

OPOLSKIE STUDIA

ADMINISTRACYJNO-PRAWNE

THE OPOLE STUDIES IN ADMINISTRATION AND LAW

Półrocznik • Semi-annual

Grudzień • December 2023

21

Zeszyt • Issue 2

UNIWERSYTET OPOLSKI • UNIVERSITY OF OPOLE

ISSN 1731-8297

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

e-ISSN 6969-9696

SCIENTIFIC BOARD / RADA NAUKOWA

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

HONORARY EDITOR-IN-CHIEF / REDAKTOR HONOROWY

Włodzimierz Kaczorowski

EDITOR-IN-CHIEF / REDAKTOR NACZELNY

Marta Woźniak

THEMATIC EDITORS / REDAKTORZY TEMATYCZNI

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

SECRETARY / SEKRETARZ REDAKCJI

Katarzyna Biczysko-Pudelko
Olga Sachanbińska-Dobrzyńska

ADDRESS OF THE EDITORIAL BOARD / ADRES REDAKCJI

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

Declaration concerning the original version

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

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

SPIS TREŚCI

ARTYKUŁY

Love ALFRED, A Just Energy Transition Through the lens of Third World Approaches in International Law	9
Katarzyna BICZYSKO-PUDEŁKO, Algorithmic contracts in the light of selected acts of model contract law	43
Serhii CHERNYAVSKY, Mykhailo HRIBOV, Volodymyr YUSUPOV, Visual surveillance of a person: Legality issue	59
Andrzej GORGOL, Jednostronna euroizacja polskiego prawa dewizowego	77
Piotr HERBOWSKI, On the possibilities of recruiting minors as confidential personal sources of information	103
Marcin JANIK, Stanisław HADY-GŁOWIAK, Zagrożenia w obszarze bezpieczeństwa informacji i ochrony danych osobowych, a rola Inspektora Ochrony Danych w tym zakresie	119
Jerzy JENDROŚKA, The substantive right to environment and the procedural environmental Rights under the Aarhus Convention – Part I	141
Miłosz KOŚCIELNIAK-MARSZAŁ, Gwarancyjny charakter zasady kolegialności	171
Magdalena MAŁECKA-ŁYSZCZEK, Dorota SYLWESTRZAK, Problematyka ekonomii społecznej na tle siatki pojęciowej nauki administracji	187
Michał MARIAŃSKI, Wprowadzenie do problematyki szpiegostwa we francuskim kodeksie karnym	
Sergiusz URBAN, Environmental Impact Assessment in the context of armed conflicts	211
Agnieszka WOJCIESZAK-JOHN, Uwagi <i>de lege lata</i> i <i>de lege ferenda</i> na tle projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego (nr z wykazu prac legislacyjny UD 444)	223

GLOSZY

Michał PRUSEK, Glosa do wyroku Sądu Rejonowego w Łęczycy z 1.06.2017 r. (II K 201/16) [w przedmiocie uzasadnionej obawy ucieczki lub ukrycia się oraz zastosowania przymusu bezpośredniego na potrzeby zatrzymania]	243
---	-----

Magdalena RZEWUSKA, Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2019 r., III CZP 85/18, Legalis.....	263
--	-----

SPRAWOZDANIA

Paweł ŚWITAL, XXII Doroczna Konferencja Naukowa Stowarzyszenia Edukacji Administracji Publicznej pt. „Administracja wobec współczesnych zagrożeń”, 14–16 czerwca 2023 r.....	279
--	-----

CONTENTS

ARTICLES

Love ALFRED, A Just Energy Transition Through the lens of Third World Approaches in International Law	9
Katarzyna BICZYSKO-PUDEŁKO, Algorithmic contracts in the light of selected acts of model contract law	43
Serhii CHERNYAVSKY, Mykhailo HRIBOV, Volodymyr YUSUPOV, Visual surveillance of a person: Legality issue	59
Andrzej GORGOL, Unilateral Euroisation of Polish Foreign Exchange Law	77
Piotr HERBOWSKI, On the possibilities of recruiting minors as confidential personal sources of information	103
Marcin JANIK, Stanisław HADY-GŁOWIAK, Zagrożenia w obszarze bezpieczeństwa informacji i ochrony danych osobowych, a rola Inspektora Ochrony Danych w tym zakresie	119
Jerzy JENDROŚKA, The substantive right to environment and the procedural environmental Rights under the Aarhus Convention – Part I	141
Miłosz KOŚCIELNIAK-MARZAŁ, The guarantee character of the principle of collegiality	171
Magdalena MAŁECKA-ŁYSZCZEK, Dorota SYLWESTRZAK, The issues of social economy against the background of the conceptual framework of administration science	187
Michał MARIAŃSKI, Introduction to the issue of espionage in the French Penal Code	
Sergiusz URBAN, Environmental Impact Assessment in the context of armed conflicts	211
Agnieszka WOJCIESZAK-JOHN, <i>De lege lata</i> and <i>de lege ferenda</i> remarks against the background of the draft law on amendments to the Law on Mental Health Care (legislative work list number UD 444)	223

COMMENTARY

Michał PRUSEK, Gloss to the judgment of the District Court in Łęczycza of June 1, 2017 (II K 201/16) [on the justified fear of flight or hiding of a suspected person and the use of direct coercion for the purpose of detention]	243
--	-----

Magdalena RZEWUSKA, Gloss to the resolution of the Supreme Court of February 15, 2019, III czp 85/18, Legalis	263
--	-----

REPORT

Paweł ŚWITAL, The XXII Annual Scientific Conference of the Association of Public Administration Education "Administration and contemporary threats", 14-16 June 2023	279
--	-----

Artykuły

Volume 21, Issue 2
December 2023

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

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-07-07
accepted 2023-10-25



A Just Energy Transition Through the Lens of Third World Approaches in International Law

Sprawiedliwa transformacja energetyczna przez pryzmat podejść Trzeciego Świata do prawa międzynarodowego

LOVE ALFRED

University of Birmingham, United Kingdom
ORCID: 0000-0002-6454-9866, lovealfred25@gmail.com

Citation: Alfred, Love. 2023. A Just Energy Transition Through the Lens of Third World Approaches in International Law. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 21(2): 9–41. DOI: 10.25167/osap.5258.

Abstract: The transition to green energy requires an all-hands-on-deck approach because of the effects of climate change felt by all. However, the nature and type of commitment or responsibilities required towards the transition are to be differentiated due to 'countries' different socioeconomic challenges and starting positions. This is the underpinning understanding of the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)'s energy transition strategy under the framework of the Paris Agreement (PA). Whether the PA's 'differentiation' representation and strategies, contributes to a 'just' energy transition is the goal of this paper. Arguably, embedded in the current UNFCCC energy transition strategy is the concept of a 'just' transition which recognises the importance of 'a fair and equitable energy transition process' (McCauley et al., 2018: 2). However, this paper, using the Third World Approaches to International Law (TWAAIL), demonstrates how the PA's differentiation representations and soft approaches do not completely eliminate the problem of unjust energy transition (ET), or capture the multifaceted challenges of developing African contexts' capacity towards the transition. The paper argues that the current international law ET initiative and strategy, in a bid to exact more diversity, blurs the understanding of responsibility and accountability, when it comes to finances and investments towards the current transition as well as countries' economic capacities. Based on this background, the paper uses the Nigerian social context to exemplify what a just transition would mean for

a developing context, particularly in sub-Saharan Africa (SSA). The paper is divided into three sections. The first section is the introduction, and the second, unpacks the ET. The third section addresses the legal and policy framework of the ET - PA 2015, and finally problematises ET's strategy using the TWAIL lens. It concludes by offering recommendations for a 'just' transition that balances the socioeconomic development of developing contexts.

Keywords: green energy, climate change, international law

Streszczenie: Przechodzenie do zielonej energii wymaga podejścia absolutnego zaangażowania wszystkich podmiotów ze względu na fakt, że skutki zmian klimatycznych są odczuwane przez wszystkich. Jednakże charakter i typ zaangażowania czy odpowiedzialności, które są niezbędne do zaistnienia w tym procesie, muszą być zróżnicowane z powodu różnych społeczno-ekonomicznych wyzwań oraz pozycji na starcie, jakie zajmują poszczególne kraje. Powyższa myśl tworzy fundament rozumienia problemu, jakie znalazło się w strategii przejścia do nowej energii zapisanej w Ramowej Konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu (UNFCCC) w ramach porozumienia paryskiego. Celem niniejszego artykułu jest odpowiedź na pytanie, czy przedstawienie i strategię „rozdzielenia”, jakie zawiera porozumienie paryskie, przyczyniają się do „sprawiedliwej” transformacji energetycznej. Zapewne w strategii UNFCCC jest osadzone pojęcie „sprawiedliwego” przechodzenia do nowej energii, które rozpoznaje wagę, jaką ma „sprawiedliwy i godziwy proces transformacji energetycznej” (McCauley et al., 2018: 2). Jednakże autor niniejszej pracy, wykorzystując Podejścia Trzeciego Świata do Prawa Międzynarodowego (TWAIL), ukazuje, jak przedstawienie rozdzielenia i miękkie podejścia porozumień paryskich nie usuwają problemu niesprawiedliwej transformacji energetycznej i nie ujmują wieloaspektowych wyzwań rozwijających się potencjałów państw afrykańskich w odniesieniu do tej transformacji. Autor stwierdza w pracy, że bieżąca inicjatywa i strategia transformacji energetycznej w ujęciu prawa międzynarodowego, w pogoni za uzyskaniem większej różnorodności, rozmywa rozumienie kwestii odpowiedzialności, gdy idzie o finanse oraz inwestycje w kierunku bieżącej transformacji oraz ekonomicznych wydolności krajów. Bazując na powyższym założeniu, autor wykorzystuje społeczny kontekst Nigerii, aby zilustrować, co oznacza sprawiedliwa transformacja energetyczna dla kraju rozwijającego się, szczególnie w Afryce Subsaharyjskiej. Artykuł podzielony jest na trzy części. Pierwsza stanowi wstęp, druga przedstawia ideę transformacji energetycznej, ostatnia zaś zajmuje się ramą prawną i polityką transformacji energetycznej zawartej w porozumieniu paryskim z 2015 r. i, ostatecznie, omawia problem strategii transformacji energetycznej z użyciem specyficznego prymatu TWAIL. W zakończeniu autor przedstawia zalecenia dla „sprawiedliwej” transformacji, która bilansuje społeczno-ekonomiczny rozwój krajów rozwijających się.

Słowa kluczowe: zielona energia, zmiany klimatyczne, prawo międzynarodowe

1. Introduction

Energy transition is a period when people go from dirty fuel to clean fuel, noting that a just transition for Africa may be completely different than in wealthy countries. In Africa, there is not

enough energy, and you are decarbonising 0.55 per cent (of emissions). What are you decarbonising? What does that mean in the average sub-Saharan country? (Ogunbiyi, 2022)

Climate change affects everyone differently and there is no one-size-fits-all pathway or just transition criteria that can be applied in every context or sector to achieve the ET goal. This paper discusses the importance of recognising and involving various contexts and sectors in the transition to green energy from the lens of what a just transition will entail for them. The Paris Agreement (PA), which outlines the ambitious goal of reversing climate change, provides for the varying differentiated responsibilities of states towards the climate change objective via their Nationally Determined Contributions (NDCs) Articles 2 (2), 3 PA; 2015. Embedded in the PA's provision of 'differentiated responsibilities' towards the transition (or decarbonisation as used interchangeably here), is a non-static concept of differentiation with undefined possibilities (Articles 2 (2), 3, 4 (1-6)). Theoretically, this framing could be perceived to mirror largely, the ideals of a 'just transition' in that it calls for a consideration of a context's circumstances in the transition's planning, mitigation and adaptation strategies, and processes.

However, because a 'just' transition would be context-specific and dependent on a multi-interrelated circumstance, this paper examines whether the current transition procedures in light of Articles 3, 4 (3) PA; 2015 and differentiation understandings, acknowledge, include, and respond to the developing countries' perspective of a 'just' transition. The paper demonstrates this analysis using Third World Approaches to International Law (TWAIL). The choice of TWAIL is informed by how it allows one to spotlight the historical injustice associated with international legal and institutional frameworks generally. Thus, the paper discusses how the current ET agenda and governance is approached without adequate consideration for the Third World countries, and how this lack of consideration fits into a historical pattern of socioeconomic inequality and Third World countries' disempowerment and powerlessness.

This paper stipulates that the goal of global decarbonisation is likely to be unsuccessful if the problem of equity and inclusion for developing countries is not addressed. This is especially crucial given these countries' expanding populations, the accompanying energy poverty or access issues, and the associated socioeconomic challenges. The paper is divided into three sections. It explains ET, then goes over the differentiation language and implications of the PA 2015, and finally problematises energy transition processes using the TWAIL lens. It concludes by offering recommendations for a 'just' transition that balances the socioeconomic development of developing contexts.

2. Conceptual Clarification

Below, the key concept of ET is explained and put in a proper context. This contextual explanation becomes imperative because of the different shades of meanings that the concept can acquire.

2.1. Unpacking Energy Transition

Energy transition (ET) has been defined as ‘the global energy sector’ shift from fossil-based systems of energy production and consumption — including oil, natural gas and coal — to renewable energy sources like wind and solar, as well as lithium-ion batteries’ (Global, 2020; Thomas et al., 2022: 1). ET is used interchangeably with decarbonisation in this paper. Although climate change has largely influenced the current transition, ET is much more than simply the switch to greener energy sources.

Holistically speaking, ET concerns the scope and depth of a transformative shift towards a more digitalised economy. This kind of economy calls for the use of low-carbon technologies made from critical minerals and renewable energy sources that are scarce and unequally distributed but necessary for development across all contexts and industrial sectors (Deloitte, 2023). The Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) reports show that the largest human source of greenhouse gas emissions (GHG) is from the combustion of fossil fuels thus, requiring the global decarbonisation agenda (IPCC, 2014).

The complexities arising from this are enormous, coupled with the development implications these transitions reproduce. These complexities become even more challenging because they are strongly related to unfair historical institutions, structures, and procedures that have shaped state behaviour, impacted state disparities and influenced past developments and transitions. An example is the International Monetary Fund (IMF), which has carried out structural adjustment projects (lending), that have raised moral hazard concerns and postponed necessary social development in developing states. Additionally, IMF adjustments have frequently prioritised economic stability over social welfare, leading to local monopolies, stifled competition, and worsening interstate inequalities (Ferdinand, 2014). These adjustments have also occurred without adequate adjustment-related financing, without consideration for its adverse effects, political viability, or concern for sustainability (Dane and Graham, 2004).

Another example is the World Trade Organisation (WTO), whose trade agreements have led to labour reallocation, unemployment for certain products, unequal benefit distribution, and disadvantages to developing countries, perpetuating global economic disparities (Ajewole et al., 2022: 29). The com-

plexities and dilemmas are also influenced by historical indices and locked-in patterns of sociotechnical systems, as well as the delicate nature of energy and its essentiality for development for all. All of these portray multifaceted ways, intricacies and relations that must be unpacked and carefully analysed to ensure the ‘just’ actualisation of the decarbonisation goal without thwarting the socioeconomic realities of developing contexts.

There have been other transitions. For instance, energy use moved to coal from wood with the industrial revolution, a transition to a coal-based energy system (Grubler, 1998) and then from coal to crude oil, natural gas, and now renewables (Mitchell, 1998). Renewable Energy (RE) is energy from natural – replenishable sources like water, sun, wind, etc. They are termed renewables because they are not easily depleted when used. However, these energy sources are not useable in their natural state nor distributed evenly globally. To enjoy, use and develop these resources, adjustments will therefore be necessary for the development of technologies for their use and distribution. These adjustments will concern market forces, technology, investment and financing, laws and policies, soft law approaches, as well as the involvement of private investors and other non-state actors drawn from a variety of industries and contexts.

Alonso-Serna and Talledos-Sanchez (2023: 267) have perceived ET as “major historical shifts” that have had significant implications for societies. Jolink and Niesten (2021: 521-542) speak of the ET as a complex process in which the financing of new energy technologies plays its role, involving a range of actors from the government to private investors, termed in the chapter as “collaborative intervention space”. Arlota and Costa de Medeiros (2021: 385-391) address ET as a process of how humankind uses energy for its needs and how this process gets reconciled with social, environmental and economic interests. Regarding the social aspects of ET and the implication of overlooking social features of transitions, Mejia-Montero and colleagues (2020: 303-305) state that “ET are complex undertakings that encompass techno-economic features and social features of human existence.”

In addition, so many frames have been used to discuss the subject of ‘ET’. For instance, the multilevel perspective, the sociotechnical transition analysis approach, and the energy justice approach, to name but a few, have been used to study sociotechnical transitions. Mejia-Montero and colleagues speak of the top-down nature of public policies that seek to boost renewables and call to attention the role grassroots movements have played in the inducement of changes in the regulatory framework of renewables in Mexico (Mejia-Montero et al., 2020). Lessons learned from the study indicate that top-down policy frameworks for RE projects should take local/social contexts into account, and that transition plans for governments should not simply be copies of international policies

and strategies on states (Mejia-Montero et al., 2020). Instead, they should be tailored to the local, socioeconomic experiences, knowledge, affordability and participation of the context in which the policies are to be used.

For instance, evidence from the sustainability, inclusiveness and governance of mini-grids in Africa (UKRI-SIGMA) project of the United Kingdom research institute, suggests that giving priority to 'productive uses' of RE-based (mini-grid) electricity may be financially advantageous for developers and relatively successful business ventures (Sesan et al., 2022). However, this productive and profit-making viewpoint, which is essential to attaining broad-based rural development goals, has little to no advantage for the lower-tier customers in the agricultural and social sectors (Sesan et al., 2022). The rationale for this poor social welfare outcome is the user's lack of knowledge and capabilities in assessing these technologies. This example reflects the disconnection between NDC measures of states and social context. Therefore, the nexus between ET and social contexts is that shifting from fossil fuel to renewable energy aimed at a low-carbon economy can bring about an unequal and inequitable distribution of its costs and benefits to various actors. These underlying challenges must be understood and tackled in the ET process and policy planning of states for the transition to succeed.

There is therefore the need for ET's alignment with the context's need to assess electricity and investment, but also the empowerment of capabilities following the growing impact of global RE and trends on social contexts, and the interconnections of value chains. Sovacool has emphasised the need for research to become more applicable to solving problems in the real world and the significance of human-centred approaches in capturing the multifaceted influence that attitudes, habits and experience have in influencing energy use and transitions (Sovacool, 2014: 1-29). He further stated that focusing energy conversations back on people – rather than just resources, technology, or prices – can demonstrate how much the energy intensity of our societies and lifestyles varies (Sovacool, 2014: 1-29), thereby influencing the rules needed.

The varying frames of understanding and definitions of ET are due to the differences in the measurements of RE, characterised by different processes and involving various sectors, contexts and criteria. Olawuyi recognises the growing indirect impacts of clean energy and access projects on human rights as well as examines how national and international law could frame policies and legal frameworks to deal with these impacts (Olawuyi, 2016). Baptista has proposed considering historical and spatial dimensions in analysing energy systems and transitions, giving the importance of these considerations in understanding future ET (Baptista, 2018). Broto and Alves have described how ET should evolve to deal with the complex demands of ET within the global south. This implies

that “delivering of transformative change in developing societies, should take on the assessment of energy problem from multiple and integrated perspectives, adjusted to a context’s condition which shapes the outcome of strategies and policies” (Broto and Alves, 2018). Thus, a change of the whole energy system towards ‘the new’ (Grubler et al., 2016: 18-25) is the understanding of ET employed in this paper.

2.2. Key ET Drivers

Renewables were already expanding quickly, but the global energy crisis has kicked them into an extraordinary new phase of even faster growth as countries seek to capitalise on their energy security benefits... (IEA, 2022).

International Renewable Energy Agency (IRENA) (2022), alongside other scholars (Bass & Grogard, 2021: 807-823), see energy poverty, efficiency and the urgency of climate change as key drivers of the ET. ET is also influenced by social, technological, economic and governmental considerations. Other ET drivers are peak oil arising from scarce fossil fuel resources or its finite nature, environmental, health and safety concerns. It also includes the challenges of energy security arising from energy supply availability and scarcity issues, which have become particularly acute lately following the Russian invasion of Ukraine. These ET drivers have led to the development of regulatory and policy measures to achieve the transition. However, policy application differs depending on socioeconomic issues, contexts, and sectors; and here lies the problem of international law application in third world developing countries.

ET unravels some of TWAIL’s concerns and calls for addressing in an integrated manner the multifaceted complexities and development challenges that can result from the current transition. This is necessary to achieve a transition that is just without leaving anyone behind. For instance, the empirical record of the most recent IPCC report demonstrates that “developing countries lag in the adoption of large emission technologies.” (IPCC, 2022). The report cites several factors, including insufficient enabling legislation, funding, technological development and transfer, and capacity, contributing to the delayed uptake of large-scale RE technologies in developing nations (IPCC, 2022).

What is impressive in this recent report is that it addresses ET in relation to climate change mitigation, sustainable development, the multidimensional drivers and stakeholders, investments, and the role of capacity building and increased finances towards accelerating the transition objective (IPCC, 2022). Also, available evidence suggests that scarce critical minerals, as well as gas, renewables, hydrogen and sustainable biomass will be needed to drive this efficiency. Due to these transboundary ramifications, the achievement of this de-

carbonization exercise necessitates extensive international cooperation in terms of investments, climate finance, knowledge transfer and general enhancement of capabilities for sustainable development and transition (WEO 2022).

3. The Legal and Policy Framework's 'Differentiation' and Soft Compliance Strategy regarding the ET

International law-making operates on the twin principles of shared commitment to dealing with global (environmental) problems and sovereign equality, which predisposes a consensus decision-making approach towards legislative processes (Sands et al., 2018: 896). In response to the urgent need to address the challenges posed by climate change, numerous national, regional and global policy packages and laws have been advanced. These are mainly differentiated. Some of them are the Clean Energy for All Europeans Package (CEP), the Green Deal, the Kyoto Protocol and the Paris Agreement (PA) – Nationally Determined Contributions (NDCs). These varying policy packages, regulations and laws are geared towards reducing emissions and propelling action towards the shift to cleaner energy sources. To better assess the extent to which international law's ET strategy captures the dynamics between developed and developing countries as well as the various starting points and capabilities of countries towards the transition, the 'PA's' language and framing of 'differentiation' will be considered.

3.1. PA's 'Differentiation' Framing

The PA is the first international treaty on climate change adopted in 2015, which came into force in 2016. Building upon the UNFCCC, the PA 'aims to strengthen the global response to the threat of climate change by keeping a global temperature rise below 2 degrees Celsius (Article 2 (1) (a)) (PA, 2015). To reach this ambitious goal, the PA opted for a more dynamic qualification of UNFCCC's common but differentiated responsibility and respective capacity (CBDR RC) principle. The PA's differentiation is self-determined, requiring domestic mitigation measures and NDCs, assessed and scaled up every five years alongside a yearly report of state efforts towards reducing global temperature and adapting/mitigating climate change impacts (Articles 3 and 4 PA 2015). It also captures a differentiation that is based on highest possible ambition and progression over time and different national circumstances (Articles 2 (2), 4 (3) PA, 2015).

The PA's self-determination or self-differentiation is praised for pushing diverse measures towards decarbonisation, which theoretically corresponds to the

concept of a just transition. This is made clear in the mitigation and adaptation plans of states via their different NDCs. Evidence indicates that most developing nations are setting the bar high for the NDC ambition, especially with their second-generation NDCs becoming higher quality (NDC's Global Outlook Report, 2021). For instance, Nigeria's updated NDC now considers the waste sector in the ET strategies; however, even with this upgrade, finance remains a hurdle. When it comes to climate finance, investment and technology transfer, the crux of decarbonisation engagement particularly for developing countries under the PA's 'self-differentiation' becomes questionable.

For instance, the PA's inclusion of climate finance and ambition as a global effort, have made developing countries' decarbonisation goals, or NDCs, contingent on securing sufficient help from private companies and wealthy nations (Article 2.1; PA). In light of this, the PA's self-differentiation falls short of the ideals of a just transition in that it places the burden and responsibility of climate ambition on both developed and developing countries while failing to acknowledge that developing contexts lack the resources and technology to meet ET targets. Section 4 of the PA requires parties to prepare, communicate and maintain successive NDCs that it intends to achieve (Article 4(2)), and embodied in this requirement is the objective of self-differentiation.

According to Rajamani, the PA's differentiation is different from the UNFCCC's principled differentiation in that it demands greater and continuing an effort from both the developed and developing countries (Rajamani, 2016: 501). This is in contrast to the Kyoto Protocol (KP), which set the absolute emission reduction targets on industrialised nations (Rajamani, 2016: 494). It is argued here that the PA's differentiation, despite its wide diversity and possibilities on the one hand, reintroduces injustice on a number of layers because the targets are self-determined without enforced compliance mechanisms.

While "respective capacities" and "different characteristics" must be taken into account, the PA also stipulates that each "state party's" NDC "must reflect its highest possible 'aspiration'" (Articles 4 (3) PA 2015). This "ratchet up" component, with stepped-increased actions to combat climate change every five years means that actions must surpass the "party's" earlier contribution. In demonstrating progress from the prior promise and exhibiting a country's "highest possible ambition" (Articles 4 (3) PA 2015), the reference status of contexts is constantly shifting, and is lacking a static member qualification. This flexibility in criteria creates grounds for many distinct groupings to form at different points in time without reference to history, place, time, capacity or previous colonial/transition impacts on current starting positions of countries.

The other side to this is that because of the global energy market transition away from fossil fuels, injustice is fostered or entrenched for historically underprivileged contexts that did not contribute to global warming, but still face growing issues with energy supply and security. Because of this, it is important to consider how the PA's differentiation frames are interpreted, how they impact decisions about responsibility and accountability, especially with regard to how renewable energy technology costs and services are distributed, and the detrimental effects of such interpretations on 'just' transitions. Additionally, the different national circumstances provision of the PA also furnishes the act with yet another differentiation perspective – one that is context-based with subtle shades of groupings based on blocs, regions, historical, geographical, spatial and social dimensions (Pauw, et al., 2019: 2). Some of such subtle differentiation contexts include the stance of least developing countries (LDCs) or small island developing states (SIDs) on specific issues like adaptation (Pauw, et al., 2019: 2).

It is the case that the PA's NDC exemplifies how the international legal framework seeks to uphold common but differentiated responsibilities of countries towards the transition. The NDCs strive to strengthen countries' capabilities to deal with climate change on an equitable basis by recognising the limited ability of developing nations to reach ET objectives given their specific circumstances. However, despite the non-static frames and language of the PA's differentiation, a closer look at the PA indicates that the PA's differentiation does not properly capture the challenges of developing countries, especially in the areas of local contexts participation, access to financing and investments, and technical capacity building towards the decarbonisation objective.

When it comes to the implementation and sustenance of the PA's various 'differentiation' frames in the planning and procedural strategies/processes towards the transition, the case, like other international law strategies, becomes much more about the dynamics of power and access than that of equity and fairness, and this fits well with TWAIL's assumptions. One could argue that the non-static frames of the PA's differentiation is fair because of the public nature of energy and its value chains. However, Darby points out that differentiated framings of this nature, may be diluting/limiting, but so may the alternatives because categorisations in executing multilateral arrangements provides the conceptual wire to discuss underlying concerns of power and access (Darby, 2004: 2-3).

The growing recognition of the environment as a stakeholder in the ET process and the ramifications of transboundary harm or the internationalisation of value chains, highlight the importance of having specific controls in place to work towards the goal of addressing climate change. The PA continues to allow concerns of justice and accountability to be determined by access and power

by using soft approaches and flexible differentiation framing, which trivialises the development of developing countries. Anand, seems to aptly put it when he argues that the importance of framing and strict compartmentalisations is its ability to overcome an undeniable diversity (Anand, 1987: 2). For instance, the language of the Glasgow Pact, following on from the PA, admits to the agreement of developed countries to increase financial support and renewable energy (RE) investments in developing countries. However, the pact disagrees with framing such obligations as reparations. This turned on debates between justice and assistance and the United Nations third option of a 'loss and damage' framing of such support.

3.2. The PA's Framing of Compliance Mechanism

The choice of words and use of language in the PA speaks of economic and social transformation with the condition to constantly "take into account different national circumstances" (Article 2 (2)). The phraseology depicts the importance of recognising social features and implications of the transitions (Mejia-Montero et al., 2020: 303-305). This is particularly important because the current transition strategies do not adequately frame investments and financial obligations from rich countries as a duty but as assistance (Article 9), thereby requiring also the developing contexts to equally make investments and build collaborative capacities necessary to contribute to the development, use and distribution of the technologies needed to enjoy these RE resources.

The voluntary nature of the NDCs has led to the argument that the PA has no effect under international law; however, it has now also been broadly accepted that the PA is indeed a treaty for the Vienna Convention, with an implication of enforceability against national governments (Mcgregor, 2021). Although NDCs have been acknowledged by international courts and tribunals as capable of creating legal obligations, the enforceability of NDCs is a matter that casts some doubt on the viability of NDCs-PA in ensuring an equitable transition. This is because these NDCs only have an obligation of conduct (Article 4.2), and as Bodansky puts it, the obligation here, constitutes nothing more than an obligation "to pursue [unspecific] measures in good faith" (Bodansky, 2017: 304). For instance, the NDCs of most developing nations are, without the litigation forums necessary to deliver enforcement of government's objectives or the legitimacy to enforce the NDCs. After all, according to most developing states' constitutions, most environmental protection and development goals or basic economic and social needs are not justiciable in themselves (Chapter II of Nigeria's Constitution). Therefore, the bottom-up approach to achieving a just transition in these contexts is to address the underlying socioeconomic problems.

The PA points to the importance of voluntary cooperation (Article 6), finance, technology and capacity-building support (Articles. 9, 10 and 11), as well as the need for climate change education, training, public awareness, access to information and participation (Article 12), transparency (Article 13), implementation and compliance in the attendance to this goal. It equally stipulates the need of a global stocktake every five years to assess collective progress towards the energy transition and decarbonisation goal (Article 14). All of these show the extent and implication of the international legal framework towards ET. However, the primary concern is how these provisions fare or apply in practice to developing contexts as there are merely prescriptive.

For instance, the sustainable finance working group (SFWG) have recorded that despite the voluntary commitments made by developed nations through financial institutions, emerging markets and developing economies (EMDEs); still lag behind in terms of ET goals (G20 SFWG, 2022). SFWG have highlighted the importance of monitoring and supervising financial institutions' commitments to sustainability to encourage more accountability and transparency in the transition financial sector (G20 SFWG, 2022). The significance of this points to the weakness of the PA's self-differentiation when placed side by side with developmental and industrialisation goals of states. A global decarbonisation agenda can be expedited where the ability of sectors or businesses to access financing is improved as well as a reduction of risks of a disorderly transition, such as the risks associated with the ET due to the environment, the limited access to affordable and dependable energy, unemployment and broader social implications (G20 SFWG, 2022).

Also, the complex nature of technologies, their locked-in pattern, their differentiated value chains, digitalised implication and the scarcity of the critical minerals needed to develop them, add another layer to the complexity of the transition for developing contexts. This existing economic model of the world shaped by past and enduring systems and structures of inequalities, when faced with a new transition, leaves developing contexts in a constant race to catch up, owing to the foundational and structural imbalances. The World Bank puts it well when it states that "developing countries face a triple penalty when transitioning to clean energy: paying more for electricity, cannot access clean energy projects and are locked into fossil fuel 'dependency'" (The World Bank, 2023). Thus, as a result of the framing of investments and financial obligations from rich countries as 'assistance', developed countries and multi-national corporations have failed to meet the number of resources necessary to adapt to climate change (Pill, 2021).

Pedersen and colleagues have mirrored the extent of the importance of treating investments from developed countries as a duty when they state that

“ET in sub-Saharan Africa is much more than mobilising finance and includes energy access and ‘security’” (Pedersen et al. and Renkens, 2022). They further argue that for achieving the energy transition, understanding domestic priorities, resource endowments and administrative capacity is key. To them, a careful country analysis of competing interests and working with the entire energy system is necessary when planning collaborative and support strategies (Pedersen et al. and Renkens, 2022). With a ‘context’s endowment and experience being the starting point for support, it is clear how the TWAIL lens fits this discourse as TWAIL scholarship seeks a re-interpretation or redefinition of international law approaches to ET. The TWAIL scholarship seeks to take in the developing “context’s perspective and issues, seeking to build capacities – co-production of knowledge in tandem with local experience, such that is workable in the context” (Okafor, 2008).

One of the major highlights of the PA is how national and regional actions towards decarbonisation add up to the global transition agenda. In enhancing cooperation supporting decarbonisation, blocs and regions with certain commonalities (like existing systems and institutions, trade and markets) capable of influencing, coordinating and supporting developments and distributing resources towards the transition have been formed. For instance, the European Union (EU) shares commonalities of a developed status, structures and objectives, as well as being major greenhouse gas (GHG) emitters which have enabled them to address climate change in a more coordinated manner. Also, for ease of effectiveness, NDCs have mostly become integrated into national legislative, regulatory and planning processes of countries and in many sectors, especially those connected to the energy transition, to ensure implementation.

For instance, the EU has the European Green Deal, while the UK government’s net zero strategy framework describes how the nation will commit to achieving zero emissions by 2050. These initiatives, which synergise with the country’s planning and development sectors, include decarbonising buildings, nuclear projects, private and public investments supporting businesses and consumers in switching to green energy (Gov. UK 2021). Additionally, energy-related multi-national corporations are equally lowering their investments in fossil fuels and setting up sustainability departments inside their businesses. The automotive industry is one illustration of this transformation, where several major automakers have started to make significant investments in the infrastructure and technology of electric vehicles while dumping their outdated gasoline-powered models (IEA, 2022). They have set up sustainability departments to develop environmentally friendly manufacturing processes, improve energy efficiency and reduce emissions throughout their product lifespan.

3.3. Nigeria's NDC Example

Nigeria is a developing country in Western Africa, with a lower middle-income level. Even though it has the largest economy in sub-Saharan Africa, the region struggles with serious development concerns like high unemployment and limited access to modern power. The country fits under the TWAIL framework and is eligible to be researched using the TWAIL assumption, since it is a developing country that struggles with industrialisation and developmental issues, and cannot provide the energy needs of its citizens. The Nigerian NDC and energy policy strongly emphasise rapid development and economic expansion. Nigeria has pledged to cut its emissions of greenhouse gases by 20% without condition and 45% with assistance from other countries (FGN NDC's, 2015). To reduce emissions, promote Nigeria's economic and social growth, raise the standard of living and guarantee energy access for all, the country initially created five sectoral action plans to help achieve this goal (FGN updated NDC, 2022).

Nigeria's revised NDC has increased its conditional pledge to cut emissions to 47% from 45%. The revised NDC now includes the waste and water sectors alongside energy, oil and gas, agriculture and land use, and power and transport, bringing the total sectors targeted for emission reduction to seven (FGN updated NDC, 2022). One factor contributing to the revised NDC's higher mitigation ambition is the inclusion of the waste sector in the GHG mitigation assessment (FGN updated NDC, 2022). Similar to other developing countries, Nigeria emphasises capacity-building as a requirement for NDC implementation, connecting it to the fulfilment of sustainable development goals (SDGs). In its NDCs, Nigeria equally discussed the unique vulnerabilities of indigenous peoples, the value of utilising indigenous and local knowledge to strengthen climate efforts, as well as arrangements to enable greater participation and contributions from indigenous peoples to climate action along with other developing parties (UNFCCC/PA/CMA/2021/8:Section 65).

The NDC for developing countries (using Nigeria's example) illustrates how context-specific variations, varying fossil fuel and renewable energy endowments, varying energy market structures, varying environmental, socioeconomic and security concerns, all affect a country's legislative and policy objectives towards the ET (Crossley, 2019: 13). Therefore, ET transforms into a tool for promoting sustainable development in the country with the switch to cleaner energy use. The NDCs seek to address historical marginalisation by stimulating crucial investments in cleaner and more affordable energy access for these developing contexts.

According to Paww et al., the conditionality indicators linked to the NDCs of the states provide a foundation for equity (Paww et al., 2020: 469). What

this means is that it is the meeting of these conditions that will reflect whether the CBDR-RC principles or the PA's 'differentiation' frames facilitates a just transition or adequately captures the multifaceted challenges of developing African contexts. Consequently, these conditions pose a variety of objectives and responsibilities for developed states in terms of the transition, which raises several tensions between the viability of the transition goal and the demands for equity (Paww et al., 2020: 468). For the developing states, ET will therefore raise questions about people's engagement, capability, investments, access to safe and affordable electricity, and development.

3.4. ET Impact: The Third World Countries versus Developed Countries' Examples

The implication of achieving varying framed/themed ETs objectives reveals tensions and challenges, some of which are not far removed from the existing socioeconomic inequalities that are shaping the global world. Unpacking the conditionalities of the ET for developing countries when it comes to their NDCs, therefore, requires the consideration of the transition's drivers, implications, impacts and interconnections on contexts. A convincing narrative of these impacts is how the current transition strategy pays little to no attention to the continued reliance of contemporary global societies on historically ingrained fossil fuel production systems to meet developed countries' past and present energy needs (IEA, 2016). It is this continued reliance of the developed world on past fossils and the requirement for a shift away from these energy production forms for developing countries which are yet to be energy secure that cripples the ladder of development and access to modern electrical services for developing countries. Accordingly, what ET would mean for the developing world from this historical viewpoint will differ from what it means for the developed countries, and this is not without evidence.

For instance, the developing "countries' framing of ET – via their NDCs; speaks of energy poverty, lack of access to electricity, energy injustice and insecurity, and economic development. The inaccessibility and high cost of current energy services impact other development goals, emphasising how crucial it is for the ET to be as fair as feasible. This is because access to modern energy services and the ability to pay for these necessities is the lifeline to developing countries' economic transformation. The absence of these has led to the failure of many ET policies and programmes" (Tucho, 2020: 137). For example, Nigeria, a developing country, has about 60% of its population without access to grid electricity (Oseni, 2012: 990-995). 35% of this figure are people living in darkness in rural areas in Nigeria (Oseni, 2012: 993). The same is the case

for most of the countries in sub-Saharan Africa (SSA), with about 600 million people still living without access to electricity and nearly one million without access to clean energy for cooking (Kuhudzai, 2022).

The developed countries' idea of ET is depicted by the shift to clean energy due to the effects of climate change. Interestingly, recently in developed economies, the current energy transition also took the frame of affordability, cost and rising energy prices, owing to the impact of the Russia-Ukraine war. This has led to the reopening of coal plants in the UK, and support for ailing households due to issues of rising energy prices, especially during the winter of 2022 (Mcrae, 2023). Therefore, issues concerning ET are not far removed from social justice concerns. Bray and Ford have stated that the transition is a socioeconomic disruption that amplifies social and economic inequalities and is likely to disproportionately affect those in lower socioeconomic and minority groups, necessitating careful planning and policy-making (Bray et al., 2023).

Thus, the recent global energy crisis triggered by Russia's invasion of Ukraine has not only engendered rising fossil fuel prices worldwide, but has also sparked an unprecedented momentum for renewables, prompting many nations to seek to strengthen protectionist policies towards their energy security and RE development (Library of Congress, 2023). This example reinforces the importance of energy security for developing countries, highlighting the impracticalities of attaining any major decarbonisation agenda without ample development. Thus, the case for balancing development objectives with the transition is mirrored in most developing countries' (NDCs), and constant debate in the UNFCCC Conference of the Parties (CoP) on issues of accountability and responsibility.

Therefore, the inherent socio-ecological character of energy and climate restructuring efforts make the delivery of justice inherently pluralistic and multidimensional, bringing to the fore the roots of social and economic inequality and power dynamics that has shaped the global economy for a very long time. These socioeconomic inequalities in themselves affect and impair the accessing and effective participation of developing countries with the current transition, and this is heavily documented by reports. For instance, Cenevska discusses how CJEU acknowledged a breach of environmental obligations while sustaining Belgium's ability to maintain its current energy security policy in *Inter-Environnement Wallonie ASBL and Bond Beter Leefmilieu Vlaandersen ASBL v. Conseil des Ministres* (Case C-411/17, ECLI:EU:C:2019:622). Cenevska's analysis of this case raises the relationship between achieving core EU environmental objectives and ensuring the security of Belgium's electricity supply (Etty and Heyvaert, 2021: 197-204). Here, a local problem in Belgium that is related to a regional transition goal, illustrates the relationship between the socioeconomic develop-

ment and environmental/climate protection as well as a connection between energy security and a people's economic development.

3.5. Problematising Energy Transition Using the TWAIL Lens

TWAIL understands that transition to RE requires technological development of natural resources and critical minerals which are at the base of domestic and global value chains and economies, and this is where crucial issues of control, access and usage are involved (Natarajan, 2014: 213). Therefore, TWAIL problematises that the current transition comes with the concerns of climate responsibility and accountability. On this note, the consumer habits of developed countries, industrialisation and development in the past transitions is connected with the present environmental/climate change problems, necessitating the transition, and the attendant energy poverty, access and security challenges faced by developing countries in the current transition.

By addressing ET through the efforts and actions of differentiated contexts (NDCs), as well as removing the ceiling of definite possibilities to ensure that developed and developing countries scale alike towards attaining decarbonisation, the current ET through the PA's differentiation balances the climate ambition and differentiation. The balance here is struck by including both developed and developing countries' 'equally' in the endeavour to meet the climate objective and avoiding absolutes, strict rules and severe legal punishments as compliance mechanisms. TWAIL explains that approaches like these which promote new causes of transition on an equal or poorly defined footing without addressing the past, condone injustice because they expect, negotiate or aid developing countries in adopting an ET stance, even to their detriment, for the benefit of all (Argyrou, 2005: xi).

3.5.1. The Just Energy Transition Through the Lens of TWAIL

In order for ET to be effective and just, its transition strategies and procedures towards the restoration of the global earth, which industrialised nations have primarily harmed, must also be equitable (Dyke, 2021). A 'just' ET also means that renewable energy development and ET-related processes must be context-specific (Ghosh, 2018: 33). Using the TWAIL framework, this can be achieved by addressing questions such as "Energy transition: according to who? where? how? and with what implications?" (Ghosh, 2018; Mc Cauley, 2018: 3). Given that energy security concerns cannot be separated from the current energy transition, especially in developing countries where energy poverty and the lack of access to modern electricity services are already problems, ET could take

on different interpretations that call for various solution packages and measures. For instance, ET would call for different strategies for those who do not have access to electricity because they are not connected to the national grid and for those who have access to the grid but cannot afford to pay. Therefore, a just transition for developing nations will involve a restorative and whole ET policy framework that seeks to minimise or reverse culminative impacts of energy systems at local levels, including negative impacts on communities disproportionately burdened by energy production, distribution and consumption (Redgewell and Rajamani, 2020: 48-68).

Although the CBDR-RC calls for “a just transition” which is implemented through the NDCs, it is the case that the strategies and processes used to attain this are not just, at least not for the developing countries. The CBDR-RC principle clearly establishes the link between economic development and the environment, including natural resources, and articulates the developed world’s role in taking primary responsibility for environmental/climate goals. Natarajan puts it best when he says that international environmental law (in this case the PA) is characterised by a widening gap between the action that the developed world is required to take and the social justice narrative advocated by the South (Natarajan, 2014). This is evidenced in the non-compliance of both developed and developing countries towards these goals for multiple reasons. For developing countries, unmet goals are as a result of shortage of crucial minerals, unfair institutions and systems and energy capability vulnerabilities (lack of access, poverty and energy insecurity in SSA). Also, the use of renewable energy technologies, their high cost and limited availability, and the transnational nature of their value chains, all contribute to obscure and negatively affect the capacity of developing countries to participate fully in the global transition economy.

TWAIL is a theory that describes the behaviour of a related set of social phenomena towards the development of third-world countries (Okafor, 2008: 373). Drawing from the history of international law’s engagement with third-world peoples, TWAIL provides a predictive, logical and testable scholarship that predicts how international law behaves with the third world (Okafor, 2008: 371-378). For instance, in the area of international human rights law, Bhupinder Chimni notes that there are contradictions that characterise modern international law (Chimni, 2006: 2). To him, this body of law codifies several civil, political, social, cultural, and economic rights that can be used to advocate for the underprivileged and marginalised groups while also establishing the legitimacy of the internationalisation of property rights and hegemonic interventions (Chimni, 2006: 2). Badaru emphasises the importance of understanding the historical causes of the Third World’s socioeconomic rights’ current appalling

position, and of not primarily addressing human rights issues from the formal textual and institutional standpoints (Badaru, 2008: 381).

Thus, TWAIL is asking how and why the suffering of some humans and certain types of suffering get pushed to the margins of human rights theory, practice, and politics (Pooja, 2008: 366). ET through the TWAIL's lens highlights the historical and structural injustice that affects developing countries in the ET processes. Understanding the differentiated contexts principle, expressed in the NDCs, shows how past transitional experiences, developmental needs and processes (investment, markets, cost, RE value chains, and energy needs), shape the present transition goals. An understanding of these past experiences provides a forecast of how various contexts will view or accept the current transition agenda on whether it is supported by justice or another value (Miller, 2001: 50).

Therefore, the argument here is that the experiences and energy requirements of contexts will only be just if it results in the change of international law's ET strategies towards development in developing countries. This is because a transition that leaves socioeconomic inequalities intact, will not deliver a result that is 'sustainable' (Swirling et al., 2012). The paper agrees that the transition to sustainable energy from the perspective of TWAIL, indicates a balance of interests, which does not correspond with an equitable allocation of resources, responsibilities, procedures, or investments (Redgwell & Rajamani, 2020: 51).

TWAIL speaks to the "importance of critical knowledge production for development of capacities in developing communities, due to the negative impact and implication of international law structures on indigenous communities to benefit transnational corporations and foreign states" (Badaru, 2008: 379-387). Though made about international human rights, this analysis can apply to the ET process. For instance, Munariz writes that "The World Bank lending programme, despite expanding corporate mining activities, has caused displacement and impoverishment of indigenous communities, culture destruction and the environment" (Munariz, 2008: 431-443).

The example of Nigeria's Niger Delta oil and gas environmental pollution mirrors the extent of this top-down international law approaches in terms of investment contracts that constrain, displace and marginalise indigenous communities. For instance, with the fossil fuel economy, most of these multi-national corporation activities in the Niger Delta were carried out without local communities' appropriate involvement or alignment with international environmental impact assessment standards. These activities did not come with commensurable benefits to the host communities and continue to sacrifice the wellbeing of vulnerable groups for profit and centralised development agendas.

It is argued here that access to clean energy may not be feasible in SSA (using Nigeria as a case study), unless the ‘customarily’ affected people, who are frequently the weak or the poor, have the opportunity to participate in the critical knowledge production of ‘energy transition’ for themselves as well as develop and profit from renewable energy technology and production businesses (Svarstad & Benjaminsen, 2020). Like with oil and gas, the value chain, expertise, capabilities, jobs, markets, technology, financing and RE transition/ decarbonisation plans, policies, and strategies are international and alien to the people in developing contexts, hence the importance of co-production of these technologies (ILO Press Release, 2022).

The only clear thing known to the people is their ownership of these natural resources, but how this gets translated to the version of ‘development’ that impacts a community of people when it comes to affordable electricity access, reflects the bane of ‘a just transition’. This is because while the developed country policy promotion or diffusion strategy lies in reorienting the scope and narrative of projects on global value chains and technologies for sustainable energy security, the developing contexts strategy lies in delivering access to those without access and improving the context’s socioeconomic standards and capabilities. This touches upon knowledge, access, use and participation necessary to ensure acceptability and to drive the decarbonisation agenda.

Thus, the TWAIL approach to the transition speaks to the importance of a critical ET knowledge production in resisting and decolonising approaches that do not reflect, recognise, or take into account the experiences of a people. Without stifling the voices or liberties of a people, a new ET frame can emerge through dialogue-based interaction with global RE trends or top-down approaches and support (finances, technology) in a formalised renewable energy transition process, which can help accelerate a ‘just’ transition (Green, 2022). ET cannot be achieved in these contexts by merely producing policies and regulations. The public engagement/policy element must be interwoven into the negotiation processes, culture, jobs, and capacity building towards decision-making and project implementation. Vulnerable contexts must not be excluded or displaced but engaged with a macro energy justice perspective.

For instance, protests demanding an end to electricity tariffs, increase in fuel pricing, subsidy removal and police brutality have taken place in towns and cities across Nigeria amidst increasingly disproportionate impacts of policy decisions and strategies on the vulnerable (World Africa, 2020). These issues are not novel but reveal the growing intersection of power relations and social justice within the environment, development, and energy transition as discussed. Therefore, it is crucial to empower and involve the local or vulnerable contexts in decision-making processes and provide them with the necessary

resources and education to participate in the energy transition actively. This approach will ensure equitable access to sustainable energy and promote social and economic development in SSA.

3.5.2. Loss and Damage – Who Bears the Cost of ET?

One of the significant challenges of ET, especially for developing countries, is the distribution of costs and benefits. The implications of the cost of the ET, given the current socioeconomic status of most developing contexts, turn on questions of affordability, capabilities, use, knowledge, access, human rights and government intervention, all of which come with varying implications. For instance, a recent UKRI-SIGMA study shows how affordability issues fundamentally hamper access to mini-grid electricity in the southwestern rural area of Nigeria (Sesan et al., 2021). In contexts that lack access to modern energy services, the case of ET becomes a more practical concern: “How to make renewable energy available, affordable, and useable to them?” This calls forth the important role of finance, capacity building and investments as depicted in Articles 9, 10 and 11 of the PA, 2015. For instance, studies reveal that an economic analysis measuring the direct effect of energy taxes in 21 countries found that taxes on energy are generally regressive – taking a toll more on the income of the ‘poor’ (Flues & Thomas, 2015). This reflects globally the socio-economic impact of the ET on developing countries.

TWAIL scholarship serves well in problematising the preceding because it describes a behaviour of a related set of social phenomena and a history that is a critical determinant of future behaviour (Okafor, 2008: 371-378). TWAIL is used here to represent power relations seeking to rewrite, in this case, what a just transition means from a third-world perspective (Okafor, 2008: 373). ‘TWAIL’ emerges from a context that considers a regime of international law as a predatory system that legitimises, reproduces and sustains the plunder and subordination of the third world by the ‘West’ (Makau, 2000: 31). This understanding, coupled with a general knowledge of a grouping of states, sharing a common history of subjection, colonialism, and marginalisation by the international ‘system’ (Chimni, 2006: 5) helps to spotlight the injustice associated with ET processes.

The overall perspective on the ET discourse is that “climate change has provided sub-Saharan Africa (SSA) the platform to cleanly develop their energy sector from down up without relying on highly polluting fuels” (RES4Africa, 2021). While this appears true, lessons from past transitions have revealed that the processes involved in embarking on a new transition are complex and highly technologically and economically demanding for economies that are highly de-

pendent on fossils. This is especially so, given the multi-sectoral impact that energy holds in the social and economic development of a country. Examples of challenges encountered during the previous transition to oil and gas included problems with cost, accessibility, financial and technological capacity, as well as job losses for indigenous people under the mechanical/coal regime. It also included the failure to comprehend the context (public policy) and to train, empower and integrate indigenous people into the new transition or use of local knowledge.

3.5.3. Lessons from the Past Transitions: Oil and Gas

After a three-year study of the Nigerian ET context and transitions, Human Rights Watch has captured well the impact of this state of affairs in the oil and gas regime. The study portrays that: “Despite the vast wealth produced from the energy (oil) resource found in the context, the region remained poorer than the other contexts, and the division between the rich and the poor was more evident in the areas where gas flares lit up the night sky” (Humans Right Watch, 1999: 8).

Uwakonye and Anucha have revealed that “Despite the revenues brought in from oil exports, the Nigerian government still held a large unemployment and poverty rate, because it is the “MNCs’s that glean the most from the oil export revenues as profit and as investment/oil development cost” (Uwakonye & Anucha, 2006: 61). About four decades after, the impacts of these investments are still yet to be felt in these contexts, despite the overwhelming cost of pollution, breach of fundamental rights and destruction of livelihood, deaths and economic devastation endured. For these contexts, even immediate access to electricity and its affordability continues to be issues faced on the verge of another transition. The above oil and gas example demonstrates the pressing TMAIL flashpoints for the political economy of developing countries.

In *Process & Industrial Developments Limited (P&ID) v. The Federal Republic of Nigeria* (2019 EWHC 2241), Nigeria was granted a stay of execution pending its appeal against the decision obtained by a company with which it had entered into gas supply and processing agreement. The stay was conditional on terms requiring Nigeria’s payment to P&ID the sum of \$250 million ([2019] EWHC 2541 Paras. 2-6, 31-34). The initial case began when P&ID filed an arbitration lawsuit in London against the Federal Government for failing to set up infrastructure and construct pipelines for the delivery of wet gas (natural gas) to P&ID’s anticipated gas processing facility in Nigeria as was agreed by parties. On the appeal for stay, the Federal Government of Nigeria (FGN) argued that the damages judgement was unreasonably exaggerated and punitive, and was

made against public policy. The Court ruled that the public policy encouraging enforcement of penalty provisions outweighed the public policy opposing it, and that it was important to take enforcement into account while deciding whether to reject an enforcement award on the grounds of public policy (2019 EWHC 2241 Paras. 89-103). This judgement emphasises the implication of unfair foreign investments strategies on developing countries especially regarding ET projects.

Interestingly, the public policy lens relied upon by the FGN in their claim depicts a TWAIL concern wherein international law's strategies, investments and decisions fail to take into account developing country's experiences and the attendant impact of costs/damages on the welfare of a people at the expense of profits of multinational corporations. In this case, Heffron and Bausch have drawn on the themes of energy injustice, public policy and economic development arising from an investment in a gas project (Heffron and Bausch, 2020). They have argued that the narrow ruling of the court on 'public policy' demonstrated a lack of knowledge and comprehension of the energy sector's multifaceted operations, as well as the implications of the ET cost on people's daily lives, national and international structures, and a variety of other sectors and contexts.

They further state that the public policy needs to be concerned about the ongoing ET and that rules around investor protection will have to change for a successful or just ET to happen (Heffron and Bausch, 2020). Following an analysis of the court's judgement on the impact of a just ET and public policy, Heffron suggests that the judgement is indicative of an existing pattern of unjust exploitation of developing countries for enrichment – which is synonymous with the pursuit of TWAIL. Interestingly, the issues leading to the grant and terms of the investment contract and the procedures flouted by the contracting parties, again fuel concern for the claim of international law's frequent inability to create and sustain fair strategies towards the development of developing countries, especially SSA ([2020] EWHC 2379, Paras 188-199, 200-225).

Apart from the fact that the contract in the P&ID case was obtained fraudulently, ([2020] EWHC 2379 Paras. 211-267), Heffron observes that the judgement demonstrates that such an excessive claim by P&ID raises a public policy issue, especially given the nature of a shell company registered in a tax haven with no prior experience, and one that did not conduct Environmental Impact Assessment (EIA) of the project (*P&ID v Nigeria* (2019) EWHC 2241 Para 98). Heffron and Basuch made clear the case of a just transition in the lens of TWAIL in this analysis when they stated: "The planned usage of tax havens and tax holidays (investment benefits) from the outset are issues that are a scourge in the energy sector in developing countries as they highlight

how these countries continue to receive less than they should be entitled to their energy resources” (Heffron & Basuch, 2020:101-103).

Concerning the qualification of this position to the current ET initiatives of international law regarding the investments and development of the abundant renewable energy resources and critical minerals in many developing countries, a report from the World Energy Transition Outlook 2022 states as follows:

Investments in energy transition technologies remain concentrated in a handful of regions and countries, with the Asia-Pacific region, led by China, accounting for almost half of the global investments in 2021. The rest of the Asia-Pacific region, including Southeast Asia, attracted less than 8% of global investments. In comparison, Europe accounted for around 28% of global investments, with more than half of these investments going to a handful of countries: Germany, the United Kingdom, France, and Spain. The Americas: especially the United States, drew over a quarter of all investments globally, while the rest of the Americas, including all Latin America, accounted for less than 4%, followed by the Middle East and Africa, which together account for no more than 2% of the total” (IRENA 2022: 49).

4. Conclusion

The efforts of TWAIL expand the grounds of reason, portraying the powerless status of the ‘Third World’ contexts in international legal order, in the face of another global law strategy of transition in the field of energy. The lessons from oil and gas have justified TWAIL’s hypothesis of how this poor treatment of developing countries in the international legal order endures even with the present transition. For the current RE transition, TWAIL’s assumption can be founded on the persistent challenges in getting the international community to understand increased finances as justice, the implications of the transition on developing countries’ inability to access modern energy services and the impact on development.

Also, TWAIL’s assumption is predicated on the persistent challenges in developing nations’ capacities to draw meaningful investments for the energy transition, which advocates for the role of politics, laws, contexts, business strategies and international governance in populating

‘just’ and progressive pathways, for the ET. Some things like the current energy and economic structure of the country, the financial status quo of its people, addressing the loss of jobs, new technologies, investment, policy, and market models are needed to make this transition possible. However, these things do not make up for how much this will hurt developing countries’ economies and development. For instance, in SSA alone, about 105 million people lack electricity (Nalule, 2022: 22), and about 118 million of the continent’s poorest people currently face climatic dangers from droughts, floods and high temperatures (UN Climate Action, 2022).

It is equally proven that given the amount of space left in the sky for carbon pollution, no nation can use or produce fossil fuels on the same scale as affluent nations in the past (IEA, 2017). Moreover, developing countries still need

fossil fuels to tackle energy access challenges and achieve the extent of their development goals. Thus, RE transition is indeed a fitting area of discourse to which the TWAIL scholarship ought to be applicable because the developing countries disagree with the international law's strategies on ET. This is especially so, given that the issue of energy is of great significance to the development of the countries and, further affects significantly, the livelihood, development and power of the Third World.

It is, therefore, these undeserved consequences/sacrifices of unprepared transition meted out on a few as a result of the activities of the developed countries, these different starting positions of countries in terms of energy efficiency and the attendant cost implication on those already without modern energy access or secure electricity that a just transition seeks to address and rebalance. This fits clearly with the purpose of TWAIL, whose primary goal is to eliminate or alleviate the harm or injury that the Third World would likely have suffered as a result of the unjust international legal, political and economic order (Mutua & Anghie, 2000: 31-40).

A just transition through the lens of TWAIL, therefore, reiterates the "importance of not continuing to sacrifice the wellbeing of vulnerable groups for the sake of advantaging others, as has been the norm in past transitions" (Pinker, 2020: 2). Through this lens, a just transition is seen where ET is balanced against the socioeconomic interests of developing contexts to prevent an entrenched marginalisation. The application of this TWAIL lens in the ET discussion of the developing countries is the realisation that the transition, regardless of the metric used, will manifest unintended consequences to people, economies, and even the environment and, as such, requires addressing of the status quo and the socioeconomic system. It emphasises the integration of sustainable ET plans into international, national and local economies and a constant procedural intervention of governments on all levels, to alleviate the effects of hardship and costs on the marginalised.

Thus, the relationship between TWAIL and ET is that TWAIL frames the inequity and indifference of the RE transition agenda towards the marginalised at the lowest rung of the development ladder. It equally seeks to translate the importance of considering social and context differences, their relationship with energy and the overlapping outcomes of these relationships in the transition process. ET is just where government and policymakers pay attention, not necessarily, to stopping the transition but to recognising who the losers and marginalised are/will be in the transition process. It also seeks to understand how people have been marginalised, how to balance out overlaps, and the unintended outcomes of the transition in different contexts and other development sectors. Therefore, the reading of TWAIL to ET for developing countries empha-

sises the importance of understanding the unique circumstances of developing contexts and how these circumstances influence energy transition policies and development. Thus, to achieve energy transition in developing countries, these developing contexts need to be analysed, and transition policies/strategies need not be divorced from these contexts' background.

ET through the lens of TWAIL should seek to know what a context's peculiar developmental challenges are, who pays for RE technologies, how this is connected to modern energy use, and what the electricity demand, costs and supply are like in these contexts. It should equally ask about the role governance structures play in the energy sector and who the major players, winners and losers in this sector are. Considering these issues will enable an understanding of the level of targeted support required to balance the market forces between supply and demand, and what is necessary to provide a fair balance to investors, developers, and consumers in the energy system. Understanding the unique nature of these contexts will also clarify the importance of the treatment of climate finance as responsibility and justice, rather than aid.

The TWAIL perspective, therefore, presents a re-imagined version of ET for developing countries. It shows how the ET process could also be a unifying concept, capable of accelerating a fair and just sustainable ET in SSA, while recognising the engagement of people/contexts as a decisive element. The NDC example and Nigeria's oil and gas experience offer evidence-based arguments that successful energy transitions in SSA must be designed to be different, yet integrated, with some level of mandatory approaches to its targets, especially for developed countries. These arguments demonstrate how the use of procedural/restorative justice can still be used to equitably achieve the sustainable energy transition in spite of different circumstances and multiple policy objectives. Engaging with issues surrounding developing or electricity-unserved/underserved communities' meaningful participation in the ET is exactly the kind of 'bottom-up' discussion that would not only validate the interdisciplinary/integrated nature of sustainable transitions, but also help to bridge the gap between 'just' transition 'as law' and 'as development'.

Abbreviations

CBDR-RC	– Common but differentiated responsibilities and respected capabilities
CEP	– Clean Energy for All European Package
CJEU	– Court of Justice of the European Union
CoP	– Conference of Parties
EIA	– Environmental Impact Assessment
EMDEs	– Emerging Developing Economies
ET	– Energy Transition

EU	- European Union
FDI	- Foreign Direct Investment
FGN	- Federal Government of Nigeria
GHG	- Greenhouse Gases
IEA	- International Energy Agency
ILO	- International Labour Organisation
IMF	- International Monetary Fund
IPCC	- The Intergovernmental Panel on Climate Change
IRENA	- International Renewable Energy Agency
MNCs	- Multinational Corporations
NDC	- Nationally Determined Contributions
OECD	- Organisation for Economic Co-operation and Development
PA	- Paris Agreement
P&ID	- <i>Process & Industrial Developments Limited v. The Federal Republic of Nigeria</i>
RE	- Renewable Energy
RET	- Renewable Energy Technologies
SSA	- Sub Saharan Africa
SFWG	- Sustainability Financial Working Group
TWAIL	- Third World Approaches in International Law
UKRI-SIGMA	- United Kingdom Research Institute Sustainability, Inclusiveness and Governance of Mini grids in Africa
UNFCCC	- United Nations Framework Convention on Climate Change
UK	- United Kingdom
WB	- World Bank
WTO	- World Trade Organisation

References

Treaties/Legislation

Conference of the Parties, Adoption of the Paris Agreement, Dec 12, 2015.

U.N. Doc. FCCC/CP/2015/L.9/Rev/1 (Dec. 12, 2015). Articles. 2–14.

Constitution of the Federal Republic of Nigeria, 1999 CH II.

Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, Dec. 10, 1997, 37 I.L.M. 22 (1998); 2303 U.N.T.S. 148; U.N. Doc FCCC/CP/1997/7/Add.1.

United Nations Framework Convention on Climate Change, May 9, 1992 1771 U.N.T.S. 107, 165; S. Treaty Doc No. 102–38 (1992); U. N. Doc. A/AC.237/18 (Part II)/Add.1; 32 I.L.M. 849 (1992).

Judicial Decisions

Inter-Environnement Wallonie ASBL and Bond Beter Leefmilieu Vlaandersen ASBL v. Conseil des Ministres (Case C-411/17,ECLI:EU:C:2019:622).

Process & Industrial Developments Limited v. The Federal Republic of Nigeria.

[2019] EWHC 2541 Paras. 2–6, 31–34, (2019) EWHC 2241 Para 98.

[2019] EWHC 2241 Paras. 89–103.

[2020] EWHC 2379 Paras. 211–267.

[2020] EWHC 2379, Paras. 188–199, 200–225.

Secondary sources

Abocejo, Ferdinand Tesado. 2014. The Impact of International Monetary Fund (IMF) Structural Adjustment Policies (SAP) on the Philippines. *Recoletos Multidisciplinary Research Journal* 2(1): 19–24.

Adebayo, Olohundare Jamiu. 2018. Oil and Gas Contracts: A Law in Context Analysis Using Nigeria As a Case Study, Thesis Paper, available at: Adebayo_PhD_Thesis.pdf (openrepository.com), last accessed 25.06.22.

Ajewole, Kayode, Jayson Beckman, Adam Gervail, William Johnson, Stephen Morgan, and Ethan Sabala. 2022. Do Free Trade Agreements Benefit Developing Countries? An Examination of US Agreements, Economic Information Bulletin No. (EIB-240) US Department of Agriculture, Economic Research Service, <https://www.ers.usda.gov/webdocs/publications/104855/eib-240.pdf?v=7305> (online library), last accessed 20.06.2023.

Alonso-Serna, and Edgar Talledos-Sanchez. 2023. Fossilising renewable energy: The case of Wind Power in the Isthmus of Tehuantepec, Mexico. In: M. Nadesan, M. Pasqualetti and J. Keahey (eds.), *Energy Democracies for Sustainable Futures*. Elsevier.

Anand, Ram Prakash. 1987. International Law and the Developing Countries: Confrontation or Cooperation? Martinus Nijhoff Publishers Co-publication with New Delhi: Banyan Publications, xii, 274.

Arlota, Carolina, and Katrina de Medeiros Costa, Hirdan (eds.). 2021. Climate change, Carbon Capture and Storage (CCS), energy transition, and justice: where we are now, and where are (should be) we headed? In: *Carbon Capture and Storage in International Energy Policy and Law*, Elsevier, 385–393.

Argyrou, Vassos. 2005. *The Logic of Environmentalism: Anthropology, Ecology and Postcoloniality*. New York: Berghahn Books, 195.

Badaru, Opeoluwa. 2008. Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law. *International Community Law Review* 10(4): 379–387.

Baptista, Idalina. 2018. Space and Energy Transitions in Sub-Saharan Africa: Understand Historical Connections'. *Energy Research & Social Science* 36: 30–35.

Bass, Erin, and Birgitte Groggaard. 2021. The Long-term Energy Transition: Drivers, Outcomes, and the role of Multi-national Enterprise. *Journal of International Bus Stud.* 52: 807–823.

Bastida, Ana Elizabeth. 2020. *The Law and Government of Mining and Minerals: A Global Perspective*. Oxford: Hart Publishing, 45.

Bray, Rachel, and Rebecca Ford. 2021. *Delivering a just transition to Net zero: Whose role is it anyway?* Glasgow: University of Strathclyde. ISBN: 978-1-909522-93-0. DOI: 10.17868/78376, accessed 25.05.2023.

- Bray, Rachel, and Rebecca Ford. Centre for Energy Policy Who's Got the Power? Ensuring Energy Justice in the Transition to Net Zero. University of Strathclyde, Accessed 25.05.2023 (ongoing project).
- Broto, Vanesa Castan, Idalina Baptista, Joshua Kirshner, Shuan Smith, and Susan Neves Alves. 2018. Energy Justice, and Sustainability Transitions in Mozambique. *Applied Energy* 228: 645–655.
- Burns, Wil. 2016. How Should We Compensate Poor Countries for Loss and Damage from Climate Change? The Conversation, <https://theconversation.com/how-should-we-compensate-poor-countries-for-loss-and-damage-from-climate-change-55612>, last accessed 03.10.22.
- Chimni, Bhupinder. 2006. Third World Approaches to International Law: A Manifesto. *International Community Law Review* 8(1): 2–27.
- Ciplet, David. 2021. From Energy Privilege to Energy Justice: A Framework for Embedded Sustainable Development. *Energy Research & Social Science* 25:1.
- Crossley, Penelope. 2019. *Renewable Energy Law: An International Assessment*. Cambridge: Cambridge University Press., 103.
- Dane, Rowlands, and Graham Bird. 2004. Financing Balance of Payments Adjustment: Options in the Light of the Elusive Catalytic Effect of IMF – Supported Programmes. *Comparative Economic Studies* 46(3): 468.
- Darby, Philip. 2004. Pursuing the Political: A Post-colonial Rethinking of Relations International. *Millennium Journal of International Studies* 33(1): 1–34.
- Darren, McCauley, and Raphael Heffron. 2018. Just transition: Integrating climate, energy and environmental justice. *Energy Policy* 119.
- Edenhofer, Ottmar, Ramon Pico-Madruga, Ramon Sokona Youba, Kristin Seyboth, Patrick Matschoss, Susanne Kadner, Timm Zwickel, Patrick Eickemeier, Gerrit Hansen, Steffen Schloemer, Christoph Von Stechow (eds.). 2014. *Climate Change 2014: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Cambridge and New York: Cambridge University Press.
- Ejims, Okechukwu. 2013. The impact of Nigerian international petroleum contracts on environmental and human rights of indigenous communities *African Journal of International and Comparative Law* 21(3): 345–377.
- Emmanuel N., and Keyamo E. 2021. Analysis of Pollution Haven Hypothesis in Nigeria *International Journal of Humanities and Social Science Invention (IJHSSI)* 10(7): 16–23.
- Etty, Thijs, Veerle Heyvaert, Cinnamon Carlarne, Bruce Huber, Jacqueline Peel, Josephine Van Zeben. 2021. Energy Transition in a Transnational World. *Transnational Environmental Law* 10(2), 197–204.
- Eweje, Gabriel. 2006. Environmental Costs and Responsibilities Resulting from Oil Exploitation in Developing Countries: The Case of the Niger Delta of Nigeria. *J. of Bus. Ethics* 69(44).
- European Environment Agency. Perspectives on transitions to sustainability. EEA Report No 25/2017, available at: <https://www.eea.europa.eu/publications/perspectives-on-transitions-to-sustainability/file>, last accessed 08.05.2023.
- Federal Republic of Nigeria. 2003. National Energy Policy 8 & 9, available at: <http://rea.gov.ng/2017/09>, last accessed 06.09.2022.

- Federal Ministry of Environment. 2022. Department of Climate Change, NDC – Nigeria’s Commitment to Reduce GhG Emission, available at <https://climatechange.gov.ng/national-determined-contributions/> About Nigeria NDC, <https://www.ndc.climatechange.gov.ng/about>, last accessed 24.08.2022.
- Frynas, George. 2000. *Oil in Nigeria: Conflict and Litigation between Oil Companies and Village Communities*. LIT Verlag Muster.
- Gathii, James Thuro. 2011. TWAIL: A Brief History of Its Origins, Its Decentralised Network, and a Tentative Bibliography. *Trade L. & Dev.* 3(26): 27–64.
- Ghosh, Bipashyee. 2018. Transformation Beyond Experimentation: Sustainability Transitions in Megacities. DPhil thesis. University of Sussex, 33.
- Green, Marcus. 2002. Gramsci Cannot Speak: Presentations and Interpretations of Gramsci’s Concept of the Subaltern. *Rethinking Marxism* 14(3): 1–24.
- Grubler, Arnulf, Charlie Wilson, and Gregory Nemet. 2016. Apples, Oranges, and Consistent Comparisons of Temporal Dynamics of Transitions. *Energy Research and Social Science* 22: 18–25.
- Grübler, Arnulf. 1998. *Technology and Global Change*. Cambridge: Cambridge University Press.
- G20. 2022. Sustainable Finance Working Group, ‘G20 Sustainable Finance Report’, available at: <https://g20sfwg.org/wp-content/uploads/2022/10/2022-G20-Sustainable-Finance-Report-2.pdf>, last accessed 23.06.2023.
- Heffron, Raphael, and Ryan Bausch. 2020. Process & Industrial Developments Limited v The Federal Republic of Nigeria. *Global Energy Law and Sustainability* 1(1): 101–103.
- Hill, Antonio. 2022. Equity and Good Governance are Essential for the Energy Transition Natural Resource Governance Institute Blogpost, available at: <https://resourcegovernance.org/blog/equity-and-good-governance-are-essential-for-the-energy-transition>, last accessed 09.08.2022.
- Human Rights Watch. 1999. The Price of Oil Corporate Responsibility and Human Rights Violations in Nigeria’s Oil Producing Communities. New York: HRW, 8.
- International Energy Agency. 2022. Renewable Power’s Growth is Being Turbocharged as Countries Seek to Strengthen Energy Security. IEA Press Release, available at: <https://www.iea.org/news/renewable-power-s-growth-is-being-turbocharged-as-countries-seek-to-strengthen-energy-security>, last accessed 10.03.2023.
- International Labour Organisation. 2022. Renewable Energy and Jobs: Renewable Energy Jobs Hit 12.7 Million Globally. ILO Press Release, available at: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_856515/lang-en/index.htm, last accessed 12.03.2023.
- IPCC, Climate Change. 2022. Key Vulnerability, Key Risks and Reasons for Concerns. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, H.-O. Portner, D.C. Roberts, M. Tignor, E.S. Poloczanska, K. Mintenbeck, A. Alegria, M. Craig, S. Langsdorf, S. Loschke, V. Moller, A. Okem, B. Rama (eds.). Cambridge and New York: Cambridge University Press, 1066–1079, available at: <https://www.ipcc.ch/report/ar5/wg2/>, last accessed 06.02.2023.
- IRENA. 2022. World Energy Transitions Outlook, 49, available at: file:///C:/Users/user/Downloads/IRENA_World_Energy_Transitions_Outlook_2022.pdf, last accessed 19.07.2022.

- Jenkins, Kirsten, Benjamin Sovacool, and Darren McCauley. 2018. Humanizing Sociotechnical Transitions through Energy Justice: An Ethical Framework for Global Transformative Change. *Energy Policy* (117): 66–74.
- Jolink, Albert, and Eva Niesten. 2021. Financing the Energy Transition: The Role of Public Funding, Collaboration and Private Equity. In: Alessandro Rubino, Alessandro Sapio and Massimo La Scala (eds.). *Handbook of Energy Economics and Policy*. Elsevier.
- Komendantova, Nadejda, Leena Marashdeh, Ahmed Al-Salaymeh, S. Al-twassi, Rasha Al-beek, and Kholoud Hassouneh. 2022. On the crossroad – Renewable Energy Sources or Shale oil? Understanding patterns of social attitudes in Jordan. *OPEC Energy Reviews* 46(1): 3–31.
- Nagashybayev, Gulnar. 2021. Trends in Globalisation-Globalisation: A Resource Guide. Library of Congress, available at: <https://guides.loc.gov/globalization>, last accessed 10.03.2023.
- Mabey, Nick, and Richard McNally. 1998. Foreign Direct Investment and the Environment: From Pollution Havens to Sustainable Development. A WWF-UK Report, p. 3.
- McGregor, Duncan. 2021. A Critical Discussion on the Strengths and Weaknesses of the Paris Agreement 2015 on Climate Change, available at <https://www.linkedin.com/pulse/critical-discussion-strengths-weaknesses-paris-2015-climate-mcgregor>, last accessed 20.06.2023.
- Miller, David. 2001. *Principles of Social Justice*. Harvard University Press, p. 50.
- Mutua, Makau, and Anthony Anghie. 2000. Proceedings of the Annual Meeting. *American Society of International Law* 94: 31–40.
- Nalule, Victoria. 2021. How to Respond to Energy Transitions in Africa: Introducing the Energy Progression Dialogue. In Nalule V. (ed.). *Energy Transition and the Future of the African Energy Sector: Law, Policy and Governance*. Palgrave Macmillan.
- Natarajan, Usha. 2017. Third World Approaches to International Law (TWAIL) and the Environment. In: Philippopoulos-Mihalopoulos A., and Brooks V. (ed.). *Research Methods in Environmental Law*. Elgaronline.
- Nationally Determined Contributions (NDCs) Global Output Report, The State of Climate Ambition 2021, available at https://climatepromise.undp.org/sites/default/files/research_report_document/State%20of%20Climate%20Ambition.pdf.
- Norwine, Jim., and Alfonso Gonzalez. 1988. *The Third World: States of Mind & Being*. Boston: Urwin Hyman, p. 2.
- OECD. 2002. Foreign Direct Investment for Development: Maximising Benefits, Minimizing Costs P 3, available at <https://www.oecd.org/invest>, last accessed 06.09.2022.
- Ogbonna & Ekweozor. In: Emmanuel N., and E. Keyamo. 2021. Analysis of Pollution Haven Hypothesis in Nigeria. *International Journal of Humanities and Social Science Invention (IJHSSI)* 10(7): 16–23.
- Ogunbiyi, D. 2021. Ending energy poverty saves lives and the planet. Interview with UNSG of Sustainable Energy for all, available at: <https://www.un.org/en/climatechange/damilola-ogunbiyi-ending-energy-poverty>, last accessed 21.02.2022.
- Oil for Nothing. 2000. Multi-National Corporations, Environmental Destruction, Death and Impunity in the Niger Delta, Essential Action and Global Exchange, available at https://www.essentialaction.org/shell/Final_Report.pdf, last accessed 20.04.2023.

- Okafor, O.C. 2008. Critical Third World Approaches to International Law (TWAAIL): Theory, Methodology, or Both? *International Community Law Review* 10(10): 37–378, 373.
- Okafor, O.C. 2006. Poverty, Agency and Resistance in the Future of International Law: An African Perspective. *Third World Quarterly* 27(5): 799–814.
- Olawuyi, D. 2016. *The Human Rights-Based Approach To Carbon Finance*. Cambridge University Press 14(63): 75–77, 141.
- Osei Opoku E., and A. Alex Acheampong. 2023. Energy justice and economic growth: Does democracy matter? *Journal of Policy Modeling* 45(1): 160–86.
- Oseni, M. 2012. Households' Access to Electricity and Energy Consumption Pattern in Nigeria. *Renewable and Sustainable Energy Reviews* 16(1): 990–995, 993.
- Pauw, Pieter, Kennedy Mbeva and Harro van Asselt. 2019. Subtle differentiation of Countries Responsibilities under the Paris Agreement. *Palgrave Commun* 5: 86.
- Pill, M. 2021. Glasgow COP26: Climate Finance Pledges from Rich Nations are Inadequate, and Time is Running Out. The Conversation, available at <https://theconversation.com/glasgow-cop26-climate-finance-pledges-from-rich-nations-are-inadequate-and-time-is-running-out-169686>, last accessed 03.10.2022.
- Pinker, A. 2020. Just transitions: A Comparative Perspective. The James Hutton Institute & SEFARI (A Report), p. 2, available at <https://www.gov.scot/binaries/content/documents/govscot/publications/independent-report/2020/08/transitions-comparative-perspective2/documents/transitions-comparative-perspective/transitions-comparative-perspective/govscot:document/transitions-comparative-perspective.pdf>, last accessed 03.10.2022.
- Pooja, P. 2008. TWAAIL: An Epistemological Inquiry. *International Community Law Review* 10(4): 363–370.
- Redgwell, C., and L. Rajamani. 2020. And Justice for All? Energy Justice in International Law. In: Inigo del Guayo and Others (eds.). *Energy Justice and Energy Law*. Oxford, online edn., Oxford Academic), 48–63.
- RES4Africa. 2022. 10 Years of Promoting the Sustainable Energy Transition in Africa Enelgreenpower.com, available at <https://www.enelgreenpower.com/stories/articles/2022/05/sustainable-energy-transition-africa>, last accessed 11.08.2022.
- Sands, P. *et al.* 2018. *Principles of International Environmental Law* (3rd edn, CUP), 896.
- Sarpong, Hammond Antwi, and Debora Ley. 2021. Renewable Energy Project Implementation in Africa: Ensuring sustainability through community acceptability. *Scientific African Volume* eo0679 (11): 1–10.
- Selznick, P. 2003. Law in Context Revisited. *Journal of Law and Society* 30(2): 177–186.
- Sesan T., U. Uduka, I. Faleye, and D. Yusuf. 2022. Who benefits from mini grids in rural African Communities? Evidence from Southwest Nigeria (Nigeria; September, 19 2022), available at <https://www.sigma-grcf.net/blog/who-benefits-from-mini-grids-in-rural-african-communities-evidence-from-southwest-nigeria>, last accessed 02.02.2023.
- Sovacool, B. 2014. What are We Doing Here? Analysing Fifteen Years of Energy Scholarship and Proposing A Social Science Research Agenda. *Energy Research & Social Science* (1): 1–29.
- Svarstad, H., and Tor Benjaminsen. 2020. Reading radical environmental justice through a political ecology lens. *Geoforum* (108): 1–11 at 2.

- Thomas, Melanee, Brooks DeCillia, John B. Santos, and Lori Thorlakson. 2022. Great expectations: Public opinion about energy transition. *Energy Policy* 162.
- Tucho, G.T. 2020. The Impacts of Policy on Energy Justice in Developing Countries. In: Bombaerts G., Jenkins K., Sanusi Y., Guoyu W. (eds.). *Energy Justice Across Borders*. Springer, Cham, available at <https://doi.org/10.1007/978-3-030-24021-9-7> (e-book).
- UN Press Release on its Seventy-seven Meeting. 2022. Developed Countries Must Deliver on Climate Change, Finance Commitments, Delegates Stress, as Second Committee Continues Its General Debate, available at: <https://press.un.org/en/2022/gaef3566.doc.htm>, last accessed 20.11.2022.
- United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC). 2021. Nationally Determined Contribution (NDC) to the Paris Agreement: Nigeria FCCC/PA/CMA/2021/8/Rev.1.
- UNFCCC. 2016. The Paris Agreement, available at: <https://unfccc.int/the-paris-agreement>, last accessed 25/08/22, Article 4, paragraph 2 Paris Agreement.
- UNFCCC. Key Aspects of the Paris Agreement, at <https://unfccc.int/key-aspects-of-the-paris-agreement>.
- UNFCCC. 2021. Nationally Determined Contributions under the Paris Agreement Synthesis Report by the secretariat. UNFCCC/PA/CMA/2021/8 Sec 65.
- UK's Path to Net Zero set out in landmark Strategy, October 2021, available at: <https://www.gov.uk/government/news/uks-path-to-net-zero-set-out-in-landmark-strategy>, last accessed 06.09.2022.
- UNFCCC. 2019. Unprecedented Impacts of Climate Change Disproportionately Burdening Developing Countries, Delegate Stresses, as Second Committee Concludes General Debate GA/EF/3516, available at <https://press.un.org/en/2019/gaef3516.doc.htm>, last accessed 25.08.2022.
- Uwakonye, M., G. Osho, and H. Anucha. 2006. The Impact of Oil and Gas Production on the Nigerian Economy: A Rural Sector Econometric Model' *International Business & Economics Research Journal* 5(2): 61–76.
- Valentini L. 2009. Justice and Assistance: Three Approaches and a Fourth One, CSSJ Working Paper Series: SJ009 P4, available at: https://www.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/inline-files/SJ009_Valentini_Justice%26Assistance.pdf, last accessed 02.10.22.
- Verbruggen, A., and V. Volkmar Lauber. 2012. Assessing the Performance of Renewable Electricity Support Instruments. *Energy Policy* (45): 635–644.
- World Bank. 2023. Breaking Down Barriers to Clean Energy Transition. Available at [Breaking Down Barriers to Clean Energy Transition](https://www.worldbank.org/en/energy/clean-energy-transition) (worldbank.org), last accessed on 19.06.2023.
- World Africa. 2020. Nigeria: Protests Erupt against Power, fuel Price Hike Electricity Tariff Set to Increase After Petrol Prices in Oil-Rich Country Have Risen for 3 Straight Months, available at <https://www.aa.com.tr/en/africa/nigeria-protests-erupt-against-power-fuel-price-hike/1963122>, last accessed 13.02.23.

Volume 21, Issue 2
December 2023

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

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-11-20
accepted 2023-12-22



Algorithmic contracts in the light of selected acts of model contract law

Umowy algorytmiczne w świetle wybranych aktów modelowego prawa umów

KATARZYNA BICZYSKO-PUDEŁKO

University of Opole

ORCID: 0000-0002-4724-1851, kbiczysko@uni.opole.pl

Citation: Biczysko-Pudełko, Katarzyna. 2023. Algorithmic contracts in the light of selected acts of model contract law. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 21(2): 43–58. DOI: 10.25167/osap.5369.

Abstract: Algorithmic contracts are another category of digitally enriched contracts that are increasingly common in commercial practice. Their essence boils down to the determination by an algorithm of the content of the parties' obligation, whereby the algorithm may act as a 'negotiator' or fill in gaps in the content of pre-established contractual terms. The specificity of these contracts has legally significant consequences and raises a number of questions, e.g. whether an algorithm can create the content of a contract and whether it will be legally binding, whether it will be possible to claim a declaration of intent error when the system fails or the algorithm misanalyses data, what if the content of a statement 'made by an algorithm' did not match the intention of the person using the algorithm? The purpose of this article will be to answer the above questions by taking into account selected model acts and – as a side note, as it were – to assess the relevance of these acts for the practice of trading and contract law more broadly.

Keywords: algorithmic contracts, model law, declaration of intent

Abstract: Umowy algorytmiczne stanowią kolejną kategorię umów wzbogaconych cyfrowo, które coraz częściej zawierane są w praktyce obrotu. Ich istota sprowadza się do określania przez algorytm treści zobowiązania stron, przy czym algorytm ten działać może jako „negocjator”, bądź uzupełniać luki w treści wcześniej ustalonych warunków umownych.

Specyfika tych umów ma swoje prawnie doniosłe konsekwencje i rodzi konieczność poszukiwania odpowiedzi na wiele pytań, tj. m.in. czy algorytm może stworzyć treść umowy i czy będzie ona prawnie wiążąca, czy będzie można powołać się na błąd oświadczenia woli, gdy system zawiedzie lub algorytm źle przeanalizuje dane, co w sytuacji, gdy treść oświadczenia „złożonego przez algorytm” nie odpowiadała zamiarowi osoby posługującej się algorytmem? Celem artykułu będzie udzielenie odpowiedzi na powyższe pytania przy uwzględnieniu wybranych aktów prawa modelowego i – niejako pobocznie – ocena znaczenia tychże aktów dla praktyki obrotu i szerzej prawa umów.

Słowa kluczowe: umowy algorytmiczne, prawo modelowe, oświadczenie woli

1. Introduction

Technological advancement, which the multitudes of people around the world have witnessed and often benefited from, brings noticeable changes in many domains. For civil lawyers, the observation of transformations which, in connection with technological changes take place in the practice of contracting and – more extensively – in the field of contract law, seems to be particularly interesting. For years, an entirely new category of contracts has been taking shape; the so-called digitally enriched contracts, i.e. contracts in which digital technology plays an active role in one or more phases of the “contract life cycle”, be it drafting, performance or enforcement (Rizzi, Skead 2020: 6), which constitute an increasing percentage of all contracts concluded both in Poland and worldwide. Thus, in the literature on the subject, discussions on electronic contracts, the so-called *computable contracts* or, especially in recent years, *smart contracts* have already been conducted in parallel with the stages of technological development. A wider discussion of so-called algorithmic contracts now appears to be necessary. And, although the concept of algorithmic contracts may be unfamiliar to many at the moment, this situation will certainly change soon – also amongst the legal profession. Indeed, careful observation of contracting practices leads to the conclusion that their practical relevance is growing year on year, and not only in consumer transactions, but also in respect to contracts entered into by investment funds, pension funds or insurance companies. This, in turn, as in the case of the previously indicated digitally enriched contracts, makes it necessary to reflect on the adequacy of the law to the reality created by these contracts and to pay attention to their practical implications, challenges, etc.

Hence, the purpose of this article will be – apart from merely introducing the essence and significance of algorithmic contracts – to try to answer the question of whether the currently existing regulations are adequate for the re-

ality created by algorithmic contracts and, in particular, whether they provide answers to the most nagging questions implied by the specificity of algorithmic contracts. For various reasons, however, which will be discussed in more detail later in the paper, the analysis in question will be carried out in the light of selected provisions of model law, and not normative acts.

2. Algorithmic contracts – concept and typology, challenges

Algorithmic contracts are contracts in which the algorithm determines the obligations of the parties – this is how Lauren Henry Scholz accurately defined the essence of these contracts in 2017 in one of the first works devoted to this issue (Scholz 2017: 128). According to the definition proposed by Yasmine Benaich, the concept of algorithmic contracts should be understood as agreements whose terms have been specified in whole or in part in the code allowing for the automation of the algorithm, which may act as not so much a tool but as an agent of the parties, depending on the importance, complexity and predictability of the decisions submitted to it (Benaich 2012: 38).

Currently, under EU legislation, there is no legal definition of algorithmic contracts. Nevertheless, it should be noted that, through the provisions of Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU (OJEU L 173/349), the concept of algorithmic trading is in circulation. Art. 4 sec. 1 item 39 of the same Directive defines algorithmic trading as trading in financial instruments in which a computer algorithm automatically determines individual parameters of orders, such as the conditions for initiating an order, the timing of execution, the price or quantity of the instruments that are the subject of the order, or the post-trade management of the order, with limited or no human intervention and does not include any system used exclusively for the purpose of routing orders from one trading venue to another, or for the purpose of processing orders not involving the determination of any transaction parameters or the confirmation of orders or post-trade processing of concluded transactions. The wording of the aforementioned definition, as with the concept of algorithmic contract, also stresses the influence of a computer algorithm in determining the terms of orders (contracts), while limiting or even excluding human involvement.

No matter how one defines the concept of algorithmic contracts, however, it is first and foremost important to highlight the fact that these contracts can be classified according to different categories and that their individual types then differ significantly.

Firstly, it is possible to categorise the contracts in question according to the type of the so-called ‘box’ on the basis of which the algorithm operates. In the case of the so-called ‘black box’, the way the algorithm works can only be assessed *ex ante*, and sometimes even – as Lauren Henry Scholz points out – a human being has no way of understanding how the algorithm worked. In contrast, in the case of algorithmic contracts based on the ‘clear box’, it is possible to logically learn about the mechanisms of the algorithm (Scholz 2017: 135).

Secondly, the categorisation of the contracts under consideration can be made on the basis of the criterion of the ‘role’ of the algorithm, i.e. either as a ‘negotiator’ or as a gap filler.

And thus, if, at the pre-contractual stage, the party on whose behalf the algorithm is to act specifies the contractual terms that can be offered or accepted, the role of the algorithm is reduced solely to that of a ‘negotiator’ of those terms with the other party. The algorithm chooses which terms to offer or accept, or with which entity to enter into a contract (Scholz, 2017: 128-129).

Within this category of algorithmic contracts, the related literature has distinguished a subcategory of it, the so-called “nudging algorithmic contracts”, where the purpose of the algorithm is to specify the terms of the contract in such a way as to encourage potential counterparties to enter into them (Rizzi, Skead 2020: 6).

As an illustration, in relation to those contracts where the algorithm will act as a ‘negotiator’, an example of the so-called *high frequency trading* (HFT) can be provided. These contracts, which are widely applicable in financial markets, are concluded in practice by an algorithm that has the ability to quickly respond to changes in the financial market and allows for the syntax and possible execution of orders at frequencies specified in milliseconds (Lenczewski Martins 2017: 207).

As far as the so-called gap-filling algorithms are concerned, their aim will be to fill a gap in a standardised set of conditions. Such a classic example of contracts based on a gap-filling algorithm are those concluded for the purchase of airline tickets, where the price of the ticket offered will be determined by an algorithm based on data such as flight time, destination, number of flights, etc. (Scholz 2017: 134).

Based on the above-mentioned definitions of algorithmic contracts, their categories and practical examples of application, it is possible to distinguish certain elements, the occurrence of which is a condition *sine qua non* for a specific contract to be assessed in terms of algorithmic contracts, i.e.: these are contracts based on pre-constructed decision-making models, where human intervention and participation is actually reduced to the notion of a decision

as to the role of the algorithm, i.e. as a ‘negotiator’, ‘agent’ of the parties or as a tool for determining and fulfilling those provisions in the contract which have not been previously agreed upon by the parties and which are characterised by automatism. Such specificity of algorithmic contracts has its own legally far-reaching consequences and raises many questions. It should be noted that in the classical approach to contract law, a contract is essentially an expression of the will of at least two parties aiming to produce the legal effects specified in its content. Meanwhile, in the case of algorithmic contracts, declarations of intent are made without the direct participation of a human being, who not only may not know the final content of the specific contractual terms, but also has no knowledge when the algorithm acting on his behalf made such a declaration. Furthermore, the use of algorithms may also lead to a situation in which the algorithm takes actions that are not and indeed could not have been foreseen by the algorithm’s creator, be that because the algorithm acted on the basis of erroneous input data or on the basis of a combination of such data that the algorithm’s creator was not able to foresee. These challenges, though, are no longer merely hypothetical. For instance, one of the books sold on Amazon was erroneously valued by the algorithm at USD 24 million, which did not correspond to its real market value (D. Demetis, 2019), or the dispute before the Singapore court in the case of *Quoine v. B2C2 Ltd*, which concerned a series of cryptocurrency transactions on the currency exchange platform (*Quoine*), which were carried out at 250 times the market rate (in favour of *B2C2*), due to an error in the *Quoine* trading algorithm. These transactions were then unilaterally amended by *Quoine*, who argued, inter alia, that this was necessary because the contract contained provisions resulting from the malfunctioning of the systems and were therefore invalid. As a consequence, *B2C2* initiated proceedings against *Quoine*, claiming that *Quoine*’s decision constituted both a breach of contractual terms between the parties and a breach of trust (Olivier 2021: 46).

In the light of the above, a number of questions arise almost intuitively as to the adequacy of the current legal rules to the reality created by these contracts, i.e., for example, those concerning the effectiveness of legally binding declarations of intent by the algorithm or the possibility to invoke an error of declaration of intent in the event of a disruption in the operation of the algorithm. These doubts seem to be relevant not only in the context of the national legal order, but also in the context of the legal orders of individual states or, more broadly, European Union law. Even though it is not possible to discuss the legal systems of individual European countries in detail in this paper, if only due to editorial limitations, it seems justified to refer to the above mentioned issues in

the context of selected model acts of law, and there are at least several reasons to do so, which will be discussed in more detail later in this article.

3. Model acts – brief overview

In the sphere of European law, especially at the end of the twentieth and the beginning of the twenty-first century, a discussion emerged about the necessity of creating a comprehensive, uniform and internally coherent regulation systematised at the same time on the model of a code, which would constitute a common framework in the area of private law, i.e. the so-called model codification. This idea was transformed into documents such as the Principles of European Contract Law (PECL), the Draft Common Frame of Reference (DCFR) and, on a global scale, the UNIDROIT (Principles of International Commercial Contract).

The PECLs are the product of the work of the Commission on European Contract Law, and their application concerns primarily Community contractual relationships and therefore only those entities that can be said to have a Community affiliation. In practice, PECLs will most often be applied between participants in professional commerce who are established in the territory of the European Union, although their application cannot be excluded in cases where only one of the parties has Community affiliation, as well as in situations of consumer commerce (Juranek 2020: 32-49).

As part of PECL, the so-called general issues related to, among others, the principle of freedom of contracts, customs, practice, general and detailed rules of interpretation, but also, among others, issues of power of attorney, validity of contracts, legal protection measures (Rajski 2002: 219).

In 2003, the European Commission presented an action plan in which it proposed to take further steps towards a common European contract law that would take into account not only the *acquis communautaire*, but also the principles that are common to national contract laws and are set out in PECL. This task was entrusted to a group of legal academics who undertook to create not only the principles of contract law, but also the entire law of contract and some aspects of property law. As a result, the *Draft Common Frame of Reference* was created (Kötz 2017: 10), which consists of three parts: *principles*, *definitions* and *model rules* (Wilejczyk 2008: 51).

However, as far as *the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* are concerned, these were first issued in 1994 by the International Institute for the Unification of Private Law based in Rome.

The scope of application of the UNIDROIT Principles is set out in the preamble. In its light, the Unidroit Principles may be applied, *inter alia*, when the

parties have agreed that their contract will be governed by general principles of law or *lex mercatoria* (Pacocha 2012: 149, 152).

Some of the projects discussed above were, according to their creators, also supposed to have a normative role (Machnikowski, 2019: 175). Ultimately, which needs to be emphasised, they are not, in principle, legally binding, hence the attribute of the so-called '*soft law*' is given to them. Despite this, as mentioned earlier, the reasons justifying the need to refer to selected acts of model law in the context of algorithmic contracts and institutions of declaration of intent are not lacking.

4. Relevance of model law acts for algorithmic contracts

In assessing the relevance of model law acts for algorithmic contracts, and thus also referring more broadly to the overall assessment of model law itself, it should first of all be noted that the development of model law acts was preceded by comparative research oriented around identical source material, i.e. acts of national and international law. The result of the above was, inter alia, the conclusion that the contemporary legislation of national legislations can exist 'on its own' to an increasingly smaller extent, i.e. in isolation from analogous regulations found both in supranational law and in the legislations of foreign states. As rightly pointed out by Alexander Martin Juranek, it is not, however, about the postulate of uncritical duplication of institutions existing in different legal systems for the needs of each case under consideration, or the 'sameness' of solutions adopted in a given scope, but about creating a kind of 'adaptation instrument' for the body applying the law (Juranek 2020: 32-49).

Secondly, as indicated in the literature on the subject, the acts of model law create an opportunity to refer to those legal solutions that have been subjected to a specific 'test' in the legal systems of states by the creators of these acts of model law, and which have subsequently been incorporated into these acts. As indicated, the model law solutions will be characterised by their scientific provenance and academic nature, and by the linking of their content to many indigenous legal institutions (Juranek 2020: 49).

Thirdly, as the authors of PECL pointed out, model law acts can also be a source of inspiration for legislators from different countries, as well as create a kind of 'bridge' between two strongly different domestic legal systems, i.e. civil law and *common law* (Machnikowski, 2019: 176).

Finally, it is argued, taking at least the example of PECL, that model acts allow the creation of a set of neutral (or, more precisely, not bound to any state) rules to which a contractual relationship between entities from different states can be subjected (Machnikowski, 2019: 176).

In view of the above purely theoretical and legal considerations, the question then arises as to whether, in fact, the acts of model law with regard to the specifics of algorithmic contracts and the institution of a declaration of intent make it possible to provide answers to the most frequently resounding questions in the context of algorithmic contracts, i.e. *in concreto*, whether an algorithm can create the content of a contract and whether it will be legally binding, whether it will be possible to invoke an error of declaration of will when the system fails or the algorithm analyses data incorrectly, what about the situation when the content of a statement 'made by an algorithm' does not correspond to the intention of the person using the algorithm? And further, do model acts fulfil in practice the functions assigned to them earlier and correspond to the challenges created in the field of contract law by algorithmic contracts? In this paper, the above questions will be answered mainly based on the principles of PECL as well as DFRC.

As for the first of the above-mentioned questions, i.e. the ability of an algorithm to create the legally binding content of a contract, it should be indicated, following Wojciech Kocot, that none of the major legal systems introduces a limitation or prohibition on making declarations of intent (concluding contracts) with the use of automated IT systems (Kocot 2004: 88). The above can certainly be applied also in relation to the algorithmic contracts being the subject of this paper, where the algorithm will be just such an automatic IT system. In fact, this type of assessment is directly in line with the universally accepted principle of freedom of contract in many legal orders, an element of which is also the private autonomy of subjects also with regard to the choice of the form of the binding of the parties to a legal contract with the actual use of a digital system, thus also in a situation where the content of the contract is constructed in a digital language and with the use of an algorithm (Kowacz, Wielgus 2021: 55). For this reason, it should not come as a surprise that also in light of the provisions of the model law, this type of claim has merit. Indeed, according to Art. 1:102 PECL, the parties are free to shape the content of their contracts within the limits of good faith, fair dealing and the absolute provisions contained in the PECL. The freedom to shape the content of the contract also means, for example, the freedom to determine the place of performance (Art. 7:101 (1) PECL), the date of performance (Art. 7:101 (1) PECL), or the currency of payment (Art. 7:108 PECL).

Also in UNIDROIT, specifically in Art. 1.1 item 1, the principle of freedom of contract is adopted as universally applicable, stating that the parties are free to conclude contracts and determine their content. The principle of freedom of contract is somewhat more broadly regulated in the DCFR than in the case of the two acts previously indicated, where Art. II.-1:102 item1 provides that the

parties are free to enter into a contract or other legal act and to determine its content, subject to the principles of good faith and fair dealing and any other applicable law.

Following the issue of the freedom of contract principle, it is still worthwhile – with regard to algorithmic contracts – to dwell on the issue of general prerequisites for the conclusion of a contract. After all, as indicated in the earlier parts of the paper, one of the possible ways in which an algorithm can operate is by filling in gaps, including those concerning e.g. price. Nevertheless, according to the rules of the PELC, the question arises whether such a manner of contract conclusion, i.e. when one of its provisions is filled in by the algorithm, will meet the prerequisites of a validly concluded contract. Indeed, according to the wording of Article 2.101 PECL, a contract is deemed to have been concluded as soon as the parties have expressed their intention to create a legal relationship binding upon them and have agreed on its sufficient content, without any other conditions being required. In this context, the notion of “sufficient specification of the contractual provisions” therefore appears to be problematic.

Well, with reference to the previously cited principle of freedom of contract, it must be pointed out that even in a situation where it is the algorithm and not, as literalised in Art. 2.101 PECL, the party to the contract that agrees on sufficient content, such a contract will be validly concluded. Incidentally, it may be added to the view expressed in the literature on the subject that even in the situation where the parties do not regulate such issues as, for example, the price in the contract, such a contract will be deemed to have been concluded, because in such a situation the dispositive regulations contained in Chapter 6 of the PECL may apply. This is because what is legally more relevant is the fact that an agreement has been reached as to the type of contract (e.g. sale) and some of its essential provisions relating to the subject of the contract, its quantity (Kukuryk 2009: 125).

Continuing the search for answers to the questions posed earlier, it seems necessary to look further into the issue of defects in a declaration of intent in the case of algorithmic contracts. Unlike in the situation of the possibility to conclude a legally binding contract by means of an algorithm in the light of the freedom of contract principle, this aspect seems to require deeper reflection, being a more demanding ‘test’ for the adequacy of solutions adopted in the model law. The above, in turn, stems from an extremely important circumstance, namely the fact that contemporary legal systems explain the essence of a legally significant defect in a declaration of intent in different ways, also with regard to the issue of an error (Gajek 2020: 267). Before the above differences are briefly presented, however, it should be emphasised that declarations of

intent made by means of electronic communication do not constitute any new type of declarations of intent in the legal sense, and their dissimilarity results only from the technical aspect, leading to the conclusion that all provisions on defects in declarations of intent should be applied to them (Gajek 2020: 267).

Thus, German law provides that the effects of a declaration of intent that has been incorrectly communicated (*unrichtig übermittelt*) by a person or instrument used for that purpose (*Einrichtung*) may be evaded under the same conditions as provided for in § 119 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch/Civil Law Book), which regulates the question of the undermining of a declaration of intent made under the influence of an error. Evasion of an ‘unwanted’ declaration of intent made by automated means thus occurs, in principle, on the basis of the provisions on the distortion of a declaration by a messenger (Gajek 2020: 267).

Meanwhile, in the light of the provisions of Polish law, it seems justified to cite the position of Wojciech Kocot, who stated that “whoever uses automated communication systems in his business activity must take into account the risk of an undesired result of using such means of expression and take full responsibility for it towards his counterparty. It must be assumed that this risk is permanently inscribed in the nature of the legal relationship established by means of automated communication and that cases of successfully invoking a defect in a declaration of intent in such circumstances should belong to the completely exceptional” (Kocot 2004: 134).

The above discrepancies should – at least in theory – be mitigated by model laws. Yet, is this also the situation seen in practice?

Well, first of all, it should be noted that, under PECL, the issues related to an error of declaration of intent have been regulated in such a way as to take into account the actual intention of the parties to the fullest extent possible, allowing not only the cancellation of the contract, but also its performance in accordance with the erring party’s understanding of it. As assessed in the literature, the PECL’s regulation of misrepresentation attempted to balance the interests of both parties to the contract, while taking into account all factors relevant to the assessment of the situation of the entity entering into it under the influence of misconceptions – the relevance of the error, the state of knowledge of the counterparty, its impact on the formation of the error and the honesty of its conduct, the diligence of the erring party itself and the contractual distribution of risk (Machnikowski 2022). Pursuant to Art. 4:103 PECL, a party may avoid the effects of a contract on account of an error of fact or law existing at the time the contract was concluded if: (a)(i) the error was caused by information given by the other party; or (ii) the other party knew or ought to have known of the error and it was contrary to good faith and fair dealing to leave the party in error; or (iii) the other party made the same error, and (b) the other

party knew or ought to have known that the party who was mistaken, had he or she known the truth, would not have entered into the contract or would have entered into it only on substantially different terms. However, a party may not avoid the contract if: (a) in given circumstances its mistake was inexcusable, or (b) the risk of the error was assumed by it or, in given circumstances, should have been borne.

The provisions of PECL have been taken over into the DCFR with minor modifications, although it should be pointed out that in the case of the DCFR, the question of the legal significance of the error is rather complex, especially as regards the grounds for invoking the defect. Thus, the DCFR (Art. II. – 7:201) provides for the following conditions, the cumulative occurrence of which makes it possible to rely on an error (whether it concerned a fact or a right):

(1) if the party had not acted erroneously, it would not have entered into the contract, or would have entered into it only on substantially different terms, and the other party knew or could reasonably have been expected to know this, and

2) other party:

(a) caused the misrepresentation (actively by communicating – even if in good faith – the misrepresentation and not merely by its failure to lead the counterparty into error) or

(b) caused the contract to be concluded under conditions of error by knowing or having reasonably been expected to know of the counterparty's error and, contrary to the requirements of good faith and fair dealing, failing to deceive the counterparty, or

(c) caused the contract to be concluded under conditions of error by failing to perform a pre-contractual duty of information or a duty to provide a means of rectifying mistakes in the data input, or

(d) was affected by the same mistake.

At the same time, the DCFR provides for two negative prerequisites precluding the cancellation of a contract due to an error. The first is that the error was, in the circumstances, inexcusable, i.e. a party fell into it as a result of its own negligence and without at least a comparable fault on the part of the other party (which could also consist of a failure to lead the counterparty out of the error, if this would have been easy). The second negative premise, on the other hand, boils down to the fact that a party cannot rely on a mistake if it has assumed the risk associated with ignorance of certain facts (it is aware of its ignorance and nevertheless determined to enter into the contract) or, under the circumstances, should have borne that risk (Machnikowski 2022).

The consequence of a mistake, according to the DCFR, is the possibility to cancel the contract, which is effected by declaration to the other party

(Art. II.–7:209 DCFR), as well as liability for damages, provided for in Art. II.–7:214 DCFR.

Evaluating the above regulations in the context of the peculiarities of algorithmic contracts and the challenges they also bring to the practice of legal transactions, one may venture to claim their relative adequacy. In a certain sense, it can even be said that they express a certain optimal legal state in the analysed issue, as the scope of their regulation includes the necessity to take into account the interests of both parties to the contract, as well as the necessity to take into account a number of relevant factual circumstances, the situation of the entity entering into it under the influence of misconceptions. Thus, by translating the above-mentioned content of the acts of model law into the aforementioned case of *Quoine vs. B2C2 Ltd*, it would be possible to make a rational assessment of this case and refer to the DCFR regulations regarding the error and the conclusion of the dispute in question. Moreover, in the face of these model rules, the final outcome would be predictable, which in turn increases the level of certainty for the participants in the trade. If the above is juxtaposed with the fact that the provisions of the model laws in question are intended to be universal, i.e. they can be applied without geographical restrictions and are not tied to a specific country, then at least theoretically the evaluation of the model laws in this respect should be *in plus*.

The following question then remains to be considered, in line with the questions presented earlier: what if the content of a statement ‘made by an algorithm’ did not correspond to the intention of the person using the algorithm?

In German doctrine, the so-called concept of declaration of intent based on the principle of liability for induced trust has been formed, according to which declarations of intent made in the context of electronic communication will concern those behaviours which the addressee could assume to be a manifestation of the sender’s will – the programme user (Gajek 2020: 37).

Polish doctrine, on the other hand, accentuates that when assessing the problem of a possible discrepancy between the content of statements generated in an automated manner and the actual will of the user, the protection of the subject acting in trust of the declarant’s behaviour and the legitimate expectations induced as a result should come first (Gajek 2020: 37).

Anglo-Saxon doctrine, on the other hand, to some extent analogous to the views presented in the United States, has developed a concept, according to which protection should be granted to such an interpretation of a programmed machine’s actions as would be shared by reasonable addressees. This concept was developed on the basis of the 1971 English court decision in *Thornton v. Shoe Lane Parking*, where the court held that a parking machine expressed the will of its owner, and the good faith of customers should be protected (Gajek 2020: 37).

In the context of the above, the question then arises as to whether, in fact, acts of model law can, with respect to the institution of a declaration of intent, set a certain common line of interpretation that can be adequately used in the practice of algorithmic contracts?

Primarily, it is necessary to emphasise a fact, perhaps seemingly hardly surprising, however indispensable in the context of the applicability of model law, namely that within the framework of PECL their creators undertook to regulate the issue of the interpretation of declarations of intent made by the parties to each other, providing in this respect for general rules as well as special rules, the latter playing an auxiliary role in relation to the general rules (Dąbek 2009: 38).

Thus, according to Art. 5.101 sec. 1 PECL, a contract is to be interpreted in accordance with the common intention of the parties, even if that intention differs from the literal wording of the words used by the parties. However, according to sec. 2 of Art. 5.101 PECL, if it is established that one of the parties intended to give the contract a particular meaning and the other party could not have known this at the time of the conclusion of the contract, the contract should be interpreted in accordance with this meaning.

Importantly, this rule will apply when the interpretation of the contract cannot be established by relying on the subjective intention of the parties, and thus on the basis of the first interpretative rule. As Paweł Dąbek comments on the provision in question, the basis for interpreting the parties' statements of intent is to read the intentions of the parties entering into the contract. Not until this method turns out to be inapplicable should one resort to the objective method, and thus specifically consider the meaning of the expressions and phrases contained in the contract that the addressee could objectively attribute to the content of the declaration of intent made. Accordingly, if it is established that one party intended to give a certain meaning to its declaration of intent and the other party could not have been unaware of the meaning the addressee gave to its declaration of intent, the contract must be interpreted consistently with the declaration of intent made. In addition, it should be emphasised that in the phase of objective interpretation of the parties to the contract are confronted, since on the one hand we are dealing with the person making the declaration of intent (the sender), and on the other hand with the recipient of the declaration of intent, i.e. the addressee. As far as the interpretation of the declaration of intent is concerned, the addressee's viewpoint is decisive; however, the addressee should strive to reproduce the mental content of the declaration of intent of its sender. At the same time, the sender, when formulating the declaration of intent, should do so in such a manner that it will be understood by the addressee. Thus, in order for the second interpretative rule

to be applied, it is necessary to demonstrate that the interpreting party could not have been unaware of the intention of the person making the declaration of intent. As Paweł Dąbek points out, this interpretation may lead to a situation where the contract is interpreted contrary to the intention of the person making the declaration of intent – i.e. when the addressee demonstrates that he or she was unaware of the intention of the person making the declaration of intent. In determining the possibility that the recipient of the declaration was unaware, the recipient's failure to exercise due care is taken into account. Where the addressee of a declaration of intent could and should have known the meaning to be ascribed to the sender's declaration of intent, then the interpretation of the declaration of intent ascribed to it by the maker of the declaration is adopted (Dąbek 2009: 38, 39).

Lastly, the wording of PECL provides for a so-called 'common sense' clause, which is based on the premise that if it is not possible to ascertain the intention of the parties by applying the interpretative rules discussed above to the provisions, it should then be interpreted in accordance with the meaning that reasonable persons of the same type would give to it in the same circumstances. The adoption of the above concept is a reference to the notion of a reasonable person derived from the *common law* system tradition. In such a case, for example, life experience, practical experience in the relevant field, or knowledge of the language used will be taken into account. The question of how such a person would behave in the contracting party's position must then be answered.

When evaluating the form of the above regulations in the context of the features of algorithmic contracts, one can again approve of their adequacy. Particularly the exhaustive regulation of the issues in question with the application of corrective rules, such as the 'common sense' clause, which facilitates the rationalisation of the assessment and its greater adaptation to the facts of the case, should be regarded as an advantage.

5. Conclusions

The conclusions drawn from these considerations have already been expressed by the author at various points in the proposed analysis. Apparently, then, at the stage of summarising, these conclusions should be reiterated and systematised. For in principle and in theory, the individual regulations of the model acts in the scope of the discussed institutions of law have a fairly high level of adequacy and actually correspond to the objectives that these acts should fulfil. In closing, however, the author cannot fail to refer to what, in her opinion, is an entirely correct assessment presented by prof. Machnikowski, namely that

only “in theory there is no difference between theory and practice, while in practice there is” (Machnikowski 2019: 179). With some disappointment, again following prof. Machnikowski, it has to be asserted that model acts are virtually never chosen by the parties as the law governing their legal relationship, nor are they used by the courts and, apart from the marginal use of these acts as arguments in favour of a particular interpretation of the law, they are also not used by the arbitral tribunals when gaps in the law are detected (Machnikowski 2019: 179). Nor are there any prognoses to substantiate the claim that the approach to model laws would change in the near future. Therefore, at this point, the question about the sense of their creation and, treating the matter a bit more personally, about the sense of conducting scientific analyses in this respect, such as the work in question, seems to be completely appropriate. In the author’s opinion, apart from the fairly obvious possibility of engaging in a scientific discourse in this area, the analysis in question proves another – in the assumption of a completely unplanned thesis, which at the same time is a metaphor for a rather truistic statement used repeatedly in the doctrine of new technology law – namely that selected acts of model law (of course, with regard to the subject matter of the present paper) keep up with the development of new technologies, and thus can constitute a certain benchmark for possible changes in the law.

List of abbreviations

DCFR – Draft Common Frame of Reference
PECL – Principles of European Contract Law

References

Legal acts

Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU (OJEU L 173/349).

Secondary sources

- Benaich, Yasmine. 2021. *‘Hello World!’: Towards a New Era of Algorithmic Contracting? Implications for Laws and Regulations*. LLM thesis. University of Warwick.
- Dąbek, Paweł. 2009. Wykładnia oświadczeń woli według prawa polskiego na tle projektów ustanowienia jednolitych zasad prawa cywilnego Unii Europejskiej, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie* 802: 37-47.

- Gajek, Krzysztof. 2020. *Oświadczenie woli w komunikacji elektronicznej*. Warszawa: C.H. Beck.
- Juranek, Alexander Martin. 2020. Międzynarodowa harmonizacja prawa prywatnego na przykładzie wybranych aktów modelowego prawa umów w zakresie regulacji kary umownej, *Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu*, 1(65): 30-53.
- Kocot, Wojciech. 2004. *Wpływ internetu na prawo umów*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis.
- Kowacz, Krzysztof and Kamil Wielgus. 2021, *Smart kontrakty w prawie umów*. Kraków: Wydawnictwo Księgarnia Akademicka.
- Kötz, Frank. 2017. *European Contract Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Kukuryk, Paweł. Treść umowy według Zasad europejskiego prawa kontraktów oraz Regul międzynarodowych kontraktów handlowych UNIDROIT, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie* 802: 121-135.
- Machnikowski, Piotr. 2019. Opcjonalne prawo umów – zalety i ograniczenia. In: *Wybrane zagadnienia polskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci Doktora Józefa Kremisa i Doktora Jerzego Strzebinczyka*, (eds.) Julina Jezioro, Krzysztof Zagrobelny, 175. Wrocław: E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa.
- Machnikowski, Piotr. 2022. Komentarz do art. 84. In: *Zobowiązania. Przepisy ogólne i powiązane przepisy Księgi I KC*. Tom I: Komentarz. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, wydanie elektroniczne Legalis. Dostęp: 5.01.2024.
- Olivier, Matthew. 2021. Contracting by Artificial Intelligence: open offers, unilateral mistakes, and why algorithms are not agents. *Australian National University Journal of Law and Technology* 46.
- Pacocha, Monika. 2012. Zastosowanie zasad międzynarodowych kontraktów handlowych UNIDROIT jako ogólnych zasad prawa oraz lex mercatoria. Wybór orzecznictwa. *Zeszyt Studencki Kół Naukowych Wydziału Prawa i Administracji UAM* 2: 149-158.
- Rajski, Jerzy. 2002. Kierunki rozwoju europejskiego prawa kontraktów. *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 1: 211-220.
- Lenczewski Martins, Jorge Carlos. 2017. Zastosowanie drapieżnych strategii w handlu o wysokiej częstotliwości. *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska* 51(4), Sectio H: 2017-215.
- Rizzi, Marco and Natalie Skead. 2020. Algorithmic Contracts and the Equitable Doctrine of Undue Influence: Adapting Old Rules to a New Legal Landscape. *Journal of Equity* 14(3): 1-19.
- Scholz, Henry Lauren. 2017. Algorithmics Contract. *Stanford Technology Law Review* 20(2): 128-170.
- Wilejczyk, Magdalena. 2018. Zasady Draft Common Frame of Reference na tle zasad polskiego prawa prywatnego. *Państwo i Prawo* 1: 51-65.

Internet sources

- Demetis, Dionysios. The dark lesson of a \$24 million Amazon book. Acces 17.08.2022. www.fastcompany.com/90318152/the-dark-lesson-of-a-24-million-amazon-book.

Volume 21, Issue 2
December 2023

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

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-06-08
accepted 2023-09-18



Visual surveillance of a person: the legality issue

Nadzór wzrokowy osoby: kwestia legalności

SERHII CHERNYAVSKY

National Academy of Internal Affairs

<https://orcid.org/0000-0002-2711-3828>, 0677443745s@gmail.com

MYKHAILO HRIBOV

National Academy of Internal Affairs

<https://orcid.org/0000-0003-2437-5598>, griboff007@gmail.com

VOLODYMYR YUSUPOV

National Academy of Internal Affairs

<https://orcid.org/0000-0001-5216-4144>, yusupov1vv@gmail.com

Citation: Chernyavsky, Serhii, Mykhailo Hribov, Volodymyr Yusupov. 2023. Visual surveillance of a person: the legality issue. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 21(2): 59–76. DOI: 10.25167/osap.5243.

Abstract: The relevance of the study stems from the legal ambiguity surrounding specific aspects of visual surveillance utilised by law enforcement agencies, journalists, private detectives, and other individuals with a need for it. The purpose of the study is to identify indicators that can differentiate between legal and illegal covert visual surveillance of individuals in public spaces, to establish the circumstances under which such surveillance should be deemed a criminal offence, define the specific aspects of documenting this offence, and explore methods of proving the guilt of those responsible. Historical-legal, formal-legal, logical-normative, logical-semantic, sociological and statistical research methods are applied in the study. The criteria for the legality of covert visual surveillance of a person in publicly accessible places are: its conduct by authorised subjects (investigators or employees of operational units), implementation only within the framework of criminal proceedings (or proceedings in an intelligence gathering case), the existence of a decision of the investigating judge on permission to conduct visual surveillance of a specific person, strict compliance

with the requirements of the Criminal Procedure Law regarding the procedure for conducting visual surveillance and restrictions established by the decision of the investigating judge. It is found that representatives of civilian professions can conduct visual surveillance in publicly accessible places only in an open way. Covert visual surveillance of a person to collect information about them constitutes a criminal offence consisting in violation of privacy. To bring illegal observers to criminal responsibility, factual data indicating the purpose of visual surveillance (collecting confidential information about a person), motives, time, place, means of committing the crime, and other circumstances are collected during the pre-trial investigation. The practical value of the paper is the possibility of using the obtained data to prevent illegal actions of private detectives, journalists, and other entities who secretly collect information about a person through visual surveillance, and to ensure effective investigation of such activities.

Keywords: confidential information, covert recording, journalistic investigation, private detective, compliance with the rule of law

Abstrakt: Znaczenie badania wynika z niejasności prawnej dotyczącej konkretnych aspektów nadzoru wizualnego wykorzystywanego przez organy ścigania, dziennikarzy, prywatnych detektywów i inne osoby, które tego potrzebują. Celem badania jest identyfikacja wskaźników pozwalających na rozróżnienie legalnej i nielegalnej ukrytej inwigilacji wizualnej osób w przestrzeni publicznej, ustalenie okoliczności, w których taka inwigilacja powinna zostać uznana za przestępstwo, zdefiniowanie konkretnych aspektów dokumentowania tego przestępstwa oraz zbadanie metody udowodnienia winy osób odpowiedzialnych. W opracowaniu stosowane są metody badań historyczno-prawnych, formalno-prawnych, logiczno-normatywnych, logiczno-semantycznych, socjologicznych i statystycznych. Kryteriami legalności tajnego monitoringu wzrokowego osoby w miejscach publicznie dostępnych są: jego prowadzenie przez uprawnione podmioty (śledczych lub pracowników jednostek operacyjnych), realizacja wyłącznie w ramach postępowania karnego (lub postępowania w sprawie gromadzenia danych wywiadowczych), istnienie postanowienia sędziego śledczego o wyrażeniu zgody na prowadzenie obserwacji wizualnej konkretnej osoby, ściśle przestrzeganie wymogów Kodeksu postępowania karnego dotyczących trybu prowadzenia obserwacji wzrokowej oraz ograniczeń ustanowionych decyzją sędziego śledczego. Ustala się, że przedstawiciele zawodów cywilnych mogą prowadzić kontrolę wzrokową w miejscach publicznie dostępnych jedynie w sposób jawny. Ukryty monitoring wzrokowy osoby w celu zebrania informacji na jej temat stanowi przestępstwo polegające na naruszeniu prywatności. Aby pociągnąć nielegalnych obserwatorów do odpowiedzialności karnej, w trakcie dochodzenia przygotowawczego zbierane są dane faktyczne wskazujące cel nadzoru wzrokowego (zebranie poufnych informacji o osobie), motyw, czas, miejsce, sposób popełnienia przestępstwa i inne okoliczności. Praktyczną wartością artykułu jest możliwość wykorzystania uzyskanych danych do zapobiegania nielegalnym działaniom prywatnych detektywów, dziennikarzy i innych podmiotów, które w tajemnicy zbierają informacje o osobie poprzez monitoring wizyjny, i zapewnienia skutecznego prowadzenia dochodzeń w sprawie takich działań.

Słowa kluczowe: poufna informacja, tajne nagranie, śledztwo dziennikarskie, prywatny detektyw, przestrzeganie praworządności.

1. Introduction

Visual surveillance of a person in publicly accessible places is an effective method of obtaining and recording various (including confidential) information about such a person. Therefore, it is actively used not only by law enforcement officers, but also by representatives of other professions. Thus, numerous television programmes and publications on the Internet resources indicate that visual surveillance is practised by journalists (as part of conducting investigative journalism). Naturally, visual surveillance is a common practice for detective agencies, debt collection companies and security firms. Sometimes lawyers and their assistants use visual surveillance to obtain evidence (or information that allows them to obtain evidence) in favour of their clients. In some places, individuals themselves resort to visual observation to establish the social circle of their children, identify facts of marital infidelity, expose secrets of their relatives, organise ‘random’ acquaintance with a certain person, and so on.

The legality of these activities is often justified by a socially useful goal (or the absence of harm), and the right of everyone to freely collect, store, use and disseminate information orally, in writing or in any other way of their choice (Part 2 of Article 34 of the Constitution of Ukraine).

Nevertheless, Part 2 of Article 32 of the Constitution of Ukraine provides that it is not allowed to collect, store, use and distribute confidential information about a person without their consent, except in cases defined by law, and only in the interests of national security, economic welfare, and human rights. Such cases, in particular, are provided for by the law of Ukraine “On intelligence gathering activities” and the Criminal Procedure Code of Ukraine (CPC).

The qualification of actions performed by subjects of public and private law to conduct covert visual surveillance of individuals in publicly accessible areas, and the legal basis for collecting information through this method by professionals from different fields and ordinary individuals, pose certain concerns.

The aim of this paper is to determine criteria for the legality of covert visual surveillance of a person in publicly accessible places, the circumstances under which it should be considered an offence, methods for detecting and documenting such an offence, algorithms for actions to bring observers to legal responsibility and prove their guilt.

2. Literature review

Today, studies on the issue of conducting surveillance of a specific person, a certain circle or a wide range of people are conducted in various areas.

Thus, many papers have recently been devoted to the covert acquisition of information using various means of observation (in the broad sense). Firstly, this is surveillance using computer technologies that allow law enforcement and intelligence agencies to remotely penetrate remote electronic information systems, determine their location, take information from them and gain access to their cameras and microphones (Abdelhameed, 2019: 85-97). Research on these issues is conducted at various levels, covering the validity and expediency of restricting the rights of a suspect accused in criminal proceedings (Rojszczak, 2020: 1-29), tools for monitoring such restrictions (Galagan et al., 2021: 1-18), the justification of total monitoring of communication data in telecommunications networks from the standpoint of ensuring a balance between the need for interference in human rights and the interest of the state and society in ensuring law and order (Murray and Fussey, 2019: 31-60), the legality of using software that allows law enforcement agencies to monitor a considerable number of objects not only in their own country but also abroad (Warren, Mann and Molnar, 2020: 357-369; Pegasus Project, 2022: 85).

As for purely visual surveillance, there is currently no shortage of scientific attention paid to the legality of open use of video cameras for targeted surveillance of specific places. In particular, this refers to the establishment by employers of technical means of visual control of employees (Kravchenko, 2020: 114-125; Goral and Tyc, 2020: 255-261). Actively studied issues are the use of surveillance camera networks by the police in publicly accessible locations (Widen, 2008: 1688-1697), information from which is processed with artificial intelligence (Montasari, 2023: 81-114) and used to investigate crimes (Jung and Wheeler, 2023: 143-164), identify persons involved in criminal offences and determine their location (Bragias, Hine and Fleet, 2021: 1637-1654), detect signs of carrying cold and hand-held firearms (Boukabous and Azizi, 2023: 1630-1638; Yadav, Gupta and Sharma, 2023: 118698; Abdallah et al., 2023: 65-78) and others.

Nevertheless, the issues of such a conventional method of police activity as physical (direct) covert surveillance of a person in modern conditions are understudied. This area is represented by individual studies of foreign researchers on legal regulation (Loftus, 2019: 2070-2091) and tactics (Dahl, 2022: 2020-2036) of this type of observation.

In Ukraine, the vast majority of studies devoted to visual surveillance, which is secretly conducted by law enforcement agencies to counteract crime, are classified as “secret” and subject to restricted access. This is due to the fact that these studies disclose the organisation and tactics of such surveillance, which, according to the current regulations, determines their classification as information constituting a state secret.

Until recently, the results of studies related exclusively to the history of the development of covert visual surveillance as a method of informational and cognitive activity of law enforcement agencies (Shendrik and Voytovych 2009: 57-60; Chisnikov, 2010: 322-323; Zhaldak, 2014: 327-334) or its legal regulation (Hribov, Yemets and Rusnak, 2020: 8-21; Prygunov et al., 2020: 47; Knyazev, Chernyavskiy and Hribov, 2021: 8-20) were openly published. In this regard, legal research is aimed at improving the legislative regulation of conducting covert visual surveillance by law enforcement agencies and determining criteria and methods for ensuring the admissibility of evidence obtained as a result of such surveillance.

Recently, the findings devoted to the professional conduct of covert visual surveillance by representatives of the criminal world for law enforcement officers, including the means of detecting and stopping such surveillance, have been published in open sources (Prygunov et al., 2020: 47; Prygunov, Tronko and Greenin, 2022: 326). An analysis of the content of these findings allows stating that they are a means of bringing closer a wide range of organisational, technical, tactical and psychological foundations of hidden visual surveillance in publicly accessible places. Through the disclosure and explanation of these foundations, the authors of the studies have formed a set of theoretical knowledge that in practice allows identifying hidden visual observation. Therewith, researchers do not submit a legal assessment of either the use of individual techniques and means of hidden visual observation, or the specified covert activity in general. Thus, currently, in Ukraine, any interested person has access to a professional method of organising and conducting covert visual surveillance, including using modern technologies.

3. Presentation of the main content

The conducted research allows discarding any doubts about the legality of visual surveillance of a person, secretly conducted in publicly accessible places by an investigator or employees of operational units within the framework of criminal proceedings on a grievous or extremely grievous crime (or proceedings in an intelligence gathering case on such a crime) based on a decision of the investigating judge. Meanwhile, it is also legitimate to use photographing, video recording, and special technical means for surveillance, as well as tracking those with whom the object of surveillance comes into contact before the possibility of their identification arises (if this is provided for by a court ruling).

All these actions are regulated by Article 269 of the CPC of Ukraine. An analysis of the application of the provisions of this regulation shows that in practice, sometimes there are certain violations of the procedure for conducting this

covert investigative (search) action and the corresponding intelligence-gathering event. Non-compliance may concern the requirements of the decision of the investigating judge regarding the time and range of objects of visual observation and the means used in this case. There are also cases of substitution of visual surveillance of a person (permitted by the investigating judge) by the conduct of other covert investigative (search) actions, in particular, audio and video monitoring of a person, which is interference in private communication.

Detection of such cases in judicial practice often leads to recognition of the received evidence as inadmissible, which forces the court to make a decision on the case based on other evidence. However, attempts by surveillance objects and their lawyers to hold observers accountable for interference in private life have not been successful. This practice can be considered quite acceptable due to the impossibility of completely avoiding procedural errors by operational units during the proceedings in an intelligence-gathering case and by investigators during a pre-trial investigation. Liability for such errors should arise only if they have serious consequences for the victim.

Procedural errors and minor violations of the CPC of Ukraine when conducting visual surveillance should be clearly distinguished from the purposeful deliberate use by law enforcement officers of their capabilities for groundless, illegal, contrary to one's interests surveillance, including in compliance with a clearly criminal order.

An exact example of the execution of such an order is contained in the decision of the Supreme Court of 2 July, 2021, in case No. 1-368/11, (criminal proceedings No. 11561565611561561) on charges of the former head of the operational service department of the MIA of Ukraine in a number of extremely grievous crimes. According to the information contained in the resolution, the latter organised illegal visual surveillance of a journalist of the online publication *Ukrayinska Pravda*, and later – his abduction and murder. The Supreme Court upheld the decisions of the courts of first and appellate instances to find the accused guilty and impose a final sentence of life imprisonment.

Counteraction to such clearly criminal acts of law enforcement officers is conducted by means of the prosecutor's supervision, and departmental, judicial and public control (Galagan et al., 2021: 1-18). Nevertheless, the violations of the Criminal Procedure Law that do not contain elements of a criminal offence or crime and do not entail a significant violation of human rights and freedoms should not be overlooked. For example, it concerns delays on the part of the prosecution in appealing to the investigating judge for permission to conduct surveillance on a person when it was initiated under Article 250 of the Criminal Procedure Code of Ukraine until the corresponding ruling is issued; untimely preparation and submission of protocols of visual surveillance to the prosecu-

tor, mistaken tracking of the wrong person due to incorrect identification, the use of video recordings and photography without proper authorisation, and the failure to disclose to the defence party, under Article 290 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, the protocols of visual surveillance on a person and the documents that served as the basis for its conduct, etc.

Each such case should find its own assessment and appropriate response from representatives of the prosecutor's office and heads of pre-trial investigation bodies and operational units. After all, when conducting covert visual surveillance of a person, investigators and operational officers must adhere to the principle established by Article 19 of the Constitution of Ukraine: "State authorities and local self-government bodies, their officials are obliged to act only on the basis, within the limits of their powers and in the manner provided for by the Constitution and laws of Ukraine."

Notably, a different principle applies to subjects of private law: "Everything that is not expressly prohibited by law is allowed" (Karnauch, 2020: 31-36). National legislation does not directly prohibit visual surveillance, including covert surveillance. This is absolutely justified. After all, visual observation is quite a natural activity for every person. It is one of the main means of learning about the surrounding world by a child. It is used by representatives of various branches of science in their research. Using visual observation, information is obtained that is necessary for understanding the processes and phenomena that take place in nature and society in the behaviour of individuals. This is often done to further manage these processes, phenomena, and behaviours of people.

Sometimes visual observation is covert so that those who are being watched do not know about it. In addition to the examples given above, parents often secretly observe how their child plays to understand the features of their imagination. Through a door eyepiece (or video camera), people often watch what is happening at the entrance. Through the window, many people secretly follow the events unfolding in the courtyard, on the street. Such activities cannot be considered illegal, they cannot be banned, because they are natural.

For the most part, hidden visual observation is used not out of ordinary curiosity, but for the purpose of planning further actions. It is reasonable to consider it precisely as a means of obtaining information about a person. A combined analysis of Part 2 of Article 32 and Part 2 of Article 34 of the Constitution of Ukraine gives grounds to assert that everyone has the right to collect any information, with the exception of confidential information about a person. Therefore, to achieve the purpose of the study (in terms of determining the possibilities of conducting surveillance by subjects of private law) it is necessary to conduct a comparative analysis of the information that can

be obtained by conducting hidden visual surveillance and the legal content of “confidential information about a person”. In other words, it is necessary to determine whether all (any) information that can be obtained through hidden visual surveillance is confidential information about a person, that is to apply the criteria for attributing certain information to confidential.

The analysis of intelligence-gathering, investigative, judicial, and detective practice shows that using hidden visual surveillance, it is possible to obtain and/or verify such information about a person as: type of activity, place of work and residence, places visited on permanent basis, daily routine, typical routes of movement, habits, time of stay in a particular place, meetings with specific persons, contacts (friendly, business, family and other ties), availability of real estate (garages, cottages, apartments, houses), availability of vehicles (cars, motorcycles, boats, yachts, etc.) and their storage locations, etc.

This information, admittedly, can be obtained in another way. In particular, by investigating the object’s pages in social networks, exploring open databases, secretly encrypted (undercover) questioning of them or their environment, as well as by establishing confidential cooperation with persons who are part of the object’s social circle. Each of these methods has its own advantages and disadvantages in comparison with visual observation. Yet if there is an urgent need to collect information about a particular person, all these methods are usually used in a comprehensive manner. Meanwhile, visual observation allows one to: continuously follow the person over a certain period of time, wait and see a certain planned event, making sure that it has occurred.

Based on the above, all information about an individual obtained through covert surveillance is confidential. Part 2 of Article 11 of the law of Ukraine “On information” clarifies the constitutional prohibition of collecting confidential information about a person by determining its content: “Confidential information about an individual includes, in particular, data on one’s nationality, education, marital status, religious beliefs, health status, address, date and place of birth” (the construction of the above regulation provides that this list is not exhaustive). In addition, Part 2 of Article 21 of this law provides: “Confidential is information about an individual, information access to which is restricted by an individual or legal entity, except for subjects of power, and information recognised as such on the basis of law.” Thus, part one of the above sentence establishes that any information about an individual is confidential.

Nevertheless, Part 1 of Article 11 of the law of Ukraine “On information” stipulates that personal data refers to information or a collection of information pertaining to an individual who is either identified or can be specifically identified. Therefore, in the case of covert visual surveillance of an unidentified person (observers do not know their passport data), the information collected

during surveillance is not confidential and is generally not information about the person. Therefore, such surveillance is legitimate, but only until the moment when the observers (or the organisers of the surveillance) become aware of information that will allow them to specifically identify the person (the state license plate of the car belonging to them, the place of registration of residence, the place of work and position, etc.).

Additionally, according to the second sentence of Part 2 of Article 21 of the Ukrainian law “On information”, confidential information can be shared upon the request or with the consent of the respective individual, following the procedure specified by them and subject to the conditions set by them, unless otherwise prescribed by law. In connection with the above, it can be stated that, if a person appoints and holds a meeting in a publicly accessible place (or visits a store, makes purchases there, moves by public transport, walks with friends in the park, etc.), they should be aware that this fact will be seen by other persons present in this place. Thus, such behaviour can be regarded as a conscious admission of the possibility of spreading information about the actions and behaviour of a person in a publicly accessible place. Such an assumption cannot be identified with desire, but it can be considered a prediction of the conditions for the dissemination of information.

One way or another, finding a person in a publicly accessible place makes it possible for other people who are there to observe them. Observers can openly look at the person from a distance of visual contact, or follow them unnoticed (without attracting attention). In both cases, observers cannot be accused of collecting confidential information about a person solely based on such behaviour. They can always provide their own justification for their whereabouts and actions, attributing them to coincidental circumstances or deriving aesthetic enjoyment from observing various objects in the vicinity, such as cars, architectural structures, plants, animals, and so on, rather than focusing on observing specific individuals. Moreover, observers are not required to explain anything to anyone, since there is a natural right of every person to look around while in a public place. Only if it is proved that the observers set themselves the goal of collecting information about an individual, their activities can be recognised as illegal.

One of the proofs of the illegal collection of information about a person through covert visual surveillance may be the use of photo and video recording tools for this person. If the observation is hidden, the visual information recorded during it will also be hidden. Based on the regulations of the legislation and numerous decisions of the Supreme Court, it can be noted that the covert recording of a specific person (their actions, behaviour, contacts, movements, places of visit, etc.) using technical means is possible only by subjects author-

ised to perform intelligence gathering activities and pre-trial investigation and exclusively based on the decision of the investigating judge and in accordance with the procedure provided for by law.

In other cases, these actions constitute the objective side of a criminal offence under Article 182 of the Criminal Code of Ukraine “Violation of privacy”. Part 1 of this Article establishes a penalty of up to three years of restriction of freedom for illegal collection, storage, use, and dissemination of confidential information about a person. If such actions are committed repeatedly, or if they have caused considerable damage to the rights, freedoms, and interests of a person protected by law, the penalty may reach five years in prison (Part 2 of Article 182).

The examination of judicial precedents regarding the application of this criminal law provision revealed that the prosecution, among other methods, establishes the culpability of individuals involved in the unlawful practice of covert visual surveillance by presenting photographic and video evidence obtained from the individuals under surveillance. The very presence of such materials in possession of the accused can be considered evidence not only of illegal storage, but also of collecting confidential information about a person through covert visual surveillance.

Thus, according to the verdict of the Kovel City District Court of the Volyn region of 3 February, 2022, in Case No. 159/4835/19 (criminal proceedings No. 42017030000000371), Vovk, guided by the motive of hostile relations with Melnyk, violating the right of citizens to privacy, contrary to the Constitution of Ukraine, the law of Ukraine “On information”, received and stored at his place of residence, video materials for 06.05.2017, which reflect the observation of the house with the adjacent territory where Melnyk and his family members live. The court of first instance found Vovk guilty of committing a criminal offence under Part 1 of Article 182 of the CC of Ukraine, namely intentional illegal collection and storage of confidential information about a person.

In addition, evidence of illegal collection of information about a person through visual surveillance can be handwritten records of observers about the movement of an object, their meeting, place of visit, the testimony of witnesses, victims, customers, organisers and perpetrators of a criminal offence. Such evidence is contained in the criminal proceedings registered in URPI as No. 42013170110000064, which were considered by the Primorsky District Court of Odesa on 11 December, 2018 (Case No. 522/1290/14-K). The materials of the case indicate that the Senior Operational Officer of Special Assignments of the Operational Service Department of the MDMIA of Ukraine in Odesa Oblast, Husak, for selfish motives, received a private assignment from a little-known person named Lysytsia to conduct unlawful visual surveillance on Zhuk. As

payment for completing this assignment, the Husak received 400 US dollars from Lysytsia. While running errands, the latter recorded Zhuk's contacts, his car, the places he visited, and took covert photos and videos of the object of surveillance.

Furthermore, together with another employee of the Operational Service Department of the MDMIA of Ukraine in Odesa Oblast, Husak G.G., based on a private assignment from an unidentified individual, conducted unlawful visual surveillance on Sokol for several days from 07:00 to 17:00. During this time, they documented the contacts and places visited by Sokol. Evidence of this, among other things, was the photographs and video recordings of the Sokol, and handwritten notes on his movements around the city. The case includes evidence of other instances of unlawful covert surveillance, which were accompanied by covert questioning and the use of an employee identification card from the company "Odesaobenergo" with a photograph of Husak (under a different person's name). According to orders and instructions marked "confidential", Husak was supposed to use the identification card exclusively for official duties.

Thus, the use of any additional (except for covert visual surveillance) methods and means of collecting information about a person, such as a covert survey of citizens using cover documents, is additional evidence of the commission of a criminal offence under Article 182 of the CC of Ukraine. This applies, in particular, to the sound recording of conversations of the object of observation. Thus, by the verdict of the Lutsk City District Court of the Volyn region in case No. 161/19355/19 (criminal proceedings No. 2201803000000157), the representative of the detective agency "Private detective Lutsk" Solovey was found guilty of committing criminal offences under Part 1 and Part 2 of Article 182 of the CC of Ukraine. The latter, out of self-serving motives (8,400 Hryvnias), received and fulfilled an order for visual surveillance and audio recording of Chyzhik's conversations. While conducting the aforementioned assignment, Solovey positioned himself near the entrance and inside the café "Videnska kava" located at 24 Kryvyi Val Street, Lutsk. He visually observed the meeting between Chyzhik Ch.Ch. and another person, and recorded their conversation using a black device resembling a USB flash drive, which had foreign language inscriptions such as "USB Disk Recorder", "REC", "STOP", and "MIC". According to the conclusion of the expert from the Volyn RDEFC of the MIA of Ukraine, document number 60 dated 15 October 2019, the device is an electronic storage device with a digital voice recorder function. By using this device, Solovey engaged in the unlawful collection and storage of confidential information about an individual. Thus, in this case, the violation of privacy turned out to be not only in covert visual surveillance of a person but also in interference in private

communication, which greatly simplified the task of proving the guilt of the accused to the prosecution.

Accordingly, despite the lack of legal grounds, there are hundreds of private detective agencies in Ukraine that openly advertise their services on the Internet. Among other things, they offer visual surveillance and counter-surveillance (surveillance of observers). In many countries of the world, private detective practice is common and legal. Its legal regulation is characterised by a clear rationing of the list of permitted methods and means. This practice is the subject of studies aimed at determining the effectiveness and improvement of this type of activity (Atkinson, 2023: 95-111; Button et al., 2023: 150-169).

In Ukraine, as in other countries of the world, there is an objective necessity to provide private individuals with detective services. Therefore, several draft laws on private detective activities were submitted to the Verkhovna Rada of Ukraine, based on the results of research by Ukrainian legal researchers (Anatolii et al., 2020: 421-435). Yet, currently, there are no legal grounds for private detective activity in Ukraine, and the subjects who conduct it are at risk of being exposed and brought to criminal responsibility. Thus, on 20 March 2023, by the verdict of the Holosiivskiy District Court of Kyiv (Case No. 752/16495/22; criminal proceedings No. 22022101110000493), Puhach was brought to criminal responsibility under Part 2 of Article 359, Part 1 of Article 361-2, Part 2 of Article 361-2 of the CC of Ukraine. The latter established a detective agency called “Kyevscoe Detektyvnoe Ahenstvo” in Kyiv. This agency specialises in providing unlawful services to an unspecified group of individuals, including unauthorised access and extraction of information from state and law enforcement databases, engaging in illegal operational and investigative activities (covert surveillance, installation of specialised technical surveillance equipment in premises, conducting audio monitoring, gaining unauthorised access to citizens’ messengers, etc.). Notably, that the agency’s website is still active on the Internet.

Dozens of similar entities in Ukraine openly note on their websites that due to the lack of regulation of detective activities, the agency is registered as a mass media outlet that conducts (journalistic) investigations within the legal framework (as an example, the agencies “Konrad” and “Pryvatnyi detektyv Mykolaiv”). The analysis shows that using mass media as a cover-up does not give detective agencies any advantages and additional opportunities compared to ordinary citizens in terms of conducting visual surveillance. Actually, the legislator does not give the representatives of the mass media themselves the authority to conduct covert visual surveillance. On the contrary, the analysis of the rights and obligations of journalists in accordance with the legislation (Article 25 of the law of Ukraine “On information”) shows that they can col-

lect information in an open way and do not have the right to use covert video recordings.

An analysis of the legislation of developed democratic countries and their judicial practice indicates a similar approach to the use of covert surveillance and hidden video recording in the work of a journalist. In this regard, it is rightly acknowledged by the academic community that this approach hinders journalistic investigations and thus undermines the proper functioning of a democratic system. It prevents the public from accessing information about unquestionably socially significant facts, such as political corruption or abuse of power (Alegria, 2019: 87-116).

The examination of information contained in the Unified State Register of court decisions of Ukraine did not reveal sentences (rulings or resolutions) that would contain information about the illegal conduct of covert visual surveillance by journalists. Nevertheless, it is not difficult to find materials of various journalistic investigations on the Internet resources that contain photos and videos of hidden surveillance of individuals. As already noted, such materials themselves are evidence of the commission of a criminal offence under Article 182 of the CC of Ukraine. If technical means of secretly obtaining information were used, this is the basis for bringing the perpetrators to criminal responsibility under Article 359 of the CC of Ukraine.

A different situation arises when observation of a person is conducted covertly (without the use of recording devices), and photography and video recording are done openly after the cessation of observation. As an example, a journalist conducted covert surveillance of a political figure to expose his connections with representatives of the criminal world, and after the politician met with a criminal authority, the media representative moved on to openly record the event. In this case, the fact of covert surveillance may go unnoticed and not recorded (that is why it was hidden). At the same time, the open activity of a journalist will be conducted in accordance with their rights provided for by law. Thus, to bring a journalist to legal responsibility for conducting covert visual surveillance, it will be necessary to prove this by refuting the versions about a random combination of circumstances, about the correspondent receiving information about the time and place of the meeting from confidential sources, etc.

The analysis of sentences (rulings and orders) in the Unified State Register of Court Decisions allows stating that no person who collected confidential information about a person through covert visual surveillance in publicly accessible places has been sentenced to a real penalty. The courts either released the accused (of violating the inviolability of private life) from criminal liability on the basis of articles 45-49 of the CC of Ukraine or applied exemption from

-serving a sentence with the appointment of a probationary period, in accordance with Part 1 of Article 75 of the CC of Ukraine.

Naturally, this does not apply to those cases when the collection of information about a person by conducting covert visual surveillance of a person was conducted for the purpose of further committing more grievous criminal offences. In such cases, the courts, for the most part, impose the real measure of punishment, but it applies only to those crimes for which they were prepared with the help of visual surveillance.

Thus, the decision of the Supreme Court of 26 March 2019 (case No. 431/3002/16-k; criminal proceedings No. 12014130480000193) stated the fact of purposeful organisation of visual surveillance of a person – a future victim of contract murder. In particular, this decision states that the convicted person, being an active member of an organised group, conducted visual surveillance of the object of criminal encroachment to determine the timing of their movement, possible places of stay, environment, features of communication in certain circles, etc. In the future, this allowed the convict to commit premeditated murder of the Starobilsk mayor by using firearms. The guilty person was convicted under Part 2 of Article 115, part 1 of Article 263 of the CC of Ukraine and the final penalty for the totality of crimes was imposed in the form of life imprisonment with confiscation of property. He was not charged with committing criminal offences, provided for by Article 182 of the CC of Ukraine at all.

The same approach applies to members of organised criminal groups who specialise in thefts and robberies and conduct visual surveillance of their victims and their surroundings (as an example of the Supreme Court's ruling in cases 686/14363/18 of 17 November 2022; 134/1776/18 of 1 July 2021; 656/28/17 of 2 November 2018, etc.). In these and similar cases, the prosecution tries to bring offenders to justice only for committing grievous and extremely grievous crimes, considering covert visual surveillance only as preparation for them. In general, this approach is considered justified, given the established judicial practice and substantial savings in procedural time.

4. Conclusions

Covert visual surveillance of a person in publicly accessible places, performed by unauthorised subjects, is an illegal activity and should entail criminal liability for violation of privacy, according to the provisions of Article 182 of the CC of Ukraine. Only the investigator and/or employees of the operational unit acting based on the decision of the investigating judge with permission to conduct visual surveillance of a specific person can be authorised subjects to

conduct such surveillance. Ordinary people, employees of detective agencies, journalists and representatives of other professions (except those mentioned above) can only conduct visual surveillance in publicly accessible places in an open way.

To bring a person to criminal responsibility for illegal covert surveillance, the prosecution needs to prove that it was conducted precisely for the purpose of secretly collecting confidential information about the person. Evidence of this can be: the testimony of accomplices of a criminal offence, victims, witnesses; seized information carriers with photographs and videos (with recording of victims), handwritten records of movements, meetings, and places of visit of surveillance objects, etc.

Engaging in covert visual surveillance of an individual with the intent to commit a crime or criminal offence against them does not constitute a separate criminal offence under Article 182 of the CC of Ukraine. Instead, it is considered as preparation for the aforementioned crime or criminal offence.

Prospects for further research are the issues of the legality of using evidence obtained by the parties involved through the use of open surveillance with the use of technical means for capturing visual data in criminal, civil, and administrative proceedings in Ukraine. A promising subject for studies is also the criteria for the legality of certain organisational measures and tactics used by law enforcement agencies for the purpose of conducting covert surveillance of a person in publicly accessible places.

Abbreviations

MDMIA	- Main Directorate of the Ministry of Internal Affairs
URPI	- Unified Register of Pre-trial Investigations
Criminal Code	- Criminal Code
CPC	- Code of Criminal Procedure
MIA	- Ministry of Internal Affairs
RDEFC	- Research and Development Expert Forensic Center

References

Legislation

- Act of 28 June 1996 on Constitution of Ukraine (Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine, 1996, No. 30, Art. 141 as amended).
- Act of 5 April 2001 on Criminal Code of Ukraine (Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine, 2001, No. 25-26, Art. 131 as amended).

Act of 13 April 2012 on Criminal Procedure Code of Ukraine (Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine, 2013, No. 9–10, No. 1–12, No. 13, Art. 88 as amended).

Act of 2 October 1992 about information (Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine, 1992, No. 48, Art. 650 as amended).

Act of 18 February 1992 on operational and investigative activity (Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine, 1992, No. 22, Art. 303 as amended).

Judicial Decisions

The Lutsk City and District Court of the Volyn Region, verdict of 17 December 2019 (No. 161/19355/19).

The Kovel city and district court of the Volyn region, verdict of 3 February 2022 (No. 159/4835/19).

The Primorsky District Court of Odesa, resolution of 11 December 2018 (No. 522/1290/14-k).

The Supreme Court, resolution of 17 November 2022 (No. 686/14363/18).

The Supreme Court, resolution of 26 March 2019 (No. 431/3002/16-k).

The Supreme Court, resolution of 1 July 2021 (No. 134/1776/18).

The Supreme Court, resolution of 2 November 2018 (No. 656/28/17).

The Supreme Court, judgement of 2 July 2021 (No. 1– 368/11).

Secondary sources

Abdallah, Raed, Salima Benbernou, Yéhia Taher, Muhammad Younas, and Rafiqul Haque. 2023. A smart video surveillance system for Helping law enforcement agencies in Detecting knife related crimes. *Communication Dans Un Congrès* 541: 65–78. DOI: 10.1007/978-3-031-16035-6_6.

Abdelhameed, Adam, and Kamal Hassan. 2019. Modern Means of Evidence Collection and their Effects on the Accused Privacy: The US Law. *Journal of Politics and Law* 12(1): 85–97. DOI: 10.5539/jpl.v12n1p 85.

Alegria, Antonio Magdaleno. 2019. The use of the hidden camera in the investigative journalism: a certainty and a conundrum. *Revista De Derecho Politico* 104: 87–116. DOI: 10.5944/rdp.104.2019.

Atul, Alexander, and Tushar Krishna. 2022. Pegasus Project: Re-Questioning the Legality of the Cyber-Surveillance Mechanism. *Laws* 11(6): 85. DOI: <https://doi.org/10.3390/laws11060085>.

Boukabous, Mohammed, and Mostafa Azizi. 2023. Image and video-based crime prediction using object detection and deep learning. *Bulletin of Electrical Engineering and Informatics* 12(3): 1630–1638. DOI: 10.11591/eei.v12i3.5157.

Bragias, Adelaide, Kelly Hine, and Robert Fleet. 2021. ‘Only in our best interest, right?’ Public perceptions of police use of facial recognition technology. *Police Practice and Research* 22(6): 1637–1654. DOI: 10.1080/15614263.2021.1942873.

- Button, Mark, Richard Kapend, and Peter Stiernstedt. 2023. Investigative private policing beyond the police: an exploratory study. *Policing and Society* 33(2): 150–169. DOI: 10.1080/10439463.2022.2071894.
- Colin, Atkinson. 2023. Deception: a critical discourse analysis of undercover policing and intelligence operations in Star Wars: The Clone Wars. *Journal of Policing, Intelligence and Counter Terrorism* 18(1): 95–111. DOI: 10.1080/18335330.2022.2030489.
- Chisnikov, Volodymyr. 2010. External observation (historical aspect). In: *International police encyclopedia*, ed. Rymarenko, Yury. Kyiv: Atika, 322–323.
- Dahl, Johanne. 2022. Chameleoning: A microsociological study of covert physical surveillance. *European Journal of Criminology* 19(2): 220–236. DOI: 10.1177/1477370819896204.
- Galagan, Volodymyr, Serhii Ablamskyi, Zhanna Udovenko, and Victoriia Ablamska. 2021. Judicial control as a guarantee of non-interference in private life during the pre-trial investigation: An observation under the European Court of Human Rights. *Dixi* 23(2): 1–18. DOI: 10.16925/2357-5891.2021.02.12.
- Goral, Zbigniew, and Anneta Tyc. 2020. Commentary to the judgment of the European Court of Human Rights of 17 October 2019 in the case of Lopez Ribalda and others vs. Spain, application numbers 1874/13 and 8567/13. *Przeгляд Sejmovy* 3: 255–262. DOI: 10.31268/PS.2020.43.
- Hribov, Mykhailo, Oleh Yemetsm, and Dmytro Rusnak. 2020. Visual surveillance of a person, thing or place as a means of countering human trafficking. *Scientific Bulletin of the National Academy of Internal Affairs* 3(116): 8–21. DOI: 10.33270/01201163.8.
- Jung, Yeondae, and Andrew Wheeler. 2023. The effect of public surveillance cameras on crime clearance rates. *Journal of Experimental Criminology* 19(1): 143–164. DOI: 10.1007/s11292-021-09477-8.
- Karnauch, Bogdan. 2020. Abuse of law and its legal consequences. *Entrepreneurship, Economy and Law* 9: 31–36. DOI: 10.32849/2663-5313/2020.9.06.
- Kniaziev, Serhii, Serhii Cherniavskyi, and Mykhailo Hribov. 2021. Legislative regulation of investigative activities: problems and ways to solve them. *Legal Journal of the National Academy of Internal Affairs* 20(2): 8–20. DOI: 10.33270/04202002.8.
- Kravchenko, Ihor. 2020. Problems of legal regulation of video surveillance and other measures of control over hired workers. *Philosophical and Methodological Problems of Law* 2(20): 114–125. DOI: 10.33270/02202002.114.
- Kyslyi, Anatolii, Mariia Pysmenna, Oleksandr Kolomoiets, Olena Volobuieva, and Vadym Bezusyi. 2020. Educational processes of training, retraining and advanced training of private detectives in Ukraine. *Cuestiones Políticas* 38(66): 421–435. DOI: 10.46398/cuestpol.38e.28.
- Loftus, Bethan. 2019. Normalizing covert surveillance: the subterranean world of policing. *The British Journal of Sociology* 70: 2070–2091. DOI: 10.1111/1468-4446.12651.
- Montasari, Reza. 2023. The Application of Big Data Predictive Analytics and Surveillance Technologies in the Field of Policing. *Countering Cyberterrorism: The Confluence of Artificial Intelligence, Cyber Forensics and Digital Policing in US and UK National Cybersecurity*. Heidelberg: Springer, 57–70. DOI: 10.1007/978-3-031-21920-7_5.
- Murray, Daragh, and Pete Fussey. 2019. Bulk Surveillance in the Digital Age: Rethinking the Human Rights Law Approach to Bulk Monitoring of Communications Data. *Israel Law Review* 52(1): 31–60. DOI: 10.1017/S0021223718000304.

- Pryhunov, Pavlo, Oleksandr Tronko, Serhii Sekunov, and Serhii Hrinin. 2020. *Visual detection by law enforcement officers in the process of professional activity of possible surveillance of them by criminal structures or individual criminal elements*. Kyiv: MNDTsPBOZ RNBO, 47.
- Pryhunov, Pavlo, Oleksandr Tronko, Serhii and Hrinin. 2022. *Visual detection of possible surveillance by law enforcement officers in the process of professional activity*. Kyiv: Alerta, 326.
- Rojszczak, Marcin. 2020. Surveillance, Legal Restraints and Dismantling Democracy: Lessons from Poland. *Democracy & Security* 17(1): 1–29. DOI: 10.1080/17419166.2020.1841367.
- Shendryk, Vladyslav, and Nataliia Voitovych. 2009. Historical and legal aspect of the development of visual observation. *Law and Security* 3: 57–60.
- Warren, Ian, Monique Mann, and Adam Molnar. 2020. Lawful Illegality: Authorizing Extraterritorial Police Surveillance. *Surveillance & Society* 18(3): 357–369. DOI: 10.24908/ss.v18i3.12795.
- Widen, William. 2008. Smart Cameras and the Right to Privacy. *Proceedings of the Ieee* 96(10): 1688–1697. DOI: 10.1109/JPROC.2008.928764.
- Yadav, Pavinder, Nidhi Gupta, and Pawan Sharma. 2023. A comprehensive study towards high-level approaches for weapon detection using classical machine learning and deep learning methods. *Expert Systems with Applications* 212: 118698. DOI: 10.1016/j.eswa.2022.118698.
- Zhaldak, Serhii. 2014. The evolution of surveillance of a person, thing or place as a means of collecting evidence in domestic criminal proceedings. *Bulletin of E.O. Didorenko Luhansk State University of Internal Affairs* 1: 327–334.

Volume 21, Issue 2
December 2023

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

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-07-31
accepted 2023-08-29



Jednostronna euroizacja polskiego prawa dewizowego Unilateral Euroisation of Polish Foreign Exchange Law

ANDRZEJ GORGOL

Uniwersytet Zielonogórski

ORCID: 0000-0002-4313-4426, agorgol@gmail.com

Citation: Gorgol, Andrzej. 2023. Jednostronna euroizacja polskiego prawa dewizowego. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 21(2): 77–101. DOI: 10.25167/osap.5181.

Abstract: The aim of the article is to determine the extent and degree of the unilateral euroisation of Polish foreign exchange law. The research problem is analysed from the point of view of the current or previously applicable law. The unilateral euroisation of Polish foreign exchange law is over 22 years old, remaining under the order of two successive foreign exchange laws of 1998 and 2002. This process has led to changes in both general and specific legal provisions. The author focused his agenda on demonstrating the accuracy of the idea that Polish foreign exchange law is evolving in such a way that the degree of its euroisation is increasing. This is demonstrated, inter alia, by leaving residents and non-residents the choice between the euro and the Polish currency to apply both or either of these legal tenders to make payments and other foreign exchange transactions.

Keywords: euroisation, exchange law, euro, ECU

Abstrakt: Artykuł ma na celu ustalenie zakresu i stopnia unilateralnej euroizacji polskiego prawa dewizowego. Problem badawczy jest analizowany z punktu widzenia aktualnego lub wcześniej stosowanego stanu prawnego. Jednostronna euroizacja polskiego prawa dewizowego trwa już ponad 22 lata i przebiega pod rządami dwóch kolejnych ustaw dewizowych z 1998 r. i 2002 r. Proces ten spowodował zmiany w przepisach dewizowych zarówno ogólnych, jak i szczegółowych. Autor ukierunkował swój wywód na wykazanie trafności tezy, że polskie prawo dewizowe ewoluje w ten sposób, że zwiększa się stopień jego euroizacji. Przejawia się to m.in. w pozostawieniu rezydentom i nierezydentom możliwości wyboru

między euro i walutą polską w celu zastosowania obu lub jednego z tych środków do dokonywania płatności i innych czynności obrotu dewizowego.

Słowa kluczowe: euroizacja, prawo dewizowe, euro, ECU

1. Uwagi wstępne

Euro jest jednostką monetarną UGW, która funkcjonuje w obrębie UE. Rdzeń Europy koncentruje się wokół państw mających wspólną walutę (Łączkowski 2017: 12). Już w preambule TFUE pojawia się odwołanie do tej waluty przez określenie jej mianem stabilnej i jedynej (zdanie 8 preambuły TFUE). Państwa członkowskie powinny dążyć w sposób zdecydowany, ale w granicach prawa traktatowego, do oparcia swojego systemu monetarnego na fundamencie, jakim jest euro. Wynika z tego konkluzja, że ta waluta odgrywa bardzo istotną rolę w funkcjonowaniu UE i tych państw, które są zainteresowane intensywniejszymi i szerzej stosowanymi formami integracji europejskiej. UGW była postrzegana od momentu powstania Wspólnot Europejskich jako bardzo istotny element procesu budowy Zjednoczonej Europy (Adamski 2020: 659). Warunkiem członkostwa w tej organizacji międzynarodowej nie jest rezygnacja z własnej waluty narodowej i zastąpienie jej przez euro. Jednak zalety unijnej waluty są tak duże, że już w momencie jej wprowadzenia, co nastąpiło 1 stycznia 1999 r., przyjęło ją aż 12 państw członkowskich (zob. art. 1a RE). Nawet w niektórych państwach trzecich, a więc spoza Unii Europejskiej, doszło do dobrowolnej i jednostronnej euroizacji ich systemów walutowych. Na przykład Kosowo i Czarnogóra jednostronnie wprowadziły Euro w 2002 r. i od tej pory jest ono ich faktyczną walutą (Winkler, Mazzaferro, Nerlich, Thimann 2004: 40–41).

Euroizacja walutowa jest procesem, który ma wymiar faktyczny i prawny, a jego stopień zaawansowania może być zróżnicowany (Czaja 2016: 37–39; Feige, Dean 2003: 358–383; Czaja, Dulcys 2012: 27–36). Nie zawsze przyjmuje on bowiem formę najpełniejszą, jaką jest substytucyjne zastąpienie przez Euro własnej waluty, która przestaje być prawnym środkiem płatniczym. Zazwyczaj unilateralna euroizacja polega na dopuszczeniu stosowania obcej waluty obok krajowych środków płatniczych (Levasseur 2004: 125). W demokratycznym państwie prawnym jest to uwarunkowane stworzeniem odpowiednich gwarancji prawnych, które eliminują typowy dla socjalistycznej gospodarki planowej monopol walutowy państwa, przyznają i chronią prawo własności wartości dewizowych, dopuszczają swobodę dokonywania obrotu dewizowego, tworząc zamknięte katalogi ustawowe ograniczeń i obowiązków dewizowych. Jednostronna

euroizacja w ujęciu normatywnym jest procesem sterowanym odgórnie przez państwo w następstwie dokonywania zmian legislacyjnych w treści obowiązującego prawa dewizowego. Racjonalny proces prawotwórczy wymaga ustalenia gospodarczych, społecznych i politycznych następstw stosowania euro. Konstytucyjny nakaz przyzwoitej legislacji wiąże więc ze sobą prawne i praktyczne aspekty euroizacji (zob. art. 2 KRP).

Niniejsze opracowanie ma na celu ustalenie zakresu i stopnia unilateralnej euroizacji polskiego prawa dewizowego. Wybór tego zagadnienia badawczego wydaje się umotywowany przede wszystkim tym, że w dotychczasowej bibliografii prawnodewizowej nie doczekało się ono jeszcze należytej mu uwagi. Niewątpliwie akcesja Polski do UGW spowoduje istotne zmiany prawa dewizowego. Jednak zagadnienie to wykracza poza zakres przedmiotowy prezentowanego opracowania. Problem jednostronnej euroizacji polskiego prawa dewizowego jest bowiem analizowany z punktu widzenia aktualnego lub wcześniej stosowanego stanu prawnego. Pominięcie projektów reform legislacyjnych w tej dziedzinie jest umotywowane chociażby tym, że jeszcze nie wyszły one ze wstępnej, częściowej, spekulatywnej i nienormatywnej formy jej opracowania. Równie istotne jest to, że doszło do organizacyjnego wstrzymania działań integracyjnych w następstwie zniesienia 27 stycznia 2016 r. Narodowego Komitetu Koordynacyjnego do Spraw Euro, Rady Koordynacyjnej oraz międzyinstytucjonalnych Zespołów Roboczych do Spraw Przygotowań do Wprowadzenia Euro przez Rzeczpospolitą Polską (zob. §1 RRM).

Jak już wspomniano, państwa członkowskie UE powinny dążyć do dalszej integracji gospodarczo-walutowej, której jednym z przejawów jest zastąpienie narodowej waluty międzynarodową jednostką monetarną, jaką jest euro. Racjonalne działania ukierunkowane na osiągnięcie tego rezultatu monetarnego nie mogą pomijać aktualnego stanu prawa dewizowego, systemowych uwarunkowań gospodarczych, społecznych i politycznych jego stosowania, a także możliwości doboru optymalnych terminów oraz środków zmian legislacyjnych. Euroizacja może być zmianą ewolucyjną lub rewolucyjną, a prawo traktatowe pozostawia państwom członkowskim swobodę wyboru między alternatywnymi wariantami jej przebiegu. Proces ewolucyjny odbywa się stopniowo i jest rozciągnięty w czasie. Niewątpliwie momentem jego zakończenia jest zastąpienie waluty narodowej przez euro w funkcji krajowego środka płatniczego. Natomiast za początek jego biegu należy uznać poddanie unijnej jednostce monetarnej regulacji w przepisach prawa krajowego. Jednostka ta ewoluowała z formy tylko rozrachunkowej, a więc typowej dla pieniądza bezgotówkowego, do postaci również banknotów i monet, czyli pieniądza gotówkowego. Wiąże się z tym wątpliwość, czy pojęcie euroizacji należy rozumieć w znaczeniu ścisłym, odnosząc je tylko do euro, czy w ujęciu szerszym, uwzględniając także ECU (szerzej na temat istoty i funkcji

ECU zob. Hahn, Siebelt 1999: 554, 561–567; Bordo, Schwartz 1989: 1–22; Riemer 1993: 184), która była jego poprzednikiem? W prawie polskim przyjęto rozwiązanie, że akronim „ECU” został zastąpiony przez wyraz „euro” (zob. art. 30 PD z 1998). Warto zauważyć, że zmiany te były skoordynowane czasowo z wejściem w życie RE. Świadczy to również o reaktywności polskiego prawa dewizowego na zmiany unijnego prawa walutowego. Z doktrynalnego punktu widzenia oba sposoby rozumienia euroizacji są dopuszczalne. W niniejszym opracowaniu określenie „euroizacja prawa dewizowego” jest stosowane w ujęciu wąskim. Oznacza to, że początek tego procesu rozpoczął się z chwilą wejścia w życie PD z 1998, co nastąpiło 1 grudnia 1999 r. (por. art. 32 i art. 2 ust.1 pkt 7 PD z 1998). Przestała wówczas obowiązywać ustawa dewizowa z 1994 r., której treść normatywna nie uwzględniała euro, ale ECU (zob. art. 2 ust.1 pkt 6 PD z 1994). Ten akronim miał ustawowy synonim, jakim była „europejska jednostka walutowa”. W istocie była ona tylko jednostką rozrachunkową Europejskiego Systemu Monetarnego, co przesądziło o zaliczeniu jej od prawnodewizowej kategorii międzynarodowych jednostek rozrachunkowych.

Proces unilateralnej euroizacji polskiego prawa dewizowego trwa już ponad 22 lata i przebiega pod rządem dwóch kolejnych ustaw dewizowych. Wydaje się zatem zasadne ustalenie na podstawie wykładni historycznoporównawczej, czy i ewentualnie w jaki sposób ewoluowały ustawowe przepisy, w których treści występowało euro jako pojęcie języka prawnego? Kolejne zagadnienie badawcze poruszone w niniejszym opracowaniu to zrównanie krajowych i unijnych jednostek monetarnych w zakresie uregulowania dokonywania obrotu dewizowego oraz wykonywania obowiązków dewizowych. W tym kontekście została sformułowana teza, że polskie prawo dewizowe ewoluuje w ten sposób, że zwiększa się stopień jego euroizacji, czego przejawem jest pozostawienie rezydentom i nierezydentom możliwości wyboru między euro i walutą polską w celu zastosowania obu lub jednego z tych środków do dokonywania płatności i innych czynności obrotu dewizowego.

2. Jurydyzacja euro w przepisach ogólnych polskiego prawa dewizowego

W treści każdej ustawy dewizowej dominują przepisy, w których zainstalowane są normy prawne lub ich elementy konstrukcyjne. Są one niezbędne do zastosowania instrumentów reglamentacji i regulacji dewizowej. Kolejną, mniej liczną grupę przepisów stanowią definicje legalne pojęć ustawowych. W treści tych uregulowań nie ma żadnego odniesienia do norm prawnych, ale są one niezbędne, aby prawo dewizowe było stosowane w sposób prawidłowy. Wskazują one na desygnaty sformułowań ustawowych. Zastosowanie definicji

legalnych jest dopuszczalne, gdy pojęcia języka prawnego odbiegają od ich znaczenia w potocznej polszczyźnie, dane sformułowania są wieloznaczne, występuje potrzeba ograniczenia ich nieostrości lub znaczenie danego określenia nie jest powszechnie zrozumiałe (zob. § 146 ZTP). Te środki techniki legislacyjnej mogą przyjąć postać tzw. ustawowego słowniczka, który należy do przepisów ogólnych, mających znaczenie dla stosowania całej ustawy. Zawiera on wyjaśnienie znaczenia wielu pojęć języka prawnego, gdyż niejako w jednej jednostce redakcyjnej aktu prawnego zostały „zebrane” definicje różnych pojęć języka prawnego. Definicje legalne mogą mieć także postać przepisów szczególnych, które mają znaczenie dla zastosowania tylko niektórych jednostek redakcyjnych aktu prawnego.

W ustawie dewizowej z 1998 r. pojęcie „euro” było wykorzystywane w słowniczku ustawowym do definiowania następujących sformułowań języka prawnego: „międzynarodowe jednostki rozrachunkowe” (zob. art. 2 ust. 1 pkt 7 PD z 1998), „obróć pozagospodarczy” (zob. art. 2 ust. 1 pkt 27 PD z 1998) i „kwota euro” (zob. art. 2 ust. 5 PD z 1998). Należy podkreślić, że te trzy definicje odnoszą się jedynie do pojęć pomocniczych prawa dewizowego (Wójtowicz 2003: 35–36). Wykorzystywane są one do wyjaśniania treści pojęć podstawowych, które kształtują podmiotowy i przedmiotowy zakres reglamentacji dewizowej. Wynika z tego konkluzja, że euro w pośredni sposób wpływa na stosowanie całego prawa dewizowego. Chociaż ta unijna jednostka walutowa nie jest sama zdefiniowana legalnie, niewątpliwie zasadnie została wykorzystana do definiowania innych sformułowań ustawowych. Wpływa ona na znaczenie różnych pojęć prawa dewizowego, co stanowi kolejny argument przemawiający za zamieszczeniem jej w ustawowym słowniczku.

Ewolucja ustawowego słowniczka (Fojcik-Mastalska 2003: 22) spowodowała w odniesieniu do euro, że jest ono wykorzystywane tylko do wyjaśnienia znaczenia sformułowania „równowartość danej kwoty wyrażonej w euro” (zob. art. 2 ust. 3 PD). Oznacza to istotną modyfikację ilościową z trzech do pojedynczego przypadku użycia tej waluty na potrzeby definiowania pojęć pomocniczych prawa dewizowego. Zmiana ta była wymuszona przyczynami formalnymi, związanymi z zaniechaniem definiowania niektórych pojęć ustawowych. Nie występuje już pojęcie „międzynarodowe jednostki rozrachunkowe”, którego zakres znaczeniowy rozciągał się na wymienialne jednostki rozrachunkowe stosowane w rozliczeniach międzynarodowych (zob. art. 2 ust. 1 pkt 7 PD z 1998). Przepis definiujący zawierał przykładową ich egzemplifikację, wskazując na SDR – jednostkę rozrachunkową Międzynarodowego Funduszu Walutowego, i euro – europejską jednostkę walutową. Zrezygnowano także z posługiwania się zarówno sformułowaniem „obróć pozagospodarczy”, jak i bardziej ogólnym określeniem

„obróć kapitałowy” (por. art. 2 ust. 1 pkt 16 i 27 PD z 1998). Z tego powodu definicje legalne tych pojęć stały się zbędne.

Stwierdzenie, że wystąpiły zmiany ilościowe w definicjach legalnych odwołujących się do euro, nie przesądza jeszcze o uznaniu ich za modyfikacje tylko formalne lub wywołujące również następstwa merytoryczne w zakresie stosowania ustawy dewizowej. Ustalenie charakteru euroizacji ustawowych przepisów definiujących wymaga odpowiedzi na pytanie, czy w obowiązującym prawie dewizowym doszło do „przepisania” rozwiązań prawnych z PD z 1998 r., które nadal wykorzystywane są do wyjaśnienia znaczenia pojęć prawnodewizowych? Jak już wspomniano, bezprzedmiotowe jest rozważanie takiej normatywnej kontynuacji w przypadku sformułowania „obróć pozagospodarczy”. Jednak pomimo zaniechania jego definiowania, nie zmienił się zakres znaczeniowy pojęć bardziej ogólnych, a więc obrotu dewizowego i dwóch jego normatywnych postaci, czyli obrotu dewizowego z zagranicą i obrotu wartościami dewizowymi w kraju (zob. art. 2 ust. 1 pkt 15, 17, 18 PD). Należy zatem uznać, że w tym przypadku ilościowej modyfikacji nomenklaturowej nie towarzyszyła zmiana zakresu zastosowania prawa dewizowego. W literaturze przedmiotu zauważono, że wprowadzenie euro wywarło nieznaczny wpływ na polskie prawo dewizowe i bankowe (Skoczylas 2000: 59, 60).

Definicja ustawowa międzynarodowych jednostek rozrachunkowych była mało treściwa i budziła wątpliwości pod względem logicznym oraz poprawności legislacyjnej. Definiendum i definiens tego pojęcia zawierały wspólny element, czyli wyraz „jednostki rozrachunkowe”. Niewątpliwie takie jednostki stosowane są w rozliczeniach międzynarodowych, gdyż są instrumentem funkcji rozliczeniowej pieniądza bezgotówkowego. Z uwagi na brak formy gotówkowej tej waluty płatności odbywają się tylko w drodze rozrachunków, czyli przeksięgowania sald środków pieniężnych zgromadzonych na rachunkach bankowych. Błędem logicznym i legislacyjnym są pleonazmy, które polegają na definiowaniu „tego samego przez to samo”. Definicja ustawowa jednostek rozrachunkowych wskazywała na ich konieczną cechę – wymienialność. Skoro w znaczeniu legalnym nie mogły istnieć niewymienialne jednostki rozrachunkowe, niezasadne było pominięcie w ich definiendum przymiotnika „wymienialny”. Pod rządem PD z 1998 r. za waluty wymienialne uznawano takie waluty obce, których wykaz określony był w zarządzeniu Prezesa NBP publikowanym w Monitorze Polskim (zob. art. 2 ust. 1 pkt 5 i ust. 3 PD z 1998). Obecnie są to waluty obce państw, spełniające wymagania z art. VIII Statutu Międzynarodowego Funduszu Walutowego (zob. art. 2 ust. 1 pkt 11 PD). Wykaz tych walut sporządzony przez Prezesa NBP ma formę obwieszczenia publikowanego w Monitorze Polskim. Zmiana formy dokumentu z zarządzenia na obwieszczenia miała uzasadnienie konstytucyjne (zob. art. 93 KRP). Ustawa zasadnicza zalicza bowiem zarządze-

nie do aktów kierownictwa wewnętrznego, które są instrumentem zarządzania przez organ władzy publicznej podległymi mu strukturami organizacyjnymi i zatrudnionym w nim pracownikami. Z kolei adresatami wykazu walut obcych są także podmioty spoza aparatu pomocniczego Prezesa Banku Centralnego.

Warto także zauważyć, że zarówno euro, jak i inne międzynarodowe jednostki rozrachunkowe nie spełniają ustawowych wymagań wymiennej waluty obcej, gdyż nie są walutą państwa obcego. Pomimo tego euro jest ujęte w poz. 42 wykazu tych walut sporządzonego przez Prezesa NBP (załącznik OP). Z tego powodu wymienny charakter tej unijnej jednostki walutowej jest oczywisty. Niemniej jednak ujęcie jej w urzędowym wykazie ogłaszającym w Monitorze Polskim jest naruszeniem ustawy dewizowej. Świadczy to o występowaniu bariery prawnej w jednostronnej euroizacji polskiego prawa polskiego, która nie pozwala pod względem formalnym, aby Euro było zakwalifikowane do kategorii wymiennych walut obcych. Taka bariera nie występowała pod rządem PD z 1998, gdyż wszystkie międzynarodowe jednostki rozrachunkowe *ex lege* miały walor wymiennalności. Już na tej podstawie można sformułować wniosek, że ewolucja polskiego prawa dewizowego nie zawsze przebiegała w sposób zwiększający jego euroizację.

Międzynarodowe jednostki rozrachunkowe były i są nadal walutą obcą (por. art. 2 ust. 1 pkt 5 PD z 1998 i art. 2 ust. 1 pkt 10 PD). Rezygnacja ze stosowania definicji tych jednostek nie miała więc wpływu na zakres zastosowania ustawy dewizowej, a więc nie była zmianą merytoryczną. W definiens waluty obcej występuje stwierdzenie niejako „przepisane” z PD z 1998. Dotyczy to sformułowania „wymienne rozrachunkowe jednostki pieniężne stosowane w rozliczeniach międzynarodowych, w szczególności jednostkę rozrachunkową Międzynarodowego Funduszu Walutowego (SDR)”. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na dwie kwestie. Po pierwsze, wątpliwość budzi zrównanie¹ tych międzynarodowych jednostek rozrachunkowych z walutami obcymi w znaczeniu legalnym. Sformułowanie „na równi z walutami obcymi traktuje się” sugeruje występowanie swoistej fikcji prawnej uznania za takie waluty międzynarodowych jednostek rozrachunkowych, których cechy własne nie przesądzają o takiej kwalifikacji prawnodewizowej. Rozwiązanie takie jest niezasadne, gdyż zawsze są one zagranicznymi środkami płatniczymi innymi niż dewizy (por. art. 2 ust. 1 pkt 9, 10 i 12 PD). Po drugie, obecnie przykładowa egzemplifikacja międzynarodowych jednostek rozrachunkowych ogranicza się do SDR i nie obejmuje już euro. W tym przypadku pominięcie unijnej jednostki walutowej było konieczne i zasadne. Od 1 stycznia 2002 r. stosowane są znaki pieniężne

¹ W opracowaniach doktryny pojawił się również pogląd o równorzędności tej kategorii walut obcych (Ofiarski, 2003: 48).

wyrażone w euro, będące prawnym środkiem płatniczym za granicą. W chwili wejścia w życie obecnej ustawy dewizowej były one już w obiegu pieniężnym. Tego samego dnia zaczęła obowiązywać również USE. Już nomenklatura tego aktu prawnego trafnie sygnalizuje, że określa on skutki dla polskiego porządku prawnego wprowadzenia w państwach członkowskich UE, należących do UGW, wspólnej waluty euro, w tym zasady wymiany banknotów i monet nominowanych w walutach narodowych tych państw na banknoty i monety nominowane w euro. Wynikały z jego unormowań instrumenty niezbędne do rozwiązania problemu utraty mocy środka prawnego przez waluty narodowe państw członkowskich eurostrefy. Postrzeganie unijnej waluty w kategoriach tylko jednostki rozrachunkowej stało się prawniczym anachronizmem. Powodowałoby trudności w stosowaniu polskiego prawa dewizowego. Pominięcie euro w ustawowej egzemplifikacji międzynarodowych jednostek rozrachunkowych stanowi rozwiązanie niezbędne dla prawidłowej euroizacji polskiego prawa dewizowego. Jednak nie spowodowało ono zmian merytorycznych w zakresie stosowania ustawy dewizowej. Bez względu na gotówkową lub bezgotówkową postać euro było i jest nadal walutą obcą zaliczaną do zagranicznych środków płatniczych.

Konieczność ustawowego zdefiniowania znaczenia kwoty wyrażonej w Euro wynika z faktu, że stanowi ona pojęcie języka prawnego, wykorzystywane do kształtowania zakresu i treści dewizowej regulacji oraz reglamentacji. Jak trafnie zauważono w literaturze przedmiotu, posługiwanie się ustaleniami kwotowymi wyrażonymi w Euro ma na celu uzyskanie zgodności prawa krajowego z regulacjami unijnymi oraz wprowadzenie samoczynnego mechanizmu waloryzacyjnego (Fojcik-Mastalska 2003: 30–31). Niewątpliwie w warunkach gospodarki rynkowej kursy walutowe, które określają cenę waluty obcej w walucie narodowej, są zmienne. Z tego punktu widzenia koniecznym warunkiem prawidłowego stosowania prawa dewizowego jest określenie w jego przepisach rodzaju kursu walutowego euro i według jakiego czasu będzie ustalana relacja wartości tej waluty do złotego polskiego lub innej waluty. Zarówno pod rządem PD z 1998, jak i ustawy aktualnie obowiązującej, w przepisach definiujących wykorzystano średni kurs urzędowy ogłaszany przez NBP w dniu poprzedzającym dokonanie czynności objętej zakresem prawa dewizowego (por. art. 2 ust. 3 PD i art. 2 ust. 5 PD 1998). Niewątpliwie jest to rozwiązanie zasługujące na aprobatę. Walutowe kursy bankowe i kantorowe wykorzystywane są na potrzeby własne podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą. Natomiast ustalenie średniego kursu ogólnokrajowego wymaga uwzględnienia większej liczby danych statystycznych, a więc jest bardziej skomplikowane i czasochłonne. Powiązanie kursu walutowanego z cenami tylko jednego segmentu rynku walutowego spowodowałoby, że wartość kwoty wyrażonej w euro odbiegałaby od realnej wartości tej waluty stosowanej w całej gospodarce narodowej.

W PD z 1998 r. wątpliwość budzi definiens zawarty w przepisie definiującym kwotę euro. Poza tym przepisem w tekście tej ustawy nie występowało żadne uregulowanie, w którego treści można byłoby odnaleźć dosłowne przytoczenie określenia definiowanego. Warunkiem zastosowania definiendum, czyli równowartości w euro kwoty wyrażonej w innej walucie, było występowanie jednostki redakcyjnej ustawy dewizowej z 1998 r., „mówiącej o kwocie euro”. Skoro warunek ten nie mógł się ziścić, bezprzedmiotowe było definiowanie kwoty euro. Natomiast w definicji legalnej powinno być wyjaśnione znaczenie innych pojęć ustawowych odnoszących się do euro. Dotyczy to „kwoty w euro” (zob. art. 2 ust. 1 pkt 27 PD z 1998) i „równowartości euro” (por. art. 4, art. 12 ust. 1 i 2, art. 14 ust. 3 PD z 1998). Różnica między sformułowaniami „kwota w euro” i „kwota euro” jest niewielka i może być uznana za językowy błąd legislacyjny. Jednak czym innym jest indeksacyjna klauzula walutowa, uzależniająca wysokość świadczenia pieniężnego realizowanego przez wypłatę określonej kwoty waluty polskiej od kursu walutowego euro, a jeszcze czym innym spłata stałej kwoty euro. Według definicji legalnej kwota euro to równowartość kwoty wyrażonej w innej walucie, która jest przeliczana na euro. Należy więc uznać, że nomenklatura zastosowana w definiens jest myląca. Kwota euro nie może być uznana za „kwotę euro” w znaczeniu legalnym, gdyż w jej przypadku bezprzedmiotowe jest jej przeliczanie na euro z zastosowaniem kursu walutowego. Z kolei „równowartość euro” jest pojęciem normatywnym użytym w definiendum „kwoty euro”. Nie może być zatem uznane za tożsame z tą kwotą. Wystąpiłby bowiem błąd logiczny w postaci pleonazmu. Stwierdzone wady przepisu definiującego kwotę euro zostały wyeliminowane przez zmianę definiens, który obecnie jest powiązany z „równowartością danej kwoty wyrażonej w euro” (zob. art. 2 ust. 3 PD). W aktualnej ustawie dewizowej nie ma już uregulowań, w których treści występowałyby określenia „kwota euro” lub „kwota w euro”. Natomiast nadal są stosowane pojęcie języka prawnego „równowartość euro” (por. art. 18 i art. 25 ust. 1 PD).

Warto zauważyć, że aktualna ustawa dewizowa nie zawiera przepisów ogólnych innych niż definicje legalne, w których treści występowałyby bezpośrednio nawiązanie do euro. Natomiast ustawa dewizowa z 1998 r. zawierała takie wątpliwe rozwiązanie, gdyż zakres niepełnej autonomii dewizowej uprawnionych banków (Gorgol 2001a: 73–75; Skoczylas 2000: 70–71) był regulowany z uwzględnieniem kwoty stanowiącej równowartość 50 000 euro (zob. art. 4 pkt 3 lit. b PD z 1998). W ówczesnym stanie prawnym dokonywanie obrotu kredytowego (Gorgol 2001a: 60–62) skutkującego powstaniem długu, którego termin spłaty jest krótszy niż rok, wymagało uzyskania przez jego uczestnika zezwolenia dewizowego (zob. art. 9 pkt 4 PD z 1998). Niepełna autonomia polegała na wyłączeniu jej adresatów z przestrzegania zwyczajnych ograniczeń

dewizowych (Gorgol 2003a: 68–69; Fojcik-Mastalska 2003: 34–36; Grzegorzczak 2003: 40–41). W zasadzie uprawniony bank nie musiał stosować się do zakazu dokonywania obrotu kredytowego, którego następstwem był dług krótkoterminowy. Jednak w drodze wyjątku nie mógł skorzystać z tego dewizowego immunitetu, gdy ten dług opiewał na walutę polską, a wartość pojedynczej transakcji dokonanej z nierezydentem przekraczała równowartość 50 000 euro. Rezygnacja z tego odstępstwa była przejawem liberalizacji reglamentacji dewizowej uzasadnionym istotą niepełnej autonomii dewizowej. Było to również działanie zmierzające do dostosowywania polskiego prawa dewizowego do standardów prawa traktatowego Unii Europejskiej. Wspólny rynek (zob. art. 63 TFUE) jest oparty m.in. na swobodach przepływów kapitałowych i dokonywania płatności pieniężnych, które oddziałują na standardy unijnego prawa dewizowego (Gorgol 2014: 639–644; Gorgol 2011: 54–56).

3. Jurydykacja euro w przepisach szczególnych polskiego prawa dewizowego

Jak już wspomniano, definicje legalne ważne dla stosowania wszystkich przepisów ustawy dewizowej są uregulowane jej przepisami ogólnymi. Zarówno w PD z 1998, jak i w aktualnie obowiązującej ustawie dewizowej słowniczek pojęć ustawowych jest ujęty w rozdziale I zatytułowanym „Przepisy ogólne”. W drodze wniosku *a contrario* można uznać, że przepisy szczególne prawa dewizowego w znaczeniu szerokim to wszystkie inne niż ogólne jednostki redakcyjne ustawy dewizowej. Z kolei węższe ich rozumienie wprowadzają zasady techniki prawodawczej, regulując sekwencję występowania różnych kategorii ustawowych przepisów (zob. § 15 ZTP). Po tytule takiego aktu prawnego zamieszczane są przepisy merytoryczne, najpierw ogólne, a następnie szczególne. W dalszej kolejności występują regulacje zamieniające, epizodyczne, przejściowe i dostosowujące oraz końcowe. Wynika z tego, że szczególne przepisy prawa dewizowego *sensu stricto* stanowią tylko jedną z kategorii przepisów merytorycznych, która jest zamieszczona w ustawie dewizowej bezpośrednio po przepisach ogólnych, a więc poczynając od jej drugiego rozdziału. Pod rządem PD z 1998 zakres ich występowania ograniczał się do czwartego rozdziału zatytułowanego „Kontrola dewizowa”, a obecnie jest to dziewiąty rozdział „Kontrola wykonywana przez Prezesa Narodowego Banku Polskiego”. Wydaje się, że z punktu widzenia problematyki badawczej właściwszym będzie postrzeganie istoty przepisów szczególnych w znaczeniu nadanym im przez „racjonalnego prawodawcę”. Zasady techniki prawodawczej uwzględniają bowiem dorobek legislacyjny całego prawa polskiego i są instrumentem realizacji konstytucyjnego standardu demokratycznego państwa prawnego (zob. art. 2 KRP).

W przepisach szczególnych PD z 1998 r. dwukrotnie wykorzystano pojęcie „euro” do kształtowania pozycji prawnej rezydentów. Po pierwsze, to sformułowanie języka prawnego posłużyło do określenia zakresu przedmiotowego obowiązku korzystania z pośrednictwa uprawnionych banków dewizowych (Gorgol 2001d: 121–123; Skoczylas 2000: 116–118) przy przyjmowaniu przez rezydentów płatności lub ich dokonywaniu, a także przy dokonywaniu transferu dewizowego (zob. art. 12 ust. 1 pkt 4 i 6 PD z 1998). Pośrednio także kształtowało zakres bankowej kontroli dewizowej (zob. art. 21 ust. 3 pkt 3 PD z 1998). W ujęciu celowościowym euro zostało użyte do uregulowania odstępstw od korzystania z pośrednictwa uprawnionego banku dewizowego. Oznacza to, że kształtowało zakres tego nakazu dewizowego w sposób negatywny. Ustawowy wyjątek dotyczył przekazów, wysyłania oraz płatności dokonywanych za pośrednictwem Poczty Polskiej w kwocie, której wysokość nie przekraczała równowartości 5000 euro. Kolejne odstępstwo było powiązane z tzw. prawem zakrajowości, z którego korzystali rezydenci mający przywileje, immunitety dyplomatyczne lub konsularne (zob. art. 12 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 1 lit. b PD z 1998). W tym przypadku miała zastosowanie kwota nie przekraczająca 10 000 euro. Ponadto europejska jednostka walutowa występowała w treści przepisu zaostrzającego przymus korzystania rezydentów z pośrednictwa uprawnionego banku dewizowego (zob. art. 14 ust. 3 PD z 1998). W tym przypadku adresatem ograniczenia dewizowego był ten bank, a nie bezpośrednio podmiot korzystający z jego usług. Był on obowiązany do zażądania od rezydenta dokumentów potwierdzających tytuł dokonywanej płatności lub transferu, że są to czynności obrotu kapitałowego lub bieżącego, a ich dokonanie nie wymaga zezwolenia dewizowego. Ten ustawowy warunek realizacji dyspozycji płatniczej klienta banku miał zastosowanie, gdy płatności odbywały się na rzecz nierezydenta, albo transfer wartości dewizowych lub krajowych środków płatniczych polegał na przemieszczeniu ich z kraju za granicę. Euro służyło do określenia wartości progowej, której przekroczenie powodowało, że bank w ramach kontroli dewizowej musiał zażądać od swojego klienta określonych dokumentów i uzależnić dokonanie czynności obrotu dewizowego od wykonania tego obowiązku. Ustawowy próg stanowił równowartość 20 000 euro.

W aktualnym stanie prawnym obowiązek pośredniczenia uprawnionego banku dewizowego w dokonywaniu płatności pieniężnych za granicę i rozliczeń w kraju związanych z obrotem dewizowym (Ofiarski 2003: 264–275; Fojcik-Mastalska 2003: 103–105) jest uwarunkowany przekroczeniem ustawowego progu równowartości 15 000 euro, rozpatrywanego w odniesieniu do kwoty przekazu lub rozliczenia (zob. art. 25 ust. 1 PD). Zakres podmiotowy tej powinności obejmuje zarówno rezydentów, jak i nierezydentów. Warto zauważyć, że w porównaniu do rozwiązania przewidzianego w ustawie dewizowej z 1998 r.

obowiązek pośredniczenia uprawnionego banku dewizowego nie jest już stosowany automatycznie, gdyż jest on alternatywną formą w stosunku do pośrednictwa instytucji płatniczych, instytucji pieniądza elektronicznego uprawnionych do świadczenia usług płatniczych, a także biur usług płatniczych w przypadku dokonywania rozliczeń w kraju (zob. art. 25 ust. 2 PD). Stopień restrykcyjności reglamentacji dewizowej jest łagodzony przez fakt pozostawienia uczestnikowi obrotu dewizowego swobody wyboru bankowej lub alternatywnej formy realizacji ustawowej powinności.

Teza, że zmniejszyła się dolegliwość nakazu pośredniczenia uprawnionego banku dewizowego lub innej instytucji finansowej, znajduje także potwierdzenie w ustaleniach dokonanych po zbadaniu, jak ewoluował przepis szczególny regulujący tę powinność po wejściu w życie aktualnej ustawy dewizowej. W pierwotnym jej brzmieniu wartość progowa warunkująca powstanie obowiązku pośrednictwa była ustalona na poziomie równowartości 10 000 euro (zob. art. 25 ust. 1 PD w wersji pierwotnej). Z dniem 21 kwietnia 2007 r. został on podwyższony o połowę do równowartości 15 000 euro (zob. art. 1 pkt 15 w zw. z art. 5 UZPD). Niewątpliwie im wyższy jest ustawowy próg, tym większy jest zakres swobody dokonywania obrotu dewizowego i zarazem węższy zakres występowania ograniczenia dewizowego. Początkowo realizacja dyspozycji płatniczej za pośrednictwem uprawnionego banku dewizowego była uzależniona od podania przez jego klienta² tytułu prawnego, w związku z którym następuje przekaz lub rozliczenie, a także w pewnych sytuacjach wymaganego indywidualnego zezwolenia dewizowego oraz dokumentów potwierdzających tytuł prawny przekazu lub rozliczenia, których kwota przekraczała równowartość 10 000 euro. Początkowo banki te sprawowały również kontrolę podatkową wykonywania w kraju przez nierezydentów obowiązków podatkowych (art. 27 PD w wersji pierwotnej, szerzej zob. Ofiarski 2003: 287–297). Dokonanie za ich pośrednictwem przekazu pieniężnego za granicę lub rozliczenia w kraju z nierezydentem, gdy były one związane z osiągnięciem przychodu lub dochodu podlegającym opodatkowaniu w Polsce, było uwarunkowane przedłożeniem bankowi zaświadczenia właściwego urzędu skarbowego, potwierdzającego wygaśnięcie zobowiązania podatkowego wynikającego z obowiązku podatkowego. Zamiast takiego zaświadczenia wymagano złożenia pisemnego oświadczenia płatnika o obliczeniu i pobraniu podatku lub zaliczki na podatek oraz dowodu wpłaty podatku lub zaliczki na podatek właściwemu urzędowi skarbowemu, gdy podatki były rozliczane w trybie pośrednim. Natomiast gdy podmiotem pośredniczącym w rozliczeniu cudzego podatku był inkasent, jego oświadczenie

² W zasadzie był to rezydent, ale mógł to być również nierezydent dokonujący przekazów gotówkowych za granicę, wpłat gotówkowych na własny rachunek bankowy lub rachunki bankowe innych nierezydentów. Por. art. 25, art. 26 ust. 1 i 2 oraz art. 28 PD w wersji pierwotnej.

nie zawierało stwierdzenia o obliczeniu podatku lub zaliczki na jego poczet. Wynikało to z węższego zakresu jego podstawowych obowiązków podatkowych. Płatnik uczestniczy bowiem zarówno w obliczeniu, jak i poborze daniny publicznej. Z kolei inkasent nie oblicza należności podatkowej, ale uczestniczy tylko w procedurze jej poboru. Wszystkie dokumentacyjne wymagania, które warunkowały realizację czynności obrotu dewizowego za pośrednictwem uprawnionego banku dewizowego, przestały obowiązywać od 21 kwietnia 2007 r. (zob. art 1 pkt 16 UZPD).

Granicznej kontroli dewizowej podlega wykonywanie obowiązków dewizowych związanych z wywozem za granicę i przywozem do kraju wartości dewizowych lub krajowych środków płatniczych. W celu umożliwienia organom służby Straży Granicznej i organom celnym realizacji tego zadania publicznego (Gorgol 2003c: 149–158; Ofiarski 2003: 233) nałożono na rezydentów oraz nierezydentów przemieszczających się przez polską granicę państwową powinność ujawnienia tym organom informacji o krajowych środkach płatniczych i wartościach dewizowych, które są transferowane (zob. art. 18 PD). Odbywa się to za pomocą pisemnego zgłoszenia, którego skuteczność jest uzależniona od zgodności jego treści ze stanem rzeczywistym. Obowiązek dokonania zgłoszenia³ powstaje bezpośrednio z mocy ustawy dewizowej, a nie po uprzednim lub następczym wezwaniu organu granicznej kontroli dewizowej do jego wykonania. Nie ma znaczenia wówczas, jaka jest wartość i ilość transferowanego złota dewizowego lub platyny dewizowej. Natomiast zgłoszenie krajowych lub zagranicznych środków płatniczych zależy od przekroczenia przez nie ustawowego progu ustalonego na poziomie równowartości 10 000 euro. Warto zauważyć, że ten parametr dewizowy ma charakter łączny. Oznacza to, że należy wziąć pod uwagę kwotę wszystkich rodzajów środków płatniczych, które podmiot przekraczający granicę państwową wywozi z kraju lub przywozi z zagranicy. Poza krajowymi środkami płatniczymi (zob. art. 2 ust. 1 pkt 6 PD) mogą to być zarówno waluty obce, jak i dewizy (zob. art. 2 ust. 1 pkt 9 PD). Należy podkreślić, że zakres zastosowania ustawowego progu równowartości 10 000 euro zmieniał się pod rządem obecnej ustawy dewizowej. Pierwotnie odnosił się do łącznej wartości wszystkich wartości dewizowych i krajowych środków płatniczych, więc do wartości transferowanych walorów (zob. art. 25 ust. 1 PD w wersji pierwotnej). Następnie od 21 kwietnia 2007 r. przepis szczególny obowiązuje w aktualnej wersji, która jest mniej restrykcyjna od poprzednio stosowanej (zob. art. 1 pkt 10 UZPD).

³ Z. Ofiarski, wyróżnia dwie formy zgłoszeń obligatoryjnych fakultatywnych (Ofiarski 2003: 230–237). Jednak formę fakultatywną trudno uznać za przejaw występowania obowiązku dewizowego, gdyż w istocie jest ona uprawnieniem uczestnika transferu dewizowego.

Należy podkreślić, że pod rządem ustawy dewizowej z 1998 r. nie przewidziano występowania w jej treści przepisu szczególnego analogicznego do obecnego nakazu dokonywania zgłoszenia dewizowego. Natomiast przewidywała ona zastosowanie do granicznej kontroli dewizowej zasad i trybu kontroli celnej (zob. art. 22 ust. 1 PD z 1998). Zawierała także obligatoryjne upoważnienie do wydania przez Ministra Finansów działającego w porozumieniu z Ministrem Spraw Wewnętrznych i Administracji i Ministrem Łączności rozporządzenia wykonawczego. Powodowało to, że ustawa dewizowa charakteryzowała się znacznym stopniem ogólnikowości i blankietowości, a ciężar uregulowania granicznej kontroli dewizowej był przeniesiony z ustawy do przepisów wykonawczych. Rozporządzenie wykonawcze różnicowało formę zgłoszenia wartości dewizowych i krajowych środków płatniczych na podstawie kryterium kierunku przemieszczenia ich przez państwową granicę (zob. §3 RMF). Wywóz ich za granicę podlegał zgłoszeniu ustnemu, a przywóz – zgłoszeniu pisemnemu. Bez względu na formę zgłoszenia obowiązek jego dokonania nie był uzależniony od żadnej wartości progowej. Jednak inne przepisy wykonawcze wprowadzały odstępstwo od tej reguły. W razie powrotnego wywozu wartości dewizowych lub krajowych środków za granicę potwierdzone przez urząd celny pisemne zgłoszenie ich przywozu do kraju dokumentowało uprawnienie uczestnika transferu dewizowego do dokonania tego transferu dewizowego (zob. § 2 ust. 1 pkt 1 RMF). Wymaganie dokumentacyjne stawało się bezprzedmiotowe w trzech alternatywnych sytuacjach, gdy: 1) krajowe lub zagraniczne środki płatnicze nie przekraczały równowartości 5000 euro; 2) zagraniczne papiery wartościowe i dewizy jako imienne dokumenty wskazywały, że ich wystawcą był nierezydent dokonujący ich wywozu za granicę; 3) czeki podróżnicze były podpisane przez nierezydenta dokonującego takiego ich wywozu (zob. § 2 ust. 3 RMF). Wykładnia historyczno-porównawcza prowadzi do konkluzji, że ustawowy przepis szczególny, uzależniający występowanie obowiązku przedłożenia organowi granicznej kontroli dewizowej od wartości progowej odwołującej się do równowartości kwoty euro, nie był nowatorski. Bezpośrednią genezę tego uregulowania można upatrywać w treści RMF. Niewątpliwie wejście w życie aktualnej ustawy dewizowej oznaczało zmniejszenie uciążliwości związanych z realizacją wymagania dokonywania zgłoszenia dewizowego. Wynikało to przede wszystkim z dwukrotnego podwyższenia wartości progowej oraz rozszerzenia zakresu podmiotowego i przedmiotowego jej zastosowania.

Niewielka liczba bezpośrednich odniesień w przepisach szczególnych ustawy dewizowej do euro i brak wśród nich regulacji dopuszczającej jego stosowania obok waluty polskiej nie powinny być postrzegane jako wystarczające argumenty przemawiające za tezą, że nie doszło jeszcze do eurozacji polskiego prawa dewizowego. Jak już wspomniano, europejska jednostka walutowa stanowi zarazem

walutę obcą, zagraniczne środki płatnicze i wartości dewizowe. Regulacja i reglamentacja dewizowa euro odbywa się z wykorzystaniem instrumentów prawnych, w których treści zastosowano pojęcia o szerszym zakresie znaczeniowym, związane z przynależnością unijnej waluty do bardziej złożonych strukturalnie kategorii nomenklatury prawnodewizowej. W tym kontekście podkreślenia wymagają konkluzja, że euroizacja przebiega w sposób niesamodzielny i jest przejawem bardziej złożonego procesu ewolucyjnego. Zmiany prawa dewizowego stworzyły przestrzeń do dokonywania płatności z użyciem nie tylko euro, dolara amerykańskiego, ale i innych walut obcych.

PD z 1998 r. reglamentowało walutę zarówno zobowiązań pieniężnych w obrocie dewizowym z zagranicą, jak i płatności dokonywanych w tym obrocie (zob. art. 13 PD z 1998). Kontrakty zagraniczne i inne zobowiązania pieniężne w tym obrocie mogły być wyrażone tylko w walucie polskiej lub w walucie wymiennej. Wynika z tego konkluzja, że miernikiem wartości czynności obrotu dewizowego z zagranicą nie mogły być waluty niewymienne (wniosek *a contrario* do nakazu z art. 13 ust. 1 PD z 1989). Zakres reglamentacji płatności dokonywanych w obrocie dewizowym z zagranicą był szerszy od zakresu występowania nakazu wyrażania zobowiązań pieniężnych w walucie polskiej lub w walucie wymiennej. Wszystkie płatności w tym obrocie, a więc nie tylko związane z wykonywaniem zobowiązań, powinny być dokonywane za pomocą krajowych środków płatniczych, walut wymiennych lub dewizach płatnych w tych walutach (zob. art. 13 PD z 1989). Z wnioskiem *a contrario* wynika konkluzja, że w ówczesnym stanie prawnym środkiem zapłaty nie mogły być waluty niewymienne i dewizy opiewające na te waluty. Jak już wspomniano, euro zawsze stanowiło walutę wymienną. Od momentu jego wprowadzenia mogło być używane jako alternatywna wobec waluty polskiej waluta zobowiązań pieniężnych za granicą i środek płatności w obrocie dewizowym zrównany z krajowymi środkami płatniczymi.

Pod rządem PD z 1998 przedmiotem euroizacji był także obrót dewizowy w kraju, czyli obrót dewizowy inny niż kapitałowy i bieżący. Nie był on zdefiniowany dla celów stosowania tej ustawy, co było wadą legislacyjną. Definicję legalną obrotu dewizowego zawierał art. 2 ust. 1 pkt 10 PD z 1998. Z kolei obrót dewizowy z zagranicą to transfer dewizowy i obrót dewizowy między rezydentami a nierezydentami uczestniczącymi w czynności prawnej lub innym zdarzeniu wywołującym płatność lub inne skutki opisane w art. 10 lit a. PD z 1998, a także obrót dewizowy dokonywany przez nierezydenta w kraju oraz rezydenta za granicą (art. 2 ust. 1 pkt 12 PD z 1998). Występował on w formie obrotu kapitałowego i bieżącego (art. 2 ust. 1 pkt 16 i 13 PD z 1998). Transfer dewizowy obejmował czynności faktyczne, będące różnymi formami przemieszczenia wartości dewizowych i krajowych środków płatniczych przez

polską granicę państwową (art. 2 ust. 1 pkt 11 PD z 1998). Skoro był on zasadnie zaliczony do obrotu dewizowego za granicą, na obrót dewizowy w kraju składały się tylko czynności prawne lub inne zdarzenia prawne w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 10 lit. a PD z 1998. Zasady ustalenia i dokonywania płatności w innej walucie niż waluta polska były w tym obrocie bardziej restrykcyjne niż występujące w obrocie dewizowym z zagranicą. Było to spowodowane występowaniem zwyczajnych ograniczeń dewizowych i oddziaływaniem na prawo dewizowe zasady jednawalutowości (Wójtowicz 2001b: 106). Odstąpienie od ich stosowania wymagało uzyskania zwolnienia dewizowego lub zezwolenia dewizowego. Zwolnienie dewizowe było w rzeczywistości odpowiednikiem ogólnego zezwolenia dewizowego (Gorgol 2001b: 80–81; Fojcik-Mastalska 2003: 41–42). Natomiast ówczesne zezwolenie dewizowe miało cechy tylko zezwoleń indywidualnych i konkretnych (Gorgol 2003d: 107–121; Fojcik-Mastalska 1975: 101–107; Gorgol 2012: 253–256).

Reglamentacja dewizowa pod rządem PD z 1989 obejmowała dokonywanie w kraju płatności środkami stanowiącymi wartości dewizowe (zob. art. 9 pkt 9 PD z 1989). Rozwiązanie to nie miało zastosowania do płatności między osobami fizycznymi, które nie były związane z ich działalnością gospodarczą lub wykonywaniem wolnego zawodu. Warto zauważyć, że opisany zakaz nie miał zastosowania do ustalenia waluty umowy lub innego tytułu prawnego rozliczenia między uczestnikami obrotu dewizowego w kraju, a jedynie obowiązywał następczo przy zapłatach pieniężnych. Wolność wyboru między euro a krajową jednostką monetarną jest przejawem zasady swobody dokonywania obrotu dewizowego (por. art. 5 ust. 2 PD z 1998 i art. 3 ust 1 PD) lub następstwem zastosowania zezwolenia dewizowego. Podmiotowy zakres reglamentacji dewizowej płatności pieniężnych nie obejmował tylko osób fizycznych. Wynika z tego wniosek *a contrario*, że adresatami zakazu były osoby prawne i inne jednostki organizacyjne. Nie miało przy tym znaczenia, czy one prowadziły, czy nie prowadziły działalność gospodarczą. Natomiast wyłączenie z reglamentacji dewizowej było uwarunkowane dokonywaniem płatności tylko między osobami fizycznymi poza gospodarczym lub profesjonalnym obrotem prawnym. Oznacza to, że osoby prawne i inne jednostki organizacyjne mogły użyć euro jako jednostki płatniczej tylko na podstawie udzielonego im zezwolenia dewizowego. W przypadku osoby fizycznej zezwolenie było wymagane, gdy dokonywała ona zapłaty na rzecz podmiotu o innym statusie niż osoba fizyczna. Odstąpienie od stosowania ustawowego zakazu było konieczne również gdy płatności między osobami płatniczymi miały uzasadnienie w działalności gospodarczej lub wykonywaniu wolnego zawodu przez obu uczestników rozliczenia pieniężnego, beneficjenta zapłaty lub dokonującego płatności.

Niewątpliwie podmioty dokonujące płatności w euro i z wykorzystaniem innych zagranicznych środków płatniczych dokonują w ten sposób także zbycia tych wartości dewizowych, które wcześniej zostały przez nie nabyte. Z tego powodu łatwość dostępu do źródeł zasilenia finansowego, którym są waluty obce i dewizy, wpływa bezpośrednio i pozytywnie na zakres euroizacji obiegu pieniężnego. Należy podkreślić, że obowiązywanie ograniczeń dewizowych utrudnia ten dostęp. Natomiast zmniejszenie liczby nakazów i zakazów dewizowych oraz warunków ich stosowania, a także odstępowanie od obowiązku ich przestrzegania na podstawie zezwoleń dewizowych zwiększa zakres euroizacji rynków finansowych. Uczestnik obrotu dewizowego z zagranicą gromadzi zagraniczne środki pieniężne przede wszystkim z tytułu eksportu towarów i odpłatnego świadczenia usług na rzecz nierezydentów. Z kolei w obrocie dewizowym w kraju wartości dewizowe nabywane są w ramach działalności kantorowej, za pośrednictwem uprawnionych banków dewizowych lub w drodze bezpośrednich transakcji dokonywanych między ich zbywcą i nabywcą (Gorgol 2001c: 113–114). Pod rządem PD z 1998 reglamentacja dostępu do zagranicznych środków płatniczych nabywanych w obrocie wartościami dewizowymi w kraju występowała we wszystkich segmentach systemu walutowego w Polsce.

Prowadzenie działalności bankowej podlegało i nadal podlega reglamentacji działalności gospodarczej. Organem właściwym w sprawach nadzoru nad rynkami finansowymi, w tym także nad rynkiem bankowym, jest KNF, która udziela zezwolenia na utworzenie i funkcjonowanie uprawnionego banku dewizowego (por. art. 30a, art. 36 ust. 1 PB i art. 3, art. 3a, art. 1 ust. 2 UNF). Z formalnego punktu widzenia tzw. licencja bankowa nie jest zezwoleniem dewizowym, gdyż podstawą prawną do jej udzielenia nie są przepisy ustawy dewizowej, ale przepisy ustawy bankowej. Jednak należy podkreślić, że wywołuje ona w sferze obrotu dewizowego i działalności kantorowej skutki tożsame z typowym zezwoleniem dewizowym. Skup i sprzedaż wartości dewizowych w bankowych kasach walutowych spełnia wymagania działalności kantorowej w ujęciu legalnym (por. art. 2 ust. 1 pkt 29 PD z 1998 i art. 2 ust. 1 pkt 19 PD). Jednak banki nie musiały uzyskiwać zezwolenia opisanego w ustawie dewizowej z 1998 r., gdyż zostały jednoznacznie wyłączone na mocy jej przepisu z przestrzegania tego wymagania (zob. art. 10 ust. 1 PD). Rozwiązanie to nie uległo zmianie pod rządem obecnej ustawy dewizowej (Gorgol 2003b: 127–128).

Działalność kantorowa stanowi działalność gospodarczą, która może być prowadzona w formie handlowej lub usługowej (por. art. 2 ust. 1 pkt 19 PD i art. 2 ust. 1 pkt 29 Pd z 1998). Działalność handlowa występuje, gdy wartości dewizowe skupowane są lub sprzedawane na własny rachunek przedsiębiorcy. Z kolei działalność usługowa przejawia się w odpłatnym pośrednictwie w kupnie i sprzedaży tych wartości. Cecha odpłatności działalności kantorowej nie jest

bezpośrednio wyrażona w jej definicjach legalnych, ale wynika ona z istoty każdej działalności gospodarczej, która jest ukierunkowana na osiągnięcie zysku. Pod rządem PD z 1998 podmiot prowadzący działalność kantorową miał status dewizowy tylko rezydenta (zob. art. 10 ust. 1 PD z 1998). Natomiast obecna ustawa dewizowa rozszerzyła zakres podmiotowy przedsiębiorców prowadzących kantory walutowe na nierezydentów (zob. art. 11 ust. 1 PD). Z kolei krąg podmiotów uprawnionych do korzystania z oferty kantorowej obejmował i nadal obejmuje zarówno rezydentów, jak i nierezydentów (Gorgol 2003b: 127). Pod rządem PD z 1998 mogły to być w zasadzie tylko osoby fizyczne. Wyjątek dotyczył możliwości zawierania umów kupna-sprzedaży wartości dewizowych z uprawnionymi bankami dewizowymi i innymi przedsiębiorcami prowadzącymi działalność kantorową. Obecnie wszystkie kategorie podmiotów dewizowych niezależnie od ich statusu cywilnoprawnego mogą korzystać z takiej działalności. W poprzednim stanie prawnym klientami kantorów walutowych były podmioty, które nie prowadziły działalności gospodarczej. Przedsiębiorcy nie mogli legalnie nabywać w kantorach walutowych zagranicznych środków płatniczych na potrzeby finansowania tej działalności, a więc zmuszeni byli do korzystania z usług uprawnionych banków dewizowych (Gorgol 2003b: 130). Obecna ustawa dewizowa znacznie rozszerzyła zakres podmiotowy obrotu kantorowego, gdyż nie ma już przeszkód prawnych w nabywaniu i sprzedawaniu przez przedsiębiorców wartości dewizowych w celu finansowania ich działalności gospodarczej. Należy uznać tę zmianę za zasadną nie tylko z powodu braku możliwości legitymowania przez kasjera walutowego statusu klienta kantoru walutowego (Gorgol 2001c: 116–117), ale również ułatwienia prowadzenia działalności gospodarczej. Pod rządem PD z 1998 działalność kantorowa wymagała uzyskania zezwolenia, które było instrumentem reglamentacji zarówno gospodarczej, jak i dewizowej (Gorgol 2003b: 130). Odmienny pogląd został sformułowany przez E. Fojcik-Mastalską, która uznała, że zezwolenie na prowadzenie działalności kantorowej nie jest zezwoleniem dewizowym (Fojcik-Mastalska 2003: 75). Budzi on kontrowersje, gdyż w ramach działalności kantorowej odbywa się także obrót dewizowy. Obecnie istota tej działalności uległa istotnej modyfikacji, gdyż jest ona działalnością regulowaną (Gorgol 2016: 567–583). Oznacza to, że rezygnacja z zezwolenia na jej rozpoczęcie i prowadzenie służy realizacji konstytucyjnego standardu wolności gospodarczej (zob. art. 22 KRP) oraz stanowi ułatwienie w dostępie do euro i innych zagranicznych środków płatniczych.

Ustawa dewizowa z 1998 r. zakazywała dokonywania sprzedaży wartości dewizowych między rezydentami (zob. art. 9 pkt 10 PD z 1998). Niewątpliwie to względne ograniczenie dewizowe obowiązywało w obrocie dewizowym w kraju, a jego adresatami byli rezydenci dokonujący tej sprzedaży. Jednak w tym przypadku zakres podmiotowy reglamentacji dewizowej był ograniczony

przez dwa wyłączenia ustawowe (Wójtowicz 2001a: 106–108). Pierwsze z nich rozciągało się na sprzedaż dokonywaną w ramach działalności kantorowej, gdy wartości dewizowe były kupowane przez osobę fizyczną prowadzącą taką działalność na podstawie stosownego zezwolenia. Natomiast gdy kantor walutowy był prowadzony przez przedsiębiorcę o statusie osoby prawnej lub spółki osobowej prawa handlowego, do takiej transakcji nie miał zastosowania analizowany zakaz dewizowy. W publicznym prawie gospodarczym spółka cywilna nie ma statusu przedsiębiorcy, którym jest każdy z jej wspólników. Drugi wyjątek dotyczył sprzedaży dokonywanej między osobami fizycznymi, gdy nie odbywała się ona w ramach działalności gospodarczej lub wykonywania wolnego zawodu. W tym przypadku wartości dewizowe były przedmiotem transakcji, która nie mogła odbywać się w ramach profesjonalnego obrotu dewizowego. Uzyskane z tego źródła euro i inne zagraniczne środki płatnicze powinny być przeznaczone do finansowania konsumpcji, a nie działalności gospodarczej lub wolnego zawodu. W obecnie obowiązującej ustawie nie ma już analogicznego zakazu dokonywania w obrocie wartościami dewizowymi w kraju ich sprzedaży między jego uczestnikami. Wyeliminowanie tej bariery prawnej w procesie euroizacji polskiego systemu walutowego należy oceniać pozytywnie. Jednym z argumentów uzasadniających tę konkluzję jest brak ekonomicznego i fiskalnego uzasadnienia w stosowaniu tego restrykcyjnego ograniczenia dewizowego.

Podkreślić należy, że od dnia wejścia w życie obecnie obowiązującej ustawy dewizowej ewoluowały jej przepisy regulujące ustalanie zobowiązań w walucie obcej i dokonywanie rozliczeń pieniężnych opiewających na taką walutę. Ten akt prawny w brzmieniu pierwotnym zawierał zakaz dewizowy ustalania i przyjmowania przez rezydentów od nierezydentów należności w innej walucie niż waluta polska lub waluty wymienialne (zob. art. 9 pkt 1 PD w wersji pierwotnej). Rozwiązanie to nie miało zastosowania do nieodpłatnych należności i należności niezwiązanych z prowadzeniem działalności gospodarczej. Warto zauważyć, że zakres ograniczenia dewizowego nie rozciągał się na żadne czynności prawne obrotu dewizowego z zagranicą opiewające na euro lub rozliczane w tej walucie. Jak już wcześniej wspomniano, stanowiło ono bowiem walutę wymienialną. Uchylenie tego zakazu z dniem 21 kwietnia 2007 r. było więc zdarzeniem neutralnym dla biegu procesu euroizacji polskiego prawa dewizowego (zob. art. 1 pkt 7 UZPD). Jednak treść tego ograniczenia dewizowego potwierdza fakt, że euro było zrównane z walutą polską i innymi walutami wymienialnymi od początku obowiązywania PD.

Obecna ustawa dewizowa początkowo zakazywała dokonywania rozliczeń między rezydentami w walutach obcych w obrocie wartościami dewizowymi w kraju (zob. art. 9 pkt 15 PD w wersji pierwotnej). Niewątpliwie to ograniczenie dewizowe wpływało na zakres euroizacji, tworząc barierę prawną w jej

rozwoju. Warto jednak zauważyć, że reglamentacja dewizowa nie obejmowała ustalenia płatności w walutach obcych. Restrykcyjność zakazu dewizowego była osłabiona przez wyłączenie z jego zakresu dewizowego rozliczeń dokonywanych tylko między nierezydentami. Kolejne odstępstwo dotyczyło sytuacji, gdy rozliczenia odbywały się między osobami fizycznymi będącymi rezydentami i nie były związane z prowadzeniem działalności gospodarczej. Z dniem 21 kwietnia 2007 r. zakaz dewizowy otrzymał nowe brzmienie (zob. art. 1 pkt 7 UZPD). Przedmiotem reglamentacji dewizowej stało się zarówno zawieranie umów oraz dokonywanie innych czynności prawnych, powodujących lub mogących powodować dokonywanie w kraju rozliczeń w walutach obcych, jak i dokonywanie w kraju takich rozliczeń. Niewątpliwie oznaczało to zaostrzenie tej reglamentacji. Zakaz został rozszerzony na obrót dewizowy z zagranicą. Obowiązywał nie tylko przy dokonywaniu rozliczenia, ale i przy ustalaniu waluty należności. Z kolei elementem osłabiającym restrykcyjność ograniczenia dewizowego było dodanie dwóch kolejnych wyłączeń z obowiązku jego zastosowania. Wyraźnie wskazano, że nie obowiązuje on w sytuacji, gdy uczestnikami obrotu dewizowego w kraju są tylko nierezydenci. Zmiana ta miała więc charakter jedynie formalny w stosunku do pierwotnego brzmienia uregulowania. Drugie odstępstwo odnosiło się do obrotu dewizowego z zagranicą, gdy jego czynności prawne były dokonywane w kraju. Z dniem 24 stycznia 2008 r. ten zakaz dewizowy został uchylony w całości (zob. art. 2 UZKC). Następstwem tej zmiany było przywrócenie swobody dokonywania obrotu dewizowego w sferze ustalania płatności i dokonywania rozliczeń w dowolnej walucie. Rozwiązania wprowadzone wcześniej w obrocie dewizowym z zagranicą stały się także standardami obrotu wartościami dewizowymi w kraju.

4. Podsumowanie

Unilateralna europeizacja polskiego prawa dewizowego nie była dotychczas ani podstawowym celem zmian legislacyjnych, ani głównym czynnikiem determinującym kierunek zmian ewolucyjnych normowań dewizowych. Przyczyn takiego stanu rzeczy można upatrywać w tym, że akcesja i członkostwo w UE nie są uwarunkowane zastąpieniem waluty narodowej przez euro lub przyznaniem unijnej jednostce walutowej statusu środka płatniczego równorzędnego z walutą polską. Równie istotne jest to, że wpływ państwa członkowskiego na politykę monetarną UGW jest mniejszy, bardziej sformalizowany i mniej przewidywalny niż w przypadku samodzielnego wykonywania władzy monetarnej i dewizowej przez krajowe organy władzy publicznej. Nie oznacza to jednak, że jednostronna euroizacja zależy tylko od swobodnej decyzji tych organów. Zmiany w otoczeniu zewnętrznym Polski powodują konieczność reagowania na nie, w tym także

za pomocą modyfikacji polskiego prawa dewizowego. Unilateralna euroizacja w dużym stopniu ma charakter reaktywny, wtórny i dostosowawczy do prawa unijnego. Wymownym przykładem jest chociażby zastąpienie ECU przez euro i dopuszczenie zastosowania tej waluty nie tylko w formie jednostki rozrachunkowej, ale także w postaci banknotów i monet.

Zakres euroizacji polskiego prawa dewizowego jest stosunkowo szeroki, gdyż proces ten spowodował zamiany przepisów zarówno ogólnych, jak i szczególnych. Wśród ogólnych uregulowań dominują definicje ustawowe pojęć, które występują w całym tekście normatywnym ustawy dewizowej. Można stwierdzić, że doszło do znacznego ograniczenia liczby definicji, w których treści występuje odwołanie do euro. Obecnie euro jest wykorzystywane tylko do wyjaśnienia znaczenia sformułowania „równowartość danej kwoty wyrażonej w euro”. Redukcja normatywnych odwołań do unijnej jednostki walutowej w ogólnych przepisach dewizowych jest spowodowana zamianami jej istoty i form występowania, odmienną nomenklaturą oraz treścią pojęć pomocniczych prawa dewizowego. Nastęstwa unilateralnej euroizacji w zakresie zastosowania przepisów ogólnych mają charakter ilościowy i formalny. Natomiast z punktu widzenia uznania euro za prawny środek płatniczy w Polsce lub dopuszczenia do jego stosowania obok waluty polskiej nie mogą być one postrzegane jako merytoryczne modyfikacje polskiego prawa dewizowego. Wynika to przede wszystkim z faktu, że ograniczenia i obowiązki dewizowe mają źródło w szczególnych przepisach dewizowych. Euro jako waluta obca i dewizy opiewające na tę walutę były oraz są nadal zagranicznymi środkami płatniczymi, do których przede wszystkim nawiązują poszczególne instrumenty reglamentacji i regulacji dewizowej.

Stopień jurydyzacji euro w przepisach szczególnych polskiego prawa dewizowego uległ ograniczeniu. Ewolucja tego prawa była ukierunkowana na zmniejszenie liczby ograniczeń, obowiązków dewizowych, łagodzenie restrykcji reglamentacji i regulacji dewizowej. Występowanie tej podstawowej tendencji legislacyjnej nie wykluczało występowania przeciwstawnych do niej rozwiązań prawnych, które miały niewielkie znaczenie praktyczne z uwagi na ich ograniczony czasowo, przedmiotowo i podmiotowo zakres zastosowania. Liberalizacja polskiego prawa dewizowego jest zauważalna zarówno w sferze obrotu dewizowego z zagranicą, jak i obrotu wartościami dewizowymi w kraju. W obu segmentach obrotu dewizowego mogą być stosowane euro i dewizy opiewające na tę walutę jako alternatywne do waluty polskiej środki płatnicze oraz waluta zobowiązań. Zniesienie zakazu dewizowego ich stosowania należy więc uznać za jeden z kluczowych etapów jednostronnej euroizacji polskiego prawa dewizowego. Zmniejszenie stopnia jurydyzacji euro sprzyja tej euroizacji. Ograniczenie zakresu i dolegliwości reglamentacji dewizowej powoduje zwiększenie swobody dokonywania obrotu dewizowego. Z kolei zmniejszenie liczby i uciążliwości

obowiązków dewizowych osłabia bariery prawne w dokonywaniu czynności tego obrotu. Należy zatem uznać, że im jest większy stopień swobody i ułatwień dokonywania obrotu dewizowego, tym rezydenci oraz nierezydenci mają większą swobodę decydowania o zastosowaniu euro zamiast waluty polskiej do rozliczeń pieniężnych i innych czynności tego obrotu.

*

Artykuł objęty wsparciem finansowym Narodowej Agencji Wymiany Akademickiej – Umowa nr BWS/BIL/2022/1/00109/U/00001.



Wykaz skrótów

- PB – Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe
- UE – Unia Europejska
- KNF – Komisja Nadzoru Finansowego
- KRP – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.
- NBP – Narodowy Bank Polski
- OP – Obwieszczenie Prezesa Narodowego Banku Polskiego w sprawie ogłoszenia wykazu walut wymienialnych z dnia 29 listopada 2018 r.
- PD – Ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. – Prawo dewizowe
- PD z 1994 – Ustawa z dnia 2 grudnia 1994 r. – Prawo dewizowe
- PD z 1998 – Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. – Prawo dewizowe
- RE – Rozporządzenie Rady (WE) nr 974/98 z dnia 3 maja 1998 r. w sprawie wprowadzenia euro
- RMF – Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 8 stycznia 1999 r. w sprawie zakresu, szczegółowych zasad i trybu granicznej oraz pocztowej kontroli dewizowej oraz rodzajów dokumentów stwierdzających uprawnienie do wywozu, wysyłania lub przekazywania za granicę wartości dewizowych lub krajowych środków płatniczych, a także przypadków, w których dokumenty takie nie są wymagane
- RRM – Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 15 stycznia 2016 r. w sprawie zniesienia Narodowego Komitetu Koordynacyjnego do spraw Euro, Rady Koordynacyjnej oraz Międzyinstytucjonalnych Zespołów Roboczych do spraw Przygotowań do Wprowadzenia Euro przez Rzeczpospolitą Polską
- RPEiS – Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
- SDR – *Special Drawing Rights*, czyli Specjalne Prawa Ciągnione
- TFUE – Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej
- TUE – Traktat o Unii Europejskiej
- UGW – Unia Gospodarcza i Walutowa
- UNF – Ustawa z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym
- USE – Ustawa z dnia 25 maja 2001 r. o skutkach wprowadzenia w niektórych państwach członkowskich Unii Europejskiej wspólnej waluty euro

- UZPD – Ustawa z dnia 26 stycznia 2007 r. o zmianie ustawy Prawo dewizowe oraz innych ustaw
- UZKC – Ustawa z dnia 23 października 2008 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny oraz ustawy Prawo dewizowe
- ZTP – Zasady techniki prawodawczej stanowiące załącznik nr 1 do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”

Bibliografia

Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. Nr 78, poz. 483, ze zm.
- Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana 2016), Dz.U. C 202 z 7.6.2016 r., s. 47–200.
- Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana 2016), Dz.U. C 202 z 7.6.2016 r., s. 13–46.
- Rozporządzenie Rady (WE) nr 974/98 z dnia 3 maja 1998 r. w sprawie wprowadzenia euro, Dz. Urz. UE. L z 1998 r. Nr 139, s. 1, ze zm.
- Ustawa z dnia 2 grudnia 1994 r. Prawo dewizowe, Dz.U. z 1994 r. Nr 136, poz. 703, ze zm.
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe, tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 2324, ze zm.
- Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. Prawo dewizowe, Dz.U. 1998 Nr 160, poz. 1063, ze zm.
- Ustawa z dnia 25 maja 2001 r. o skutkach wprowadzenia w niektórych państwach członkowskich Unii Europejskiej wspólnej waluty euro, Dz.U. z 2001 r. Nr 63, poz. 640, ze zm.
- Ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. Prawo dewizowe, tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 309, ze zm.
- Ustawa z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym, tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 188.
- Ustawa z dnia 26 stycznia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo dewizowe oraz innych ustaw, Dz.U. z 2007 r. Nr 61, poz. 410.
- Ustawa z dnia 23 października 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz ustawy – Prawo dewizowe, Dz.U. z 2008 r. Nr 228, poz. 1506.
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 15 stycznia 2016 r. w sprawie zniesienia Narodowego Komitetu Koordynacyjnego do spraw Euro, Rady Koordynacyjnej oraz Międzyinstytucjonalnych Zespołów Roboczych do spraw Przygotowań do Wprowadzenia Euro przez Rzeczpospolitą Polską, Dz.U. z 2016 r., poz. 117.
- Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, tekst jedn. Dz.U. z 2016 r., poz. 283, ze zm.
- Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 8 stycznia 1999 r. w sprawie zakresu, szczególnych zasad i trybu granicznej oraz pocztowej kontroli dewizowej oraz rodzajów

dokumentów stwierdzających uprawnienie do wywozu, wysyłania lub przekazywania za granicę wartości dewizowych lub krajowych środków płatniczych, a także przypadków, w których dokumenty takie nie są wymagane, Dz.U. z 1999 r. Nr 3, poz. 11.

Obwieszczenie Prezesa Narodowego Banku Polskiego w sprawie ogłoszenia wykazu walut wymiennalnych z dnia 29 listopada 2018 r., M.P. z 2018 r., poz. 1210.

Opracowania

- Adamski, Dariusz. 2020. Unia Gospodarczo-Walutowa. W: Dagmara Kornobis-Romanowska (red.). *Prawo rynku wewnętrznego. System Prawa Unii Europejskiej*, t. 7, 659–711. Warszawa: C.H. Beck.
- Bordo, Michal, D. Schwartz, Anna, J. 1989. The ECU – An Imaginary or Embryonic Form of Money: What Can We Learn from History. W: P.D. Grauwe, T. Peters (eds.). *The ECU and European Monetary Integration*, 194–213. London: Palgrave Macmillan.
- Czaja, Jarosław. 2016. Euroizacja jako skutek spowolnienia integracji monetarnej Unii Europejskiej. *Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu* 416: 36–43.
- Czaja, Jarosław, Arunas Dulkys. 2012. The euroisation of Lithuania and Poland: Comparison. *Ekonomika* 91(3): 27–55.
- Feige, Edgar, James L. Dean. 2003. Dollarization and euroization in transition countries: currency substitution, asset substitution, network externalities and irreversibility. *Comparative Economic Studies* 45: 358–383.
- Fojcik-Mastalska, Eugenia. 2003. *Prawo dewizowe: Komentarz*. Wrocław: Oficyna Wydawnicza Unimex.
- Fojcik-Mastalska, Eugenia. 1975. *Zezwolenia dewizowe w polskim prawie dewizowym*. Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolineum – Wydawnictwo.
- Gorgol, Andrzej. 2003a. Charakter i rodzaje ograniczeń dewizowych. W: Wanda Wójtowicz, Andrzej Gorgol (red.). *Prawo dewizowe*, 64–78. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC.
- Gorgol, Andrzej. 2003b. Działalność kantorowa jako szczególny rodzaj obrotu dewizowego. W: Wanda Wójtowicz, Andrzej Gorgol (red.). *Prawo dewizowe*, 124–137. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC.
- Gorgol, Andrzej. 2016. *Fikcja prawna pozytywnego wpisu do rejestru działalności kantorowej jako przejaw realizacji uprawnienia przedsiębiorcy do terminowego załatwienia jego sprawy*. W: E. Ura, E. Feret, S. Pieprzny (red.). *Jednostka wobec działań administracji publicznej*. 567–583. Rzeszów: RS Druk.
- Gorgol, Andrzej. 2001a. Komentarz do art. 4. W: Wanda Wójtowicz, Andrzej Gorgol (red.). *Prawo dewizowe z komentarzem*, 73–75. Bydgoszcz–Lublin: Oficyna Wydawnicza Branta.
- Gorgol, Andrzej. 2001b. Komentarz do art. 6. W: Wanda Wójtowicz, Andrzej Gorgol (red.). *Prawo dewizowe z komentarzem*, 78–81. Bydgoszcz–Lublin: Oficyna Wydawnicza Branta.
- Gorgol, Andrzej. 2001c. Komentarz do art. 10. W: Wanda Wójtowicz, Andrzej Gorgol (red.). *Prawo dewizowe z komentarzem*, 112–117. Bydgoszcz–Lublin: Oficyna Wydawnicza Branta.

- Gorgol, Andrzej. 2001d. Komentarz do art. 12. W: Wanda Wójtowicz, Andrzej Gorgol (red.). *Prawo dewizowe z komentarzem*, 21–123. Bydgoszcz–Lublin: Oficyna Wydawnicza Branta.
- Gorgol, Andrzej. 2003c. Kontrola dewizowa. W: Wanda Wójtowicz, Andrzej Gorgol (red.). *Prawo dewizowe*, 149–158. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC.
- Gorgol, Andrzej. 2011. *Prawne aspekty publicznego finansowania partii politycznych w Polsce i na poziomie europejskim*. Lublin: Wydawnictwo UMCS.
- Gorgol, Andrzej. 2014. Prawnodewizowe instrumenty ochrony rynku finansowego. W: W. Miemiec, K. Sawicka (red.). *Instytucje prawnofinansowe w warunkach kryzysu gospodarczego*, 638–650. Warszawa: Wolters Kluwer S.A.
- Gorgol, Andrzej. 2012. Preferences in Polish foreign exchange Law. W: ПУБЛИЧНЫЕ ФИНАНСЫ И НАЛОГОВОЕ ПРАВО, ЕЖЕГОДНИК, Выпуск 3, Preferences in Financial Law and Economic of The Countries of Central and Eastern Europe, 253–256. Woroneż: Издательство Воронежского Государственного Университета.
- Gorgol, Andrzej. 2003d. Zezwolenia dewizowe jako forma łagodzenia ograniczeń dewizowych. W: Wanda Wójtowicz, Andrzej Gorgol (red.). *Prawo dewizowe*, 107–120. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC.
- Grzegorzcyk, Tomasz. 2003. *Ustawa prawo dewizowe. Komentarz*. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC.
- Hahn, Hugo, Johannes J. Siebelt. 1999. System walutowy, obrót kapitałowy i płatniczy. W: M.A. Dausen (red.). *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, 545–638. Warszawa: C.H. Beck.
- Levasseur, Sandrine. 2004. Why not euroisation? *Revue de l'OFCE* 5 (91 bis): 125–156.
- Łączkowski, Wojciech. 2017. Konstytucja RP a waluta euro. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 3: 11–15.
- Ofiarski, Zbigniew. 2003. *Prawo dewizowe, Komentarze*. Kraków: Zakamycze. Kantor Wydawniczy Zakamycza.
- Riemer, Jeremiah. 1993. The ECU as the „Mark” of Unity: Europe between Monetary Integration and Monetary Union. *Social Education* 57(4): 184–186.
- Skoczylas, Józef Jan. 2000. *Prawo dewizowe. Komentarz*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis.
- Winkler, Adalbert, Francesco Mazzaferro, Carolin Nerlich, and Christian Thimann. 2004. Official dollarisation/euroisation – motives, features and policy implications of current cases, ECB. *Occasional Paper* 11: 40–49.
- Wójtowicz, Wanda. 2001a. Komentarz do art. 2 ust. 1 pkt 10. W: Wanda Wójtowicz, Andrzej Gorgol (red.). *Prawo dewizowe z komentarzem*, 36–39. Bydgoszcz–Lublin: Oficyna Wydawnicza Branta.
- Wójtowicz, Wanda. 2001b. Komentarz do art. 9. W: Wanda Wójtowicz, Andrzej Gorgol (red.). *Prawo dewizowe z komentarzem*, 94–111. Bydgoszcz–Lublin: Oficyna Wydawnicza Branta.
- Wójtowicz, Wanda. 2003. Pojęcia kształtujące zakres prawa dewizowego. W: Wanda Wójtowicz, Andrzej Gorgol (red.). *Prawo dewizowe*, 149–158. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC.

Volume 21, Issue 2
December 2023

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

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-10-09
accepted 2023-11-30



On the possibilities of recruiting minors as confidential personal sources of information

O możliwościach pozyskiwania małoletnich do współpracy jako poufnych osobowych źródeł informacji

PIOTR HERBOWSKI

Akademia Kujawsko-Pomorska w Bydgoszczy
ORCID: 0000-0002-7736-3614, piotr.herbowski@wp.pl

Citation: Herbowski, Piotr. 2023. O możliwościach pozyskiwania małoletnich do współpracy jako poufnych osobowych źródeł informacji. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 21(2): 103–117. DOI: 10.25167/osap.5269.

Abstract: The Polish legislator has not regulated in any way the possibility of police cooperation with minors as confidential personal sources of information. Therefore, for many years there have been opinions about the lack of legal obstacles to such cooperation. However, it is forgotten that it may entail numerous risks for minors and the decision of the legislator is rather a result of lack of awareness of the difficult choices that may face, for example, police officers working on criminal groups. It is necessary to give a broader presentation of our own perspective on this issue, based both on practical experience, as well as resulting from an in-depth analysis of constitutional, national acts and international agreements. All of those allow to formulate a number of postulates that will make it easier for police services to act within the limits of the law.

Keywords: confidential personal sources of information, informants, police, minors, commitment to cooperation

Abstrakt: Polski ustawodawca nie uregulował w żaden sposób możliwości współpracy Policji z małoletnimi jako poufnymi osobowymi źródłami informacji. W związku z tym od wielu lat pojawiają się opinie o braku przeszkód prawnych do takiej współpracy. Zapomina się jednak, że może się ona wiązać z licznymi zagrożeniami dla małoletnich, a decyzja ustawodawcy wynika raczej z braku świadomości trudnych wyborów, przed jakimi mogą sta-

nać np. policjanci rozpracowujący grupy przestępcze. Konieczne jest szersze przedstawienie własnego spojrzenia na tę kwestię, zarówno opartego na praktycznych doświadczeniach, jak i wynikającego z pogłębionej analizy przepisów konstytucyjnych, ustawowych i umów międzynarodowych. Wszystko to pozwala na sformułowanie szeregu postulatów, które ułatwią służbom policyjnym działanie w granicach prawa.

Słowa kluczowe: poufne osobowe źródła informacji, informatorzy, policja, małoletni, zobowiązanie do współpracy

1. Preliminary issues

The possibility of recruiting minors as confidential personal sources of information (hereinafter: CPSI) has been a source of disputes for many years (Herbowski 2018: 163–166), not only among police officers, but also theorists involved in operational and investigative activities. As Boleslaw Sprengel has aptly pointed out, these are due to the lack of a formalised prohibition on the recruitment of minors and the failure of the literature to recognise the legal complications associated with accepting a commitment to cooperate from them and remunerating them (Sprengel 2018: 155).

In the academic sphere, there are views according to which there are no obstacles in Polish law to the use of CPSI who are minors, although it is pointed out that this should be subject to certain conditions (Horosiewicz 2021a: 31; Horosiewicz 2021b: 140). Also, the regulations regarding this area, in force in the United Kingdom or the United States, do not provide an answer regarding the potential principles of such cooperation (Netczuk 2006: 159–160; Horosiewicz 2021b: 133–136).

It is imperative, therefore, to present a wider view of the issue, both theoretical and practical, resulting, *inter alia*, from the management of a unit dealing with minors in one of Poland's largest cities. A qualitative analysis of the scientific literature is insufficient if the need to take into account the provisions contained in the Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997 (hereinafter: Constitution of the RP), which are vital for this issue.

On the other hand, the analysis of the currently applicable operational instructions, especially those from the times of the People's Republic of Poland, does not contribute much to considerations about the cooperation of minors with the Police. Provisions of such a low rank, contrary to the opinions often formulated in police circles, cannot change generally applicable statutory and constitutional provisions, which police officers are also obliged to comply with. As the operational practice before 1989 shows, in the case of operational instructions, we often had to deal with their non-compliance with the legal order in

force in the People's Republic of Poland, e.g. the Code of Criminal Procedure or the Criminal Code. The best example of this can be acquiring CPSI on the basis of incriminating materials, giving consent to their participation in crimes, and then excluding them from criminal cases (Otlowski 1982: 111–118). Thus, it is difficult to draw any patterns of behaviour from them today.

I have made the issue of potential cooperation of minors with law enforcement the subject of my analysis in this article, and in accordance with Art. 10 of the Civil Code Act of 23 April 1964, Dz. 1964, No. 16, item 93 as amended. (hereinafter: CC), I assume that these are people who are under 18 years of age. The publication also includes a term that is not identical to the term “minor” used above, i.e. “juvenile”, and in accordance with Art. 10 of the Act of 6 June 1997 Penal Code, Dz.U. 1997, No. 88, item 553, as amended, these are persons who committed prohibited acts before the age of 17. This is due to the fact that when referring to the views of other authors, police statistics or Internet sources, the terminology used there and the term “juvenile” cannot be omitted. Nevertheless, I am of the opinion that the term “minor” precisely delineates the area of these considerations.

2. Juvenile delinquency

Minors participate in or aspire to partake in criminal groups formed by adults (Rau 2002: 368–370). However, creating a picture of a reality in which there is a need for constant infiltration of such groups by underage informants is a mistake. There is a lack of reliable information about groups that consist exclusively of minors and pose a real threat to public safety. Therefore, the threat of underage crime cannot be demonised. After all, Poland is not Sweden, where the number of robberies perpetrated by minors has more than doubled since 2015 (Robbery assaults...). They are also part of the perpetrators and victims of the dynamically increasing number of homicides with firearms, which are the result of organized crime groups' scores (Zyśk 2022). The detection rate of these homicides is also worryingly low, at only 25%, and according to Jerzy Sarnecki this is due to both a lack of evidence and an unwillingness to cooperate with the police (Szwajcjer 2022). In such a situation, the Swedish government's proposals to introduce the offence of promoting juvenile delinquency in the Criminal Code (Terror in the State...) may prove to be far from sufficient. The Prime Minister's idea to use the military to fight organised crime groups, which he believes is supposed to be a sign of helplessness and populism, should also be regarded as: “Swedish legislation is not adapted to gang wars and child soldiers” (Gang War...). In turn, according to J. Sarnecki, preventive actions are a task for the next 25 years (Swiss 2022).

In Poland, according to the information of the National Police Headquarters for the years 2020 (Information 2020) and 2021 (Information 2021), the share of criminal acts committed by minors, which exhaust the elements of crimes, in their total number is decreasing and amounts to just over 2%. This is important because it was still 10.8% in 2010 (Information 2013), so we are dealing with an obvious downward trend. This is also confirmed by the statistics of the Ministry of Justice (Judicial Statistics 2017: 20) and in the literature (Bernasiewicz, Noszczyk-Bernasiewicz 2020: 17–20). Despite a number of acts of a particularly violent nature, most of them are definitely less socially harmful and have a very low level of camouflage. They are committed in school environments where the anonymity of the perpetrators is low. The problem faced by Polish law enforcement agencies is rather the need to convince victims to testify. Information about perpetrators is also obtained from teachers and legal guardians.

3. Cooperation with the Police

Situations also arise where the Polish police could obtain valuable information from minors operating in criminal groups – and such a prospect can be tempting. An analysis of the legal provisions alone is then not a sufficient step. It should be preceded by an attempt to find answers to several relevant questions:

- To what extent do minors form their ideas about such cooperation on the basis of films and crime series?
- What is the level of awareness of the risk resulting from cooperation with the police among minors?
- Are the risks for the minor associated with cooperation not higher than the potential benefits for the Police?
- What is the risk of police officers being misinformed by minors providing them with information?

The issues of psychological resilience, maturity and level of demoralisation of minors functioning in organised criminal groups or on their periphery, who are willing or declare their willingness to provide information to the Police, cannot be marginalised in any way. One might get the impression that this has been omitted in the discussion to date relating to this subject.

4. Age

Some authors highlight the need for a statutory lower age limit for minors with whom the Police could cooperate as CPSI. Yet, they justify their posi-

tions in quite a different manner. According to Robert Netczuk, the current regulations give grounds to conclude that such permanent cooperation is not possible, and the lack of precise statutory solutions will lead to tolerating such legally dubious activities. In doing so, however, he postulates that the establishment of cooperation with minors should be possible once they have reached the age of 15 (Netczuk 2010: 13). Krzysztof Horosiewicz, on the other hand, proposes that a minor informant should be at least 16 years old, and only in the case of certain offences and under certain conditions could he or she be younger (Horosiewicz 2021b: 138). A fundamental doubt arises, however, about the justification of such a proposal, since, according to its author: “[...] the lack of legal regulations regarding the use of minor informants by the Polish Police does not result from the prohibitions contained in generally applicable laws. Doubts in this regard should not be about whether to use the help of minors as informants, but how to regulate the use of their help to make it more ethically acceptable” (Horosiewicz 2021b: 137). The above position does not deserve acceptance, because it cannot be reconciled with the content of Art. 7 of the Constitution of the Republic of Poland, according to which: “Public authorities act on the basis of and within the limits of the law”. This provision contains the principle of legalism, also referred to as the rule of law. According to it, the law constitutes a competence to act and is the source of the orders and prohibitions that determine its legal framework. The very competence to act cannot be presumed. If state authorities take action without a legal basis, outside the limits of the law or in violation of these limits, they are always illegal (Florczak-Wątor 2021a, LEX). Considering the provisions of constitutional rank, one cannot agree with the position that in the generally applicable provisions of law there are no prohibitions on cooperation with minors. An in-depth analysis of this issue requires taking into account the entire complexity of possible cooperation of minors with the Police, and above all significant differences in the nature and conditions of cooperation between individual categories of CPSI. At the same time, it may be very doubtful whether the legislator even notices this problem, if for many years it has been avoiding precise regulation of the rules of cooperation between police services and adult persons providing them with assistance (Taracha 2006: 230–239; Szumiło-Kulczycka 2012: 304; Horosiewicz 2015: 189–190). It is therefore necessary to express substantial opposition to the proposals to allow permanent cooperation of the Police with minors who are 15 or 16 years old, as they are not based on an in-depth analysis of the risks that may occur during such cooperation. The proposed solutions also fail to take into account the numerous restrictions arising from a number of laws, the Constitution of the Republic of Poland and the Convention on the Rights of the Child. Nonetheless, it should be stressed that the aforementioned provi-

sions do not provide grounds for claiming that we are dealing with a total ban on obtaining information from minors.

5. Commitment of the minor to cooperate

In the case of CPSI undertaking cooperation with the Police, the consent itself may be both oral and written. This is regulated by the provisions of the operational instructions. The possible undertaking of cooperation and the acceptance of such a commitment by the minor raises the question of his/her possible rights and obligations. According to some authors, such bilateralism resembles a civil law relationship. Among the duties, the necessity to perform the ordered tasks, to provide truthful information and to keep the fact of cooperation secret is mentioned (Netczuk 2006: 71). Among the rights, on the other hand, the possibility to obtain remuneration and possible compensation is indicated. It should be noted that the idea has even arisen that this is a special type of contract (Horosiewicz 2015: 112). It must be rejected for a number of reasons (Herbowski 2018: 158–159). One of them is that it would be essentially a unilateral declaration of assumption of obligations by the minor, which he or she should not be entitled to do. It is worth mentioning that the author of this concept has departed from his earlier views in his subsequent publications. He now argues that the obligation to cooperate itself has only a psychological meaning and is only an element of influencing CPSI and provides an additional motivation to respect the obligations entered into and to fulfil the objectives of cooperation (Horosiewicz 2021b: 130). Such a position deserves acceptance, but only in relation to adult CPSI. Due to numerous doubts, the relationship between the officer and the minor could only be described as a *quasi*-understanding that does not bind either party (Herbowski 2018: 160).

In order to analyse in depth the potential legal consequences of a minor's cooperation with the police, one cannot overlook the provisions of the Civil Code that refer to legal capacity. As indicated in Art. 15 of the Civil Code, minors who have reached the age of 13 have limited legal capacity. Thus, they do not have the competence to perform certain legal actions, they need the consent of their legal representative to perform certain legal actions, and in certain cases indicated by the law – also the consent of the court. At the same time, they have full competence to perform, for example, legal actions pursuant to Art. 20–22 of the Civil Code (Lutkiewicz-Rucińska 2022, LEX).

Art. 17 of the C.C.C. refers to a legal action by which a person limited in legal capacity incurs an obligation. In such a case, the consent of the legal representative is required. It is not required in the case of so-called agreement of minor importance (Art. 20 of the Civil Code), the disposal of one's earn-

ings (Art. 21 of the Civil Code) or the performance of legal acts in relation to property objects given to such a person for free use (Art. 22 of the Civil Code) (Pilich 2021a, LEX). Despite the fact that undertaking to cooperate with the Police is not the same as the concept of obligation in civil law (Horosiewicz 2021b: 130), there is no doubt that the auxiliary use of the regulations contained in the Civil Code is by all means legitimate and expedient. Of course, it is impossible to find in the comments to the CC any considerations devoted to the minor's commitment to cooperation. However, this does not mean that we are dealing with the so-called agreement of minor importance (Art. 20 of the CC), i.e. an agreement commonly concluded for trivial day-to-day matters. After all, no gross disadvantage clause is provided for such agreements (Pilich 2021b, LEX). These regulations leave no doubt that the minor's assumption of an obligation to cooperate with the Police on a permanent basis goes far beyond the scope of a so-called "agreement of minor importance" and s/he should not be entitled to do so. This also ought to be the position of the Police, who, in accordance with the constitutional principle of legalism, cannot presume their competence to act (Florczak-Wątor 2021b, LEX) even if no provisions of the law, including the Police Act, which is very vague in this regard, explicitly prohibit them. In the face of this, it is reasonable to argue that minors cannot undertake permanent cooperation with the Police and even the possible consent of the legal representatives cannot change this. This is due to the fact that it is only after the age of 18 that we can say that the accepted commitment to cooperate is conscious and voluntary.

The possible remuneration of minors in return for the information they provide must not be forgotten either. Obtaining remuneration in most situations requires the signing of a receipt (Herbowski, Bukowski 2016: 155–166). Likewise, as in the case of taking on a cooperation obligation, the minor should not be allowed to do so. Doubts also surround the potential use of such funds from the Police operational fund. The prospect of such money being used to purchase drugs or alcohol must be strongly objected to. This would undoubtedly increase the risk of demoralisation of underage informants. Also unacceptable are views equating the remuneration that a minor may receive as a result of cooperation with the Police with earnings resulting from an employment relationship and any benefits related to the provision of services, e.g. as part of seasonal, casual work, from participation in competitions, sports competitions or from dues for collected herbs, berries, mushrooms (Horosiewicz 2021a: 27).

The consequences related to the potential cooperation of a minor with the Police may also be loss of life, damage to health or property. The current statutory provisions relating to the avenue of redress are vague and the prospects of the minor or his or her family obtaining compensation are quite vague. This

does not mean that it is impossible. It would, however, be necessary to refer to the provisions of the Constitution and, more specifically, to Art. 77 thereof, which grants the right to compensation for unlawful action of a public authority. It is necessary at the same time to demonstrate a causal link between this unlawful action and the damage caused (Florczak-Wątor 2021b, LEX).

6. Risks related to cooperation

The cooperation of minors with the police does not only represent potential benefits, but also numerous risks that officers should not be indifferent to. In the first place, the potential lack of psychological resilience of the minor to the stress resulting from cooperation should be underlined. This, after all, involves obtaining and communicating information on the actions taken by persons or environments in which the minor functions or has some contact with. Another risk is the lack of ability to assess the situation in which the minor may find him/herself as a result of such cooperation. It is doubtful that the minor has been adequately prepared for this by the police officer with whom he or she is working. Among the numerous dangers, it is also necessary to indicate an overestimation of one's own skills, a greater tendency to take risks than in adults or an inappropriate reaction in cases of emerging threats to health or even life.

When assessing the permissibility of tolerating the aforementioned dangers when working with minors, it should be pointed out that the obligation of state authorities to protect minors from such dangers may also be rooted in international agreements, especially when they contain a broad catalogue of children's rights and institutional solutions ensuring their protection (Przyborowska-Klimczak 2019: 214). The most prominent of these is undoubtedly the Convention on the Rights of the Child. The necessity to take it into account when analysing the risks associated with the cooperation of minors with the Police results from Art. 9 of the Constitution of the Republic of Poland, which prescribes the observance of international law by the Republic. The content of this article is concretised in Art. 89 of the Polish Constitution, which provides for the ratification of international agreements (Tuleja 2021, LEX). Art. 32 (1) of that Convention states that: "States-Parties recognise the right of the child to be protected from economic exploitation, from work which may be dangerous or which may interfere with the child's education or be harmful to the child's health or physical, mental, spiritual, moral or social development". The implementation of these obligations at the constitutional level is Art. 65 (3) of the Constitution of the Republic of Poland. When interpreting these solutions, one must always take into account the constitutional principle of the good of the

child and require that work is not dangerous or harmful to the child (Banaszak, Żukowski 2015: 251–252). There is no doubt that the constant cooperation of the minor with the Police carries such risks.

7. Obstacles

Minors are sometimes members of organised criminal groups (Wieczorek 2005: 151–161). In many cases, however, they are very demoralised (Rau 2002: 368–369). This is due to the fact that belonging to such groups, they have to comply with the rules in force in them, they are easily influenced and willing to imitate new negative patterns. In contrast to the motivations that guide adult members of such groups when cooperating with the Police (Herbowski 2018: 148–150), in the case of minors, a key role may be played in particular by those preventing their enlistment (Horosiewicz 2012: 218). Therefore, the probability of minors undertaking such cooperation should be assessed as low. At the same time, one should not lose sight of another significant danger, namely possible deliberate misinformation of the Police (Łabuz, Kosmaty, Kudła 2021: 212). It seems, then, that working on the statutory conditions for permanent cooperation with minors, in view of the potentially marginal number of enlistments, is currently a waste of time.

When considering the possibility of introducing such changes into Polish legislation, other obstacles must also be taken into consideration. Among these, the views of the legal community are certainly of considerable importance. For many years now, their very strong resistance to a precise statutory regulation of the principles of cooperation between police services and persons providing them with assistance has been perceptible. It is difficult to imagine that, with regard to such a contentious issue as cooperation with minors, this position would be overcome. Particularly if we modelled ourselves on American solutions, dominated by the principle of procedural opportunism (Horosiewicz 2021b: 133–136). Such an attitude of legal circles in the past also resulted in the fact that the issue of cooperation with minors did not become the subject of broader discussion during the work on the draft Act on operational and investigative activities (Netczuk 2010: 13).

One should also not forget our legislator who, after 40 years in force, repealed the Act of 26 October 1982 on juvenile proceedings, Dz.U. 1982, No. 35, item 228 as amended, and its place was taken by the Act of 9 June 2022 on the Support and Rehabilitation of Minors, Dz.U. 2022, item 1700 as amended. Its preamble leaves no doubt as to the prospects for limiting parental authority and the direction of acceptable changes.

8. Role of parents and family court

The literature indicates that one of the conditions for the minor's permanent cooperation with the Police should be the consent of the family court, which would have to take into account his/her age and maturity, social interest and ensure that the consent is informed and voluntary before making a decision (Horosiewicz 2021b: 138). The need to obtain a psychologist's opinion on the lack of negative effects on the psyche of a minor is also raised (Netczuk 2010: 13–14). Setting aside the very issue of a psychologist's admission to classified information, it is doubtful that anyone would choose to give an opinion on the possibility of such cooperation in terms of the absence of negative consequences for the minor. Police psychologists, against whom the argument of their lack of objectivity would certainly be raised, should also be excluded a priori from giving an opinion.

It is a separate issue to obtain consent for such cooperation from the minor's legal guardians (Netczuk 2010: 13–14). The question of what such a procedure would look like in practice cannot be answered in the literature on the subject. The issue is much more intricate than it may initially appear. On the one hand, it is an indisputable fact that some minors with access to information of value to the police live in pathological environments. The parents of some of them may be persons with criminal records with an unwillingness to cooperate with law enforcement. Under the current state of the law, it is not possible to disregard them when it comes to a potential decision regarding their children's consent to cooperate. If they have full parental rights, this would only be possible after far-reaching amendments to the provisions of the Act of 25 February 1964, Family and Guardianship Code, Dz.U. 1964, No. 9, item 59 as amended (hereinafter: FGC). Considering the obstacles indicated earlier, among other things the resistance of the legal community, the likelihood of such changes is negligible. On the other hand, one has to see another threat concerning the guardians' consent to the minor's cooperation with the Police. After all, some of them could give it, tempted by the potential remuneration for their child for the information provided, and then use the funds obtained for various kinds of illegal stimulants.

Obtaining the family court's consent for the minor to cooperate also implies the need to apply the procedure related to the court's admission to classified information. As far as the competence of common court judges to assess operational materials is concerned, the conclusions of the research conducted by Dobrosława Szumiło-Kulczycka, from which it is clear that: "Courts seem helpless when confronted with the operational material submitted to them, on the basis of which they are supposed to decide whether or not to order operational control. Judges do not have the tools to assess it on its merits and,

above all, the tools to verify it effectively. As a result, the courts, so to speak, automatically recognise as true and convincing the materials submitted by the entity applying for the application of operational control and issue a decision to grant the application” (Szumiło-Kulczycka 2015: 38). If, therefore, district court judges, within whose competence it is to consent to the application of operational control, are helpless in assessing the operational material submitted to them, it is all the more impossible to require adequate substantive preparation from district court judges ruling in the family and minors’ divisions.

The above considerations give rise to the conclusion that requests for obtaining consent for the permanent cooperation of minors from their legal guardians or family courts are, for a variety of reasons, not feasible.

9. Position of the Constitutional Court

The potential objection of the judges to the request of the Police to consent to permanent cooperation with the minor would fully comply with the indications contained in the judgment of the Constitutional Tribunal of 11 October 2011, according to which: “[...] the order to protect the welfare of the child constitutes the basic, superior principle of the Polish family law system, to which all regulations in the sphere of relations between parents and children are subordinated. The notion of “rights of the child” in the provisions of the Constitution should be understood as an injunction to ensure the protection of the interests of a minor who, in practice, can assert it himself to a very limited extent (cf. judgement of the Constitutional Tribunal of 28 April 2003, ref. K 18/02, OTK ZU No. 4/A, item 32). Parents must therefore have the right to represent their child before third parties in order to be able to effectively exercise custody of the child. In this respect, they have a subjective right of an inherent and natural nature, which does not originate from the state, although it is exercised under state and social control. Parenthood is also upheld by the Constitution (Art. 18). However, if the parents improperly exercise their rights and obligations towards the child, contrary to their best interests, they may be deprived of parental authority”.

Therefore, the issue of parents’ consent to the minor’s permanent cooperation with the Police can also be looked at from a different angle. Would its expression not be contrary to the good of the minor and could become a reason for interference by the family court and limiting or playing with their parental authority? According to Art. 95 § 3 KRiO (FGC) – parental authority should be exercised as the child’s welfare and the public interest require. In such a situation, it is impossible to assume that the social interest in the form of information provided by the minor to the Police and the benefits resulting from this

could prevail over the welfare of the child. In the commentaries to the FGC, for obvious reasons, one cannot find considerations devoted to this issue, but depending on the degree of threat to the child's welfare, the solutions specified in Art. 109 of the FGC and, in extreme situations, even deprivation of parental authority regulated in Art. 111 of the FGC could come into play.

10. Conclusions

Our legislator did not regulate the issue of cooperation with minors as CPSI, leaving the police – consciously or unconsciously – a certain discretion. The analysis of constitutional and statutory provisions and international agreements leads to the conclusion of the impossibility of permanent cooperation with this category of persons, as well as their remuneration in the form of money. Nevertheless, the possibility of incidental, occasional transmission of information, i.e. in the capacity of an informer, must be allowed. The presence or intermediation of parents or legal guardians is, however, necessary. Their omission is not an appropriate action.

It is disagreeable with the views formulated in the literature that the permanent cooperation of the Police with minors should be modelled on the regulations in force in Anglo-Saxon countries (Netczuk 2010: 13), as to certain types of offences and after the court authorises these activities, once the minors have reached the age of 16, and in certain situations even younger (Horosiewicz 2021b: 137–138).

Police officers, when seeking to undertake permanent cooperation with minors, cannot follow the principle, which used to derive from the so-called Wilczek Act (the Act of 23 December 1988 on economic activity) and now from Art. 8 of the Entrepreneurs' Law, that everything that is not prohibited by law is permitted. According to Art. 7 of the Constitution of the Republic of Poland, the Police can only act on the basis and within the limits of the law. It should also always be borne in mind that there is a number of risks for minors associated the cooperation, which cannot be ignored. The benefits that the Police may derive from it must not take precedence over the welfare of minors.

List of abbreviations

- Constitution of the RP – Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997, Dz.U. 1997, No. 78, item 483 as amended
CC – Act of 23 April 1964 Civil Code (Dz.U. 1964, No. 16, item 93 as amended)
FGC – Act of 25 February 1964 Family and Guardianship Code, Dz.U. 1964, No. 9, item 59, as amended
CPSI – confidential personal sources of information

References

Legal acts

- Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997, Dz.U. 1997, No. 78, item 483 as amended
- Convention on the Rights of the Child adopted by the United Nations General Assembly on 20 November 1989., Dz.U. 1991, No. 120, item 526, as amended
- Act of 25 February 1964, Family and Guardianship Code, Dz. U. of 1964, No. 9, item 59 as amended
- Act of 23 April 1964 Civil Code (Dz.U. 1964 No. 16, item 93 as amended)
- Act of 26 October 1982 on Juvenile Proceedings, Dz.U. 1982, No. 35, item 228, as amended, repealed
- Act of 23 December 1988 on Economic Activity (Dz.U. 1988 No. 41, item 324 as amended, repealed)
- Act of 06 June 1997 Penal Code, Dz.U. 1997, No. 88, item 553, as amended
- Act of 06 March 2018 Entrepreneurs' Law, (Dz.U 2018, item 646, item as amended)
- Act of 09 June 2022 on the Support and Rehabilitation of Minors Dz.U. 2022, item 1700 as amended

Judicial decisions

- Judgement of the Constitutional Tribunal of 11 October 2011, case ref. No. K 16/10, Dz.U. 2011, No 240, item 1436.

Secondary sources

- Banaszak, Bogusław and Łukasz Żukowski. 2015. Prawo dziecka do ochrony przed przemocą, okrucieństwem, wyzyskiem i demoralizacją – rozwiązania polskie na tle standardów Konwencji Praw Dziecka. In: *Konwencja o Prawach Dziecka. Wybór zagadnień (artykuły i komentarze)*, (ed.) Stanisław Leszek Stadniczeńko, 237-253. Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Dziecka.
- Bernasiewicz, Maciej and Monika Noszczyk-Bernasiewicz. 2020. Przystępczość nieletnich w USA i w Polsce na podstawie wybranych statystyk kryminalnych. *Archiwum Kryminologii* 42(2):207-238.
- Florczak-Wątor, Monika. 2021a. Komentarz do art. 7. In: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, (ed.) Piotr Tuleja, wyd. II, LEX/el. Warszawa: Wolters Kluwer. Wydanie elektroniczne LEX. Last access 19.12.2022.
- Florczak-Wątor, Monika. 2021b. Komentarz do art. 77. In: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, (ed.) Piotr Tuleja, wyd. II, LEX/el. Warszawa: Wolters Kluwer. Wydanie elektroniczne LEX. Last access 19.12.2022.
- Herbowski, Piotr. 2018. *Poufne osobowe źródła informacji. Aspekty kryminalistyczne i prawnowodowe*. Warszawa: Difin.

- Herbowski, Piotr and Jacek Bukowski. 2016. Falszerstwa dokumentów operacyjnych a badania pismoznawcze. *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego* 39: 155-166.
- Horosiewicz, Krzysztof. 2012. Przedsięwzięcia werbunkowe. *Przegląd Policyjny* 4(108): 210-220.
- Horosiewicz, Krzysztof. 2015. *Współpraca policjantów z osobowymi źródłami informacji*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Horosiewicz, Krzysztof. 2021a. Nietelni jako poufne osobowe źródła informacji polskiej Policji Cz. 1. *Przegląd Policyjny* 1(141): 19-31.
- Horosiewicz, Krzysztof. 2021b. Nietelni jako poufne osobowe źródła informacji polskiej Policji Cz. 2. *Przegląd Policyjny* 2(142): 126-140.
- Lutkiewicz-Rucińska, Anita. 2022. Komentarz do art. 15. In: Małgorzata Balwicka-Szczyrba, Anna Sylwestrzak. *Kodeks cywilny. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer. Wydanie elektroniczne LEX. Last access 20.12.2022.
- Łabuz, Paweł, Piotr Kosmaty, and Jacek Kudła. 2021. Wykrywanie tajnych agentów policyjnych w zorganizowanych grupach przestępczych. In: *Działania kontrwykrywcze zorganizowanych grup przestępczych i organizacji terrorystycznych*, (ed.) Piotr Chlebowicz, Paweł Łabuz, Tomasz Safjański, 195-222. Warszawa: C.H. Beck.
- Netczuk, Robert. 2006. *Tajny współpracownik policji na tle prawnoporównawczym*. Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego.
- Netczuk, Robert. 2010. Tajny współpracownik i tajny agent w projektach ustaw o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych. Uwagi de lege ferenda. *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 3: 11-30.
- Otłowski, Kazimierz. 1982. *Nadawanie charakteru procesowego materiałom operacyjnym*. Warszawa: Departament Szkolenia i Doskonalenia Zawodowego MSW.
- Pilich, Mateusz. 2021a. Komentarz do art. 17. In: *Komentarz. Tom I: Część ogólna, cz. 1 (art. 1-55(4))*, (ed.) Jacek Gudowski. Warszawa: Wolters Kluwer. Wydanie elektroniczne LEX. Last access 20.12.2022.
- Pilich, Mateusz. 2021b. Komentarz do art. 20. In: *Komentarz. Tom I. Część ogólna, cz. 1 (art. 1-55(4))*, (ed.) Jacek Gudowski. Warszawa: Wolters Kluwer. Wydanie elektroniczne LEX. Last access 20.12.2022.
- Przyborowska-Klimczak, Anna. 2019. Ochrona praw dziecka w publicznym prawie międzynarodowym. *Teka Komisji Prawniczej PAN Oddział w Lublinie* 12(1): 211-235.
- Rau, Zbigniew. 2002 *Przestępczość zorganizowana w Polsce i jej zwalczanie*. Kraków: Zakamycze.
- Sprengel, Bolesław. 2018. *Praca operacyjna Policji*. Toruń: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika.
- Statystyka Sądowa. Sprawy Nietelnych. Prawomocne orzeczenia w latach 2010-2016*. 2017. Warszawa: Wydział Statystycznej Informacji Zarządczej, Departament Strategii i Funduszy Europejskich, Ministerstwo Sprawiedliwości.
- Szumiło-Kulczycka, Dobrosława. 2012. *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*. Warszawa: LexisNexis.
- Szumiło-Kulczycka, Dobrosława. 2015. Korzystanie w postępowaniu karnym przez sądy pierwszej instancji z informacji zebranych operacyjnie. *Prawo w Działaniu* 23: 7-103.
- Taracha, Adam. 2006. *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnowodowe*. Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej.

Tuleja, Piotr. 2021. Komentarz do art. 9. In: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, (ed.) Piotr Tuleja, wyd. II. Warszawa: Wolters Kluwer. Wydanie elektroniczne LEX. Last access 19.12.2022.

Wieczorek, Leszek. 2005. *Przestępczość i demoralizacja nieletnich w Polsce w okresie transformacji ustrojowej*. Katowice: Wydawnictwo Naukowe Śląsk.

Internet sources

Informacja dotycząca stanu zagrożenia przestępczością nieletnich w Polsce w I półroczu 2013 roku. Biuro Prewencji i Ruchu Drogowego KGP Wydział Prewencji, <https://policja.pl/pol/kgp/biuro-prewencji/wydzial-prewencji/problematyka-nieletnich/90639,Problematyka-nieletnichmaloletnich.html>. Last access 29.11.2022.

Informacja dotycząca stanu zagrożenia przestępczością nieletnich w Polsce w 2020 roku. Biuro Prewencji KGP Wydział Prewencji, <https://policja.pl/pol/kgp/biuro-prewencji/wydzial-prewencji/problematyka-nieletnich/90639,Problematyka-nieletnichmaloletnich.html>. Last access 29.11.2022.

Informacja dotycząca stanu zagrożenia przestępczością nieletnich w Polsce w 2021 roku. Biuro Prewencji KGP Wydział Prewencji, <https://policja.pl/pol/kgp/biuro-prewencji/wydzial-prewencji/problematyka-nieletnich/90639,Problematyka-nieletnichmaloletnich.html>. Last access 29.11.2022.

Napady rabunkowe nieletnich. Kim są sprawcy i dlaczego jest ich więcej? <https://www.tvp.info/57466711/szwecja-raport-duzy-wzrost-liczby-napadow-rabunkowych-dokonanych-przez-nieletnich>. Last access 12.12.2022.

Szwajcer, Diana. 2022. Cała prawda o przestępczości w Szwecji. Prof. Sarnecki: nie boję się wyjść na ulicę, <https://wiadomosci.onet.pl/swiat/cala-prawda-o-przestepczosci-w-szwecji-nie-boje-sie-wyjsc-na-ulice/0grs1z9>. Last access 12.12.2022.

Terror w państwie Europy Zachodniej. Już 60. Ofiara śmiertelna, <https://www.tvp.info/64931729/szwecja-pograzona-walkami-gangow-juz-kilkudziesieciu-zabitych>. Last access 6.12.2022.

Wojna gangów w Szwecji, giną kolejne osoby. Rząd zdecydował o zaangażowaniu wojska, <https://tvn24.pl/swiat/szwecja-wojna-gangow-gina-kolejne-osoby-rzad-zdecydowal-o-zaangazowaniu-wojska-7366229>. Last access 29.09.2023.

Zyśk, Daniel. 2022. Szwecję zalała fala brutalnej przestępczości. Jest 60 ofiara strzelanin. Szef policji: w 2023 roku niewiele się zmieni, <https://www.pap.pl/aktualnosci/news%2C1499010%2Cszwecje-zalala-fala-brutalnej-przestepczosci-jest-60-ofiara-strzelanin>. Last access 12.12.2022.

Volume 21, Issue 2
December 2023

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

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-08-22
accepted 2023-12-03



Zagrożenia w obszarze bezpieczeństwa informacji i ochrony danych osobowych a rola Inspektora Ochrony Danych w tym zakresie

Threats in the area of security information
and personal data protection and the role
of Data Protection Officer in this regard

MARCIN JANIK

Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Śląski w Katowicach
ORCID: 0000-0002-6197-2722, e-mail: kontakt@janikadwokat.pl

STANISŁAW HADY-GŁOWIAK

Katedra Prawa Gospodarczego, Uniwersytet Ekonomiczny w Katowicach
ORCID: 0000-0002-1060-6984, e-mail: stanislawhg@gmail.com

Citation: Janik, Marcin. Hady-Głowiak, Stanisław. 2023. Zagrożenia w obszarze bezpieczeństwa informacji i ochrony danych osobowych a rola Inspektora Ochrony Danych w tym zakresie. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 21(2): 119–140. DOI: 10.25167/osap.5205.

Abstract: The article presents issues related to current threats in the area of security information and personal data protection as well as preventive measures in this area. With the above in mind, the article discusses the current system and legal solutions as well as the advisory and monitoring role of Data Protection Officer in the institution in this respect.

Keywords: Information security, cyber security, Data Protection Officer, personal data protection, incident

Abstrakt: W artykule przedstawiono zagadnienia dotyczące aktualnych zagrożeń w obszarze bezpieczeństwa informacji i ochrony danych osobowych oraz działań zapobiegawczych w tym zakresie. Mając powyższe na uwadze, w artykule omówiono aktualne rozwiązania

systemowe i prawne oraz rolę doradczą i monitorującą Inspektora Ochrony Danych w instytucji w przedmiotowym zakresie.

Słowa kluczowe: bezpieczeństwo informacji, cyberbezpieczeństwo, Inspektor Ochrony Danych, ochrona danych osobowych, incydent

Niniejszy artykuł ma na celu przedstawienie aktualnych zagrożeń w obszarze bezpieczeństwa informacji i ochrony danych osobowych oraz działań zapobiegawczych w tym zakresie. Mając powyższe na uwadze, w artykule omówiono aktualne rozwiązania systemowe i prawne oraz rolę doradczą i monitorującą Inspektora Ochrony Danych (zwanego dalej IOD) w instytucji w przedmiotowym zakresie.

1. Wprowadzenie do tematyki związanej z zagrożeniami w obszarze bezpieczeństwa informacji i ochrony danych oraz przepisów prawnych w przedmiotowym zakresie

Ochrona cyberprzestrzeni stała się jednym z najczęściej podejmowanych tematów dotyczących bezpieczeństwa, ponieważ stabilność funkcjonowania i rozwój globalnego społeczeństwa informacyjnego są uzależnione od otwartej, niezawodnej i – przede wszystkim – bezpiecznej cyberprzestrzeni. Podnoszenie świadomości w tym zakresie oraz konstrukcja odpowiednich narzędzi prawnych i karnych w zwalczaniu cyberprzestępczości nie idą w parze z gwałtownym wzrostem liczby cyberincydentów i nowych rodzajów cyberzagrożeń. Obecnie istnieje problem braku spójnych międzynarodowych rozwiązań systemowych i prawnych, co ogranicza rządy państw, instytucje oraz inne podmioty, których celem jest zapewnienie bezpiecznego działania globalnej sieci. Klasycznym przykładem międzynarodowej problematyki dotyczącej cyberbezpieczeństwa są zmasowane cyberataki na infrastrukturę teleinformatyczną Estonii w 2007 r. oraz Gruzji w 2008 r. Cyberataki na te państwa doprowadziły do funkcjonalnego paraliżu m.in. poprzez: blokowanie czy podmienianie rządowych portali; ataki DDoS poprzez sfałszowane komunikaty BBC i CNN, które w rzeczywistości infekowały komputery; cyberataki na strony internetowe banków czy ambasad państw wspierających zaatakowaną Gruzję i Estonię (Gwoździewicz 2019: 3).

W środowisku praktyków panuje pogląd, że administracja lokalna jest atrakcyjnym celem dla cyberprzestępców. Jedną z przyczyn takiego stanu rzeczy jest możliwość łatwego uzyskania informacji o kontrahentach urzędów publicznych. Ponadto pracownicy urzędów nie mają wystarczającej wiedzy pozwalającej na identyfikację wszelkich prób cyberataków. Podkreślić należy również, że bardzo często budżet małych jednostek samorządu terytorialnego nie pozwala na zaangażowanie specjalistów odpowiedzialnych za zapewnienie odpowiedniego poziomu ochrony posiadanych zasobów jednostki przed cyberatakami oraz

za monitorowanie i aktualizowanie systemów informatycznych. W pandemii wzrosła liczba ataków hakerskich na serwery jednostek samorządu terytorialnego, a ich praca została sparaliżowana na wiele dni. Według Barracuda Networks (światowy lider w zakresie IT) ofiarami ponad 44% ataków *ransomware* są właśnie władze lokalne. Należy podkreślić, że w bazach samorządowych przechowywane są praktycznie wszystkie dane osobowe obywateli, które przestępcy mogą wykorzystać do kradzieży tożsamości (Horbaczewski 2022).

Jeżeli chodzi o przepisy prawne regulujące przedmiotowe zagadnienie, to jako kluczowe należy wskazać unijne ramy cyberbezpieczeństwa, takie jak: Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/680 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchyłająca decyzję ramową Rady 2008/977/WSiSW (Dz.U.UE.L.2016.119.89, zwana dalej dyrektywą 2016/680), Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (Dz.U.UE.L.2016.119.1, zwane dalej RODO) oraz Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1148 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych na terytorium Unii (Dz.U.UE.L.2016.194.1, zwana dalej dyrektywą NIS). Dyrektywa NIS określiła obowiązki z zakresu cyberbezpieczeństwa, którym podlegają: 1) operatorzy usług kluczowych – co najmniej 7 sektorów krytycznych – energetyka (energia elektryczna, ropa naftowa, gaz), transport (transport lotniczy, transport kolejowy, transport wodny, transport drogowy), bankowość, infrastruktura rynków finansowych, służba zdrowia, zaopatrzenie w wodę pitną i jej dystrybucja, infrastruktura cyfrowa, oraz 2) dostawcy usług cyfrowych (internetowe platformy handlowe, wyszukiwarki, usługi przetwarzania w chmurze). Dyrektywa 2016/1148 ustanawia obowiązki dla wszystkich państw członkowskich dotyczące: przyjęcia krajowej strategii w zakresie bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych, tworzenia grupy współpracy w celu wspierania i ułatwiania strategicznej współpracy i wymiany informacji między państwami członkowskimi oraz tworzenia sieci zespołów reagowania na cyberincydenty CSIRT. Ponadto ustanawia wymogi dotyczące bezpieczeństwa i zgłaszania incydentów dla operatorów usług kluczowych i dostawców usług cyfrowych oraz wymogi dotyczące wyznaczania właściwych organów krajowych, pojedynczych punktów kontaktowych oraz CSIRT mających zadania związane z bezpieczeństwem sieci i systemów informatycznych. Bardzo

ważnym elementem dyrektywy 2016/1148 są także definicje legalne m.in. takich pojęć jak: „sieci i systemy informatyczne”, „bezpieczeństwo sieci i systemów informatycznych”, „krajowa strategia w zakresie bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych”, „operator usług kluczowych”, „usługa cyfrowa” i „dostawca usług cyfrowych”, „incydent” i „postępowanie w przypadku incydentu” czy też „usługa przetwarzania w chmurze”.

Dzięki dyrektywie 2016/1148 państwa członkowskie UE podjęły działania w celu dostosowania wewnętrznych przepisów prawnych (Gwoździewicz 2019: 4–5).

Unijne przepisy dotyczące cyberbezpieczeństwa wprowadzone w 2016 r. zostały zaktualizowane Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2555 z dnia 14 grudnia 2022 r. w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu cyberbezpieczeństwa na terytorium Unii, zmieniająca rozporządzenie (UE) nr 910/2014 i dyrektywę (UE) 2018/1972 oraz uchylająca dyrektywę (UE) 2016/1148 (Dz.U.UE.L.2022.333.80, zwaną dalej dyrektywą NIS 2). W ramach NIS2 zmodernizowano istniejące ramy prawne, aby nadążyć za rosnącą cyfryzacją i zmieniającym się krajobrazem zagrożeń dla cyberbezpieczeństwa. Rozszerzono zakres przepisów dotyczących cyberbezpieczeństwa na nowe sektory i podmioty, dodatkowo zwiększona została odporność i zdolność reagowania na incydenty podmiotów publicznych i prywatnych, właściwych organów i całej UE (Komisja Europejska).

W celu dostosowania wewnętrznych przepisów prawnych w Polsce uchwalona została ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa (Dz.U. 2023, poz. 913, t.j., zwana dalej KSC). Projekt nowelizacji wskazanej ustawy został skierowany do prac sejmowych na początku lipca 2023 roku. Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawa KSC określa:

- 1) organizację krajowego systemu cyberbezpieczeństwa oraz zadania i obowiązki podmiotów wchodzących w skład tego systemu;
- 2) sposób sprawowania nadzoru i kontroli w zakresie stosowania przepisów ustawy;
- 3) zakres Strategii Cyberbezpieczeństwa Rzeczypospolitej Polskiej.

Ustawa ta wskazuje legalną definicję incydentu, czyli zdarzenia, które ma lub może mieć niekorzystny wpływ na cyberbezpieczeństwo, wyróżniając jednocześnie 3 rodzaje incydentów: krytyczny, poważny i istotny. W ustawie wyróżniono również Zespoły Reagowania na Incydenty Bezpieczeństwa Komputerowego, tj. CSIRT GOV (prowadzone przez Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego), CSIRT MON (prowadzone przez Ministra Obrony Narodowej) oraz CSIRT NASK (prowadzone przez Naukową i Akademicką Sieć Komputerową – Państwowy Instytut Badawczy). Wskazano również podmioty zobowiązane do zgłaszania incydentów niezwłocznie, nie później niż w ciągu 24 godzin od momentu

ich wykrycia, do właściwego Zespołu Reagowania na Incydenty Bezpieczeństwa Komputerowego przez operatorów usług kluczowych, dostawców usług cyfrowych czy podmioty publiczne. Ponadto, gdy jednostki sektora finansów publicznych realizują zadania publiczne zależne od systemu informacyjnego, to zgodnie z art. 21 ust. 1 KSC są zobowiązane do wyznaczenia osoby odpowiedzialnej za utrzymywanie kontaktów z podmiotami KSC. Wskazane zespoły zajmują się obsługą incydentu, a więc podejmują czynności umożliwiające wykrywanie, rejestrowanie, analizowanie, klasyfikowanie, ustalenie priorytetów oraz podejmowanie działań naprawczych i ograniczenie skutków incydentu w celu umożliwienia użytkownikom wznowienia normalnej działalności po ich usunięciu. Incydenty zgłasza się poprzez wypełnienie formularza interaktywnego na stronie CERT (Zespołu Reagowania na Incydenty Bezpieczeństwa) dostępnego pod adresem: <https://incydent.cert.pl/#!/lang=pl,entityType=publicInstitution,publicEssentialService=false,publicInstitutionIncident=true>.

Mając powyższe na uwadze, każdy podmiot – nie tylko publiczny – powinien niezwłocznie zgłaszać incydenty, co daje możliwość uzyskania profesjonalnego wsparcia i opracowania mechanizmów obronnych, np. w postaci deskryptorów oraz ostrzeżenia innych podmiotów przed incydemem.

2. Incydent bezpieczeństwa informacji i naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych oraz rola i zadania osób odpowiedzialnych i działania zapobiegawcze

Identyfikacja incydentu bezpieczeństwa informacyjnego zobowiązuje administratora danych do podjęcia wszelkich środków po to, aby ten incydent we właściwy sposób sklasyfikować oraz wdrożyć właściwe kroki w celu wyeliminowania jego negatywnych następstw. Pojęcie incydentu bezpieczeństwa informacji nie zostało uregulowane w przepisach prawnych, ale należy je kwalifikować jako pojęcie szersze niż pojęcie naruszenia ochrony danych osobowych. Norma ISO 27000 w pkt 2.36 definiuje incydent związany z bezpieczeństwem informacji jako pojedyncze niepożądane lub niespodziewane zdarzenie związane z bezpieczeństwem informacji lub seria takich zdarzeń, które stwarzają znaczne prawdopodobieństwo zakłócenia działań biznesowych i zagrażają bezpieczeństwu informacji. Natomiast naruszenie ochrony danych osobowych, w myśl art. 4 pkt 12 RODO, zostało zdefiniowane jako naruszenie bezpieczeństwa prowadzące do przypadkowego lub niezgodnego z prawem zniszczenia, utracenia, zmodyfikowania, nieuprawnionego ujawnienia lub nieuprawnionego dostępu do danych osobowych przesyłanych, przechowywanych lub w inny sposób przetwarzanych (Siemieniak 2020).

Oznacza to, że nie każde naruszenie przepisów o ochronie danych stanowi naruszenie ochrony danych w rozumieniu przepisów unijnych, a jedynie takie naruszenie, które spełnia wymogi wskazane w definicji, a więc: stanowi naruszenie bezpieczeństwa (wymogów dotyczących zabezpieczenia danych) i skutkiem naruszenia bezpieczeństwa jest zniszczenie, utrata, modyfikacja, nieuprawnione ujawnienie lub nieuprawniony dostęp do przetwarzanych danych (Fajgielski 2019: 176).

Wstępna klasyfikacja zdarzenia polega przede wszystkim na ocenie tego, czy dane zdarzenie należy uznać za naruszenie ochrony danych osobowych w rozumieniu art. 4 pkt 12 RODO. W pierwszej kolejności niezbędne jest ustalenie, czy dane zdarzenie dotyczyło danych osobowych w rozumieniu art. 4 pkt 1 RODO (np. imion i nazwisk, numerów PESEL, adresów e-mail czy danych dotyczących zdrowia). Następnie administrator danych musi ocenić, czy dane zdarzenie spełnia dodatkowe przesłanki, które wynikają z definicji naruszenia ochrony danych osobowych, czyli czy doszło do przypadkowego lub niezgodnego z prawem zniszczenia, utracenia, zmodyfikowania, nieuprawnionego ujawnienia lub nieuprawnionego dostępu. Wskazane przesłanki stanowią punkt wyjścia dla administratora w odniesieniu do głębszej oceny naruszenia ochrony danych w kontekście obowiązków zgłoszeniowych wynikających z art. 33 oraz 34 RODO (Siemieniak 2020). I tutaj kluczowa jest rola IOD w obszarze zarówno wdrożenia, jak i weryfikacji obowiązujących zasad i procedur w tym zakresie.

Przykładowe naruszenia ochrony danych to: kradzież nośnika (w postaci zarówno papierowej, jak i elektronicznej) zawierającego dane osobowe czy też uzyskanie dostępu do systemu informatycznego zawierającego dane osobowe przez osobę do tego nieuprawnioną. Nie stanowi naruszenia ochrony danych osobowych w rozumieniu nadanym temu pojęciu przez prawodawcę unijnego naruszenie innych przepisów o ochronie danych niż przepisy dotyczące zabezpieczenia danych, np. niedopełnienie obowiązku informowania osób o przetwarzaniu danych, czy też niespełnienie żądania podmiotu danych dotyczącego skorygowania jego danych (Fajgielski 2019: 196).

Na podstawie art. 33 RODO administrator danych jest zobowiązany do zgłoszenia naruszenia ochrony danych osobowych organowi ochrony danych. Warunkiem zwalniającym z obowiązku zgłoszeniowego jest wystąpienie małego prawdopodobieństwa, by naruszenie ochrony danych skutkowało ryzykiem naruszenia praw lub wolności osób fizycznych. Zgłoszenie naruszenia ochrony danych osobowych w przypadku powstania obowiązku zgłoszeniowego musi zostać zrealizowane niezwłocznie, w miarę możliwości, nie później niż w terminie 72 godzin po stwierdzeniu naruszenia. W przypadku gdy do zgłoszenia dojdzie po upływie 72 godzin, niezbędne jest dołączenie organowi ochrony danych wyjaśnienia dotyczącego przyczyn opóźnienia. Regulacja dotycząca pod-

miotów przetwarzających dane osobowe została ujęta w art. 33 ust. 2 RODO, który stanowi, że podmiot przetwarzający po stwierdzeniu naruszenia ochrony danych osobowych jest zobowiązany do zgłoszenia naruszenia administratorowi. W przypadku podmiotów przetwarzających procedura notyfikowania zgłoszenia naruszenia ochrony danych administratorowi powinna zostać odpowiednio uregulowana w umowie dotyczącej powierzenia przetwarzania danych osobowych (Siemieniak 2020).

Za datę stwierdzenia naruszenia należy przyjąć dzień, w którym uznano, że zdarzenie stanowi naruszenie bezpieczeństwa, co niekoniecznie będzie tożsame z dniem, w którym zdarzenie nastąpiło. Jako przykład można wskazać sytuację, w której zniszczeniu uległo urządzenie służące jako nośnik, na którym zapisane były dane osobowe. Tego rodzaju zdarzenie może, ale nie musi być kwalifikowane jako naruszenie ochrony danych, a ocena w tym zakresie uzależniona może być od wielu różnych okoliczności, np. od tego, czy dane osobowe były zgromadzone jedynie na tym nośniku (np. dysku twardym komputera), czy też na innych nośnikach (np. dysku sieciowym) – w sytuacji gdy urządzenie uległo uszkodzeniu lub zniszczeniu, jednak dane nie zostały utracone, gdyż były przechowywane także na innym nośniku, mimo że zdarzenie nastąpiło, jego ustalenie nie jest równoznaczne ze stwierdzeniem naruszenia ochrony danych, a osoba, która zgłasza tego rodzaju zdarzenie, może nie być w stanie samodzielnie określić, czy zdarzenie stanowi naruszenie ochrony danych osobowych (Fajgielski 2019: 178).

W przypadku gdy w wyniku procesu klasyfikacji naruszenia ochrony danych osobowych administrator danych uzna, że dane naruszenie może powodować wysokie ryzyko naruszenia praw lub wolności osób fizycznych, wówczas administrator musi niezwłocznie poinformować osoby, których dane dotyczą, o naruszeniu. Zakres notyfikacji wynikający z art. 34 ust. 2 RODO w związku z naruszeniem jest nieznacznie zawężony w stosunku do zakresu wynikającego z treści art. 33 ust. 3 RODO. Nie obejmuje on informacji na temat specyfiki naruszenia ochrony danych z art. 33 ust. 3 lit. a RODO. Administrator danych jest zobowiązany do poinformowania podmiotów danych w zakresie: wskazania możliwych konsekwencji naruszenia ochrony danych osobowych; wskazania odpowiedniego punktu kontaktowego oraz danych inspektora ochrony danych, od którego można uzyskać więcej informacji, a także wskazania zastosowanych lub proponowanych środków w celu zaradzenia naruszeniu (Siemieniak 2020).

Zgłoszenia można dokonać za pomocą formularza dostępnego na stronie uodo.gov.pl na 4 sposoby: elektronicznie poprzez wypełnienie dedykowanego formularza dostępnego bezpośrednio na platformie biznes.gov.pl; elektronicznie poprzez wysłanie wypełnionego formularza na elektroniczną skrzynkę podawczą ePUAP: UODO/SkrytkaESP; za pomocą pisma ogólnego dostępnego na

platformie biznes.gov.pl; możliwe jest również przesłanie zgłoszenia tradycyjną pocztą – wysyłanie wypełnionego formularza na adres Urzędu (Urząd Ochrony Danych Osobowych 2019).

Administrator danych nie musi realizować obowiązku notyfikacyjnego w przypadku, gdy zostały zastosowane odpowiednie środki techniczne i organizacyjne, jak np. szyfrowanie, które uniemożliwią odczyt danych osobowych osobom do tego nieuprawnionym (art. 34 ust. 3 lit. a RODO). Zwolnienie z obowiązku notyfikacji podmiotu danych przysługuje również w przypadku, gdy administrator danych zastosował środki eliminujące prawdopodobieństwo wysokiego ryzyka naruszenia praw lub wolności osób fizycznych (art. 34 ust. 3 lit. b RODO). Administrator danych musi zatem dokonać przeglądu stosowanych środków technicznych, jak np. szyfrowanie, pseudonimizacja czy minimalizacja, oraz szczegółów dotyczących zakresu naruszenia po to, aby przeprowadzić ocenę możliwości zastosowania zwolnienia z art. 34 ust. 3 lit. b RODO. Ostatnim zwolnieniem z obowiązku notyfikacji podmiotu danych jest przesłanka niewspółmiernie dużego wysiłku (art. 34 ust. 3 lit. c RODO) w realizacji tego obowiązku. Administrator danych stosuje wówczas alternatywne środki notyfikacji o naruszeniu w postaci wydania publicznego komunikatu lub stosuje podobny środek, za pomocą którego osoby, których dane dotyczą, zostają poinformowane w równie skuteczny sposób (Siemieniak 2020). Należy zwrócić uwagę na to, że argument związany z wysokimi kosztami notyfikacji jako niewspółmiernie dużym wysiłkiem nie jest wystarczający, aby administrator mógł uznać możliwość zastosowania omawianego przepisu (Hady-Głowiak 2022).

Wśród najważniejszych problemów, będących konsekwencją cyberataków, są:

1) straty finansowe, które wynikają m.in. z kradzieży informacji poufnych czy stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, kradzieży informacji finansowych, kradzieży pieniędzy, zakłóceń operacji biznesowych (np. niemożność wykonywania transakcji online), a często również utrata ważnych umów czy dokumentów; środki zaradcze wykonywane po naruszeniu bezpieczeństwa powodują zaś dalsze straty finansowe;

2) zakłócenia w infrastrukturze krytycznej, spowodowane faktem, iż funkcjonowanie najważniejszych z punktu widzenia bezpieczeństwa państwa obiektów, instalacji, usług oraz urządzeń jest coraz bardziej uzależnione od rozwiązań teleinformatycznych; zakłócenia mogą mieć poważne konsekwencje społeczne, gdyż cyberprzestępcy coraz częściej atakują nie tylko instytucje finansowe, ale i instytucje służby zdrowia, firmy transportowe, firmy energetyczne;

3) utrata, ujawnienie lub modyfikacja danych; w przypadku sektora energetycznego nieuprawniona zmiana wartości sterujących czy celowa modyfikacja wartości obserwowanych może spowodować poważne zakłócenie procesu sterowania; z uwagi na złożoność i wielkość systemu elektroenergetycznego już

nawet jedna awaria kluczowego systemu może spowodować destabilizację całości i wywołać dalsze zniszczenia;

4) dewaluacja reputacji firmy; szkody wywołane atakami hakerów mogą negatywnie wpłynąć na wizerunek firmy oraz obniżyć zaufanie klientów i partnerów biznesowych (Gwoździewicz 2019: 4).

Dobrym podejściem jest podawanie przykładów odnoszących się do konkretnego interesu danej osoby. W przypadku procesu zatrudnienia warto uzmysłowić pracownikowi, jakie mogą być konsekwencje dla niego samego w momencie wycieku danych, co pozwoli mu lepiej zrozumieć zasadność ochrony danych. Raczej nikt nie chciałby usłyszeć przez telefon, że w wyniku incydentu bezpieczeństwa jego dane wyciekły i mogą zostać wykorzystane w działaniach przestępczych polegających na wyłudzeniu pieniędzy. Dlatego w celu ochrony przed tego typu działaniami dobrym rozwiązaniem jest w takiej sytuacji niezwłoczne zastrzeżenie swoich dokumentów, czy kart płatniczych. Władca postawa IOD, imperatywny sposób przekazywania informacji i zaleceń nie pomogą w powstrzymaniu niekorzystnego zjawiska, jakim jest niechęć do ochrony danych osobowych w organizacji. Dobry IOD pokazuje ryzyko, jakie wiąże się z określonymi działaniami; uświadamia, jakie mogą być konsekwencje nieprawidłowości; podejmuje próbę uświadomienia pracowników, dlaczego metody, działania i narzędzia, jakimi posługiwali się wcześniej, nie mogą być dalej akceptowane i dlaczego pozostają one w sprzeczności z przepisami. Warto wskazać pracownikom, jakie zagrożenia wiążą się z przetwarzaniem danych i jakie konsekwencje może nieść dla podmiotów danych (a więc także ich samych) brak odpowiedniego zabezpieczenia (Kołodziej 2020: 39).

IOD powinien uczulić pracowników, że najpopularniejszym sposobem zabezpieczenia jest program antywirusowy, dość skuteczny w wykrywaniu oprogramowania *malware*. Kolejnym ważnym elementem jest *firewall*, który filtruje ruch, jaki jest „wpuszczany” do naszego komputera. Te zabezpieczenia jednak nie są wystarczające dlatego warto zwracać uwagę na rankingi i zestawienia przed wyborem odpowiedniego oprogramowania tego typu. Nic nie zastąpi jednak rozważni użytkownika. Przede wszystkim trzeba zwracać uwagę na zagrożenia płynące z poczty elektronicznej czy przeglądanych witryn internetowych (Jakubik, Wojciechowski 2020).

Konkretna lista zagrożeń w większości przypadków działa na wyobraźnię i pozwala lepiej uświadomić sobie wagę zagrożenia. Przykładami wskazanych działań mogą być: zakładanie i prowadzenie fałszywej działalności, której celem są wyłudzenia VAT, wyłudzenie kredytów gotówkowych i hipotecznych, fałszerstwa dowodów osobistych, paszportów, podszywanie się pod osobę za pomocą fałszywego konta e-mail lub profilu społecznościowego w celu wyłudzenia pieniędzy. Wśród pozostałych zagrożeń można wymienić wynajmowanie

mieszkań, pokoiów hotelowych, samochodów, przyjmowanie mandatów lub punktów karnych na fałszywe dane, czy zawieranie umów z operatorami telekomunikacyjnymi na fałszywe dane. W trakcie szkoleń można przytoczyć także przykłady wycieków danych i ich częstotliwość. Warto uświadomić uczestnikom szkolenia, że takie przypadki są codziennością – podejście „nas to nie dotyczy” może być zgubne dla organizacji i podmiotów danych (a także pracowników). Za przykład może służyć lista wycieków z okresu od czerwca 2018 r. do lutego 2019 r., które omówiono w mediach branżowych: MyHeritage.com – w czerwcu 2018 r. wyciek dotyczący 92 mln rekordów danych czy Urzędu Skarbowego we Wrocławiu – w czerwcu 2018 r., gdzie udostępniono dla petentów komputer z dostępem do Internetu i drukarki, na którym w folderze „pobrane” znajdowały się wypełnione druki PIT oraz potwierdzenia zapłat, a na biurkach dla petentów – ich wydruki. Kolejne wycieki: we wrześniu 2018 r. – Facebook, gdzie wyciekło 50 mln rekordów danych, następnie wyciek danych osobowych ponad 533 milionów użytkowników Facebooka, w tym dane ponad 2,5 mln Polaków w kwietniu 2019 r. (Prezes Urzędu Ochrony Danych Osobowych, zwany dalej UODO wystąpił do władz Facebook Poland o podjęcie działań w celu ograniczenia ryzyka wykorzystania danych osobowych objętych naruszeniem poprzez zaoferowanie usługi umożliwiającej wszystkim polskim użytkownikom sprawdzenie, czy to naruszenie ich dotyczy; <https://uodo.gov.pl/pl/138/2022>, dostęp: 06.06.2021), a w październiku 2018 r. – Google, gdzie w wyniku zatajonej luki systemu uzyskano dostęp do 500 tys. rekordów. Nie sposób nie wspomnieć o Wietnamwiza.pl, z której w styczniu 2019 r. wyciekło ponad 3000 skanów polskich paszportów. Powyższe przykłady pokazują, że dane osobowe nie zawsze są bezpieczne – nawet w tak dużych podmiotach jak Google, co do których powinna być pewność w zakresie stosowania najwyższego poziomu bezpieczeństwa. Budowanie świadomości ryzyka pracowników organizacji można dodatkowo poprzeć przykładami, takimi jak sytuacja dotycząca dostępu do danych wystawionych na sprzedaż w Internecie w formie zbiorczej bazy, określonej jako Collection #1. Jest ona sprzedawana nielegalnie w tzw. deepweb lub darknet, będących obszarem sieci Internet, do którego dostęp uzyskuje się za pomocą TOR (ang. The Onion Router) – anonimowej wirtualnej sieci komputerowej. W bazie tej znajduje się 773 mln adresów e-mail i 21 mln haseł pochodzących z ponad 2000 serwisów (także polskich). Wieczysty dostęp do rzeczonyj bazy wraz z regularnymi aktualizacjami kosztuje jedynie 45 dolarów. Pracownikom warto też zwrócić uwagę na problem używania przez nich takich samych danych dostępowych (loginy i hasła lub same hasła) w sferze zarówno zawodowej, jak i prywatnej (Kołodziej 2020: 40). Jeżeli przestępca uzyska dane logowania do konta w jednym z tego typu serwisów, to z dużym prawdopodobieństwem

będzie mógł uzyskać dostęp do służbowych zasobów pracownika (Hady-Głowiak 2022).

Z danych przedstawionych w Rezolucji Parlamentu Europejskiego z dnia 3 października 2017 r. w sprawie walki z cyberprzestępczością (2017/2068(INI) Dz. Urz. UE C Nr 346, s. 29) wynika, że 80% europejskich przedsiębiorstw doświadczyło przynajmniej jednego incydentu w zakresie bezpieczeństwa cybernetycznego i że ataki cybernetyczne wymierzone w przedsiębiorstwa często pozostają niewykryte lub nie są zgłaszane. Z różnych badań wynika, że roczny koszt ataków cybernetycznych dla gospodarki światowej jest bardzo wysoki. Obecnie obowiązek ujawniania przypadków naruszenia bezpieczeństwa oraz wymiany informacji o ryzyku, wprowadzony na mocy RODO oraz dyrektywy 2016/1148, przyczyni się do rozwiązania tego problemu poprzez zapewnienie wsparcia dla przedsiębiorstw, w szczególności mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw (Gwoździewicz 2019: 4).

Zadaniem IOD powinno być uświadomienie konieczności wdrożenia w organizacji lub aktualizacji planu ciągłości działania. Plan ciągłości działania jest niezbędny nie tylko do właściwego oszacowania ryzyka, ale również zaplanowania działań na wypadek cyberataku, na skutek którego może zostać utracona dostępność danych czy też usługa może stać się niedostępna. Dokument ten największe znaczenie powinien mieć dla obszaru IT, gdyż uświadamia, bez jakich danych czy też usług biznes nie może działać i które z nich są kluczowe do tego, by móc nadal funkcjonować. Dobrze przygotowany plan ciągłości działania ukazuje, jakie systemy czy dane, w tym dane osobowe, należy uznać za krytyczne dla działania organizacji (Jakubik, Wojciechowski 2020).

Globalne ataki oprogramowaniem typu *ransomware* zainfekowały dziesiątki tysięcy komputerów w niemal 100 państwach i licznych organizacjach, m.in. w państwowej służbie zdrowia (National Health Service) w Zjednoczonym Królestwie (gdzie wdrożono plan zapobiegania tym cyberatakami w ramach inicjatywy „No More Ransom”, który zapewnił ponad 40 darmowych narzędzi do deszyfrowania, umożliwiając ofiarom ataków oprogramowania typu *ransomware* na całym świecie odszyfrowanie zainfekowanych urządzeń) (Gwoździewicz 2019: 6–7).

Nie sposób tu nie wspomnieć o ataku, jaki nastąpił na Urząd Marszałkowski w Krakowie 8 lutego 2021 r., gdzie systemy instytucji zostały zaszyfrowane za pomocą złośliwego oprogramowania, a hakerzy zażądali okupu za ich odblokowanie. Na skutek działania wirusa doszło do „utrąty dostępności danych osobowych”, w tym m.in. klientów Urzędu (<https://www.cyberdefence24.pl/atak-na-urzed-marszalkowski-w-krakowie-nadal-nie-dziala-system-informatyczny>, dostęp: 28.03.2021). Podobna sytuacja wystąpiła w Starostwie Powiatowym w Oświęcimiu, które zapłaciło ponad 600 tys. zł za odzyskanie danych po tym,

jak 13 października 2020 r. hakerzy zaatakowali serwer z bazami danych Powiatowego Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej w Oświęcimiu. Starosta oświęcimski o ataku hakerskim powiadomił policję, CERT Polska, czyli zespół powołany do reagowania na zdarzenia naruszające bezpieczeństwo w Internecie, oraz Urząd Ochrony Danych Osobowych (<https://naszkrakow.com.pl/2021/03/10/czy-mamy-do-czynienia-z-seria-atakow-hakerskich/>), dostęp: 16.03.2021).

Zatem najczęstszym rodzajem cyberataku, w którym pojawia się żądanie okupu, jest atak z wykorzystaniem *ransomware*, polegający na zainfekowaniu komputera ofiary złośliwym oprogramowaniem przejmującym kontrolę nad jej zasobami i żądaniu okupu w zamian za przywrócenie dostępności i poufności tych zasobów. Jego kluczowym elementem jest szantaż wymuszający za pomocą gróźb określone zachowanie ofiary. Zasadniczym dylematem osoby zaatakowanej jest to, czy spełnić żądanie atakującego i zapłacić okup, nie ma jednak żadnych gwarancji, że integralność i poufność przejętych danych i zasobów nie zostały naruszone, a atakujący przywróci ofierze dostęp do zasobów (Wachta, Troć).

Warto również zwrócić uwagę na fakt, że czas na wykup jest ograniczony, ponieważ podjęcie decyzji o zapłacie staje się utrudnione wraz z upływem czasu, mając na uwadze fakt, że domeny informacyjne są wpisywane na tzw. czarne listy i blokowane. Nie sposób nie zauważyć również faktu, że im później podejmiemy decyzję o zapłacie to cena będzie wzrastać. Z kolei pliki są szyfrowane silnym algorytmem, co nie daje gwarancji, że integralność i poufność przejętych danych i zasobów nie zostały naruszone. Oczywistym faktem jest, że przestępcy nie wystawiają faktur VAT, a zapłata okupu trafia do anonimowego odbiorcy, ponieważ zwykle żądanie okupu wymaga zapłaty w kryptowalucie.

Nie sposób nie wspomnieć tutaj o częstym procederze wykorzystywanym przez firmy oferujące „odzyskanie plików”, które w istocie negocjują niższy okup z przestępcami, płacą ten okup, ale same żądają opłaty w wysokości obejmującej okup oraz marżę. Za przykład może tutaj posłużyć rosyjska firma Dr. Shifro, przed którą w grudniu 2018 r. ostrzegła firma Checkpoint. Wskazana firma oferowała odzyskanie plików zaszyfrowanych przez *ransomware* Dharma/Crisis (Maj). Pozostali usługodawcy zwykle w takiej sytuacji nie dają żadnej gwarancji powodzenia, podczas gdy Dr. Shifro gwarantował odblokowanie plików zaszyfrowanych przez *ransomware*, dla którego nigdy nie udostępniono publicznych kluczy. W wyniku przeprowadzonego śledztwa szybko się okazało, że Dr. Shifro w rzeczywistości kontaktował się z twórcą *ransomware*, umawiając się na odszyfrowanie plików ofiary w zamian za płatność okupu (1300 \$). Dr. Shifro następnie obciążał ofiarę tym kosztem wraz z dodatkową własną prowizją (za kolejne 1000 \$). Pojawienie się w ostatnich latach usług typu Ransomware-as-a-Service pokazuje, że cyberprzestępcy cały czas mają

nowe pomysły na rozwój. Model biznesowy stworzony przez Dr. Shifro jest bardzo atrakcyjny i może z łatwością zostać powielony przez kolejne firmy współpracujące z hakerami, więc zarówno organizacje, jak i osoby prywatne powinny mieć się na baczności (Ścibór).

W związku z powyższym nie zaleca się płacenia okupu, natomiast niezwłocznie zaleca się zgłoszenie incydentu do właściwego CSIRT; warto również zweryfikować na stronie <https://www.nomoreransom.org/pl/index.html>, prowadzonej z inicjatywy Europolu, czy nie istnieje klucz pozwalający odzyskać zaszyfrowane dane. Jednak najbardziej istotne w przypadku wskazanego ataku jest to, czy administrator dysponuje odpowiednią kopią zapasową, powinien bowiem wykonywać kopie zapasowe w regularnych odstępach czasu, oraz czy aktualizuje oprogramowanie i korzysta z firewalla i programu antywirusowego. Ponadto zapłata okupu w przypadku jednostek sektora finansów publicznych jest mało realna z uwagi na dyscyplinę budżetową.

Powyższe działania mają swoje konsekwencje prawne zarówno dla ofiary, jak i dla poszkodowanego, który ulegnie działaniom przestępców. Działania podejmowane przez hakerów, tj. bezprawne uzyskanie informacji, niszczenie, uszkodzanie, usuwanie lub utrudnianie dostępu do danych informatycznych, zakłócanie prac systemów komputerowych, wytwarzanie określonych programów komputerowych, w tym przystosowanych do popełniania przestępstw hakerskich, a także sprzedaż haseł komputerowych i kodów dostępu umożliwiających nieuprawniony dostęp do informacji przechowywanych w systemie informatycznym – stanowią przestępstwa uregulowane w Kodeksie karnym. W zależności od rodzaju podjętych czynności i ich skutków za ataki hakerskie grozi – jak stanowi Kodeks karny – do trzech lat więzienia. Jeśli w wyniku takiego ataku wyrządzi się „znaczną szkodę majątkową”, kara wzrasta do pięciu lat pozbawienia wolności. W przypadku gdy atak dotyczy instytucji państwowych, kara może wzrosnąć nawet do ośmiu lat pozbawienia wolności. Oznacza to, że w przypadku ataku hakerskiego w firmie można rozważyć złożenie do prokuratury zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa. Niektóre przestępstwa tego typu są ścigane na wniosek pokrzywdzonego, co oznacza, że prokuratura rozpocznie dochodzenie tylko w przypadku złożenia stosownego wniosku przez pokrzywdzonego. Jeśli haker swoimi działaniami, np. niszcząc dane, wyrządził firmie szkodę, poszkodowana spółka może żądać odszkodowania. W przypadku ataków hakerskich często niemożliwe jest naprawienie szkody poprzez przywrócenie stanu poprzedniego (istniejącego przed atakiem), dlatego najczęściej w takich okolicznościach jedynym racjonalnym żądaniem będzie żądanie zapłaty odszkodowania pieniężnego za poniesione szkody lub utracone korzyści, np. gdy skutek podjętych działań haker uzyskał korzyść majątkową (np. sprzedał wykradzione dane podmiotowi trzeciemu). W takim przypadku

poszkodowana firma może domagać się zwrotu wartości uzyskanych korzyści (tj. kwoty uzyskanej z tytułu sprzedaży nielegalnie pozyskanych informacji) (Zwierzyńska, Zielepucha).

Jeżeli chodzi o konsekwencje prawne dla poszkodowanego podmiotu związane z podjęciem ewentualnej decyzji o zapłacie okupu za odszyfrowanie danych, to należałoby tutaj przywołać treść art. 296 § 1 Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. 2022, poz. 1138 z późn. zm.), który wskazuje, że kto, będąc obowiązany na podstawie przepisu ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, przez nadużycie udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku wyrządza jej znaczną szkodę majątkową, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Z kolei § 3 precyzuje, że jeżeli sprawca przestępstwa określonego w § 1 wyrządza szkodę majątkową w wielkich rozmiarach, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10. W świetle powyższego jasne wydaje się, że zapłata okupu generuje ryzyko odpowiedzialności karnej z art. 296 Kodeksu karnego dla szerokiego grona osób decyzyjnych w różnego rodzaju podmiotach. Inaczej niż szkody poniesione bezpośrednio na skutek cyberataku, które są niezależne od woli jakiegokolwiek osoby decyzyjnej, w przypadku zapłaty okupu mamy do czynienia ze świadomą decyzją osób zarządzających zaatakowanym podmiotem. Odpowiedzialność z art. 296 Kodeksu karnego może zmaterializować się w szczególności w sytuacji, gdy zapłata okupu nie przyniesie oczekiwanego rezultatu, tj. atakujący nie przywróci dostępu do przejętych zasobów i danych podmiotu płaconego okup. Jednak nawet jeśli dostęp zostanie przywrócony, taka odpowiedzialność nie jest wykluczona. Jak się bowiem wskazuje, okup płacony jest w najlepszym razie za „czasowy dostęp do swoich danych w nieznanym stanie”. W takiej sytuacji niewykluczone jest uznanie, że kwota zapłacona za odzyskanie dostępu do zasobów i danych jest niewspółmierna do uzyskanych w ten sposób korzyści (Wachta, Troć). W przypadku podmiotów jednostek sektora finansów publicznych należy mieć również na uwadze art. 11 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. z 2021, poz. 289 z późn. zm.), zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest dokonanie wydatku ze środków publicznych bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących dokonywania poszczególnych rodzajów wydatków. Zatem musi istnieć konkretna podstawa prawna do dokonania wydatku.

W przypadku udanego ataku hakerskiego, na skutek którego nastąpił wyciek danych osobowych, każda osoba, która poniosła szkodę majątkową lub niema-

jątkową (np. pracownik firmy), ma prawo żądać od administratora odszkodowania za poniesioną szkodę. Administrator (czyli poszkodowana firma) może jednak uwolnić się od odpowiedzialności poprzez wykazanie, że nie ponosi winy za zdarzenie skutkujące powstaniem szkody, np. udowadniając, że sprostał swoim obowiązkom w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa i ochrony przetwarzania danych osobowych (Zwierzyńska, Zielepucha).

Mając powyższe na uwadze, nie sposób nie odnieść się do kontroli Najwyższej Izby Kontroli (zwanej dalej NIK) dotyczącej wprowadzania RODO, jaką przeprowadzono w urzędach dużych miast. We wszystkich kontrolowanych urzędach przed wejściem w życie przepisów RODO opracowano regulacje dotyczące niezbędnych działań, które powinny zostać podjęte w przypadku ewentualnego naruszenia ochrony danych osobowych. Kontrola wykazała natomiast dwa przypadki nieprawidłowego postępowania już po stwierdzeniu naruszenia ochrony danych osobowych, m.in. w Urzędzie Miasta Ciechanów. Cztery osoby zgłosiły tam takie nieprawidłowości w związku z głosowaniem w ramach budżetu obywatelskiego na 2020 r. Prezydent miasta złożył w tej sprawie doniesienie w Komendzie Policji, nie przekazał jednak informacji o naruszeniu danych osobowych Prezesowi UODO, co – według NIK – było niezgodne z RODO. NIK oceniła, że w większości skontrolowanych przypadków działania w reakcji na stwierdzone naruszenia ochrony danych osobowych oraz żądania ich usunięcia lub sprostowania były prowadzone prawidłowo (<https://samorząd.pap.pl/kategoria/aktualnosci/nik-o-wprowadzaniu-rodow-w-urzedach-duzych-miast-pojedyncze-potkniecia>, dostęp: 16.03.2021).

W związku z wszelkimi cyberatakami może dojść do kradzieży czy też braku dostępności danych, w tym danych osobowych. Dlatego tak ważny jest udział IOD w analizie zdarzeń wpływających na cyberbezpieczeństwo oraz zgłaszanie incydentów do właściwego Zespołu Reagowania na Incydenty Bezpieczeństwa Komputerowego. Udział IOD pozwala nie tylko na właściwe rozpoznanie, czy doszło do naruszenia danych osobowych, ale również na podjęcie odpowiednich działań. Dodatkowo udział IOD pozwala w przypadku, gdy będzie taka potrzeba, przygotować odpowiednie zgłoszenie do UODO (Jakubik, Wojciechowski 2020).

W przepisie art. 33 RODO, nakładającym na administratorów wymóg zgłoszenia organowi nadzorcemu naruszenia ochrony danych osobowych, zawarty został ust. 5, w którym przewidziano obowiązek polegający na dokumentowaniu naruszeń oraz wskazano główny cel tego obowiązku. Dokumentacja ta musi pozwolić organowi nadzorcemu na weryfikowanie przestrzegania niniejszego artykułu. Dla prawidłowego wypełniania obowiązku zgłaszania naruszeń organowi nadzorcemu oraz dokumentowania naruszeń przez administratora istotne jest określenie odpowiedniej procedury postępowania przez osoby przetwarzające

dane (pracowników, osoby wykonujące prace zlecone), które uzyskają informację o podejrzeniu lub zaistnieniu naruszenia ochrony danych osobowych. Osoby takie powinny być obowiązane do zgłoszenia zaistnienia tych okoliczności IOD (bądź innej wskazanej osobie, jeżeli w danej jednostce organizacyjnej inspektor ochrony danych nie został wyznaczony). Nałożenie tego rodzaju obowiązku może znaleźć się w instrukcji postępowania w przypadku podejrzenia lub stwierdzenia naruszenia ochrony danych, która to instrukcja nadal funkcjonuje w wielu jednostkach organizacyjnych (Fajgielski 2019: 176–177).

Nie sposób nie wspomnieć tutaj o karze pieniężnej nałożonej przez Prezesa UODO w wysokości ponad 1,1 mln zł z powodu zbyt później identyfikacji incydentów i powiadamiania o nich osób, których dane dotyczą, oraz zgłaszania naruszeń organowi nadzorcemu. Brak wdrożonych odpowiednich środków organizacyjnych i technicznych pozwalających szybko identyfikować naruszenia powodował, że osoby, których dane dotyczą, przez długi czas nie wiedziały o ryzyku wykorzystania ich danych przez osoby nieuprawnione, np. do tzw. kradzieży ich tożsamości. Nie mogły też przez ten czas podjąć działań, które ograniczyłyby takie niebezpieczeństwo. Nie ma tu znaczenia fakt, że naruszenia związane były z nieprawidłowościami po stronie firmy kurierskiej, ponieważ to właśnie ukarany administrator danych nieprawidłowo realizował nadzór nad egzekwowaniem postanowień umownych, wskutek czego dochodziło do późnej identyfikacji naruszeń (<https://uodo.gov.pl/pl/138/2048>, dostęp: 06.06.2021).

W ramach ustalania zasad postępowania w sytuacji naruszenia ochrony danych administrator danych powinien określić w nich udział IOD. Zazwyczaj IOD wchodzi w skład zespołu wyznaczanego do wyjaśniania sytuacji związanych z naruszeniami ochrony danych lub podejrzeniami zajścia takich sytuacji. Zdarzają się też rozwiązania, w których powoływany jest zespół ds. wyjaśniania incydentów związanych z bezpieczeństwem informacji, który konsultuje się z IOD jedynie w sytuacjach związanych z podejrzeniem naruszenia ochrony danych, na potrzeby potwierdzenia właściwego stwierdzenia zajścia takiego zdarzenia. Zespół, w którego skład zwykle wchodzi IOD, ma takie zadania, jak analiza zgłoszonych sytuacji podejrzenia naruszenia ochrony danych, stwierdzenie naruszenia ochrony danych, ocena poziomu ryzyka naruszenia praw osób, których dane dotyczą, określenie konieczności zgłaszania zawiadomienia o naruszeniu ochrony danych do Prezesa UODO. Należy tu również wyróżnić pozostałe zadania dotyczące określenia konieczności poinformowania osób, których dane dotyczą, o naruszeniu ochrony ich danych osobowych, podejmowania działań zaradczych czy dokumentowania naruszeń ochrony danych osobowych. Podczas zgłoszenia naruszenia IOD jest zazwyczaj wskazywany jako punkt kontaktowy dla organu nadzorczego. W związku z tym przedstawiciele Prezesa UODO prowadzący daną sprawę kontaktują się z IOD w sprawach dotyczących

złożonego wniosku. Zazwyczaj chodzi o doprecyzowanie informacji, np. czy zostały poinformowane osoby, których danych dotyczyło zdarzenie, w sytuacji gdy we wniosku podano przyszłą datę wykonania tej czynności. Zadaniem IOD jest bardzo często również dokumentowanie sytuacji naruszenia ochrony danych (Kołodziej 2020: 13).

Kluczowa jest współpraca oraz nieć porozumienia na linii IOD – obszar IT. Inspektor ochrony danych powinien być poinformowany o każdorazowym cyberataku, który nastąpił i na skutek którego mogło dojść do wycieku czy też kradzieży danych, które były danymi osobowymi. IOD powinien być poinformowany nie tylko o konkretnej kradzieży danych, ale również o każdej próbie dostępu do danych. Powinien on po uzyskaniu informacji z obszaru IT sporządzić raport dla administratora danych osobowych o zaistniałej sytuacji, ze szczególnym uwzględnieniem tego, czy działanie miało znamiona naruszenia oraz czy miało wpływ na integralność, poufność i dostępność danych osobowych. Po uzyskaniu informacji IOD powinien w swojej rekomendacji nie tylko zawrzeć faktyczny opis zaistniałej sytuacji, ale również określić, czy działanie miało znamiona naruszenia ochrony danych osobowych, czy też mogło mieć wpływ na wysokie ryzyko naruszenia praw lub wolności osób, których dane dotyczyły. Informacje czysto techniczne powinny zostać przedstawione IOD w sposób zrozumiały i zwięzły, gdyż nie jest on zobligowany do posiadania wiedzy w zakresie cyberbezpieczeństwa. Inspektor ochrony danych powinien w organizacji wypracować konkretną ścieżkę zgłaszania tego typu naruszeń/incydentów, gdyż powinien być świadomy występujących zdarzeń oraz ryzyka, które się z tym wiąże. W przypadku gdy IOD oceni, że konkretne zdarzenie nosi znamiona naruszenia danych osobowych, powinien on w terminie 72 godzin od powzięcia informacji poinformować organ nadzorczy o zaistniałym fakcie. W przypadku gdy posiada szczątkowe informacje, zgłoszenie do UODO powinno wpłynąć w takim zakresie, w jakim IOD posiada wiedzę, a następnie powinno być sukcesywnie uzupełniane, by ostatecznie było kompletne (Jakubik, Wojciechowski 2020).

Zarówno zgłoszenie naruszenia ochrony danych, jak i wewnętrzna dokumentacja dotycząca naruszenia ochrony danych muszą spełnić określone wymagania formalne. Na podstawie art. 33 ust. 3 RODO dokumentacja zgłoszenia naruszenia ochrony danych osobowych musi zawierać elementy dotyczące specyfiki naruszenia ochrony danych, danych kontaktowych właściwego punktu kontaktowego, ocenę konsekwencji naruszenia ochrony danych osobowych oraz charakterystykę podjętych lub proponowanych działań w celu uniknięcia podobnych naruszeń ochrony danych w przyszłości. Opis charakteru naruszenia ochrony danych, w myśl art. 33 ust. 3 lit. a RODO, musi zawierać szczegółowe informacje dotyczące kategorii danych osobowych (np. klienci sklepu internetowego), przybliżoną liczbę osób objętych naruszeniem oraz kategorie

i przybliżoną liczbę wpisów danych osobowych, których dotyczy naruszenie (Siemieniak 2020).

Dokumentacja powinna pozwolić organowi nadzorcemu na weryfikowanie przestrzegania przepisu dotyczącego zgłaszania naruszeń; można uznać, że dokumentacja powinna zawierać jeszcze co najmniej jeden element: informację, czy naruszenie zostało zgłoszone do organu nadzorczego, a jeżeli nie, to wskazanie powodów braku zgłoszenia. Wskazany powyżej zakres jest minimalny i może być rozszerzany o inne kategorie informacji, jeżeli administrator uzna to za potrzebne (Fajgielski 2019: 177).

Na podstawie art. 33 ust. 5 RODO administrator danych jest zobowiązany do dokumentowania naruszeń ochrony danych osobowych. Dokumentacja zawarta w rejestrze naruszeń ochrony danych osobowych powinna uwzględniać okoliczności naruszenia, jego skutki oraz wykaz podjętych działań zaradczych. Dokumentacja powinna być na tyle szczegółowa, aby było możliwe prawidłowe zweryfikowanie przestrzegania art. 33 RODO (Siemieniak 2020).

W ramach prowadzenia dokumentacji związanej z naruszeniami ochrony danych osobowych zdaniem Macieja Kołodzieja powinny się tam znaleźć następujące rodzaje dokumentów:

1) zgłoszenia incydentów skutkujących naruszeniem ochrony danych od pracowników poszczególnych działów, od działu IT oraz od podmiotu przetwarzającego;

2) raport z postępowania wyjaśniającego dotyczącego wystąpienia incydentu skutkującego naruszeniem ochrony danych osobowych, w tym ocena poziomu ryzyka naruszenia praw osób, których dane dotyczą, oraz wykaz zaleceń lub działań zaradczych w celu zminimalizowania wystąpienia incydentu w przyszłości;

3) kopia zgłoszenia naruszenia ochrony danych do Prezesa UODO;

4) kopie listów z zawiadomieniami osób, których dane dotyczą, o naruszeniu ich danych osobowych;

5) ewidencja naruszeń ochrony danych osobowych;

6) raport z wykonania zaleceń lub podjęcia działań zaradczych przez poszczególne komórki organizacyjne administratora danych; w ramach przeprowadzania działań zaradczych związanych z naruszeniem IOD powinien przygotowywać materiały informacyjne lub szkoleniowe dla pracowników, dotyczące zaistniałych sytuacji naruszenia, w celu zminimalizowania ryzyka ich wystąpienia w przyszłości (Kołodziej 2020: 14).

Określenie użyte w art. 33 ust. 5 RODO w brzmieniu „administrator dokumentuje wszelkie naruszenia” może być także różnie rozumiane. Pomimo że przepis wyraźnie nie wymaga prowadzenia rejestru naruszeń, to jednak wydaje się, że dokumentowanie naruszeń może być efektywnie realizowane właśnie

w tej postaci, tzn. przez odnotowywanie wszystkich naruszeń w stworzonym specjalnie w tym celu rejestrze (ewidencji). Jednak można uznać, że określenie „dokumentuje” oznacza coś więcej niż tylko odnotowanie informacji i wymaga gromadzenia dokumentów, które mają istotne znaczenie dla oceny zaistniałego naruszenia i dalszego postępowania administratora. Wśród tych dokumentów znaleźć się powinny materiały potwierdzające informacje wskazane w rejestrze naruszeń, w tym m.in. zawiadomienia o podejrzeniu naruszenia składane przez pracowników – jeżeli zostały złożone na piśmie, zgłoszenia pochodzące od podmiotów przetwarzających, jak również kopie zgłoszeń kierowanych do organu nadzorczego. Sformułowanie „wszelkie naruszenia” oznacza, że obowiązek dokumentacyjny jest zakresłony szeroko i obejmuje nie tylko naruszenia, które podlegają zgłoszeniu do organu nadzorczego, ale także naruszenia, z którymi nie wiąże się obowiązek zgłoszeniowy, tzn. naruszenia, w przypadku których administrator uzna, że jest mało prawdopodobne, by naruszenia te skutkowały ryzykiem naruszenia praw lub wolności osób fizycznych (Fajgielski 2019: 178).

Zgodnie z wytycznymi Grupy Roboczej Art. 29 (obecnie Europejskiej Rady Ochrony Danych) dotyczącymi zgłaszania naruszeń ochrony danych osobowych zgodnie z rozporządzeniem 2016/679 przyjętymi w dniu 3 października 2017 r., IOD powinien odgrywać kluczową rolę we wspieraniu administratora danych w zapobieganiu naruszeniom, przygotowaniu się na wypadek ich wystąpienia oraz w sytuacji wystąpienia takiego naruszenia (Kołodziej 2020: 13). Zalecane jest, aby niezwłocznie informować IOD o wystąpieniu naruszenia oraz włączać go do procesu zarządzania taką sytuacją, w tym do zgłaszania informacji o naruszeniu do organu nadzorczego (Hady-Głowiak 2022).

CERT Polska każdego roku udostępnia raporty dotyczące zagrożeń dla pols 483 incydentów cyberbezpieczeństwa, podczas gdy w 2022 roku liczba ta wynosiła 39 683, co stanowi ponad 30 procentowy ich wzrost w stosunku do roku poprzedniego. Głównym rodzajem zagrożenia pozostaje phishing, który stanowił 25 625 przypadków spośród zarejestrowanych incydentów w 2022 roku. Należy podkreślić, że to administrator danych musi wdrożyć odpowiednie procedury prowadzące do identyfikacji, klasyfikacji, priorytetyzacji, notyfikacji (nie później niż w terminie 24 godzin do właściwego CSIRT) oraz wyeliminowania negatywnych następstw incydentu bezpieczeństwa informacyjnego. Nie sposób nie wspomnieć tutaj o weryfikacji, czy incydent nie stanowi jednocześnie naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych w rozumieniu art. 4 pkt 12 RODO. W tym wypadku powstaje również obowiązek powiadomienia osób fizycznych o naruszeniu ich danych „bez zbędnej zwłoki” (ze wskazaniem możliwych konsekwencji naruszenia ich danych osobowych, danych IOD oraz zastosowanych lub proponowanych środków w celu zaradzenia naruszeniu) oraz organu nadzorczego nie później jednak niż w terminie 72 godzin od jego

stwierdzenia. Nie należy również zapomnieć o dokumentowaniu wszelkich incydentów i naruszeń ochrony danych osobowych ze wskazaniem okoliczności wystąpienia incydentu lub naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych, jego skutków oraz podjętych działań zaradczych. Kluczowe będzie w tym wypadku wdrożenie odpowiednich zasad i procedur w przypadku wystąpienia incydentu lub naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych. Zasadą powinno być, iż każde zdarzenie powinno zostać zgłoszone oraz zarejestrowane. Niezbędnym elementem jest również wdrożenie w każdej organizacji planu ciągłości działania oraz jego bieżąca aktualizacja. Zaangażowanie w ten proces IOD oraz Pełnomocnika ds. cyberbezpieczeństwa, w tym służb IT już na etapie projektowania ww. zasad i procedur w tym zakresie jest niezwykle istotne, podobnie jak odpowiednie działania uświadamiające podejmowane przez wskazane osoby (poprzez wskazywanie na aktualne i bieżące zagrożenia, zasady postępowania w przypadku ich wystąpienia oraz środków zapobiegawczych). Brak odpowiednich zasad i procedur, ich aktualizacji oraz bieżącej analizy ryzyka w tym zakresie może spowodować niepowetowane straty dla Administratora w postaci możliwości utraty posiadanych zasobów, bieżących i przyszłych kontrahentów, straty wizerunkowe oraz ewentualną odpowiedzialność karną, cywilną, czy administracyjną. Ponadto biorąc pod uwagę atak typu *ransomware* warto uwzględnić kilka kluczowych kwestii:

1) zapłata za odszyfrowanie danych nie jest zalecana i może narazić organ zarządzający na odpowiedzialność karną oraz w przypadku jednostek sektora publicznego również w zakresie dyscypliny finansów publicznych z tytułu wydatkowania środków publicznych bez upoważnienia albo z jego przekroczeniem. Ponadto zapłata wspiera działalność przestępczą oraz następuje na rzecz anonimowego odbiorcy, a jej wysokość jest uzależniona od momentu podjęcia decyzji o płatności (im później nastąpi tym opłata jest wyższa);

2) warto zweryfikować, czy nie istnieje metoda odszyfrowania plików na stronie <https://www.nomoreransom.org/pl/index.html> prowadzonej z inicjatywy Europolu

3) należy zwrócić uwagę na firmy dające „gwarancję” odzyskania zaszyfrowanych plików, bowiem istnieje duże prawdopodobieństwo współpracy z cyberprzestępcami w tym zakresie;

4) należy wdrożyć obowiązek regularnego wykonania kopii zapasowych i weryfikacji ich poprawności oraz aktualizacji oprogramowania;

5) należy obowiązkowo korzystać z systemu antywirusowego i firewalla.

Wspomniana konieczność aktualizacji bieżących zasad i procedur ma również kluczowe znaczenie z uwagi na stale zmieniające się przepisy prawne oraz coraz nowsze zagrożenia w obszarze bezpieczeństwa informacji, tj. Qrshing, czy wykorzystanie do ataków sztucznej inteligencji.

Wykaz skrótów

CSIRT	– Zespół Reagowania na Incydenty Bezpieczeństwa Komputerowego
IOD	– Inspektor Ochrony Danych
NIK	– Najwyższa Izba Kontroli
UODO	– Urząd Ochrony Danych Osobowych

Bibliografia

Akty prawne

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1148 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych na terytorium Unii, Dz.U.UE.L.2016.194.1.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/680 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchyłająca decyzję ramową Rady 2008/977/WSiSW, Dz.U.UE.L.2016.119.89.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2555 z dnia 14 grudnia 2022 r. w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu cyberbezpieczeństwa na terytorium Unii, zmieniająca rozporządzenie (UE) nr 910/2014 i dyrektywę (UE) 2018/1972 oraz uchyłająca dyrektywę (UE) 2016/1148, Dz.U.UE.L.2022.333.80.
- Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 3 października 2017 r. w sprawie walki z cyberprzestępczością (2017/2068(INI)), Dz.Urz. UE C Nr 346.
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE, Dz.U.UE.L.2016.119.1.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 2022, poz. 1138 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, Dz.U. 2021, poz. 289 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa, t.j. Dz.U. 2023, poz. 913.

Opracowania

- Fajgielski, Paweł. 2019. Dokumentacja naruszeń ochrony danych osobowych. W: *Dokumentacja ochrony danych osobowych ze wzorami*, (red.) Mariusz Jagielski. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Gwoździewicz, Sylwia. 2019. Problematyka cyberbezpieczeństwa i wzrastającej skali cyberataków a dostęp do Internetu jako wartości dla realizacji praw człowieka. W: *Prawa człowieka i ludzkie bezpieczeństwo. Osiągnięcia i wyzwania. W 70. rocznicę ogłoszenia*

- Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka*, (red.) Daria Bieńkowska, Ryszard Kozłowski. Warszawa: C.H. Beck, legalis.pl. Dostęp: 17.08.2023.
- Hady-Głowiak, Stanisław. 2022. *Status prawny Inspektora Ochrony Danych jako audytora w ujęciu administracyjno-prawnym*. Maszynopis. Rozprawa doktorska. Uniwersytet Śląski w Katowicach, <https://www.bip.us.edu.pl/pl/doktoraty/mgr-stanislaw-hady-glowiak>. Dostęp: 18.08.2023.
- Horbaczewski, Robert. 2022. *Gdy urzędnik pracuje w domu, hakerowi łatwiej wejść do urzędu*. Samorząd i Administracja. <https://www.prawo.pl/samorzad/ataki-hakerskie-na-serwery-gmin-i-miast,513134.html>. Dostęp: 10.08.2023.
- Jakubik, Mateusz, Piotr Wojciechowski. 2020. *RODO w IT: atak hakerski a ochrona danych osobowych*. Lex/el. Dostęp: 16.03.2021.
- Kołodziej, Maciej. 2020. *Vademecum IOD*. Warszawa: C.H. Beck.
- Siemieniak, Piotr. 2020. *RODO w IT: atak hakerski i co dalej?* Lex/el. Dostęp: 16.03.2021.

Źródła internetowe

- <https://digital-strategy.ec.europa.eu/pl/policies/nis2-directive>. Dostęp: 10.12.2023.
- <https://naszkrakow.com.pl/2021/03/10/czy-mamy-do-czynienia-z-seria-atakow-hakerskich/>. Dostęp: 16.03.2021.
- <https://samorzad.pap.pl/kategoria/aktualnosci/nik-o-wprowadzaniu-rodow-w-urzedach-duzych-miast-pojedyncze-potkniecia>. Dostęp: 16.03.2021.
- <https://uodo.gov.pl/pl/138/2022>. Dostęp: 06.06.2021.
- <https://uodo.gov.pl/pl/138/2048>. Dostęp: 06.06.2021.
- <https://www.cyberdefence24.pl/atak-na-urzadz-marszalkowski-w-krakowie-nadal-nie-dziala-system-informatyczny>. Dostęp: 28.03.2021.
- Komisja Europejska. *Dyrektywa w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu cyberbezpieczeństwa w całej Unii (dyrektywa NIS2)*.
- Maj, Marcin. Oferowali odszyfrowanie plików, ale tak naprawdę placili okup i doliczali sobie marżę za usługę, <https://niebezpiecznik.pl/post/oferowali-odszyfrowanie-plikow-ale-tak-naprawde-placili-okup-i-doliczali-sobie-marze-za-usluge/>. Dostęp: 17.08.2023.
- Ścibór, Adrian. Przywracanie plików po ataku ransomware: uwaga na podejrzaną firmę Dr. Shifro, <https://avlab.pl/przywracanie-plikow-po-ataku-ransomware-uwaga-na-podejrzana-firme-dr-shifro/>. Dostęp: 21.08.2023.
- Urząd Ochrony Danych Osobowych. Czerwiec 2019. *Obowiązki administratorów związane z naruszeniami ochrony danych osobowych*. Warszawa. <https://www.google.pl/url?sa=t&rc=1&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjBxJzbtNPvAhWwxIsKHbPpB4sQFjAAeQqIBBAD&url=https%3A%2F%2Fuodo.gov.pl%2Fpl%2Ffile%2F2210&usq=AOvVaw1PVnALtheH0KHib5s325OA>. Dostęp: 16.03.2021.
- Wachta, Bartłomiej, Maciej Troć. Wybrane ryzyka prawne dotyczące zapłaty okupu w przypadku cyberataku, <https://sekurak.pl/wybrane-ryzyka-prawne-dotyczace-zaplaty-okupu-w-przypadku-cyberataku/>. Dostęp: 17.08.2023.
- Zwierzyńska, Agnieszka, Maciej Zielepucha. Atak hakerski okiem prawnika, <https://nowoczesny-przemysl.pl/atak-hakerski-okiem-prawnika/>. Dostęp: 21.08.2023.

Volume 21, Issue 2
December 2023

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

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-11-20
accepted 2023-12-22



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

Materialne prawo do środowiska a uprawnienia proceduralne według Konwencji z Aarhus – Cześć I

JERZY JENDROŚKA

University of Opole

ORCID: 0000-0002-0436-099X, jjendroska@uni.opole.pl

Citation: Jendrośka, Jerzy. 2023. The substantive right to environment and the procedural environmental rights under the Aarhus Convention. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 21(2): 141–169. DOI: 10.25167/osap.5404.

Abstract: The current article provides Part I of the study which aims at examining the mutual relations between substantive and procedural environmental rights against the background of the typology of the substantive rights to the environment and challenges encountered when designing the right to a healthy environment. Part I provides the background analysis in this respect. It presents the origins of the term “right to environment” and various approaches to its meaning, in particular differences between the “right to have access to natural environment” and the “right to a healthy environment”. This is followed by presenting two possible approaches to the meaning of the term “right to a healthy environment” and their consequences. On this basis the article shows the three main methods of addressing concerns regarding environmental quality within human rights system and the relation between anthropocentric and ecocentric approach. Following this, the article presents the main challenges encountered when creating “right to a healthy environment”, in particular the issue of fitting this right into the existing system of protecting human rights and limitations related to “greening” of other human rights. Finally the current article provides a short overview of the the development of the respective legal provisions regarding environmental rights, including both human rights and Rights of Nature. Part I is concluded with some comments regarding the trend towards developing procedural environmental rights and expectations towards the UNECE Aarhus Convention and its role in protecting

substantive environmental rights and participatory democracy – which is the link to Part II which addresses these issues in detail and concludes that access to justice provisions under the Aarhus Convention neither provide sufficient means to protect environmental rights nor – in light of the various conceptual roots of the Convention – should be treated as having only such a role.

Keywords: right to environment, “greening” of human rights, protection of subjective rights, Aarhus Convention, procedural environmental rights

Abstrakt: Niniejszy artykuł stanowi część I studium, którego celem jest zbadanie relacji między materialnymi i proceduralnymi uprawnieniami do środowiska na tle typologii materialnego prawa do środowiska i wyzwań napotykanych przy projektowaniu prawa do zdrowego środowiska. Część I zawiera analizę kontekstu w tym zakresie. Przedstawiono w niej pochodzenie terminu „prawo do środowiska” oraz różne podejścia do jego znaczenia, w szczególności różnice pomiędzy „prawem do dostępu do środowiska naturalnego” a „prawem do zdrowego środowiska”. Następnie przedstawiono dwa możliwe podejścia do znaczenia terminu „prawo do zdrowego środowiska” i ich konsekwencje. Na tej podstawie artykuł przedstawia trzy główne metody rozwiązywania problemów dotyczących jakości środowiska w ramach systemu praw człowieka oraz relację między podejściem antropocentrycznym i ekocentrycznym. Następnie w artykule przedstawiono główne wyzwania napotykane przy tworzeniu „prawa do zdrowego środowiska”, w szczególności kwestię dopasowania tego prawa do istniejącego systemu ochrony praw człowieka, oraz ograniczenia związane z „zazielenianiem” innych praw człowieka. Artykuł zawiera też krótki przegląd rozwoju odpowiednich przepisów prawnych dotyczących praw środowiskowych, w tym zarówno praw człowieka, jak i praw przyrody. Część I kończy się kilkoma uwagami na temat tendencji do rozwijania proceduralnych praw środowiskowych i oczekiwań wobec Konwencji EKG ONZ z Aarhus oraz jej roli w ochronie materialnych praw środowiskowych i demokracji uczestniczącej – co jest łącznikiem z częścią II, w której szczegółowo omówiono te kwestie i stwierdzono, że przepisy dotyczące dostępu do wymiaru sprawiedliwości w ramach Konwencji z Aarhus ani nie zapewniają wystarczających środków ochrony praw środowiskowych, ani – w świetle koncepcji leżących u podstaw Konwencji – nie powinny być traktowane jako pełniące jedynie taką rolę.

Słowa kluczowe: prawo do środowiska, „zazielenianie” praw człowieka, ochrona praw podmiotowych, Konwencja z Aarhus, uprawnienia proceduralne

1. Introduction

The links between a substantive right to environment and procedural environmental rights of the public have prominently featured in the academic literature, jurisprudence, and various law-drafting activities for years – yet the nature of the links have not been fully recognised. The current study presents some observations regarding these links under the UNECE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, adopted in Aarhus, Denmark in 1998

(“Aarhus Convention”) which is not only commonly considered as the leading international benchmark for the procedural environmental rights¹, but also as an important milestone in addressing the issue of a substantive right to environment in the international law (Boyle 2006: 477).

The current article provides Part I of the above study which aims at examining the mutual relations between substantive and procedural environmental rights against the background of the typology of the substantive rights to the environment and challenges encountered when designing the right to a healthy environment. Part I provides the background analysis in this respect. It briefly presents in Section 2 the origins of the term “right to environment, which is followed in Section 3 by presenting the approaches to understanding and designing a substantive right to environment. In this context it presents differences between the “right to have access to natural environment” and “right to a healthy environment”, and two possible approaches to designing the latter with the consequences resulting therefrom. On this basis the article shows the three main methods of addressing concerns regarding environmental quality within human rights system and the relation between anthropocentric and ecocentric approach. Following this, the article presents the main challenges encountered when creating “right to a healthy environment”, in particular the issue of fitting this right into the existing system of protecting human rights and limitations related to “greening” of other human rights. Finally the current article provides in Section 5 a short overview of the the development of the legal provisions regarding environmental rights, and in Section 6 some information regarding Rights of Nature. Part I is concluded with some comments regarding the trend towards developing procedural environmental rights and expectations towards the UNECE Aarhus Convention and its role in protecting substantive environmental rights and participatory democracy – which is the link to Part II which addresses these issues in detail, and which concludes that access to justice provisions under the Aarhus Convention neither provide sufficient means to protect environmental rights nor – in light of the various conceptual roots of the Convention – should be treated as having only such a role.

2. Right to environment – origins

The issue of formulation and legal meaning of the concept commonly coined as the “right to environment” has been for many years a subject of discussion

¹ The role of the Aarhus Convention is best reflected in the words of (the then) UN Secretary-General Kofi Annan who described it as “the most ambitious venture in the area of ‘environmental democracy’ so far undertaken under the auspices of the United Nations” (Aarhus Implementation Guide 2000: Foreword)

and deliberations both at the international and national level and has received considerable attention in the literature. There have been numerous attempts, both in the past and more currently, to summarise different approaches to tackle this issue², but neither seems to have managed to capture all such approaches³. The current attempt does not purport to be exhaustive and is focused on the issues considered to be important for the purpose of proper interpretation of the intent and meaning of the respective provisions of the Aarhus Convention.

The scientific and political discussion on the “right to environment” as one of the human rights (existing next to such fundamental rights as the right to life or liberty) accompanied the birth of modern environmental law. However, the beginnings of modern legal regulation of environmental protection are commonly considered to date back to the 1970s, while the key international legal instruments related to human rights in Europe and at the global level were adopted much earlier. In 1950, when the European Convention on Human Rights (ECHR) was adopted⁴, environmental protection was not yet an important social problem being the subject of a separate legal regulation (de Sadeleer 2012: 61), and therefore ECHR does not include neither the right to environment nor even a mention of the environment and its protection (Pedersen 2008: 84). The two key international treaties at the global level related to human rights were adopted by the United Nations General Assembly in 1966⁵, therefore – as it was rightly pointed out in the literature – still too early for the “right to environment” to be included in the International Bill of Rights (Knox 2020: 83 or Kobol-Benda 2022: 121-122).

Despite the above constraints, the scientific and political discussion on the “right to environment” remained extremely vivid and – following the development of the modern environmental legislation – already in the 1970s it was subject to extensive coverage in the legal literature in the countries with the most developed environmental legislation at that time⁶. There were also consecutive attempts to introduce “right to environment” into the various legal documents at both national and international level (see below). The common opinion is that the “right to environment” was first started to be introduced

² Some of the most recent ones are being referred to in the current article

³ Furthermore, most of the opinions regarding the “right to environment” tend to address the issue without a clear distinction between consequences of handling this issue at the international and national levels, and the diversity of various systems of protection of human rights.

⁴ Formally the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

⁵ International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

⁶ For a comprehensive overview of the literature on this topic at that time see Steiger 1980: passim

into the national legislation (often Constitutions⁷) and then only into the documents at the international level⁸, which was a different trend than in case of other rights, where after the adoption of the Universal declaration of the Human Rights in 1948 the influence came rather downward, from international agreements to national legislations (Knox 2020: 81). Whether this common opinion is accurate might be debatable because the very notion of “right to environment” is far from being crystal clear and might be understood to cover quite different things. Furthermore this opinion seems to somehow neglect the impact of respective international processes, which often result in the soft-law political documents or judgments of international tribunals and not necessarily in the binding provisions of international agreements.

3. The term “right to environment” and approaches to its meaning

3.1. Right to environment: “right to a healthy environment” or “right to have access to natural environment”?

The term “right to environment” is quite often equated with the term “right to a healthy environment” (differently called as “right to clean/decent/sound... environment” – see below) and the discussion regarding the former is focused on the issues specific to the latter without clearly indicating it. This is rather misleading and not in line with the academic rigour because it does not take into account the fact that in some legislations there is a right to have access to natural environment, which is also referred to as “right to environment” but has a totally different legal nature⁹. For example, Art. 141(3) of the constitution of Bavaria of 1946, allows everyone to enjoy the beauty of nature and recreation in the countryside, in particular to enter forests and forest meadows, to use the fields and to take possession of wild-growing forest fruits in the customary manner. The state and municipalities are obliged to facilitate access to hills, lakes, rivers and scenic features and are entitled to impose property rights restrictions for this purpose¹⁰.

⁷ According to L. Lawrysen „the constitutions of over a hundred countries presently contain such a provision in some form or other” (Lawrysen 2012: 24)

⁸ See for example Bandi 2014: 79 or Knox 2017: 15

⁹ Outside the scope of this discussion is yet another interpretation, which assumes a „right to use the environment” understood as a right to use natural resources and thus tending to oppose environmental protection see Ladeur 1996: 26

¹⁰ The full text of the Constitution of Bavaria is available at <https://www.bayern.landtag.de/en/dokumente/rechtsgrundlagen/constitution-of-the-free-state-of-bavaria/>

Two things are important and worth emphasizing here. Firstly – the right formulated in this way relates only the use of certain environmental resources (in the state they are in) and not to their quality. It is not, therefore, meant to be a defensive law against any changes deteriorating the quality of the environment – as the case law of the Bavarian Constitutional Court have expressly stated (Hernekamp 1979: 194). Secondly, this approach to the right to environment allows it to be treated as a subjective right of an individual – thus similar as in the case of other liberal, so-called classical, rights and liberties based on the opposition of the private interest of an individual against the private interests of other individual or a public interest.

3.2. Right to a healthy environment: two possible approaches to its meaning and their consequences

While the wording of Art. 141(3) of the constitution of Bavaria seems to be quite clear as to the legal meaning of the right to environment covered by it, there are also examples where this is not so clear. In 1976 an amendment to the Constitution of the People's Republic of Poland introduced in art. 71 a new constitutional right commonly referred to as a right to environment. It was very short as it read: "Citizens of the Polish People's Republic shall have the right to benefit from the values of natural environment and it shall be their duty to protect it."¹¹

It should be noted that the introduction of this right into the Constitution in 1976 was not preceded by any wider theoretical discussion regarding the content and legal character of the proposed right to environment, which was quite understandable given the fact that in 1970s Poland was still under the communist rule and Constitution was treated as a merely a political document not entailing significant role in the legal position of individuals (Jendroška 1990: 93-101). When later some attempts to interpret this new right started to appear, they were all focused on understanding this right to environment as a "right to a healthy environment" thus neglecting its other meaning ie. those focused on merely having access to natural environment (ibid: 95-96).

After the collapse of the communism and reorientation of the legal system in Poland towards democracy and rule of law – the issue has started to gain practical importance. In this context already in 1990 some conclusions were made regarding the meaning of the term "right to a healthy environment" which

¹¹ In the official translation of this provision the word „values” was missing, which did not capture well the essence of the provisions (official translation available at: <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/kpol/e1976.html>)

despite the passage of time seem to have still some value as reflecting some developments regarding the approaches towards interpretation of this term.

The starting point for these conclusions was the question what was the subject matter of the “right to a healthy environment” and identifying two possible alternative approaches in this respect. In the first approach the subject matter of the right is the quality of the environment as an intrinsic value for itself while in the second approach it is only the quality of the “private” environment of a person. Thus in the former case the infringement of the right to environment would be either any deterioration of the state of the environment or – in less ambitious approach – violation of the requirements of environmental law (for example regarding pollution of the sea or destroying state owned forests) regardless of where it would occur. In the latter case, the infringement of the right to environment would be limited only to such deteriorations or violations which would affect other legally guaranteed rights of the individual (ibid: 97).

The conclusion regarding the latter approach to the “right to a healthy environment” (i.e. the one limited to “private” environment) was that while theoretically it could be also treated as a subjective right of an individual similar to other liberal, so-called classical, rights and liberties – accepting such interpretation would in fact mean that introduction of such right would not bring anything new beyond what is already guaranteed under the existing rights and its implementation would be dependent on the implementation of the other rights. Thus such interpretation could not be accepted as it would render a separate right to environment in fact redundant and would not address the needs related to environmental protection (ibid: 97).

Regarding the approach in which the subject matter of the right would be the quality of the environment as an intrinsic value for itself – the conclusion was different. It held that that while on merit it would be needed but conceptually and practically it would be rather difficult because it would not be possible to treat such a “right to a healthy environment” as a substantive subjective right of individuals regarding quality of the environment, resulting in granting anyone the right to challenge any violation anywhere of the requirements of environmental law (ibid: 98).

Following this, the final conclusion of this research done in 1990 was that the only feasible interpretation of the “right to a healthy environment” would be to consider it as not a substantive subjective right but rather as a procedural right focused on co-operating with the public administration in environmental protection (Jendrośka 1990: 99).

In this context the need to treat environmental protection in terms of “public interest” was emphasised and – as opposed to the situation in many other countries (see below) – the already existing in Poland legal possibilities granted

to ecological NGOs to participate in the decision-making and to file genuine public interest law suit were considered almost sufficient while the lack of similar rights granted to individuals was criticized (ibid: 99-100).

3.3. Three main methods of addressing concerns regarding environmental quality within human rights system aspects and relation between anthropocentric and ecocentric approach

The above conclusions, while done mostly for the purpose of interpreting the term “right to environment” in Poland in 1990, not only rightly predicted future development regarding constitutional guarantees of the “right to environment” in Poland¹², but first of all seem to correspond well with the prevailing approach used in the most recent accounts summarising the state of play regarding the relations between human rights and environmental protection globally. According to this approach three basic methods can be differentiated in this respect: 1) development of a separate substantive right to a healthy environment, 2) the “greening” of the other human rights; and 3) development of procedural environmental rights¹³.

It must be emphasized however that the conclusions made in Poland in 1990 did not address the difference between anthropocentric and ecocentric approach and totally neglected the issue of “rights of nature”, which already at that time started to be addressed worldwide both in the academic literature and in various legal and policy documents. As for the anthropocentric vs ecocentric approaches it must be noted that while most of the recent accounts refer often to anthropocentric or ecocentric approaches but usually this fundamental dichotomy in the approach is not the basis for the respective analysis. Certain explanation for focusing only on “human-centred environmental rights” is given by Knox who claims that “ecocentric rather than anthropocentric rights – that is, rights *of*, rather than *to*, the environment – are much less common in national law, and absent entirely from international law” (Knox 2020: footnote 4).

The above statement of Knox was given as a mere obiter dictum in a footnote and requires some commentary. First of all, while his statement is true regarding national law, because rights of nature are indeed granted only in a couple of

¹² A good overview of the recent state of play in this respect in Poland is provided by Habuda, who generally concludes that a „right to environment” should be „less perceived as a right to environmental protection...but as a right to use the environment” and thus „right to environment is the right to regulate access to various goods” (Habuda 2019: 119)

¹³ See for example Knox: 82 or V. Kobil-Benda 2022: *passim*. The same in fact approach, although using slightly different terminology is used by Sands when summarizing developments regarding human rights and environment (Sands 2013: 291-307)

countries (see below), in case of international law the above statement is true only insofar as the binding international agreements are concerned, because the rights of nature are mentioned in some soft-law international documents (see below).

Furthermore, a growing interest in promoting ecocentric rather than anthropocentric approach towards interpretation of the right to a healthy environment not necessarily should be equated with proposals for making the nature itself subject of rights. There are proposals for linking ecocentrism with anthropocentrism within the right to a healthy environment¹⁴, and here the most popular seems to be the tendency to interpret certain formulations within the genuinely anthropocentric right in a way to give it an ecocentric element¹⁵. In this tendency the key point is not so much the subject of the right but rather the object of the right, thus if the right refers to the quality of the environment in itself and not in relation to humans – it may be considered as following ecocentric approach. Following this logic: “the right to a healthy environment” would be considered as “anthropocentric” while as ecocentric would be considered such formulations as “the right to decent/ good quality environment” (Lambert2020: 16), or “the right to ecologically sound environment”¹⁶. Furthermore, there are views calling for combining anthropocentric and ecocentric approaches with the intergenerational approach (Lambert 2020: 18). Following this, there are also visions of a “biocentric” or “immersive anthropocentric” approaches towards human rights that would “entail a recognition that the well-being or the lives of individuals in current and future generations greatly depend on ecosystem services” (Kobylarz 2020: 20).

Finally, worth mentioning in the context of this study (which is focused on linkages between a substantive right to a healthy environment and procedural environmental rights under the Aarhus Convention) is the approach proposed by Boyle who shows consequences of various ways of constructing the substantive right to a healthy environment (Boyle 2006: 471-511). He considers that the “greening” of the other human rights is “anthropocentric” by definition and proposes to keep ecocentric approach within the domain of human rights (without any special reference to rights of nature) by creating a separate substantive right to have the environment itself protected (ibid: 473). When

¹⁴ See for example Giunta 2017: passim

¹⁵ See for example the analysis of the Draft Pact for the Environment made by Kotze, who – in the context of his claims to acknowledge the rights of nature – praised the reference to “ecologically sound environment” in draft Article 1 as a right step in this direction and useful addition to otherwise anthropocentric right (Kotze2019: 229). As another example may serve mentioned above interpretations of the wording of the right to environment in the old Constitution of People’s Republic of Poland whereby reference to „values” was the hook to interpret it as a right to a healthy environment.

¹⁶ See for example the already mentioned analysis of the article 110b of the Constitution of Norway, which Giunta considers as „having an anthropocentric-ecocentric approach” (Giunta 2017: 68)

suggesting the approach to constructing such a right he is focused on the differences in designing the subject of such right and the issue of enforceability, which indeed are the key challenges to be addressed when constructing the right to a healthy environment (see below).

4. Legal basis for the “right to a healthy environment”: challenges

4.1. Key challenge: fitting the right to a healthy environment into the system of protecting human rights

Ever since Gormley proclaimed in 1976 existence of an internationally recognised human right to (a healthy) environment (Gormley 1976: 110), there have been an ongoing debate regarding the legal character of such a right. In 1977 Vasak proposed to treat the right to a healthy environment as belonging to a “third generation” of human rights (focused on “solidarity”), as opposed to so called negative” political rights and personal freedoms considered as the “first generation” of rights, and economic, social and cultural rights (requiring “positive action by the state”) as the “second generation” of rights (Vasak 1977: 29). In his view the rights belonging to the “third generation” (which, in addition to the right to a healthy environment and other rights, includes also the “right to ownership of the common heritage of the mankind”) can only be implemented by the combined efforts of everyone, including individuals, states and other bodies (ibid: 32).

While the distinction of human rights into three categories is sometimes considered as “misleading” (Knox 2020: 84), and environmental rights are considered as not fitting “neatly into any single category or “generation” of human rights” (Boyle 2006: 471) any attempt to design the right to a healthy environment must – as it is the case of all human rights – properly capture the nature of the protected value/values and assure its effective protection. And here – as rightly pointed out by Lawrysen – the key issue for human rights, including for the right to a healthy environment, is the question how it would be enforced in practice (Lawrysen2012: 24). This, in turn, depends pretty much on what is considered to be the subject matter of the right. And in this respect – as already has been pointed out above – there are different approaches.

The starting point is an obvious constataion that the existing system of the protection of rights was designed (both at the international level and in most legislations in Europe) for the purpose of protecting subjective rights belonging to traditional civil and political rights and liberties (“first generation” of rights) based on the opposition of the private interest of an individual against the private interests of other individuals or a public interest.

Bearing the above in mind, and assuming that effectiveness of the “right to a healthy environment” (whatever is its scope) depends on the possibility to enforce it through the litigation at courts – it is clear that the major challenge is to design it in such a way that it allows for an effective protection of the environment and yet fits somehow into the existing system of the protection of rights which offer practical possibilities for the enforcement. It could be fitted to the existing systems either by using the instruments already used for the purpose of protecting human rights or by designing some new ones – but both still would need to conceptually fit to the system and be practically feasible.

4.2. Limitations of protecting „private” environment by „greening” of other human rights

In case of the right to protect a healthy „private” environment, fitting it into the existing system of the protection of rights has turned out to be relatively easy and required merely a proper interpretation of other subjective rights – although, as pointed by Lawrysen – „attempts to *derive* a right to a healthy environment *from other constitutional rights* have been more successful in certain countries than in others” (Lawrysen 2012-2: 2). It required some time to appreciate the causal link between „polluting” activities and impact on human health or property but otherwise there were no major conceptual obstacles to find ways to allow individuals to protect their “private” environment by using the traditional instruments created for the protection of other subjective rights to challenge decisions of authorities or filing law suits against acts/omissions of polluters. This process, often referred to as “greening” of the human rights, was well researched both at the national and international level in the academic literature¹⁷, worth mentioning are also the most recent internal account of the respective jurisprudence under the European Convention of Human Rights (ECHR)¹⁸ and rights under the American Convention on Human Rights (Pact of San Jose)¹⁹.

The point however is that the system of the protection of human rights, whether at national or at international level, was traditionally designed to protect individual legal interests. But in case of environmental issues there are certain values that need to be protected and which escape inclusion into these traditional categories. Paraphrasing the title of a famous essay of Christopher Stone which 50 years ago inspired a debate on this subject in the world’s legal

¹⁷ Apart from the already cited studies on human rights mentioning „greening of rights” see for example Pedersen 2008 and Pedersen 2010.

¹⁸ See for example Kobylarz 2020: 18-29 or Manual on Human Rights 2022

¹⁹ See for example Calderon Gamboa 2020: 29-37

literature, the whole issue can be reduced to a question: “do trees have a right to judicial protection?” (Stone 1972). In numerous accounts attempting to address the issue a number of limitations of “greening” of the human rights have been pointed out in this context.

For the European context the most often researched and illustrative is the jurisprudence under the European Convention of Human Rights (ECHR) . As it is commonly known, neither ECHR nor any of its Protocols include a substantive right to a healthy environment, and that has been the legal basis for rejecting applications seeking a general protection of the environment or nature (see below). On the other hand there is an “impressive record of rulings concerning situations where various environmental harms or risks have directly affected human rights that are guaranteed by the Convention and its Protocols” (Kobylarz 2020: 19).

The respective case law makes it however crystal clear that the prerequisite for the possibility of environmental claims under the ECHR is the existence of personal harm, not a harm to the environment objectively understood. As early as in the 1970s the European Commission of Human Rights (a now defunct body of the ECHR) concluded in *Case X v Federal Republic of Germany* that the ECHR, and in particular Articles 2, 3 and 5 of the ECHR invoked by the applicants, did not cover the right to preserve the environment, and dismissed the complaint for actions endangering marshlands²⁰. Similarly, a little later, the European Court of Human Rights (ECtHR) in the *Hatton Case* pointed out that while there is „no explicit right in the Convention to a clean and quiet environment, but where an individual is directly and seriously affected by noise or other pollution, an issue may arise under Article 8”. In this context the ECtHR quoted the earlier judgment in *Case López Ostra v. Spain* by saying that „a problem might affect individuals’ well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely”.

The ECtHR has consistently maintained the view (clearly expressed in *Case Kyrattatos v. Greece*) that the ECHR does not confer a right to a healthy environment, stressing that neither Article 8 of the ECHR nor any other article of the ECHR has the task of protecting the environment as such, as this is the task of other instruments of international or domestic law (Boyle 2006: 31).

A consequence of the condition of the existence of personal injury is the rather limited standing to bring a complaint, which is related to the narrow understanding of the concept of “victim of violation” (injured person), as referred to in Article 34 of the ECHR. The „direct victim requirement” apply to both individuals and to non-governmental organizations (NGOs) who need to

²⁰ For more on this case see for example Sands 2012: 299

prove any negative and serious impacts on their well-being, life or patrimony (Kobylarz 2020: 22). Although non-governmental organizations are explicitly listed there as “victims of violations” in addition to individuals, nevertheless, in the interpretation of the ECtHR, the condition for filing a complaint is a violation directly affecting a person or organization. This means trouble for environmental organizations to file complaints in the public interest or the interest of the environment, i.e. citing only statutory purposes, but without proving their own legal interest in the case. This type of limitation occurs both under Article 8 of the ECHR, where the ECtHR held that an organization can only act as a representative of its members or employees, on the same basis as a lawyer represents a client, but cannot itself be treated as a “victim of a violation” related to Article 8 of the ECHR (Sunkin, Ong and Wight 2002: 853-856), as well as under Article 11 of the ECHR (Sands 2012: 306).

While according to Kobylarz some new tendencies have been shown recently in the case law of ECtHR regarding recognition of the nature protection, or approach to standing or causality²¹, there is a widely shared view in the literature that – from the point of view of environmental protection – the system of protection of rights under ECHR has some fundamental limitations „created by an anthropocentric outlook” which „are out of keeping with social realities today” (Lambert 2020: 13). Similar conclusions of her analysis of the environment-based human rights claims under ECHR has led Morrow to conclude that this approach (i.e. „greening of human rights under ECHR) „has progressed as far as it is likely be able to” and „may have reached the limit of its potential” (Morrow 2017: 36 and 41).

As underlined by Grant, the situation under American Convention on Human Rights (ACHR) is generally very similar to the situation under ACHR insofar as the Convention itself also does not include the right to a healthy environment (Grant 2017: 200). Although the “right to live in a healthy environment” was included in 1988 to the San Salvador Protocol to the Convention – it is not enforceable at the regional level and therefore environmental related claims are litigated under various other rights guaranteed by ACHR (Rivero Godoy 2017: 190-191 and 194-196). While some commentators see perhaps a little bit more ecocentric tendency in the jurisprudence under ACHR than under ECHR (Calderon Gamboa 2020: 35), the other commentators point to unknown under ECHR impediments against effective protection of environmental interests – like for example the fact that the Inter-American Court of Human Rights jurisdiction is limited to cases referred to it by the Inter-American Commission of Human

²¹ For example „sufficiently close link” instead of „direct and immediate link” – see Kobylarz 2020: 21-25

Rights which „in turn is dependent on the acquiescence of the States” (Rivero Godoy 2020: 196-197).

Worth mentioning is the view of Grant, who indicates that while most of the commentators “argue that human rights frameworks and adjudication are ill-equipped to deal with environmental claims” (Grant2017: 199) there are some verdicts of human rights courts giving raise to opinion that “there is nothing inherent in the nature of human rights law preventing human rights courts from providing an avenue for consideration of claims of environmental damage affecting human rights brought on behalf of the wider community” (ibid: 208). Without attempting to enter into this debate, for the purpose of this study it is sufficient to note the opinion that generally the approach of human rights courts “appears to rule out public interest litigation by individual or NGOs in environmental cases under all of the relevant human rights treaties”(Boyle2006: 506) and – in relation to ECHR – that “it is completely inadequate for the Council of Europe to rely on the indirect contributions of existing convention rights to address the scope and severity of the global environmental crisis faced by society today” (Boyd 2020: 18). Furthermore, it is difficult not to agree with the conclusion that “a Healthy Environment is not secondary to other principles or duties of the State, but a RIGHT in itself to be respected, protected and fulfilled by law” (Calderon Gamboa 2020: 36).

In light of the above opinions it is clear that “greening” of other human rights has some limitations which justify attempts to create a separate self-standing right to a healthy environment. And this, while it is capable of addressing some of the challenges related to the “greening” of other human rights, will pose some other challenges.

4.3. Approaches to understanding the right to a healthy environment and related challenges

The right to a healthy environment as a right going beyond just protecting the “private” environment (i.e. covering also such issues as climate change, biodiversity or quality of high seas etc.) can be designed in a number of ways depending on what would be considered a subject matter of such right and what would be the nature of such right.

The most commonly discussed approach assumes that the subject matter of the right to a healthy environment would be the quality of the environment (differently determined as “satisfactory” or “decent”, or “ecologically sound” etc.) as a value for itself. In this respect, apart from terminological nuances, the key issue is what is the level of the quality of the environment which can be qualified as “satisfactory” or “decent”, or “ecologically sound” etc.? And – as rightly pointed

out by Boyle – what constitutes satisfactory, decent, or ecologically sound environment is bound to suffer from uncertainty” (Boyle 2006: 507). The first issue here is the question: according to which standard it could be measured? There is no commonly accepted set of definitions in this respect and the approaches by various people or organizations may vary even in the same circumstances or locality, in particular in case of new projects to be undertaken: what some may consider as detrimental to “satisfactory” quality of the environment, for others may be considered as not making any harm or even beneficial for the quality of the environment. The difference in approaches may involve even a clear conflict between various legitimate environmental concerns, like for example the conflict between the need for enhancing renewable energy projects (as means for achieving climate neutrality goals) and protection of biodiversity²².

Bearing in mind the above, the second fundamental question is who and how should solve the above dilemmas and decide what constitutes satisfactory, decent, or ecologically sound environment, in particular whether it should be a judge setting the respective standard as a result of individual litigation? Some authors suggested to accept the impossibility of defining an ideal environment in abstract terms and let the courts develop their own interpretations (Kiss and Shelton 2000: 174-178) – but prevailing seems to be the view “that judges are not the right people to decide on what constitutes a decent or satisfactory environment” (Boyle 2006: 508). Already in the 1970s there were fears of “paralyzing” economic life resulted from assuming by the judiciary the tasks normally performed by the legislators and public authorities²³. Therefore the obvious alternative was “to revert to....economic, social and cultural rights” (Boyle 2006: 508), which are usually meant as “guidelines” for the legislators and public authorities, who are supposed to set the appropriate standards taking into account other competing public interests (Lawrysen 2012-2: 4 and 6). Following this approach, the right to a healthy environment was included into the economic, social and cultural rights in some national jurisdictions²⁴, but also into some international treaties²⁵.

Including the right to a healthy environment into the economic, social and cultural rights does not seem to solve the problem. First of all, it could not be accepted in legal systems where proclamation of a human right means a pos-

²² See for example Jendroška and Anapianova 2022: passim

²³ See the statements of the participants at the International Colloquium on the Human Right to the Environment organized in Bonn by the European Environment Council in 1975 – collected in the post-conference publication *Individualrecht oder Verpflichtung des Staates? Internationales Beitrage zum Umweltgestaltung*, Heft A-41, E. Schmidt Verlag Berlin 1976

²⁴ See some examples in L. Lawrysen 2012-2: 1-13

²⁵ See for example San Salvador Protocol (Rivero Godoy 2017: 190-191)

sibility of protecting such a right by individual claims at the court because introduction of the right to a healthy environment would mean raising hopes that could not be fulfilled²⁶. Furthermore, it has resulted in the same problems with the enforcement as in case of other such rights belonging to the “second generation” of human rights. The attempts to solve somehow these problems by applying the concept of the *standstill* effect²⁷, applied in case of the right to a healthy environment in some countries²⁸, did not remove fully the “fear of an excessive control of the judiciary over (environmental) policy” (Lawrysen 2012-1: 26), as the concept itself is open to different interpretations influencing its practical application by courts (ibid: 25).

In light of the above comments concerning the challenges related to the right to a healthy environment understood as a right to the proper (“satisfactory” or “decent”, or “ecologically sound”) quality of the environment, it is not surprising that despite some specificities in various legislations meant to facilitate its practical application at courts, such a right is generally considered as difficult to be handled “through the litigation in courts” (Boyle 2006: 506-510). This statement applies regardless of whether the right to a healthy environment would be considered as a right belonging to the “first” or “second” generation of human rights. Therefore there are numerous attempts to create the right to a healthy environment as a totally new type of right.

5. Developments in creating legal basis for the “right to a healthy environment”

5.1. Stockholm Declaration – human rights and environmental protection in 1970s

The key role in the legal framework for the protection of the environment was for a long time assigned to the obligations imposed on the users of the environment, especially polluters, and respective competences of public authorities who were responsible for monitoring compliance and enforcement. The role

²⁶ This was one of the main reasons why the mentioned above right to environment introduced in Poland into the old „socialist” Constitution in 1976 was not included again into the new democratic Constitution in 1997 (Jendroška and Longi 1998: 10-13)

²⁷ Which is supposed to be produced by the constitutional social rights – see Lawrysen and Theunis 2007: 17-19

²⁸ For example in Belgium (Lawrysen and Theunis 2007: 17) or in Greece (Pediaditaki 2007: 63).

of the public was limited mainly to the use of traditional private law measures for the protection of individual interests, which in the field of environmental protection have limited scope and effectiveness. In the 1970s, in view of the significant increase in the importance of the environmental issues in the hierarchy of social objectives and the emergence of detailed regulations in this field, ways to increase the effectiveness of environmental protection were sought. They were seen in the development of legal measures serving the civic activity of the public. The issue was widely considered during the 1972 United Nations Conference in Stockholm, whose objective was to discuss the key problems related to environmental degradation and to develop mechanisms for effective environmental protection, which “could serve as an effective instrument for education and stimulate public awareness and community participation in action for the protection of the environment”²⁹.

Under the influence of the intense political debate on human rights that was taking place at that time³⁰, it was recognised there that a good way to raise the status of environmental protection and to increase its effectiveness would be to recognise it as one of the fundamental human rights, which could result in the use for environmental protection of instruments specific to the protection of human rights. Such hopes led to the inclusion of the human right to the environment in the Stockholm Declaration.

The human right to the environment, understood as the right to live in and enjoy a healthy environment, was formulated in the Stockholm Declaration adopted at the conclusion of the Stockholm Conference of 1972. The formulation of the right to a healthy environment in Principle 1 of the Stockholm Declaration has been subject of many analyses and considerations. It should be borne in mind, however, that the entire Stockholm Declaration is merely a declaration of political intentions, and not a set of binding legal obligations³¹. Moreover, the formulation of Principle 1, including in particular the linking of the right to environment with the issue of racial segregation etc., reflects more the political conditions of the time than it is an expression of a real political will to recognise the right to a healthy environment as a subjective right. Nevertheless it initiated an extensive debate about introducing such a right into the binding legal framework.

²⁹ See seminal overview of the preparations for- and the results of the Stockholm Conference in Sohn 1973: 424-427

³⁰ During the 1970s human rights started to play an important role in international relations and heavily influenced various political debates – some authors even consider the 1970s as a „Turning Point in Human Rights History” see Eckel and Moyn 2014: 1-14

³¹ For an overview of the respective debate see Sohn 1973: 426-427

5.2. Human rights and environmental protection in 1980s and 1990s: Rio Declaration and trend towards procedural environmental rights

Following the Stockholm Declaration the reference to some kind of the right to a healthy environment started to appear in many different international documents, including in various acts of international law (e.g. labour law conventions, conventions governing the law of armed conflict). It was also included into two regional binding international human rights agreements: the 1981 African Charter on Human and Peoples' Rights and in the Additional Protocol of San Salvador signed in 1988 to the American Convention on Human Rights (see comments above). The right to environment guaranteed in Article 24 of the African Charter on Human and Peoples' Rights deserves special attention, as it is not only recognized as the first case of explicit recognition of the human right to a healthy environment in a binding human rights instrument (du Plessis 2011: 36-37), but also because this right is granted there not so much to human beings but to "peoples", which gives it a dimension different from traditional human rights focused on the protection of individual interests (Pedersen 2008: 79). Moreover, this right seen in the context of other provisions of the African Charter implies the existence of positive obligations on the part of states (du Plessis 2011: 39) It should be added, however, that the interpretation of this right by the African Commission on Human and Peoples' Rights in specific cases tends to give it a more procedural character by, for example, reducing this right to powers concerning public participation in decision-making or obligations to carry out and make available to the public the documentation of environmental impact assessments (Pedersen 2008: 80).

The right to a healthy environment increasingly started to appear also in the national constitutions, their legal meaning varied however depending on the approaches to constitutional rights generally³². As a result of the lively political and legal debate that had started already in the 1970s on the recognition of the human right to a healthy environment, many problems were identified that made it difficult to frame this right in such a way as to provide effective judicial protection of individual claims (Krämer 2011: 134). As the above discussion about the respective challenges show, one of the solutions was to include right to a healthy environment into the category of social rights unsuitable for direct application before the courts.

³² See Sands 2012: 296 or Knox 2020: 84-87

Instead of constructing a substantive right to a healthy environment (or in addition thereto³³), it turned out to be more popular to grant certain procedural rights providing the public with possibilities to undertake some activities for the benefit of environmental protection, for example by access to environmental information or by participation in decision-making processes in the field of the environment (Ladeur 1996: 24). Such rights could be enforced before the courts because claims based on the violation of individual legal interests can be constructed there. Furthermore, in some legislations it was supplemented with providing some possibilities (most frequently to environmental organisations, but sometimes also to individual citizens) to challenge decisions or lodge claims against polluters in the public interest related to environmental protection.

The first comprehensive approach to procedural environmental rights at the international level was undertaken when access to information, public participation in decision making and access to justice in environmental matters were codified in Principle X of the Rio Declaration. Although Rio Declaration belongs to the instruments of so called “soft law” (i.e. having not binding legal nature but only a form of recommendations or political declarations) Principle X is commonly considered to be significant as a clear global expression of the developing concepts of the role of the public in relation to the environment. It was soon after its adoption acknowledged as an international benchmark against which the compatibility of national standards could be compared and as a forecast of the creation of new procedural rights which could be granted to individuals through international law and exercised at the national and possibly international level (Sands 1995: 95).

It is characteristic that the Rio Declaration of 1992 – as compared with the Stockholm Declaration – no longer includes a reference to the substantive right to a healthy environment in the catalogue of fundamental environmental principles it codified. Instead, in Principle 10 of the Rio de Janeiro Declaration, there is a reflection of these new trends by clearly referring to the so-called “triad” of procedural environmental rights: access to information, participation in decision-making, and access to justice in environmental matters. Worth noting is the fact that they are clearly indicated in the context of effectiveness of environmental protection (“Environmental issues are best handled...”) thus making a link to the mentioned above objectives of the 1972 Stockholm Conference. There is no evidence for this, but one can speculate that drafters of

³³ See for example the Constitution of Portugal which already in 1976 in addition to granting in article 66 the substantive „right to a healthy and ecologically balanced human living environment” required also public participation and in Article 52 granted the right of *actio popularis* in relation inter alia to the „preservation of the environment’

the Rio Declaration might have realised that mere establishment of the right to a clean environment would not so easily result in using the instruments specific for human rights for the purpose of environmental protection, and therefore decided to replace a reference to the substantive right to a healthy environment with procedural environmental rights.

5.3. Right to environment at the global level

Attempts to institutionalise the links between human rights and environmental protection at the global level within the framework of the United Nations have been made many times, the best known example being the so-called Ksentini Report (Human Rights and the Environment, E/CN.4/Sub.2/1994/9) prepared for the United Nations Commission on Human Rights in 1994. The longstanding efforts culminated in some success in March 2012, when the Human Rights Council, which replaced the former United Nations Commission on Human Rights, decided to establish a special body, called the Independent Expert on Human Rights and the Environment (United Nations A/HRC/19/L.8/Rev.1) to study the human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy, and sustainable environment, and appointed John H. Knox to the mandate. In 2015, the Council renewed the mandate for another three-year term and changed the title of the mandate-holder to special rapporteur. He issued a number of reports mapping how human rights bodies have applied human rights norms to environmental issues and prepared a document called Framework Principles on Human Rights and the Environment, which summarize the existing human rights obligations relating to the environment as defined by human rights tribunals and other international bodies (Knox 2020: 88). In 2018, the Council renewed the mandate for another three years, appointing David R. Boyd as the special rapporteur.

Following this, the Human Rights Council issued a number of resolutions on human rights and the environment, which somehow were concluded with the resolution 48/13 of 8 October 2021 in which it „*Recognizes* the right to a clean, healthy and sustainable environment as a human right that is important for the enjoyment of human rights” and „*Invites* the General Assembly to consider the matter” (A/HRC/48/L.23/Rev.1).

Finally, the General Assembly in its resolution 76/300 recognized “the right to a clean, healthy and sustainable environment as a human right”, noted that “the right to a clean, healthy and sustainable environment is related to other rights and existing international law” and affirmed that „the promotion of the human right to a clean, healthy and sustainable environment requires the full

implementation of the multilateral environmental agreements under the principles of international environmental law” (A/76/L.75).

5.4. Right to environment in EU

There is no explicitly proclaimed substantive right to a healthy environment in EU law. Although in the course of the preparations for the negotiations leading to the Maastricht Treaty, as early as 1990, the Commission proposed the introduction of such a right in the Treaty (Krämer 2011: 133-134), and the European Council in a way supported this in its Declaration on the Environment adopted in the same year (ibid: 2), the right to a healthy environment ultimately found no place in the Treaties. In the doctrine, the need to introduce this right into the Treaties has been suggested many times for years, the demands in this respect intensified especially during the debate preceding the enactment of the Constitutional Treaty providing sometimes quite elaborated proposals³⁴. This has however never gained sufficient political support (de Sadeleer 2012: 41). Instead of a substantive right to the environment in EU law, a number of legal instruments regulating various aspects of environmental procedural rights of the public have emerged in the Community/EU law in some kind of interplay with the Aarhus Convention: with those adopted before the Convention clearly influencing respective provisions of the Convention, while those adopted after the Convention aiming at implementing its provisions (Jendroška 2005: 12-21).

6. Rights of Nature (RoN)

6.1. Concept of RoN and its development

The discussion regarding the relationship between human rights and environmental protection has been significantly enriched with the concept of Rights of Nature (RoN) proposing to retreat from the traditional anthropocentric approach (rights *to* the environment) towards a new ecocentric approach (rights *of* the environment) in which the Nature (or its elements) would have the rights on its own. The rationale for a new approach is based on the drawbacks of the traditional approach which is seen by advocates for RoN as legitimising claims to nature and assuming that nature exist only for the benefit of humans. This

³⁴ See for example Ermacora 2003: 29-42

in turn, according to them, results in numerous negative consequences for both the society and the environment³⁵.

The origins of the legal concept of RoN are often traced back to 1972, when the already quoted Christopher Stone's famous essay "Should trees have standing?" was published (Darpo 2021: 11 or Vallejo Galárraga 2018: 344-345). According to Darpo, the resulting therefrom idea „that environmental objects should be granted legal personhood and thus be able to defend themselves in court through representation by the public" did not win much attention until it was resurrected at the beginning of the 2000s which resulted in the introduction of rights for nature in the Constitution of Ecuador in 2008 (Darpo 2021: 11-12).

The above view of Darpo is partially true, as indeed until the 2000s there were no serious attempts to provide legal personhood to natural objects but it somehow overlooks the impact this essay had on the approach to the environment and nature, and in particular to the issue of standing for claims related to environmental protection generally.

As far as the approach to the environment and nature is concerned worth noting is the fact that already in 1982 the UN General Assembly adopted the resolution on the World Charter for Nature which, inter alia, stated that „[E]very form of life is unique, warranting respect regardless of its worth to man". Furthermore, the Stone's essay heavily influenced the discussions regarding limitations of the traditional approach to standing and attempts undertaken already in 1990s to increase the role of access to justice and judiciary in environmental protection, including the approaches to designing access to justice pillar of the Aarhus Convention (Jendroška 2020: 375-398).

As already indicated, the debate on RoN was accelerated in the 2000s with a number of legal studies addressing various aspects of the concept of RoN, instances of accepting legal personality of certain natural objects in some national and local legislations, and with the respective court verdicts³⁶.

6.2. Pros and cons of RoN

The literature about RoN is impressive³⁷, but the views regarding RoN are very different. There are strong believers of the benefits of using the concept of RoN

³⁵ For a good account of the respective arguments see for example Villavicencio Calzadilla and Kotze 2017: 176

³⁶ For an overview of the various aspects of RoN and developments of respective legal acts and jurisprudence see for example Darpo 2021: 11-22

³⁷ There are about 150 academic accounts devoted to the RoN debate listed in M. Carducci et al 2019: 132-142

as an instrument to solve failures of the existing environmental law, whether at the EU level³⁸, or at the global level³⁹. There are however also authors skeptical about the very concept of RoN, who claim it would not solve such problems⁴⁰.

Worth noting in this context are views of scholars having a closer look at the implementation of the existing legal acts explicitly recognizing some forms of RoN in Latin America, who claim either that such implementation is not effective enough (Villavicencio Calzadilla and Kotze 2017: 175-189), or that granting such rights is counterproductive as it leads to favoring one forms of nature at the expense of other forms, for example fauna at the expense of flora (Lozano 2023: 345-380). This seems to be confirming the view of Krämer who, after examining experience with implementation of the legal acts recognizing RoN in various countries, considers important not so much a formal recognition in EU of the rights of natural objects but rather enforcement of the respective legal obligations and underlines in this respect the importance of access to justice (Krämer 2020: 71). As far however as the EU is concerned, some authors claim that „strong protection amounts – in effect – to an award of rights” and, despite the fact that RoN have not been explicitly recognized, argue that already „nature does have legal rights in the EU legal order by virtue of the legal obligations owed to it under existing environmental laws” (Epstein and Schoukens 2021: 206).

Quite interesting is the fact that many authors, after examining the key features of RoN, come to a totally different conclusions. Some conclude that while indeed the nature requires better protection, nevertheless „there are a number of practical and theoretical difficulties in granting standing to trees” because the very concept of rights is designed for humans and thus not suitable for the purpose of protecting the nature (Burdon and Williams 2022: 175). The others conclude that there is nothing intrinsic in the concept of rights that could not be attributed to nature and „see no real difference between granting certain rights to ecosystems and corporations” (Schoukens 2020: 213).

Without assessing whether indeed a formal recognition of granting personhood to natural objects is possible and needed, for the purpose of this account it is sufficient to note that most authors participating in the debate underline that the key issue is to assure the effective protection of the nature. And here of utmost importance is the possibility to represent the interests of natural objects at courts, which could be granted „without claiming that the natural entity itself would have become a legal person” (Kurki 2022: 525). In this point there is an obvious link between RoN and the right to a healthy environment considered as

³⁸ for example authors of the above cited collective study (M. Carducci et al 2019)

³⁹ For example Vallejo Galárraga 2018: 341-360

⁴⁰ For example J. Betaille (Betaille 2019: 64) or J. Darpo (Darpo 2021: 60)

a standard human rights, because both require appropriate procedural guarantees regarding access to justice in relation to standing and scope of the review. And this is exactly the issue which the Aarhus Convention is meant to address.

7. Conclusions (interim)

As it was already indicated the challenges related to constructing a substantive right to a healthy environment have resulted in the move towards granting procedural environmental rights to the public. One of the reasons for this was the assumption that such rights could be enforced before the courts because claims based on the violation of individual legal interests can be constructed there. Bearing in mind the role of the UNECE Aarhus Convention, which was meant to codify procedural environmental rights, there is nothing strange that the commonly shared assumption is that legal framework provided by the Convention, in particular its access to justice provisions, would provide a solid basis as legal guarantees for the protection of the rights of the public in environmental matters. The more careful examination conducted in this respect in Part II of the study shows that while this is not necessarily the case in relation to strictly environmental rights, the interpretations of the Convention should pay more attention also to its role as an instrument to foster democracy and better governance.

Abbreviations

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

References

Documents

- CEP Report 1996 – The report of the special session 17 January 1996 ece/cep/18, Annex I Draft elements for the convention on access to environmental information and public participation in environmental decision-making (cep/ac.3/R.1), available at <http://www.unece.org/env/pp/adwg.html>
- European Governance. A White Paper, COM(2001) 428, available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/DOC_01_10

Individualrecht oder Verpflichtung des Staates? *Internationales Beitrage zum Umweltgestaltung*, Heft A-41, E.Schmidt Verlag Berlin 1976

Judicial Decisions

Decision of the European Commission of Human Rights of 13 May 1976 on the admissibility of the application in *Case X v. Federal Republic of Germany*, (dec) no 7407/76., 15 DR 161.

Judgment of ECtHR of 9 December 1994 in *Case López Ostra v. Spain*.

Judgment of ECtHR of 8 July 2003 in *Case Hatton and others v. the United Kingdom*.

Judgment of ECtHR of 22 May 2003 in *Case Kyrtatos v. Greece*.

Secondary sources (in alphabetical order)

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

Barrit, Emily. 2020. *The Foundations of the Aarhus Convention*, Hart Publishing.

Betaille, Julien. 2019. Rights of Nature: Why it Might Not Save the Entire World. *Journal for European Environmental and Planning Law* 16.

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

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

Brady, Kathy, 1998. New Convention on Access to Information and Public Participation in Environmental Matters. *Environmental Policy and Law*, 28.

Burdon, Peter and Williams, Claire. 2022. Rights of nature: a critique. In: *Research Handbook of Fundamental Concepts of Environmental Law*, (ed) Douglas Fisher, Edward Elgar, 2nd ed.

Calderon Gamboa, Jorge. 2020. Inter-American approaches to the right to a healthy environment and the rights of nature. In: *Human Rights for the Planet, Proceedings of the High-Level International Conference on Human Rights and Environmental Protection, Strasbourg, 5 October 2020*.

Carducci et al, 2019, *Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature*, European Economic and Social Committee, available at: <https://www.eesc.europa.eu/en/our-work/publications-other-work/publications/towards-eu-charter-fundamental-rights-nature>

de Sadeleer, Nicolas. 2012. Enforcing EUCHR Principles and Fundamental Rights in Environmental Cases, *Nordic Journal of International Law* 81.

de Sadeleer Nicolas, Gerhard Roller and Miriam Dross. 2005. *Access to justice in environmental matters and the role of ngos; empirical findings and legal appraisal*, Groningen: Europa Law Publishing.

du Plessis, Willemien, 2012. The balance of sustainability interests from the perspective of the African Charter on Human and Peoples' Rights. In: *The balancing of interests in environmental law in Africa*, (eds.) Michael Faure and Willemien du Plessis, University of Pretoria.

- Ebbesson, Jonas, Helmut Gaugitsch, Jerzy Jendrośka, Stephen Stec, and Fiona Marshall. 2014. *The Aarhus Convention. An Implementation Guide*, second edition, United Nations.
- Eckel, Jan and Samuel Moyn. 2014. *The Breakthrough: Human Rights in the 1970s*, University of Pennsylvania Press.
- Darpo, Jan. 2021. *Can Nature Get it Right. A Study on Rights of Nature in the European Context*, European Parliament, available at <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>.
- Epstein Yaffa and Hendrik Schoukens. 2021. A Positivist Approach to Rights of Nature in the European Union. *Journal of Human Rights and the Environment* (12) 1.
- Ermacora, Florian. 2003. *The Right to a Clean Environment in the Constitution of the European Union*. In: *The European Convention and the Future of European Environmental Law*, (ed.) Jan Jans, Groningen: Europa Law Publishing.
- Giunta, Adriana. 2017. Can an Ecocentric Approach Open New Frontiers for a Legally Binding International Environmental Right? A Study of Norway's Environmental Constitutional Right. In: *New Frontiers in Environmental Constitutionalism*, UNEP.
- Gormley, Paul. 1976. *Human Rights and Environment – the Need for International Co-operation*, Leyden.
- Grand Ewadne. 2017. Judicial implementation of rights based approaches to environmental governance: Regional perspectives. In: *New Frontiers in Environmental Constitutionalism*, UNEP.
- Hernekamp, Karl. 1979. *Soziale Grundrechte, Aktuelle Dokumente*, Berlin-New York.
- Habuda, Adam. 2019. The right to the Environment in the Republic of Poland, *Studia Prawnoustrojowe* 44.
- Hallo, Ralph. 1996. *Access to environmental information in Europe*, Kluwer Law International.
- Jendrośka, Jerzy. 1990. Z rozważań nad znaczeniem pojęcia „obywatelskie prawo do środowiska” (“Thoughts on the meaning of „citizens right to environment”), *Acta Universitatis Wratislaviensis, Prawo CLXVIII*.
- Jendrośka, Jerzy. 2005. Aarhus Convention and Community Law: the Interplay, *Journal for European Environmental & Planning Law* 1.
- Jendrośka, Jerzy. 2005. Public Information and Participation in EC Environmental Law; Origins, Milestones and Trends. In: *Reflections on 30 Years of EU Environmental Law; A High Level of Protection?*, (ed.) Richard Macrory, Groningen: Europa Law Publishing.
- Jendrośka, Jerzy. 2012. Citizen's Rights in European Environmental Law: Stock-Taking of Key Challenges and Current Developments in Relation to Public Access to Information, Participation and Access to Justice, *Journal for European Environmental & Planning Law* 9.
- Jendrośka, Jerzy. 2020. Access to Justice in the Aarhus Convention – Genesis, Legislative History and Overview of the Main Interpretation Dilemmas, *Journal for European Environmental & Planning Law* 17.
- Jendrośka, Jerzy and Alina Anapianova. 2023. Towards a Green Energy Transition: RE-PowerEU Directive vs Environmental Acquis., *ELNI Review* 23 available at <https://doi.org/10.46850/elni.2023.001>

- Jendroška, Jerzy and Maria Longi. 1998. Environmental Protection and the New Polish Constitution, *ELNI Newsletter*, No 2.
- Jendroška, Jerzy and Stephen Stec. 2001. The Aarhus Convention: Towards a New Era in Environmental Democracy, *Environmental Liability* 9 (3).
- Kiss, Alexandre and Dinah Shelton, *International Environmental Law*, 2nd edn, New York.
- Knox, John. 2017. The United Nations Mandate on Human Rights and the Environment. In: *New Frontiers in Environmental Constitutionalism*, UNEP.
- Knox, John. 2020. Constructing the Human Right to a Healthy Environment, *Annual Review of Law and Social Science*, 16 (1).
- Kobol-Benda, Vivien. 2022. The current status of the right to the environment at the global level, *Opole Studies in Administration and Law* 19 (4).
- Kobylarz, Natalia. 2020. Overview of environmental case-law of the ECtHR. In: *Human Rights for the Planet, Proceedings of the High-Level International Conference on Human Rights and Environmental Protection*, Strasbourg, 5 October 2020 available at <https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/human-rights-and-the-environment>
- Kotzé, Luis. 2019. International Environmental Law's Lack of Normative Ambition: an Opportunity for the Global Pact for the Environment?, *Journal for European Environmental & Planning Law* 16.
- Krämer, Ludwig. 2012. *EU Environmental Law*, Sweet & Maxwell.
- Krämer, Ludwig. 2020. Rights of Nature and Their Implementation, *Journal for European Environmental & Planning Law* 17.
- Kurki, Visa. 2022. Can Nature Hold Rights? It's Not as Easy as You Think, *Transnational Environmental Law*, 11 (3).
- Ladeur, Karl-Heinz. 1996. Environmental Constitutional Law. In: *European Environmental Law. A Comparative Perspective*, (ed.) Gerd Winter, Dartmouth Publ.
- Lambert, Elisabeth. 2020. The Environment and Human Rights. Introductory Report to the High-Level Conference Environmental Protection and Human Rights, Strasbourg, 27 February, available at <https://rm.coe.int/report-e-lambert-en/16809c827f>
- Lawrysen, Luc 2009. An Introduction to the Aarhus Convention, paper presented at International Conference on the Practical Implementation of the Aarhus Convention, Brno, available at <https://www.eufje.org/images/DocAarhus/Brno%202009%20Lavrysen.pdf>
- Lavrysen, Luc. 2010. The Aarhus Convention: Between Environmental Protection and Human Rights *Liège, Strasbourg, Bruxelles: Parcours Des Droits de l'homme.*, Anthemis.
- Lawrysen, Luc. 2012. The Fundamental Right to the Protection of a Healthy Environment. In: *Advancing Justice, Governance and Law for Environmental Sustainability* 1, UNEP, available at https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/9969/advancing_justice_governance_law.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Lawrysen, Luc. 2012. The Right to the Protection of a Healthy Environment, Proceedings. *World Congress on Justice, Governance and Law for Environmental Sustainability 2 - Rio de Janeiro 17-20 June 2012*, available at <https://biblio.ugent.be/publication/2917157>
- Lawrysen, Luc and Jan Theunis. 2007. The Right to the Protection of a Healthy Environment in the Belgian Constitution: retrospect and international perspective . In: *Constitutional rights to an ecologically balanced environment*, (ed.) Isabelle Larmuseau, V.V.O.R.

- Lozano, Carlos. 2023. Animal Rights in Colombia: A Critique from an Environmental Perspective, *Revista Derecho del Estado* 54.
- Pedersen, Olle. 2008. European Environmental Human Rights and Environmental Rights: A Long Time Coming?, 21 *The Geo. Int'l Env'tl. L.Rev* 73.
- Pedersen, Olle. 2010. The Ties that Bind: The Environment, the European Convention on Human Rights and the Rule of Law, *European Public Law*16 (4).
- Manual on Human Rights and the Environment*, Council of Europe, 2022. 3rd edition.
- Morrow, Karen. 2017. New Frontiers: Europe, Human Rights and the Environment. In: *New Frontiers in Environmental Constitutionalism*, UNEP.
- Pallemaerts, Marc. 2011. Introduction In: *The Aarhus convention at Ten: Interactions and Tensions between Conventional International Law and EU Environmental Law*, (ed.) Marc Pallemaerts, Groningen: Europa Law Publishing.
- Pediaditaki, Tonia. 2007. The right to the protection of the environment in the Greek Constitution. In: *Constitutional rights to an ecologically balanced environment*, (ed.) Isabelle Larmuseau, V.V.O.R.
- Rivero Godoy, Juan. 2017. The relationship between environmental and human rights protection under regional law in Latin America. In: *New Frontiers in Environmental Constitutionalism*, UNEP.
- Sands, Philippe. 1995. *Principles of International Environmental Law*, Manchester University Press.
- Sands, Philippe. 2012. *Principles of International Environmental Law*, 2nd edition, Cambridge University Press.
- Schoukens, Hendrik. 2020. Rights of Nature in the European Union: Contemplating the Operationalization of an Eco-Centric Concept in an Anthropocentric Environment? In: *Non-Human Nature in World Politics. Theory and Practice*, (eds.) Joanna Castro Pereira and Andre Saramago, Springer.
- Sohn, Luis. 1973. The Stockholm Declaration on the Human Environment, *Harvard International Law Journal*, 14 (3).
- Stec, Stephen, Susan Casey-Lefkowitz and Jerzy Jendroška. 2000. *The Aarhus Convention: An Implementation Guide*, United Nations, 1st ed.
- Steiger et al, 1980, Steiger, B. Demel, H. G. Fey, P. Malanczuk, 1980. The Fundamental Right to a Decent Environment. In: *Trends in Environmental Law and Policy*, (ed.) Michael Bothe, Gland, Switzerland.
- Stone, Christopher 1972. Should Trees Have Standing. Toward Legal Right for Natural Objects, *Southern California Law Review* 45.
- Sunkin Maurice, David Ong and Robert Wight, 2002. *Sourcebook on Environmental Laws*, 2nd edition, Cavendish, London.
- Vasak, Karel 1977. A 30-year struggle; the sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights. *The UNESCO Courier: a window open on the world November*.
- Vallejo Galárraga, Santiago. 2018. Recognition of Rights of Nature, as a Subject of Law in the International Environmental Law Framework. In: Jendroška Jerzy and Magdalena Bar (eds) *Procedural Environmental Rights: Principle X in Theory and Practice*, Intersentia.

Villavicencio Calzadilla, Paola and Louis Kotzé. 2017. Environmental constitutionalism and the ecocentric rights paradigm: the rights of nature in Ecuador and Bolivia. In: *New Frontiers in Environmental Constitutionalism*, UNEP.

Volume 21, Issue 2
December 2023

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

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-09-25
accepted 2023-11-13



Gwarancyjny charakter zasady kolegalności The guarantee character of the principle of collegiality

MIŁOSZ KOŚCIELNIAK-MARSZAŁ

Uniwersytet Opolski

ORCID 0000-0002-7261-3389, kancelaria@adwokatmilosz.pl

Citation: Kościelniak-Marszał, Miłosz. 2023. Gwarancyjny charakter zasady kolegalności. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 21(2): 171–185. DOI: 10.25167/osap.5251.

Abstract: The judicial authority in the Republic of Poland is exercised by the Supreme Court, common, administrative and military courts, which adjudicate through judges in collective or single-member bodies formed on the basis of appropriate legal norms. Changes can be observed over the years in the predominance of the idea of collective and single-person adjudication. In Poland, since the mid-1990s, there has been a clear trend consisting in the professionalization of jurisprudence, which also affects the composition of the panel of judges. Changes in this area accelerated in connection with the COVID-19 pandemic, although the threat posed by the virus was a pretext rather than a reason for introducing them. The aim was to facilitate scrutinizing judges in order to discourage attempts at verification of the appointment process of judges, which might not be in accordance with the principles of independence and impartiality established by law within the meaning of the European Convention on Human Rights. In this context, the principle of collectiveness of the panel of judges and the related obligation of secrecy of judicial deliberations are key factors that can guarantee effective protection of individual judges from the pressure of political factors, and – in consequence – interference in the sphere of jurisprudence.

Keywords: court, judge, justice, independence, judgment

Abstrakt: Wymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej sprawują Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe. Swoje zadania orzecznicze sprawują poprzez sędziów orzekających w składach sądzących, kolegalnych lub jednoosobowych, tworzonych na podstawie właściwych norm prawnych. Na przestrzeni dziejów moż-

na zaobserwować przemienność w dominacji idei kolegialności orzekania oraz koncepcji jednoosobowego rozstrzygnięcia. W Polsce od połowy lat 90. ubiegłego wieku wyraźna jest wizja profesjonalizacji orzecznictwa, która wpływa również na kwestię kolegialności składów. Zmiany w tym zakresie przyspieszyły zwłaszcza w związku z pandemią COVID-19, chociaż ustawodawca nie krył się w zasadzie z tym, że zagrożenie wirusem było raczej pretekstem, a nie przyczyną do wprowadzania zmian. Faktycznie bowiem chodziło o ułatwienie możliwości kontrolowania poszczególnych sędziów, aby zniechęcić ich do podejmowania prób sądowej weryfikacji prawidłowości nominacji osób powołanych na urząd sędziego w wadliwych procedurach, których zasiadanie w składach orzekających oznacza, że nie jest to niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą w rozumieniu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. W tym aspekcie zasada kolegialności składu orzekającego oraz ściśle z nią powiązana bezwzględna tajemnica narady sędziowskiej, posiadają kluczowe znaczenie gwarancyjne, gdyż tylko razem są w stanie utworzyć pancierz, który będzie skutecznie chronił sędziego przed presją czynników politycznych, a w efekcie – ingerowaniem przez nie w sferę orzecznictwa.

Słowa kluczowe: sąd, sędzia, sprawiedliwość, niezawisłość, wyrok

Zgodnie z art. 175 ust. 1 Konstytucji RP wymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej sprawują Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe. Sądami są organy państwowe, powołane do rozpatrywania i rozstrzygnięcia sporów prawnych w imieniu państwa, których decyzje procesowe mają za sobą autorytet państwa, zapewniający ich respektowanie i wykonanie (Zięba-Załucka 2002: 272). Z punktu widzenia ustrojowego są one organami państwa wyposażonymi w monopol sprawowania wymiaru sprawiedliwości, stanowiącego element władzy sądowniczej w ogólności. Stąd też powszechnie przyjmuje się, że konstytucyjne pojęcie „sądu” oznacza właśnie organ wymiaru sprawiedliwości¹. Warunkiem koniecznym do uznania określonego organu mianem sądu jest rozdzielność od władzy wykonawczej oraz ustawodawczej, a nadto takie ukształtowanie jego pozycji, aby zapewniała jednostkom rozpatrzenie ich sprawy przez organ najlepiej do tego przygotowany – ze względu na swoją specjalizację oraz miejsce w strukturze. Wyposażenie w gwarancje ustrojowe i procesowe, niezbędne do prawidłowego wypełniania funkcji orzeczniczych, odróżnia sądy od organów *quasi-sądowych*, które jakkolwiek również upoważnione zostały do rozstrzygnięcia w określonej materii, to jednak nie posiadają wszystkich cech sądu zapewniających prawidłowość orzekania (Demendecki, 2010: 17–18).

¹ Zob. stanowisko Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 19 lipca 2005 r. w przedmiocie uzasadnienia Uchwały Nr 67/2005 z dnia 17 czerwca 2005 r., dostęp: 18.10.2015 r., www.krs.pl/pl/dzialalnosc/posiedzenia-rady/f,107,posiedzenia-w-2005-r/326,od-stycznia-do-grudnia-2005-r/1780,stanowisko-krajowej-rady-sadownictwa-z-dnia-19-lipca-2005-r.

Zadania orzecznicze sądy sprawują poprzez sędziów orzekających w składach sądzących (*iudices*), kolegialnych lub jednoosobowych, tworzonych na podstawie właściwych norm prawnych. W ujęciu jurysdykcyjnym sąd stanowi szczególnego rodzaju organizm decyzyjny, w skład którego wchodzi przynajmniej jedna osoba, której powierzono obowiązki sędziowskie (tzw. *votum*)². Strukturę, kompetencję i sposób działania tego podmiotu określają normy prawne, które wyznaczają także rolę poszczególnych członków składu sądzącego oraz decyzyjne funkcje sądu jako całości (Wróblewski 1975: 9).

Decyzje sądowe, podobnie jak wszystkie decyzje w znaczeniu ogólnym, wiążą się ze sferą psychologicznej strategii rozwiązywania problemów. Każda z nich nawiązuje do określonego układu sytuacyjnego, w warunkach którego zostaje wydana. Podjęcie decyzji finalnej jest poprzedzone procesami przeddecyzyjnymi, które wiążą się w szczególności z określonymi metodami przetwarzania informacji oraz z fazą namysłu. W wypadku sądowych decyzji procesowych reguły podejmowania i komunikowania decyzji doznają konkretyzacji prawnej, w rezultacie czego w każdej z nich można wyodrębnić trzy elementy: formalny, w postaci konkretnej struktury logicznej, oraz dwa elementy materialne – konieczne wartościowanie sędziowskie oraz treści dogmatyczne, jakimi są okoliczności konkretnej sprawy. W ten sposób decyzje sądowe są charakteryzowane przez następujące cechy: problem wymagający rozwiązania, procesy natury intelektualnej i psychologicznej, podstawa decyzyjna w sensie faktycznym i prawnym oraz określone w metanormach dokonanie aktu oraz jego wyrażenie i udokumentowanie (Piasecki 2007: 35).

Chociaż decyzja sądowa, jako wyraz woli organu, nie stanowi przejawu osobistych dążeń osób, które ją podejmują, to niewątpliwie w proces powstawania takiej decyzji jest głęboko wpisana postawa intelektualna i światopoglądowa sędziów. I choć to sądowi, a nie poszczególnym sędziom, jest przypisywana wydana decyzja, to nie można nie dostrzegać znaczenia motywów wartościowania sędziowskiego w tworzeniu orzeczenia. Na motywy te składają się uwarunkowania psychiczne kształtujące cechy osobowości sędziego, w tym emocje, wyobrażenia, myśli czy dążenia, a nadto procesy intelektualne, związane przede wszystkim z aktem poznawczym, obejmujące w szczególności odbieranie wra-

² Zdaniem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka założenie, aby sąd składał się wyłącznie z sędziów zawodowych, nie jest wymogiem absolutnym. Członkami składu sądów administracyjnych mogą być bowiem urzędnicy służby cywilnej (zob. wyrok ETPC z 23.4.1997 r. w sprawie Ettl i inni przeciw Austrii, sygn. 9273/81, także: wyrok ETPC z 9.11.2006 r. w sprawie Stojakovic przeciw Austrii, sygn. 30003/02, par. 47–50), wojskowi mogą być członkami sądów wojskowych (wyrok ETPCz 8.6.1976 r. w sprawie Engel i inni przeciwko Holandii, sygn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, par. 90; także: wyrok ETPC z 16.12.2003 r. w sprawie Cooper przeciw Zjednoczonemu Królestwu, sygn. 48843/99, par. 116–126); zawsze jednak skomponowany w ten sposób organ musi odpowiadać wymaganiom art. 6 ust. 1, zwłaszcza niezawisłości i bezstronności.

żeń, spostrzeganie, analizowanie i interpretowanie faktów oraz procesy woli-tywne, od których zależą dokonane wybory (Piasecki 1981: 117). W każdym wypadku orzeczniczego stosowania prawa mamy więc do czynienia z procesem psychicznym, polegającym na tworzeniu ocen (Tyszka 1999: 13). Zróżnicowany poziom asertywności, kreatywności, inteligencji, a także odmienność osobistych doświadczeń członków składu orzekającego, w powiązaniu z jego stosunkiem do poszczególnych wartości moralnych i norm społecznych, skutkują nadaniem decyzji sądowej zindywidualizowanego profilu (Zdyb 1993: 36). Wpływ wartościowania sędziowskiego staje się szczególnie widoczny w sytuacjach występowania problemu na tyle złożonego, że występuje możliwość alternatywnego zastosowania kilku różnych norm prawnych. Zaznaczyć należy, że nie chodzi tu o subiektywizację decyzji sądowej, ale o wybór rozwiązania najbardziej słusznego w określonym układzie odniesienia (Gapska 2010: 33). O ile przy tym jednopodmiotowe kreowanie decyzji wymaga jedynie uzewnętrznienia, we właściwej formie, wyniku procesu decyzyjnego, o tyle zasiadanie w kolejalnym składzie sądu zakłada konieczność kooperacji, na którą składa się podejmowanie czynności zsynchronizowanych w czasie i przestrzeni, odpowiedni podział tych czynności w ramach specjalizacji oraz zjednoczenie celem działania (Kotarbiński 1975: 36 i n.; Knosala 2003: 42).

Na przestrzeni dziejów można zaobserwować wyraźną przemienność w dominacji idei kolejalności orzekania oraz koncepcji jednoosobowego rozstrzygnięcia (Artymiak 2014: 1371). W procesie ateńskim wymiar sprawiedliwości sprawowały organy kolejalne. W procesach rzymskich orzecznictwo początkowo należało do wysokich urzędników państwowych (kwestorów, trybunów, dyktatorów, cenzorów, edylów, a w późniejszym okresie pretorów), którzy część spraw rozstrzygali jednoosobowo, a przewodniczyli sądom kolejalnym (*comitia*, później *quaestiones perpetuae*) w pozostałych sprawach. Z czasem kolejalne ciała sądzące zostały zastąpione ponownie urzędnikami cesarskimi, gdy okazało się, że nie zapewniają sprawności stosowania represji karnej. W procesie wczesno-germańskim sądownictwo powszechne należało do sądu setni, w którym sędził sędzia (*thunginus*), wybrany przez zgromadzenie z udziałem wolnej ludności. Spośród osób uczestniczących w zgromadzeniu sędzia wybierał rachinburgów, którzy mieli przedstawić propozycję wyroku (Gaca, Kamińska 2002: 226).

Kiedy na kontynencie europejskim zaczął dominować proces inkwizycyjny, w którym kolejalne organy sądzące zostały zastąpione przez sąd zawodowy, najczęściej jednoosobowy, w Anglii rozwój procesu karnego przyjął odwrotny kierunek. Wydana w 1215 r. przez króla Jana bez Ziemi Wielka Karta Swobód (*Magna Charta Libertatum*) wprowadziła zasadę, że każdy wolny człowiek będzie sądzony przez siebie równych. Zasada ta wsparła tendencję do tworzenia

dwóch typów jurysdykcji, które stały się swoistymi elementami sądownictwa angielskiego:

1) sądów przysięgłych, w skład których wchodził trybunał, złożony z sędziego albo kilku sędziów pokoju oraz wielkiej ławy (*grand jury* – 23 przysięgłych) albo małej ławy (*petty jury* – 12 przysięgłych), przy czym wielka ława orzekała o dopuszczalności sądenia, mała ława zaś o winie, i dopiero na podstawie jednogłośnego werdyktu, trybunał wymierzał karę;

2) sędziów pokoju, którzy orzekali z reguły w składach trzyosobowych.

W dobie rewolucji i ruchów ludowych na kontynencie europejskim model inkwizycyjny został zastąpiony przez proces mieszany, a ponowne wprowadzenie orzecznictwa kolegialnego i z udziałem czynnika ludowego było jednym z hasł walki wolnościowej. Wkrótce we Francji stworzono trójstopniowy system sądów: jednoosobowe sądy policji zwykłej do spraw o wykroczenia, kolegialne – składające się z trzech sędziów – sądy policji poprawczej do spraw o występki oraz sądy przysięgłych do spraw o zbrodnie. Sąd przysięgłych składał się z trybunału, w którym zasiadało trzech sędziów zawodowych oraz z ławy przysięgłych w liczbie 12 członków. Przysięgli nie orzekali o winie, a odpowiadali na sformułowane przez trybunał pytania dotyczące stanu faktycznego. Byli sędziami faktu, którzy decydowali większością głosów. Następnie trybunał orzekał o winie oraz karze.

Francuski proces mieszany przeniknął do państw niemieckich, jednak charakterystyczną dla Niemiec instytucją były sądy ławnicze, orzekające najczęściej w składzie sędziego zawodowego i dwóch ławników. W odróżnieniu od przysięgłych, ławnicy wraz z sędziami zawodowymi tworzyli jedno ciało orzekające, które uczestniczyło w rozpoznaniu sprawy i w wydaniu wyroku, rozstrzygając zarówno o winie, jak i karze. W pierwszej instancji orzekały: w sprawach o wykroczenia i drobne występki – sądy urzędowe jako sąd ławniczy albo sąd jednoosobowy (z czasem wyłącznie jako sąd jednoosobowy), w sprawach o pozostałe występki i lżejsze zbrodnie – sądy krajowe jako sąd zawodowy (w składzie trzech sędziów) albo sąd przysięgłych (trzech sędziów zawodowych i 12 przysięgłych). Sąd krajowy z udziałem przysięgłych orzekał w sprawach o ciężkie zbrodnie i przestępstwa polityczne, natomiast Sąd Rzeszy orzekał w sprawach o zamach stanu i zdradę kraju.

Na ziemiach polskich jeszcze do połowy 1929 r. obowiązywały systemy procesowe państw zaborczych. W byłej dzielnicy pruskiej – model oparty na niemieckich ustawach z 1877 r., w Galicji i na Śląsku Cieszyńskim – system oparty na austriackiej ustawie o postępowaniu karnym z 1873 r., w byłym Królestwie Polskim i na ziemiach wschodnich – system opierający się na rosyjskiej ustawie o sądowym postępowaniu karnym z 1864 r.

Kodeks postępowania karnego z 19 marca 1928 r., który wszedł w życie z dniem 1 stycznia 1929 r., przewidywał, że sądy grodzkie orzekają w składzie jednego sędziego państwowego, natomiast sądy okręgowe w składzie trzech sędziów państwowych (art. 23 § 1 p.u.s.p. z 1928 r.). Konstytucja Marcowa w art. 83 zapowiadała powołanie sądów przysięgłych do orzekania o zbrodniach zagrożonych najcięższymi karami i przestępstwach politycznych. Sąd taki składał się z trybunału, w którym orzekało trzech sędziów okręgowych, oraz ławy orzekającej, złożonej z 12 przysięgłych. Działalność ławy przysięgłych miała dotyczyć rozpoznawania spraw, za które ustawa przewidywała karę śmierci lub bezterminowe pozbawienie wolności, a najniższy wymiar kary wynosił 10 lat pozbawienia wolności, oraz przy przestępstwach politycznych. W rzeczywistości na skutek niewydania rozporządzeń wykonawczych ławy przysięgłych w zasadzie nie funkcjonowały. Wyjątek stanowiły ziemie dawnego zaboru austriackiego, gdzie działały na podstawie przepisów zaborczych z 1852 r. Ostatecznie jednak i tam, na skutek tendencji antyliberalnych, zostały zlikwidowane ustawą z 9 kwietnia 1938 r. o zniesieniu instytucji sądów przysięgłych i sędziów pokoju z procesu karnego.

W okresie powojennym dekretem PKWN z 12 września 1944 r. o specjalnych sądach karnych dla spraw zbrodniarzy faszystowsko-hitlerowskich do polskiego systemu procesowego wprowadzono sądy ławnicze. Sądy ławnicze orzekały także w sprawach o odstępstwo od narodowości polskiej w czasie wojny i w postępowaniu rehabilitacyjnym. Z czasem sądy ławnicze rozpoznawały sprawy przewidziane dekretem z 16 listopada 1945 r., zastąpionym dekretem z 13 czerwca 1946 r. o przestępstwach „szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy państwa oraz w postępowaniu doraźnym”. Obok sądów ławniczych dekretem z 22 lutego 1946 r. w każdej gminie wiejskiej i miejskiej powołano sądy obywatelskie, właściwe do rozstrzygania wybranych spraw cywilnych oraz spraw o wykroczenia i drobne występki. Sędziów tych sądów wybierała na trzyletnią kadencję gminna (miejska) rada narodowa spośród lokalnych mieszkańców.

Na przełomie lat 40. i 50. doszło do przebudowy systemu karno-procesowego przez ustawy z 27 kwietnia 1949 r. o zmianie prawa o ustroju sądów powszechnych, o zmianie przepisów postępowania karnego oraz o zmianie dekretu o postępowaniu doraźnym, a następnie ustawy z 20 lipca 1950 r. o Prokuraturze Rzeczypospolitej Polskiej, o zmianie prawa o ustroju sądów powszechnych, o zmianie przepisów postępowania karnego, o zmianie przepisów postępowania w sprawach cywilnych, oraz o zmianie dekretu z 16 listopada 1945 r. o utworzeniu i zakresie działania Komisji Specjalnej do Walki z Nadużyciami i Szkodnictwem Gospodarczym. Na tej podstawie został utworzony nowy ustrój sądów i prokuratury oraz model procesu karnego, a miejsce dotychczasowej struktury zajęły sądy powiatowe, sądy wojewódzkie i Sąd Najwyższy. W sprawach karnych

wprowadzono zasadę kolegialności składów sądzących, zarówno w pierwszej, jak i w drugiej instancji (Artymiak 2014: 1371–1380 wraz z podawanymi tam przypisami).

Chociaż zmiany polityczne z 1989 r. początkowo nie przyniosły reformy omawianej kwestii, to na horyzoncie coraz wyraźniej rysowała się wizja profesjonalizacji orzekania. Początek dała Ustawa z dnia 1 marca 1996 r. o zmianie Kodeksu postępowania cywilnego, rozporządzeń Prezydenta Rzeczypospolitej – Prawo upadłościowe i Prawo o postępowaniu układowym, Kodeksu postępowania administracyjnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz niektórych innych ustaw, na mocy której w większości spraw cywilnych nastąpiło odejście od udziału czynnika społecznego w wymiarze sprawiedliwości. Pociągnęło to zmianę podejścia do kolegialności, gdyż wyrugowanego czynnika społecznego nie zamierzano zastępować udziałem w składzie dodatkowych sędziów zawodowych. Wkrótce kolegialność została ograniczona również w postępowaniu karnym, gdyż Ustawa z dnia 29 czerwca 1995 r. o zmianie Kodeksu postępowania karnego, ustawy o ustroju sądów wojskowych, ustawy o opłatach w sprawach karnych i ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich wprowadziła jednoosobowy skład sądu orzekającego w postępowaniach szczególnych (postępowanie uproszczone, postępowanie z oskarżenia prywatnego, przyspieszone, nakazowe). Reguła ta została następnie utrzymana w Kodeksie postępowania karnego z 1997 r.

Dalsze ograniczenie kolegialności sądów nastąpiło w wyniku wejścia w życie Ustawy z dnia 15 marca 2007 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz o zmianie niektórych innych ustaw, która radykalnie zmniejszyła liczbę spraw podlegających rozpoznaniu w składzie z udziałem ławników. Podobnie jak w sprawach cywilnych, tu również nie zastąpiono ich sędziami zawodowymi, w rezultacie czego zdecydowana większość spraw karnych była odtąd, w postępowaniu głównym, rozpoznawana przez sądy, w których składzie zasiadał jedynie przewodniczący.

Do całkowitego odejścia od zasady kolegialności składu na rzecz jednoosobowego orzekania pretekstem stała się pandemia wywołana przez wirus SARS-CoV-2. Dyspozycją art. 14 fa ust. 1 Ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, wprowadzono bowiem dalszy wyłom w zasadzie zawartej w art. 29 § 1 k.p.k., zgodnie z którą na rozprawie apelacyjnej i kasacyjnej sąd orzekał w składzie trzech sędziów. Już wcześniej ustawodawca w art. 449 § 2 k.p.k. przyjął jednoosobowe orzekanie na rozprawie przez sądy odwoławcze w sytuacjach, kiedy postępowanie przygotowawcze zakończyło się w formie dochodzenia, a także w sprawach z oskarżenia prywatnego, chyba że zaskarżone orzeczenie

sąd pierwszej instancji wydał w innym składzie niż w składzie jednego sędziego. Natomiast począwszy od dnia 22 czerwca 2021 r. przez okres obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii, ogłoszonego z powodu COVID-19, oraz w okresie roku po ich odwołaniu, sąd na rozprawie apelacyjnej miał orzekać w składzie jednego sędziego we wszystkich sprawach o przestępstwa zagrożone karą pozbawienia wolności, której górna granica nie przekracza 5 lat, jeżeli w pierwszej instancji sąd orzekał w takim samym składzie. Co charakterystyczne, zgodnie z art. 14 fa ust. 2 cytowanej ustawy sąd miał orzekać na rozprawie apelacyjnej w składzie jednego sędziego również po upływie okresu, o którym mowa wyżej, jeżeli przewod sądowy na tej rozprawie rozpoczęto przed jego upływem.

Wkrótce zmodyfikowano także procedurę cywilną, wprowadzając z dniem 3 lipca 2021 r. art. 15 zzs¹ ust. 1 pkt 4 ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych zasadę, zgodnie z którą wszystkie sprawy cywilne w pierwszej i drugiej instancji sąd rozpoznaje w składzie jednego sędziego, przy czym prezes sądu może zarządzić rozpoznanie sprawy w składzie trzech sędziów, jeżeli uzna to za wskazane ze względu na szczególną zawilgość lub precedensowy charakter sprawy. Ta regulacja stała się wkrótce przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego, który w uchwale z dnia 26 kwietnia 2023 r. (III PZP 6/22), podkreślił, że pandemia COVID-19 stała się dla władz na całym świecie okazją do skokowego i drastycznego ograniczenia podstawowych praw i wolności obywatelskich pod pozorem ochrony zdrowia i życia. Uznając, że wprowadzone ograniczenie prawa do sądu z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP w zakresie zapewnienia rzetelnego postępowania, jakie najpełniej gwarantuje skład kolegialny, nie spełnia ani przesłanki adekwatności, ani konieczności wprowadzenia ograniczeń w demokratycznym państwie prawnym, stanął na stanowisku, że rozpoznanie sprawy cywilnej przez sąd drugiej instancji w składzie jednego sędziego, ukształtowanym na podstawie art. 15 zzs¹ ust. 1 pkt 4 Ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (tekst jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 2095 z późn. zm.), ogranicza prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP).

Powyższe zapatrywanie, wyrażone na gruncie procesu cywilnego, nie tyle zasługuje na aprobatę z uwagi na oczywistą trafność przedstawionych argumentów, co powinno zostać potraktowane jako kierunkowskaz dla wszystkich procedur sądowych i stać się przyczynkiem do dyskusji nad koniecznością dalej idących zmian zmierzających do powrotu składów kolegialnych na każdym etapie postępowania. W tym miejscu należy zaznaczyć, że charakterystyczną

cechą sądownictwa większości europejskich państw jest kolegialność składów orzekających. Zakłada się bowiem, że taki sąd zapewnia bardziej wszechstronne rozpoznanie, a tym samym gwarantuje wyższy standard orzeczniczy. Orzeczenia wydane kolegialnie stanowią bowiem rezultat wymiany poglądów i zapatrywań, co zapewnia głębszą kontrolę prawidłowości rozumowania i argumentacji (Łazarska 2012: 229; Łazarska 2018: 547 i n.; Skibińska 2023: 112–113; Markiewicz 2022: 38–58; Zembrzusi 2022: 59–79; Olaś 2020: 497–527). Poczucie sprawiedliwości reprezentowane przez ogół stanowi przy tym wiodący czynnik w kwestii oceny słuszności rozstrzygnięcia, a decyzja zespołowa posiada większą wagę moralną dla stron oraz dla całego społeczeństwa (Marszał, Stachowiak, Sychta, Zagrodnik, Zgryzek 2008: 67). Orzeczenia wydawane przez skład kolegialny stanowią wynik dyskusji oraz analizy różnych spojrzeń na te same kwestie, co stwarza możliwość konfrontacji i zmniejsza ryzyko niedokładności lub omyłek. W toku wypracowywania treści orzeczenia ścierają się indywidualne przejawy woli, różne wrażliwości, znajomość przedmiotu postępowania i kontekstu prawnego, odmienne doświadczenie życiowe i zawodowe. Zróznicowanie doświadczeń i predyspozycji poszczególnych członków składu sędziowskiego ogranicza niebezpieczeństwo popełnienia błędów zarówno w sferze faktycznej, jak i prawnej. Oczywiście jest zatem, że im większa liczba osób zasiądzie w składzie orzekającym, tym większe prawdopodobieństwo wydania prawidłowego orzeczenia, a mniejsze ryzyko pomyłki (Kil, Kwaśniak 2022: 54, 57, 62). Kolegialność przyczynia się przy tym do wzajemnej kontroli członków zespołu, co zapobiega arbitralności ocen i zwiększa prawdopodobieństwo wydania słusznego oraz sprawiedliwego rozstrzygnięcia. Przede wszystkim jednak wzmacnia niezależność poszczególnych członków składu i zmniejsza skłonność do postawy konformistycznej. Hamuje bowiem skłonność sędziów do dbałości o własną karierę zawodową oraz do unikania rozstrzygnięć słusznych (sprawiedliwych), lecz kontrowersyjnych w odbiorze środowiska czy opinii publicznej. Poszczególny sędzia, mając świadomość, że odpowiedzialność ponosi cały zespół, działa swobodniej i odczuwa mniejszą presję aniżeli sędzia orzekający w pojedynkę (Waśkowski 1924: 550; Cieślak 1984: 256).

Zarazem jednak właśnie okoliczność, że rozstrzygnięcie wydane w składzie kolegialnym jest efektem oceny zbiorowości i nie można przypisać za nie odpowiedzialności konkretnej osobie, bywa podnoszona jako argument przemawiający przeciwko idei kolegialności. Zwolennicy składów jednoosobowych podkreślają, że sędzia orzekając sam, bierze na siebie w całej rozciągłości odpowiedzialność za przebieg postępowania sądowego i jego końcowy wynik. Nie ma więc możliwości powoływania się na współodpowiedzialność innych członków składu ani na wynik ich głosowania. Jako argument za zasadnością rozpoznawania spraw jednoosobowo przywoływane są też wzgląd na społeczne

koszty funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości oraz potrzeba przyspieszenia postępowań sądowych (Kościelniak-Marszał 2017: 11–13).

Analizując oba stanowiska, warto zauważyć, że każde z nich wymaga uwzględnienia konkretnych realiów politycznych i społecznych. Truizmem będzie w tym miejscu spostrzeżenie, że znaną tendencją podmiotów sprawujących władzę jest dążenie do zwiększania swoich wpływów, czemu granice mogą skutecznie postawić tylko normy gwarancyjne o charakterze bezwzględnie obowiązującym. O ile w systemach, w których nie jest zagrożona zasada rozdziału władzy, względy sprawności i ekonomiki mogą dostatecznie przekonywać do orzekania przez sądy jednoosobowo, o tyle tam, gdzie organy wykonawcze dysponują i robią użytek z instrumentów pozwalających na choćby pośrednie wywieranie presji na sędziów, brak kolegialności składów sądujących, poprzez to, że w sposób faktyczny prowadzi do identyfikacji orzeczenia sądu z decyzją konkretnego sędziego, niesie poważne zagrożenie dla niezawisłości. Sąd orzekający w takim składzie jest z natury rzeczy bardziej narażony na ewentualne naciski. Podkreślić trzeba, że nie wystarczy, aby niezawisłość została zapisana w ustawie jako deklaracja, lecz podobnie jak w przypadku innych zasad ustrojowych i procesowych, wymaga urealnienia w drodze konkretnych regulacji, które zapewnią sędziemu swobodę orzekania i uchronią przed próbami wpływania na treść wydawanych rozstrzygnięć. W tym aspekcie zasada kolegialności składu orzekającego oraz ściśle z nią powiązana bezwzględna tajemnica narady sędziowskiej nabierają kluczowego znaczenia gwarancyjnego, gdyż tylko razem są w stanie utworzyć pancierz, który będzie skutecznie chronił sędziego przed presją ze strony czynników politycznych, a w efekcie – ingerowaniem przez te podmioty w sferę orzecznictwa.

Świadomość gwarancyjnego charakteru wspomnianych dyrektyw, wobec prowadzonego sporu o status osób powołanych na urząd sędziego na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa wybranej na nowo przez Sejm w 2017 roku, a nie jak wcześniej przez samych sędziów³, w zestawieniu z kolejnymi przypadkami odsuwania od orzekania sędziów, którzy brali udział w wydaniu decyzji procesowych kwestionujących status takich osób, oraz wszczynania na tej podstawie postępowań dyscyplinarnych,⁴ przekonuje o trafności stanowiska

³ Zob. uchwała składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z 23 stycznia 2020 r. sygn. akt BSA I-4110-1/20, OSNKW nr 2/2020, poz. 7; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20 kwietnia 2020 r. sygn. U 2/20; postanowienie Sądu Najwyższego z 23 września 2021 r. sygn. IV KZ 37/21, Legalis nr 2611044; postanowienie Sądu Najwyższego z 22 kwietnia 2021 r., sygn. I NWW 16/21, LEX nr 3229371.

⁴ <https://www.rp.pl/sady-i-trybunaly/art19098091-sedzia-synakiewicz-wrocil-i-uchylil-wyrok-z-udzialem-nominanta-nowej-krs> (dostęp: 8.02.2022); <https://www.rp.pl/sady-i-trybunaly/art19319621-minister-ziobro-zawiesil-sedzie-piekarska-drazek-za-wydane-orzeczenie> (dostęp: 8.02.2022); <https://www.rp.pl/sady-i-trybunaly/art19257641-sedzia-krzysztof-chmielewski-zawieszony-straci-na-wynagro>

wyrażonego przez Sąd Okręgowy w Katowicach w postanowieniu z dnia 21 października 2021 r. (IV Ca 311/21). W uzasadnieniu przedstawionego tam pytania prawnego do Sądu Najwyższego zaakcentowana została pozornie motyw legistacyjny w postaci ochrony zdrowia sędziów, jaki miał sprzyjać zwiększaniu liczby przypadków, w których sądy mają orzekać jednoosobowo. Polski ustawodawca bowiem w zasadzie nie krył się z tym, że zagrożenie covidowe było tylko pretekstem do wprowadzania tego typu zmian. Powyższa ocena wynika nie tylko z tego, że omawiane rozwiązanie zostało wprowadzone długo po ogłoszeniu w kraju stanu epidemii, ale przede wszystkim dlatego, że ma obowiązywać w ciągu roku od odwołania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19. Rację ma przy tym katowicki sąd, podnosząc, że nie było żadnego racjonalnego usprawiedliwienia dla utrzymywania okrojonej składowi orzekających po ustaniu stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii. Takie rozwiązanie świadczy, że wprowadzone w tym zakresie zmiany miały w rzeczywistości na celu rozszerzenie możliwości kontrolowania sędziów, aby zniechęcić ich do podejmowania prób weryfikacji prawidłowości procesu nominacyjnego osób powołanych na urząd sędziego w wadliwych procedurach.

Powyższy problem ma tymczasem charakter systemowy, który na pewno będzie narastał, gdyż wyrokiem z dnia 3.02.2022 r. (1469/20) Europejski Trybunał Praw Człowieka potwierdził, że udział w składzie orzekającym sędziów, którzy zostali powołani na wniosek obecnej Krajowej Rady Sądownictwa, powoduje, że nie jest to niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą w rozumieniu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. W analogiczny sposób ETPC orzekł trzy miesiące wcześniej, w sprawach Dolińska-Ficek i Ozimek przeciwko Polsce (49868/19 i 57511/19), stwierdzając oczywiste nieprawidłowości w procedurze powoływania sędziów do Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych Sądu Najwyższego, co naruszyło istotę prawa do sądu ustanowionego ustawą. Warto zaznaczyć, że w latach 2018–2022 do ETPC trafiły 94 sprawy dotyczące zmian w polskim sądownictwie zainicjowanych w 2017 roku i jak dotąd wydano w nich cztery wyroki, z czego trzy są już prawomocne. Nie trzeba więc dodawać, że utrzymanie obecnej regulacji w zakresie zasad powoływania na urząd sędziowski niesie za sobą prawdopodobieństwo systematycznego wzrostu podobnych spraw w przyszłości, co grozi daleko idącymi konsekwencjami,

dzeniu-25-proc (dostęp: 8.02.2022); <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/sedzia-z-elblaga-zawieszony-w-czynnosciach,512323.html> (dostęp: 8.02.2022); <https://www.iustitia.pl/postepowania-dyscyplinarne/4315-maciej-ferek-kolejny-sedzia-zawieszony-przez-izbe-dyscyplinarna-dzialajaca-przy-sadzie-najwyzszym> (dostęp: 8.02.2022); <https://www.onet.pl/informacje/onetrojmiasto/slupsk-sedzia-joanna-hetnarowicz-sikora-odsunieta-od-orzekania/5pwkrvf,79cfc278> (dostęp: 10.02.2022).

ponieważ – jak wynika z wyroku TSUE z 6 października 2021 (C – 487/19) – wydane przez takie osoby orzeczenia mogą być traktowane jako niebyłe.

Podsumowując, w latach 90. ubiegłego wieku popełniono zasadniczy błąd, wstępując na ścieżkę rezygnacji z kolegialnego rozpoznawania spraw sądowych. Praktyka pokazała, że zakładanego przyśpieszenia postępowań nie udało się w ten sposób osiągnąć, podczas gdy za ten właśnie miraż poświęcone zostały regulacje o kardynalnym znaczeniu dla sędziowskiej niezawisłości oraz sprawiedliwości *in extenso*. Skład kolegialny zwiększa bowiem legitymację sądownictwa w wymiarze społecznym i wzmacnia zaufanie obywateli do sądów, którego utrata jest dzisiaj poważnym problemem polskiego wymiaru sprawiedliwości. Na pojedynczego sędziego łatwiej jest przy tym wywrzeć nacisk niż na skład wieloosobowy, co okazuje się szczególnie istotne w sytuacji, gdy administracja sądowa lub partie polityczne zyskują duży wpływ na sądownictwo. Rozpoznanie sprawy przez skład kolegialny zapewnia więc nie tylko większą poprawność jurydyczną orzeczeń, ale jako wynik kooperacji sędziów, którzy nie mogą zostać indywidualnie ustalen i pociągnięci do odpowiedzialności za treść rozstrzygnięcia, lepiej odpowiada formalnym kryteriom sprawiedliwości aniżeli judykaty, które wydawane są w pojedynkę (Kmieciak, Skrętowicz 2009: 141). O ile jednoosobowe dokonywanie czynności procesowych może się sprawdzać w strukturach zhierarchizowanych, które są organicznie podporządkowane władzy wykonawczej, o tyle w przypadku sądownictwa *de lege ferenda* postulować należy jak najszybszy, pełny powrót do zasady kolegialności orzekania, akcentując jednocześnie, że ekonomika procesowa nie stanowi celu samego w sobie i musi ustępować pola w konfrontacji z koniecznością zapewnienia jednostce prawa do sądu w ujęciu, które wynika z Konstytucji RP oraz standardów międzynarodowych.

Bibliografia

Akty prawne

- Dekret PKWN z dnia 12 września 1944 r. o specjalnych sądach karnych dla spraw zbrodniarzy faszystowsko-hitlerowskich, Dz.U. Nr 4, poz. 21.
- Dekret z dnia 16 listopada 1945 r. o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy Państwa, Dz.U. Nr 53, poz. 300.
- Dekret z dnia 13.06.1946 r. o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy Państwa, Dz.U. Nr 30, poz. 192 ze zm.
- Dekret z dnia 16 listopada 1945 r. o postępowaniu doraźnym, Dz.U. Nr 53, poz. 301 ze zm.
- Dekret z dnia 22 lutego 1946 r. – Prawo o sądach obywatelskich, Dz.U. Nr 8, poz. 64 ze zm.

- Ustawa z dnia 27 kwietnia 1949 r. o zmianie prawa o ustroju sądów powszechnych, Dz.U. Nr 32, poz. 237.
- Kodeks postępowania karnego z 19 marca 1928 r. Dz.U. 1928 Nr 33, poz. 313.
- Ustawa z dnia 9 kwietnia 1938 r. o zniesieniu instytucji sądów przysięgłych i sędziów pokoju, Dz.U. Nr 24, poz. 213.
- Ustawa z dnia 27 kwietnia 1949 r. o zmianie przepisów postępowania karnego, Dz.U. Nr 32, poz. 238.
- Ustawa z dnia 27 kwietnia 1949 r. o zmianie dekretu o postępowaniu doraźnym, Dz.U. Nr 32, poz. 239.
- Ustawa z dnia 20 lipca 1950 r. o Prokuraturze Rzeczypospolitej Polskiej. Dz.U. Nr 38, poz. 346.
- Ustawa z dnia 20 lipca 1950 r. o zmianie ustroju sądów powszechnych. Dz.U. Nr 38, poz. 347.
- Ustawa z dnia 20 lipca 1950 r. o zmianie przepisów postępowania karnego, Dz.U. Nr 38, poz. 348 ze zm.
- Ustawa z dnia 20 lipca 1950 r. o zmianie przepisów postępowania w sprawach cywilnych, Dz.U. Nr 38, poz. 349 ze zm.
- Ustawa z dnia 20 lipca 1950 r. o zmianie dekretu z dnia 16.11.1945 r. o utworzeniu i zakresie działania Komisji Specjalnej do Walki z Nadużyciami i Szkodnictwem Gospodarczym, Dz.U. Nr 38, poz. 350.
- Ustawa z dnia 29 czerwca 1995 r. o zmianie Kodeksu postępowania karnego, ustawy o ustroju sądów wojskowych, ustawy o opłatach w sprawach karnych i ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, Dz.U. Nr 89, poz. 443.
- Ustawa z dnia 1 marca 1996 r. o zmianie Kodeksu postępowania cywilnego, rozporządzeń Prezydenta Rzeczypospolitej – Prawo upadłościowe i Prawo o postępowaniu układowym, Kodeksu postępowania administracyjnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. Nr 43, poz. 189.
- Ustawa z dnia 15 marca 2007 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz.U. Nr 112, poz. 766.
- Ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, Dz.U. z 2020 r. poz. 374.
- Ustawa z dnia 28 maja 2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2021 r. poz. 1090.

Orzecznictwo

- Postanowienie Sądu Okręgowego w Katowicach z 21 października 2021 r. sygn. IV Ca 11/21, LEX nr 3247618.
- Postanowienie Sądu Najwyższego z 23 września 2021 r. sygn. IV KZ 37/21, Legalis nr 2611044. Postanowienie Sądu Najwyższego z 22 kwietnia 2021 r., sygn. I NWW 16/21, LEX nr 3229371.
- Uchwała Sądu Najwyższego z 26 kwietnia 2023 r. sygn. III PZP 6/22, LEX 3523123.

- Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 8 czerwca 1976 r. w sprawie Engel i inni przeciwko Holandii, sygn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72.
- Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 16 grudnia 2003 r. w sprawie Cooper przeciw Zjednoczonemu Królestwu, 48843/99.
- Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 23 kwietnia 1987 r. w sprawie Ettl i inni przeciwko Austrii, 9273/81.
- Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 9 listopada 2006 r. w sprawie Stojakovic przeciw Austrii, 30003/02.
- Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 3 lutego 2022 r. w sprawie Advance Pharma sp. z o.o. przeciwko Polsce, 1469/20.
- Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 8 listopada 2021 r. w sprawie Dolińska-Ficek i Ozimek przeciwko Polsce, 49868/19 i 57511/19.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20 kwietnia 2020 r. sygn. U 2/20, OTK-A 2020/61.
- Wyrok TSUE z 6 października 2021, C – 487/19, ECLI:EU:C:2021:798.
- Uchwała składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z 23 stycznia 2020 r. sygn. akt BSA I-4110-1/20, OSNKW nr 2/2020, poz. 7.

Opracowania

- Artymiak, Grażyna. 2014. Zasada kolegialności. W: P. Wiliński (red.). *System Prawa Karnego Procesowego. Zasady procesu karnego*, t. 3, cz. 2. Warszawa: Wolters Kluwer, 1361–1420.
- Cieślak, Marian. 1984. *Polska procedura karna: podstawowe założenia teoretyczne*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Demendecki, Tomasz. 2010. *Ustrój organów ochrony prawnej. Wybór źródeł, akty normatywne, orzecznictwo*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Gapska, Edyta. 2010. *Czynności decyzyjne sądów w postępowaniu cywilnym*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Gaca, Andrzej, Krystyna Kamińska. 2002. *Historia powszechna ustrojów państwowych*. Toruń: Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa.
- Kil, Jan, Aleksander Kwaśniak. 2022. *Prawne i aksjologiczne aspekty obsady sądu w polskim porządku normatywnym*. Sosnowiec: Wyższa Szkoła Humanitas.
- Kmiecik, Romuald, Edward Skrętowicz. 2009. *Proces karny. Część ogólna*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Knosala, Ernest. 2003. *Decyzja i doradztwo w administracji publicznej. Studium z nauki administracji i prawa administracyjnego*. Bytom: Wyższa Szkoła Ekonomii i Administracji.
- Kościelniak-Marszał, Miłosz. 2017. *Wyrok sądu I instancji w polskim procesie karnym*. Warszawa: C.H. Beck.
- Kotarbiński, Tadeusz. 1975. *Traktat o dobrej robocie*. Wrocław: Ossolineum.
- Łazarska, Aneta. 2018. *Niezawisłość sędziowska i jej gwarancje w procesie cywilnym*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Łazarska, Aneta. 2012. *Rzetelny proces cywilny*. Warszawa: Wolters Kluwer.

- Markiewicz, Krystian. 2022. Wpływ regulacji „covidowych” na zasadę niezmienności (stabilności) oraz kolegialność składów sądów odwoławczych. *Przegląd Prawa Cywilnego* 1: 38–58.
- Marszał, Kazimierz, Stanisław Stachowiak, Katarzyna Sychta, Jarosław Zagrodnik i Kazimierz Zgryzek. 2008. *Proces karny. Przebieg postępowania*. Katowice: Volumen.
- Nowicki, Marek, 2001. Niezawisłość i bezstronność. *Prawo i Życie* 6: 30.
- Olaś, Andrzej. 2020. Kolegialność a jednoosobowość – skład sądu I instancji w procesie cywilnym: doświadczenia i perspektywy. *Przegląd Prawa Cywilnego* 3: 497–527.
- Piasecki, Kazimierz. 1981. *Wyrok pierwszej instancji w procesie cywilnym*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
- Piasecki, Kazimierz. 2007. *Wyroki sądów pierwszej instancji, sądów apelacyjnych oraz Sądu Najwyższego w sprawach cywilnych, handlowych i gospodarczych*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Skibińska, Magdalena. 2023. O zasadności przepisu art. 15 zzs¹ ust. 1 pkt 4 ustawy antycovidowej z perspektywy konstytucyjnej zasady proporcjonalności. *Przegląd Prawa Cywilnego* 1: 105–127.
- Tysza, Tadeusz. 1999. *Psychologiczne pułapki oceniania i podejmowania decyzji*. Gdańsk: Gdańskie Wydawnictwo Psychologiczne.
- Turek, Jan. 2002. Udział ławników w sprawach rodzinnych. *Studia z Prawa Wyznaniowego* 5: 221–243.
- Waśkowski, Eugeniusz. 1924. Kolegialność czy jednoosobowość. *Gazeta Sądowa Warszawska* 36: 550.
- Wróblewski, Jerzy. 1975. Votum separatum w teorii i ideologii sądowego stosowania prawa. *Studia Prawno-Ekonomiczne* 15: 7–29.
- Zembrzuski, Tadeusz. 2022. Przeciwdziałanie i zwalczanie epidemii COVID-19 w postępowaniu cywilnym, czyli pożegnanie z kolegialnością orzekania. *Przegląd Prawa Cywilnego* 1: 57–79.
- Zdyb, Marian. 1993. *Istota decyzji*. Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej.
- Zięba-Załućka, Halina. 2002. *Władza ustawodawcza, wykonawcza i sędziowska w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis.

Volume 21, Issue 2
December 2023

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

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-10-07
accepted 2023-11-07



Problematyka ekonomii społecznej na tle siatki pojęciowej nauki administracji

The issues of social economy against the background of the conceptual framework of administration science

MAGDALENA MAŁECKA-ŁYSZCZEK

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie
ORCID: 0000-0002-8361-5064, maleckam@uek.krakow.pl

DOROTA SYLWESTRZAK

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
ORCID: 0000-0003-4985-2880, d_syl@law.umk.pl

Citation: Małeczka-Łyszczek, Magdalena, Dorota Sylwestrzak. 2023. Problematyka ekonomii społecznej na tle siatki pojęciowej nauki administracji. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 21(2): 187–196. DOI: 10.25167/osap.5268.

Abstract: Each of the triad of administrative sciences (administration science, administrative law science, administrative policy) should naturally react and evolve in contacts with new phenomena that fall within the subject of its research. For the needs of this article, concepts specific to the science of administration were combined with entities belonging to the concept of social economy. This results from the conclusion that the science of administration should keep up with changes visible in the actual functioning of administration, such as non-public administrative entities, socialization, or co-administration. Related to this, the conceptual network of administration science must be flexible and open to new instruments, because the field of administration is constantly expanding. Within the framework of this article, the issues of social economy will be analyzed against the background of the conceptual grid of the science of administration, trying to find an answer to the fundamental question: Are social economy entities important from administration. A research problem defined in this way has not been previously analyzed on the basis of the literature on the subject. This allows drawing important threads from a new research perspective, both in relation to the issues belonging to the science of administration and the concept of social

economy. The research area chosen thus required selection of appropriate methods, hence the dominant application of the classical legal-dogmatic method.

Keywords: science of administration, social economy entity, socialization, co-administration, administrating entity

Abstrakt: Każda spośród triady nauk administracyjnych (nauka administracji, nauka prawa administracyjnego, polityka administracyjna) w sposób naturalny powinna reagować i ewoluować w zetknięciu z nowymi zjawiskami, które wchodzą w obszar przedmiotu jej badań. Na potrzeby niniejszego artykułu zetknięto pojęcia właściwe nauce administracji z podmiotami przynależnymi do koncepcji ekonomii społecznej. Wynika to z konstatacji, że nauka administracji powinna podążać za zmianami widocznymi w rzeczywistym funkcjonowaniu administracji, takimi jak niepubliczne podmioty administrujące, uspołecznianie, czy też współadministrowanie. Co z tym związane siatka pojęciowa nauki administracji musi być elastyczna i otwarta na nowe instrumentarium, gdyż pole administrowania stale się poszerza. W ramach niniejszego artykułu problematyka ekonomii społecznej przeanalizowana zostanie na tle siatki pojęciowej nauki administracji, próbując znaleźć odpowiedź na zasadnicze pytanie: czy podmioty ekonomii społecznej są istotne z punktu widzenia siatki pojęciowej nauki administracji. Tak postawiony problem badawczy nie był wcześniej analizowany na gruncie literatury przedmiotu. Pozwala to na rozwinięcie z nowej perspektywy badawczej istotnych wątków, zarówno w odniesieniu do problematyki przynależnej: nauce administracji, jak i koncepcji ekonomii społecznej. Tak obrany obszar badawczy wymagał dobrania właściwych metod, stąd swoje zastosowanie znalazła głównie klasyczna metoda prawnodogmatyczna.

Słowa kluczowe: nauka administracji, podmiot ekonomii społecznej, uspołecznianie, współadministrowanie, podmiot administrujący

1. Wprowadzenie

Problematyka ekonomii społecznej jest niezwykle istotna zarówno w swoim wymiarze teoretycznym, jak i praktycznym (jeśli się ma na uwadze jej szczególne znaczenie dla przeciwdziałania wykluczeniu społecznemu) (Lipowicz, Małecka-Łyszczek (red.) 2020: 7–67; Sobczak 2016: 9). Stała się ona niezwykle aktualna wraz z wprowadzeniem Ustawy z dnia 5 sierpnia 2022 roku o ekonomii społecznej, t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1287, ze zm. (dalej: u.e.s.). Jest też stale obecna zarówno w dyskursie międzynarodowym (Raport 2023, CIRIEC (J. Bouchard Marie, D. Rousselière (red.) 2015: 1 i n.), jak i na poziomie Unii Europejskiej (Proposal 2023). Charakter prawny podmiotów ekonomii społecznej stanowi przedmiot dyskusji w doktrynie, budzi także szereg wątpliwości natury jurydycznej (Małecka-Łyszczek 2017: 223–291; Małecka-Łyszczek 2017: 207–218; Mędrzycki 2021: 199).

Zgodnie z katalogiem stworzonym przez ustawodawcę podmioty ekonomii społecznej to:

- spółdzielnie socjalne,
- warsztaty terapii zajęciowej i zakład aktywności zawodowej,
- centrum integracji społecznej i kluby integracji społecznej,
- spółdzielnie pracy, w tym spółdzielnie inwalidów i spółdzielnie niewidomych, oraz spółdzielnie produkcji rolnej,
- organizacje pozarządowe, o których mowa w art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, Dz.U. z 2023 r. poz. 571 (dalej: u.d.p.p.w.), z wyjątkiem partii politycznych, europejskich partii politycznych, związków zawodowych i organizacji pracodawców, samorządów zawodowych, fundacji utworzonych przez partie polityczne i europejskich fundacji politycznych,
- podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 3 pkt 1, 2 lub 4 u.d.p.p.w., czyli: 1) osoby prawne i jednostki organizacyjne działające na podstawie przepisów o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej, o stosunku Państwa do innych kościołów i związków wyznaniowych oraz o gwarancjach wolności sumienia i wyznania, jeżeli ich cele statutowe obejmują prowadzenie działalności pożytku publicznego; 2) stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego; 4) spółki akcyjne i spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz kluby sportowe będące spółkami działającymi na podstawie przepisów ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie, Dz.U. z 2023, poz. 2048, dalej: u.s.), które nie działają w celu osiągnięcia zysku oraz przeznaczają całość dochodu na realizację celów statutowych oraz nie przeznaczają zysku do podziału między swoich udziałowców, akcjonariuszy i pracowników (art. 2 pkt 5 u.e.s.).

W ramach niniejszego artykułu problematyka ekonomii społecznej przeanalizowana zostanie na tle siatki pojęciowej nauki administracji. Wynika to z następujących założeń wstępnych:

1. Nauka administracji posiada właściwą sobie siatkę pojęciową. Co więcej, siatka niniejsza nie może być *constans*, gdyż reagować musi również na nowe zjawiska, które pojawiają się w obrębie jej zainteresowań.

2. Takim nowym zjawiskiem jest pojawienie się podmiotów ekonomii społecznej.

3. Wymaga to ustalenia, czy podmioty ekonomii społecznej są istotne z punktu widzenia siatki pojęciowej nauki administracji. Innymi słowy, czy są one relevantne z punktu widzenia zagadnień przynależnych nauce administracji?

Tak postawiony problem badawczy nie był wcześniej analizowany na gruncie literatury przedmiotu. Pozwala to na rozwinięcie z nowej perspektywy badaw-

czej istotnych wątków, zarówno w odniesieniu do problematyki przynależnej nauce administracji, jak i koncepcji ekonomii społecznej.

Obrany kierunek badawczy wymagał dobrania właściwych metod, stąd swoje zastosowanie znalazła tu głównie metoda prawno-dogmatyczna. Przyjęte zostało założenie o kompleksowości nauki administracji. Z uwagi na przedmiot zainteresowania nauki administracji – tj. administracji publicznej w ujęciu podmiotowym i przedmiotowym, jak i sięganie przez nią do różnych metod badawczych, siatki pojęciowej z różnych dziedzin, m.in. prawa administracyjnego, socjologii, ekonomii, filozofii, etyki, zasadne wydaje się spojrzenie na tak zakreślony temat rozważań z punktu widzenia multidyscyplinarnego. Dodatkowo, dzięki sięgnięciu do siatki pojęciowej właściwej nauce administracji, wyeksponowane zostało, że kryteriami samodzielności dyscypliny naukowej jest przede wszystkim m.in. własny system pojęć badawczych (język).

2. Przedmiot badań nauki administracji

Badając problematykę ekonomii społecznej pod kątem pojęć właściwych nauce administracji, po pierwsze zauważyć należy, że: zasadniczo w ujęciu klasycznym przedmiotem zainteresowania nauki administracji jest administracja publiczna państwowa, obejmująca administrację rządową, samorządową (samorząd terytorialny), wykonywaną przez podmioty sprawujące funkcje zlecone, tj. samorzady zawodowe, gospodarcze zakłady administracyjne, fundacje prawa publicznego (Leoński: 19–21; Longchamps: 211–212; Knosala: 51–77). W ujęciu podmiotowym nauka administracji zajmuje się głównie organami administracji publicznej (administracji rządowej centralnej i samorządowej) oraz urzędnikami (Leoński: 58–122; Knosala: 81–152; Supernat: 70–84). Dostrzega się także problem realizacji zadań przez podmioty administrujące, przy czym należy zaznaczyć, że rozważania skoncentrowane są przede wszystkim na tych podmiotach, którym państwo zleca funkcje administrowania lub wyposaża w kompetencje administrowania, władztwo (Wrzosek 2022). W ujęciu podmiotowym przedmiotem nauki administracji nie są podmioty prywatne. Z kolei co do ujęcia przedmiotowego należy zauważyć, że przedmiot zainteresowań obejmuje działania o charakterze administracyjnym wykonywane nie tylko przez podmioty zaliczane do administracji publicznej, ale także przez podmioty prywatne. Realizacja zadań przez podmioty prywatne kwalifikowana jest jako prywatyzacja administracji publicznej (Knosala: 74–77).

W kontekście powyższego należy postawić pytanie: jak zatem i czy w ogóle podmioty ekonomii społecznej mogą być analizowane przez kluczowe dla nauki administracji pojęcia? W naszej ocenie więcej argumentów przemawia na rzecz tezy, że podmioty ekonomii społecznej są podmiotami administrującymi i jako

realizujące zadania z zakresu administracji publicznej powinny być objęte przedmiotem nauki administracji. Powyższa teza będzie podlegać weryfikacji w toku dalszych rozważań.

3. Charakter prawny podmiotów ekonomii społecznej

Punkt wyjścia do weryfikacji postawionej na wstępie tezy stanowi przede wszystkim analiza co do charakteru prawnego samych podmiotów ekonomii społecznej. Ramy niniejszego artykułu nie pozwalają na przeprowadzanie szczegółowej analizy co do charakteru prawnego każdego z wymienionych powyżej podmiotów ekonomii społecznej. Nadto problematyka ta została dogłębnie przedstawiona w *Komentarzu do ustawy o ekonomii społecznej z 2023 r.* (Małecka-Łyszczek, Mędrzycki [red.] 2023). Charakter prawny podmiotów ekonomii społecznej nie jest jednorodny. W literaturze przedmiotu podniesiono już, że wynika to między innymi z tego, kto jest założycielem (Małecka 2017: 207–218). Należy podkreślić, że wśród podmiotów ekonomii społecznej mamy zarówno podmioty, których założycielami są podmioty usytuowane poza strukturami administracji publicznej, jak i administracja publiczna (administracja rządowa i samorządowa oraz jej jednostki) (Małecka 2017: 207–218). Przykładowo spółdzielnia socjalna może być tworzona i prowadzona przez podmioty sektora publicznego. Jak słusznie zauważa J. Blicharz, w sytuacji takiej trudno mówić o przynależności takich spółdzielni do sektora ekonomii społecznej (Blicharz 2012: 202). Nasz ustawodawca zdaje się nie dostrzegać tego dylematu. W odniesieniu do podmiotów ekonomii społecznej, których założycielami jest administracja rządowa lub samorządowa, należy przyjąć, że mamy do czynienia z narzędziem, instrumentem używanym przez administrację. Z kolei pozostałe podmioty ekonomii społecznej, tworzone przez założycieli pozostających poza strukturami administracji publicznej, powinny być traktowane jako podmioty administrujące. Działania o charakterze administracyjnym wykonywane są przecież nie tylko przez podmioty, które z całą pewnością wpisują się pod względem organizacji do „administracji publicznej”, lecz także w dużym stopniu przez podmioty określane w nauce prawa administracyjnego jako podmioty administrujące niebędące organami administracji publicznej (Wrzosek 2022). Podmioty ekonomii społecznej jako podmioty administrujące mieszczą się w ramach rozrastającej się grupy tzw. innych podmiotów niepublicznych. Dlatego aktualnie analizowane pojęcie podmiotu administrującego musi w swoim zakresie podmiotowym uwzględniać również podmioty ekonomii społecznej. Ponadto podmioty ekonomii społecznej można ujmować także z perspektywy analiz prowadzonych przez Jerzego Stefana Langroda (Langrod 1932: 26). Oznacza to ujmowanie podmiotów ekonomii społecznej jako kolaboratorów admini-

stracji publicznej. Koncepcja niniejsza stanowi istotną podstawę dla rozwoju modelu współpracy struktur publicznych i niepublicznych (Małecka-Łyszczek 2011: 143–151; Barczewska-Dziobek 2009: 643).

Takie umiejscowienie podmiotów ekonomii społecznej pozwala na dalsze rozważania na temat ich udziału w wykonywaniu zadań publicznych. Z uwagi na specyfikę podmiotów ekonomii społecznej adekwatnym pojęciem dla przekazywania zadań publicznych jest nie tyle pojęcie prywatyzacji, co pojęcie uspołecznienia (Lipowicz 2015: 124–125). Wynika to z konstatacji zakładającej, że w odniesieniu do podmiotów niepublicznych przejmujących zadania publiczne wyróżnić można:

1. Prywatyzację, w sytuacji przejścia zadania publicznego przez podmiot prywatny.

2. Uspołecznianie, gdy zadanie publiczne jest przekazywane do wykonania w ręce podmiotów społecznych – nienastawionych na zysk, gdzie sytuują się również podmioty ekonomii społecznej. Uspołecznianie oparte jest zatem na tym samym mechanizmie co prywatyzacja, ale istotnym elementem różniującym staje się charakter podmiotu przejmującego zadanie.

Warto również wyeksponować, że szczególna rola w rozwoju ekonomii społecznej przypisywana jest administracji samorządowej, gdyż jest to tzw. ekonomia wspólnotowa, uwarunkowana lokalnie, wyrastająca z oddolnych potrzeb, inicjatyw oraz dotycząca problemów społecznych powstających miejscowo czy terytorialnie. Dlatego prawidłowy rozwój ekonomii społecznej wymaga oddolnych inicjatyw osadzonych w potrzebach konkretnej wspólnoty samorządowej. Istotny jest tu bowiem kontekst społeczny i uwarunkowania kształtujące konkretne formy i rozwiązania. Zatem jakkolwiek same podmioty ekonomii społecznej nie przynależą do struktur administracji publicznej, to mogą być przez tę administrację „wykorzystywane” jako adekwatne narzędzia do rozwiązywania postawionych przed nią problemów.

4. Ewolucyjne zmiany w przedmiocie nauki administracji

Współczesne przeobrażenia społeczne, gospodarcze i technologiczne wpływają na sposób wykonywania zadań przez administrację publiczną. W obrocie prawnym pojawiają się nowe podmioty, ale także nowe zadania i sposoby realizacji zadań przez administrację publiczną. Po pierwsze, zauważyć należy, że w badaniach administracji publicznej, poza kontekstem prakseologicznym i teorią organizacyjną, ważna dziś staje się płaszczyzna *sensu stricto* ekonomiczna, a zwłaszcza problematyka ekonomii na poziomie lokalnym (Łukasiewicz 2014: 630). Po drugie – co jest z tym ściśle związane – coraz szerzej toruje sobie w obszarze problemów badawczych nurt określany mianem globalizacji,

rozumianej jako rosnące znaczenie lokalnych społeczności i lokalnych gospodarek funkcjonujących w warunkach stwarzanych przez procesy integracyjne. To właśnie globalizacja zwraca uwagę na uzależnienie sukcesu ekonomicznego od lokalnych warunków prowadzenia działalności gospodarczej, odkrywając na nowo lokalną przedsiębiorczość, dając impulsy technologiczne, ekonomiczne, sieciowe i społeczne, a jednocześnie zwracając uwagę na czynniki lokalnie specyficzne (Ciechanowicz-McLean: 95–96).

Owo nakierowanie na wspólnoty lokalne jest w pełni uzasadnione, jeśli uzmysłowimy sobie, że to one są podstawową przestrzenią obywatelskiej aktywności. Sama administracja jest przecież ujmowana jako kształtowanie społeczeństwa, a jej przedmiotem jest współżycie społeczne, dlatego ma za zadanie zajmować się sprawami wspólnoty i ludzi w ramach wspólnoty (Maurer 2003: 24). Aktualnie podnosi się, że prawidłowo funkcjonująca administracja (również i samorządowa) to administracja responsywna, czyli reagująca (odpowiadająca) na potrzeby obywateli przez stałą interakcję z podmiotami społeczeństwa obywatelskiego (Herbst 2008: 91–107). Uruchamianie działalności administracji powinno być zatem reakcją zwrotną na wyartykułowane potrzeby obywateli (ich form organizacyjnych). Powyższe założenia prowadzić mogą do urzeczywistnienia modelu państwa, w którym administracja nie tylko służy obywatelom (jako klasyczne *administrare*), ale czyniąc to, współpracuje z obywatelami (administracja jako *cooperante*) (Skrzydło-Niżnik 2007: 151–154 i przywołana tam literatura).

5. Wnioski

W wyniku podjętych rozważań ustalono, że podmioty ekonomii społecznej analizowane w ujęciu strukturalnym należy postrzegać jako zewnętrzne względem administracji publicznej (podmioty administrujące niepubliczne), jednocześnie jednak jako mające istotny wpływ na realizację celów i zadań tejże administracji, co wynika chociażby z osadzenia ich na tej samej kanwie aksjologicznej. Położenie akcentu na podmioty administrujące wskazuje na bardziej funkcjonalne aniżeli organizacyjne podejście do problematyki administracji publicznej. Pozwala to również na stwierdzenie, że podmioty ekonomii społecznej (jako wykonawcy zadań publicznych przez korzystanie z mechanizmu uspołecznienia) są pojęciem wpisującym się w siatkę pojęciową nauki administracji.

Stwierdzić również należy, że koncepcja ekonomii społecznej pozwala na urzeczywistnienie przywołanego swego czasu przez J. Bocia wzorca administracji publicznej jako organizacji inteligentnej, czyli takiej, która kierując się zasadami logiki, kryteriami racjonalności oraz wymogami słuszności bez dodatkowych wysiłków organizacyjnych, nakładów finansowych i ludzi, potra-

fi – działając zgodnie z prawem – wzbogacić wartości leżące u podstaw jej kreacji i funkcjonowania oraz jednocześnie lepiej załatwić zindywidualizowaną sprawę czy ciąg spraw zindywidualizowanych, albo uniknąć strat, które w danych warunkach administracja mniej inteligentna niewątpliwie by poniosła lub które poniósłby adresat jej działań (Boć 2004: 31; Boć 2013: 370). Rozwijając tę myśl – administracji efektywnej i skutecznej w realizowaniu celów i zadań, która potrafi uruchamiać potencjał tkwiący w podmiotach usytuowanych poza jej strukturami, ale wykazującymi w swych działaniach cele zbieżne z samą administracją. Również, co nie mniej istotne, administracji niezwykle silnie uwarunkowanej aksjologicznie. Przez wzgląd na powyższe dotychczasowe rozważania, ujęte w licznych opracowaniach, powinny stanowić przedmiot zainteresowania doktryny nauki o administracji i znaleźć odzwierciedlenie także podręcznikach do nauki administracji.

Wykaz skrótów

- u.d.p.p.w. – Ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz.U. z 2023 r. poz. 571, ze zm.).
- u.e.s. – Ustawa z dnia 5 sierpnia 2022 r. o ekonomii społecznej (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1287 ze zm.).
- u.s. – Ustawa z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz.U. z 2023 r. poz. 2048).

Bibliografia

Akty prawne

- Ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, Dz.U. z 2023 r. poz. 571 ze zm.
- Ustawa z dnia 5 sierpnia 2022 r. o ekonomii społecznej, t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1287 ze zm.
- Ustawa z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie, Dz.U. z 2023 r. poz. 2048.

Opracowania

- Barczewska-Dziobek, Agata. 2009. Podmioty niepubliczne w sferze wykonywania zadań administracji lokalnej. W: J. Parchomiuk, B. Ulijasz, E. Kruk (red.). *Dziesięć lat reformy ustrojowej administracji publicznej w Polsce*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Blicharz, Jolanta. 2012. *Ustawa o działalności pożytku publicznego i wolontariacie. Ustawa o spółdzielniach socjalnych. Komentarz*. Warszawa: wydanie elektroniczne LEX. Dostęp: 6.11.2023.

- Boć, Jan. 2004. Ku administracji publicznej jako organizacji inteligentnej. W: A. Dębicka, M. Dmochowski, B. Kudrycka. *Profesjonalizm w administracji publicznej*, 31. Białystok: Stowarzyszenie Edukacji Administracji Publicznej.
- Błaś, Adam, Jan Boć, Jan Jeżewski. 2013. *Nauka administracji*. Wrocław: Kolonia Limited.
- Ciechanowicz-McLean, Janina. 2014. Globalizacja i europeizacja w publicznym prawie gospodarczym i w prawie ochrony środowiska. W: J. Sługocki (red.). *Dziesięć lat polskich doświadczeń w Unii Europejskiej. Problemy prawnoadministracyjne*, t. 1, 95–96. Wrocław: Presscom.
- CIRIEC, J.M. Bouchard, D. Rousselière (red.). 2015. *The Weight of the Social Economy. An International Perspective* 6, 338, <https://doi.org/10.3726/978-3-0352-6545-3>. Dostęp: 6.11.2023 r.
- Herbst, Jan, 2008. O kategorii „responsywności” władzy i o pewnym warunku responsywności władzy w Polsce. *Zarządzanie Publiczne* 4(6): 91–107.
- Knosala, Ernest. 2010. *Zarys nauki administracji*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Langrod, Jerzy Stefan. 1932. *Regionalizm administracyjny w teorii i w życiu*. Warszawa: Gebethner & Wolff.
- Leoński, Zbigniew. 2010. *Nauka Administracji*. Warszawa: C.H. Beck.
- Longchamps, Franciszek. 1994. *Założenia nauki administracji*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Lipowicz, Irena, Magdalena Małecka-Łyszczek. 2020. Wykluczenie społeczne. *Ekonomia Społeczna* 1: 7–67.
- Lipowicz, Irena. 2015. Samorząd terytorialny jako podmiot administracji świadczącej. *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny* 3: 124–125.
- Łukasiewicz, Jan. 2014. *Współczesne przeobrażenia nauki administracji*. W: J. Sługocki (red.). *Dziesięć lat polskich doświadczeń w Unii Europejskiej. Problemy prawnoadministracyjne*. T. 1. Wrocław: Presscom.
- Małecka-Łyszczek, Magdalena. 2017. *Współpraca administracji publicznej z podmiotami ekonomii społecznej. Aspekty administracyjnoprawne*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Małecka-Łyszczek, Magdalena. 2017. Zakres podmiotowy i klasyfikacja pojęcia „podmiot ekonomii społecznej”. W: J. Blicharz, L. Zacharko (red.). *Trzeci sektor i ekonomia społeczna. Uwarunkowania prawne. Kierunki działań*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Małecka, Magdalena, Radosław Mędrzycki (red.). 2023. *Ustawa o ekonomii społecznej. Komentarz*. Warszawa: LEX online. Dostęp: 6.11.2023.
- Małecka-Łyszczek, Magdalena. 2011. Obywatelski element współdziałający, czyli „kolaboratorzy administracji”. W: J. Nizyporuk (red.). *Teoria instytucji prawa administracyjnego. Księga pamiątkowa Profesora Jerzego Stefana Langroda*. Paryż: Polska Akademia Nauk.
- Maurer, Hartmut. 2003. *Ogólne prawo administracyjne. Allgemeines Verwaltungsrecht*, przeł. i red. K. Nowacki. Wrocław: Kolonia Limited.
- Mędrzycki, Radosław. 2021. *Zasada solidarności społecznej w prawie samorządu terytorialnego*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Skrzydło-Niżnik, Iwona. 2007. *Model ustroju samorządu terytorialnego w Polsce na tle zagadnień ustrojowego prawa administracyjnego*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.

- Sobczak, Michał Jerzy. 2016. *Wykluczenie społeczne i inkluzja społeczna z wykorzystaniem podmiotów ekonomii społecznej w Polsce na przykładzie województwa łódzkiego*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Supernat, Jerzy. 2019. Założenia nauki administracji Franciszka Longchamps de Bériera i administracja unijna. *Państwo i Prawo* 5: 70–85.
- Wrzosek, Stanisław. 2022. Perspektywy rozwoju nauki administracji. W: A. Matan (red.). *Administracja w demokratycznym państwie prawa. Księga jubileuszowa Profesora Czesława Martysza*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Źródła internetowe

- Proposal for a COUNCIL RECOMMENDATION on developing social economy framework conditions (SWD(2023) 208 final), Strasbourg, 13.6.2023 COM(2023) 316 final 2023/0179 (NLE). Dostęp: 4.10.2023.
- Raport: Unlocking the Social Economy. Towards an Inclusive and Resilient Society. Insight Report, „World Economic Forum & Schwab Foundation for Social Entrepreneurship” 2022, https://www3.weforum.org/docs/WEF_Unlocking_the_Social_Economy_2022.pdf. Dostęp: 6.11.2023 r.

Volume 21, Issue 2
December 2023

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

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-07-13
accepted 2023-08-18



Wprowadzenie do problematyki szpiegostwa we francuskim kodeksie karnym

Introduction to the issue of espionage in the French Penal Code

MICHAŁ MARIAŃSKI

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
ORCID: 0000-0001-6212-914X, michal.marianski@uwm.edu.pl

Citation: Mariański, Michał. 2023. Wprowadzenie do problematyki szpiegostwa we francuskim kodeksie karnym. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 21(2): 197–209.
DOI: 10.25167/osap.5164.

Abstract: The subject of the analysis in this article are the legal regulations contained in the French Penal Code in the scope relating to the crime of espionage. As part of this study, which is only an initial stage and offers an impulse for further extended research in this matter, the author, apart from issues related to the crime of espionage, also presents the systematics and specificity of the French Penal Code that can significantly improve understanding of the nature of the analyzed regulations. The importance of conducting comparative research in this area also results from the geopolitical situation that occurred after the Russian Federation launched its invasion of Ukraine in 2022, which has significantly increased the scale of threats to the security of European countries. The description and characteristics of legal regulations regarding the crime of espionage in French law, together with the latest French-language literature on the subject, as an element of research on broadly understood state security, may be the first stage and an incentive to conduct further comparative research in this subject matter. This publication may also be an interesting auxiliary material for a broader assessment, as part of separate studies, of the state of Polish regulations in this area.

Keywords: French law, espionage, penal code

Abstrakt: Przedmiotem analizy w ramach niniejszego artykułu są regulacje prawne zawarte we francuskim kodeksie karnym w zakresie odnoszącym się do przestępstwa szpie-

gostwa. W ramach niniejszego opracowania, które stanowi jedynie wstępny etap i impuls dla dalszych, poszerzonych badań w tej materii, autor poza zagadnieniami dotyczącymi przestępstwa szpiegostwa przedstawia również systematykę i specyfikę francuskiego kodeksu karnego, co w sposób znaczny wpływa na lepsze zrozumienie charakteru analizowanych regulacji. Waga prowadzenia badań porównawczych w tym zakresie wynika również z sytuacji geopolitycznej, jaka nastąpiła po rozpoczęciu w 2022 roku przez Federację Rosyjską inwazji na Ukrainę, która znacznie zwiększyła skalę zagrożeń dla bezpieczeństwa państw europejskich. Opis i charakterystyka aktualnych regulacji prawnych w zakresie przestępstwa szpiegostwa we Francji, wraz z uwzględnieniem najnowszej francuskojęzycznej literatury przedmiotu, jako element badań nad szeroko rozumianym bezpieczeństwem państwa, mogą być pierwszym etapem i impulsem dla dalszych badań o charakterze porównawczym w tej materii. Niniejsza publikacja może stanowić również interesujący materiał pomocniczy dla szerszej oceny, w ramach odrębnych opracowań, stanu polskich regulacji w tym zakresie.

Słowa kluczowe: prawo francuskie, szpiegostwo, kodeks karny

1. Wprowadzenie

Francuski system prawny jest dość specyficznym systemem regulacji, naznaczonym przez oryginalny katalog źródeł prawa, w ramach którego na uwagę zasługuje bardzo istotna rola sądów w procesie tworzenia i stosowania prawa. Polski system prawny w przeszłości często wzorował się na prawie francuskim, zarówno w zakresie regulacji cywilistycznych i prawa rynku kapitałowego (Mariański 2020: 14), jak i w zakresie regulacji karnoprawnych, gdzie kodeks postępowania karnego z 1928 roku, wzorowany był na jego francuskim odpowiedniku z 1808 roku (Renault-Brahinsky 2023: 23).

Aktualnie obowiązujący we Francji tzw. nowy Kodeks karny (fr. *le nouveau code pénal*) został ustanowiony szeregiem ustaw z 22 lipca 1992, zastępując tym samym Kodeks karny z 1810 roku, którego zaczęto określać mianem starego Kodeksu karnego (Kolb, Leturmy 2022: 29). Ostatecznie w momencie pełnego wejścia w życie dnia 1 marca 1994 roku, nowy francuski Kodeks karny, uznawany był za nowoczesną kodyfikację zawierającą wiele pionierskich rozwiązań. Jednym z nich było wprowadzenie odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych oraz włączenie wielu regulacji istniejących do tej pory w ustawach szczególnych do jednego aktu prawnego i jednocześnie marginalizowanie znaczenia pozakodeksowych regulacji karnoprawnych (Rogacka-Rzewnicka 2004: 451).

Prace nad obecną wersją kodeksu karnego rozpoczęto już dekretem z 8 listopada 1974 roku, kiedy to nastąpiło powołanie komisji przez prezydenta Valéry'ego Giscarda d'Estaing, której skład został następnie doprecyzowany dekretem z dnia 25 lutego 1975 roku. Przewodniczącym tej komisji został Maurice Aysdalot, zastąpiony następnie przez Guya Chavanona, prokuratora generalnego

w Sądzie Kasacyjnym. Ostateczny projekt Księgi I (przepisy ogólne), mocno krytykowany przez prawników zajmujących się sprawami karnymi, został odrzucony 22 lutego 1980 roku. Następnie, w latach 80., przerobienia Kodeksu karnego podjął się Robert Badinter, były prawnik specjalizujący się w prawie karnym, który został wówczas ministrem sprawiedliwości. Sam Robert Badinter objął przewodnictwo w uprzednio powołanej w 1975 roku komisji, której skład jednak radykalnie zmodyfikowano. Projekt kodeksu był omawiany w parlamencie w latach 1989–1991. Głosowanie nad Księgą I odbyło się w 1991 roku, a wkrótce po niej pojawiły się Księgi II, III i IV. Nowy Kodeks karny jest więc rezultatem uchwalenia kilku ustaw ogłoszonych 22 lipca 1992 roku¹ i wszedł w życie 1 marca 1994 roku.

Choć nowy francuski Kodeks karny po zmianach z 1992 roku zachował dotychczasową nazwę, nie jest jednak modyfikacją ani nawet przeróbką Kodeksu karnego z 1810 roku, lecz oryginalnym dziełem zarówno w zakresie składu, jak i redakcji, ze zmienionym planem oraz nowymi zasadami. Wprowadzał on wiele, jak na ówczesne realia, nowych konstrukcji, w tym odpowiedzialność karną osób prawnych (oprócz Skarbu Państwa art. 121–22) oraz zaostrzał kary przewidziane za niemal wszystkie wykroczenia i przestępstwa. Warto również podkreślić, że w starym Kodeksie karnym prawie wszystkie przestępstwa były opatrzone karą minimalną i maksymalną, od której można było odstąpić przez system okoliczności obciążających i łagodzących. Powyższe nie ma już miejsca w Kodeksie karnym z 1992 r., który określa jedynie maksimum zagrożenia karnego, poniżej którego sędzia może swobodnie decydować (Renault-Brahinsky 2022: 75).

W ramach struktury i techniki legislacyjnej, nowy Kodeks karny zerwał ze strukturą charakterystyczną dla innych francuskich kodeksów, jak Kodeks cywilny, Kodeks postępowania cywilnego czy Kodeks postępowania karnego, w których numery artykułów następują w porządku rosnącym (art. 1, 2, 3 itd.). Kodeks karny z 1992 roku miał być w zamyśle jego autorów znacznie bardziej uporządkowany (Blanchard 2000: 351). Pozostawiono jednak dość skomplikowany strukturalny podział kolejno na księgi (fr. *livres*), następnie tytuły (fr. *titres*), rozdziały (fr. *chapitres*), sekcje (fr. *sections*), podsekcje (fr. *sous-sections*) oraz artykuły (Rogacka-Rzewnicka 2004: 456–457).

¹ Loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal; Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes; Loi n° 92-685 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens; Loi n° 92-686 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique.

2. Struktura francuskiego kodeksu karnego

W ramach anonsowanej w poprzednim punkcie niniejszego artykułu próby uporządkowania struktury francuskiego Kodeksu karnego, zdecydowano, że pierwszy artykuł nie jest artykułem 1, ale artykułem 111-1. Oznacza to, że numeracja artykułów nawiązuje wprost do ich miejsca w strukturze ksiąg, rozdziałów, sekcji i podsekcji kodeksu, a nie do ich kolejności. Tak też art. 111-1 jest pierwszym artykułem pierwszego rozdziału pierwszego tytułu pierwszej książki, czytając od prawej do lewej strony. W konsekwencji po numeracji danego artykułu możemy w łatwy sposób określić jego umiejscowienie w Kodeksie.

Warto zaznaczyć, że w odniesieniu do szczegółowej struktury Kodeksu karnego we Francji – część legislacyjna kodeksu (fr. *partie législative*) uzupełniona jest tzw. częścią rozporządzeniową (fr. *partie réglementaire*)², która zawiera uszczegółowienie zawartych w części legislacyjnej artykułów przez dekrety francuskiego Najwyższego Sądu Administracyjnego (*Décrets en Conseil d'Etat*). W tym miejscu warto zaznaczyć, że autor celowo nie dokonuje dosłownego tłumaczenia nazw francuskich instytucji, wskazując często tylko ich oryginalne brzmienie. Powyższe mogłoby bowiem prowadzić do wielu nieporozumień, jak np. w przypadku dosłownego tłumaczenia wyrażenia *Conseil d'Etat* należałoby posłużyć się sformułowaniem Rada Stanu, co wprowadzałoby niepotrzebne problemy ze zrozumieniem roli tej instytucji w polskim porządku prawnym (Klimaszewska, Mariański, Warylewska, Zięty 2017: 42).

Wracając jednak do zasadniczej, legislacyjnej części Kodeksu karnego – podkreślenia wymaga, że obejmuje ona swoim zakresem artykuły od 111-1 do 727-3 i składa się z siedmiu zasadniczych ksiąg (fr. *livres*). Analogiczny podział na księgi, z tożsamą intytulacją, zawiera również część rozporządzeniowa kodeksu (Saenko 2015: 141–134).

Tak też Księga I obejmuje przepisy ogólne (fr. *dispositions générales*), a jej zakres rozpoczyna się od artykułu 111-1, a kończy na artykule 133-17. Księga II dotyczy zbrodni i wykroczeń przeciwko osobom (fr. *des crimes et délits contre les personnes*), tzn. przestępstw uregulowanych w artykułach od 211-1 do 227-33. Księga III to zbrodnie i wykroczenia przeciwko mieniu (fr. *Livre III: Des crimes et délits contre les biens*), których zakres obejmuje artykuły od 311-1 do 324-9. Natomiast księga IV, będąca szczególnym przedmiotem zainteresowania autora w ramach niniejszego opracowania, dotyczy zbrodni i wykroczeń przeciwko narodowi, państwu i pokojowi publicznemu (fr. *Livre IV: Des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique*), tzn. przepisów zawartych w artykułach od 410-1 do 450-5. Warto zaznaczyć, że w ramach opisywanej

² Obejmująca artykuły od R131-1 do R722-7.

już reformy z 1992 roku dodano trzy księgi, a mianowicie księgę V dotyczącą innych przestępstw i występków (fr. *Livre V: Des autres crimes et délits*), księgę VI dotyczącą wykroczeń (fr. *Livre VI: Des contraventions*) oraz księgę VII odnoszącą się do dyspozycji mających zastosowania do terytoriów zamorskich (fr. *Livre VII : Dispositions relatives à l'Outre-Mer*).

Właśnie w ramach wspomnianej już Księgi IV, wyodrębniono Tytuł I pt. Naruszenia podstawowych interesów narodu (fr. *Titre Ier: Des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation*), który swoim zakresem obejmuje artykuły od 410-1 do 414-9. W ramach ww. tytułu wydzielono dodatkowo cztery rozdziały – Rozdział I: Zdrada i szpiegostwo (fr. *Chapitre Ier: De la trahison et de l'espionnage* – art. 411-1 do 411-11); Rozdział II: Inne naruszenia instytucji Republiki lub integralności terytorialnej (fr. *Chapitre II: Des autres atteintes aux institutions de la République ou à l'intégrité du territoire national* – art. 412-1 do 412-8); Rozdział III: Inne przestępstwa przeciwko obronie narodowej (fr. *Chapitre III: Des autres atteintes à la défense nationale* – art. 413-1 do 413-14); Rozdział IV: Przepisy szczególne (fr. *Chapitre IV: Dispositions particulières* – art. 414-1 do 414-9).

Tym samym przedmiotem analizy niniejszego opracowania autor uczynił pierwszy rozdział tytułu pierwszego księgi czwartej – Zdrada i szpiegostwo (fr. *trahison et l'espionnage*), to znaczy artykuły od 411-1 do 411-11 francuskiego Kodeksu karnego.

W doktrynie francuskiej podkreśla się, że historycznie zwalczanie szpiegostwa we Francji stale odnosiło się do kwestii inwigilacji jednostek, w szczególności, ale nie tylko, w odniesieniu do cudzoziemców (Forcade 2012: 101). Z uwagi na ograniczone ramy niniejszego opracowania autor nie będzie jednak rozwijał w tym miejscu szerzej wątku historycznego, koncentrując się na aktualnym brzmieniu właściwych przepisów karnych. W konsekwencji analiza aktualnych regulacji karnoprawnych w tym zakresie może stanowić przyczynek do dyskusji, w ramach odrębnego opracowania, nad stanem polskich regulacji w omawianej materii, których analiza była już przedmiotem wielu opracowań (Chlebowicz 2011: 177). Niniejszy artykuł może stanowić również jedną z podstaw do szerszego porównawczego aspektu analizy w omawianej kwestii.

3. Zdrada i szpiegostwo – przepisy ogólne oraz Sekcja 1 i Sekcja 2

Jak już wspomniano, Tytuł I księgi IV francuskiego Kodeksu karnego, za-tytułowany „Naruszenia podstawowych interesów narodu” (fr. *Titre Ier: Des atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation*), zawiera Rozdział I pt. „Zdrada i szpiegostwo”, który rozpoczyna się od swoistej części ogólnej zawartej w art. 410-1.

Artykuł ten stanowi, że podstawowe interesy narodu obejmują swoim zakresem w ramach niniejszego tytułu jego niepodległość, integralność jego terytorium, jego bezpieczeństwo, republikański kształt jego instytucji, środki jego obrony i jego dyplomację, ochronę jego ludności we Francji i za granicą, równowagę jego środowiska naturalnego i jego otoczenia oraz istotne elementy jego potencjału naukowego i gospodarczego oraz jego dziedzictwa kulturowego³.

Następnie, rozpoczynając właściwą część Rozdziału I pt. „Zdrada i szpiegostwo” (fr. *De la trahison et de l'espionnage*), francuski ustawodawca zdecydował się dodatkowo na wyodrębnienie w jego ramach (tzn. w artykułach od 411-1 do 411-11) sześciu sekcji odpowiadających konkretnym typom przestępstw oraz jednego artykułu natury ogólnej.

Tak też art. 411-1, mający zastosowanie do wszystkich innych przestępstw wymienionych w tym rozdziale, stanowi, że czyny określone w artykułach od 411-2 do 411-11 uważane są za zdradę, gdy są popełniane przez Francuza lub żołnierza w służbie Francji, a za szpiegostwo, gdy są popełniane przez jakąkolwiek inną osobę⁴. Dodatkowo w doktrynie zaznacza się, że pojęcie zdrady, jako często dotyczące państwa lub instytucji, odwołuje się, poza przepisami karnymi w zakresie naruszenia podstawowych interesów Narodu, również do konstytucyjnej koncepcji zdrady stanu (Viennot, Desprez 2017: 115).

Następnie, w ramach Sekcji 1 przedmiotowego rozdziału, tzn. w artykułach 411-2 i 411-3, doprecyzowane są czyny związane z przekazaniem całości lub części terytorium kraju, sił zbrojnych lub wyposażenia obcemu mocarstwu (fr. *De la livraison de tout ou partie du territoire national, de forces armées ou de matériel à une puissance étrangère*). Pierwszy z przywoływanych wyżej przepisów, art. 411-2, stanowi, że czyn polegający na przekazaniu (oddaniu) obcemu mocarstwu, obcej organizacji lub organizacji znajdującej się pod zagraniczną kontrolą lub ich agentom bądź to wojsk przypisanych do francuskich sił zbrojnych, bądź całości lub części terytorium kraju podlega karze dożywotniego pozbawienia wolności i karze grzywny w wysokości 750 000 euro. Pierwsze dwa ustępy artykułu 132-23, odnoszące się do okresu, w którym nie jest możliwa korekta kary, w tym możliwość ubiegania się o przedterminowe zwolnienie lub warunkowe przedterminowe zwolnienie, mają zastosowanie

³ W oryginalnym brzmieniu art. 410-1, stanowi: *Les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent au sens du présent titre de son indépendance, de l'intégrité de son territoire, de sa sécurité, de la forme républicaine de ses institutions, des moyens de sa défense et de sa diplomatie, de la sauvegarde de sa population en France et à l'étranger, de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement et des éléments essentiels de son potentiel scientifique et économique et de son patrimoine culturel.*

⁴ W oryginalnym brzmieniu art. 411-1 czytamy: *Les faits définis par les articles 411-2 à 411-11 constituent la trahison lorsqu'ils sont commis par un Français ou un militaire au service de la France et l'espionnage lorsqu'ils sont commis par toute autre personne.*

do przestępstwa przewidzianego w tym artykule⁵. Warto przy tym zaznaczyć, że art. 132-23⁶ stanowi, iż w przypadku kary pozbawienia wolności, której nie towarzyszy kara w zawieszeniu, której czas trwania jest równy lub dłuższy niż dziesięć lat, orzeczonej za przestępstwa szczególnie przewidziane w ustawie, skazany nie może korzystać z przepisów dotyczących zawieszenia lub wykonania kary w częściach (Kolb, Leturmy 2022: 102)⁷, zwolnienia od pracy, czasowych nieobecności, zwolnienia częściowego i zwolnienia warunkowego. Długość okresu, w którym nie jest możliwa korekta kary, w tym możliwość ubiegania się o przedterminowe zwolnienie lub warunkowe przedterminowe zwolnienie, wynosi połowę kary lub, w przypadku kary dożywocia, osiemnaście lat. Sąd może jednak, w drodze odrębnego postanowienia, albo wydłużyć te okresy do dwóch trzecich kary, a w przypadku kary dożywotniego pozbawienia wolności do dwudziestu dwóch lat, albo orzec o skróceniu tych okresów (Mayaud 2004: 710). Drugi z artykułów niniejszej sekcji, art. 411-3, którego aktualna treść została zmieniona ordonanssem z 2000 roku⁸, stanowi, że dostarczenie obcemu mocarstwu, przedsiębiorstwu lub zagranicznej organizacji bądź przedsiębiorstwu lub organizacji znajdującej się pod zagraniczną kontrolą lub ich agentom materiałów, konstrukcji, wyposażenia, instalacji, urządzeń przeznaczonych na potrzeby obrony narodowej podlega karze 30 lat pozbawienia wolności i karze grzywny w wysokości 450 000 euro⁹.

Następnie, w ramach Sekcji II, francuski ustawodawca wyodrębnił art. 411-4, który dotyczy kontaktów (działań wywiadowczych) z obcym mocarstwem. Artykuł ten stanowi, że utrzymywanie kontaktów wywiadowczych z obcym mocarstwem, zagranicznym przedsiębiorstwem lub organizacją bądź przedsiębiorstwem lub organizacją będącym pod zagraniczną kontrolą lub z ich agentami, w celu podżegania do działań wojennych lub aktów agresji przeciwko Francji,

⁵ Oryginalne brzmienie art. 411-2: *Le fait de livrer à une puissance étrangère, à une organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou à leurs agents soit des troupes appartenant aux forces armées françaises, soit tout ou partie du territoire national est puni de la détention criminelle à perpétuité et de 750 000 euros d'amende.*

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables au crime prévu par le présent article.

⁶ Który został zmieniony ustawą nr 2005-1549 z 12 grudnia 2005 roku (fr. *Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales*).

⁷ Określane w literaturze francuskojęzycznej mianem tzw. *fractionnement de la peine*.

⁸ *Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs.*

⁹ W oryginalnym brzmieniu: *Le fait de livrer à une puissance étrangère, à une entreprise ou une organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou à leurs agents des matériels, constructions, équipements, installations, appareils affectés à la défense nationale est puni de trente ans de détention criminelle et de 450 000 euros d'amende.*

podlega karze 30 lat pozbawienia wolności i karze grzywny w wysokości 450 000 euro. Te same kary stosuje się za udostępnienie obcemu mocarstwu, zagranicznemu przedsiębiorstwu lub organizacji bądź przedsiębiorstwu lub organizacji znajdującym się pod obcą kontrolą lub ich agentom środków do podjęcia działań wojennych lub do przeprowadzenia aktów agresji przeciwko Francji¹⁰. W tej samej sekcji, w ramach art. 411-5, doprecyzowano, że utrzymywanie kontaktów wywiadowczych z obcym mocarstwem, z zagraniczną firmą lub organizacją bądź firmą lub organizacją pod obcą kontrolą lub z ich agentami, w sytuacji, gdy może to zaszkodzić podstawowym interesom narodu, podlega karze 10 lat pozbawienia wolności i karze grzywny w wysokości 150 000 euro¹¹.

Zgodnie z komentarzem do francuskiego Kodeksu karnego, pomimo że w przedmiotowych regulacjach mowa jest o kontaktach wywiadowczych w liczbie mnogiej, to do popełnienia ww. przestępstwa wystarczy jeden czyn wypełniający znamiona przestępstwa opisane w ramach przedmiotowej regulacji (Mayaud 2004: 711).

4. Zdrada i szpiegostwo – regulacje zawarte w pozostałych sekcjach (od Sekcji 3 do Sekcji 6)

W ramach Sekcji 3, dotyczącej dostarczania informacji obcemu mocarstwu (fr. *De la livraison d'informations à une puissance étrangère*), francuski ustawodawca wyodrębnił trzy przestępstwa, zawarte kolejno w art. 411-6, 411-7 oraz 411-8. Pierwszy z przywoływanych wyżej artykułów, art. 411-6, stanowi, że czyn polegający na dostarczaniu lub udostępnianiu obcemu mocarstwu, zagranicznemu przedsiębiorstwu lub organizacji bądź przedsiębiorstwu lub organizacji znajdującemu się pod obcą kontrolą lub ich agentom informacji, procesów, przedmiotów, dokumentów, danych komputerowych lub plików, których wykorzystanie, ujawnienie lub zgromadzenie może zaszkodzić podstawowym interesom narodu, zagrożony jest karą 15 lat pozbawienia wolności i karą grzywny

¹⁰ W oryginalnym brzmieniu: *Le fait d'entretenir des intelligences avec une puissance étrangère, avec une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou avec leurs agents, en vue de susciter des hostilités ou des actes d'agression contre la France, est puni de trente ans de détention criminelle et de 450 000 euros d'amende.*

Est puni des mêmes peines le fait de fournir à une puissance étrangère, à une entreprise ou une organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou à leurs agents les moyens d'entreprendre des hostilités ou d'accomplir des actes d'agression contre la France.

¹¹ W oryginalnym brzmieniu art. 411-5 stanowi, że: *Le fait d'entretenir des intelligences avec une puissance étrangère, avec une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou avec leurs agents, lorsqu'il est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.*

w wysokości 225 000 euro¹². W tym zakresie, zgodnie z komentarzem do francuskiego Kodeksu karnego, ściśle tajny charakter przekazywanych informacji czy dokumentów nie jest konieczny do wypełnienia znamion analizowanego czynu zabronionego, gdyż Sąd będzie oceniać wagę przekazywanych informacji lub dokumentów na podstawie okoliczności danej sprawy, biorąc pod uwagę np. wysokość wynagrodzenia, charakter podjętych środków ostrożności czy ciągłość korzyści materialnych (Mayaud 2004: 714).

Następnie art. 411-7 wskazuje, że fakt gromadzenia lub kompletowania, w celu dostarczenia obcemu mocarstwu, zagranicznemu przedsiębiorstwu lub organizacji bądź przedsiębiorstwu lub organizacji znajdującym się pod zagraniczną kontrolą lub ich agentom, informacji, procesów, przedmiotów, dokumentów, danych komputerowych lub plików, których wykorzystanie, ujawnienie lub zgromadzenie może zaszkodzić podstawowym interesom narodu, podlega karze 10 lat pozbawienia wolności i karze grzywny w wysokości 150 000 euro¹³. Powyższe regulacje uzupełnia art. 411-8, który wskazuje, że czynność polegająca na wykonywaniu w imieniu obcego mocarstwa, zagranicznej firmy lub organizacji bądź firmy lub organizacji pod zagraniczną kontrolą lub w imieniu ich przedstawicieli działalności mającej na celu uzyskanie lub dostarczenie urządzeń, informacji, procesów, przedmiotów, dokumentów, danych komputerowych lub plików, których eksploatacja, ujawnienie lub zgromadzenie może zaszkodzić podstawowym interesom Narodu, podlega karze 10 lat pozbawienia wolności i grzywny w wysokości 150 000 euro¹⁴.

Kolejna sekcja, Sekcja 4, analizowanego rozdziału dotyczy przestępstwa sabotażu, który w art. 411-9 zdefiniowany został jako czyn polegający na niszczeniu, uszkodzaniu lub przywłaszczeniu jakiegokolwiek dokumentu, materiału, konstrukcji, wyposażenia, instalacji, urządzenia, urządzenia technicznego

¹² W oryginalnym brzmieniu: *Le fait de livrer ou de rendre accessibles à une puissance étrangère, à une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou à leurs agents des renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont l'exploitation, la divulgation ou la réunion est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation est puni de quinze ans de détention criminelle et de 225 000 euros d'amende.*

¹³ W oryginalnym brzmieniu: *Le fait de recueillir ou de rassembler, en vue de les livrer à une puissance étrangère, à une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou à leurs agents, des renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont l'exploitation, la divulgation ou la réunion est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.*

¹⁴ W oryginalnym brzmieniu: *Le fait d'exercer, pour le compte d'une puissance étrangère, d'une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou de leurs agents, une activité ayant pour but l'obtention ou la livraison de dispositifs, renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont l'exploitation, la divulgation ou la réunion est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.*

lub zautomatyzowanego systemu przetwarzania informacji albo wprowadzenia do nich wad w sytuacji, gdy może to naruszyć podstawowe interesy narodu, podlega karze piętnastu lat pozbawienia wolności i karze grzywny w wysokości 225 000 euro. Ten sam czyn, popełniony w celu służenia interesom obcego mocarstwa, zagranicznej firmy lub organizacji bądź firmy lub organizacji pod obcą kontrolą, podlega karze pozbawienia wolności do lat 20 i grzywnie w wysokości 300 000 euro¹⁵.

Innym czynem zabronionym jest wyodrębniony w ramach Sekcji 5 artykuł 411-10, odnoszący się do dostarczania nieprawdziwych informacji. Artykuł ten stanowi bowiem, że za fakt dostarczenia w celu służenia interesom obcego mocarstwa, zagranicznego przedsiębiorstwa lub organizacji bądź przedsiębiorstwa lub organizacji znajdującej się pod obcą kontrolą, władzom cywilnym lub wojskowym Francji fałszywych informacji, które mogą wprowadzić je w błąd i spowodować naruszenie podstawowych interesów narodu, grozi 7 lat więzienia i grzywna w wysokości 100 000 euro¹⁶.

Ostatnim elementem Rozdziału I w ramach pierwszego tytułu Księgi IV francuskiego Kodeksu karnego, jest Sekcja 6 dotycząca prowokacji do przestępstw przewidzianych w tym rozdziale. Jedyne przepisy umieszczone w tej sekcji, tzn. art. 411-11, stanowi, że czyn polegający na bezpośrednim nawoływaniu poprzez obietnice, oferty, naciski, groźby lub napaść do popełnienia jednego z przestępstw przewidzianych w niniejszym rozdziale, w sytuacji, gdy prowokacja nie wywołuje skutku z powodu okoliczności niezależnych od sprawcy, podlega karze 7 lat pozbawienia wolności i karze grzywny w wysokości 100 000 euro¹⁷. Dodatkowo warto podkreślić, że zgodnie z treścią komentarza do francuskiego Kodeksu karnego, penalizacja prowokacji, tak jak przestępstwa, ma zastosowanie bez

¹⁵ Artykuł ten w oryginalnym brzmieniu stanowi: *Le fait de détruire, détériorer ou détourner tout document, matériel, construction, équipement, installation, appareil, dispositif technique ou système de traitement automatisé d'informations ou d'y apporter des maléfactions, lorsque ce fait est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, est puni de quinze ans de détention criminelle et de 225 000 euros d'amende.*

Lorsqu'il est commis dans le but de servir les intérêts d'une puissance étrangère, d'une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger, le même fait est puni de vingt ans de détention criminelle et de 300 000 euros d'amende.

¹⁶ Art. 411-10 w oryginalnym brzmieniu: *Le fait de fournir, en vue de servir les intérêts d'une puissance étrangère, d'une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger, aux autorités civiles ou militaires de la France des informations fausses de nature à les induire en erreur et à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.*

¹⁷ Art. 411-11 w oryginalnym brzmieniu: *Le fait, par promesses, offres, pressions, menaces ou voies de fait, de provoquer directement à commettre l'un des crimes prévus au présent chapitre, lorsque la provocation n'est pas suivie d'effet en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.*

względu na narodowość jej autora, nawet jeżeli nie wywoła żadnego skutku, pod warunkiem że działanie to jest celowe (Mayaud 2004: 716).

5. Podsumowanie

Jak już wspomniano, analiza regulacji prawnych w zakresie przestępstwa szpiegostwa w prawie francuskim, z uwagi na obecną sytuację geopolityczną, może być elementem szerszych badań w ramach szeroko rozumianego bezpieczeństwa państwa. Zagrożenia o charakterze prawnym, gospodarczym, społecznym czy militarnym stanowią wyzwanie dla polityki bezpieczeństwa państwa i powinny być analizowane również w aspekcie porównawczym. W tym zakresie kwestie związane z działaniami szpiegowskimi i wywiadowczymi na rzecz obcego mocarstwa mogą prowadzić do poważnych zakłóceń w funkcjonowaniu państwa, a nawet utraty suwerenności i integralności terytorialnej (Tomala, Prokop 2021: 40).

Opisane w ramach niniejszego opracowania francuskie regulacje karno-prawne mogą przeciwdziałać wielu zagrożeniom o charakterze hybrydowym, w tym również tym związanym ze współpracą z podmiotami niepaństwowymi. Obecnie możemy bowiem obserwować, że cechą wielu konfliktów jest istnienie zagrożeń asymetrycznych, hybrydowych i wielowariantowych (Wasiuta 2016: 34). Właśnie hybrydowy charakter zagrożeń (Ochmann, Wojas 2019: 15) zmusza do działań i badań, których celem jest poznanie regulacji odnoszących się do kluczowych dla bezpieczeństwa danego państwa kwestii, w tym w szczególności poznanie aktualnych regulacji występujących w innych państwach należących do NATO. Działania zbrojne Rosji w Ukrainie mają swoje konsekwencje dla całej Europy, w tym nawet dla gospodarki światowej, dlatego też zapewnienie bezpieczeństwa państwom, których ten konflikt pośrednio dotyka, winno obejmować również bezpieczeństwo prawne, zwłaszcza w odniesieniu do państw Europy Środkowo-Wschodniej (Jureńczyk 2019:115). Wojna w Ukrainie stanowiła również dla autora impuls do aktualizacji wiedzy w zakresie przestępstwa szpiegostwa, zarówno w oparciu o podstawowe, jak i najnowsze publikacje francuskiej doktryny.

Z uwagi na ograniczone ramy niniejszego opracowania przedmiotem dalszej analizy nie będą inne przepisy francuskiego Kodeksu karnego w tej materii, jak w szczególności: rozdział II Tytułu I Księgi IV pt. „Inne naruszenia instytucji Republiki lub integralności terytorium narodowego” (fr. *Chapitre II: Des autres atteintes aux institutions de la République ou à l'intégrité du territoire national* – art. 412-1 do 412-8) czy też Rozdział III Tytułu I Księgi IV pt. „Inne przestępstwa przeciwko obronie narodowej” (fr. *Chapitre III: Des autres atteintes à la défense nationale* – art. 413-1 do 413-14). Podobnie w ramach odrębnego opracowania

autor dokona próby komentarza polskich regulacji prawnych w zakresie szpiegostwa w zestawieniu z opisanymi w niniejszym artykule regulacjami francuskimi, które na dalszym etapie badań stanowić będą swoisty punkt odniesienia. Już jednak wstępna analiza i opis regulacji prawnych przedstawionych w ramach niniejszego opracowania mogą pozwolić na wzbogacenie dotychczasowych komentarzy czy analiz w zakresie przestępstwa szpiegostwa w Polsce (Chlebowicz 2023: 388) oraz stanowić impuls do dalszej porównawczej refleksji nad wypracowaniem, przynajmniej na poziomie państw Unii Europejskiej, spójnych i kompatybilnych regulacji w tej materii. Powyższa analiza ma bowiem znaczenie nie tylko w ramach regulacji karnoprawnych, gdyż zgodnie z poglądami doktryny (Wasyłkowska-Michór 2021: 102) możliwe jest wykorzystanie zagranicznego prawomocnego wyroku karnego wydanego przez sąd państwa Unii Europejskiej również w polskim postępowaniu cywilnym. Dodatkowo, świadomość sposobu uregulowania danych kwestii, w tym ich specyfiki, za granicą, również może pozwolić na lepsze zrozumienie problemów i wyzwań, przed jakimi stoją inne państwa, oraz stanowić pierwszy etap dla dalszej analizy i poszerzonych badań porównawczych, które w przyszłości przez autora będą realizowane.

Bibliografia

Akty prawne

- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 2022 r. poz. 1138 ze zm.
- Ustawa nr 92-683 z dnia 22 lipca 1992 r. – *Loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal.*
- Ustawa nr 92-684 z dnia 22 lipca 1992 r. – *Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes.*
- Ustawa nr 92-685 z dnia 22 lipca 1992 r. – *Loi n° 92-685 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les biens.*
- Ustawa nr 92-686 z dnia 22 lipca 1992 r. – *Loi n° 92-686 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique.*
- Ustawa nr 2005-1549 z dnia 12 grudnia 2005 r. – *Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales).*

Opracowania

- Blanchard, Arnaud. 2000. Pierrette Poncela, Pierre Lascoumes, Réformer le Code pénal. Où est passé l'architecte? *Sociologie du travail* 4(22): 351–352. DOI: <https://doi.org/10.4000/sdt.37938>.

- Chlebowicz, Piotr. 2011. Szpiegostwo z perspektywy prawa karnego i kryminologii. W: S. Piłkuński, M. Romańczuk-Grącka, B. Orłowska-Zielińska (red.). *Tożsamość polskiego prawa karnego*. Olsztyn: Pracownia Wydawnicza ElSet.
- Chlebowicz, Piotr. 2023. Przesłęstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej. W: B. Gadecki (red.). *Kodeks karny. Art. 1–316. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Forcade, Olivier. 2012. Objets, approches et problématiques d'une histoire française du renseignement: un champ historiographique en construction. *Histoire, économie & société* 2: 99–110. DOI: 10.3917/hes.122.0099.
- Jureńczyk, Łukasz. 2019. Okoliczności i postawa NATO wobec polityki militarnej Rosji na Ukrainie. *Rocznik Integracji Europejskiej* 13(2019): 115–128. DOI: <http://dx.doi.org/10.14746/rie.2019.13.8>.
- Klimaszewska, Anna, Michał Mariański, Krystyna Warylewska i Jakub Ziety (red.). 2017. *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (société à responsabilité limitée) we francuskim kodeksie handlowym*. Olsztyn: Wydawnictwo UWM.
- Kolb, Patrick, Laurence Leturmy. 2022. *Cours de droit pénal général*. Paryż: Gualino.
- Kolb, Patrick, Laurence Leturmy. 2022. *L'essentiel du droit pénal général*. Paryż: Gualino.
- Mariański, Michał. 2020. *Problematyka regulacji rynku finansowego w ujęciu transgranicznym. Analiza na przykładzie prawa polskiego i prawa francuskiego*. Olsztyn: Wydawnictwo UWM.
- Mayaud, Yves. 2004. *Code Pénal*. Paryż: Dalloz.
- Ochmann, Paweł, Jakub Wojas. 2018. Prawne aspekty konfliktu zbrojnego na Ukrainie jako przykład wojny hybrydowej. *Sprawy Międzynarodowe* 71(1): 283–302. <https://doi.org/10.35757/SM.2018.71.1.20>.
- Renault-Brahinsky, Corinne. 2023. *Procédure Pénale*. Paryż: Gualino.
- Renault-Brahinsky, Corinne. 2022. *L'essentiel du droit de la peine. Panorama des dispositions récentes tant en ce qui concerne le prononcé de la peine que son exécution*. Paryż: Gualino.
- Rogacka-Rzewnicka, Maria. 2004. Prawo karne. W: A. Machowska, K. Wojtyczek (red.). *Prawo francuskie*, t. 1. Kraków: Zakamycze.
- Saenko, Laurent. 2015. Le Nouveau Code pénal, 20 ans après. État des questions: entre passé et avenir. *Les Cahiers de la Justice* 1: 141–143. <https://doi.org/10.3917/cdlj.1501.0141>.
- Tomala, Magdalena, Maryana Prokop. 2021. Zagrozenia militarne i wojenne a bezpieczenstwo gospodarcze panstwa. Case study: konflikt zbrojny między Ukrainą a Rosją w 2014 roku. 2021. *Annales Universitatis Paedagogicae Cracoviensis, Studia de Securitate* 11(2): 40–59. DOI 10.24917/26578549.11.2.3.
- Viennot, Camille, François Desprez. 2017. L'appréhension ambiguë de la trahison par la procédure pénale. *Droit et Cultures* 74(2) : 115–135. DOI <https://doi.org/10.4000/droiticultures.4291>
- Wasiuta, Olga. 2016. Geneza pojęcia i zmiany podejścia do wojny hybrydowej w dyskursie politycznym i wojskowym. *Przegląd Geopolityczny* 17: 26–40.
- Wasyłkowska-Michór, Magdalena Anna. 2021. Wykorzystanie zagranicznego wyroku karnego w polskim postępowaniu cywilnym. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 19(3): 101–117. <https://doi.org/10.25167/osap.4295>.

Volume 21, Issue 2
December 2023

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

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-03-11
accepted 2023-09-30



The Environmental Impact Assessment and military conflicts – an outline of the problem area

Ocena oddziaływania na środowisko a konflikty zbrojne – zarys problematyki

SERGIUSZ URBAN

WKB Lawyers

ORCID: 0009-0000-7075-1684, sergiusz.urban@op.pl

Citation: Sergiusz, Urban. 2023. The Environmental Impact Assessment and military conflicts – an outline of the problem area. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 21(2): 211–222. DOI: 10.25167/osap.5070.

Abstract: The Environmental Impact Assessment (EIA) is a legal, procedural tool that allows identifying, predicting, evaluating and preventing or mitigating the impacts of a planned project on the environment. An inherent element of this process is public participation that shall be assured at all times. An EIA is regulated by domestic environmental laws of a given country, but an imminent influence on these regulations is exerted by EU EIA Directive (Directive 2011/92/EU text codified) and international conventions, especially the ESPOO Convention. EU legislation and international EIA-focused treaties do not determine whether armed conflicts affect the EIA procedures and, if the answer is positive, in what way, especially whether the EIA procedure remains required under these exceptional circumstances or it may be postponed until cessation of the conflict or even omitted.

For this reason, it was of high importance to determine whether the EIA-related obligations set by EU and international statute (conventional) laws are suspended or remain valid and in force during armed conflicts. The research revealed that the above-mentioned acts do not have provisions that explicitly regulate the effect of armed conflicts on the obligations relating to the EIA procedures. Furthermore, current jurisprudence and doctrine do not provide a clear answer as regards the scope of application of international environmental law during an armed conflict. It is often explained by the fact that environmental law is not yet fully formed in that respect and it is still not commonly agreed how it relates to international humanitarian law. Based on findings of the research, some conclusions are

proposed that aim to provide advice on the application of EIA during armed conflicts and suggestions to complement relevant legal regulations. This article will discuss the main results of the study conducted on this important and very up-to-date subject.

Keywords: EIA, armed conflicts, environment

Abstrakt: Ocena oddziaływania na środowisko (OOŚ) jest prawnym proceduralnym narzędziem, które pozwala zidentyfikować, przewidzieć, ocenić i zapobiec lub złagodzić wpływ planowanego przedsięwzięcia na środowisko. Nieodłącznym elementem tego procesu jest udział społeczeństwa, który zawsze powinien być zagwarantowany. OOŚ jest regulowana przez wewnętrzne prawo ochrony środowiska poszczególnych państw członkowskich Unii Europejskiej, ale niebagatelny wpływ na te regulacje wywiera unijna dyrektywa OOŚ (dyrektywa 2011/92/UE tekst ujednolicony) oraz konwencje międzynarodowe, zwłaszcza Konwencja ESPOO. Przepisy unijne oraz traktaty międzynarodowe regulujące kluczowe aspekty OOŚ nie precyzują, czy konflikty zbrojne wpływają na procedury OOŚ, a jeśli tak – to w jaki sposób, w szczególności czy w takich wyjątkowych okolicznościach procedura OOŚ jest nadal wymagana czy też może zostać odroczone do czasu ustania konfliktu lub nawet pominięta. Z tego powodu bardzo ważne było ustalenie, czy obowiązki związane z OOŚ określone w prawie unijnym i międzynarodowym ulegają zawieszeniu, czy też należy je realizować również podczas konfliktów zbrojnych. Przeprowadzone badania wykazały, że w ww. aktach prawnych nie ma przepisów, które wprost regulowałyby wpływ konfliktów zbrojnych na obowiązki związane z procedurami OOŚ. Ponadto, aktualne orzecznictwo i doktryna nie dają jednoznacznej odpowiedzi na temat zakresu stosowania międzynarodowego prawa ochrony środowiska podczas konfliktu zbrojnego. Często tłumaczy się to tym, że prawo ochrony środowiska nie jest jeszcze w pełni ukształtowane w tym zakresie i że brak jest jednolitego, powszechnie podzielanego poglądu na temat tego, w jaki sposób odnosi się ono do międzynarodowego prawa humanitarnego.

Na podstawie wyników badań zaproponowano wnioski, które odnoszą się do zagadnienia stosowania OOŚ podczas konfliktów zbrojnych oraz sugestie uzupełnienia omawianych regulacji prawnych. W niniejszym artykule omówione zostaną najważniejsze wyniki badań przeprowadzonych na ten ważny i bardzo aktualny temat.

Słowa kluczowe: OOŚ, konflikty zbrojne, ochrona środowiska

1. Introduction

This article is intended to explore the unobvious and sometimes confusing relation between the international law regulating Environmental Impact Assessment and the time of armed conflicts between belligerent states. As it is provided by Principle 24 of the 1992 Rio Declaration: “Warfare is inherently destructive of sustainable development. States shall therefore respect international law providing protection for the environment in times of armed conflicts and cooperate in its further development, as necessary” (Report of the United Nations Conference on Environment and Development (Rio de Janeiro, 3-14 June 1992). Annex I. Rio Declaration on Environment and Development). Un-

fortunately, the exact scope of this obligation is still debated and opposed views are expressed in this regard, as it will be demonstrated later in the deliberations below. The present paper is focused mainly on European perspective hence the choice of legal texts analyzed.

2. Definition of an armed conflict

In the first instance, it shall be explained what the meaning of the term an *armed conflict* is as used in this article. While this notion has several definitions, probably the most imminent one originates from the Geneva Conventions, the bodies of international law forming “the core of the international humanitarian law, which regulates the conduct of an armed conflict and seeks to limit its effects” (The Geneva Conventions and their Commentaries 2023): “declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them” (Article 2 of Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, concluded in Geneva, 12 August 1949).

A similar definition is proposed by the International Law Commission, a legal studies body of the United Nations that was established in order to “initiate studies and make recommendations for the purpose of (...) encouraging the progressive development of international law and its codification” (Article 13 paragraph 1 (a) of *The Charter of the United Nations*, signed in San Francisco on 26 June 1945). In the document exploring the issue of the effects of armed conflicts on treaties (Draft articles on the effect of armed conflict on treaties, 2011: 110-111), the armed conflicts are defined as: “a situation in which there is resort to armed force between States or protracted resort to armed force between governmental authorities and organized armed groups” (Article 2 (b)).

It can be noted that, in general, the definitions refer to the actions of armed forces, often with states as actors (in such a case it is often called an “inter-state armed conflict”, see: How is the Term “Armed Conflict” Defined in International Humanitarian Law?, International Committee of the Red Cross (ICRC) Opinion Paper 2008), as opposed to “non-State armed conflict” or “non-international armed conflict” (The Practical Guide to Humanitarian Law 2023), using armed force as a tool to resolve their conflict.

3. Importance and topicality of the analysis undertaken

The issue of the effects of armed conflicts on international environmental treaties and European Union law, regulating the Environmental Impact Assess-

ment and Strategic Environmental Assessment, certainly has a high scientific value, but it is also very vital and is relevant to practice. There are a multitude of examples of actions taken in relation to armed conflicts/war that adversely influence the environment and which undoubtedly do not comply with the international environmental laws (also abbreviated to IELs) or are in breach of them. The very recent case of real impact of armed conflict on (the willingness to implement) environmental regulation, originating in the international laws and European Union laws, comes from Ukraine, which – at the beginning of 2022 – declared suspension of certain legal provisions relating to the Environmental Impact Assessment, notably disabling or at least hindering the access to information and public participation in the EIA procedures: “During the war, public access to the Unified Register of EIA was closed for security reasons. In accordance with the requirements of the Law, all stages of the procedure are covered by informing the public both through the register and through the print media. Without access to the register, the element of publicity was not observed” (Gembarska, 2022).

This approach was justified by the state of the armed conflict which was initiated with the invasion of Russia on Ukraine on 24 February 2022. In consequence, Ukraine declared the necessity to protect certain information as classified for security reasons. Consequently, it was heavily criticized by non-governmental organizations: “In Ukraine, environmentalists criticized the initiative of the Ministry of Statistics to draft of Cabinet resolution on closing access to environmental information during martial law” (Belousowa, 2022). Nevertheless, it provides a clear example of challenges discussed in this article.

4. Does the international armed conflict suspend the European Union’s Directives on EIA & SEA as well the international treaties such as the Espoo & Aarhus Conventions?

A thorough analysis of legal texts and commentaries thereto reveals that there is no unequivocal and coherent answer to the question whether the (1) European Union’s Directives on Environmental Impact Assessment (Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment, further referred to also as EIA Directive) and (2) on the Strategic Environmental Assessment (Directive 2001/42/EC of the European Parliament and of the Council of 27 June 2001 on the assessment of the effects of certain plans and programs on the environment, further referred to also as SEA Directive) as well as the international treaties applicable to these

procedures: (3) the Espoo Convention (Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, adopted on 25 February 1991 in Espoo, Finland) and Aarhus Convention (Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, adopted on 25th June 1998 in Aarhus, Denmark), remain applicable during armed conflicts or shall be deemed suspended or non-binding.

This lack of certainty is highlighted in many legal documents and commentaries. As it was rightfully indicated in the document prepared by the International Law Commission, “There is no general agreement on the proposition that all environmental treaties apply both in peace and in time of armed conflicts” (Draft articles on the effect of an armed conflict on treaties, 2011: 127). While these observations come from a document that is not legally binding, it remains, however, an authoritative view on the effects of armed conflicts on international environmental treaties.

Below are some representative examples of these concerns and divergent voices:

- “Some MEAs directly or indirectly provide for their continued application during hostilities, while others specifically state that they are automatically suspended, terminated, or inapplicable during an armed conflict. Other MEAs remain silent on the issue. Most MEAs fall into this category, including the Aarhus Convention. The effect of their silence, and whether it varies by type of convention, is uncertain” (Bothe, Bruch, Diamond and Jensen, 2010: 569-592);
- “The precise meaning of Principle 24 is not clear. It may be interpreted as referring to the continued application of IEL during warfare. Alternatively, it may be interpreted as simply restating the requirement that States must adhere to the provisions of IHL that specifically address environmental protection during armed conflict” (Maruma Mrema, Bruch, Diamond, 2009: 42);
- “The law of armed conflict, where applicable, is *lex specialis*” (“but that other rules of international law, to the extent that they do not enter into conflict with it, also remain applicable”) (Report of the International Law Commission, 2022: 97);
- “In most cases, whether the provisions apply depends largely on the methodology adopted to determine when IEL [International Environmental Law] remains in force during armed conflict” (Maruma Mrema, Bruch and Diamond, 2009: 35).

There are also some views expressed on the doctrine of international law and the commentaries to the international environmental law, indeed, that articulate the need to apply IELs during the times of armed conflicts. However, the actual extent of this protection, the detailed circumstances of related application and

the binding force of the international treaties serving the purpose of its protection, remain highly unclear and a subject to ongoing disputes:

- “States shall therefore respect international law providing protection for the environment in times of armed conflict and cooperate in its further development” (Principle 24 of the 1992 Rio Declaration);
- “International environmental agreements (...) may continue to be applicable in times of armed conflict to the extent that they are not inconsistent with the applicable law of armed conflict” (Gasser, 1994: 233).

A very accurate summary of the current state of this debate is provided for in a position paper of United Nations Environmental Program where it is stated that: “The question of the potential application of IEL during armed conflict is complicated by the fact that environmental law is still maturing at both the domestic and international levels, and States are still in the process of determining how it relates to IH” (Maruma Mrema, Bruch and Diamond, 2009: 34).

The above-mentioned opinions could be rightfully applied to the Espoo Convention and the Aarhus Convention, since neither of them provides for the rules on their application during times of armed conflicts. Hence, their status at the time of war remains a question of interpretation rather than simple derivation from explicit wording. It is worth noting, though, that the Implementation Committee of the Espoo Convention was debating over the implementation of respective obligations under this act in relation to the Parties remaining in conflict. The Parties involved were Azerbaijan and Armenia debating over the construction of a nuclear power station in Metsamor, Armenia. The submission brought by Azerbaijan to the Committee in 2011 was contesting irregularities of the transboundary EIA for this project. The Republic of Armenia was obliged to respect the duties stemming from the Convention, irrespective of its on-going conflict with Azerbaijan (Comments of the Republic of Armenia related to Draft Findings and Recommendations of Implementation Committee of the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, 2012: 15; Decision VI/2 2014: 6-8; Covino-Kerpelman, 2012: 175-176). Eventually, the case was closed due to the abandonment of planned construction of this nuclear power plant by Armenia, which led the Committee to the conclusion that there was no longer a ground to continue infringement proceedings.

A reference to the use of nuclear power was also made by the International Court of Justice, which issued its advisory opinion on the legality of the threat or use of nuclear weapons. Considering the question whether it is under any circumstances permitted under international law, it found that the answer shall be based prevalently on the laws relating to the use of force and

those regulating armed conflicts. Taking as a starting point their principles, especially the principle of proportionality and Martens Clause, it came to the conclusion that such use (or a threat thereof) might be possible but only under extremely restrictive conditions – the opinion was, however, unequivocal: “There is in neither customary nor conventional international law any comprehensive and universal prohibition of the threat or use of nuclear weapons.” Furthermore, “In view of the current state of international law (...) cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defense, in which the very survival of a State would be at stake” (Legality of the threat or use of nuclear weapons, 1996: 44).

Referring to the recent document adopted by the International Law Commission, it could be observed that while “environmental factors are to be taken into account in the context of the implementation of the principles and rules of the law applicable in an armed conflict” and that there is the “need to enhance the protection of the environment in relation to both international and non-international armed conflicts”, the topical question was not answered therein (Draft principles on protection of the environment in relation to armed conflicts, 2022). While “States shall, pursuant to their obligations under international law, take effective legislative, administrative, judicial and other measures to enhance the protection of the environment in relation to armed conflicts” (Principle 3(1)), it provides that “the environment shall be respected and protected in accordance with applicable international law and, in particular, the law of armed conflicts” (Principle 13(1)). There are two general remarks that could be formulated on the basis of these provisions: first, the International Law Commission refrains from providing a clear explanation which international laws are applicable in armed conflicts and under which conditions, leaving this issue somehow open to further debate and second, that the environment shall be protected in such circumstances “in particular” by the law of armed conflicts. This explicitly suggests that the role of environmental regulations is at the most complementary here. Overall, it seems quite evident that the Draft principles refer this role prevalently to the law of armed conflicts – hence the focus on the latter and reference to the use of environmental regulations “when applicable” only, without explaining the circumstances of this applicability.

At this point it is worthwhile considering also the European Union environmental laws. While there is a clear distinction between IELs and EU legal sources and by no means should they be perceived as homogeneous sources of law (please note that the concept of EU autonomy is widely discussed and approved, referred to as “an autonomous legal order” or “a disguised claim to

sovereignty” (van Rossem, 2013: 13, 22-27, 41), it is insightful to verify how this issue is regulated in the EU provisions regulating the analysis of impact of projects and plans or programs on the environment and compare them to the IELs in this respect. Is it more unequivocal when it comes to determining its application at the times of armed conflict or is it similarly vague?

While it is true that the European Union’s SEA and EIA directives refer to the premises of national security and defense, they evoke it in the context of separate, concrete projects or plans under consideration only. Consequently, any derogations from some or all obligations defined by EIA Directive and SEA Directive are not formulated as a general suspension of the Directives as such, but merely as a concession made in favor of a project or plan, hence the Directives in general still remain applicable.

In the case of the EIA Directive, it is regulated by its Article 1.3: “Member States may decide, on a case-by-case basis and if so provided under national law, not to apply this Directive to projects, or parts of projects, having defense as their sole purpose, or to projects having the response to civil emergencies as their sole purpose, if they deem that such application would have an adverse effect on those purposes.”

As it was articulated in the explanatory note issued by the European Commission, “In the Bolzano case C-435/97 the Court made the following statement on Article 1(4) (national defense) of Directive 85/337/EC: “Such exclusion introduces an exception to the general rule laid down by the Directive that environmental effects are to be assessed in advance and it must accordingly be interpreted restrictively”, therefore “The Member State applying this exclusion must demonstrate that applying the Environmental Impact Assessment Directive would be counter-productive in terms of achieving the purpose in question” (Guidance document regarding application of exemptions under the Environmental Impact Assessment Directive, 2019: 13).

In the case of the SEA Directive, it is regulated by its Article 3.8: “The following plans and programs are not subject to this Directive: plans and programs the sole purpose of which is to serve national defense or civil emergency (...).”

Similarly, the guidance provided by the European Commission underlines the case-specific nature of the derogation mentioned in this provision: “The exemption of plans and programs ‘the sole purpose of which’ is to serve national defense (...) This means that, for example, a regional land use plan which made provision for a national defense project in some part of the area it covered would require environmental assessment (provided the other criteria in the Directive were met) because to serve national defense was not its sole purpose. In applying this exemption, it is the purpose of the plan or program which must be considered, not its effects” (Implementation of the Directive

2001/42 on the Assessment of the Effects of Certain Plans and Programmes on the Environment, 2004: 19).

It stems from the close scrutiny of the wording of the legal text cited above that the mere reference to the projects serving the purpose of “national defense” or “civil emergencies” does not necessarily imply their application in times of armed conflicts. To the contrary, projects of this nature are often developed with reference to these derogations nowadays, when no war is taking place in the Member States of the European Union, hence the conclusion that these derogations share the same purpose and circumstances of use as the rest of the provisions of EIA and SEA directives. Furthermore, the exceptions under EIA and SEA directives were designed in a similar way, without any reference to exceptional situations that would literally imply their use (or lack thereof) during armed conflicts, therefore related interpretation doubts cannot be easily solved.

5. Conclusions

The examination of the subject of this study revealed that the International Environmental Laws and the directives of the European Union Directives referring to the assessment of the environmental impact of projects and plans are generally designed for peace conditions and do not contain provisions that would regulate their application during the time of war (time of armed conflicts). For this reason, and bearing in mind that the general debate on the effectiveness of the International Environmental Laws during the time of armed conflicts remains unsolved, there is no clear and unquestionable answer to the application of international treaties and EU directives on the Impact Assessment during armed conflicts.

Consequently, in order to remove ambiguities and contradictory interpretations mentioned in this article, the International Environmental Laws and respective European Union Directives should be supplemented with provisions that would clearly regulate this issue. As an alternative, it could be proposed to adopt a general and overarching provision of law which would relate to all International Environmental Laws and, possibly, also European Union directives. Such a legislative intervention could make part of a new international treaty. Similar suggestions were formulated by the International Committee of the Red Cross: “The International Law Commission (ILC) should examine the **existing international law for protecting the environment during armed conflict** and recommend how it **can be clarified, codified and expanded**” (Maruma Mrema, Bruch and Diamond, 2009: 52-54).

Abbreviations

- Aarhus Convention – the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters
- CJEU – Court of Justice of the European Union
- EIA – Environmental Impact Assessment
- EIA Directive – Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment
- Espoo Convention – the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context
- EU – the European Union
- IEL(s) – the International Environmental Law(s)
- IHL – the International Humanitarian Law
- SEA Directive – Strategic Environmental Assessment Directive – Directive 2001/42/EC of the European Parliament and of the Council of 27 June 2001 on the assessment of the effects of certain plans and programs on the environment

References

Legislation

- Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949, Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949, Vol. I, Federal Political Department, Bern.
- Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, adopted on 25th June 1998 in Aarhus, Denmark, Dz.U. 2003.78.706.
- Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, adopted on 25 February 1991 in Espoo, Finland, Dz.U. 1999.96.1100.
- Directive 2001/42/EC of the European Parliament and of the Council of 27 June 2001 on the assessment of the effects of certain plans and programmes on the environment, OJ L 197, 21.7.2001.
- Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment (codification), OJ L 26, 28.1.2012.
- The Charter of the United Nations, signed on 26 June 1945, in San Francisco.

Judicial Decisions

- Decision VI/2*, Adopted by the Meeting of the Parties to the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context at its sixth session, 2014, ECE/MPEIA/20. Add.1 – ECE/MPEIA/SEA/4.Add.1, 6–8.

Secondary sources

- Belousova, Katerina. 2022. Environmentalists criticized the closure of access to eco-information for Ukrainians. <https://ecopolitic.com.ua/en/news/prirodoohoronci-rozkritikuvali-jmovirne-zakrittia-ukraincyam-dostupu-do-ekoinformacii-2/>, last access 30.09.2023.
- Bothe, Michael, Carl Bruch, Jordan Diamond, and David Jensen. 2010. International law protecting the environment during armed conflict: gaps and opportunities. *International Review of the Red Cross* 92 (879). <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc-879-bothe-bruch-diamond-jensen.pdf>, last access: 30.09.2023.
- Comments of the Republic of Armenia related to Draft Findings and Recommendations of Implementation Committee of the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context 2012. https://unece.org/DAM/env/documents/2019/ece/Restart/Armenia/Armenian_comments_to_draft_F_R_S3_140812.pdf, last access: 30.09.2023.
- Covino-Kerpelman, Laura. 2012. Controlling Implementation. *Environmental Policy and Law* 42 (3): 175–177.
- Draft articles on the effects of armed conflicts on treaties, with commentaries. 2011. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_10_2011.pdf, last access: 30.09.2023.
- Draft principles on protection of the environment in relation to armed conflicts. 2022. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/8_7_2022.pdf, last access: 30.09.2023.
- Gasser, Hans-Peter. 1994. Guidelines for Military Manuals and Instructions on the Protection of the Environment in Times of Armed Conflict. *International Review of the Red Cross* 36 (311): 230–237.
- Gembarska, Valentina. 2022. All conclusions of EIA issued during the war may be canceled after one formal reason. <https://ecopolitic.com.ua/en/news/all-conclusions-of-eia-issued-during-the-war-may-be-canceled-after-one-formal-reason-says-lyudmila-tsyganok/>, last access: 30.09.2023.
- Geneva Conventions. <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>, last access: 30.09.2023.
- Guidance document regarding application of exemptions under the Environmental Impact Assessment Directive (Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council, as amended by Directive 2014/52/EU) – Articles 1(3), 2(4) and 2(5) (2019/C 386/05), 2019, Official Journal of the European Union C 386/12.
- How is the Term “Armed Conflict” Defined in International Humanitarian Law?, International Committee of the Red Cross (ICRC) Opinion Paper, 2008. <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf>, last access: 30.09.2023.
- Implementation of the Directive 2001/42 on the Assessment of the Effects of Certain Plans and Programmes on the Environment. 2004. https://ec.europa.eu/environment/archives/eia/pdf/030923_sea_guidance.pdf, last access: 30.09.2023.
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226.

- Maruma Mrema, Elisabeth, Carl Bruch, and Jordan Diamond. 2009. *Protecting the Environment During Armed Conflict. An Inventory and Analysis of International Law*, United Nations Environment Programme.
- van Rossem, Jan Willem. 2013. The Autonomy of EU Law: More is Less? In: *Between Autonomy and Independence. The EU Legal Order Under the Influence of International Organisations*, (eds.) Ramses A. Wessel, Steven Blockmans, 13–46. The Hague: T.C.M. Asser Press.
- Report of the International Law Commission, Seventy-third session (18 April–3 June and 4 July–5 August 2022) United Nations A/77/10 (Advance version of 12 August 2022). https://legal.un.org/ilc/reports/2022/english/a_77_10_advance.pdf, last access: 30.09.2023.
- Report of the United Nations Conference on Environment and Development (Rio de Janeiro, 3–14 June 1992). https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf, last access: 30.09.2023.
- Smis, Stefaan, and Kim Van der Borgh. 1999. The Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. *Georgia Journal of International and Comparative Law* 27: 347–387.
- The Geneva Conventions and their Commentaries. 2023. <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>, last access: 30.09.2023.
- The Practical Guide to Humanitarian Law. <https://guide-humanitarian-law.org/content/article/3/non-state-armed-groups/>, last access: 30.09.2023.

Volume 21, Issue 2
December 2023

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

ORIGINAL ARTICLE
received 2023-07-29
accepted 2023-09-09



**Uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*
na tle projektu ustawy o zmianie ustawy
o ochronie zdrowia psychicznego
(nr z wykazu prac legislacyjnych UD 444)**

***De lege lata* and *de lege ferenda* remarks
against the background of the draft law on amendments
to the Law on Mental Health Care
(legislative work list number UD 444)**

AGNIESZKA WOJCIESZAK-JOHN

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
Wydział Prawa i Administracji
ORCID: 0000-0003-1739-4037, a.wojcieszak@amu.edu.pl

Citation: Wojcieszak-John, Agnieszka. 2023. Uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda* na tle projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego (nr z wykazu prac legislacyjnych UD 444). *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 21(2): 223–239.
DOI: 10.25167/osap.5180.

Abstract: This article synthesizes the legal doubts that arise against the background of the draft law on amendments to the Law on Mental Health Protection. The considerations undertaken by the author focus on the proposed changes in psychiatric terminology, the premises for the use of direct coercive measures and the procedure for the use of direct coercive measures. The author analyzes the assumptions of the draft amendments to the Law on Mental Health Protection from the point of view of the situation of patients with mental disorders. Due to the nature of the proposed solutions, as well as criticism of the current law, the author enters into a polemic with the position presented by the authors of the project and proposes *de lege ferenda* postulates. The entire discussion is crowned with a conclusion, in which attention is drawn to the lack of linguistic precision on the part of the drafters. This may contribute to a restriction of the rights and freedoms of patients with mental disorders.

Keywords: mental disorders, mental health care, mental disorder patient, health care benefits, direct coercion

Abstrakt: Artykuł w syntetyczny sposób prezentuje wątpliwości natury prawnej pojawiające się na tle projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Rozważania podjęte przez autorkę koncentrują się wokół propozycji zmian w zakresie terminologii psychiatrycznej, przesłanek stosowania środków przymusu bezpośredniego oraz procedury stosowania środków przymusu bezpośredniego. Autorka analizuje założenia projektu nowelizacji ustawy o ochronie zdrowia psychicznego z punktu widzenia sytuacji pacjentów z zaburzeniami psychicznymi. Z uwagi na charakter proponowanych rozwiązań, a także krytykę obowiązującego prawa autorka podejmuje polemikę ze stanowiskiem prezentowanym przez twórców projektu, a także proponuje postulaty *de lege ferenda*. Całość rozważań zwieńczona jest podsumowaniem, w którym autorka zwraca uwagę na brak językowej precyzji ze strony projektodawców, która może przyczynić się do ograniczania praw i wolności pacjentów z zaburzeniami psychicznymi.

Słowa kluczowe: zaburzenia psychiczne, ochrona zdrowia psychicznego, pacjent z zaburzeniami psychicznymi, świadczenia zdrowotne, przymus bezpośredni

1. Wprowadzenie

W przestrzeni publicznej od dawna dyskutuje się na temat potrzeby wprowadzenia zmian w przepisach Ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (dalej: u.o.z.p.). Nie da się bowiem zaprzeczyć, że w aktualnym stanie prawnym sytuacja osób z zaburzeniami psychicznymi nie jest uregulowana w sposób kompletny, a istniejące rozwiązania normatywne niekiedy nadmiernie ingerują w autonomię¹, nietykalność cielesną oraz integralność (Wojcieszak 2021: 98–116; Bujny 2006: 255; Chełmowska 2017: 17–35; Kobińska 2006: 35–45; Łuków 2005: 127; Świdorska 2007: 252; Radzicki 1967: 82; Axer, Balcerowicz, Geremek, Hołówka, Kołakowski, Michnik, Modzelewski, Myśliwiec, Safjan, Siwiński, Węgleński, Wolszczan, Wróblewski, Zoll [red.] 2004: 91–111; Bosek i Wnukiewicz-Kozłowska [red.] 2018: 419–503; Tałaj i Suchozewska 2007: 34; Kołodziej 2002: 74–75; Bołoz 2007: 55; Haberko 2016: 50; Baggini i Fosl 2010: 13; postanowienie SN z dnia 27 października 2015 r., III CK 155/05). Przez wzgląd na wysoce skomplikowany przedmiot regulacji ustawy o ochronie zdrowia psychicznego niezwykle trudne jest wyważenie odpowiednich proporcji (Janiszewska 2016: 1285–1288). Z jednej strony konieczne jest zagwarantowanie osobom z zaburzeniami psychicznymi poszanowania dla ich podmiotowości, z drugiej zaś każdemu z nich przysługuje prawo do udzielania świadczeń zdrowotnych odpowiadających wymaganiom aktualnej wiedzy medycznej (Jacek, Kmiecik, Sarnacka [red.] 2018: 126–168; Bagińska [red.] 2016:

¹ Autonomia w ujęciu aksjologicznym pozwala pacjentowi na podejmowanie decyzji odnoszących się do jego zdrowia i życia.

98–99). Przy czym najczęściej świadczenia zdrowotne z zakresu psychiatrycznej opieki zdrowotnej udzielane są w „warunkach przymusowych”, tj. bez zgody pacjenta i przy jednoczesnym stosowaniu środków przymusu bezpośredniego. Zasadnicze znaczenie ma więc ustalenie przesłanek do podjęcia czynności w ramach postępowania leczniczego w warunkach przymusu bezpośredniego (Chełmowska 2017: 24; Janiszewska 2013: 127; Bosek i Wnukiewicz-Kozłowska [red.] 2018: 419–503).

Ponadto liczne trudności interpretacyjne pojawiają się podczas stosowania przepisów ustawy o ochronie zdrowia psychicznego w kontekście terminologii z zakresu psychiatrii. Szczególnie ważkim zagadnieniem pozostaje samo pojęcie „zaburzeń psychicznych”, o którym mowa w art. 3 pkt. 1 u.o.z.p. (Opoczyńska, Rostworowska, Ćwikliński, Robak, Dziasek, Marciak, Pytko, Karolczyk 2009: 37; Szwed 2020: 28–30; Heitzman, Łoza, Kosmowski 2011: 943; Tomaszewska 2008: 37; Pużyński 1993: 526; Kiejana, Małyszczak 2011: 118; Cierpiałkowska 2012: 272; Bosek i Wnukiewicz-Kozłowska [red.] 2018: 419–503). Wspomniany przepis „obejmuje swoim zakresem różniące się między sobą jednostki chorobowe, nie precyzując ich objawów, przebiegu, a także znaczenia dla sfery wolicjonalnej człowieka” (Wojcieszak 2021: 133). Wydaje się jednak, że bez „określonego zakresu znaczeniowego zaburzeń psychicznych trudno w ogóle mówić o ochronie zdrowia psychicznego” (Wojcieszak 2021: 133).

Warto także zauważyć, że z punktu widzenia ustawodawstwa medycznego liczne wątpliwości pojawiają się wraz z analizą przepisów regulujących sytuację pacjentów ubezwłasnowolnionych. Podobnie jest z art. 16 u.o.z.p., który posługuje się kryterium „dobra” pacjenta jako przesłanki do zawiadomienia prokuratora o potrzebie ubezwłasnowolnienia. Poza tym także przepisy regulujące przyjęcie oraz hospitalizację pacjenta ubezwłasnowolnionego „za zgodą” albo „bez zgody” nie są koherentne, a ich interpretacja od lat stanowi przedmiot rozważań ze strony przedstawicieli doktryny (Wojcieszak 2021: 172–214).

W kontekście powyższych uwag kluczowe jest odniesienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego². Proponowane zmiany legislacyjne wymagają bowiem analizy, szczególnie że niosą za sobą poważne konsekwencje w zakresie zasad udzielania świadczeń zdrowotnych, a także poszanowania autonomii osób z zaburzeniami psychicznymi.

Mając na względzie, że całość proponowanych zmian stanowi przedmiot dyskusji zarówno ze strony przedstawicieli nauki prawa, jak i medycyny, celowe wydaje się omówienie najważniejszych, z punktu widzenia prawa do samosta-

² Projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego (numer z wykazu prac legislacyjnych UD 444).

nowienia (tj. autonomii w ujęciu funkcjonalnym), proponowanych rozwiązań normatywnych³.

2. Analiza art. 3 pkt 1 projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego

Analizując projekt ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, należy szczególną uwagę zwrócić na propozycję zmian w obszarze przepisów regulujących definicję zaburzeń psychicznych. W odniesieniu do art. 3 ustawy proponuje się, by obecny pkt 1 otrzymał brzmienie:

„a) z zaburzeniami psychotycznymi,

b) z niepełnosprawnością intelektualną,

c) wykazującej inne zakłócenia czynności psychicznych, które zaliczane są do zaburzeń psychicznych i wymagają świadczeń zdrowotnych lub innych form pomocy i opieki niezbędnych do życia tej osoby w środowisku społecznym”.

W Uzasadnieniu wskazuje się, że „projektowane zmiany mają na celu m.in. wprowadzenie zmian w terminologii wykorzystanej w przepisach ustawy, która jest archaiczna i może przyczyniać się do stygmatyzacji osób dotkniętych zaburzeniami psychicznymi oraz w przepisach dotyczących stosowania przymusu bezpośredniego wobec osób z zaburzeniami psychicznymi” (Uzasadnienie: 9). Autorzy projektu podkreślają także, że wejście w życie nowelizowanej ustawy będzie miało pozytywne skutki. Ich zdaniem proponowane zmiany pozwolą na „wykluczenie ewentualnych wątpliwości interpretacyjnych, doprecyzowanie kwestii dotyczących stron postępowania sądowego w sprawach o przyjęcie osoby z zaburzeniami psychicznymi bez jej zgody do szpitala psychiatrycznego, jak również jej wypisania, miejsca przeprowadzania rozprawy oraz inne drobne doprecyzowania przepisów ustawy” (Uzasadnienie: 9).

W kontekście powyższego wydaje się, że zaproponowane zmiany legislacyjne w dalszym ciągu nie pozwalają na właściwe zdefiniowanie „zaburzeń psychicznych”. Przede wszystkim samo zrezygnowanie z posługiwania się pojęciem „choroba psychiczna” i zastąpienie go pojęciem „zaburzenia psychotyczne” rodzi uzasadnione wątpliwości w praktyce. O ile sam kierunek zmian terminologicznych uznać należy za właściwy, o tyle „występowanie objawów psychotycznych nie jest jedynym kryterium, na jakim opiera się choroba psychiczna” (Wojcieszak 2021: 134). Nie zawsze bowiem „choroba psychiczna” wiąże się z występowaniem urojeń, omamów czy zaburzeń w postrzeganiu rzeczywistości (Puzyński 2007: 306). Dlatego też obecność zaburzeń psychotycznych nie wyczerpuje definicji

³ Niniejszy tekst nie obejmuje rozważań dotyczących zmian w obszarze jednostek organizacyjnych pomocy społecznej.

choroby psychicznej (Szwed 2020: 32). Innymi słowy, jakakolwiek próba utożsamiania „choroby psychicznej” z „zaburzeniami psychotycznymi” nie znajduje potwierdzenia w psychiatrii (Puzyński 2007: 306; Wojcieszak 2021: 134).

Ponadto w jednym z orzeczeń Trybunał Konstytucyjny (K 13/15) wyraźnie zaznaczył, że „choroba psychiczna stanowi zaburzenie psychotyczne tylko «co do zasady», a więc przyjmując pewne, bliżej niesprecyzowane wyjątki” (Wojcieszak 2021: 142). Oczywiście jest, że zarówno „choroba psychiczna”, jak i „zaburzenia psychotyczne” są pojęciami ogólnymi i nieścisłymi (wyrok SA w Krakowie z dnia 14 marca 2016 r., II AKz 53/16). Z tych też względów, jak już zostało wspomniane wyżej, należałoby rozważyć *de lege ferenda* odstąpienie od utożsamiania ze sobą tych dwóch kategorii pojęciowych na rzecz wprowadzenia pojęcia „zaburzenia postrzegania rzeczywistości zagrażające życiu pacjenta lub innych osób, przejawiające się w szczególności występowaniem objawów zaburzeń świadomości dotyczących funkcjonowania zmysłów”. To z kolei ograniczyłoby nadużywanie terminologii z zakresu psychiatrii do celów niezgodnych z *ratio legis* art. 3 pkt 1, art. 23, art. 24 i art. 29 u.o.z.p.

Natomiast z aprobatą należy odnieść się do proponowanej nowelizacji w zakresie wprowadzenia pojęcia „niepełnosprawności intelektualnej” w art. 3 pkt 1 lit. b u.o.z.p. (Ćwirynkało 2010: 18). W istocie zmiana ta koresponduje z terminologią zawartą w systemie klasyfikacyjnym DSM-V, gdzie „niepełnosprawność intelektualna” traktowana jest jako „zaburzenie charakteryzujące się zarówno deficytem intelektualnym, jak i deficytem w funkcjonowaniu przystosowawczym z początkiem w okresie rozwojowym (a więc przed 18. rokiem życia)” (Aondo-Akaa i Masłowska 2018: 106). Co warte zauważenia, obowiązująca (jeszcze) klasyfikacja ICD-10 posługuje się pojęciem „niedorozwój umysłowy” oraz „upóźnienie umysłowe”, choć już klasyfikacja ICD-11 odwołuje się do „zaburzeń rozwoju intelektu”. Tym bardziej należy uznać za całkowicie słuszne uwzględnienie przez autorów nowelizacji aktualnej terminologii z zakresu psychiatrii i dostosowanie do niej przepisów ustawy o ochronie zdrowia psychicznego.

Nie należy jednak przy tym tracić z pola widzenia faktu, że o ile na poziomie definicyjnym autorzy projektu posługują się pojęciem „osoby z niepełnosprawnością intelektualną”, o tyle gdy chodzi o zawiadomienie prokuratora o potrzebie ubezwłasnowolnienia osoby oraz o zawiadomienie sądu opiekuńczego o nienależyтым wykonywaniu obowiązków przez przedstawiciela ustawowego osoby ubezwłasnowolnionej jest mowa o „osobie niepełnosprawnej intelektualnie” (zob. art. 16 i art. 17 projektu ustawy). Na tym tle dostrzegalna jest pewna niekonsekwencja autorów projektu, która rzutuje w dalszej perspektywie na „warstwę semantyczną” pojęcia „zaburzeń psychicznych”. Co więcej, trudno jest znaleźć jakiegokolwiek *ratio legis* dla wprowadzenia obu wskazanych kategorii

pojęciowych. Uzasadnione jest zatem dostosowanie projektu ustawy na poziomie terminologicznym.

I wreszcie, niezrozumiałe pozostają zmiany wprowadzone w art. 3 pkt 1 lit. c u.o.z.p. Autorzy projektu przyjęli bowiem, że osoba z zaburzeniami psychicznymi to osoba wykazująca „inne zakłócenia czynności psychicznych, które zaliczane są do zaburzeń psychicznych i wymagają świadczeń zdrowotnych lub innych form pomocy i opieki niezbędnych do życia tej osoby w środowisku społecznym”. Kluczowa wątpliwość, która się tutaj pojawia, dotyczy rezygnacji z kryterium wiedzy medycznej jako podstawy do stwierdzenia zaistnienia zaburzeń psychicznych. W obecnym stanie prawnym art. 3 pkt 1 lit. c u.o.z.p. *explicite* przewiduje, że z zaburzeniami psychicznymi mamy do czynienia wówczas, gdy osoba wykazuje „inne zakłócenia czynności psychicznych, które zgodnie ze stanem wiedzy medycznej zaliczane są do zaburzeń psychicznych”. Z kolei propozycja legislacyjna pomija kryterium „wiedzy medycznej”, co należy uznać za rozwiązanie trudne do pogodzenia z punktu widzenia zasad już w systemie prawa określonych (Haberko 2022: 125). Poza tym autorzy projektu ograniczają się tylko do lakonicznego sformułowania, że osoba z zaburzeniami psychicznymi to osoba „wykazująca inne zakłócenia czynności psychicznych, które zaliczane są do zaburzeń psychicznych”. Można jedynie wyrazić przypuszczenie, że intencją autorów projektu było wyeksponowanie społecznego wymiaru postrzegania zaburzeń psychicznych. Niemniej w Uzasadnieniu do projektu na próżno szukać wzmianki co do przyczyn wprowadzenia tak daleko idących zmian legislacyjnych.

Ponadto nie da się zaprzeczyć, że „warunkiem koniecznym do uznania osoby z zakłóceniami czynności psychicznych za osobę z zaburzeniami psychicznymi jest wpływ tych zakłóceń na funkcjonowanie osoby” (Wojcieszak 2021: 139). Wątpliwości rodzi jednak ograniczenie się przez autorów projektu do „środowiska społecznego” jako przesłanki udzielenia „świadczeń zdrowotnych lub innych form pomocy” dla osób wykazujących inne zakłócenia czynności psychicznych. Wydaje się, że nie tylko „środowisko społeczne”, ale także życie „w środowisku rodzinnym” winno determinować potrzebę lub brak udzielenia „świadczeń zdrowotnych lub innych form pomocy”. Dlatego przyjęta przez autorów projektu konstrukcja rodzi poważne konsekwencje w praktyce. Pojawia się bowiem wątpliwość, co w sytuacji, gdy osoba wykazująca inne zakłócenia czynności psychicznych, które zaliczane są do zaburzeń psychicznych, nie potrafi funkcjonować w środowisku rodzinnym, a z kolei w środowisku społecznym egzystuje samodzielnie.

Jednocześnie nie można zapominać, że to w warunkach środowiska rodzinnego najczęściej dochodzi do ujawnienia się, a dalej zdiagnozowania stanów świadczących o występowaniu zaburzeń psychicznych. Stąd też propozycja

zmian w obszarze art. 3 pkt 1 lit. c u.o.z.p. wymaga zrewidowania w taki sposób, by z jednej strony wyeksponować potrzebę uwzględnienia „aktualnego stanu wiedzy medycznej” jako kryterium stwierdzenia istnienia *de lege ferenda* „innych zakłóceń czynności psychicznych, które wpływają na możliwość kierowania postępowaniem” i które stanowią zaburzenia psychiczne, z drugiej zaś – konieczność prawidłowego funkcjonowania w „środowisku rodzinnym lub społecznym”.

Wypada w tym miejscu podkreślić, że proponowane zmiany w art. 3 pkt 1 lit. a–c u.o.z.p. rzutują także na zakres podmiotowy przepisów regulujących przymusowe umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym. Autorzy projektu zakładają bowiem, że osoby z zaburzeniami psychicznymi, a więc osoby z zaburzeniami psychotycznymi, niepełnosprawnością intelektualną oraz wykazujące inne zakłócenia czynności psychicznych, które zaliczane są do zaburzeń psychicznych, mogą zostać umieszczone w szpitalu psychiatrycznym w trybie nagłym oraz trybie wnioskowym. To, jak można sądzić, sprowadza się do przyjęcia, że, dla przykładu, osoby uzależnione, z zaburzeniami lękowymi, jak i zaburzeniami neurorozwojowymi w spektrum autyzmu będą traktowane, w świetle art. 23 i art. 29 projektu ustawy, w taki sam sposób, jak osoby wykazujące zaburzenia urojeniowe czy schizofrenię. Innymi słowy, o umieszczeniu osoby w trybie nagłym i trybie wnioskowym będzie decydować sam fakt występowania zaburzeń psychicznych. Natomiast rodzaj zdiagnozowanego zaburzenia psychicznego będzie miał drugorzędne znaczenie.

W kontekście powyższego należałoby jednak rozważyć ograniczenie kręgu osób, które mogą podlegać umieszczeniu w szpitalu psychiatrycznym w trybie art. 23 i art. 29 u.o.z.p.⁴, poprzez odwołanie się do kategorii „zaburzeń postrzegania rzeczywistości zagrażających życiu pacjenta lub innych osób, przejawiających się w szczególności występowaniem objawów zaburzeń świadomości dotyczących funkcjonowania zmysłów”. To z kolei doprowadzi do wyłączenia sytuacji, w których przymusowe przyjęcie do szpitala psychiatrycznego będzie nadużywane, a pilna interwencja lekarska obejmować będzie osoby najbardziej potrzebujące (tj. takie, których stan zdrowia psychicznego wskazuje na zaburzenia w tzw. fazie ostrej).

Ponadto warto zauważyć, że wprowadzenie zmian do ustawy o ochronie zdrowia psychicznego z pominięciem stosownych odniesień w ustawie z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentyisty oraz ustawie z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta doprowadzi do swoistego chaosu terminologicznego, co w dalszej perspektywie rzutować będzie na sytuację pacjentów psychiatrycznych. Jedyne tytułem przykładu

⁴ W Uzasadnieniu do projektu autorzy nie odnoszą się do zaproponowanych zmian w art. 23 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 u.o.z.p.

wskazać należy, że *de lege lata* przepisy regulujące prawo do wyrażenia zgody, odmowy zgody oraz sprzeciwu nie obejmują swym zakresem *explicite* pacjentów z zaburzeniami psychicznymi. To z kolei „komplikuje ich pozycję prawną” i rodzi poważne problemy interpretacyjne (Wojcieszak 2021: 246; Karkowska 2009: 323; Bosek i Wnukiewicz-Kozłowska [red.] 2018: 419–503). Nie do końca wiadomo, czy i które przepisy ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry oraz ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta należy stosować wobec pacjentów z zaburzeniami psychicznymi, gdy chodzi o wyrażenie zgody oraz odmowy zgody na udzielenie świadczeń zdrowotnych innych niż z zakresu psychiatrycznej opieki zdrowotnej. Poza tym *de lege lata* przepisy art. 17 ust. 3 u.p.p. i art. 32 ust. 6 u.z.l. nie regulują sytuacji prawnej pacjentów z zaburzeniami psychicznymi innymi niż choroba psychiczna lub upośledzenie umysłowe podczas wyrażenia sprzeciwu na udzielenie świadczeń zdrowotnych innych niż z zakresu psychiatrycznej opieki zdrowotnej.

Mając na względzie powyższe, zauważyć można, że brakuje systemowej konsekwencji ze strony autorów projektu, która w dalszej perspektywie może doprowadzić do nadużywania kategorii pojęciowych przez personel medyczny w kontekście ograniczenia albo pozbawienia autonomii postrzeganej w ujęciu funkcjonalnym. Dlatego też jako uzasadnione jawi się wprowadzenie zmian także w art. 32 ust. 6 u.z.l. i art. 17 ust. 3 u.p.p., tak by w hipotezie norm w nich wysłowionych poza pacjentami małoletnimi, którzy ukończyli 16 lat, osobami ubezwłasnowolnionymi znaleźli się również pacjenci z zaburzeniami psychicznymi, o których mowa w art. 3 pkt 1 u.o.z.p., o ile dysponują dostatecznym rozeznaniem. Poza tym należałoby rozważyć poszerzenie kręgu podmiotów uprawnionych do wyrażenia zgody o pacjentów z zaburzeniami psychicznymi, o których mowa w art. 3 pkt 1 u.o.z.p., o ile są zdolni do świadomego wyrażenia zgody.

3. Analiza art. 18 ust. 1 pkt 3 projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego

W odniesieniu do przepisów dotyczących stosowania środków przymusu bezpośredniego również zaproponowano zasadnicze zmiany. Przepis art. 18 ust. 1 pkt 3 miałyby otrzymać brzmienie: „3) swoim zachowaniem poważnie zakłócają lub uniemożliwiają funkcjonowanie innych osób lub podmiotu, w którym się znajdują”. Tym samym wobec pacjenta, który jest niezdiscyplinowany i notorycznie wchodzi do gabinetów lekarskich lub dyżurek pielęgniarskich, utrudniając swoim zachowaniem pracę personelu medycznego, możliwe byłoby zastosowanie środków przymusu bezpośredniego w postaci przytrzymania lub przymusowego podania leków (Karczevska-Kamińska 2018: 128).

Co istotne, a jednocześnie warte podkreślenia, w Uzasadnieniu autorzy projektu nie wskazali *ratio legis* dla proponowanej zmiany. Ograniczono się wyłącznie do lakonicznego stwierdzenia, że „zapropozowano, aby przepis ten odnosił się do poważnego zakłócania lub uniemożliwiania funkcjonowania osób lub otoczenia podmiotu, w którym osoby te się znajdują”. Wydaje się, że sugerowana przez autorów projektu zmiana w art. 18 ust. 1 pkt 3 u.o.z.p. jest nie tylko wysoce dyskusyjna⁵, ale nade wszystko może prowadzić do sytuacji niezgodnych z celem i sensem instytucji przymusu bezpośredniego. Z uwagi na szerokie rozumienie sformułowania „poważnie zakłóca” lub „uniemożliwia funkcjonowanie innych osób lub podmiotu” prawdopodobne jest, że będzie dochodziło do nadużyć ze strony personelu medycznego w zakresie stosowania środków przymusu bezpośredniego wobec pacjentów. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, w których to pacjent z uwagi na posiadane zaburzenia psychiczne będzie notorycznie poruszał się po sali szpitalnej, utrudniając przy tym sen pozostałym pacjentom (tj. „uniemożliwia funkcjonowanie innych osób”) lub będzie nieustannie dzwonił do dyżurki lekarskiej w godzinach ciszy nocnej (tj. „zakłóca funkcjonowanie podmiotu”).

Ponadto nie znajduje uzasadnienia zastąpienie „zakładu leczniczego udzielającego świadczenia zdrowotnego w zakresie psychiatrycznej opieki zdrowotnej, innego zakładu leczniczego lub jednostki organizacyjnej pomocy społecznej” pojęciem „podmiotu, w którym się znajdują”. Zmiana ta w znaczący sposób „rozszerza zakres sytuacji, w których przymus bezpośredni może być zastosowany” (Przybyszewski 2023) (np. w ośrodkach leczenia uzależnień).

Z powyższych względów konieczne jest dążenie do stosowania zawężającej wykładni art. 18 ust. 1 pkt 3 u.o.z.p. Słusznie wskazuje się, że „normy prawne pozwalające na tak istotną ingerencję w prawa i wolności jednostki, jak użycie wobec niej przymusu bezpośredniego, polegającego – w tym wypadku – na przytrzymaniu lub przymusowym podaniu leków, nie mogą cechować się dowolnością i uznaniowością kryteriów ich zastosowania” (Prezydium Naczelnej Rady Lekarskiej 2023: 2). Innymi słowy, tylko precyzyjne określenie przesłanek stosowania przymusu bezpośrednio zagwarantuje właściwą ochronę praw i wolności pacjenta z zaburzeniami psychicznymi. Dlatego też należałoby rozważyć wprowadzenie zmian w treści art. 18 ust. 1 pkt 3 u.o.z.p. w ten sposób, by *de lege ferenda* tylko wobec osoby z zaburzeniami psychicznymi, która swoim zachowaniem w istotnym stopniu zakłóca lub całkowicie uniemoż-

⁵ Autorzy projektu nie precyzują, co należy rozumieć przez sformułowania „poważnie zakłóca” lub „uniemożliwia funkcjonowanie innych osób lub podmiotu”. Co za tym idzie, każde zachowanie się, które odbiega od „normy” może być kwalifikowane jako zachowanie „uniemożliwiające funkcjonowanie innych osób lub podmiotu, w którym się znajdują” (np. głośne słuchanie muzyki przez pacjenta z zaburzeniami psychicznymi w sali szpitalnej szpitala psychiatrycznego).

liwia funkcjonowanie zakładu leczniczego udzielającego świadczeń zdrowotnych w zakresie psychiatrycznej opieki zdrowotnej i leczenia uzależnień, innego zakładu leczniczego lub jednostki organizacyjnej pomocy społecznej, możliwe było zastosowanie środków przymusu bezpośredniego (Wojcieszak 2021: 338). Ocena, czy zachowanie pacjenta spełnia wspomniane kryteria powinna nastąpić z uwzględnieniem dóbr, o których mowa w art. 18 ust. 1 pkt 1 u.o.z.p. Tylko wówczas ingerencja w wolności i prawa osoby z zaburzeniami psychicznymi będzie uzasadniona.

4. Analiza art. 18a ust. 9 i art. 18a ust. 10 projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego

Szczególną uwagę należy zwrócić także na art. 18a ust. 9, który miałby brzmieć: „Po dwukrotnym przedłużeniu przez lekarza stosowania przymusu bezpośredniego w formie unieruchomienia lub izolacji dalsze przedłużenie jego stosowania na kolejne okresy, z których każdy nie może być dłuższy niż 6 godzin, jest dopuszczalne wyłącznie po każdorazowym osobistym badaniu osoby z zaburzeniami psychicznymi przez lekarza”, zaś art. 18a ust. 10: „Przedłużenie stosowania przymusu bezpośredniego w formie unieruchomienia lub izolacji na każdy z kolejnych okresów, o których mowa w ust. 8 i 9, wymaga uzyskania opinii innego lekarza”. Istota nowelizacji sprowadza się więc do rezygnacji z obowiązku badania oraz konsultowania z lekarzem psychiatrą dalszego stosowania środków przymusu bezpośredniego w formie unieruchomienia lub izolacji. Wydaje się, że zaproponowana zmiana podyktowana jest przede wszystkim brakiem wystarczającej liczby personelu medycznego. Niemniej, z uwagi na potrzebę ochrony podmiotowości oraz autonomii pacjentów z zaburzeniami psychicznymi, uzasadnione jest zagwarantowanie, w miarę możliwości, by dalsze stosowanie środków przymusu bezpośredniego następowało po każdorazowym osobistym badaniu przez lekarza psychiatrę (Prezydium Naczelnej Rady Lekarskiej 2023: 2).

Nadmienić wypada, że autorzy projektu koncentrują się na wymogu uzyskania opinii innego lekarza podczas dalszego stosowania przymusu bezpośrednio, zapominając o tym, że *de lege lata* ustawa nie przewiduje „górną granicę temporalną” stosowania izolacji lub unieruchomienia (Sztandera 2018: 15). Co więcej, z wykładni literalnej art. 18a ust. 9 projektu ustawy wynika, że przedłużenie stosowania środków przymusu bezpośredniego w formie unieruchomienia lub izolacji nie wymaga każdorazowego osobistego badania pacjenta. Pacjent jest bowiem badany tylko raz – przed przedłużeniem przymusu bezpośredniego na następne dwa okresy. Dopiero po dwukrotnym przedłużeniu unie-

ruchomienia lub izolacji dalsze przedłużenie następuje tylko po każdorazowym osobistym badaniu osoby z zaburzeniami psychicznymi przez lekarza.

Co się zaś tyczy „wymogu uzyskania opinii innego lekarza” (art. 18a ust. 10 projektu ustawy), wydaje się, że o zasadności przedłużania środków przymusu bezpośredniego można mówić tylko wówczas, gdy lekarz wyda opinię po każdorazowym uprzednim osobistym zbadaniu pacjenta z zaburzeniami psychicznymi. Przyjęte rozwiązanie, choć wprost nie jest wysłowione w projekcie, pozwala – po pierwsze, na ochronę interesów pacjenta z zaburzeniami psychicznymi, a po drugie – na respektowanie zasady postępowania *lege artis*.

W rezultacie powyższych rozważań należy stwierdzić, że celowe jest wprowadzenie zmian w art. 18a ust. 9 u.o.z.p. poprzez zagwarantowanie przedłużenia stosowania przymusu bezpośredniego wyłącznie po każdorazowym osobistym badaniu osoby z zaburzeniami psychicznymi przez lekarza lub lekarza psychiatrę, a także określenie górnej granicy temporalnej stosowania przymusu bezpośredniego w formie izolacji lub unieruchomienia oraz poprzez dodanie do treści art. 18a ust. 10 *in fine* u.o.z.p. sformułowania „opinii innego lekarza, w miarę możliwości będącego lekarzem psychiatrą, po osobistym zbadaniu osoby z zaburzeniami psychicznymi”.

5. Analiza art. 16 projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego

Projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego przewiduje także zmiany w odniesieniu do instytucji ubezwłasnowolnienia. I tak, art. 16 u.o.z.p. miałyby otrzymać brzmienie: „W razie stwierdzenia, że dobro osoby z zaburzeniami psychotycznymi lub niepełnosprawnej intelektualnie wymaga jej ubezwłasnowolnienia, kierownik podmiotu leczniczego udzielającego świadczenia zdrowotnego w zakresie psychiatrycznej opieki zdrowotnej zawiadamia o tym prokuratora”. Chociaż proponowane rozwiązanie *prima facie*, wydawałoby się, ma charakter czysto techniczny, albowiem koncentruje się wokół wprowadzenia zmian terminologicznych, to jednak prowadzi do daleko idących konsekwencji prawnych.

Przede wszystkim sugerowane zmiany bezspornie prowadzą do poszerzenia kręgu podmiotów, wobec których możliwe stałoby się wszczęcie postępowania w sprawie ubezwłasnowolnienia, o osoby „z zaburzeniami psychotycznymi” oraz „z niepełnosprawnością intelektualną”, do których zaliczyć można m.in. osoby z zaburzeniami neurorozwojowymi.

Ponadto „dobro osoby z zaburzeniami psychotycznymi lub niepełnosprawnej intelektualnie” powinno stanowić wyłącznie sądowe kryterium oceny zasadności orzeczenia ubezwłasnowolnienia wobec pacjenta. W literaturze *explicite*

wskazuje się, że „ubezwłasnowolnienie jest w danym przypadku celowe jako środek nadzwyczajny i nieunikniony ze względu na interes tej osoby” (Gutowski [red.] 2016: 85). Co więcej, „ubezwłasnowolnienie powinno służyć optymalnemu ukształtowaniu sytuacji osoby fizycznej niezdolnej do samodzielnego jej ukształtowania, a zatem ma na uwadze przede wszystkim jej dobro, rozumiane jako optymalny stan rzeczy” (Gutowski [red.] 2016: 85). Innymi słowy, ubezwłasnowolnienie jest „instytucją powołaną w wyłącznym interesie osoby chorej” (postanowienie SN z dnia 5 października 2022 r., II CSKP 1846/22; postanowienie SN z dnia 29 grudnia 1983 r., I CR 377/83; postanowienie SN z dnia 17 lutego 1981 r., II CR 11/81; postanowienie SN z 27 października 1976 r., II CR 387/76; postanowienie SA w Katowicach z dnia 11 września 2015 r., V ACa 109/15). Natomiast „przy ugruntowanej doktrynie praw człowieka, opartej na poszanowaniu godności osoby ludzkiej, powszechnie przyjętym w orzecznictwie standardem jest to, że ubezwłasnowolnienie może nastąpić tylko wtedy, gdy jest to podyktowane dobrem osoby chorej i leży w jej interesie, w żadnym natomiast wypadku nie może wynikać z interesu wnioskodawcy lub innej osoby trzeciej” (postanowienie SN z dnia 18 kwietnia 2018 r., IV CSK 587/17; wyrok SA w Katowicach z dnia 13 maja 2021 r., V ACa 118/20; postanowienie SA w Katowicach z dnia 18 grudnia 2017 r., I ACa 154/17).

Z tych też względów, *de lege ferenda*, kierownik podmiotu leczniczego udzielającego świadczenia zdrowotnego w zakresie psychiatrycznej opieki zdrowotnej winien zostać pozbawiony możliwości zawiadomienia prokuratora o potrzebie ubezwłasnowolnienia w oparciu o kryterium „dobra osoby”, do którego odwołać może się wyłącznie sąd orzekający w przedmiocie ubezwłasnowolnienia (tzw. pozakodeksowa przesłanka ubezwłasnowolnienia) (postanowienie SN z dnia 16 kwietnia 2010 r., IV CSK 470/09; postanowienie SN z dnia 6 września 2017 r., I CSK 331/17).

Mając na względzie powyższe, wydaje się, że, *de lege ferenda*, należałoby dążyć do uchylenia art. 16 u.o.z.p. i zastąpienia instytucji ubezwłasnowolnienia pełnomocnictwem ds. zdrowotnych. Instytucja pełnomocnictwa do spraw zdrowotnych z powodzeniem jest stosowana w innych porządkach prawnych (m.in. we Francji). Ponadto wśród przedstawicieli nauki prawa coraz częściej wskazuje się na potrzebę uregulowania pełnomocnictwa do spraw zdrowotnych w ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Rozwiązanie to poddać należy pod rozagę i to przynajmniej z dwóch względów. Po pierwsze, instytucja pełnomocnictwa do spraw zdrowotnych pozwala na udzielenie wsparcia pacjentom, których stan zdrowia psychicznego jest wątpliwy, bez konieczności ingerowania w zakres posiadanej przez nich zdolności do czynności prawnych. I wreszcie, po drugie, pacjenci z zaburzeniami psychicznymi, o ile ich stan zdrowia na to pozwala, mogliby samodzielnie wskazać osobę, która decydo-

wałaby o czynnościach podejmowanych przez personel medyczny w ramach ich leczenia psychiatrycznego. To z kolei pozwoliłoby zagwarantować choćby minimalny zakres autonomii w ujęciu funkcjonalnym, ponieważ „celem instytucji pełnomocnictwa jest przede wszystkim ochrona interesów o charakterze niemajątkowym pacjenta, w chwili, gdy nie jest on w stanie samodzielnie kształtować własnej sytuacji” (Wojcieszak 2021: 202).

6. Podsumowanie

Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego pełni szczególną rolę w polskim systemie opieki zdrowotnej. Z jednej strony chroni wartości takie jak zdrowie i życie pacjenta, z drugiej zaś reguluje okoliczności, w których personel medyczny może podejmować czynności wbrew woli pacjenta. Dlatego jakkolwiek ingerencja w treść przepisów ustawy o ochronie zdrowia psychicznego wymaga uwzględnienia zasad, na których opiera się prawo medyczne.

Naturalnie, potrzeba zmian wobec ciągłego rozwoju medycyny jest nieunikniona. Trzeba mieć jednak na względzie to, że jakkolwiek zmiana przepisów ma w dalszej perspektywie charakter systemowy. Dzieje się tak, ponieważ „system prawny stanowi zespół połączonych ze sobą instytucji, które nie zostały uregulowane wyłącznie w jednym czy dwóch aktach prawnych” (Haberko 2022: 138). Co więcej, system prawny powinien gwarantować w możliwie jak największym i jak najszerszym stopniu ochronę praw i wolności jednostki, w tym także autonomii pacjenta z zaburzeniami psychicznymi.

Wydaje się, że gwarancje ochrony autonomii winny determinować wszelkie proponowane zmiany legislacyjne w ustawodawstwie medycznym, w tym zwłaszcza w ustawie o ochronie zdrowia psychicznego. Dzieje się tak, ponieważ autonomia stanowi nieodzowny element relacji pacjent – lekarz. Wywiera zasadniczy wpływ na kształtowanie się sytuacji prawnej pacjenta, w tym zwłaszcza pacjenta z zaburzeniami psychicznymi. Autonomia postrzegana jako prawo do samostanowienia pozwala pacjentowi na podejmowanie decyzji w zakresie jego zdrowia i życia. Tym bardziej więc należy uwzględnić jej charakter, znaczenia, a także sposób postrzegania przy formułowaniu nowych oraz analizowaniu dotychczasowych przepisów prawa.

Mając powyższe na względzie, pozytywnie należy ocenić prowadzone od dłuższego czasu dyskusje w przedmiocie potrzeby wprowadzenia zmian do ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Natomiast sam kierunek zaproponowanych rozwiązań w projekcie ustawy o zmianie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego (nr z wykazu prac legislacyjnych UD 444) nie wydaje się słuszny. Brak precyzji, a także posługiwanie się zwrotami nieostrymi i niejednoznacznymi przez autorów projektu rodzi poważne problemy natury praktycznej.

Podobnie w Uzasadnieniu do projektu brakuje szczegółowego odniesienia się do każdej z proponowanych zmian legislacyjnych. Niezbędne jest więc dopracowanie projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego w taki sposób, by sugerowane rozwiązania zagwarantowały ochronę autonomii pacjenta z zaburzeniami psychicznymi.

Wykaz skrótów

- SA – Sąd Apelacyjny
SN – Sąd Najwyższy
TK – Trybunał Konstytucyjny
u.o.z.p. – Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego
u.p.p. – Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta
u.z.l. – Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry

Bibliografia

Akty prawne

- Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego. Dz.U. 2022, poz. 2123, tekst jednolity.
Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Dz.U. 2022, poz. 1731, tekst jednolity.
Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Dz.U. 2022, poz. 1876, tekst jednolity.

Orzecznictwo

- Postanowienie SN z 27 października 1976 r., II CR 387/76. Dostęp: 28.07.2023. Legalis nr 19705.
Postanowienie SN z dnia 17 lutego 1981 r., II CR 11/81. Dostęp: 28.07.2023. Legalis nr 22495.
Postanowienie SN z dnia 29 grudnia 1983 r., I CR 377/83. Dostęp: 28.07.2023. Legalis nr 24026.
Postanowienie SN z dnia 16 kwietnia 2010 r., IV CSK 470/09. Dostęp: 28.07.2023. Legalis nr 223297.
Postanowienie SN z dnia 27 października 2015 r., III CK 155/05. Dostęp: 28.07.2023. LEX nr 172101.
Postanowienie SN z dnia 6 września 2017 r., I CSK 331/17. Dostęp: 28.07.2023. Legalis nr 1682208.
Postanowienie SN z dnia 18 kwietnia 2018 r., IV CSK 587/17. Dostęp: 28.07.2023. Legalis nr 1799147.

- Postanowienie SN z dnia 5 października 2022 r., II CSKP 1846/22. Dostęp: 28.07.2023. LEX nr 3459979.
- Wyrok SA w Katowicach z dnia 13 maja 2021 r., V ACa 118/20. Dostęp: 28.07.2023. LEX nr 3281555.
- Postanowienie SA w Katowicach z dnia 18 grudnia 2017 r., I ACa 154/17. Dostęp: 28.07.2023. LEX nr 2557381.
- Postanowienie SA w Katowicach z dnia 11 września 2015 r., V ACa 109/15. Dostęp: 28.07.2023. LEX nr 2144687.
- Wyrok SA w Krakowie z dnia 14 marca 2016 r., II AKz 53/16. Dostęp: 28.07.2023. LEX nr 2229232.
- Wyrok TK z dnia 22 listopada 2016 r., K 13/15. Dostęp: 28.07.2023. LEX nr 2152312.

Opracowania

- Aondo-Akaa, Grażyna, Monika Masłowska i Katarzyna Pająk. 2018. „Ważne, żeby się dobrze żyło”. Młodzież z lekką niepełnosprawnością intelektualną o sobie, swoich wartościach i marzeniach. *Edukacja Humanistyczna* 2(39): 105–116.
- Baggini, Julian i Peter Fosl. 2010. *Przybornik etyczny. Kompendium metod i pojęć etycznych*. Warszawa: Instytut Wydawniczy Pax.
- Bołoz, Wojciech. 2007. *Bioetyka i prawa człowieka*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe UKSW.
- Bujny, Jędrzej. 2006. *Prawa pacjenta. Między autonomią a paternalizmem*. Warszawa: C.H. Beck.
- Chełmowska, Paulina. 2017. Przymusowe leczenie szpitalne osób chorych psychicznie – kilka uwag na tle ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. *Studenckie Zeszyty Naukowe XX* (34): 17–35.
- Cierpiałkowska, Lidia. 2012. *Psychopatologia*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.
- Ćwirynkało, Katarzyna. 2010. *Společne funkcjonowanie osób z lekką niepełnosprawnością intelektualną (w kontekście autonomii i podmiotowości)*. Toruń: Wydawnictwo Edukacyjne Akapit.
- Gutowski, Maciej. 2016. Komentarz do art. 13. W: Maciej Gutowski (red.). *Kodeks cywilny*. T. 1: *Komentarz. Art. 1–449¹¹*, 84–88. Warszawa: C.H. Beck.
- Haberko, Joanna. 2016. Zasady postępowania lekarza w stosunku do pacjenta. Uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda* na tle przepisów Kodeksu etyki lekarskiej. *Medyczna Wokanda* 8: 43–56.
- Haberko, Joanna. 2022. Samodzielność decyzyjna małoletniego w kwestiach zdrowotnych. Uwagi na tle projektu ustawy o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry (druk sejmowy 1432). *Studia Iuridica Lublinesia* 31(3): 123–142.
- Janiszewska, Beata. 2013. *Zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Ujęcie wewnątrzsystemowe*. Warszawa: C.H. Beck.
- Janiszewska, Beata. 2016. O skutkach stwierdzenia bezpodstawności hospitalizacji psychiatrycznej. Zagadnienia prawne w orzecznictwie SN. *Monitor Prawniczy* 23: 1285–1288.
- Karczewska-Kamińska, Natalia. 2018. *Przymus leczenia i inne interwencje medyczne bez zgody pacjenta*. Warszawa: Wolters Kluwer.

- Karkowska, Dorota. 2009. *Prawa pacjenta*. Warszawa: Oficyna.
- Kiejan, Andrzej i Krzysztof Małyszczak. 2011. *Psychiatria – podręcznik akademicki*. Wrocław: Wydawnictwo UM Wrocław.
- Kmieciak, Błażej. 2018. Leczenie szpitalne w rodzaju opieka psychiatryczna i leczenie uzależnień. W: Anna Jacek, Błażej Kmieciak, Emilia Sarnacka (red.). *Prawo dla lekarzy psychiatrów*, 126–168. Warszawa: Difin.
- Kobińska, Anna. 2006. Zakres autonomii pacjenta na przykładzie niewyrażenia zgody na zastosowanie preparatu krwi podczas ewentualnej interwencji medycznej w bliżej nieokreślonej przyszłości. *Transformacje Prawa Prywatnego* 3–4: 35–51.
- Kołodziej, Anastazja. 2002. Stopień autonomii woli pacjenta na tle ustawy o zawodzie lekarza i ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. *Prawo i Medycyna* 11: 74–83.
- Łuków, Paweł. 2005. *Granice zgody: autonomia zasad i dobro pacjenta*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.
- Opczyńska, Małgorzata, Maria Rostworowska, Zbigniew Ćwikliński, Jolanta Robak, Ireneusz Dziasek, Mira Marciak, Halina Pytko i Bernardetta Karolczyk. 2009. Leczenie bez zgody – dialog czy „psychiatryczne gry językowe”? *Psychoterapia* 2(149): 37–44.
- Puzyński, Stanisław. 1993. *Leksykon psychiatrii*. Warszawa: Wydawnictwo Państwowy Zakład Wydawnictw Lekarskich.
- Puzyński, Stanisław. 2007. Choroba psychiczna – problemy z definicją oraz miejscem w diagnostyce i regulacjach prawnych. *Psychiatria Polska* 41(3): 299–308.
- Radzicki, Józef. 1967. *Ryzyko zabiegów lekarskich w prawie karnym*. Warszawa: Wydawnictwo Państwowy Zakład Wydawnictw Lekarskich.
- Safjan, Marek. 2004. Granice autonomii człowieka w prawie współczesnym. W: Jerzy Axer, Leszek Balcerowicz, Bronisław Geremek, Jacek Hołowka, Leszek Kołakowski, Adam Michnik, Karol Modzelewski, Karol Myśliwiec, Marek Safjan, Włodzimierz Siwiński, Piotr Węgleński, Aleksander Wolszczan, Andrzej Kajetan Wróblewski, Andrzej Zoll (red.). *Uniwersyteckie wykłady na koniec starego i początek nowego tysiąclecia*, 91–111. Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego.
- Sroka, Tomasz. 2018. Ochrona zdrowia psychicznego. W: Leszek Bosek, Agata Wnukiewicz-Kozłowska (red.). *Szczególne świadczenia zdrowotne*. T. 2: *System Prawa Medycznego*, 419–503. Warszawa: C.H. Beck.
- Szwed, Marcin. 2020. *Przymusowe umieszczenie w zakładzie psychiatrycznym w świetle współczesnych standardów ochrony praw człowieka*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Świdarska, Małgorzata. 2007. *Zgoda pacjenta na zabieg medyczny*. Toruń: Wydawnictwo Dom Organizatora TNOiK.
- Tałaj, Anna i Janina Suchorzewska. 2007. Postawy pielęgniarek i położnych wobec osób chorych i cierpiących w aspekcie obowiązujących norm prawnych i moralnych. *Problemy Pielęgniarstwa* 15(1): 32–38.
- Tomaszewska, Monika. 2008. *Charakter prawny decyzji o ubezwłasnowolnienie w sądowym stosowaniu prawa*. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Wałachowska, Monika. 2016. Postępowanie lecznicze wobec osób z zaburzeniami psychicznymi. W: Ewa Bagińska (red.). *Wielka Encyklopedia Prawa*. T. 10: *Prawo medyczne*, 97–99. Warszawa: Fundacja Ubi societas, ibi ius.
- Wojcieszak, Agnieszka. 2021. *Autonomia pacjenta z zaburzeniami psychicznymi*. Warszawa: C.H. Beck.

Źródła internetowe

- Projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego (nr z wykazu prac legislacyjnych UD 444). Dostęp: 28.07.2023. <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12367401/12938766/12938767/dokument594604.pdf>.
- Przybyszewski, Tomasz. 2023. PFON krytycznie o projekcie nowelizacji ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Dostęp: 28.07.2023. <https://pfon.org/aktualnosci/pfon-krytycznie-o-nowelizacji-ustawy-o-ochronie-zdrowia-psychicznego/>.
- Stanowisko Nr 5/23/P-IX Prezydium Naczelnej Izby Lekarskiej z dnia 13 stycznia 2023 r. w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Dostęp: 28.07.2023. https://nil.org.pl/uploaded_files/documents/doc_1673871073_ps005-23-ix.pdf.
- Sztandera, Filina. 2018. Gwarancje prawa pacjenta z zaburzeniami psychicznymi do samoświadomości oraz poszanowania godności intymności na tle wybranych zagadnień. *Ius et Administratio* 3. Dostęp: 28.07.2023. http://iusetadministratio.eu/wp-content/Zeszyty_naukowe/2018/3_2018/3_2018_4_Sztandera.pdf.
- Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego (nr z wykazu prac legislacyjnych UD 444). Dostęp: 28.07.2023. <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12367401/12938766/12938767/dokument594604.pdf>.

Glosy

Volume 21, Issue 2
December 2023

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

COMMENTARY
received 2023-06-13
accepted 2023-08-16



**Glosa do wyroku Sądu Rejonowego w Łęczycy
z 1.06.2017 r. (II K 201/16) [w przedmiocie
uzasadnionej obawy ucieczki lub ukrycia się
oraz zastosowania przymusu bezpośredniego
na potrzeby zatrzymania]**

**Gloss to the judgment of the District Court in Łęczycza
of June 1, 2017 (II K 201/16) [on the justified fear
of flight or hiding of a suspected person and the use
of direct coercion for the purpose of detention]**

MICHAŁ PRUSEK

Uniwersytet Opolski

ORCID: 0000-0002-4652-5529, michal.prusek@uni.opole.pl

Citation: Prusek, Michał. 2023. Glosa do wyroku Sądu Rejonowego w Łęczycy z 1.06.2017 r. (II K 201/16) [w przedmiocie uzasadnionej obawy ucieczki lub ukrycia się oraz zastosowania przymusu bezpośredniego na potrzeby zatrzymania]. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 21(2): 243–261. DOI: 10.25167/osap.5138.

Abstract: The fear of of suspect's fleeing and hiding has been the basis of proper detention for several decades. Nevertheless, it is not interpreted uniformly. The fulfillment of the commented base raises doubts if a person moves away from his own driveway towards the house, closes himself in the house and moves inside it, avoiding contact with policemen. Moreover, the jurisprudence ignores the problem of the insufficient basis for the application of direct coercion for the purposes of conducting a trial detention.

Keywords: fear of fleeing, fear of hiding, direct coercion, trial detention, proper detention

Abstrakt: Obawa ucieczki i ukrycia się od kilku dekad stanowi podstawę zatrzymania właściwego. Mimo to nie jest interpretowana w sposób jednolity. Wątpliwości budzi speł-

nienie komentowanej podstawy, jeżeli osoba oddała się z własnego podjazdu w stronę domu, zamyka się w domu oraz przemieszcza się w jego wnętrzu, unikając kontaktu z policjantami. Ponadto w orzecznictwie pomija się problem niewystarczającej podstawy stosowania przymusu bezpośredniego na potrzeby przeprowadzenia czynności zatrzymania procesowego.

Słowa kluczowe: obawa ucieczki, obawa ukrycia się, przymus bezpośredni, zatrzymanie procesowe, zatrzymanie właściwe

1. Wprowadzenie

Mimo upływu dekady od uchwalenia ustawy z 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (dalej: u.ś.p.b.) problematyka stosowania przymusu bezpośredniego w postępowaniu karnym nadal nie cieszy się należyтым zainteresowaniem doktryny. Stan ten należy uznać za wysoce niezadowolający, jeśli się uwzględni, że przymus bezpośredni bez wątplenia stanowi ograniczenie praw człowieka, a jakość i kompletność przepisów w komentowanym zakresie budzi sporo wątpliwości. Wady systemu środków przymusu bezpośredniego, który został utworzony w wyniku uchwalenia u.ś.p.b. (Prusek 2021: 100–101), mają bezpośredni wpływ na kształt wydawanych orzeczeń, czego dowodzi głosowany wyrok. Zarazem jednak mimo zakorzenionej już w przepisach ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (dalej: k.p.k.) instytucji zatrzymania właściwego, okazuje się, że również ocena zaistnienia przesłanek jej zastosowania może budzić wątpliwości.

Uzasadniając wybór głosowanego wyroku, należy także podkreślić, że kontrolę sądową w zakresie stosowania środków przymusu bezpośrednio w postępowaniu przygotowawczym zasadniczo sprawują sądy rejonowe, co sprawia, że to orzeczenia wskazanych sądów wydają się najlepiej ukazywać tendencje interpretacyjne w orzecznictwie i stanowią atrakcyjny materiał do rozważań w kwestii stosowania środków przymusu bezpośredniego w procesie karnym.

W wyroku z 1 czerwca 2017 r. (wyrok Sądu Rejonowego w Łęczycy z 1 czerwca 2017 r., II K 201/16, LEX nr 2362004) podjęto się interesującej analizy zachowania funkcjonariuszy Policji przez pryzmat realizacji znamion przestępstwa przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków w związku z zastosowaniem środków przymusu bezpośredniego podczas czynności zatrzymania właściwego. Niniejsza glosa nie tyle zmierza do analizy podstaw przypisania odpowiedzialności karnej oskarżonym, co do weryfikacji poprawności zachowania oskarżonych w świetle art. 244 § 1 k.p.k. oraz przepisów u.ś.p.b.

2. Stan faktyczny

Interwencja oskarżonych funkcjonariuszy Policji została podjęta w następujących okolicznościach.

W dniu 17 czerwca 2015 r. oskarżeni pełnili służbę oznakowanym radiowozem. W trakcie pełnienia służby ujawnili wykroczenie drogowe popełnione przez pokrzywdzonego, który prowadził pojazd na drodze publicznej bez zapiętych pasów bezpieczeństwa. Mimo wezwania do zatrzymania pojazdu za pomocą wydawanych przez umundurowanych oskarżonych sygnałów, pokrzywdzony nie zatrzymał się do kontroli drogowej. Oskarżeni udali się więc za pokrzywdzonym do jego miejsca zamieszkania i zatrzymali radiowóz przed posesją pokrzywdzonego. Następnie poinformowali pokrzywdzonego o przyczynie interwencji oraz wezwali do okazania dokumentów. Z uwagi na to, że pokrzywdzony nie miał przy sobie prawa jazdy, udał się po nie do domu, po czym wrócił do funkcjonariuszy. Oskarżeni zaproponowali pokrzywdzonemu zakończenie postępowania w drodze mandatu za niezatrzymanie się do kontroli drogowej mimo wydanego sygnału przez osobę upoważnioną oraz za nieposiadanie przy sobie prawa jazdy. Pokrzywdzony w odpowiedzi odmówił przyjęcia mandatu, wobec czego oskarżeni zdecydowali o zatrzymaniu prawa jazdy pokrzywdzonego w związku z podejrzeniem popełnienia wykroczenia z art. 92 § 2 ustawy z 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń.

Podczas trwania interwencji pokrzywdzony stawał się coraz bardziej agresywny. Zgłaszał zastrzeżenia co do funkcjonowania Policji oraz zachowania oskarżonych. Prowokował do wyjścia z radiowozu i użycia siły. Oskarżeni wezwali pokrzywdzonego do zachowania zgodnego z prawem pod rygorem możliwości zastosowania przymusu bezpośredniego. Gdy pokrzywdzony otrzymał pokwitowanie zatrzymania prawa jazdy, skomentował to w wulgarny sposób oraz określił funkcjonariusza przy użyciu słów powszechnie uznawanych za obraźliwe. Następnie pokrzywdzony odwrócił się i zaczął szybko oddalać się w stronę domu. Oskarżeni wyszli z radiowozu i wezwali pokrzywdzonego do zatrzymania się. Wobec braku reakcji pokrzywdzonego na ich słowa, oskarżeni ruszyli za pokrzywdzonym w celu zatrzymania go. Gdy pokrzywdzony znalazł się w domu, zamknął drzwi i chwycił za klamkę. Jeden z oskarżonych, próbując otworzyć drzwi, urwał klamkę. Gdy oskarżeni weszli do domu pokrzywdzonego, ten uniósł pięści do góry, przyjmując tzw. postawę bokserką. Kolejne wezwanie do zachowania zgodnego z prawem nie odniosło rezultatu, zatem oskarżeni użyli wobec pokrzywdzonego żelu pieprzowego. Z uwagi na to, że pokrzywdzony szarpał się, uniemożliwiając zatrzymanie, oskarżeni użyli siły fizycznej poprzez założenie uchwytu ramieniem na szyi oraz wykręcanie rąk celem założenia kajdanek. Pokrzywdzony odpychał oskarżonych, szarpał ich i zadawał uderzenia. Jeden z oskarżonych zadał leżącemu pokrzywdzonemu

uderzenie pięścią w korpus. Następnie pokrzywdzonemu założono kajdanki i wyprowadzono go z domu. Zdarzenie było filmowane telefonem przez córkę pokrzywdzonego.

Przed osadzeniem w pomieszczeniu dla osób zatrzymanych pokrzywdzony został przewieziony do placówki medycznej w celu przeprowadzenia badania i udzielenia pomocy medycznej. Stwierdzono, że wskutek interwencji pokrzywdzony doznał obrażeń ciała w postaci zaczerwienienia skóry prawego nadgarstka, obrzęku powiek prawego oka, podrażnienia spojówki lewego oka oraz wylewu podspojówkowego lewego oka. Tym samym uznano, że pokrzywdzony doznał innych niż określone w art. 156 § 1 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (dalej: k.k.) naruszeń czynności narządu ciała i rozstroju zdrowia trwających nie dłużej niż 7 dni. Po przewiezieniu pokrzywdzonego do jednostki Policji sporządzono protokół, w którym jako podstawę zatrzymania przyjęto znieważenie i naruszenie nietykalności cielesnej funkcjonariuszy Policji podczas i w związku z pełnieniem obowiązków służbowych.

3. Stanowisko sądu

W świetle powyższych okoliczności sąd uznał, że spełnione zostały przesłanki zatrzymania właściwego z art. 244 § 1 k.p.k. Pokrzywdzony popełnił czyn z art. 226 § 1 k.k., tym samym spełniona została przesłanka uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa. Następnie pokrzywdzony odwrócił się od oskarżonych i mimo wezwania do zatrzymania się, udał się do swojego domu, zamknął drzwi i trzymał klamkę. Sąd uznał za czytelną intencję oddalenia się z miejsca interwencji i ukrycia się we własnym domu. Ponadto po wejściu oskarżonych do domu pokrzywdzonego ten przemieszczał się do kolejnych pomieszczeń, był agresywny wobec oskarżonych i utrudniał zatrzymanie. Zachowanie pokrzywdzonego świadczyło o zamiarze ucieczki, ukrycia się, przez co została zrealizowana przesłanka pozytywna szczególna zatrzymania właściwego.

Również użycie środków przymusu bezpośredniego przez oskarżonych zostało uznane przez sąd za prawidłowe. Pokrzywdzony był agresywny, prowokował oskarżonych oraz przyjmował postawę gotowości do walki. Oskarżeni wezwali go do zachowania zgodnego z prawem pod rygorem zastosowania przymusu bezpośredniego. Pokrzywdzony nie spełnił poleceń oskarżonych oraz stawiał opór, co zdaniem sądu uzasadniało użycie żelu pieprzowego, kajdanek oraz siły fizycznej w postaci duszenia oraz uderzenia. Duszenie sąd uznał za technikę obezwładniania dopuszczalną przy zatrzymaniu zgodnie z przepisami u.ś.p.b. Szerzej sąd wypowiedział się w zakresie legalności uderzenia pokrzywdzonego. Zgodnie z art. 14 ust. 2 u.ś.p.b. uderzenia można zadawać wyłącznie je-

żeli uprawniony działa w celu odparcia zamachu na życie lub zdrowie własne lub innych osób, albo na mienie lub przeciwdziałania ucieczce. Zdaniem sądu w świetle powyższych okoliczności oskarżeni nie byli uprawnieni do zadawania uderzeń, gdyż nie zaistniały podstawy wskazane w art. 14 ust. 2 u.ś.p.b. W tym zakresie jednak przekroczenie uprawnień przez jednego z oskarżonych nie stanowiło zachowania o stopniu społecznej szkodliwości wyższym niż znikomy, co zgodnie z art. 1 § 2 k.k. jest konieczne do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej. Sąd wskazał, że bardziej dotkliwe dla pokrzywdzonego byłoby stosowanie siły fizycznej zgodnie z przepisami, w tym ciągnięcie oburącz ręki pokrzywdzonego do tyłu lub dociskanie kolanem do podłoża. Ból wynikający z uderzenia, odbierający siły i oddech pokrzywdzonemu, został zadany nie z zamiarem znęcania się, lecz w celu skrócenia czasu trwania interwencji i umożliwienia założenia kajdanek.

Głosowanym wyrokiem sąd uniewinnił oskarżonych od popełnienia zarzucanych czynów z art. 231 § 1 k.k. w zb. z art. 157 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

4. Uzasadniona obawa ucieczki lub ukrycia się

O ile trudno kwestionować zaistnienie w niniejszej sprawie przesłanki pozytywnej ogólnej zastosowania zatrzymania, o tyle pewne wątpliwości można podnieść w zakresie istnienia obawy ucieczki lub ukrycia się pokrzywdzonego w niniejszej sprawie.

Bowiem obawę ucieczki postrzega się jako subiektywne odczucie, uzasadnione okolicznościami sprawy i zgromadzonymi informacjami, że osoba podejrzana może podjąć zamierzone działanie zmierzające do opuszczenia dotychczasowego miejsca zamieszkania lub pobytu w celu uniemożliwienia lub utrudnienia przeprowadzenia z jej udziałem czynności procesowych (Cora 2015: 129–130; Stefański 1997: 43; Witkowska 2011: 86; por. Skorupka 2017: 23–24). Natomiast obawa ukrycia to również subiektywne i uzasadnione przekonanie, że osoba podejrzana zamierza oddalić się ze znanego miejsca zamieszkania w celu udaremnienia zidentyfikowania jej położenia i nawiązania z nią kontaktu, a tym samym uniemożliwienia dokonania skutecznego wezwania jej do stawienia na czynności procesu karnego (Stefański 1997: 43; Cora 2015: 131; por. Skorupka 2017: 23–24).

Związek obawy ucieczki lub ukrycia się z opuszczeniem miejsca zamieszkania lub pobytu znajduje oparcie w orzecznictwie, gdzie jako okoliczności uzasadniające omawianą przesłankę wskazywano „włóczęgowski tryb życia” (Stefański 2000b: 673; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 30 grudnia 1991 r., Akz 110/91, Legalis nr 288495; por. postanowienia Sądu Apelacyjnego

w Katowicach: z 14 lutego 2018 r., II AKz 90/18, LEX nr 2518023; z 14 stycznia 2015 r., II AKz 813/14, LEX nr 1665568; z 15 kwietnia 2009 r., II AKz 256/09, LEX nr 512063), długotrwałe nieprzebywanie w miejscu zamieszkania (postanowienia Sądu Apelacyjnego w Krakowie: z 1 lipca 1992 r., II Akz 118/92, Legalis nr 288588; z 28 maja 1991 r., II Akz 28/91, Legalis nr 288431; z 17 listopada 1993 r., II Akz 318/93, LEX nr 27941; z 30 czerwca 2005 r., II AKz 246/05, LEX nr 156121), udaremnienie próby przekroczenia granicy (postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 19 sierpnia 1998 r., II Akz 216/98, LEX nr 35107), posiadanie lub uzyskiwanie dokumentów potrzebnych do wyjazdu (postanowienia Sądu Apelacyjnego w Katowicach: z 19 sierpnia 1998 r., II Akz 216/98, LEX nr 35107; z 25 września 2008 r., II AKp 147/08, LEX nr 477695).

W opozycji do zaprezentowanej interpretacji można jednak dostrzec w literaturze szerszą wykładnię przesłanki obawy ucieczki lub ukrycia się, rozumianej jako subiektywne przekonanie, że osoba podejrzana może niezwłocznie oddalić się z miejsca, w którym ma prawny obowiązek przebywać. Rzeczone miejsce jest wskazane przez organ procesowy, a osoba zobowiązana ma w nim pozostać na czas niezbędny do wykonania niecierpiących zwłoki czynności dowodowych (Kobus, Dziugiel 2006: 39; Skwarczyński 2020: 1065). Tymczasem obawa ukrycia się postrzegana bywa jako subiektywne i uzasadnione przekonanie, że osoba podejrzana może podjąć się zachowania mogącego udaremnić jej zidentyfikowanie czy kontakt z nią, a tym samym utrudnić prawidłowy tok postępowania poprzez uniemożliwienie skutecznego wezwania jej do udziału w czynnościach procesowych (Kobus, Dziugiel 2006: 41).

Również wskazana szersza wykładnia omawianej przesłanki znajduje wyraz w poglądach judykatury. Za okoliczności uzasadniające obawę ucieczki lub ukrycia się sądy przyjmują wzbranianie się przy zatrzymaniu poprzez zamknięcie drzwi wbrew wezwaniu funkcjonariuszy (postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 10 września 1996 r., II AKo 86/96, LEX nr 28430) albo samowolne opuszczenie budynku prokuratury, w którym podejrzany stawiał się na wezwanie (postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 5 sierpnia 1992 r., II AKz 154/92, LEX nr 27778).

Wydaje się jednak, że tak szeroka wykładnia obawy ucieczki lub ukrycia się nie znajduje uzasadnienia. Już na wstępie należy przypomnieć, że przepisy regulujące zastosowanie środków przymusu należą do przepisów wyjątkowych, stąd należy je interpretować w sposób ścieśniający (Świda 2008: 22–23; Poniowski 2008: 398; Waltoś 2008: 146–147; Cieślak 1984: 178–182; Wiliński 2021: 101–102; Marszał 2013: 44–45; Śliwiński 1961: 54–55). Ponadto zapewnienie udziału osoby podejrzanej albo oskarżonego w czynnościach procesowych jest raczej celem zatrzymania i przymusowego doprowadzenia (Cora 2015: 55; zob.

też Stefański, Zabłocki 2019a: 849), które bez wątpienia wymaga uprzedniego wydania stosownej decyzji procesowej (w zakresie wątpiwości co do realnego charakteru czynności oraz poprzedzenia zatrzymania właściwego decyzją procesową zob. Jeż-Ludwichowska, Kala, Lach 2002: 48; Skorupka 2021a: 597; 2017: 17; Stefański 1997: 52; Hofmański, Sadzik, Zgryzek 2011: 1333–1334; Marszał, Zagrodnik 2008: 92–94).

Słusznie zatem odróżnia się utrudnianie się postępowania od obawy ucieczki lub ukrycia się. Nie sposób bowiem każdego przypadku utrudniania postępowania czy utrudniania przeprowadzenia czynności sprowadzać do uzasadnionej obawy ucieczki lub ukrywania się. Zasadnie przyjmuje się, że „nie jest ucieczką przypadek, gdy oskarżony oddalił się bez zgody organu procesowego z miejsca czynności procesowej, w której jego udział był obowiązkowy. Jest to tylko utrudnianie postępowania karnego, ponieważ dla stwierdzenia ucieczki konieczne jest oddalenie się z miejsca pobytu” (Izydorczyk 2002: 120; Stefański, 1998: 131). Również w tym zakresie warto nawiązać do dorobku judykatury, gdzie wskazuje się, że niestawiennictwo na wezwanie przy jednoczesnym przebywaniu w miejscu zamieszkania lub pobytu samo w sobie nie stanowi uzasadnionej obawy ukrycia się lub ucieczki (postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 13 listopada 2002 r., II AKz 481/02, LEX nr 75050; postanowienia Sądu Apelacyjnego w Katowicach: z 24 lipca 2002 r., II AKz 651/02, LEX nr 75084; z 8 czerwca 2016 r., II AKz 288/16, LEX nr 2139309). Wydaje się zatem, że obawę ucieczki lub ukrycia się należy rozumieć jako zachowanie zmierzające do utrudniania postępowania poprzez opuszczenie miejsca zamieszkania lub pobytu (Stefański 2000a: 629; Dudka 2020a: 477; Eichstaedt 2018a: 886; Stefański, Zabłocki 2019a: 855–856). Wprawdzie wskazuje się, że obawę ucieczki może uzasadniać oddalenie się osoby podejrzanej w sposób gwałtowny z miejsca popełnienia przestępstwa (Paprzycki 2013: 771), czy też ujęcie osoby podejrzanej w trakcie pościgu po ucieczce z miejsca zdarzenia (postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 17 lipca 2018 r., II AKz 488/18, LEX nr 2615545). Słusznie jednak formułuje się postulat racjonalnej oceny zachowania osoby podejrzanej czy oskarżonego i odpowiedzi na pytanie, czy w przypadku rezygnacji z zastosowania środka przymusu osoba podejrzana albo oskarżony umknęliby wymiarowi sprawiedliwości (Skorupka 2021b: 637; 2017: 23–24). Tym samym obawę ucieczki lub ukrycia się może uzasadniać gwałtowne oddalenie się w bliżej nieokreślonym kierunku, ewentualnie w kierunku środka transportu. Tymczasem w wyżej zakreślonym stanie faktycznym pokrzywdzony stał przed swoją posesją, po czym oddalił się w kierunku domu, wszedł do budynku i zamknął się w nim, a następnie po wkroczeniu do domu oskarżonych poruszał się między pomieszczeniami. Trudno zakwalifikować takie zachowanie jako obawę ucieczki lub ukrycia się.

Dodatkowo podkreślenia wymaga, że dla zaistnienia obawy ucieczki lub ukrycia się osoby podejrzanej lub oskarżonego, ich zachowanie powinno być naznaczone intencją uniemożliwienia lub utrudnienia przeprowadzenia z ich udziałem czynności procesowych. Słusznie wskazuje się, że nie można zarzucić oskarżonemu ukrywania się, gdy nie ma on świadomości, że prowadzone jest przeciwko niemu postępowanie karne (Eichstaedt 2018b: 954; Dudka 2020b: 557; Skorupka 2021a: 598; 2017: 23–24; Grajewski, Steinborn 2013: 847–848; Stefański, Zabłocki 2019b: 1195–1196; Paprzycki 2013: 771). Na kanwie przedstawionego wyżej stanu faktycznego pokrzywdzony miał świadomość prowadzonego przeciwko niemu postępowania, lecz w sprawie o wykroczenie. Mając na uwadze dynamiczny przebieg interwencji, powstaje wątpliwość, czy pokrzywdzony, podejmując działania utrudniające przeprowadzenie czynności, był świadomy faktycznego wszczęcia postępowania karnego o przestępstwo z art. 226 § 1 k.k. Pokrzywdzony swoim zachowaniem prowokował oskarżonych do bójki. Zatem z uwagi na to, że nie oddalił się w bliżej nieokreślonym kierunku, lecz w stronę domu, a następnie nie próbował z niego uciec, można powziąć wątpliwość, czy jego zachowanie nie było podyktowane obroną przed ewentualnym atakiem ze strony oskarżonych.

Krótkiego omówienia wymaga także wpływ wysokości kar grożących za czyn z art. 226 § 1 k.k. na podstawy zatrzymania właściwego, a mianowicie kary grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. W doktrynie słusznie przyjmuje się, że wysoka kara za popełnione przestępstwo może stanowić motywację do ucieczki, jednak nie można uzasadniać obawy ucieczki lub ukrycia się jedynie wysokością grożącej kary (Stefański 2000b: 675; 1996: 57; 1998: 47–48; Buchała 1957: 56; Cora 2015: 131; Izydorczyk: 2002: 119; por. Murzynowski 1963: 91–94). Wszelki automatyzm w tym zakresie stanowiłby nieuzasadnioną ingerencję w prawa człowieka (Izydorczyk 2002: 119). Mniejszą skrupulatność przy zalecanej ostrożności można przyjąć w przypadku argumentacji braku obawy ucieczki lub ukrycia się poprzez odwołanie się do niskiej karalności czynu. W zakresie stosowania zatrzymania w doktrynie sygnalizuje się wprost słuszność podjęcia przez wymiar sprawiedliwości pewnego ryzyka, aby uszanować wolność człowieka (Buchała 1957: 56–57). Ponadto odstąpienie od zatrzymania w przypadku niskiej karalności przestępstwa dodatkowo może uzasadniać konstytucyjna zasada proporcjonalności oraz reguła umiaru w stanowieniu i stosowaniu przepisów z zakresu środków przymusu. Zgodnie bowiem z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (dalej: Konstytucja RP) ograniczenie praw człowieka nie może być nadmierne w stosunku do uzyskanej stąd korzyści. W ślad za przytoczonym przepisem przyjmuje się, że środek przymusu nie może powodować szkód, które byłyby oczywiście nieproporcjonalne w stosunku do zamierzonego celu (Koper 2019: 422–423;

Marszał, Zagrodnik 2008: 90–91, 99). Co więcej, nie negując samodzielności zatrzymania właściwego, należy pamiętać, że stanowi ono krótkotrwałą formę pozbawienia wolności, która ma na celu w szczególności zabezpieczenie osoby podejrzanej do czasu przedstawienia zarzutów i rozstrzygnięcia w przedmiocie zastosowania środków zapobiegawczych, w szczególności tymczasowego aresztowania (Cieślak 1982: 45; Stefański 2000a: 624–626; Skorupka 2021a: 598; Boratyńska, Czarnecki, Koper 2020: 688). Natomiast zgodnie z art. 259 § 3 i 4 k.p.k. tymczasowego aresztowania nie stosuje się, jeżeli przestępstwo zagrożone jest karą nieprzekraczającą roku, chyba że oskarżony ukrywa się, uporczywie nie stawia na wezwania lub w inny bezprawny sposób utrudnia postępowanie, albo nie można ustalić jego tożsamości.

Powyższe rozważania pogłębiają wątpliwości co do zastosowania zatrzymania właściwego w zarysowanym na wstępie stanie faktycznym. Niskie zagrożenie karą czynu z art. 226 § 1 k.k. z jednej strony znacznie osłabia obawę ucieczki lub ukrycia się, z drugiej natomiast stwarza ryzyko naruszenia konstytucyjnej zasady proporcjonalności ograniczenia praw człowieka oraz zasady umiaru stanowienia i stosowania przepisów dotyczących środków przymusu.

5. Zastosowanie przymusu bezpośredniego na potrzeby zatrzymania właściwego

Oprócz oceny zasadności i legalności zastosowania zatrzymania właściwego szerszej analizy wymaga także ocena prawidłowości jego przeprowadzenia dokonana przez sąd w głosowanym orzeczeniu w kontekście zastosowanych środków przymusu bezpośredniego.

Przypomnienia wymaga, że uchwalenie u.ś.p.b. stanowi wynik orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego kwestionującego zgodność z Konstytucją RP wcześniejszego stanu prawnego, w którym regulacja zastosowania środków przymusu bezpośredniego była niejednolita oraz niepełna, a ponadto znajdowała się nie tylko w licznych ustawach regulujących ustrój i organizację poszczególnych służb porządkowych, lecz również w rozporządzeniach (Prusek 2021: 34–43). Stan ten był niezadowalający, biorąc pod uwagę, że środki przymusu bezpośredniego stanowią ograniczenie praw człowieka, zatem przepisy powinny w tym zakresie spełniać wymogi klauzuli limitacyjnej z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP (Prusek 2021: 65–99; 2016: 154–155; 2017: 110–111; postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 30 listopada 2010 r., S 5/10, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A 2010, nr 9, poz. 126; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 17 maja 2012 r., K 10/11, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A 2012, nr 5, poz. 51; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 5 marca 2013 r., U 2/11, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego).

tucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A 2013, nr 3, poz. 24). W wyroku z 10 marca 2010 r. (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 10 marca 2010 r., U 5/07, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A 2010, nr 3, poz. 20) Trybunał Konstytucyjny wskazał, że do materii ustawowej należy określenie rodzajów środków przymusu bezpośredniego, sposobu i celu ich stosowania, przypadków użycia tych środków, podmiotów decyzyjnych oraz osób, wobec których można podjąć decyzję o stosowaniu przymusu bezpośredniego, w szczególności ich statusu prawnego, zachowania czy sytuacji, w jakiej się znajdują (Prusek 2016: 154–155; 2017: 110–111). Gdy prace nad u.ś.p.b. zmierzały ku końcowi, Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 5 marca 2013 r. (U 2/11) uznał za niekonstytucyjne rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 18 marca 2003 r. w sprawie poddawania badaniom lub dokonywania czynności z udziałem oskarżonego oraz osoby podejrzanej wydane na podstawie delegacji z art. 74 § 4 k.p.k. w zakresie, w jakim pozwalało na zastosowanie przymusu bezpośredniego. Wskutek interwencji Trybunału Konstytucyjnego ustawą z 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw ustawodawca dodał w art. 74 § 3a k.p.k. podstawę do stosowania przymusu bezpośredniego w postaci siły fizycznej i środków technicznych służących obezwładnieniu. Obecnie jest to jedyny przepis k.p.k., który pozwala na zastosowanie przymusu bezpośredniego w ramach wykonania czynności procesowych. W szczególności należy podkreślić, że k.p.k. *expressis verbis* nie zezwala na użycie środków przymusu bezpośredniego dla przeprowadzenia czynności zatrzymania właściwego.

W glosowanym wyroku sąd jako podstawę zastosowania siły fizycznej, chemicznych środków obezwładniających oraz kajdanek wskazał przepisy u.ś.p.b., nie precyzując jednak, który przepis wspomnianej ustawy stanowi źródło tych uprawnień.

Na podstawie art. 16 ust. 1 i 3 ustawy z 6 kwietnia 1990 r. o Policji, art. 2 ust. 1 pkt 9 oraz art. 11 pkt 11 u.ś.p.b. funkcjonariusze Policji mogą stosować przymus bezpośredni w przypadku konieczności zatrzymania osoby, udaremnienia jej ucieczki lub pościgu za tą osobą. Zgodnie z art. 14 ust. 1, 15 ust. 1 oraz 24 ust. 1 u.ś.p.b. siła fizyczna, kajdanki oraz chemiczne środki obezwładniające należą do tych, które mogą być użyte lub wykorzystane w ramach zatrzymania osoby, udaremnienia jej ucieczki lub pościgu za tą osobą. Oprócz wymienionych środków przepisy pozwalają na zastosowanie we wspomnianym przypadku także kaftana bezpieczeństwa, pasa obezwładniającego, siatki obezwładniającej, pałki służbowej, psa służbowego, pocisków niepenetracyjnych, przedmiotów przeznaczonych do obezwładniania osób za pomocą energii elektrycznej, kolczatki drogowej i innych środków służących do zatrzymywania oraz unieruchamiania pojazdów mechanicznych, pojazdu służbowego, środków przeznaczonych

do pokonywania zamknięć budowlanych i innych przeszkód, środków pirotechnicznych o właściwościach ogłuszających lub oślniewających.

Przypomnienia wymaga, że rozróżnia się zatrzymanie procesowe i poza-procesowe. W ramach zatrzymania procesowego mieści się ujęcie obywatelskie, zatrzymanie właściwe oraz zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie. Niektórzy dodatkowo wskazują na zatrzymanie związane z poszukiwaniem osoby oraz zatrzymanie w postępowaniu w sprawach karnych ze stosunków międzynarodowych. Wśród zatrzymań pozaprocesowych wymienia się administracyjne, porządkowe, penitencjarne oraz zatrzymanie szczególne zastrzeżone w przepisach dotyczących odbywania służby wojskowej (Cora 2008a: 30–31; 2008b: 134–135; 2008c: 134–135; 2008d: 109, 111–112; 2008e: 72–75; Zagórski 2004: 87; Sowiński 2007: 131; Osińska 2008: 111; Witkowska 2011: 82–83). Każdą z wymienionych instytucji cechuje zasadniczo odmienny zakres przesłanek zastosowania, co ma także wpływ na zróżnicowany status osób, wobec których może zostać zastosowane zatrzymanie i w jego ramach przymus bezpośredni. Dla przykładu zgodnie z art. 244 § 1 k.p.k. zatrzymać można osobę podejrzaną albo podejrzanego, zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie można dodatkowo zastosować wobec świadka czy biegłego, natomiast zatrzymanie administracyjne stosowane jest w stosunku do osoby nietrzeźwej, która swoim zachowaniem daje powód do zgorszenia w miejscu publicznym lub w zakładzie pracy, bądź znajduje się w okolicznościach zagrażających życiu lub zdrowiu zarówno swojemu, jak i innych (Cora 2008d: 109). Tymczasem przepisy u.s.p.b. nie uwzględniają wspomnianych różnic i określają identyczny katalog środków dla wszystkich czynności zatrzymania. Trudno zatem uznać, aby spełniony został wymóg określenia w ustawie rodzajów środków przymusu bezpośredniego, sposobu i celu ich stosowania, przypadków użycia tych środków, osób, wobec których można podjąć decyzję o stosowaniu przymusu bezpośredniego, w szczególności ich statusu prawnego, zachowania czy sytuacji, w jakiej się znajdują, o czym wspomniał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 10 marca 2010 r. (U 5/07). Należy przy tym mieć na względzie, że dyrektywy art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wymagają precyzji i odpowiedniej jakości przepisów stanowiących ograniczenia praw człowieka.

W świetle powyższych uwag nie ulega wątpliwości, że u.s.p.b. jest instrumentem-katalogiem, do którego powinien sięgać ustawodawca przy stanowieniu przepisów procesowych. Nie sposób jednak wywodzić legitymacji do stosowania środków przymusu bezpośredniego w ramach czynności procesowych jedynie z przepisów u.s.p.b. Odtworzenie podstawy użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego wymaga współstosowania przepisów ustaw procesowych, u.s.p.b. oraz ustaw regulujących ustrój i organizację podmiotów uprawnionych (Prusek 2021: 132–133). Założenie o racjonalności prawodawcy

nakazuje przyjmować, że jest on świadomy przytoczonej zależności, skoro w art. 74 § 3a k.p.k. ustanowił podstawę stosowania przymusu bezpośredniego, znając jednocześnie brzmienie mających wejść w życie przepisów u.ś.p.b. oraz ustaw regulujących status służb porządkowych. Nie sposób zatem art. 74 § 3a k.p.k. postrzegać jako ustawowe *superfluum*.

Trudno zatem zgodzić się z poglądem wyrażonym w głosowanym wyroku, jakoby legitymacja zastosowania przymusu bezpośredniego w ramach zatrzymania właściwego wynikała jedynie z przepisów u.ś.p.b. Dopóki jednak prawodawca nie poszerzy podstaw stosowania środków przymusu bezpośredniego w przepisach k.p.k., błędna interpretacja przepisów może być powielana w praktyce stosowania prawa jako jedyny sposób uzasadnienia uprawnień funkcjonariuszy. Tym niemniej przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 7 Konstytucji RP organy państwowe mają nakaz działania na podstawie i w granicach prawa. Zakazuje się domniemania kompetencji oraz dowolnego, arbitralnego ich wykonywania (Tuleja 2016: 305; Woźniewski 2010: 396; Wojtyczek 1999: 103; Banaszak 2012: 78; uchwała Trybunału Konstytucyjnego z 10 maja 1994 r., W 7/94, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego 1994, nr 1, poz. 23). Wyjątkowo niebezpieczne jest trwale działanie bez podstawy prawnej korzystające z powszechnej aprobaty i kształtujące sytuację prawną, gdyż późniejsze zakwestionowanie podstawy działania może zrodzić spór między wykształconą już pewnością prawa a zasadą praworządności (Tuleja 2016: 305–306; por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 12 maja 2015 r., P 46/13, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A 2015, nr 5, poz. 62).

Wreszcie należy odnieść się do oceny legalności uderzenia, zaprezentowanej przez sąd w głosowanym wyroku. Sąd zauważył, że zgodnie z art. 14 ust. 2 u.ś.p.b. używając siły fizycznej nie zadaje się uderzeń, chyba że uprawniony działa w celu odparcia zamachu na życie lub zdrowie własne lub innych osób albo na mienie lub przeciwdziała ucieczce. Następnie słusznie przyjął, że wymienione przesłanki do zadawania uderzeń nie zostały spełnione w zakresłonym we wstępie stanie faktycznym. Tym samym oskarżony, zadając uderzenie, dopuścił się przekroczenia uprawnień. Wątpliwości budzi jednak uznanie przez sąd, że wskazany przypadek nie stanowi zachowania o stopniu społecznej szkodliwości wyższym niż znikomy oraz towarzyszące temu twierdzeniu uzasadnienie. Sąd bowiem dokonał oceny gradacji dolegliwości, ważąc zachowanie zgodne z prawem i niezgodne z prawem, po czym rozstrzygnął na korzyść postępowania nielegalnego.

Nie ulega wątpliwości, że prawodawca w art. 14 ust. 2 u.ś.p.b. w sposób kategoriyczny określił wyjątki od zakazu zadawania uderzeń. Zadaniem organów państwa jest zatem zastosować się do wskazanej regulacji. Wprawdzie z zasady minimalizacji szkody wyrażonej częściowo w art. 7 ust. 1 u.ś.p.b.

wynika używanie środków przymusu bezpośredniego w sposób powodujący możliwie najmniejszą dolegliwość (Stefański 2011: 39; Lipski 2010: 468–469; Karczmarczyk 2007: 8–9; Szafrńska 2006: 19; Ura 1995: 150; Haniaczyk 2000: 127), a postulat niezbędności wyrażony w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wymaga doboru środków mniej dolegliwych spośród grupy środków o podobnej skuteczności (Wojtyczek 2002: 685; Szydło 2016: 796–797; wyroki Trybunału Konstytucyjnego z: 20 czerwca 2005 r., K 4/04, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A 2005, nr 6, poz. 64; z 3 października 2000 r., K 33/99, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy 2000, nr 6, poz. 188), to wybór zawsze musi się odbywać między środkami zgodnymi z prawem. Analiza dolegliwości zastosowania środków albo sposobów niezgodnych z przepisami w celu poszukiwania alternatywy wobec środków legalnych stanowi krok w niebezpieczną stronę i godzi w pewność prawa.

Komentowane zachowanie oskarżonego funkcjonariusza jako wykraczające poza dozwolone prawem granice może dodatkowo godzić w zakaz tortur. Należy bowiem przypomnieć, że Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych z 10 grudnia 1984 r., definiuje tortury jako „każde działanie, którym jakiegokolwiek osobie umyślnie zadaje się ostry ból lub cierpienie, fizyczne bądź psychiczne, w celu uzyskania od niej lub od osoby trzeciej informacji lub wyznania, w celu ukarania jej za czyn popełniony przez nią lub osobę trzecią albo o którego dokonanie jest ona podejrzana, a także w celu zastraszenia lub wywarcia nacisku na nią lub trzecią osobę albo w jakimkolwiek innym celu wynikającym z wszelkiej formy dyskryminacji, gdy taki ból lub cierpienie powodowane są przez funkcjonariusza państwowego lub inną osobę występującą w charakterze urzędowym, lub z ich polecenia, albo za wyraźną lub milczącą zgodą. Określenie to nie obejmuje bólu lub cierpienia wynikających jedynie ze zgodnych z prawem sankcji, nieodłącznie związanych z tymi sankcjami lub wywołanych przez nie przypadkowo”. Tym samym bicie, kopanie, duszenie podaje się jako przykład naruszenia zakazu tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania (Prusek 2021: 78; Marszał, Zagrodnik 2008: 101).

Szersza analiza zasadności zastosowania art. 1 § 2 k.k. wykracza poza ramy niniejszej glosy. Tym niemniej już w świetle wyżej poczynionych rozważań można powziąć wątpliwości, czy zadawanie uderzeń w trakcie wykonywania czynności procesowych przez organ procesowy niezgodnie z przepisami można kwalifikować jako zachowanie o stopniu społecznej szkodliwości nie wyższym niż znikomy.

6. Wnioski

Głosowany wyrok dowodzi potrzeby ujednoczenia rozumienia przesłanek szczególnych zastosowania zatrzymania właściwego – obawy ucieczki i ukrycia się osoby podejrzanej albo oskarżonego. Jednocześnie ujawnia pilną potrzebę interwencji prawodawcy w celu poszerzenia podstaw stosowania środków przymusu bezpośredniego w przepisach k.p.k. Uwzględniając całokształt okoliczności, na kanwie których został wydany głosowany wyrok, warto zwrócić uwagę na jeszcze jeden aspekt. W toku prac nad u.s.p.b., a także po jej uchwaleniu sygnalizowano niekompletność systemu kontroli stosowania środków przymusu bezpośredniego (Wystąpienie 2014: 1–3). W odpowiedzi na formułowane zarzuty Minister Spraw Wewnętrznych wskazał, że przepisy pozwalające na pociągnięcie funkcjonariuszy do odpowiedzialności karnej, dyscyplinarnej oraz majątkowej stanowią dostateczną ochronę praw i wolności osób, wobec których zastosowano przymus bezpośredni (Szwarc 2015: 101–102). Głosowanym orzeczeniem uniewinniono oskarżonych mimo wątpliwości co do legalności ich działania. Przykład ten podaje w wątpliwość zaprezentowane stanowisko Ministra Spraw Wewnętrznych.

Wykaz skrótów

- | | |
|----------------|---|
| k.k. | – Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny. |
| k.p.k. | – Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego. |
| Konstytucja RP | – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. |
| u.s.p.b. | – Ustawa z 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej. |

Bibliografia

Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483.
- Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych z 10.12.1984 r., Dz.U. z 1989 r., Nr 63, poz. 378.
- Ustawa z 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń, t.j.: Dz.U. z 2022 r., poz. 2151.
- Ustawa z 6 kwietnia 1990 r. o Policji, t.j.: Dz.U. z 2023 r., poz. 171.
- Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, t.j.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1138.
- Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, t.j.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1375.
- Ustawa z 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, t.j.: Dz.U. z 2023 r., poz. 202.

Ustawa z 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2013 r., poz. 1247.

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 18 marca 2003 r., w sprawie poddawania badaniom lub dokonywania czynności z udziałem oskarżonego oraz osoby podejrzanej, Dz.U. z 2003 r., Nr 108, poz. 1021.

Orzecznictwo

Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 30 listopada 2010 r., S 5/10. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A 2010, nr 9, poz. 126.

Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 19 sierpnia 1998 r., II Akz 216/98. Dostęp: 09.06.2023. LEX nr 35107.

Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 24 lipca 2002 r., II AKz 651/02. Dostęp: 09.06.2023. LEX nr 75084.

Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 25 września 2008 r., II AKp 147/08. Dostęp: 09.06.2023. LEX nr 477695.

Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 15 kwietnia 2009 r., II AKz 256/09. Dostęp: 09.06.2023. LEX nr 512063.

Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 14 stycznia 2015 r., II AKz 813/14. Dostęp: 09.06.2023. LEX nr 1665568.

Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 8 czerwca 2016 r., II AKz 288/16. Dostęp: 09.06.2023. LEX nr 2139309.

Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 14 lutego 2018 r., II AKz 90/18. Dostęp: 09.06.2023. LEX nr 2518023.

Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 17 lipca 2018 r., II AKz 488/18. Dostęp: 09.06.2023. LEX nr 2615545.

Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 28 maja 1991 r., II Akz 28/91. Dostęp: 09.06.2023. Legalis nr 288431.

Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 30 grudnia 1991 r., Akz 110/91. Dostęp: 09.06.2023. Legalis nr 288495.

Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 1 lipca 1992 r., II Akz 118/92. Dostęp: 09.06.2023. Legalis nr 288588.

Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 5 sierpnia 1992 r., II AKz 154/92. Dostęp: 09.06.2023. LEX nr 27778.

Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 17 listopada 1993 r., II Akz 318/93. Dostęp: 09.06.2023. LEX nr 27941.

Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 10 września 1996 r., II AKo 86/96. Dostęp: 09.06.2023. LEX nr 28430.

Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 13 listopada 2002 r., II AKz 481/02. Dostęp: 09.06.2023. LEX nr 75050.

Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 30 czerwca 2005 r., II AKz 246/05. Dostęp: 09.06.2023. LEX nr 156121.

Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z 10 maja 1994 r., W 7/94. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego 1994, nr 1, poz. 23.

- Wyrok Sądu Rejonowego w Łęczycy z 1 czerwca 2017 r., II K 201/16. Dostęp: 09.06.2023. LEX nr 2362004.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 3 października 2000 r., K 33/99. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy 2000, nr 6, poz. 188.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20 czerwca 2005 r., K 4/04. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A 2005, nr 6, poz. 64.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 10 marca 2010 r., U 5/07. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A 2010, nr 3, poz. 20.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 17 maja 2012 r., K 10/11. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A 2012, nr 5, poz. 51.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 5 marca 2013 r., U 2/11. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A 2013, nr 3, poz. 24.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 12 maja 2015 r., P 46/13. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy. Seria A 2015, nr 5, poz. 62.

Opracowania

- Banaszak, Bogusław. 2012. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Boratyńska, Katarzyna, Paweł Czarnecki, Radosław Koper. 2020. Komentarz do art. 244. W: A. Sakowicz (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Buchała, Kazimierz. 1957. Podstawy stosowania aresztu tymczasowego w ustawie i praktyce. *Nowe Prawo* 7–8: 52–68.
- Cieślak, Marian. 1982. *Postępowanie karne. Zarys instytucji*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Cieślak, Marian. 1984. *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Cora, Łukasz. 2008a. Zatrzymanie żołnierza lub innej osoby przez Żandarmerię Wojskową. *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 3: 27–37.
- Cora, Łukasz. 2008b. Z problematyki karno-administracyjnego zatrzymania osoby do wytrzeźwienia. *Samorząd Terytorialny* 7–8: 134–140.
- Cora, Łukasz. 2008c. Instytucja zatrzymania prewencyjnego z art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy o Policji. *Przegląd Policynny* 3: 164–146.
- Cora, Łukasz. 2008d. Zatrzymanie administracyjne na podstawie art. 40 ust. 1 ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi. *Prokuratura i Prawo* 5: 109–119.
- Cora, Łukasz. 2008e. O pojęciu pozaprocesowego zatrzymania osoby. *Państwo i Prawo* 3: 72–82.
- Cora, Łukasz. 2015. *Zatrzymanie osoby w polskim procesie karnym. Analiza dogmatyczno-prawna*. Warszawa: C.H. Beck.
- Dudka, Katarzyna. 2020a. Komentarz do art. 244. W: K. Dudka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Dudka, Katarzyna. 2020b. Komentarz do art. 279. W: K. Dudka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

- Eichstaedt, Krzysztof. 2018a. Komentarz do art. 244. W: D. Świecki (red.). *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. T. 1. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Eichstaedt, Krzysztof. 2018b. Komentarz do art. 258. W: D. Świecki (red.). *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. T. 1. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Grajewski, Jan, Sławomir Steinborn. 2013. Komentarz do art. 278–280. W: L.K. Paprzycki (red.). *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. T. 1. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Haniaczyk, Jan. 2000. Środki przymusu służące Straży Gminnej (Miejskiej) do realizacji zadań w zakresie ochrony porządku publicznego. *Przegląd Policyjny* 3–4: 122–128.
- Hofmański, Piotr, Elżbieta Sadzik, Kazimierz Zgryzek. 2011. Komentarz do art. 244. W: P. Hofmański (red.). *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. T. 1. Warszawa: C.H. Beck.
- Izydorzycy, Jacek. 2002. *Stosowanie tymczasowego aresztowania w polskim postępowaniu karnym*. Kraków: Zakamycze.
- Jeż-Ludwichowska, Maria, Dariusz Kala, Arkadiusz Lach. 2002. Charakter prawny postępowania i środki przymusu w sprawach o wykroczenia. *Prokuratura i Prawo* 6: 40–55.
- Karczmarczyk, Michał. 2007. *Użycie środków przymusu bezpośredniego i broni palnej w aspekcie bezpieczeństwa osobistego policjantów i innych uczestników zdarzeń nadzwyczajnych. Raport z badań*. Szczytno: Wydawnictwo Wyższej Szkoły Policji.
- Kobus, Ireneusz, Ireneusz Dziugiel. 2006. *Zatrzymanie, ujęcie, doprowadzenie, sprowadzenie*. Szczytno: Wydawnictwo Dorix.
- Koper, Radosław. Środki przymusu w procesie karnym. 2019. W: J. Zagrodnik (red.). *Proces karny*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Lipski, Jacek. 2010. Regulacje prawne normujące stosowanie środków przymusu bezpośredniego – wnioski de lege lata i de lege ferenda. W: E. Ura, S. Pieprzny (red.). *Służby i formacje mundurowe w systemie bezpieczeństwa wewnętrznego Rzeczypospolitej Polskiej*. Rzeszów: RS Druk.
- Marszał, Kazimierz, Jarosław Zagrodnik. 2008. Zatrzymanie właściwe z perspektywy sądowej kontroli postępowania przygotowawczego. W: S. Lelental, S. Kudrelek, I. Nowicka (red.). *Czynności dochodzeniowo-śledcze i działania operacyjne policji a rola sądu w postępowaniu przygotowawczym. Materiały konferencyjne (Szczytno 8–9.11.2007 r.)*. Szczytno: Wydawnictwo Wyższej Szkoły Policji.
- Marszał, Kazimierz. 2013. *Proces karny. Zagadnienia ogólne. Wydanie II uzupełnione*. Katowice: Wydawnictwo Volumen.
- Murzynowski, Andrzej. 1963. *Areszt tymczasowy oraz inne środki zapobiegające uchylaniu się od sądu*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Osińska, Agata. 2008. Instytucja zatrzymania i jego sądowa kontrola. W: S. Lelental, S. Kudrelek, I. Nowicka (red.). *Czynności dochodzeniowo-śledcze i działania operacyjne policji a rola sądu w postępowaniu przygotowawczym. Materiały konferencyjne (Szczytno 8–9.11.2007 r.)*. Szczytno: Wydawnictwo Wyższej Szkoły Policji.
- Paprzycki, Lech Krzysztof. 2013. Komentarz do art. 244. W: L.K. Paprzycki (red.). *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. T. 1. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Prusek, Michał. 2016. Problematyka środków przymusu bezpośredniego w świetle konstytucyjnego wymogu regulacji ustawowej (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP). Cz. 1. *Przegląd Policyjny* 4: 153–164.

- Prusek, Michał. 2017. Problematyka środków przymusu bezpośredniego w świetle konstytucyjnego wymogu regulacji ustawowej (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP). *Cz. 2. Przegląd Policjny* 1: 110–122.
- Prusek, Michał. 2021. *Stosowanie środków przymusu bezpośredniego w procesie karnym*. Warszawa: Dom Wydawniczy Elipsa.
- Skorupka, Jerzy. 2021a. Komentarz do art. 244. W: J. Skorupka (red.). *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Skorupka, Jerzy. 2021b. Komentarz do art. 258. W: J. Skorupka (red.). *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Skorupka, Jerzy. 2017. Zatrzymanie procesowe osoby podejrzanej. *Prokuratura i Prawo* 11: 16–32.
- Skwarczyński, Hubert. 2020. Komentarz do art. 244. W: D. Drajewicz (red.). *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. T. 1. Warszawa: C.H. Beck.
- Sowiński, Piotr Krzysztof. 2007. Środki przymusu w ustawie o cudzoziemcach. *Prokuratura i Prawo* 11: 124–142.
- Stefański, Robert. 2011. *Środki przymusu bezpośredniego. Wybrane zagadnienia*. Słupsk: Wydawnictwo Szkoły Policji w Słupsku.
- Stefański, Ryszard Andrzej. 1996. Uzasadniona obawa ucieczki podstawą stosowania zakazu opuszczania kraju. *Prokuratura i Prawo* 5: 50–55.
- Stefański, Ryszard Andrzej. 1997. Zatrzymanie według nowego kodeksu postępowania karnego. *Prokuratura i Prawo* 10: 32–61.
- Stefański, Ryszard Andrzej. 1998. *Środki zapobiegawcze w nowym kodeksie postępowania karnego*. Warszawa: Dom Wydawniczy „ABC”.
- Stefański, Ryszard Andrzej. 2000a. Komentarz do art. 244. W: Z. Gostyński (red.). *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. T. 1. Warszawa: Dom Wydawniczy „ABC”.
- Stefański, Ryszard Andrzej. 2000b. Komentarz do art. 258. W: Z. Gostyński (red.). *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. T. 1. Warszawa: Dom Wydawniczy „ABC”.
- Stefański, Ryszard Andrzej, Stanisław Zabłocki. 2019a. Komentarz do art. 244. W: R.A. Stefański, S. Zabłocki (red.). *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. T. 2. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Stefański, Ryszard Andrzej, Stanisław Zabłocki. 2019b. Komentarz do art. 279. W: R.A. Stefański, S. Zabłocki (red.). *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. T. 2. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Szafrańska, Elżbieta. 2006. *Prawne i organizacyjne uwarunkowania interwencji policyjnych*. Szczytno: Wyższa Szkoła Policji w Szczytnie.
- Szwarc, Karolina. 2015. Stosowanie ustawy z dnia 24 maja 2013 roku o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej z perspektywy doświadczeń Rzecznika Praw Obywatelskich. W: R. Netczuk (red.). *Użycie broni palnej jako środka przymusu bezpośredniego. Aspekty prawne*. Katowice: Uniwersytet Śląski w Katowicach.
- Szydło, Marek. 2016. Komentarz do art. 31. W: M. Safjan, L. Bosek (red.). *Konstytucja RP. Komentarz*. T. 1. Warszawa: C.H. Beck.
- Śliwiński, Stanisław. 1961. *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, wyd. II. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.

- Świda, Zofia. 2008. Wykładnia przepisów prawa karnego procesowego. W: Z. Świda (red.). *Postępowanie karne. Część ogólna*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Tuleja, Piotr. 2016. Komentarz do art. 7. W: M. Safjan, L. Bosek (red.). *Konstytucja RP. Komentarz*. T. 1. Warszawa: C.H. Beck.
- Ura, Edward. 1995. Prawne formy i metody działania policji. *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska XLII*: 141–156.
- Waltoś, Stanisław. 2008. *Proces karny. Zarys systemu*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Wiliński, Paweł. 2021. Konstytucyjne gwarancje stosowania środków przymusu W: P. Hofmański, T. Grzegorzczak, D. Świecki (red.). *System prawa karnego procesowego*. Tom IX: *Środki przymusu*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Witkowska, Krystyna. 2011. Gwarancje zatrzymanego. *Prokuratura i Prawo* 9: 80–99.
- Wojtyczek, Krzysztof. 1999. *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*. Kraków: Zakamycze.
- Wojtyczek, Krzysztof. 2002. Zasada proporcjonalności. W: B. Banaszak, A. Preisner (red.). *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*. Warszawa: C.H. Beck.
- Woźniewski, Krzysztof. 2010. Zasada praworządności w procesie karnym. *Gdańskie Studia Prawnicze XXIV*: 391–397.
- Zagórski, Janusz. 2004. Zatrzymanie przez policję oraz umieszczenie w policyjnych izbach zatrzymań. *Państwo i Prawo* 9: 84–97.

Źródła internetowe

Wystąpienie RPO z 31.10.2014 r. do MSW w sprawie braku w ustawie o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej przepisów regulujących możliwość złożenia na zastosowanie środków przymusu bezpośredniego i broni palnej, Sygn. II.511.1869.2014. Dostęp: 09.06.2023. <https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wyst%C4%85pienie%20do%20MSW%20ws.%20braku%20mo%C5%Bcliwo%C5%9Bci%20z%C5%82o%C5%BCenia%20za%C5%BCalania%20na%20u%C5%BCycie%20%C5%9Brodk%C3%B3w%20przymusu%20bezp%C5%9Bredniego%20i%20broni%20palnej.pdf>.

Volume 21, Issue 2
December 2023

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

COMMENTARY
received 2023-09-28
accepted 2023-12-03



Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2019 r., III CZP 85/18, Legalis

Gloss to the resolution of the Supreme Court of February 15, 2019, III CZP 85/18, Legalis

MAGDALENA RZEWUSKA

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
ORCID: 0000-0003-0718-7210, magdalena.rzewuska@uwm.edu.pl

Citation: Rzewuska, Magdalena. 2023. Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2019 r., III CZP 85/18, Legalis. *Opolskie Studia Administracyjno-Prawne* 21(2): 263–275. DOI: 10.25167/osap.5264.

Abstract: The publication is devoted to the analysis of the resolution of the Supreme Court of February 15, 2019, III CZP 85/18, in which the court found it inadmissible for parents to purchase real estate for a child under their parental authority without the consent of the guardianship court as a result of concluding a sales contract, also in the case when the finances for the purchase were obtained from a targeted donation made by them.

Key words: real estate acquisition, minor, legal representative, targeted donation, sale

Abstrakt: Publikację poświęcono analizie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2019 r., III CZP 85/18, w której sąd za niedopuszczalne uznał nabywanie przez rodziców dla dziecka znajdującego się pod ich władzą rodzicielską bez zezwolenia sądu opiekuńczego nieruchomości wskutek zawarcia umowy sprzedaży również w przypadku, gdy pieniądze na kupno uzyskane zostały z darowizny celowej przez nich dokonanej.

Słowa kluczowe: nabycie nieruchomości, małoletni, przedstawiciel ustawowy, darowizna celowa, sprzedaż

1. Wprowadzenie

Teza glosowanej uchwały stanowi rozstrzygnięcie przedstawionego Sądowi Najwyższemu przez Sąd Okręgowy w G. zagadnienia prawnego o następującej

treści: „czy rodzice mogą bez zezwolenia sądu opiekuńczego przewidzianego w art. 101 § 3 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nabywać dla małoletniego dziecka nieruchomości (odrębną własność lokalu) na podstawie umowy sprzedaży, w sytuacji gdy środki na nabycie pochodzą wyłącznie z darowizny przekazanej przez rodziców, którzy jednocześnie zobowiązują się względem dziecka do pokrywania ciężarów związanych z utrzymaniem nabytego prawa własności do czasu uzyskania przez dziecko pełnoletniości?”

Odpowiadając na tak sformułowane pytanie prawne, SN stwierdził, że „rodzice, bez zezwolenia sądu opiekuńczego, nie mogą nabywać dla dziecka pozostającego pod ich władzą rodzicielską nieruchomości na podstawie umowy sprzedaży także wtedy, gdy środki pieniężne na zakup pochodzą z dokonanej przez nich darowizny celowej”. Autorka pozytywnie ustosunkowała się do stanowiska SN wyrażonego w tezie głosowanej uchwały. Wskazała dodatkowe argumenty, które wzmacniają trafność tezy sformułowanej przez SN. Nie podzieliła poglądu SN wyrażonego w uzasadnieniu głosowanej uchwały, dopuszczającego możliwość nabycia przez rodziców dla ich małoletniego dziecka na mocy umowy darowizny nieruchomości, bez konieczności uzyskania sądowego zezwolenia, o ile nabycie nieruchomości jest wolne od jakichkolwiek zobowiązań czy to w stosunku do darczyńcy, czy osoby trzeciej.

2. Stan faktyczny

Głosowana uchwała została wydana na kanwie następującego stanu faktycznego. Dnia 28 grudnia 2017 r. notariusz odmówił sporządzenia w formie aktu notarialnego umowy sprzedaży dwóch lokali mieszkalnych z uwagi na to, że stroną kupującą miały być osoby małoletnie, które miały być reprezentowane przez ich przedstawicieli ustawowych nieposiadających sądowego zezwolenia na dokonanie tego rodzaju czynności w imieniu osób małoletnich. Notariusz wskazał, że nabycie lokali stanowi czynność przekraczającą zakres zwykłego zarządu, przez co do jej dokonania wymagane jest uzyskanie przez przedstawicieli ustawowych zgody sądu opiekuńczego.

Osoby małoletnie oraz reprezentujący je rodzice złożyli zażalenie na odmowę sporządzenia umowy przez notariusza. Jak wskazali, do zawarcia umowy sprzedaży nie było konieczne uzyskanie zezwolenia sądowego z uwagi na to, że pieniądze na kupno nieruchomości miały być uzyskane z tytułu przyznania przez ojca małoletnich dzieci darowizny celowej. Na potwierdzenie swoich słów przedłożyli stosowną umowę o nazwie „umowa przyrzeczenia i przyjęcia darowizny pieniężnej celowej z notarialnym potwierdzeniem podpisów stron zawierających umowę”. Umowa ta została zawarta między przedstawicielką ustawową małoletnich i ich ojcem. W umowie ojciec zobowiązał się do dokona-

nia darowizny celowej na zakup nieruchomości dla swoich małoletnich dzieci i na pokrycie kosztów sporządzenia aktu notarialnego, wpisu do ksiąg wieczystych oraz podatków. Dodatkowo ojciec w umowie zaznaczył, że będzie płacił podatki, ponosił koszty utrzymania oraz eksploatacji nieruchomości, a także ewentualnie koszty remontów lokali do momentu, kiedy jego małoletnie dzieci usamodzielnia się finansowo. Jednocześnie ustalono, że darowizna nie zostanie wykonana, jeśli nie dojdzie do zawarcia umowy sprzedaży lokali w formie aktu notarialnego. Ponadto zastrzeżono, że obdarowane do momentu uzyskania pełnoletności nie mogą zbyć lokali bez zgody swoich rodziców, poza wyjątkiem, gdy „byłoby to spowodowane śmiercią któregoś z rodziców”.

Sąd Okręgowy, do którego wpłynęło zażalenie, powziął wątpliwości co do tego, „czy rodzice mogą bez zezwolenia sądu opiekuńczego przewidzianego w art. 101 § 3 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego nabywać dla małoletniego dziecka nieruchomość (odrębną własność lokalu) na podstawie umowy sprzedaży, w sytuacji gdy środki na nabycie pochodzą wyłącznie z darowizny przekazanej przez rodziców, którzy jednocześnie zobowiązują się względem dziecka do pokrywania ciężarów związanych z utrzymaniem nabytego prawa własności do czasu uzyskania przez dziecko pełnoletności?”, i tak sformułowane pytanie prawne skierował do SN. SO zwrócił uwagę na występujące rozbieżności poglądów co do kwalifikacji czynności prawnych dotyczących obrotu nieruchomościami, które dokonywane są przez przedstawicieli ustawowych małoletnich. Podniósł, że niektórzy przedstawiciele nauki uznają każdą czynność, która odnosi się do nieruchomości, za czynność przekraczającą zakres zwykłego zarządu. Ponadto zaznaczył, że „w praktyce notarialnej przyjęto, że wskazanie wprost w treści umowy sprzedaży, iż nabycie nieruchomości nie następuje z majątku dziecka, tylko z funduszy rodziców uzasadnia zastosowanie przez analogię przepisów o darowiznie i zawarcie jej bez zezwolenia sądu opiekuńczego”, i tym samym podkreślił, że „odmowa sporządzenia zamierzonej przez strony umowy świadczy, że nie jest to stanowisko jednolite”. Sąd zwrócił uwagę na różną wykładnię uchwały SN z dnia 30 kwietnia 1977 r. (III CZP 73/76), „w myśl której rodzice mogą, bez zezwolenia sądu opiekuńczego przewidzianego w art. 101 § 3 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, nabywać dla małoletniego dziecka nieruchomości na podstawie umowy darowizny w stanie wolnym od zobowiązań wobec darczyńcy lub osób trzecich”. Według SO „dla oceny, czy odmowa dokonania czynności notarialnej była uzasadniona, istotne znaczenie ma stwierdzenie, do ilu czynności prawnych miało dojść pomiędzy stronami. Przyjęcie, że darowizna celowa i nabycie nieruchomości za pochodzące z niej środki pieniężne stanowią samodzielne czynności prawne, skutkowałyby koniecznością uzyskania zezwolenia sądu opiekuńczego na zawarcie umowy sprzedaży”.

Do postępowania przyłączył się prokurator, domagając się podjęcia uchwały kwalifikującej nabycie nieruchomości przez przedstawicieli ustawowych małoletnich za fundusze uzyskane z darowizny, której sami dokonali, jako czynność przekraczającą zakres zwykłego zarządu i tym samym wymagającą zezwolenia sądowego.

3. Stanowisko SN

W pierwszej kolejności, analizując przedstawione przez SO zagadnienie prawne, SN zarzucił mu jego „nadmiernie kazuistyczne sformułowanie”. Analizując stan faktyczny, na kanwie którego doszło do wydania głosowanej uchwały, SN zwrócił również uwagę na pewne nieprawidłowości związane z samą umową przyrzeczenia i przyjęcia darowizny pieniężnej celowej. Po pierwsze, wskazał, że umowa ta nie została zawarta w wymaganej prawem formie aktu notarialnego, jak również nie doszło do jej konwalidacji z uwagi na niezrealizowanie przyrzczonego świadczenia. Po drugie, niejasne jest to, czy darowizna miała zostać wykonana wcześniej, czy wskutek zrealizowania przyrzczonego świadczenia pieniężnego na rzecz strony sprzedającej. Po trzecie, z uwagi na niedoprecyzowanie w umowie zakresu przedmiotowego, a także terminu ponoszenia przez ojca małoletnich kosztów: podatków, utrzymania oraz eksploatacji lokali, jak również ewentualnych remontów lokali do momentu uzyskania samodzielności finansowej przez małoletnie dzieci, postanowienia umowne w tym zakresie nie stanowią źródła zobowiązania (uzasadnienie głosowanej uchwały).

Pomimo wskazanych nieprawidłowości SN postanowił udzielić odpowiedzi na przedłożone mu pytanie prawne. Na wstępie wskazał, że w myśl art. 101 § 3 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (dalej: KRO) niedopuszczalne jest dokonywanie przez rodziców czynności, które przekraczają zakres zwykłego zarządu majątkiem dziecka, jak również wyrażanie zgody na dokonywanie tego rodzaju czynności przez ich dzieci bez uzyskania zezwolenia sądowego. Jak zaznaczył SN, „nadzór sądu opiekuńczego ma w tym zakresie charakter prewencyjny, obejmując badanie legalności (zgodności z prawem) i celowości (szeroko rozumianego interesu, nie ograniczonego do bieżącej korzyści) przed dokonaniem zamierzonej czynności” (uzasadnienie głosowanej uchwały).

SN przytoczył również uchwałę SN z dnia 24 czerwca 1961 r. (III CZP 16/61), „w myśl której czynność prawna dotycząca majątku małoletniego, dokonana przez przedstawiciela ustawowego bez uprzedniego zezwolenia władzy opiekuńczej, jest nieważna i nie może być konwalidowana” (uzasadnienie głosowanej uchwały).

SN przyjrzał się nieco bliżej sformułowaniu „zwykły zarząd majątkiem dziecka”. Stwierdził, że pojęcie to nie zawiera definicji legalnej i nie można utożsamiać go z zarządem „majątkiem wspólnym małżonków”, jak również z zarządem „przedmiotem współwłasności”. Sąd wskazał, że w zakresie znaczeniowym pojęcia zarządu majątkiem dziecka mieszczą się czynności faktyczne, prawne, jak również procesowe, które odnoszą się do przedmiotów będących składnikami tego majątku. Zdaniem Sądu „przy kwalifikacji czynności prawnych, dokonywanych przez przedstawicieli ustawowych małoletnich, w aspekcie «zwykłego zarządu» niezbędne jest odniesienie się do przyjętej w orzecznictwie i piśmiennictwie wykładni tego pojęcia oraz do kryteriów subiektywnych, bowiem taka sama czynność może w indywidualnych okolicznościach faktycznych danej sprawy, z uwagi na wartość majątku, cel, znaczenie, rodzaj i skutki czynności, stanowić lub przekraczać zakres zwykłego zarządu”. Sąd powołał również postanowienie SN z dnia 17 października 2000 r. (I CKN 319/00), w którym uznano, „że obiektywnym i sprawdzalnym miernikiem przekroczenia zakresu zwykłego zarządu przez daną czynność jest jej ciężar gatunkowy, wartość i skutki wywołane w sferze majątku małoletniego oraz szeroko pojęte dobro dziecka i ochrona jego interesów życiowych” (uzasadnienie głosowanej uchwały).

SN odwołał się również do uchwały SN z dnia 30 kwietnia 1977 r. (III CZP 73/76), w której za dopuszczalną uznano możliwość nabycia przez rodziców dla ich małoletniego dziecka na mocy umowy darowizny nieruchomości bez konieczności uzyskania sądowego zezwolenia, o ile nabycie nieruchomości jest wolne od jakichkolwiek zobowiązań czy to w stosunku do darczyńcy, czy osoby trzeciej. Sąd uznał, że z uwagi na to, że czynność ta niesie ze sobą wyłącznie przysporzenie majątkowe osoby małoletniej i nie rodzi po stronie tej osoby jakichkolwiek zobowiązań, jest zgodna z jej dobrem, a także z art. 17 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (uzasadnienie głosowanej uchwały).

W uzasadnieniu głosowanej uchwały SN co prawda zgodził się z poglądem wyrażonym w uchwale SN z dnia 30 kwietnia 1977 r. (III CZP 73/76), ale też dostrzegł wiele ważkich różnic pomiędzy stanami faktycznymi i prawnymi obu rozpoznawanych spraw. SN zwrócił uwagę na to, że w trakcie analizy stanu faktycznego sprawy, na kanwie której wydano głosowaną uchwałę, niedopuszczalne jest przyjęcie, że środki finansowe przeznaczone na kupno nieruchomości należały do majątku małoletnich dzieci „już w dacie planowanej czynności”. Sąd uznał, że z uwagi na to, że w rozpoznawanej sprawie miały zostać zawarte dwie samodzielne umowy: darowizny i sprzedaży, niezbędne jest zbadanie każdej z nich samodzielnie pod kątem zarządu majątkiem dziecka. Umowa darowizny, mocą której małoletnie dzieci miały uzyskać środki finansowe od ojca będącego ich przedstawicielem ustawowym, została dookreślona jako „darowizna celowa”, przez co zdaniem darczyńcy czynność ta nie niosła „ryzyka naruszenia majątko-

wych interesów małoletnich”. Umowy darowizny celowej spotykane są w obrocie cywilnoprawnym i sprowadzają się do przekazania podmiotowi obdarowanemu określonej kwoty pieniężnej z jednoczesnym określeniem konkretnego przeznaczenia tej kwoty. Zastrzeżenie określonego przeznaczenia darowanej kwoty pieniężnej może mieć dwie różne postacie: polecenia bądź warunku (uzasadnienie głosowanej uchwały).

Umowa sprzedaży miała zostać zawarta między osobą trzecią jako sprzedającym a małoletnimi dziećmi reprezentowanymi przez ich przedstawicieli ustawowych jako kupującymi. Charakteryzując umowę sprzedaży, Sąd zwrócił uwagę na to, że „w przedmiotowym wypadku istnieją wątpliwości, czy umowa sprzedaży w zakresie świadczenia ceny miała być realizowana w układzie dwu- czy trójpodmiotowym. Niemniej zobowiązanie przedstawiciela ustawowego do zapewnienia małoletnim środków pieniężnych przeznaczonych na pokrycie ceny nie zmieniało istoty tego stosunku prawnego” (uzasadnienie głosowanej uchwały).

Zdaniem SN „nie ulega wątpliwości, że tak skonstruowany stosunek zobowiązaniowy nadal wymaga kontroli sądu opiekuńczego, zarówno w aspekcie legalności, jak i celowości”. Jak bowiem wskazał Sąd, „w wypadkach wątpliwych, a do takich należy zawarcie umowy sprzedaży z wykorzystaniem środków pieniężnych pochodzących z darowizny celowej, ani przedstawiciele ustawowi, ani notariusz nie mają ustawowej kompetencji do kwalifikacji zamierzonej czynności z punktu widzenia przekroczenia granic zwykłego zarządu, a ich błędna ocena może być podważona z najdalej idącym skutkiem nieważności czynności prawnej”. Według SN każdą czynność prawną skutkującą odpłatnym nabyciem nieruchomości przez małoletnie dzieci kwalifikować należy jako czynność przekraczającą zakres zwykłego zarządu, niezależnie od tego, skąd pochodzą środki finansowe. Brak jakiegokolwiek uzasadnienia do odejścia od tej reguły w przypadku, gdy środki pieniężne na kupno nieruchomości uzyskane zostały z tytułu darowizny. Sąd wskazał, że nabycie nieruchomości w imieniu małoletniego przez jego przedstawiciela ustawowego jest ryzykowne z uwagi na to, że niesie ze sobą pojawienie się szeregu nowych praw i obowiązków, które wymagają analizy pod kątem dobra dziecka. Jak podkreślił, „wprawdzie pożytki majątku stanowią jego własność, ale przeznaczenie czystego dochodu określa ustawa w art. 103 KRO jako zaspokojenie potrzeb w zakresie utrzymania i wychowania dziecka, rodzeństwa, zaspokajanie uzasadnionych potrzeb rodziny”. Zdaniem Sądu „pozyskiwanie ich pośrednio wpływa zatem na istnienie i zakres obowiązku alimentacyjnego rodziców”. Ponadto Sąd podniósł, że posiadanie nieruchomości wiąże się z koniecznością sprostania szeregowi obowiązków cywilnoprawnych oraz publicznoprawnych (uzasadnienie głosowanej uchwały).

4. Analiza głosowanej uchwały

Jak trafnie zauważył SN, w polskim systemie prawnym brak definicji legalnej pojęcia „zarządu majątkiem dziecka” (zob. też Tenenbaum-Kulig, Pisuliński 2020: 100). Stąd też przedstawiciele nauki podjęli próbę jej sformułowania. Zasadniczo wskazuje się, na co również zwrócił uwagę SN w uzasadnieniu głosowanej uchwały, że pojęcie zarządu majątkiem dziecka należy utożsamiać ze wszystkimi czynnościami faktycznymi oraz prawnymi, zarówno materialnymi, jak i procesowymi, które odnoszą się do majątku małoletniego (Gromek 2020: art. 101, Legalis). W doktrynie podkreśla się, że wszystkie czynności zarządu majątkiem małoletniego powinny być skonkretyzowane. Oznacza to, że każda z nich „powinna przede wszystkim uwzględniać wszelkie okoliczności danej sprawy”, zarówno majątkowe („tj. rodzaj i wagę przedmiotu dokonywanej czynności, [...] skutki dla całego majątku małoletniego”), jak i niemajątkowe („kierując się zasadami polskiego prawa rodzinnego, tj. przede wszystkim zasadą dobra dziecka, czyli ochroną jego interesów, oraz interesem społecznym”) (Gromek 2020, Legalis).

Zdaniem Tomasza Sokołowskiego „zarząd majątkiem dziecka to wszelkiego rodzaju dyspozycje i czynności odnoszące się do poszczególnych składników majątku, tak jak zarząd rzeczą oznacza wszelkiego rodzaju dyspozycje i czynności dotyczące tej rzeczy. Ponadto zarząd majątkiem dziecka, jako agregatem aktywów i pasywów, obejmuje zachowania oraz czynności prawne i faktyczne, wpływające na szeroko rozumianą sytuację majątkową dziecka. Są to zachowania zmierzające do zachowania tego majątku, czynności powodujące jego zmniejszenie poprzez zbycie albo obciążenie jego składników, a także czynności powodujące zwiększenie tego majątku drogą nabycia nowych przedmiotów majątkowych albo umniejszenia istniejących obciążeń” (Sokołowski 2013, LEX).

Jak wskazuje Jerzy Słyk, „zaciągnięcie w imieniu dziecka zobowiązań jest jedną z form zarządu majątkiem dziecka i może być oceniane w kategoriach wykonywania władzy rodzicielskiej, należytej staranności i ewentualnego przekroczenia zakresu zwykłego zarządu”. Zdaniem Autora „analogiczna jak w przypadku art. 36 § 2 zd. 2 KRO definicja zarządu majątkiem dziecka nie jest potrzebna, a jej przyjęcie byłoby wręcz szkodliwe z punktu widzenia ochrony interesów majątkowych dziecka” (Słyk 2023, Legalis).

Nie może umknąć uwadze, że rodzice sprawujący zarząd majątkiem dziecka powinni czynić to z należyłą starannością. Za dostateczną uznaje się staranność, która jest powszechna u „przeciętnych rodziców” w „przeciętnych stosunkach społecznych”. W przypadku gdy należyta staranność nie zostanie dochowana i powstaną szkody w majątku małoletniego, rodzice mogą zostać narażeni na pociągnięcie ich do odpowiedzialności odszkodowawczej wobec ich małoletniego dziecka (Wicherek 2021, LEX). W interesie samych rodziców,

jak również dziecka leży tym samym wykonywanie zarządu majątkiem dziecka z należytą starannością.

Przy wykonywaniu zarządu majątkiem dziecka istotnego znaczenia nabiera podział na czynności zwykłego zarządu i czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu. O ile te pierwsze mogą być podejmowane samodzielnie przez rodziców sprawujących zarząd majątkiem dziecka, o tyle dokonywanie tych drugich uzależnione jest od uprzedniego uzyskania przez rodziców zezwolenia sądu opiekuńczego (Haak, Haak-Trzuskawska 2019, Legalis). Z uwagi na brak definicji legalnej czynności zwykłego zarządu i czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu przy ich interpretacji należy się posilkować tym, co zdołały wypracować doktryna i judykatura, na co również zwrócił uwagę SN w uzasadnieniu głosowanej uchwały. Dość powszechnie w literaturze mianem czynności zwykłego zarządu określa się czynności, które podejmowane są przez rodziców w celu załatwienia „bieżących spraw związanych ze zwykłym korzystaniem” z rzeczy stanowiących składniki majątku dziecka oraz celem utrzymania tych rzeczy w niepogorszonym stanie. Pozostałe czynności, które nie mieszczą się we wskazanym zakresie, określane są mianem czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu (Trybulska-Skoczelaś 2014, LEX; Haak, Haak-Trzuskawska 2019, Legalis; Gajda 2023, Legalis).

Wśród czynności zwykłego zarządu majątkiem dziecka wyróżnia się dwie ich grupy, tzn. czynności, które związane są z istotną sprawą małoletniego dziecka, i czynności, które nie wykazują takiego związku. Czynności mieszczące się w pierwszej ze wskazanych grup muszą być dokonywane przez rodziców wspólnie. Czynności z drugiej grupy mogą być podejmowane samodzielnie przez każdego z rodziców (Sokołowski 2013, LEX).

Ciekawe ujęcie czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu, które uzupełniają argumentację poglądu SN wyrażonego w głosowanej uchwałie i z którym należy się w całej rozciągłości zgodzić, zaproponowała Krystyna Gromek. Zdaniem Autorki „jeżeli dana czynność dysponowania majątkiem zmienia w sposób istotny wartość tego majątku [znaczne przysporzenie albo znaczne zubożenie, np. przyjęcie-odrzućenie spadku, dokonanie darowizny na rzecz osób trzecich, uszczuplającej majątek w znacznym rozmiarze (procencie albo promilu majątku – zależnie od jego wartości w stosunku np. do średniej stopy życiowej obywateli)] lub zakres przedmiotowy tego majątku (wymiana istotnych składników majątkowych, np. kupno-sprzedaż nieruchomości, spieniężenie oszczędności na rzecz podjęcia dużej inwestycji budowlanej), to taka zmiana jest nie tylko zmianą w majątku, ale i zmianą majątku, tzn. zmianą jego granic, czyli ich przekroczeniem” (Gromek 2020, Legalis).

Wśród przykładów czynności mieszczących się w granicach czynności zwykłego zarządu podaje się m.in. dokonywanie remontów budowlanych, wynaj-

mowanie mieszkań (Kamińska 2023, Legalis). Z kolei przykładami czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu są m.in. obciążenie nieruchomości ograniczonym prawem rzeczowym, odrzucenie spadku, zrzeczenie się dziedziczenia bądź też własności jakiejś rzeczy o znacznej wartości (Trybulska-Skoczylas 2014, LEX; Haak, Haak-Trzuskawska 2019, Legalis), nabycie, a także zbycie nieruchomości (Sokołowski 2013, LEX).

Zdaniem Janusza Gajdy przy dokonywaniu kwalifikacji czynności do kategorii czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu istotne znaczenie ma to, „czy dana czynność wywiera poważniejszy efekt gospodarczy” (Gajda 2023, Legalis). Z całą pewnością nabycie w drodze umowy sprzedaży dwóch lokali stanowi czynność, która wywiera poważniejszy efekt gospodarczy (tak również Tenenbaum-Kulig, Pisuliński 2020: 104). Według Janusza Gajdy ważne znaczenie przy takiej kwalifikacji ma także to, czy czynność skutkująca nabyciem „poważniejszego składnika” jest czynnością odpłatną czy też nieodpłatną. W przypadku nabycia odpłatnego mowa o czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu. W przypadku nabycia nieodpłatnego nie jest wymagana zgoda sądu opiekuńczego, na co zwrócił uwagę SN w uchwale z dnia 30 kwietnia 1977 r. (Gajda 2023, Legalis).

Piotr Wicherek podniósł, że „w doktrynie prawa przyjmuje się, iż miernikami czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu są ciężar gatunkowy wykonywanej czynności, jej skutki dla majątku dziecka, wartość przedmiotu danej czynności oraz szeroko pojęte dobro dziecka i wzgląd na ochronę jego życiowych interesów” (Wicherek 2021, LEX). Podobnie wypowiada się judykatura (zob. m.in. uzasadnienie wyroku SN z dnia 16 listopada 1982 r., I CR 234/82). W uzasadnieniu wskazanego wyroku SN podkreślił, że „miernikiem czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu jest ciężar gatunkowy dokonywanej czynności, jej skutki w sferze majątku małoletniego, wartość przedmiotu danej czynności oraz szeroko pojęte dobro dziecka i ochrona jego interesów życiowych”. Podobne zdanie wyraził SN w postanowieniu SN z dnia 17 października 2000 r., I CKN 319/00, na które powołał się Sąd w uzasadnieniu głosowanej uchwały. Jak słusznie zauważył Piotr Wicherek, „nie jest jednak możliwe takساتywne wyliczenie czynności przekraczających zwykły zarząd z uwagi na dużą liczbę wchodzących w rachubę kryteriów oceny oraz konieczność uwzględnienia okoliczności każdego konkretnego przypadku”. Autor zważył, że „ogólnie za czynności niemieszczące się w ramach zwykłego zarządu uważane są te wszystkie, które mogą, choćby tylko hipotetycznie, zagrażać naruszeniem majątkowych interesów dziecka” (Wicherek 2021, LEX), co wzmacnia stanowisko SN wyrażone w głosowanej uchwale.

Nabycie nieruchomości wiąże się zawsze z pewnym ryzykiem, chociażby co do stanu technicznego nieruchomości (Tenenbaum-Kulig, Pisuliński 2020:

104), który może generować konieczność ponoszenia wysokich nakładów (zob. Kamińska 2023, Legalis i powołana tam literatura). Ponadto nabycie rzeczy nieruchomości niesie ze sobą szereg obowiązków po stronie nabywcy, na przykład konieczność płacenia czynszu i ponoszenia innych opłat z tytułu posiadania prawa własności lokalu mieszkalnego (Tenenbaum-Kulig, Pisuliński 2020: 104), na co zresztą SN zasadnie zwrócił uwagę w uzasadnieniu głosowanej uchwały. Warto również mieć na uwadze, „że zobowiązanie się osoby trzeciej do nieodpłatnego świadczenia pieniężnego na rzecz dziecka – bezpośrednio do jego majątku bądź do rąk sprzedawcy w związku ze wzbogaceniem darowizny o postanowienie z art. 393 k.c. – może zostać niewykonane, co naraża dziecko na obowiązek zapłaty odsetek ustawowych za opóźnienie od niezapłaconej sprzedawcy ceny” (Tenenbaum-Kulig, Pisuliński 2020: 104).

Jak słusznie wskazał T. Sokołowski, istotne znaczenie przy kwalifikacji czynności do grupy czynności zwykłego zarządu bądź grupy czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu mają kryteria zarówno obiektywne, jak i subiektywne. Miernikiem tych pierwszych są dwa katalogi czynności, tj. pierwszy, w którym umieszczane są czynności, które powszechnie kwalifikowane są do grupy czynności zwykłego zarządu, i drugi, w którym umieszczane są czynności traktowane powszechnie jako czynności przekraczające zakres zwykłego zarządu. Miernikiem kryteriów subiektywnych jest „ocena sytuacji majątkowej «posiadacza» majątku, wartość i charakter czynności w stosunku do wartości i charakteru głównych składników danego majątku oraz okoliczność odpłatnego albo nieodpłatnego (także «nieobciążliwego») nabycia danego przedmiotu” (Sokołowski 2013, LEX).

W analizowanym przypadku umowa sprzedaży nieruchomości – jeśli uwzględnić kryteria obiektywne – powinna zostać zaliczona do czynności przekraczającej zakres zwykłego zarządu. Powszechnie bowiem każda czynność prowadząca się do odpłatnego nabycia nieruchomości kwalifikowana jest jako czynność przekraczająca zakres zwykłego zarządu (Biernacki 2019, LEX; Tenenbaum-Kulig, Pisuliński 2020: 100).

Nie można jednak zgodzić się z poglądem Sądu wyrażonym w uzasadnieniu głosowanej uchwały aprobującym stanowisko SN, zgodnie z którym dopuszczalna jest możliwość nabycia przez rodziców dla ich małoletniego dziecka na mocy umowy darowizny nieruchomości bez konieczności uzyskania sądowego zezwolenia, o ile nabycie nieruchomości jest wolne od jakichkolwiek zobowiązań czy to w stosunku do darczyńcy, czy osoby trzeciej (III CZP 73/76. Legalis). W przypadku bowiem złej kondycji technicznej darowanej nieruchomości i konieczności ponoszenia znacznych nakładów finansowych na jej remont nie wydaje się, by darowizna była czynnością korzystną gospodarczo dla osoby małoletniej, przez co tym samym nie wydaje się, by zasadne było kwalifikowanie jej do grupy

czynności zwykłego zarządu (Kamińska 2023, Legalis i powołany tam T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, 2014: 238; Ciepła 2021, LEX). Ponadto nabycie prawa własności nieruchomości generuje dodatkowe koszty po stronie nabywcy: czynsz i pozostałe opłaty eksploatacyjne (zob. Tenenbaum-Kulig, Pisuliński 2020: 104) – na co zresztą zasadnie zwrócono uwagę w uzasadnieniu głosowanej uchwały – stwarzając tym samym ryzyko zadłużenia małoletniego. W świetle powyższego wydaje się, że SN w uzasadnieniu głosowanej uchwały sam sobie przeczy. Z jednej bowiem strony nie dopuszcza możliwości nabycia przez rodziców dla dziecka pozostającego pod ich władzą rodzicielską nieruchomości na podstawie umowy sprzedaży także wtedy, gdy środki pieniężne na zakup pochodzą z dokonanej przez nich darowizny celowej z uwagi na dobro dziecka. Z drugiej zaś strony opowiada się za dopuszczalnością nabycia przez rodziców dla ich małoletniego dziecka na mocy umowy darowizny nieruchomości bez konieczności uzyskania sądowego zezwolenia, o ile nabycie nieruchomości jest wolne od jakichkolwiek zobowiązań czy to w stosunku do darczyńcy, czy osoby trzeciej, nie dostrzegając możliwości naruszenia dobra dziecka. Brak konsekwencji Sądu we wskazanym zakresie, dotyczącym *de facto* czynności prawnej będącej przysporzeniem na rzecz małoletniego, wydaje się niezrozumiały. Obowiązki dziecka związane z nabyciem prawa własności lokalu, rodzące niebezpieczeństwo naruszenia jego interesów majątkowych, są przecież w obu wskazanych przypadkach tożsame.

5. Podsumowanie

W świetle powyższego podzielić należy stanowisko SN wyrażone w tezie głosowanej uchwały, zgodnie z którym „rodzice, bez zezwolenia sądu opiekuńczego, nie mogą nabywać dla dziecka pozostającego pod ich władzą rodzicielską nieruchomości na podstawie umowy sprzedaży także wtedy, gdy środki pieniężne na zakup pochodzą z dokonanej przez nich darowizny celowej” (zob. Tenenbaum-Kulig, Pisuliński 2020: 100). Wydaje się ono uzasadnione przede wszystkim dbałością o konstytucyjną zasadę dobra dziecka, stanowiącą naczelną zasadę ustawodawstwa rodzinnego. Przyjęcie odmiennego zapatrywania mogłoby stwarzać ryzyko naruszenia interesów małoletniego, co z kolei mogłoby nastąpić np. w przypadku kupna przez rodziców nieruchomości „zadłużonej czynszowo”, obciążonej hipoteką itp. (por. Tenenbaum-Kulig, Pisuliński 2020: 104). Ponadto zezwolenie sądu opiekuńczego na zakup przez rodziców na rzecz dziecka pozostającego pod ich władzą rodzicielską nieruchomości na podstawie umowy sprzedaży także wtedy, gdy środki pieniężne na jej zakup pochodzą z dokonanej przez nich darowizny celowej, wydaje się szczególnie pożądane zwłaszcza w tych przypadkach, gdy dziecko, na rzecz którego rodzice zamierzają

nabyć nieruchomości, jest niepełnosprawne intelektualnie. To właśnie sąd powinien w takim przypadku ocenić skrupulatnie, czy czynność taka nie naruszy interesów małoletniego.

Bibliografia

Akty prawne

Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz.U. 2020, poz. 1359, tekst jednolity ze zmianami.

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. 2023, poz. 1610, tekst jednolity ze zmianami.

Orzecznictwo

Postanowienie SN z dnia 17 października 2000 r., I CKN 319/00. Dostęp: 24.09.2023. LEX nr 536776.

Uchwała SN z dnia 30 kwietnia 1977 r., III CZP 73/76. Dostęp: 24.09.2023. Legalis.

Wyrok SN z dnia 16 listopada 1982 r., I CR 234/82. Dostęp: 24.09.2023. LEX nr 8486.

Opracowania

Biernacki, Przemysław. 2019. Dobro dziecka w praktyce notarialnej. *Rejent*, 9. Wydanie elektroniczne LEX. Dostęp: 23.09.2023.

Ciepła, Helena. 2021. Komentarz do art. 101. W: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, (red.) Krzysztof Piasecki. Warszawa: LexisNexis. Wydanie elektroniczne LEX. Dostęp: 23.09.2023.

Gajda, Janusz. 2023. Komentarz do art. 101. W: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, (red.) Krzysztof Pietrzykowski. Warszawa: C.H. Beck. Wyd. 8. Wydanie elektroniczne Legalis. Dostęp: 23.09.2023.

Gromek, Krystyna. 2020. Komentarz do art. 101. W: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, (red.) Krystyna Gromek. Warszawa: C.H. Beck. Wyd. 7. Wydanie elektroniczne Legalis. Dostęp: 25.09.2023.

Haak, Henryk, Haak-Trzuskawska, Anna. 2019. Komentarz do art. 101. W: *Pokrewieństwo i powinowactwo (pochodzenie dziecka, stosunki między rodzicami a dziećmi, przysposobienie). Komentarz do art. 61⁷–127 KRO oraz związanych z nimi regulacji KPC (art. 453–458, 579–589)*, (red.) Henryk Haak, Anna Haak-Trzuskawska. Warszawa: C.H. Beck. Wydanie elektroniczne Legalis. Dostęp: 26.09.2023.

Kamińska, Katarzyna. 2023. Komentarz do art. 101. W: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, (red.) Mariusz Załucki. Warszawa: C.H. Beck. Wydanie elektroniczne Legalis. Dostęp: 25.09.2023.

- Słyk, Jerzy. 2023. Komentarz do art. 101. W: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, (red. serii) Konrad Osajda, (red. tomu) Maciej Domański, Jerzy Słyk. Warszawa: C.H. Beck. Wyd. 10. Wydanie elektroniczne Legalis. Dostęp: 25.09.2023.
- Smyczyński, Tomasz. 2014. *Prawo rodzinne i opiekuńcze*. Warszawa: C.H. Beck.
- Sokołowski, Tomasz. 2013. Komentarz do art. 101. W: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, (red.) Henryk Dolecki, Tomasz Sokołowski. Warszawa: Wolters Kluwer. Wyd. 2. Wydanie elektroniczne LEX. Dostęp: 25.09.2023.
- Tenenbaum-Kulig, Monika, Pisuliński, Jerzy. 2020. Przegląd orzecznictwa Izby Cywilnej Sądu Najwyższego. *Palestra* 1: 86–121.
- Trybulska-Skoczelas, Ewa. 2014. Komentarz do art. 101. W: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, (red.) Jacek Wierciński. Warszawa: LexisNexis. Wydanie elektroniczne LEX. Dostęp: 28.09.2023.
- Wicherek, Piotr. 2021. Komentarz do art. 101. W: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, (red.) Mariusz Frasz, Magdalena Habdas. Warszawa: Wolters Kluwer. Wydanie elektroniczne LEX. Dostęp: 25.09.2023.

Sprawozdania

Volume 21, Issue 2
December 2023

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



**XXII Doroczna Konferencja Naukowa
Stowarzyszenia Edukacji Administracji Publicznej
pt. „Administracja wobec współczesnych zagrożeń”,
14–16 czerwca 2023 r.**

**The XXII Annual Scientific Conference
of the Association of Public Administration Education
“Administration and contemporary threats”,
14-16 June 2023**

PAWEŁ ŚWITAL

Uniwersytet Radomski im. Kazimierza Pułaskiego
ORCID: 0000-0002-7404-5143, e-mail: p.swital@uthrad.pl

W dniach 14–16 czerwca w Serocku odbyła się zorganizowana wspólnie przez Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego (UKSW) w Warszawie XXII Doroczna Konferencja Naukowa Stowarzyszenia Edukacji Administracji Publicznej (SEAP) pt. „Administracja wobec współczesnych zagrożeń”. Patronat honorowy nad konferencją objął Jego Magnificencja ks. prof. dr hab. Ryszard Czekalski, Rektor Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, oraz Burmistrz Serocka Pan Artur Borkowski.

Na uroczystym otwarciu konferencji gości przywitał Prezes SEAP dr Rafał Budzisz, w imieniu JM Rektora UKSW profesora Ryszarda Czekalskiego konferencję otworzył Prorektor UKSW profesor Marek Stokłosa, następnie głos zabrał Dziekan WPiA dr hab. prof. ucz. Bogumił Szmulik, któremu towarzyszył Prodziekan WPiA UKSW dr hab. prof. ucz. Jacek Jaworski, a w imieniu Burmistrza Serocka Pana Artura Borkowskiego jako gospodarza gminy, w której odbyła się konferencja, głos zabrał Zastępca Burmistrza Serocka Pan Marek Bąbolski.

Konferencja ta odbywała się w cieniu wielu dramatycznych wydarzeń, wobec których jako naukowcy i praktycy nie powinniśmy i nie możemy przejść

obojętnie. Działania wojenne u progu granic Rzeczypospolitej Polskiej, kryzys humanitarny i energetyczny oraz powiązane z nim dotkliwe problemy finansowe sektora publicznego i prywatnego, klęski środowiskowe o dużym znaczeniu ekologicznym oraz w dalszym ciągu widoczne skutki pandemii COVID-19 stanowią zagrożenia skłaniające administrację publiczną do podejmowania środków przeciwdziałających oraz zapewniających szeroko rozumiane bezpieczeństwo obywateli, ich wspólnot oraz państwa. Środki te, o charakterze administracyjnoprawnym, nie zawsze muszą być adekwatne i proporcjonalne do sytuacji, a przy dużej dynamice zmian może dojść do ich dezaktualizacji – w rozumieniu utraty obiektywnej potrzeby, jaka leżała u podstaw ich wprowadzenia.

Celem konferencji były identyfikacja zagrożeń oraz ustalenie ich źródeł i specyfiki, co umożliwiło podjęcie dyskusji nad koniecznymi działaniami zapobiegającymi lub niwelującymi ich negatywne skutki społeczne, gospodarczo-ekonomiczne czy ekologiczne na poziomie zarówno lokalnym, jak i centralnym. Aktywność administracji publicznej w sferze przeciwdziałania współczesnym zagrożeniom to jedno z podstawowych jej zadań.

W konferencji wzięło udział blisko 100 naukowców, afiliowanych przez takie ośrodki jak: Uniwersytet Szczeciński (US), Uniwersytet Śląski (UŚ), Uniwersytet Wrocławski (UWr), Uniwersytet Jagielloński (UJ), Uniwersytet Warszawski (UW), Uniwersytet Opolski (UO), Uniwersytet Łódzki (UŁ), Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie (UWM), Uniwersytet Rzeszowski (UR), Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu (UAM), Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach (UJK), Katolicki Uniwersytet Lubelski (KUL), Uniwersytet Gdański (UG), Wojskowa Akademia Techniczna w Warszawie (WAT), Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny w Radomiu (UTH), Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie (UEK), Uniwersytet Jana Długosza w Częstochowie (UJD), Akademia Piotrkowska (AP), Uczelnia Łazarskiego w Warszawie (UŁa), Polska Akademia Nauk (PAN) oraz Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie (UKSW).

Oprócz sesji plenarnej w ciągu dwóch dni konferencyjnych przeprowadzono siedem paneli dyskusyjnych dotyczących szeregu zagadnień związanych z administracją, w tym dotyczących: szkolnictwa wyższego, zdrowia publicznego czy zagadnień procesowych.

W sesji plenarnej prowadzonej przez dr. hab. prof. ucz. Jarosława Dobkowskiego (UWM) referaty wygłosili: dr. hab. prof. ucz. Agata Barczewska-Dziobek (UR), *Patologie organizacyjne jako źródło zagrożeń dla administracji publicznej*, dr. hab. prof. ucz. Aldona Piotrowska (UEK), *Od kryzysu do innowacji – rola administracji w rozwiązywaniu współczesnych zagrożeń*, dr. hab. prof. ucz. Danuta Kurzyńska-Chmiel (UŚ), *Wybrane współczesne zagrożenia stojące przed samorządową administracją oświatową*, dr. hab. prof. ucz. Helena Kisilowska

(UTH), *Rola i zadania samorządu gminnego w zapewnieniu bezpieczeństwa klimatycznego wspólnocie lokalnej*, dr hab. Maciej Kruś (UAM), *Plan gospodarowania wodami na obszarze dorzecza jako instrument zarządzania zasobami wodnymi*, prof. dr hab. Anna Tarwacka (UKSW), *Zezwolenia na doprowadzenie wody w mieście – czyli o współczesnych problemach administracji na przykładzie zezwoleń w starożytnym Rzymie*.

Następnie odbyły się trzy sesje równoległe. W pierwszej z nich, prowadzonej przez dr hab. prof. ucz. Barbarę Jaworską-Dębską (UŁ), zaprezentowali odczyty: ks. dr hab. prof. ucz. Sławomir Fundowicz (KUL), *Depersonalizacja administracji publicznej*, dr prof. ucz. Ewelina Żelasko-Makowska (UJD), dr Patrycja Sołtysiak (UJD), *Zagrożenie jako antonim bezpieczeństwa. Wybrane zagadnienia*, dr Paweł Śwital (UTH), *Działania uczelni wyższych w zakresie przeciwdziałania wykluczeniu studentów ze szczególnymi potrzebami*, dr Beata Zbarachewicz (UKSW), *Kompetencje cyfrowe administracji publicznej – stan obecny oraz wyzwania dla uczelni wyższych*, dr hab. prof. ucz. Diana Trzcińska (UG), *Zarys problematyki skumulowanych oddziaływań na środowisko w dobie zagrożenia klimatycznego*. W drugiej sesji, moderowanej przez dr hab. prof. ucz. Ewę Pierzchałę (UO), referaty zaprezentowali: dr Katarzyna Mełgieś (UTH), *Administracja publiczna wobec współczesnych zagrożeń dla zdrowia publicznego*, dr hab. prof. ucz. Sebastian Sikorski (UKSW), *Wdrożenie opieki koordynowanej w systemie ochrony zdrowia*, dr Dominika Tykwińska-Rutkowska (UG), *Zagadnienie praw pacjenta wobec wybranych współczesnych zagrożeń. Odniesienia polskie*, dr hab. Aleksandra Syryt (UKSW), *Legislacja delegowana w czasie epidemii – uwagi na tle kształtu konstytucyjnego systemu źródeł prawa w Polsce*, dr Rafał Budzisz (UŁ), *Zawieszenie kierownika podmiotu leczniczego w stanie epidemii*. W trzecim zaś panelu, moderowanym przez dr hab. prof. ucz. Małgorzatę Jaśkowską (UKSW), referaty wygłosili: dr hab. prof. ucz. Przemysław Szustakiewicz (UŁa), *Kontrola przez sąd administracyjny decyzji o odosobnieniu*, dr hab. prof. ucz. Joanna Smarż (UTH), *Niejawne postępowania sądownoadministracyjne w dobie pandemii COVID-19 a realizacja prawa do sądu*, dr hab. Martyna Wilbrandt-Gotowicz (UKSW), *Organy administracji publicznej wobec niekonstytucyjności regulacji nakładania administracyjnych kar pieniężnych w sztywno określonej wysokości i bez względu na okoliczności czynu (uwagi na tle orzeczenia TK z 20.12.2022 r. w sprawie SK 66/21 dotyczącego przepisów ustawy z 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach)*, dr hab. prof. ucz. Jacek Jaworski (UKSW), dr Paweł Sosnowski (Prokuratoria Generalna), *Bezpieczeństwo publiczne a ingerencja administracyjnoprawna – wybrane zagadnienia na przykładzie projektu ustawy o ochronie ludności oraz o stanie klęski żywiołowej*, dr Paweł Dańczak (UŁ), *Nowa regulacja terminów w sprawach o udzielenie zezwoleń pobytowych* –

reakcja administracji na zagrożenie czy zagrożenie dla strony postępowania?
Po każdym z paneli odbyły się dyskusje naukowe.

Następnie uczestnicy wzięli udział w atrakcjach zorganizowanych przez organizatorów. Można było podziwiać uroki pięknego Serocka oraz udać się w rejs statkiem po Jeziorze Zegrzyńskim. Wieczorem odbyła się natomiast uroczysta kolacja.

Drugiego dnia obrady zostały podzielone na sześć paneli tematycznych. W pierwszym bloku zorganizowane zostały trzy równoległe panele. Pierwszy z nich moderowała dr hab. prof. ucz. Martyna Wilbrandt-Gotowicz (UKSW), a referaty wygłosili: dr Joanna Człowiekowska (UJ), *Odnawialne źródła energii w kontekście zagrożeń, zadań jednostek samorządu terytorialnego i planowania przestrzennego*, dr Anna Łukaszuk (UR), *Whole of government oraz whole of society – skuteczne działania w budowaniu świadomości i odporności społeczeństwa na zagrożenia w przestrzeni informacyjnej – przeciwdziałanie dezinformacji*, dr Lidia Jaskuła (KUL), *Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji wobec zagrożeń pluralizmu mediów*, dr Piotr Kobyłski (UTH), *O istocie systemu podatkowego. Zagrożenia i kierunki zmian*. Drugi panel poprowadziła dr hab. prof. ucz. Aneta Kaźmierska-Patrzyzna (UŁ), a referaty wygłosili: dr hab. Lucyna Staniszevska (UAM), *Efektywność realizacji praw jednostki wobec kryzysów związanych z ochroną środowiska naturalnego*, dr hab. prof. ucz. Marta Woźniak (UO), *Gminy uzdrowiskowe wobec wyzwań związanych z ochroną powietrza*, dr hab. prof. ucz. Anna Dobaczewska (UG), *Zmiany w sektorze transportu kolejowego na rzecz realizacji polityki klimatycznej UE*, dr Olga Sachanbińska-Dobrzyńska (UO), *Między ochroną środowiska a ochroną własności w gospodarowaniu przestrzenią*, mgr Tomasz Kawa (UEK), *Przeciwdziałanie wykluczeniu mieszkaniowemu i bezdomności w dobie kryzysu ekonomicznego jako wyzwanie gminy*. Trzeci panel moderował dr hab. Maciej Kruś (UAM), a odczyty zaprezentowali: dr Marcin Princ (UAM), dr Agnieszka Narożniak (Uniwersytet WSB Merito w Poznaniu), *Integracja cudzoziemców jako przedmiot regulacji prawnej – wyzwania samorządowe*, mgr Jakub Dorosz-Kruczyński (UKSW), *Polskie prawo uchodźcze wobec kryzysu związanego z wojną w Ukrainie w 2022 r. Rozwiązania specustawy wobec standardu ochrony międzynarodowej*, dr Jakub Olech (UEK), *Wsparcie przez samorząd regionalny zadań związanych z napływem uchodźców wojennych z Ukrainy na przykładzie Małopolskiej Tarczy Humanitarnej*, dr Olga Matuk (WAT), dr Mirosława Pytlewska (Sąd Rejonowy dla Warszawy Mokotowa), *Bezpieczeństwo danych państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego oraz ksiąg wieczystych – wybrane zagadnienia*, dr Małgorzata Pracka (UTH), *Udział właścicieli nieruchomości w kosztach budowy urządzeń infrastruktury technicznej finansowanych ze środków publicznych – aktualne problemy*.

Po przerwie kawowej odbyły się kolejne trzy równoległe panele. Pierwszy z nich moderował dr hab. prof. ucz. Sławomir Pawłowski (UAM). W panelu tym głos zabrali: dr hab. prof. ucz. Ambroży Mituś (UEK), *Rola jednostek samorządu terytorialnego w zakresie zarządzania kryzysowego. Uwagi de lege lata i de lege ferenda*, dr Jarosław Stasiak (UJK, Filia Piotrków Trybunalski), *Możliwości ochrony j.s.t. przed niedofinansowaniem przez rząd zadań zleconych*, dr Angelika Kurzawa (UŁa), *Szczególne rozwiązania służące ochronie odbiorców energii elektrycznej w świetle zadań administracji publicznej*, mgr Tomasz Kosicki (PAN), *Obowiązek redukcji zużycia energii elektrycznej przez jednostki sektora finansów publicznych i skutki jego naruszenia – uwagi krytyczne i polemiczne*. Drugi panel poprowadziła dr hab. prof. ucz. Joanna Wyporska-Frankiewicz, a odczyty zaprezentowali: dr hab. prof. ucz. Agnieszka Żywicka (UJK), *Kontrola działalności gospodarczej przedsiębiorcy przez Państwową Inspekcję Pracy w warunkach pracy zdalnej*, dr Beata Wieczerzyńska (UTH), *Bezpieczeństwo inwestowania – Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów na tropach nieuczciwych ofert inwestowania w sieci*, dr Joanna Mikołajczyk (UŁ), *Ograniczenia w nabywaniu nieruchomości rolnych a bezpieczeństwo żywnościowe*, dr Iwona Warchoń (UTH), *Zamówienia publiczne w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa*. Ostatni panel poprowadziła dr hab. prof. ucz. Agata Barczewska-Dziobek (UR), a referaty przedstawili: dr Katarzyna Miaskowska-Daszkiewicz (KUL), *O potrzebie intensyfikacji ograniczeń w dostępności produktów leczniczych zawierających środki odurzające lub substancje psychotropowe*, mgr Aleksandra Trębska (UŁ), *Ekspansja inicjatyw farmaceutycznych – szanse i zagrożenia*, dr Paweł Woroniecki (UJ), *Rola organów administracji publicznej w systemie Państwowego Ratownictwa Medycznego*, dr Grzegorz Zieliński (UTH), *Prawo do opieki zdrowotnej dla uchodźców z Ukrainy*.

Artykuły pokonferencyjne ukażą się w „Zeszytach Prawniczych” UKSW. Jest to recenzowane czasopismo naukowe. Powstało ono w 2001 r. z inicjatywy prof. dr. hab. Jana Zabłockiego, który od założenia czasopisma do 2021 r. był jego redaktorem naczelnym. W 2021 r. funkcję tę przejęła prof. dr hab. Anna Tarwacka. „Zeszyty Prawnicze” afiliowane są przy Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, a wydawcą jest Wydawnictwo UKSW.

Podczas Walnego Zgromadzenia Członków SEAP, które odbyło się 14 czerwca 2023 r., dokonano wyboru Władz Stowarzyszenia, Komisji Rewizyjnej oraz Rady Programowej. Do Władz Stowarzyszenia wybrani zostali ponownie: dr hab. prof. ucz. Agata Barczewska-Dziobek, dr Rafał Budzisz, dr hab. prof. ucz. Jacek Jaworski, dr hab. prof. ucz. Diana Trzcińska oraz dr Paweł Śwital. Do składu Komisji Rewizyjnej powołani zostali: dr hab. prof. ucz. Aneta Kaźmierska-Patrzyczna, dr Karolina Rokicka-Murszewska oraz dr Piotr Kobylski. Do

Rady Programowej powołani zostali: prof. dr hab. Irena Lipowicz, dr hab. prof. ucz. Anna Dobaczewska, dr hab. prof. ucz. Jarosław Dobkowski, ks. dr hab. prof. ucz. Sławomir Fundowicz, dr hab. prof. ucz. Barbara Jaworska-Dębska, dr hab. prof. ucz. Danuta Kurzyna-Chmiel, dr hab. prof. ucz. Helena Kisilowska, dr hab. prof. ucz. Ambroży Mituś, dr hab. prof. ucz. Joanna Smarż, dr hab. prof. ucz. Marta Woźniak, dr hab. prof. ucz. Joanna Wyporska-Frankiewicz.

EDITORS / REDAKTORZY
Karina Ćwirzeń (teksty polskojęzyczne)
Jacek Jędrzejowski (teksty anglojęzyczne)
Grzegorz Staniszewski (teksty polskojęzyczne)

TECHNICAL EDITOR / REDAKTOR TECHNICZNY
Jolanta Brodziak

TYPESSETTING AND LAYOUT / SKŁAD I ŁAMANIE
Jolanta Brodziak

PROOFREADING / KOREKTA
Zespół

COVER DESIGN / PROJEKT OKŁADKI
Jolanta Brodziak

© Copyright by Uniwersytet Opolski
Opole 2023

ISSN 1731-8297
e-ISSN 6969-9696

Wydawnictwo Uniwersytetu Opolskiego, 45-365 Opole, ul. Dmowskiego 7-9.
Wydanie I.
Składanie zamówień: tel.: 77 401 66 89; e-mail: wydawnictwo@uni.opole.pl

