th ed., Malheiros, São Paulo 2005.
- Basan A.P., *Publicidade digital e proteção de dados pessoais: o direito ao sossego*, Foco, In- daiatuba 2021.
- Castro-Gómez S., Grosfoguel R., *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Siglo del Hombre Editores – Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Bogotá 2007.
- Cave S., *The Problem with Intelligence: Its Value-Laden History and the Future of AI*, Proceedings of the 2020 AAAI/ACM Conference on AI, Ethics, and Society, February 2020, doi: 10.1145/3375627.3375813.
- Coleman F., *A human algorithm: How Artificial Intelligence is redefining who we are*, Counterpoint, Berkeley 2019.
- Couldry N., Mejias U.A., *The costs of connection: How data is colonizing human life and appropriating it for capitalism*, Stanford University Press, Stanford 2019.
- Floridi L., *The 4th Revolution: how the infosphere is reshaping human reality*, Oxford, Oxford University Press.
- Floridi L., *The method of abstraction*, [in:] *The Routledge handbook of philosophy of information*, ed. *idem*, Routledge, London 2016.
- Floridi L., *The philosophy of information*, Oxford University Press, Oxford 2011.
- Herrera Flores J., *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*, transl. by L. Caplan, Lumen Juris, Rio de Janeiro 2009.
- Mayer-Schönberger V., Ramge T., *Reinventing capitalism in the age of Big Data*, Basic Books, New York 2018.
- Medon F., *Inteligência Artificial e responsabilidade civil: autonomia, riscos e solidariedade*, Juspodivm, Salvador 2020.

- Mohamed S., Png M.-T., Isaac W., *Decolonial AI: Decolonial Theory as Sociotechnical Foresight in Artificial Intelligence*, "Philosophy & Technology" 2020, Vol. 33, doi: 10.1007/s13347-020-00405-8.
- Moyn S., *Not enough: human rights in an unequal world*, Harvard University Press, Cambridge 2018.
- Quijano A., *Colonialidad y modernidad/racionalidad*, "Perú indígena" 1992, Vol. 13(29).
- Quijano, A., *Colonialidade do poder. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*, CLACSO, Buenos Aires 2005.
- Recaséns Siches L., *Filosofía del derecho*, Porrúa, México 2008.
- Sunstein C., *Valuing life: humanizing the regulatory state*, The University of Chicago Press, Chicago 2014.
- Thatcher J., O'Sullivan D., Mahmoudi D., *Data colonialism through accumulation by dispossession: New metaphors for daily data*, "Environment and Planning D: Society and Space" 2016, preprint, doi: 10.1177/0263775816633195.
- Trstenjak V., *General report: The influence of human rights and basic rights in private law*, [in:] *The influence of human rights in private law*, eds. V. Trstenjak, P. Weingerl, Springer, Cham 2016.
- Véliz C., *Privacy is power: Why and how you should take back control of your data*, Bantam Press, London 2020.
- Walsh C., *Insurgency and Decolonial Prospect, Praxis, and Project*, [in:] *On decoloniality: Concepts, analytics, praxis*, eds. W.D. Mignolo, C. Walsh, Duke University Press, Durham 2018.
- Wu T., *The attention merchants: The epic scramble to get inside our heads*, Vintage, New York 2016.
- Zagrebelsky G., *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, transl. by M. Gascón, Trotta, Madrid 1995.
- Zuboff S., *Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization*, "Journal of Information Technology" 2015, Vol. 30, doi: 10.1057/jit.2015.5.
- Zuboff S., *The age of surveillance capitalism: The fight for a human future at the new frontier of power*, PublicAffairs, New York 2019.
- Zuboff S., *We make them dance: surveillance capitalism, the rise of instrumentarian power, and the threat to human rights*, [in:] *Human rights in the age of platforms*, ed. R. Jørgensen, Cambridge, The MIT Press, Cambridge 2019.

Abstract

Decolonial thinking in Brazil: perspectives for overcoming digital colonialism through the protection of human rights

The effects of colonialism persist until the present day, although many of its characteristics have been transformed through digital information technologies that enable algorithmically-driven environments in which the lack of regulation and governance perpetrates the exploitation of vulnerabilities. These colonial characteristics are equivalent to current digital information activities and they refer to the more general concept of coloniality.

Thus, unlike colonialism, coloniality continues as a way of relating power, knowledge, being and gender, but on a more sophisticated environment. The emergence of new information and communication technologies, based on the mechanisms of Artificial Intelligence, has favored a virtual environment called Infosphere, in which informationally embodied organisms (*inforgs*), as well as the strengthening of a digital colonialism formed by technological companies from the Global North, allow the accumulation of wealth and profit at the expense of inequalities and social injustices imposed by a new hegemonic digital colonialism that emerges and is guided by surveillance capitalism, which, once again in history, causes epistemic violence in relation to other virtual knowledge sources, insofar as it considers people as the product or raw material of this nefarious system. The emergence of data protection laws all throughout the globe is still a recent phenomenon, but clearly not sufficiently effective as a counterpoint for the problem at hand. Improving information and AI ethics and algorithm development governance have been widely discussed and praised as adequate means to overcoming and/or diminishing the impacts of such unwanted practices. Even though that might still be regarded by some as a far-fetched idea in a world of intercultural variety, pluralistic approaches to its understanding are an essential way of improving regulation. The Brazilian legal frameworks for Internet, privacy and data protection, which the research article will seek to deeply analyze, are still surrounded by skepticism due to the incipient sanction and liability enforcement mechanisms. Decolonial thinking is definitely an important subject and critically discussing the ever-challenging reality of the few global elites that currently dominate the Infosphere is an important step towards the desired ethical approach in Brazilian AI development. The forthcoming article has its main objective focused on the study of decolonial thinking in the aforementioned context of new hegemonic digital colonialism in Brazil. To achieve that goal, the deductive approach method shall be used, from the analysis of general premises in order to reach a particular conclusion, as well as bibliographic research.

Key words: digital colonialism, inforgs, decolonial thinking, human rights, Brazil

Vinicius Venancio Costa

Data Protection Lawyer in São Paulo, Brazil

ORCID: 0000-0003-0139-9183

vinicius.costa@fm.usp.br

Health data processing in the context of telemedicine: an overview between Brazil and the European Union post pandemic COVID-19

Introduction

The use of telemedicine had notably been developed in Brazil after the beginning of the public emergency period caused by the pandemic of COVID-19. In this context, health data are in the spotlight, since they represent the object and product of the health services provided, especially in the digital environment.

What measures has Brazil adopted to guarantee the data protection for health data in view of this scenario? The aim of this article is to examine and present a comparative analysis of the Brazilian and European Union regulations governing the processing of personal health data from a regulatory perspective, with the objective of highlighting possible differences and identifying elements that may converge towards a regulatory common denominator – if any – and to examine the potential actions to be taken at a national and international level between the regions.

The comparison with the EU was chosen due to the similar data protection regulation, since Federal Law No. 13709/18, the Brazilian General Data Protection Law (“LGPD”) presents similar provisions and regulations to those established in the EU General Data Protection Regulation 2016/679 (“GDPR”), and by a study published on February 11, 2021 by the European Commission assessing the implementation of the GDPR and the domestic regulations for health data in each of the EU countries.¹

¹ The creation of a European Health Data Space, is one of the Commission’s priorities for the period 2019–2025, https://ec.europa.eu/health/ehealth/dataspace_pt [accessed: 23.04.2021].

This paper provides a brief evidence-based comparison of the situation regarding governance and regulatory aspects of health data in the aforementioned regions. The study the qualitative method with: (a) a review of the legal and regulatory literature to provide an overview of best practices; and (b) mapping and comparing the legal and technical aspects of health data use in order to establish an overview of the Brazilian legislation, regulation and governance models. The quantitative research method is not used in this article.

It is not the purpose of this article to establish in-depth reflections on the ways how data protection rights can be exercised in the regions in this study, nor the regulatory history with regard to the protection of privacy and the evolution of data protection in both regions – even though this aspect is tangential in view of its relevance, as well as the need to start from this point for the analysis of the subject.

Health data and their regulation in Brazil

The Federal Constitution provides broad language about the protection of the rights of privacy and private life of people (art. 5, item “X”), being the Federal Union competent to legislate about civil law (art. 22, item “I”), where privacy is included as a personal right, and Federal Union, States and Federal District are competent to legislate about the defense of health (art. 24, item “XII”). There is no explicit mention of “health data” in the constitutional charter. The regulation was left to infra-constitutional legislation, especially at the federal and state levels, as provided in the Constitution.

The LGPD was published on August 14, 2018 and comes into force gradually: the articles referring to the National Data Protection Authority (ANPD) became effective on December 28, 2018, the articles referring to the other provisions, including principles and security aspects, on September 18, 2020, and the articles referring to administrative sanctions will become effective on August 1, 2021.

Hence, we already have the first regulatory difficulty: there are provisions in force without any corresponding penalties.

The aim of the LGPD is to protect the fundamental rights of freedom and privacy and the free development of the personality of any natural person.² The LGPD establishes that “personal data” is any information relating to an identified or identifiable natural person, and may be classified as sensitive data, which is a special category of information that must be more strictly protected, with the LGPD providing a list of what is included in this category. In estab-

² As per article 1 of LGPD.

lishing what types of information constitute sensitive personal data, the LGPD refers broadly to “health data,” without specifying what this concept means. The Brazilian legislation does not provide a specific definition of health data.

The second regulatory difficulty is presented: the lack of definition on what is considered “health data”. Is it possible to affirm that this definition covers only medical exams, medical records and consultations related to a specific or determinable person? Would the data subject’s biological monitoring data, or report management data, obtained via “wearables” be covered? Would the recording and scheduling of a patient’s appointment with his or her physician constitute health data? These are some of the difficulties verified, which the legal interpreter should analyze in a case-by-case situation.

It is important to note that the regulations and guidelines of the LGPD are still under construction, discussion and analysis. The National Data Protection Authority (ANPD), structured under the Federal Decree No. 10,474 of August 26, 2020, and the creation of the Central Data Governance Committee, provided for in Decree No. 10,046 of October 9, 2019 are related.

There is a conflict of competence between those public bodies. The ANPD, created in the LGPD, is the supervise authority responsible for the protection of personal data in Brazil. Among its powers, the Central Data Governance Committee is responsible for the guidelines for the categorization of broad, restricted and specific data sharing. The Central Data Governance Committee was created after the enactment of the LGPD, under an administrative decree that is related to data sharing governance within the federal public administration.

Therefore, a third regulatory difficulty is noted: the competence for supervise powers of each body. Since telemedicine is a regulated activity, it should be noted that it is also subject to the federal and state medical councils, which, according to Federal Law No. 12.842/2013, has the Federal Council of Medicine as the competent authority to issue rules to define the experimental nature of procedures in medicine, authorizing or prohibiting its practice by doctors. The Federal Council of Medicine is also governed by Federal Law No. 3.268/57. If the topic is moved to telehealth, this regulation spectrum increases, since other professional councils, such as nursing, physical therapy, nutrition and speech therapy, shall be considered.

Thus, there are at least two competent bodies to regulate the matter: the provisions of the ANPD, and the provisions of the respective professional council. If the professional is also a member of the Federal Administration or has any relation with the Federal Administration, Central Data Governance Committee shall be called.

If the limits of the competence of each authority are not cleared, the liability regime established in the LGPD is also pending to be confirmed by judicial authorities and legal literature. The legal review has not reached a majority position whether the civil liability in the LGPD is strict or subjective.

In Brazil, civil liability is analyzed under: (I) the contractual aspect, which is studied on non-performance of contractual obligations, having the contract as its source; this means a violation of a duty dependent on the contract, and (II) the extra-contractual aspect, studied in the theory of unlawful acts, in which the duty to indemnify arises from the practice of an unlawful act, and might be based on the fault of the agent – being the subjective liability – or when the fault is not necessary to justify the duty to indemnify – when it is the strict liability.³

The classic rule of the civil liability states that it is subjective, and the volitional element must be considered. In strict liability, as an exception, the agent's guilt will not be analyzed in the harmful event, but only his act, and the causal relation for such, and it occurs, as provided in the sole paragraph of article 927 of the Brazilian Civil Code, whenever specified by law, or when the activity normally developed by the agent implies, by its nature, risk to the rights of others. Conceptually, in general terms, these are the differences between strict and subjective liability.

The consequence of defining whether liability for data protection is provided in LGPD, whether subjective or strict one, is the duty to consider any degree of lack of foresight, lack of skill or negligence of the agent in order to determine the obligation to repair the damage.

The LGPD provides in its article 42 that any agent who, due to the exercise of activities involving the processing of personal data, causes damage to others, in violation of the legislation for the protection of personal data, shall be obligated to repair it. There is no language determining that the liability would be “regardless of fault” – which could be argued that the law followed the general rule of liability, and therefore LGPD set the subjective liability as a rule.

On the other hand, when analyzing the liability exclusions in article 43, in the sense of agent's absence of conduct and/or illicit conduct that resulted in the damage, or if the damage was caused exclusively by a third party, the law excludes the duty to repair the damage. This means the agent shall demonstrate the lack of causal relation to the harmful event. In other words, there are strong elements to confirm that the liability is strict, and not subjective, since no mention to the guilty was made in the excluders. In addition,

³ O. Gomes, *Civil Liability*, Forense, Rio de Janeiro 2011.

there are good grounds to determine the strict liability as per article 45 of the LGPD, that states in case of consumer relations, the liability rules provided in the relevant legislation should be applied; in this case the consumer legislation referred in the article determines the strict liability.

In any case this is another outstanding issue in regulation: the lack of definition of the liability regime in LGPD.

Hence, regarding health data in Brazil, there is no criteria formally defined to their definition. There are, for sure, situations that are easier to verify, such as information received by a health professional about a certain or identifiable person, or to the acts of a medical professional, in the terms of the CFM Resolution 1627/2001. However, in certain situations, the definition is not so obvious.

Data security measures, a key principle in LGPD, are the focal point of the regulation, especially when it comes to telemedicine, as developed below.

Telemedicine: regulatory overview

For historical purpose, the Ministry of Health established through Ordinance Act N° 35, January 4, 2007, the National Telehealth Program in Brazil, with telehealth practices in the Brazilian Public Heal System.

COVID-19 brought a change in the uses of telemedicine in Brazil, being the approval and encouragement of the use of teleconsultation during the period of public emergency caused by the pandemic.

Until 2019, telemedicine was regulated under CFM Resolution 1,643/2002. Telemedicine is defined in the regulation as the “practice of medicine through the use of interactive methodologies of audiovisual and data communication, with the objective of health care, education and research” (article 1). This resolution does not bring any description of telemedicine modalities, and as for the procedural rules, it only indicates that the legal entities that provide telemedicine services must register in the regional councils.

On February 6, 2019, the CFM published CFM Resolution 2,227/2018, scheduled to go into effect 90 days after its publication, which allowed physicians to perform teleconsultations, tele-surgeries, telediagnosis, telemonitoring, tele-guidance, teleconsulting, among other forms of remote medical care. This resolution was cancelled 16 days after its publication, on February 22, 2019, being telemedicine continued to be subject to the terms of CFM Resolution 1,643/2002. It is worth noting that the reluctance to adopt telemedicine was configured on an argument that the practice would violate article 37 of the Code of Medical Ethics: “prescribe treatment and other procedures without direct examination of the patient”.

With the COVID-19 pandemic in progress, and Brazil having recognized the situation of public health emergency,⁴ in CFM Official Letter 1756/20, dated March 19, 2020, the CFM recognized the possibility of using telemedicine “on an exceptional basis and to combat the COVID-19 contagion”, for: teleorientation, telemonitoring, and teleinterconsultation. Subsequently, on March 23, 2020, the Ministry of Health confirmed the position.⁵

On April 15, 2020, Federal Law n° 13,989/2020 was issued, which provides the use of telemedicine during the coronavirus crisis. The law does not provide further details about procedures and responsibilities. It does not provide any deep reflection involving care protocols and limits (or permissions) for the use of telemedicine in Brazil.

And what does this imply? On the one hand there are the principles of data protection, especially in the LGPD, in the sense of implement measures to ensure information security; however, on the other hand, from a technical point of view, there is no guideline referring which measures are valid. The market practice has recommended, like the Brazilian Society of Cardiology’s Guidelines on Telemedicine in Cardiology – 2019⁶, the requirements provided for the North American Law, the Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA). HIPAA has represented a converging international industry standard for health data processing.

It should be noted that one of the advantages of adopting HIPAA, despite its normative force being restricted to the North American territory, is that the industry will now be evaluated and certified through a common normative.

Another standard to security information to be considered, on the other hand, at the national level, would be the one established by the “Sociedade Brasileira de Informática em Saúde” (SBIS – Brazilian Society of Health Informatics). CFM Resolution 1821/2007, about electronic medical records, stated that the Federal Council of Medicine and the SBIS, through a partnership, should issue a certificate of quality for computerized systems according to the Certification Manual for Electronic Health Record Systems. The partnership has ended, but the criteria could be used.

The central pending issue in the regulation is: which security mechanism standards should be used in health data, so as not to cause legal uncertainty for agents? Should agents adopt the international standard, taking into account the interoperability and ease evaluation of available products, or should agents

⁴ Under the Federal Law 13.979/20.

⁵ Ordinance Act N° 467/2020.

⁶ Diretriz da Sociedade Brasileira de Cardiologia sobre Telemedicina na Cardiologia, 2019, <https://cardiologiahmt.com.br/wp-content/uploads/2019/11/aop-diretriz-telemedicina-portugues.pdf> [accessed: 22.04.2021].

create and/or use national solutions? In any case, the current regulations, in order to guarantee data security and medical confidentiality in the doctor-patient relationship, must be observed. However, the central key is the lack of interoperability among platforms, an issue already identified by EU.

Health data in the European Union

If in Brazil we have noticed these difficulties so far, in the European Union the issues were mapped in a study published on February 11, 2021, “Assessment of the EU Member States’ rules on health data in the light of GDPR”, by the European Commission⁷ 15by the European Commission.⁸

The study assessed how EU Member States have implemented the GDPR regulations in their legislation for health data. The study was done in the context of creating a European Health Data Space, which is one of the European Commission’s priorities for the period 2019–2025. The European Health Data Space aims to promote better exchange and access to different types of health data in a solid system of governance, valuing data quality and interoperability of the structure. The study highlighted the possible differences and identified the elements that could affect the international transfer and processing of health data in the EU for healthcare.

Despite the different approach scope between the EU, in the sense that each Member State can internalize the GDPR by changing some of its provisions, and Brazil, which is a single country that coexists with the regulatory problems identified above, the result of both is similar: the need for a cohesive regulation that provides interoperability between agents.

To examine the impact of the GDPR on the operation of digital health services, Member States were asked to indicate whether any specific legislation had been adopted in this context. Twelve Member States reported the existence of specific legislation.⁹ The processing legal basis under GDPR will differ depending on the situation, with consent, followed by the provision of health care, representing the most common basis in the practical analysis of the study.

It is worth noting that both the GDPR and the LGPD, when establishing the legal basis of health care for the processing of sensitive data, limit it to health professionals, health services or health authorities, each regulatory diploma using its own language. Thus, it would not always be possible to consider

⁷ https://ec.europa.eu/health/ehealth/key_documents_en#anchor1 [accessed: 23.04.2021].

⁸ About the European Commission, https://ec.europa.eu/info/about-european-commission_en [accessed: 23.04.2021].

⁹ CZ, DE, EE, EL, FR, HR, LT, AT, PL, RO, SI, SK.

the health care as a general rule for the processing of health data – it will always depending on the case.

It is noteworthy that under the terms of the study, the German correspondent, in a pioneering way, mentioned a recently adopted regulation dealing with digital health in Germany.¹⁰ Other countries, such as Austria, have guidance documents that are addressed to device manufacturers and provides interoperability standards, rather than enacting formal rules and legislation in this regard. England has addressed this problem in a similar way through the requirements for the NHS healthcare system.

The study broadly concluded that: (i) the current EU legal and regulatory frameworks are not aligned with recent innovations in digital health. Taking the area of telemedicine as an example, it was noted that there are currently serious interoperability problems between available solutions; (ii) moreover, Member States sometimes adopt or adapt specific international standards according to their own needs, which represents an additional barrier to interoperability; (iii) furthermore, incidents of data misuse by commercial parties, including those established outside the EU, raise awareness that compliance with data protection rules must be ensured. The challenge for Member States and the EU as a whole is therefore to find a balance between security and data sharing.

Final Considerations

First, the European Commission's initiative to create a specific working group to map the regulatory failures post-GDPR in order to achieve the European Health Data Space is noteworthy. The result of this research will allow the EU to act specifically on the failures and results found. It should also be noted that no study similar to the one carried out by the EU has been developed by Brazil.

Despite the advances that have occurred in Brazil to guarantee data protection, the regulation still presents flaws and points for clarification – for example, what technology guarantees full compliance with the security standards expected by Brazil? Would HIPAA be adopted? Any other national standard?

¹⁰ “The procedure for the inclusion of a digital health application in the directory for digital health applications of the Federal Institute for Drugs and Medical Devices is initiated upon application by the manufacturer. Relying on § 5 I and § 6 of the Digital Health Application Ordinance, the manufacturer shall state in the application whether data processed via the digital health application can be exported by the insured person from the digital health application in an interoperable format and made available to the insured person for further use by 1 January 2021 at the latest. They shall also state whether the insured person can export relevant extracts of the health data processed via the digital health application for their care, in particular data on therapy courses, therapy planning, therapy results and data evaluations carried out, from the digital health application from 1 January 2021 at the latest.”

The LGPD is in force without the corresponding penalties. Even if the possibility of civil liability in terms of compensation for damages arising from violation of the LGPD, there is the lapse of almost a year without any possibility of the supervise authority impose any kind of penalty. Second that the Brazilian legislation does not provide a definition or specific standards on health data. Third that there is an uncertain zone of conflict of competence among the regulatory bodies, including the professional councils. Fourth that the liability regime in the LGPD is unclear. These are issues only from the legal point of view of the law.

There is also no legal security about the establishment of telemedicine as a consolidated practice beyond the pandemic period. Neither there are standards or protocols for telehealth care. In addition, there are no procedural norms, technical aspects including information security, requirements for a consent form, liability regime involved, parameters for control and quality assessment of the services rendered in telemedicine as well.

Despite the different approach scope between the EU, in the sense that each Member State has the competence to internalize the GDPR by amending some of its provisions, and Brazil, which is a single country that coexists with the regulatory problems identified above, the result of both is similar: the need for a cohesive regulation with interoperability needs.

Bibliography

- About the European Commission, https://ec.europa.eu/info/about-european-commission_en [accessed: 23.04.2021].
- Diretriz da Sociedade Brasileira de Cardiologia sobre Telemedicina na Cardiologia, 2019, <https://cardiologiaht.com.br/wp-content/uploads/2019/11/aop-diretriz-telemedicina-portugues.pdf> [accessed: 22.04.2021].
- Gomes O., *Civil Liability*, Forense, Rio de Janeiro 2011.

Abstract

Health data processing in the context of telemedicine: an overview between Brazil and the European Union post pandemic COVID-19

The use of telemedicine had notably been developed in Brazil after the beginning of the public emergency period caused by the pandemic of COVID-19. With the new data protection law in force in Brazil, which is similar to the GDPR, health data are in the spotlight. The purpose of this article is to exam what measures Brazil has adopted to guarantee the data protection for health data in view of this scenario, taking the EU as a perspective

for comparison reasons. For the Brazilian analysis, not only the formal legislation was considered, but also the guidance of the Federal Council of Medicine, which is the competent authority to supervise and issue orders on the development of medicine in Brazil, including the telemedicine. The comparison with the EU was chosen due to the similar data protection regulation, since the LGPD presents similar provisions and regulations to those established in the GDPR, and because the European Commission has issued a study on February 11, 2021, assessing the implementation of the GDPR and the domestic regulations for health data in each of the EU countries. This article has found out Brazilian regulation still presents flaws and points for clarification, which are fundamental to guarantee the necessary legal security in operations.

Key words: telemedicine, LGPD, GDPR, Brazilian medicine, health data

Maciej Włodek

mgr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

ORCID: 0000-0002-2124-4587

maciejwlodek9@gmail.com

Legislacyjna transformacja krajowego rynku gazu ziemnego poprzez biogaz na przykładzie rynkowych platform współpracy

Wprowadzenie

Celem artykułu jest zaprezentowanie powiązań i implementacji regulacyjnych pomiędzy uczestnikami rynku OZE na przykładzie platform współpracy w zakresie rynku biogazu. Dodatkowo należy zobrazować rozwój i potrzeby rynku krajowego z pomocą przykładów z rynku niemieckiego. Tezą niniejszego artykułu jest zbadanie, jak daleko i w jakim stopniu przyjęte przez Polskę regulacje mają wpływ na poszczególnych uczestników rynku energetycznego, tj. samorządy i przedsiębiorstwa sieciowe w zakresie wzajemnych kontraktów i postawionych w regulacjach zobowiązań. Dodatkowo w artykule przytoczono *case study* miasta Tarnowa jako byłego miasta wojewódzkiego, które poprzez założenie Tarnowskiego Klastra Energii tworzy lokalny rynek ciepła i energii elektrycznej, wykorzystując synergię odzysku energetycznego z odpadów produkowanych przez mieszkańców szeroko rozumianego makroregionu tarnowskiego.

Domena wzajemnych powiązań

Artykuł przedstawia formy współdziałania dotyczące realizacji celów OZE, gdzie jako pierwszą kwestię należy zobrazować wzajemne relacje różnych uczestników publicznych i prywatnych tworzących sieci kooperacji. Można założyć, że jest to sieć oparta na formule poczwórnej helisy (ang. *quadruple helix*)¹, w której skład wchodzi: rząd, samorządy, przedsiębiorstwa i obywatele.

¹ E. Carayannis, D. Campbell, *Open Innovation Diplomacy and a 21st Century Fractal Research, Education and Innovation (FREIE) Ecosystem: Building on the Quadruple and Quintuple Helix Innovation Concepts and the "Mode 3" Knowledge Production System*, „Journal of the

Tym samym poza rządem i samorządami są dwie grupy prosumentów, a więc podmiotów, które jednocześnie konsumują i produkują energię.

Wspólną podstawą prawną dla współpracy tych podmiotów są postanowienia art. 7, pkt 7a i 7b dyrektywy 2012/27/UE, które zawierają zapisy dotyczące włączenia do współdziałania dostawców usług energetycznych, obywateli, a także podmiotów akredytowanych i organów władzy publicznej². Widoczne zatem jest oparcie na koncepcji prosumpcji, czyli łączenia funkcji konsumpcyjnej z produkcyjną. Przy tym pojawia się także kategoria prosumpcji zbiorowej, a więc klastrów energii i współpracy³.

1. Forma współpracy UE – Polska

W zakresie kooperacji UE – Polska zostały poddane analizie zmiany związane z wdrożeniem do krajowej legislacji zapisów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/2001 z dnia 11 grudnia 2018 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych, potocznie zwanej dyrektywą RED II (dalej: RED II), której celem jest przyjęcie założeń i postawienie celów w regulacjach energetycznych w zakresie OZE w taki sposób, aby przyszedł krajowy rynek energetyczny tworzył jednolity system unijny w zakresie bezpieczeństwa dostaw i spójnej polityki cenowej. Polityka energetyczna i klimatyczna nie będzie brana pod uwagę z punktu widzenia pojedynczego kraju, a to ze względu na m.in. art. 194 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, dający państwom członkowskim swobodę decydowania o wyborze źródeł energii. Nie wolno zapominać, że Unia Europejska zobowiązała się do budowy transgranicznego jednolitego rynku energii. W ramach funkcji zarządczej unią energetyczną zapoczątkowane zostaną 10-letnie zintegrowane krajowe plany w dziedzinie energii i klimatu (KPEiK)⁴, pierwsze z nich obejmują lata 2021–2030. Państwa określają, jak zrealizują wspólne założenia w dojsciu do uzyskania

Knowledge Economy” 2011, vol. 2(3), https://www.researchgate.net/publication/225717035_Open_Innovation_Diplomacy_and_a_21st_Century_Fractal_Research_Education_and_Innovation_FREIE_Ecosystem_Building_on_the_Quadruple_and_Quintuple_Helix_Innovation_Concepts_and_the_Mode_3_Knowledge_Product [dostęp: 18.07.2021].

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/27/UE z dnia 25 października 2012 r. w sprawie efektywności energetycznej, zmiany dyrektyw 2009/125/WE i 2010/30/UE oraz uchylenia dyrektyw 2004/8/WE i 2006/32/WE (Dz.U. UE L 315/1 14,11,2012), art. 7, pkt 7a i 7b.

³ K. Dziaduszyński, M. Tarka, M. Trupkiewicz, K. Szydłowski, *Rozwój odnawialnych źródeł energii w sektorze Mikro, Małych i Średnich Przedsiębiorstwach, w tym możliwość zastosowania rozwiązań prosumenckich. stan obecny i perspektywy rozwoju*, Ministerstwo Aktywów Państwowych, Warszawa 2018, s. 45–47, <https://www.teraz-srodowisko.pl/media/pdf/aktualnosci/6284-analiza-rozwoj-OZE-w-sektorze-MSP.pdf> [dostęp: 18.07.2021].

⁴ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1999 z dnia 11 grudnia 2018 r. w sprawie zarządzania unią energetyczną i działaniami w dziedzinie klimatu, art. 3, 4.

pięciu wymiarów unii energetycznej: efektywności energetycznej, zintegrowanego wewnętrznego rynku energii, dekarbonizacji gospodarki, bezpieczeństwa energetycznego, badań i innowacji. W ramach rynku wewnętrznego systemu wsparcia OZE staną się dostępne dla wszystkich państw członkowskich połączonych sieciowo⁵. Do życia zostanie powołana unijna platforma do spraw rozwoju odnawialnych źródeł energii (*Union renewable development platform*), która stworzy możliwość obrotu udziałami OZE między państwami UE. Warto przyrzeć się zamierzeniu w zakresie bezpieczeństwa energetycznego. Równoległe do RED II najnowszymi legislacjami dla sektora energetycznego jest rozporządzenie 2019/941/UE (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/WE⁶) oraz dyrektywa gazowa 2019/692⁷, w której został zdefiniowany aspekt transgraniczności. Wprowadzone dyrektywy umożliwiły porozumienie o synergii operatorów gazociągów przesyłowych Polski i Ukrainy: gaz może płynąć już nie tylko ze Wschodu na Zachód, ale i w przeciwnym kierunku, pod warunkiem dostępnych mocy przesyłowych. Powyższe „szerokie” postrzeganie bezpieczeństwa gazowego daje zapewne możliwość zabezpieczania dostaw błękitnego paliwa gazowego niewywodzącego się z OZE, a krajom pozaunijnym daje możliwość dywersyfikacji jego dostaw.

2. Formy współpracy rząd – przedsiębiorstwo i rząd – przedsiębiorstwo – obywatel

Przesłanki prawne do współpracy między rządem a przedsiębiorstwami można znaleźć zarówno w unijnym prawie wtórnym dotyczącym OZE, jak i w krajowych aktach prawnych. Jako przykład delegacji zadań rządu do reprezentowania i wydatkowania środków na cele z zakresy ochrony środowiska, w tym walki ze smogiem, można za przykład podać NFOŚiGW (Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej).

W przypadku synergii rząd – przedsiębiorstwo, jeżeli strona biznesowa jest reprezentowana przez przedsiębiorstwo państwowe, takie powiązanie jest wynikiem obecności państwa w ramach funkcji właścicielskiej, która jest uregulowana przepisami art. 44¹KC. Przepisy te stwarzają możliwość ingerencji organów państwa w działalność jego podmiotów posiadających to mienie oraz

⁵ Art. 5, 19 dyrektywy 2018/2001.

⁶ 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).

⁷ 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).

wykorzystujących je w swoich działaniach, w tym wypadku w celu wypełniania założeń OZE. Na podstawie dyrektywy Komisji 2006/111/WE z dnia 16 listopada 2006 roku (art. 2, lit. b)⁸ przedsiębiorca publiczny to każde przedsiębiorstwo, na które organy publiczne mogą wpływać z racji bycia właścicielem lub w regulacji, które nim rządzą.

Główną formą relacji rząd – przedsiębiorstwo są formy pomocy publicznej, w których rząd wyznacza instytucje finansujące obsługujące programy pomocy dla przedsiębiorców. Drugą formą zaangażowania jest rozszerzenie strumienia finansowania rządowego dla obywateli przy współudziale przedsiębiorstw. Trzecią natomiast – dotyczącą zagospodarowania biogazu rolniczego, jest współpraca rządu za pośrednictwem wyznaczonych organów z przedsiębiorcami działającymi na rynku gazu (operatorzy sieci przesyłowych i operatorzy sieci dystrybucyjnych). W ramach pierwszej formy kooperacji na uwagę zasługuje Energia Plus, program priorytetowy NFOŚiGW, który zastąpił poprzedni pt. „Wsparcie przedsiębiorców w zakresie niskoemisyjnej i zasobooszczędnej gospodarki”. Jako przykład wypełnienia założeń EPK i KP na linii rząd – przedsiębiorstwo można przytoczyć interakcję PGNiG i NFOŚiGW na rzecz czystego powietrza w ramach akcji „Czyste powietrze”, mającego w założeniu przyznanie dofinansowania wymiany ogrzewania na gazowe oraz objęcie nowych użytkowników gazu systemem świadectw efektywności energetycznej. Program obejmuje wybrane gminy/miasta na terenie całego kraju.

3. Forma współpracy rząd – samorząd

Zgodnie z wymienionymi już dyrektywami, a także zgodnie z dyrektywą 2018/2001 samorzady musiały podjąć się zadań związanych z udziałem w promowaniu i wytwarzaniu energii z OZE oraz wymogiem zapewnienia bezpieczeństwa dostaw gazu, w tym biogazu z OZE. Podstawą prawną na poziomie krajowym jest ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 roku – Prawo energetyczne (dalej: pr. energ.). Zgodnie z art. 12 współpraca między ministrem właściwym do spraw energii a samorządami jest jednym z filarów polityki energetycznej państwa z przełożeniem na aktywność społeczności lokalnych⁹.

Należy również pamiętać, że przepisy ustawy OZE nie ograniczają się wyłącznie do biogazu rolniczego, ale również biogazu pochodzącego z oczyszczalni ścieków oraz składowisk odpadów, co pokazuje jak istotny wpływ miałyby rozszerzenie na rynek lokalny. Tym samym pojawia się forma kooperacji między

⁸ M. Szydło, *Swoboda rynku wewnętrznego a reguły konkurencji: między konwergencją a dywergencją*, Dom Organizatora TNOiK, Toruń 2006, s. 302–303.

⁹ Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 roku – Prawo energetyczne (Dz.U. z 2020 r. poz. 833, 843, 875, 1086, 1378, 1565), art. 12.

rzędem, a samorządami, które są właścicielami zakładów komunalnych i zakładów przetwarzania odpadów komunalnych. W świetle świadectw pochodzenia zapisów art. 48 ustawy OZE sektor publiczny został poniekąd potraktowany po macoszemu, albowiem „Wytwórcy biogazu rolniczego w instalacji odnawialnego źródła energii, w której biogaz rolniczy został wytworzony, przysługuje świadectwo pochodzenia biogazu rolniczego potwierdzające jego wytworzenie oraz wprowadzenie do sieci dystrybucyjnej gazowej”¹⁰. Czynnikiem kluczowym jest spełnienie wymogów składowo-jakościowych komponentów, które w ujęciu pozytywnym (co jest wskazane) obejmują „surowce rolnicze, produkty uboczne rolnictwa, płynne lub stałe odchody zwierzęce, produkty uboczne, odpady lub pozostałości z przetwórstwa produktów pochodzenia rolniczego lub biomasy leśnej, lub biomasy roślinnej zebranej z terenów innych niż zaewidencjonowane jako rolne lub leśne”. Z kolei w ujęciu negatywnym (co jest niedopuszczalne) ustawa klasyfikuje biogaz z substratów pochodzących ze składowisk odpadów, oczyszczalni ścieków czy zakładowych oczyszczalni ścieków zakładów przetwórstwa rolno-spożywczego¹¹.

4. Forma współpracy samorząd – przedsiębiorstwo – obywatel; case study miasta Tarnowa

Podstawowym źródłem zobowiązań związanych z wytwarzaniem energii z OZE i jej promocją była dyrektywa 2009/28/WE¹², uchylona przez dyrektywę 2018/2001. Dorozumiana możliwość włączenia samorządów wynika także z 2012/27/UE, gdzie obok obywateli i organów władzy publicznej nie są wymienione władze lokalne, jednakże można interpretować rolę samorządów jako pośredników między władzą publiczną a obywatelami tworzącymi społeczność lokalną.

Na poziomie prawa krajowego zadania gminy muszą być ściśle związane z podstawowymi aktami prawnymi regulującymi ich status jako jednostek samorządu terytorialnego – tak wynika z art. 7 w ustawie z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym, w którym obowiązkiem gminy jest „zaspokajanie potrzeb zbiorowych mieszkańców gminy”, co z kolei wiąże się z wymienionym w tej ustawie wytwarzaniem energii cieplnej, elektrycznej i zaopatrzeniem w gaz¹³. Z perspektywy drugiej strony podmiotowej, czyli przedsiębiorstw,

¹⁰ Ustawa z dnia 20 lutego 2015 roku o odnawialnych źródłach energii (Dz.U. z 2020 roku poz. 261, 284, 568, 695), art. 48.

¹¹ *Ibidem*, art. 2, pkt 2.

¹² E. Kosiński, M. Trupkiewicz, *Gmina jako podmiot systemu wspierania wytwarzania energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2016, R. LXXVIII, z. 3, s. 94–95.

¹³ *Ibidem*, s. 97.

istnieją również obowiązki, lecz dotyczą one przedsiębiorstw energetycznych (OSD, OSP) i zostały one zawarte w art. 16 Pr. energ.¹⁴ Obejmuje to nie tylko gminy, ale także województwa, które powinny sporządzać plany zagospodarowania przestrzennego na potrzeby planowania inwestycji OZE, jak i inwestycji w infrastrukturę gazową (art. 16 ust. 2)¹⁵.

Bezpośrednie zadania gminy w zakresie zabezpieczania dostaw gazu zostały wprost określone w Pr. energ. w art. 18, pkt 1¹⁶ i są one niczym innym jak dążeniem do zaopatrzenia w paliwo gazowe, a w efekcie dążeniem do zbudowania efektywnych systemów ciepłowniczych na terenie gminy. Istnieją dwa kluczowe dokumenty dla gminy, jak i każdej gałęzi obywatelsko-biznesowej w tym zakresie: plan zagospodarowania przestrzennego oraz plan zaopatrzenia m.in. w paliwo gazowe, sporządzany raz na 15 lat i aktualizowany co trzy lata¹⁷. W zakresie OZE zagospodarowanie przestrzenne jest niezwykle istotne pod kątem wskazania i szybkości realizacji miejsc planowanych inwestycji infrastrukturalnych. Tymczasem wg danych GUS w 2018 r.¹⁸ 153 gminy (6% wszystkich gmin w Polsce) nie miały uchwalonych planów zagospodarowania przestrzennego.

Na potrzeby niniejszego artykułu dokonano analizy projektu założeń do planu zaopatrzenia w ciepło, energię elektryczną i paliwa gazowe dla Gminy Miasta Tarnowa na lata 2012–2030¹⁹ (data aktualizacji: 28.11.2019). Tarnów jest objęty Planem Zagospodarowania Przestrzennego Województwa Małopolskiego²⁰. Miasto z racji swojego położenia geograficznego i dostępności do zasobów naturalnych może „wybierać” w koszyku, z którego źródła OZE chce czerpać swoje profity. Przez teren Gminy Miasta Tarnowa przepływają dwie duże rzeki: Dunajec i Biała Tarnowska, miasto posiada zakład oczyszczania ścieków oraz składowisko odpadów z instalacją odgazowywania. Analizując dokument w stosunku do poprzedniego z roku 2015, widzimy utrzymujący się trend w zakresie działań optymalizujących zużycie energii, takich jak programy wymiany

¹⁴ Art. 16 (Dz.U. z 2020 r. poz. 833, 843, 875, 1086, 1378, 1565).

¹⁵ Art. 16, ust 2 (Dz.U. z 2020 r. poz. 833, 843, 875, 1086, 1378, 1565).

¹⁶ Ustawa z 10 kwietnia 1997 roku Prawo energetyczne (t.j. Dz.U. z 2020 roku poz. 833).

¹⁷ J. Skrago, P. Furdzik, *Zadania i obowiązki gmin w świetle ustawy – Prawo energetyczne*, Urząd Regulacji Energetyki, Gliwice 2011, <https://www.ure.gov.pl/download/9/4442/zadaniagminy.pdf> [dostęp: 18.07.2021].

¹⁸ Na podstawie wygenerowanych danych: Bank Danych Lokalnych, <https://bdl.stat.gov.pl/BDL/dane/podgrup/wymiary> [dostęp: 18.07.2021].

¹⁹ Uchwała nr XXI/211/2019 Rady Miejskiej w Tarnowie z dnia 28 listopada 2019 roku w sprawie „Aktualizacji założeń do planu zaopatrzenia Gminy Miasta Tarnowa w ciepło, energię elektryczną i paliwa gazowe na lata 2012–2030”.

²⁰ Plan Zagospodarowania Przestrzennego Województwa Małopolskiego (Dz. Urz. Woj. Mał. z dnia 18.04.2016r., poz. 3215), <https://bip.malopolska.pl/umwm,a,1435085,uchwala-nr-xxvii73218-sejmiku-województwa-malopolskiego-z-dnia-26-marca-2018-r-w-sprawie-zmiany-uchw.html> [dostęp: 18.07.2021].

pieców na niskoemisyjne, przyłączanie budynków do centralnej sieci ciepłowniczej, termomodernizacja oraz instalacja kolektorów słonecznych i instalacji fotowoltaicznych na budynkach użyteczności publicznej; podobne zapisy znajdujemy również w dokumencie z 2012 roku. W zasadzie wszystkie wymienione zadania są przedłużeniem działań i programów rządowych oraz ekonomią inwestycji w drodze do osiągnięcia założeń zielonej energii. W dwóch poprzednich aktualizacjach programu nie znajdziemy żadnej informacji o wykorzystaniu wewnętrznych miejskich zasobów infrastrukturalnych na skalę ogólnospołeczną. Dopiero w aktualnych zapisach z 2019 roku znajdziemy informację dotyczącą powołania Tarnowskiego Klastra Energii, opartego na posiadaniu miejskiej infrastruktury oraz informacji o budowie generatorów do odzysku energii elektrycznej dla zakładu oczyszczania ścieków.

Na cele niniejszego opracowania skupię się na działalności klastra opartego na wykorzystywaniu gazu wysypiskowego. Klastr został zawiązany w dniu 28.09.2017 r. przez Gminę Miasta Tarnowa, spółki komunalne: Miejskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej (rola koordynatora), Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych oraz Politechnikę Krakowską. Sama działalność bazuje na umowie cywilnoprawnej zgodnie z definicją art. 2 pkt 15a ustawy z dnia 20 lutego 2015 roku o odnawialnych źródłach energii (t.j. Dz.U. 2017 poz. 1148 z późn. zm.). Wchodząc w analizę działalności powyższych podmiotów, można zauważyć zaangażowanie różnych jednostek miejskich posiadających określony kapitał, infrastrukturę, a także czynnik naukowy w postaci wiedzy i osiągnięć najnowszych technologii. W odniesieniu do zakresu przedmiotu działalności głównym założeniem jest stworzenie lokalnego rynku ciepła i energii elektrycznej dzięki budowie ekologicznej spalarni śmieci. W obecnym kształcie tarnowski MPEC zaopatruje w ciepło ponad 80 tys. mieszkańców Tarnowa oraz dwóch miejscowości w promieniu 30 km dzięki produkcji energii ciepłej z węgla kamiennego (78,66% udziału) oraz gazu ziemnego (21,24%). Dodatkowo pierwszy raz w aktualizacji planu zamieszczono informację o wytworzonym na terenie składowiska biogazie. Dokument zawiera również informację/ankietę skierowaną do ościennych miejscowości, dotyczącą m.in. pytań, czy gmina posiada miejscowy plan założeń do planu zaopatrzenia w ciepło, energię elektryczną i paliwa gazowe, czy znane są plany miasta Tarnowa dotycząca rozwoju infrastruktury sieciowej oraz finalnie – czy gmina wyraża chęć współpracy w tym zakresie. Powyższe działania pokazują pełną świadomość i chęć wzajemnej kooperacji w zakresie dywersyfikacji źródeł z OZE, w tym wypadku ciepła i energii elektrycznej. Oczywiście możemy wyobrazić sobie dalsze kwestie, związane choćby z negocjacjami kontraktów na odbiór odpadów, np. odpadów specyficz-

nych z gmin o charakterze bardziej rolniczym. Niewątpliwie kolejnymi atutami w przypadku tarnowskiego przedsiębiorstwa jest to, że spółka jest notowana na giełdzie oraz posiada koncesję na wytwarzanie, przesyłanie i dystrybucję energii elektrycznej. Powyższe koncesje i przedmiot działalności, a przede wszystkim rola koordynatora mogą budzić pewne kontrowersje w związku z zasadą unbundlingu, albowiem koordynator pełni podwójną rolę operatora systemu dystrybucji oraz wytwórcy energii (zgodnie z art. 9d ustawy Pr. Energ). Przedstawiony model relacji w kontekście cywilnym i publicznoprawnym wskazuje, że koordynator klastra jest równocześnie spółką obrotu w stosunku do OSD. Pełnienie przez koordynatora roli spółki obrotu oznacza, że jest ona nie tylko stroną umowy wewnętrznej, jaką jest umowa tworząca klastr, ale także w umowach zewnętrznych, czyli we wspomnianej już umowie dystrybucyjnej, ale też w umowie na dostawy energii dla podmiotów nie będących uczestnikami klastra²¹. Podsumowując: z punktu widzenia celów dążenia do spełnienia wymagań OZE do roku 2030 należy przyjąć, że zadania gminy w tym aspekcie są realizowane i wypełniają założenia zaopatrzenia społeczności w zieloną energię. Utworzenie klastra dzięki istniejącej infrastrukturze wydaje się być słuszne. Co istotne, miasto posiada na tyle komfortową sytuację, że posiada spółkę ciepłowniczą, czyli stałe przychody i środki na inwestycje, możliwe dzięki obowiązującej i walidowanej taryfie. Sama forma klastra ma charakter obywatelski, co jego twórcy wyrazili poprzez organizację szeregu spotkań i konsultacji społecznych, dotyczących projektu budowy instalacji. W tym punkcie po raz kolejny okazało się, że posiadana infrastruktura ma znaczenie, albowiem lokalizacja spalarni pomyślana została w pobliżu istniejącego składowiska opadów, a więc z dala od budownictwa mieszkalnego.

Gmina Tarnów pokazuje, że zarówno przesłanki prawne, ekonomiczne, jak i społeczne mogą być wykorzystane do wypełnienia zobowiązań z EPK. Jednakże nie każda gmina ma odpowiednie warunki w zakresie dostępności surowca, długości łańcucha logistycznego, a także finansów.

Biogaz jako jeden ze środków wypełnienia celów Europejskiego Zielonego Ładu

Rynek biogazu w Europie i Polsce rozwijał się częściowo dzięki mechanizmom rynkowym, w dużej mierze jednak za sprawą mechanizmów politycznych i prawnych oraz wynikających z nich instrumentów finansowania. Między 2009 a 2017 rokiem liczba biogazowni w Europie wzrosła niemal trzykrotnie, co prezentuje poniższa tabela:

²¹ Szerzej: M. Czarnecka, *Rozwój klastrów energii w Polsce – uwagi ogólne*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2018, t. CIX, s. 18–20.

Tabela 1. Liczba biogazowni w Europie w latach 2009–2017

Rok	Liczba biogazowni	Wzrost (r/r) %
2009	6 227	–
2010	10 508	69%
2011	12 397	18%
2012	13 812	11%
2013	14 661	6%
2014	16 634	15%
2015	17 439	4%
2016	17 432	0%
2017	17 783	2%
2018	18 202	2%

Źródło: *Statistical Report 2018: Annual Statistical Report of the European Biogas Association*, EBA, Brussels 2019, https://www.europeanbiogas.eu/wp-content/uploads/2019/05/EBA_Statistical-Report-2018_AbridedPublic_web.pdf [dostęp: 18.07.2021].

Budowa nowych obiektów biogazowych od 2015 roku w skali całej UE poważnie spowolniła. Trudno jest znaleźć komentarze wyjaśniające zwalniający trend, propozycja przeniesienia działań na poziom lokalny może oznaczać świadomość, że w dotychczasowej formule rozwój rynku biogazu był zbyt mocno scentralizowany, a przez to napotykał trudności we właściwej identyfikacji potencjałów produkcyjnych i właściwej alokacji środków dofinansowujących.

Prawie 2/3 biogazowni położonych jest w Niemczech (ponad 11 tys. obiektów). Moc zainstalowana biogazowni w Polsce wzrosła między 2005 a 2018 rokiem z 25 MW do 240 MW, z zastrzeżeniem, że wzrost mocy znacznie zwolnił po 2018 roku²². Według stanu na koniec 2017 roku Polska miała 308 biogazowni, co dawało jej siódme miejsce w Europie, ale tylko 1,6% udziału w ich całkowitej liczbie²³. Z liczby 308 obiektów zaledwie 120 było biogazowniami rolniczymi o mocy 101,3 MW²⁴.

²² M. Nikiciuk, *Potencjał ekologiczny i pro wzrostowy sektora biogazowni rolniczych w województwie podlaskim*, styczeń 2019, https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/7992/1/M_Nikiciuk_Potencjal_ekologiczny_i_prowzrostowy_sektora_biogazowni_rolniczych.pdf [dostęp: 18.07.2021].

²³ *Statistical Report 2018: Annual Statistical Report of the European Biogas Association*, EBA, Brussels 2019, źródło: https://www.europeanbiogas.eu/wp-content/uploads/2019/05/EBA_Statistical-Report-2018_AbridedPublic_web.pdf [dostęp: 18.08.2021].

²⁴ Przyszłość biogazu w Polsce, <https://globenergia.pl/przyszlosc-biogazu-w-polsce/> [dostęp: 18.07.2021].

Trudności w rozwoju biogazowni rolniczych w Polsce są sygnalizowane od lat i wśród nich wymienia się: trudności w pozyskiwaniu finansowania, niewłaściwy dobór technologii do substratu, często mylne kalkulacje projekcji wytwarzania przez daną instalację, co prowadzi do dużych strat finansowych (i trudności płynnościowych przy współfinansowaniu przez bank). Oznacza to duże trudności w uzyskiwaniu zwrotu z inwestycji i osiągnięciu *break even point*, czyli progu rentowności w inwestycjach w biogazowni. Przykładem z pierwszej dekady XXI wieku jest rynek niemiecki, gdzie zbankrutowało 25% biogazowni, pomimo dwukrotnie wyższej wydajności niż w przypadku obiektów polskich²⁵.

Obecnie w warunkach polskich jest już potwierdzonym faktem, że nie udało się osiągnąć celu: „jedna biogazownia w każdej gminie”. Przyczyną tego stanu rzeczy są trudności w finansowaniu inwestycji, w tym nieudolna polityka rządu i niestabilność prawa w zakresie OZE²⁶. Dodatkowym problemem jest sam sens hasła „jedna biogazownia w każdej gminie”, które ma charakter nakazowo-rozdzielczy, a jest oderwane od lokalnych realiów rynkowego potencjału. Nikt, formułując to hasło, nie zadał sobie trudu, aby opracować chociażby brzegowe kryteria opłacalności inwestycji, które miałyby zostać zrealizowane. Ponadto spełnienie kryterium zwalnia z odpowiedzialności za budowę większej liczby gazowni, jeżeli istnieją ku temu warunki w skali lokalnej.

Nadzieją dla rozwoju biogazowni i rynku biogazu mógłby być rynek aukcyjny, który zastępuje wadliwy system zielonych certyfikatów i gwarantuje producentom ceny za wytwarzany biogaz powyżej pułapu kosztów, ale jego znaczenie jest nadal znikome²⁷.

Niemiecki vs krajowy rynek biogazu w otoczeniu regulacyjnym

Niemiecki legislator rozwiązał problemy taryf dla rynku biogazu 20 lat temu, co też przyczyniło się do tak dynamicznego wzrostu tego rynku. Regulacją prawną tego rozwiązania jest ustawa niemiecka o energii odnawialnej z dnia 25 lutego 2000 roku (niem. *Erneuerbare-Energien-Gesetz* z późniejszymi zmianami, dalej: EEG 2017). Niemiecki prawodawca w rozdziale 6 części 7 aktu ustanowił system taryf gwarantowanych na okres 20 lat jako formę wsparcia budowy nowych instalacji. Co warto przytoczyć: w momencie powstania ustawy

²⁵ J. Dach, *Rynek biogazowni w Polsce – ocena i perspektywy*, „Czysta Energia” 2010, nr 5, https://www.cire.pl/pliki/2/ryn_biogaz.pdf [dostęp: 18.07.2021].

²⁶ A. Smurzyńska, *Rynek biogazowni w Polsce*, „Energia i Recykling” 2019, nr 1, <https://www.cire.pl/item,175578,2,1,4,0,331363,0,rynek-biogazowy-w-polsce.html#komentarz> [dostęp: 18.07.2021].

²⁷ *Ibidem*.

w Niemczech funkcjonowało ok. 1000 biogazowni²⁸, z kolei w 2018 roku było ich ponad 10 tys. Gwarancję ceny uzależniono od limitów, po przekroczeniu których taryfy dla każdej kolejnej nowo powstałej instalacji zostają obniżone. System został stworzony po to, aby koszty wsparcia nie rosły w sposób niekontrolowany, a taryfy były uzależnione od mocy źródła i technologii. W obecnym kształcie rząd niemiecki, świadome zwalniającego tempa przyrostu nowych instalacji, spowodowanego zapewne ekonomiką w stosunku do innych źródeł OZE, jak i pozostając na stanowisku, że obecna ilość instalacji jest w stanie sprostać konkurencji, nowelą EEG 2017 przyjął podobny do obowiązującego w Polsce system aukcyjny. Ponadto zapisami ograniczono budowę nowych instalacji określonych w latach do 2019 roku do 150 MW, a w latach 2020–2022 do 200 MW²⁹. Zapisami określono, że tylko 60% kukurydzy wykorzystywanej w biogazowniach może pochodzić z rynku krajowego.

Na koniec kwietnia 2020 roku cena za tonę kukurydzy wynosiła 723 zł³⁰, przy czym na rynku krajowym – 732 zł³¹. Można dojść do wniosku, że na rynku wewnętrznym nie zajdzie możliwość „drenowania surowca” z jednego kraju do drugiego, a surowiec importowany spoza UE obciążony jest cłem w wysokości 5,27 EUR za tonę. Na reorganizację krajowego rynku biogazu wpłynęły przepisy nowelizacji ustawy o OZE³², która weszła w życie z dniem 1 lipca 2016 roku, wprowadzając między innymi tzw. błękitne certyfikaty mające wpłynąć na rentowność działających biogazowni rolniczych, które w wyniku drastycznego spadku cen zielonych certyfikatów przestały być opłacalne. Dodatkowo ratunkiem dla rynku stał się zapis w artykule 42 ust. 1 (zmieniający brzmienie art. 59–61 w polskiej ustawie o OZE), przewidujący obowiązek zakupu energii z biogazowni rolniczych na poziomie 0,65%, przy jednoczesnym utrzymaniu dotychczasowego poziomu ogólnego wymogu zakupu zielonej energii.

Widać zatem, że ustawodawca niemiecki zadbał o mechanizmy zabezpieczające na wypadek nierentowności inwestycji, jak i pewność prawa dla potencjalnych inwestorów. W przypadku Polski widoczna jest niestabilność przepisów, z kolei przyjmowane nowe regulacje, opracowywane na podstawie widocznych problemów, nie mają charakteru proaktywnego, lecz jedynie ratunkowy. Nie można jednak zapominać, że w obserwowanym przypadku Niemcy doszły do

²⁸ Dane na podstawie: *European Biogas Association*, <https://www.europeanbiogas.eu/> [dostęp: 18.07.2021].

²⁹ *Erneuerbare-Energien-Gesetz 2017* (BGBl. I S. 1066), https://www.gesetze-im-internet.de/eeg_2014/BJNR106610014.html [dostęp: 18.07.2021].

³⁰ International Grains Council, <https://www.igc.int/en/default.aspx> [dostęp: 18.07.2021].

³¹ Warszawska Giełda Towarowa, <https://www.ewgt.com.pl/> [dostęp: 18.07.2021].

³² Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy o odnawialnych źródłach energii oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2016 r. poz. 925).

pewnego nadmiaru na rynku biogazowni, zagrożenia dla rynku przetwórstwa spożywczego i paszowego (nadmierny wzrost cen kukurydzy spowodowany „wysysaniem” kukurydzy z rynku przez biogazownie) i zostały zmuszone do działań korygujących.

W zakresie powiązań dotyczących realizacji celów OZE, w tym produkcji biogazu, trzeba przedstawić sieć wzajemnych relacji różnych uczestników publicznych i prywatnych tworzących sieci współpracy. Wspólną podstawą prawną dla kooperacji tych podmiotów są postanowienia art. 7, pkt 7a i 7b dyrektywy 2012/27/UE, które zawierają zapisy dotyczące włączenia do współdziałania dostawców usług energetycznych, obywateli, a także podmiotów akredytowanych i organów władzy publicznej³³. Widoczne zatem jest oparcie na koncepcji prosumpcji, czyli łączenia funkcji konsumpcyjnej z produkcyjną. Przy tym pojawia się także kategoria prosumpcji zbiorowej, a więc klastrów energii i współpracy³⁴.

Podsumowanie

W artykule przedstawiono różne formy zależności na linii rząd – przedsiębiorstwo, rząd – przedsiębiorstwo – obywatel, rząd – samorząd, samorząd – przedsiębiorstwo (OSD) – obywatel i spinający powyższe udział obywatela w kształtowaniu rynku OZE z wykorzystaniem biogazu. W moim odczuciu polityka energetyczna powinna zostać zrównoważona lokalnie pod kątem atutów, które w danym miejscu można wykorzystać na danym terytorium przy założeniu długofalowym – pokoleniowym. Powinna obejmować spójny i ciągły węzeł dostaw. Tam, gdzie jest to możliwe, należy wykorzystywać istniejącą lub możliwą do powstania w krótkim czasie infrastrukturę, przy założeniu nie tylko i wyłącznie bieżących celów do 2030 roku. Brak bieżącego planowania i wizji może doprowadzić do tego, że samorzady w polityce krótkofalowej mogą skupić się na jednym, na krótką chwilę opłacalnym i ekonomicznym w budowie źródłem OZE, tak aby tylko wypełnić wymogi systemowe pod kątem terminu realizacji. Z drugiej strony nie należy narzucać samorządom odgórnego wymogu stosowania jednego z rodzajów OZE – przykładem wymóg jednej biogazowni wykorzystującej biomasę pochodzenia rolniczego w każdej z gmin. W mojej ocenie należy rozszerzyć system świadectw pochodzenia, nie ograniczając się tylko i wyłącznie do biogazu pochodzenia rolniczego, co pozwoli mniejszym miastom, nierozwiniętym tak jak Tarnów i nieposiadającym spółek energetycz-

³³ Art. 7, pkt 7a i 7b, Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/27/UE z dnia 25 października 2012 r. w sprawie efektywności energetycznej, zmiany dyrektyw 2009/125/WE i 2010/30/UE oraz uchylecia dyrektyw 2004/8/WE i 2006/32/WE (Dz.U. UE L 315/1 14,11,2012).

³⁴ K. Dziaduszyński, M. Tarka, M. Trupkiewicz, K. Szydłowski, *op. cit.*, s. 45–47.

nych, na szerokie inwestycje proekologiczne. W obecnym kształcie brak jest odgórných zachęć do wspierania inicjatyw lokalnych, chociażby budowania klastrów lokalnych czy tworzenia spójnych lokalnie planów zaopatrzenia w ciepło, energię elektryczną i paliwa gazowe. Jak wiele jest samorządów, które nie uporały się jeszcze z kwestią kanalizacji, a w perspektywie następnych 10 lat są im postawione kolejne wymogi. Podążanie ścieżką zdefiniowaną w EPK i EGD w przypadku Polski musi iść w parze z perspektywiczną polityką bezpieczeństwa energetycznego. W tym przypadku jednak istnieje wiele mankamentów, jak i niekorzystnych tendencji – postępująca deagrarnizacja (czyli zmniejszanie potencjału produkcji biomasy i biogazu rolniczego), czy trudna sytuacja budżetowa prawdopodobnie odsunie realizację projektu atomowego o kolejne lata.

Bibliografia

- Carayannis E., Campbell D.F.J., *Open Innovation Diplomacy and a 21st Century Fractal Research, Education and Innovation (FREIE) Ecosystem: Building on the Quadruple and Quintuple Helix Innovation Concepts and the "Mode 3" Knowledge Production System*, „Journal of the Knowledge Economy” 2011, vol. 2(3), https://www.researchgate.net/publication/225717035_Open_Innovation_Diplomacy_and_a_21st_Century_Fractal_Research_Education_and_Innovation_FREIE_Ecosystem_Building_on_the_Quadruple_and_Quintuple_Helix_Innovation_Concepts_and_the_Mode_3_Knowledge_Produc [dostęp: 18.07.2021].
- Czarnecka M., *Rozwój klastrów energii w Polsce – uwagi ogólne*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2018, t. CIX.
- Dach J., *Rynek biogazowni w Polsce – ocena i perspektywy*, „Czysta Energia” 2010, nr 5, https://www.cire.pl/pliki/2/ryn_biogaz.pdf [dostęp: 18.07.2021].
- Dziaduszyński K., Tarka M., Trupkiewicz M., Szydłowski K., *Rozwój odnawialnych źródeł energii w sektorze Mikro, Małych i Średnich Przedsiębiorstwach, w tym możliwość zastosowania rozwiązań prosumenckich. Stan obecny i perspektywy rozwoju*, Ministerstwo Aktywności Państwowych, Warszawa 2018, <https://www.teraz-srodowisko.pl/media/pdf/aktualnosci/6284-analiza-rozwoj-OZE-w-sektorze-MSP.pdf> [dostęp: 18.07.2021].
- Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066), Bundesministerium der Justiz, https://www.gesetze-im-internet.de/eeg_2014/BJNR106610014.html [dostęp: 18.07.2021].
- European Biogas Association*, <https://www.europeanbiogas.eu> [dostęp: 18.07.2021].
- Gołasa P., *Potencjał do produkcji biogazu rolniczego w Polsce i jego aktualne wykorzystanie*, [w:] *Ekonomiczne uwarunkowania produkcji bioenergii w gospodarstwach rolnych*, red. M. Podstawka, SGGW, Warszawa 2015.
- International Grains Council, <https://www.igc.int/en/default.aspx> [dostęp: 18.07.2021].
- Kosiński E., Trupkiewicz M., *Gmina jako podmiot systemu wspierania wytwarzania energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2016, R. LXXVIII, z. 3.
- Nikiciuk M., *Potencjał ekologiczny i pro wzrostowy sektora biogazowni rolniczych w województwie podlaskim*, styczeń 2019, <https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/>

- bitstream/11320/7992/1/M_Nikiciuk_Potencjal_ekologiczny_i_prowzrostowy_sektora_biogazowni_rolniczych.pdf [dostęp: 18.07.2021].
- Polityka energetyczna Polski do 2040 roku*, Ministerstwo Klimatu, <https://www.gov.pl/attachment/114c135e-bd7e-4152-8666-d3f64a53765b> [dostęp: 18.07.2021].
- Przyszłość biogazu w Polsce, <https://globenergia.pl/przyszosc-biogazu-w-polsce> [dostęp: 18.07.2021].
- Ratajczak M., *Raport oddziaływania na środowisko dla przedsięwzięcia pn.: „Budowa biogazowni rolniczej w Tarnowie”*, 2017, Enviposse, http://bip.krakow.rdos.gov.pl/files/obwieszczenia/99489/Raport_RDOS_Krakow_ST-I.4210.10.2015.JT.pdf [dostęp: 18.07.2021].
- Skrago J., Furdzik P., *Zadania i obowiązki gmin w świetle ustawy – Prawo energetyczne*, Urząd Regulacji Energetyki, Gliwice 2011, <https://www.ure.gov.pl/download/9/4442/zadaniagminy.pdf> [dostęp: 18.07.2021].
- Statistical Report 2018: Annual Statistical Report of the European Biogas Association, EBA, Brussels 2019, https://www.europeanbiogas.eu/wp-content/uploads/2019/05/EBA_Statistical-Report-2018_AbridedPublic_web.pdf [dostęp: 18.07.2021].
- Smurzyńska A., *Rynek biogazowni w Polsce*, „Energia i Recykling” 2019, nr 1, <https://www.cire.pl/item,175578,2,1,4,0,331363,0,rynek-biogazowy-w-polsce.html#komentarz> [dostęp: 18.07.2021].
- Szydło M., *Swoboda rynku wewnętrznego a reguły konkurencji: między konwergencją a dywergencją*, Dom Organizatora TNOiK, Toruń 2006.
- Warszawska Giełda Towarowa, <https://www.ewgt.com.pl> [dostęp: 18.07.2021].

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 2012/27/UE z dnia 25 października 2012 r. w sprawie efektywności energetycznej, zmiany dyrektyw 2009/125/WE i 2010/30/UE oraz uchylecia dyrektyw 2004/8/WE i 2006/32/WE (Dz.U. UE L 315/1 14,11,2012).
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/2018 z dnia 11.12.2018 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych, potocznie zwana dyrektywą 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 z 3.05.2019).
- Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1999 z dnia 11 grudnia 2018 r. w sprawie zarządzania unią energetyczną i działaniami w dziedzinie klimatu.
- 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.

Uchwała Nr XLVII/732/18 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 marca 2018 r. w sprawie zmiany Uchwały Nr XV/174/03 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 22 grudnia 2003 roku w sprawie uchwalenia Planu Zagospodarowania Przestrzennego Województwa Małopolskiego, (Dz. Urz. Woj. Mał. z dnia 18.04.2016 r., poz. 3215), <https://bip.malopolska.pl/umwm,a,1435085,uchwala-nr-xlvii73218-sejmiku-wojewodztwa-malopolskiego-z-dnia-26-marca-2018-r-w-sprawie-zmiany-uchw.html> [dostęp: 18.07.2021].

Uchwała Nr XXI/211/2019 Rady Miejskiej w Tarnowie z dnia 28 listopada 2019 roku w sprawie „Aktualizacji założeń do planu zaopatrzenia Gminy Miasta Tarnowa w ciepło, energię elektryczną i paliwa gazowe na lata 2012–2030”, <https://bip.malopolska.pl/umtarnow,a,1696197,uchwala-nr-xxi2112019-rady-miejskiej-w-tarnowie-z-dnia-28-listopada-2019-r-w-sprawie-aktualizacji-za.html> [dostęp: 18.07.2021].

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

Legislative transformation of the domestic natural gas market based on biogas on the example of market cooperation platforms

In order to achieve the assumptions of the European Green Deal program by 2050, it should be emphasized how important is the cooperation between market participants: government, local governments, enterprises and citizens in order to fulfill the program assumptions. The essence that shapes cooperation platforms is Art. 7, points 7a and 7b of Directive 2012/27 / EU, which contains provisions on the involvement of energy service providers, citizens, as well as accredited entities and public authorities. I based my content on the implication of Directive 2018/2001 (Renewable Energy Directive II), on the promotion of the use of energy from renewable sources on market participants and the regulation (EU) 2019/941 on risk preparedness in the electricity sector and related to ensuring security of renewable energy. The above regulations show the essence of energy and climate decisions made at the national and neighboring countries level, and generally on energy prices, security of supply, emissions and mutually. Within the framework of a specific REE, as an example, agricultural biogas was analyzed, but also biogas from a landfill on the example of a case study of the city of Tarnow and the energy cluster established there.

Legislative and economic difficulties in the development of agricultural biogas plants in Poland in relation to the German market were diagnosed, such as the lack of feed-in tariffs or the issue of certificates of origin. The considerations show the paths of introducing a system of incentives for market participants and identifying the key measure of renewable energy sources (specificity of the region) to be used by market participants.

Key words: European Green Deal, biogas, cooperation platforms

Streszczenie

Legislacyjna transformacja krajowego rynku gazu ziemnego poprzez biogaz na przykładzie rynkowych platform współpracy

W celu osiągnięcia założeń programu Europejskiego Zielonego Ładu do roku 2050 należy podkreślić jak istotną rolę jest kooperacja pomiędzy uczestnikami rynku: rząd, samorządy, przedsiębiorstwa i obywatele w celu wypełnienia założeń programowych. Istotą, która kształtuje platformy współpracy jest art. 7 pkt 7a i 7b dyrektywy 2012/27/UE, który zawiera zapisy dotyczące włączenia do kooperacji dostawców usług energetycznych, obywateli, a także podmiotów akredytowanych i organów władzy publicznej. W treści opierałem się o implikację Dyrektywy 2018/2001 (RED II), w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych na uczestników rynku oraz związany z zapewnieniem bezpieczeństwa energetycznego rozporządzeniem (UE) 2019/941 w sprawie gotowości na wypadek zagrożeń w sektorze energii elektrycznej i odnawialnej. Powyższe regulacje pokazują istotę podejmowanych decyzji energetyczno-klimatycznych na poziomie krajowym oraz sąsiadów a ogólnie na ceny energii, bezpieczeństwa dostaw, emisje i odwrotnie. W ramach konkretnego źródła OZE jako przykład został poddany analizie biogaz rolniczy, ale również biogaz pochodzący ze składowiska odpadów na przykładzie case study miasta Tarnowa i założonego tam klastra energii. Zdiagnozowano legislacyjne i gospodarcze trudności w rozwoju biogazowni rolniczych w Polsce w stosunku do rynku niemieckiego, takie jak brak taryf gwarantowanych czy kwestia świadectw pochodzenia. Rozważania pokazują ścieżki wprowadzenia systemu zachęt dla uczestników rynku oraz określenia kluczowego środka OZE (specyfiki regionu), do wykorzystania przez uczestników rynku.

Słowa kluczowe: Europejski Zielony Ład, biogaz, biogazowania, platformy współpracy

GLOS Y

GLOSSES

Weronika Wenda

r.pr., dr, Weronika Wenda Kancelaria Radcy Prawnego

ORCID: 0000-0003-1284-4959

wwenda@wwkrp.pl

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z dnia 27 listopada 2020 r. (III CZP 83/19) (glosa aprobująca)

W glosie odniesiono się do uchwały składu Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z 27 listopada 2020 r. (III CZP 83/19), w której udzielono odpowiedzi na pytanie prawne: „Czy uzgodnienie treści księgi wieczystej nieruchomości z rzeczywistym stanem prawnym na skutek wyroku nakazującego wykreślenie wpisu własności na rzecz dłużnika stanowi podstawę do umorzenia z urzędu egzekucji skierowanej do tej nieruchomości (art. 824 § 1 pkt 2 lub pkt 6 KPC¹)?”, a w razie pozytywnej odpowiedzi – „Czy po stronie pozwanej w sprawie o uzgodnienie treści księgi wieczystej nieruchomości, która została zajęta w postępowaniu egzekucyjnym, konieczny jest łączny udział wierzycieli uczestniczących w tym postępowaniu?”.

Sąd Najwyższy udzielił odpowiedzi na pytanie prawne, stwierdzając, że skutkiem wyroku uwzględniającego powództwo o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym (art. 10 ustawy o księgach wieczystych i hipotece²) wydanego przeciwko dłużnikowi nie jest umorzenie z urzędu postępowania egzekucyjnego. Powództwa takiego nie zalicza się bowiem do grupy powództw pełniących funkcję przeciwegzekucyjną, do których istoty należy zapewnienie merytorycznej obrony przed prawidłowo prowadzonym postępowaniem egzekucyjnym. Nie oznacza to jednak, że rzeczywisty właściciel nieruchomości jest pozbawiony ochrony prawnej w toku egzekucji skierowanej wobec należącej do niego nieruchomości. Sąd Najwyższy wskazał, że niewpisany do księgi wieczystej właściciel nieruchomości jest uprawniony do wniesienia, na podstawie art. 841 § 1 KPC, powództwa o zwolnienie od egzekucji.

¹ Kodeks postępowania cywilnego – tj. z dnia 17 września 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1805).

² Tj. z dnia 18 października 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2204).

Należy podkreślić, że termin do jego wniesienia jest ograniczony, gdyż wynosi jedynie miesiąc od dnia dowiedzenia się o naruszeniu prawa. Pozwanym w tym postępowaniu jest wierzyciel prowadzący egzekucję, a w przypadku gdy dłużnik wpisany do księgi wieczystej zaprzecza prawu własności nieujawnionego właściciela, również i ten dłużnik.

Głosowana uchwała zapadła w następstwie pytania prawnego zadane go przez Sąd Okręgowy w P. (Sąd II instancji) na tle następującego stanu faktycznego.

Małżonkowie S. – właściciele mieszkania – zawarli z M.T. umowę przedwstępną sprzedaży lokalu, jednocześnie udzielając M.T. nieodwołalnego pełnomocnictwa do zawarcia w ich imieniu umowy przyrzeczonej. W rezultacie M.T. przy zawieraniu umowy sprzedaży występował zarówno jako nabywca, jak i po stronie zbywców – jako ich pełnomocnik. Małżonkowie S. uznali jednak, że do zawarcia umowy doszło z naruszeniem uzgodnionych warunków i zgłosili sprawę do Prokuratora Okręgowego w P., który wystąpił z pozwem o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym. Sąd I instancji uznał, że umowa przedwstępna, umowa sprzedaży, jak i pełnomocnictwo były nieważne zgodnie z art. 65 § 2 i art. 58 § 2 KC; czynności te nie tylko nie zostały objęte zgodnym zamiarem stron, ale również zostały uznane za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. W rezultacie Sąd I instancji wydał orzeczenie, na mocy którego M.T. miał zostać wykreślony z księgi wieczystej nieruchomości, zaś w jego miejsce jako właściciele ponownie mieli być wpisani małżonkowie S. Rozpoznając apelację M.T. Sąd II instancji ustalił, że w księdze wieczystej znajduje się wpis o wszczęciu egzekucji z nieruchomości przez komornika sądowego na rzecz wierzycieli M.T. Postępowanie egzekucyjne w chwili orzekania przez Sąd I instancji jeszcze się toczyło³.

W opinii Sądu II instancji istniały podstawy, by wyrok nakazujący wykreślenie wpisu własności na rzecz dłużnika traktować jako wiążące ustalenie, że nieruchomość nie należy do jego majątku, co oznaczałoby – po dokonaniu zmian w księdze wieczystej – otwarcie drogi do umorzenia postępowania egzekucyjnego z urzędu (art. 824 § 1 pkt 2 KPC). Z drugiej strony, umorzenie postępowania egzekucyjnego na podstawie tego wyroku prowadziłoby do bezpośredniej ingerencji w prawa wierzycieli uczestniczących w postępowaniu, a zatem zaistniałaby wątpliwość, czy wierzyciele ci nie powinni brać udziału w procesie o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym (art. 195 KPC). Nadto zdaniem Sądu II instancji nie było jasne, do jakiego etapu postępowania egzekucyjnego wyrok uzgadniający treść księgi wieczystej

³ Zob. streszczenie stanu faktycznego: n.ius, *Uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym nie oznacza umorzenia postępowania egzekucyjnego*, 18.12.2020, Legalis.

z rzeczywistym stanem prawnym przez wykreślenie wpisu własności na rzecz dłużnika mógłby uzasadniać umorzenie postępowania egzekucyjnego.

Istotą problemu, przed jakim stanął Sąd Najwyższy, było wyważenie pomiędzy ochroną praw właściciela nieruchomości, ujawnionego w wyniku uzgodnienia treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym, a wierzycieli (dłużnika uprzednio w tej księdze ujawnionego), którzy nie brali udziału w procesie uzgodnienia treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym.

W tym miejscu wskazać należy, iż w postępowaniu egzekucyjnym organ nie jest uprawniony do badania zasadności obowiązku stwierdzonego tytułem wykonawczym (art. 804 KPC), co jest uzasadnione wymogiem sprawności egzekucji. Gwarancja szybkiego wykonania orzeczenia jest bowiem kwintesencją sprawiedliwości, zaś samo prawo do wykonania orzeczenia immanentną, konieczną część składową rzetelnego procesu cywilnego⁴. Konsekwencją tego jest dopuszczalność skierowania egzekucji do określonego mienia na podstawie zewnętrznych znamion własności, gdyż to wyłącznie tytuł wykonawczy określa podmiotowe, jak i przedmiotowe granice prowadzenia egzekucji. Z tych właśnie względów organ egzekucyjny jest zobowiązany wszcząć egzekucję na wniosek wierzyciela, nawet w sytuacji, gdy dłużnik dobrowolnie spełnił świadczenie wskazane w tytule egzekucyjnym, mimo jego bezpodstawności, a to na ryzyko wierzyciela, który powinien naprawić wyrządzoną takim postępowaniem szkodę⁵. Co istotne zakaz badania zasadności i wymagalności obowiązku objętego tytułem wykonawczym nie jest ograniczony do komornika, lecz dotyczy wszystkich organów egzekucyjnych. Zatem sąd wieczystoksięgowy nie jest także uprawniony do badania tytułów wykonawczych, na podstawie których komornik prowadzi postępowanie egzekucyjne, jak i nie może dokonywać oceny tychże tytułów tak pod względem formalnym, jak i merytorycznym⁶. W świetle powyższego niewątpliwie istotnym problemem jest ryzyko naruszenia praw osób trzecich na skutek skierowania egzekucji do majątku, który z materialno-prawnego punktu widzenia nie powinien służyć zaspokojeniu wierzyciela.

Zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie ugruntował się pogląd, że oprócz stron procesu i prokuratora także organ egzekucyjny, którym jest komornik, jest uprawniony do składania wniosków o wykładnię wyroku⁷. Zatem wątpliwo-

⁴ J. Derlatka, *Zasada sprawnej egzekucji sądowej jako element efektywnego wymiaru sprawiedliwości*, „Zeszyty Naukowe KUL” 2017, nr 3(239), s. 133.

⁵ Tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 18.9.2003 r., I ACa 144/03, Wok. 2004, Nr 12, s. 46.

⁶ Tak E. Marszałkowska-Krześ [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. eadem, komentarz do art. 804 KPC, Legalis.

⁷ M.in. postanowienie Sądu Najwyższego z 14.11.1974 r., III CRN 269/74, LEX nr 7613; A. Góra-Błaszczkowska [w:] *Kodeks postępowania cywilnego*, t. IA: *Komentarz. Art. 1–4241*², red. eadem, Legalis.

ści organu egzekucyjnego w zakresie tego, czy tytuł wykonawczy nadaje się do wykonania, mogą być rozstrzygane w drodze wykładni orzeczenia⁸. Stosownie do wymogów art. 352 KPC dokonanie wykładni wyroku będzie uzasadnione jednak tylko w sytuacji, w której jego redakcja jest niejasna, uniemożliwiająca jednoznaczne rozumienie tekstu i może budzić wątpliwości co do zakresu rozstrzygnięcia, powagi rzeczy osądzonej, sposobu wykonania⁹. *A contrario* uprawnienie to nie może znaleźć zastosowania, gdy nie występują wątpliwości interpretacyjne.

W świetle powyższego w sytuacji, gdy tytułu wykonawczy nie budzi wątpliwości interpretacyjnych, egzekucja powinna zostać wszczęta niezależnie od ryzyka naruszenia praw osób trzecich. Jakże zatem uprawnienia przysługują osobie trzeciej w sytuacji wszczęcia egzekucji do nieruchomości stanowiącej jej własność, przy jednoczesnym nieujawnieniu tego prawa w księdze wieczystej prowadzonej dla nieruchomości? Zgodzić się należy z Sądem Najwyższym, iż podniesienie roszczenia prawnorzeczowego (*actio in rem*) na podstawie art. 222 § 1 KC¹⁰ nie pozwoli osiągnąć efektu w postaci zwolnienia nieruchomości spod egzekucji. Roszczenie to obejmuje bowiem żądanie wydania rzeczy i zaniechanie przysługujące właścicielowi w razie naruszenia prawa własności. Do przesłanek roszczenia windykacyjnego zalicza się: przysługiwanie powodowi statusu właściciela, pozbawienie go faktycznego władztwa nad rzeczą stanowiącą przedmiot własności oraz władanie rzeczą przez pozwanego w sposób nieuprawniony¹¹. Brak którejkolwiek ze wskazanych przesłanek niweczy skuteczne dochodzenie roszczenia wydobywczego. Z punktu widzenia właściciela zajęcie ma ten skutek, że z mocy przepisów regulujących dane postępowanie egzekucyjne musi on znosić egzekucję z zajętych rzeczy bowiem organ egzekucyjny uzyskuje określone prawa do dysponowania tymi rzeczami w celu zaspokojenia wierzycieli (art. 848, 864 oraz następne KPC i odpowiednio art. 1a pkt 18, 104 i następne ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji¹²). Właściciel musi też tolerować fakt, że na skutek zajęcia to właściwy komornik decyduje o tym, gdzie i pod czyim dozorem zajęta rzecz będzie pozostawać do czasu sprzedaży. Natomiast w przypadku gdy właściciel kwestionuje prawidłowość czynności egzekucyjnych, może składać skargi na czynności komornika, względnie zażalenia. Jeżeli natomiast w opinii właściciela doszło do naruszenia

⁸ Por. uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z 20.9.1988 r., III CZP 37/88, OSNC 1989, Nr 3, poz. 40.

⁹ Por. postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 26.7.2001 r., II SAB 57/98, Legalis.

¹⁰ Kodeks cywilny – tj. z dnia 16 września 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740).

¹¹ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 22.12.2016 r., I ACa 593/16, Legalis.

¹² Tj. z dnia 7 sierpnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1427).

prawa materialnego, przysługuje mu powództwo ekscydencyjne (interwencyjne) z art. 841 KPC (w egzekucji prowadzonej na podstawie przepisów KPC) lub 842 KPC (w egzekucji prowadzonej na podstawie przepisów ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji)¹³.

W konsekwencji w przypadku zajęcia nieruchomości w postępowaniu egzekucyjnym osoba trzecia, której prawa mogą zostać naruszone na skutek wszczęcia egzekucji, musi podjąć czynności zmierzające do zwolnienia zajętego przedmiotu spod egzekucji. Odnosząc niniejsze rozważania do analizowanego przypadku, wskazać należy, że podstawą prawną żądania zwolnienia zajętego przedmiotu spod egzekucji jest art. 841 KPC, zgodnie z którym osoba trzecia jest uprawniona do wniesienia powództwa o zwolnienie zajętego przedmiotu spod egzekucji – tzw. powództwo ekscydencyjne (interwencyjne). Powództwo to może zostać wytoczone w ciągu miesiąca od dnia, w którym osoba trzecia dowiedziała się o naruszeniu jej praw. Termin ten ma charakter materialnoprawny, zatem nie podlega przywróceniu. W konsekwencji pamiętać należy, iż w sytuacji niedochowania terminu do wytoczenia powództwa ekscydencyjnego (interwencyjnego), jak również zakończenia postępowania egzekucyjnego, osobie trzeciej pozostanie wyłącznie możliwość dochodzenia roszczeń odszkodowawczych. Oznacza to, że jeśli dojdzie do upływu terminu do wniesienia powództwa ekscydencyjnego (interwencyjnego), nie można domagać się jego przywrócenia¹⁴.

Tym samym pojawia się wątpliwość o relację pomiędzy powództwem o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym, a możliwością obrony praw osoby trzeciej w drodze powództwa ekscydencyjnego (interwencyjnego). Czy w sytuacji powzięcia informacji o prowadzonej egzekucji osoba trzecia musi w ciągu miesiąca podjąć działania, czy też dopiero wyrok uwzględniający powództwo o uzgodnienie księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym daje jej takie uprawnienie?

Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w głosowanej uchwale, przedmiot procesu wszczętego powództwem o uzgodnienie księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym jest zasadniczo odmienny od przedmiotu procesu ekscydencyjnego (interwencyjnego). Otóż powództwo o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym zmierza do ustalenia i ujawnienia w księdze wieczystej prawa osoby zainteresowanej, przy jednoczesnym ustaleniu braku podstaw do utrzymania w mocy istniejącego wpisu, a w konsekwencji do zapewnienia, by wpis odzwierciedlał prawdziwy i aktualny stan prawny nie-

¹³ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 22.12.2016r., I ACa 593/16, LEX nr 2205981.

¹⁴ Zob. A. Partyk, *Powództwo przeciwegzekucyjne – kiedy składać?*, 29.01.2021, Prawo.pl, <https://www.prawo.pl/prawo/powodztwo-przeciwegzekucyjne-kiedy-skladac,506183.html> [dostęp: 12.12.2021].

ruchomości. W doktrynie przyjmuje się, że powództwo o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym

[...] nie jest szczególnym rodzajem powództwa o ustalenie. Powód nie domaga się tylko ustalenia istnienia lub nieistnienia swego prawa bądź stosunku prawnego. Domaga się wydania prawomocnego orzeczenia przez sąd, zastępującego oświadczenie woli określonej osoby (por. art. 64 k.c.). Poza tym należy podkreślić, że uprawnioną do wytoczenia powództwa z art. 10 ustawy nie jest każda osoba, która ma interes prawny w sprostowaniu treści księgi wieczystej. Musi jej przysługiwać własność lub inne prawo rzeczowe do nieruchomości. Mamy tu do czynienia z dochodzeniem przez uprawnionego roszczenia typu rzeczowego (*actio in rem*)¹⁵.

A zatem, czy osoba trzecia nieujawniona w księdze wieczystej prowadzonej dla nieruchomości, w stosunku do której wszczęto egzekucję, może żądać wyłączenia tej nieruchomości spod egzekucji?

Odpowiedź na pytanie wymaga rozważenia konsekwencji zbycia nieruchomości w toku postępowania egzekucyjnego dla praw osoby trzeciej, z powództwa której zostało wszczęte postępowanie o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym. Zgodnie z art. 999 § 1 zdanie pierwsze KPC prawomocne postanowienie o przysądzeniu własności przenosi własność nieruchomości na nabywcę i jest tytułem do ujawnienia prawa nabywcy w księdze wieczystej. Zarówno orzecznictwo, jak i doktryna przyjmuje, że postanowienie to ma charakter kształtujący, tj. powoduje nabycie własności przez nabywcę i utratę własności przez dotychczasowego właściciela. Ważne natomiast jest i to, że nabycie prawa własności nieruchomości w trybie postępowania egzekucyjnego jest nabyciem pierwotnym, a zatem nie występuje tu następstwo prawne i dla skuteczności nabycia własności obojętne jest, kto był uprzednio właścicielem i czy właściciel był ujawniony w księdze wieczystej¹⁶.

W świetle powyższego zbycie nieruchomości w toku postępowania egzekucyjnego uniemożliwiłoby osobie trzeciej zaspokojenia jej praw jako właściciela nieruchomości. W tej kwestii Sąd Najwyższy w głosowanej uchwale stoi na stanowisku, że w istocie wyrok uwzględniający powództwo o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym wydany przeciwko dłużnikowi nie skutkuje niedopuszczalnością uprzednio skierowanej do tej nieruchomości egzekucji ze względu na jej przedmiot (art. 824 § 1 pkt 2 KPC). Powyższe stanowisko należy ocenić pozytywnie, zważywszy, że na każdym etapie sprzedaży nieruchomości w postępowaniu egzekucyjnym istnieje możliwość skorzystania przez osoby mające interes prawny z przewidzianych ustawą środków

¹⁵ Tak A. Szpunar, *Roszczenie o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym*, „Rejent” 1997, nr 12(80), s. 14.

¹⁶ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 30.06.2016, I CSK 770/15, Legalis.

zaskarżenia. Jest tak, albowiem egzekucja z nieruchomości została uregulowana w sposób nie tylko zapewniający wierzycielom efektywne zaspokojenie z nieruchomości (przy zagwarantowaniu wysokich standardów ochrony dłużnika), ale również z uwzględnieniem potrzeby ochrony potencjalnych nabywców nieruchomości¹⁷. Tym samym nie powinno ulegać wątpliwości, że wytoczenie powództwa o uzgodnienie treści księgi wieczystej w toku egzekucji z nieruchomości nie zapewni rzeczywistemu właścicielowi pożądanej ochrony prawnej.

W rozważanej sprawie istotne jest przede wszystkim to, czy skierowanie egzekucji do danej nieruchomości może skutkować naruszeniem praw osób trzecich. W tej kwestii nie może nie mieć znaczenia fakt ujawnienia dłużnika, w miejsce osoby trzeciej, jako właściciela nieruchomości objętej egzekucją. Otóż warunkiem uwzględnienia powództwa o zwolnienie od egzekucji jest przesądzenie, że skierowanie egzekucji do konkretnego przedmiotu narusza prawa powoda¹⁸. Fakt, że osoba trzecia uważająca się za właściciela nieruchomości, do której skierowano egzekucję, nie jest wpisana do księgi wieczystej, nie stoi bowiem na przeszkodzie żądaniu przez tę osobę zwolnienia nieruchomości od egzekucji. W procesie ekscydencyjnym (interwencyjnym) osoba ta może wykazywać, obalając domniemanie wynikające z art. 3 ust. 1 ustawy o księgach wieczystych i hipotece, że wbrew treści księgi wieczystej jest ona rzeczywistym właścicielem nieruchomości, a skierowanie do niej egzekucji narusza jej prawa. Oczywiście zgodzić się należy z Sądem Najwyższym, iż uprzednie uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym stwarza wprawdzie właścicielowi nieruchomości korzystniejszą sytuację procesową, umożliwiając powołanie się na domniemanie związane z wpisem, jednak nie musi poprzedzać wytoczenia powództwa ekscydencyjnego (interwencyjnego). Osoba trzecia powinna zatem, niezależnie od podjętego postępowania w przedmiocie uzgodnienia treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym, wnieść powództwo ekscydencyjne (interwencyjne) w terminie miesiąca od dnia dowiedzenia się o naruszeniu swojego prawa. W tym miejscu dodać należy, iż fakt prowadzenia egzekucji w stosunku do nieruchomości jest notaryjnie znany, gdyż na podstawie art. 924 § 1 KPC jednocześnie z wysłaniem dłużnikowi wezwania komornik składa do sądu właściwego do prowadzenia księgi wieczystej wnioski o wpis o wszczęciu egzekucji lub o złożenie wniosku do zbioru dokumentów, wraz z odpisem wezwania do zapłaty.

W konsekwencji glosowana uchwała Sądu Najwyższego w wyważony sposób godzi ze sobą prawa osoby trzeciej, która wszczęła postępowanie o uzgod-

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Por. K. Flaga-Gieruszyńska [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, komentarz do art. 841 k.p.c., Legalis.

nienia treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym, oraz wierzycieli (dłużnika w tej księdze ujawnionego w dacie wszczęcia egzekucji), którzy nie brali udziału w procesie uzgodnienia treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym. Otóż możliwość żądania wyłączenia spod egzekucji nieruchomości przez osobę trzecią, nieujawnioną w księdze wieczystej jako właściciel, pozwala na skuteczną obronę jej praw. Żądanie to jednak ograniczone jest miesięcznym terminem, co sprzyja efektywnemu prowadzeniu postępowania egzekucyjnego. Odnosząc się natomiast do problematyki ochrony wierzycieli (dłużnika w tej księdze ujawnionego w dacie wszczęcia egzekucji), stwierdzić trzeba, iż fakt uniezależnienia postępowania egzekucyjnego od wyniku postępowania o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym pozwala na zabezpieczenie ich praw, gdyż późniejsze uwzględnienie powództwa o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym wydane przeciwko dłużnikowi nie będzie stanowiło przesłanki umorzenia z urzędu postępowania egzekucyjnego. W tej kwestii słusznie Sąd Najwyższy orzekł, iż powództwa takiego nie zalicza się do grupy powództw pełniących funkcję przeciwegzekucyjną, do których istoty należy zapewnienie merytorycznej obrony przed prawidłowo prowadzonym postępowaniem egzekucyjnym.

Bibliografia

Wykaz literatury

- Derlatka J., *Zasada sprawnej egzekucji sądowej jako element efektywnego wymiaru sprawiedliwości*, „Zeszyty Naukowe KUL” 2017, nr 3(239).
- Kodeks postępowania cywilnego*, t. IA: *Komentarz. Art. 1–4241²*, red. A. Góra-Błaszczkowska, Legalis.
- Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. E. Marszałkowska-Krześ, komentarz do art. 804 k.p.c., Legalis.
- Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, komentarz do art. 841 k.p.c., Legalis.
- Partyk A., *Powództwo przeciwegzekucyjne – kiedy składać?*, 29.01.2021, Prawo.pl, <https://www.prawo.pl/prawo/powodztwo-przeciwegzekucyjne-kiedy-skladac,506183.html> [dostęp: 12.12.2021].
- Szpunar A., *Roszczenie o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym*, „Rejent” 1997, nr 12(80).

Wykaz orzecznictwa

- Postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 26.7.2001 r., II SAB 57/98, Legalis.
- Postanowienie Sądu Najwyższego z 14.11.1974 r., III CRN 269/74, LEX nr 7613.
- Uchwały Sądu Najwyższego z 20.9.1988 r., III CZP 37/88, OSNC 1989, Nr 3, poz. 40.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 22.12.2016r., I ACa 593/16, LEX nr 2205981.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 22.12.2016 r., I ACa 593/16, Legalis.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 18.9.2003 r., I ACa 144/03, Wok. 2004, Nr 12, s. 46.

Wyrok Sądu Najwyższego z 30.06.2016, I CSK 770/15, Legalis.

Abstract

Gloss to the resolution of the Supreme Court – Civil Chamber of 27 November 2020 (III CZP 83/19) (approving gloss)

The gloss relates to a resolution of a panel of the Supreme Court – Civil Chamber of 27 November 2020 (III CZP 83/19), in which the Supreme Court answered a legal question, stating that a judgment allowing an action for reconciliation of the contents of the land and mortgage register with the actual legal state (art. 10 of the Act on Land and Mortgage Registers and Mortgages) issued against the debtor does not have the effect of ex officio discontinuance of enforcement proceedings. This does not mean, however, that the real owner of the real estate is deprived of legal protection in the course of enforcement proceedings against the real estate belonging to him. The Supreme Court pointed out that an owner of real property who is not entered in the land and mortgage register is entitled to bring an action for relief from execution pursuant to Article 841 § 1 of the Code of Civil Procedure. The resolution of the Supreme Court reconciles, in a balanced manner, the rights of a third party who initiated the proceedings for reconciliation of the content of the land and mortgage register with the actual legal state, and creditors (of the debtor disclosed in the register on the date enforcement proceedings were initiated) who did not participate in the process of reconciling the content of the land and mortgage register with the actual legal state. Well, the possibility to request that the real estate be exempted from enforcement by a third party not disclosed in the Land and Mortgage Register as the owner allows to effectively defend its rights. At the same time, the fact that enforcement proceedings are not dependent on the outcome of the proceedings for reconciliation of the content of the land and mortgage register with the actual legal state makes it possible to secure the rights of creditors, because a subsequent granting of a motion for reconciliation of the content of the land and mortgage register with the actual legal state issued against the debtor will not constitute a premise for ex officio discontinuance of enforcement proceedings.

Key words: real estate, enforcement, exclusion from enforcement, reconciliation of the content of the land and mortgage register with the actual legal state

Streszczenie

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z dnia 27 listopada 2020 r. (III CZP 83/19) (glosa aprobująca)

Glosa dotyczy uchwały składu Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z 27 listopada 2020 r. (III CZP 83/19), w której Sąd Najwyższy udzielił odpowiedzi na pytanie prawne, stwierdzając, że skutkiem wyroku uwzględniającego powództwo o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym (art. 10 ustawy o księgach wieczystych i hipotece) wydanego przeciwko dłużnikowi nie jest umorzenie z urzędu postępowania egzekucyjnego. Nie oznacza to jednak, że rzeczywisty właściciel nieruchomości jest pozbawiony ochrony prawnej w toku egzekucji skierowanej wobec należącej do niego nieruchomości. Sąd Najwyższy wskazał, że niewpisany do księgi wieczystej właściciel nieruchomości jest uprawniony do wniesienia, na podstawie art. 841 § 1 KPC, powództwa o zwolnienie od egzekucji. Uchwała Sądu Najwyższego w wyważony sposób godzi ze sobą prawa osoby trzeciej, która wszczęła postępowanie o uzgodnienia treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym, oraz wierzycieli (dłużnika w tej księdze ujawnionego w dacie wszczęcia egzekucji), którzy nie brali udziału w procesie uzgodnienia treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym. Otóż możliwość żądania wyłączenia spod egzekucji nieruchomości przez osobę trzecią nieujawnioną w księdze wieczystej, jako właściciel, pozwala na skuteczną obronę jej praw. Równocześnie fakt uniezależnienia postępowania egzekucyjnego od wyniku postępowania o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym pozwala na zabezpieczenie praw wierzycieli, gdyż późniejsze uwzględnienie powództwa o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym wydanego przeciwko dłużnikowi nie będzie stanowiło przesłanki umorzenia z urzędu postępowania egzekucyjnego.

Słowa kluczowe: nieruchomość, egzekucja, wyłączenie spod egzekucji, uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym

RECENZJE

sprawozdania · varia

BOOK REVIEWS
reports · varia

Rafał Czachor

dr hab., prof. KAAFM, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

ORCID: 0000-0002-5929-9719

rczachor@afm.edu.pl

Richard Albert, *Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford University Press, New York 2019, ss. 338

Konstytucji, jako najwyższemu rangą aktowi prawa krajowego, nadaje się szczególną rolę. Wśród gwarancji tejsze roli jest trwałość jej norm, a więc utrudniony względem zwykłej procedury legislacyjnej tryb zmiany. Niektóre ustawy zasadnicze wprowadzają przepisy wręcz niepodlegające zmianie, w tym w przedmiocie suwerenności państwowej, demokratycznej formy rządów, gwarancji praw oraz wolności. Konstytucje często posiadają wymiar aksjologiczny, co oznacza, że ewentualnej modyfikacji jej treści towarzyszą spory o charakterze nie tylko merytorycznym, ale i ideologicznym. Kwestia ta sprawia, że problem nowelizacji konstytucji jest przedmiotem badań zarówno doktryny prawa konstytucyjnego, jak i nauk o polityce i administracji.

Recenzowana publikacja, będąca studium z zakresu prawa ustrojowego porównawczego, wyszła spod pióra doświadczonego kanadyjskiego badacza Richarda Alberta, który od wielu lat zajmuje się funkcjonowaniem instytucji zmiany ustawy zasadniczej¹. Z tego powodu książkę pt. *Nowelizacje konstytucji. Tworzenie, łamanie i zmiany konstytucji* [*Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions*] można uznać za podsumowanie jego dotychczasowego dorobku w tym zakresie. Problematyka zmian ustrojowych i ich doktrynalnych uzasadnień jest właściwie nieustannie aktualna. Fakt ten wyjaśnia bliższe przyjrzenie się dziełu Alberta.

¹ M.in.: *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies*, eds. R. Albert, B.E. Oder, Springer, Cham 2018; *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, eds. R. Albert, X. Contiades, A. Fotiadou, Hart Publishing, Oxford 2017.

Konstrukcja wydanej przez Wydawnictwo Uniwersytetu Oksfordzkiego monografii jest czytelna i podyktowana przyjętą przez autora perspektywą prawnoporównawczą. Rozpoczyna ją wstęp zatytułowany *Niezbadane obszary nowelizacji konstytucji*. Dalsze rozważania zostały podzielone na trzy części: *Formy i funkcje, Elastyczność i sztywność* oraz *Tworzenie i reformy*, z których każda składa się z dwóch rozdziałów. Pracę wieńczy zwięzłe zakończenie pod tytułem *Rządy prawa*. Za cel rozprawy autor postawił sobie zwiększenie zainteresowania badaczy problematyką nowelizacji konstytucji oraz scharakteryzowanie procesów dokonywania się tychże nowelizacji.

We wstępie Richard Albert szkicuje kilka ogólnych problemów związanych z funkcjonowaniem współczesnych państw posiadających pisaną konstytucję, wśród których warto wyróżnić dwa. Po pierwsze, zakres pojęcia nowelizacji konstytucji (w oryg. *constitutional amendment*) i jego granice, poza którymi ma miejsce zmiana konstytucji (w oryg. *constitutional change*). Autor odnotowuje ten nie tylko leksykalny problem, wskazując, że niekiedy nowelizacje oznaczają w istocie radykalne przemodelowanie konstrukcji prawnej poszczególnych organów władzy. Po drugie, zauważa, że w polu widzenia prawników znajdują się głównie kwestie normatywne, formalne modyfikacje treści ustaw zasadniczych, natomiast istotna jest również praktyka ustrojowa i zmieniające się w czasie interpretacje tych samych przepisów (*nota bene* dobrze unaocznia to odmienna praktyka wykonywania urzędu Prezydenta Stanów Zjednoczonych przez kolejne głowy państwa).

Pierwsza część książki ma charakter teoretycznoprawny i wprowadza do zagadnień rozwiniętych w dalszej jej części. W dwóch rozdziałach: *Dlaczego zasady nowelizacji?* oraz *Granice nowelizacji konstytucji* poruszono kwestię tego, w jakich celach konstytucje są nowelizowane oraz jakie skutki mogą one przynosić. Albert wyróżnia trzy rodzaje nowelizacji: formalne, funkcjonalne i symboliczne. Pierwsza kategoria dotyczy korekty oczywistych pomyłek, niezręcznych sformułowań zawartych w tekście konstytucji. Najistotniejsze są dwa pozostałe rodzaje, bowiem mogą obejmować zarówno pozycję ustrojową poszczególnych organów władzy, jak i sferę aksjologiczną. Zakres dopuszczalnych modyfikacji w treści konstytucji, a więc tego, co mieści się w granicach „nowelizacji”, a nie jest już „zmianą” ustawy zasadniczej, jest trudny do zdefiniowania. W tym celu badacz posługuje się dwoma pojęciami: *amendment* oraz *dismemberment* (demontaż konstytucji). To drugie definiuje jako „zmiany wykraczające poza ramy nowelizacji, lecz nie będące nową konstytucją, niezgodne z dotychczasową ramą ustrojową”. Autor za punkt odniesienia słusznie wskazuje kulturę prawną i polityczną poszczególnych narodów. O ile przykładowo konstytucja Stanów Zjednoczonych nowelizowana była sporadycznie, to w przypadku Francji czy Indii zmiany następowały regularnie. Tym samym w kulturze prawnej tych

państw konstytucji nadaje się raczej znaczenie techniczne, posiada głównie walor utylitarny a nie symboliczny.

Kolejna część publikacji zawiera rozdziały zatytułowane *Pomiar trudności nowelizacji* oraz *Trzy typy niezmiennalności norm*. W pierwszym dokonano krytycznej analizy możliwości zastosowania mierników elastyczności konstytucji, które od pewnego czasu są obecne w obrocie naukowym. Autor słusznie zauważa, że pomiary te cechują się nadmiernym redukcjonizmem, co z kolei wynika z pozatekstowych (oryg. *nontextual*), nowelizacji (tj. zmiany praktyki ustrojowej bez formalnej modyfikacji treści ustawy zasadniczej). Udowadnia to szczegółowo, przedstawiając kasus kanadyjski oraz charakteryzując trzy typy „kultury nowelizacji”. Przychylić się można do przedstawionego w pracy wniosku, że podobne poszukiwania uniwersalnych prawidłowości są skazane na niepowodzenie. Szczególnie interesujące są rozważania zawarte w rozdziale czwartym. Wśród trzech typów niezmiennych norm ustrojowych Richard Albert wyróżnia: skodyfikowane (tj. takie, które są niezmiennalne w wyniku zawarcia w konstytucjach szczególnych gwarancji), interpretacyjne (tj. takie, których niezmiennalność nie wynika wprost z przepisów prawa, lecz np. z orzeczeń sądów konstytucyjnych) oraz konstruktywne (tj. niezmiennalne wskutek tak utrudnionej procedury legislacyjnej, że jest to praktycznie niemożliwe). Autor rozważa także przyczyny, którymi mogą się kierować ustrojodawcy, wprowadzając w konstytucjach niezmiennalne normy.

Kontynuację tych zagadnień zawiera część ostatnia książki, na którą składają się rozdziały *Architektura zmiany konstytucji* i *Odnajdując nowelizacje konstytucji*. W piątym rozdziale przedstawiono modele dokonywania zmian w treści konstytucji, wyróżniając dwa główne: jednościeżkowy i wielościeżkowy (*single-track* i *multi-track*). Słusznie uwagę zwrócono na rolę judykatury w modyfikacjach ustrojowych. Albert wyróżnił główne argumenty, które mogą być używane przez sądy w toku stwierdzania niekonstytucyjności takich nowelizacji. W ostatnim z rozdziałów autor skupia się na tym, czy ustawy zasadnicze w jakikolwiek sposób odnotowują fakt modyfikacji treści. Na bazie analizy szerokiego spektrum ustaw zasadniczych stwierdza on istnienie czterech podejść: aneksowania (jak w przypadku konstytucji Stanów Zjednoczonych), integrowania nowelizacji z treścią dokumentu, „niewidzialnej nowelizacji” (kasus Irlandii) oraz dezagregacji (szczególny przypadek konstytucjonalizmu brytyjskiego).

Z lektury przedmiotowej pracy płynie szereg wniosków, ale także pytań, które – choć kompetentnie podjęte przez Richarda Alberta – pozostają otwarte. Zachodzi m.in. pytanie, jaka jest relacja pomiędzy nowelizacją a zmianą konstytucji, jak wytyczyć granicę pomiędzy oboma instytucjami. Jeśli w państwach demokratycznych utrudniony tryb jej zmiany ma gwarantować przetrwanie zasad ustrojowych, to czy w pewnych przypadkach nie doprowadza to

do delegitymizacji konstytucji i podważenia jej autorytetu (np. poprzez takie funkcjonowanie organów władzy publicznej, które wykracza poza uprawnienia konstytucyjne)? Niewątpliwie odpowiedzi na powyższe pytania należy szukać w odniesieniu do każdego przypadku indywidualnie.

Nie ulega wątpliwości, że każda zmiana norm konstytucyjnych uwarunkowana jest szeregiem unikalnych okoliczności, które skłaniają ustrojodawców do działań w tym zakresie. Badania komparatystyczne *ex definitione* mają na celu odnalezienie pewnych prawidłowości, ujawnienie istnienia modeli, a w związku z tym obarczone są niebezpieczeństwem nadmiernego redukcjonizmu. W przypadku omawianej monografii wydaje się, że Richard Albert uniknął tego rodzaju pułapki. Autor swoje wywody popiera dowodami w postaci konstytucji wielu państw świata, w tym Ameryki Środkowej, Europy czy Oceanii. Oczywiście niemożliwym wydaje się wyczerpujące omówienie rozmaitych, czasem niezwykle ciekawych dla badaczy, przypadków nowelizacji konstytucji, zwłaszcza w odleglejszych państwach afrykańskich i azjatyckich². Szczególnej aktualności monografia Alberta nabiera w związku z zauważanym przez konstytucjonalistów w skali ogólnoswiatowej odwrotem od demokracji³. Ogółem książka ta jest solidnym dziełem, którego lektura czytelników zajmujących się prawem konstytucyjnym porównawczym nie pozostawi z uczuciem niedosytu, lecz zapewne zachęci do formułowania kolejnych postulatów badawczych.

Bibliografia

- Albert R., *Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford University Press, New York 2019.
- An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies*, eds. R. Albert, B.E. Oder, Springer, Cham 2018.
- Constitutional Democracy in Crisis?*, eds. M.A. Graber, S. Levinson, M. Tushnet, Oxford University Press, Oxford 2018.
- Czachor R., *Reformy konstytucyjne w państwach Azji Środkowej. Analiza porównawcza*, „Zeszyty Naukowe Uczelni Jana Wyżykowskiego. Studia z Nauk Społecznych” 2019, nr 12.
- Ginsburg T., Huq A.Z., *How to Save a Constitutional Democracy*, The Univ. of Chicago Press, Chicago–London 2018.
- The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*, eds. R. Albert, X. Contades, A. Fotiadou, Hart Publishing, Oxford 2017.

² R. Czachor, *Reformy konstytucyjne w państwach Azji Środkowej. Analiza porównawcza*, „Zeszyty Naukowe Uczelni Jana Wyżykowskiego. Studia z Nauk Społecznych” 2019, nr 12, s. 35–50.

³ Por.: T. Ginsburg, A.Z. Huq, *How to Save a Constitutional Democracy*, The Univ. of Chicago Press, Chicago–London 2018; *Constitutional Democracy in Crisis?*, eds. M.A. Graber, S. Levinson, M. Tushnet, Oxford University Press, Oxford 2018.

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 Sozialwissenschaftlerstudenten 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 ernennt 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 Rezensionsformular 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.

Lista recenzentów

W roku 2021 artykuły zgłaszane do „Studiów Prawniczych. Rozpraw i Materiałów” opiniowali pod kątem ich naukowej przydatności do rozpowszechniania:

prof. Maciej Borski
dr Marcin Białecki
dr Robert Dziembowski
dr Maria Golec
prof. Anna Golonka
prof. Rubén Miranda Gonçalves
prof. Konrad Kohutek
prof. Grzegorz Krawiec
dr Agnieszka Kubiak-Cyrul
prof. Wojciech Maciejko
prof. Laura Miraut Martín
dr Aleksandra Partyk
dr Olga Maria Piaskowska
phd student Thiago Santos Rocha
prof. Magdalena Rzewuska
prof. Agnieszka Skóra
prof. Julia Stanek
prof. Beata Stępień-Załucka
prof. Jakub Szczerbowski
dr Kamil Szpyt
prof. Fabio Veiga
dr Weronika Wenda
prof. João Proença Xavier
prof. Mariusz Załucki