



Redakcja:

Redaktor naczelny – prof. dr hab. Jacek Gołaczyński,
Sekretarz redakcji – dr Marek Leśniak-
Redaktor numeru – dr Dariusz Szostek
dr Dariusz Adamski

Rada programowa:

dr hab. prof. nadzw. UMK Andrzej Adamski
dr hab. prof. UKSW Grażyna Szpor
dr Marek Świerczyński, UKSW
dr Wojciech Wiewiórowski, UG
dr Grzegorz Sibiga, INP PAN
adwokat Xawery Konarski
dr hab. prof. nadzw. UW. Włodzimierz Gromski
dr hab. prof. nadzw. UW. Krzysztof Wójtowicz
prof. dr hab. Ryszard Jaworski, UW
radca prawny Jacek Wilczewski,
Kancelaria Prawna Grynhoff Woźny Wspólnicy
adwokat Artur Kmiecik
sędzia Jacek Czaja

Recenzent numeru:

dr hab. Piotr Stec prof. Uniwersytetu Opolskiego

Korekta językowa:

dr Agnieszka Kulik-Jęsiek

Okładka, skład i łamanie:

Kamil Ligienza

© Copyright by Uniwersytet Wrocławski Wydział
Prawa, Administracji i Ekonomii,
Centrum Badań Problemów Prawnych
i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej,
ul. Uniwersytecka 22/26, 51-145 Wrocław

ISSN 2082-100X

Adres redakcji:

Uniwersytet Wrocławski Wydział Prawa,
Administracji i Ekonomii,
Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych
Komunikacji Elektronicznej,
ul. Uniwersytecka 22/26, 51-145 Wrocław
e-mail: ebiuletynbke@prawo.uni.wroc.pl

Publikacja jest dostępna na stronie internetowej:

<http://cbke.prawo.uni.wroc.pl>

Produkcja:

VNT Law & Communications Sp. z o.o.
ul. Norblina 84, 40-748 Katowice,
tel.: 32 352 42 00, faks: 32 352 42 01
mob.: 0 602 334 664, 0 660 530 054
e-mail: vnt@vnt.com.pl, szkolenia@vnt.com.pl
www.vnt.com.pl

WPROWADZENIE

Szanowni Państwo,
Mam przyjemność przedstawić Państwu drugi numer czasopisma Kwartalnik Naukowy „Prawo Mediów Elektronicznych”. Przypomnę, że jest on jest kontynuatozem E-Biuletynu CBKE, który zajmował się problematyką wpływu elektronicznej komunikacji na prawo i ekonomię.

W tym numerze publikujemy poglądy dotyczące prawa cywilnego, procedury cywilnej oraz prawa administracyjnego. Przedstawiamy także recenzje dwóch monografii poświęconych komunikacji elektronicznej oraz omówienie orzeczenia sądowego dotyczące prawa domenowego. Zachęcam także do zapoznania się ze sprawozdaniem z konferencji naukowej.

I tak, w części obejmującej prawo prywatne znajdziecie Państwo artykuł dra Zbigniewa Okonia nt. „Programów komputerowych tworzonych w ramach stosunku pracy”. W ramach postępowania cywilnego znalazły swe miejsce trzy artykuły: prof. dr hab. Jacek Gołaczyńskiego i dr Sylwii Koteckiej o „Kolejnym etapie informatyzacji postępowania cywilnego”, Adama Szkurata „O informatyzacji poza-procesowych czynności sądu” i w końcu mgra Łukasza Goździaszka „O zasadzie bezpośredniości i pisemności postępowania dowodowego w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego z dnia 5 grudnia 2008r”.

W rubryce poświęconej prawu publicznemu publikujemy artykuł Jakuba Rzućcio nt „Prawa dostępu do Internetu jako podstawowego prawa człowieka”.

Prezentujemy Państwo także dwie recenzje monografii. I tak, dr Gabriela Bar omówiła monografię dra Tomasz Romana Smusa pt. „Spełnienie świadczeń pieniężnych za pomocą pieniądza elektronicznego” (C.H. Beck, Warszawa 2010) oraz dr Joanny Kuleszy „Ius Internet. Między prawem a etyką” (Warszawa 2010, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne) – recenzja dra Adama Haręży.

Na koniec przedstawiamy omówienie konferencji naukowej „Kierunki rozwoju europejskiego prawa prywatnego. Wpływ europejskiego prawa konsumenckiego na prawo krajowe” która miała miejsce na Uniwersytecie Śląskim w Katowicach w dniach 23-24 września 2010 r. (autorstwa Marii i Bogny Kaczorowskich), oraz prezentację orzeczenia Sądu w sprawie domeny Świstak.pl (Rafał Cisek).

Zycząc miłej lektury.

Prof. dr hab. Jacek Gołaczyński

Zasady publikacji:

Redakcja prosi o przysyłanie materiałów do publikacji w biuletynie zarówno w formie elektronicznej: pocztą elektroniczną lub na dyskietkach, jak również w formie wydruku. Tekst powinien być podpisany własnoręcznie przez autora. Tekst powinien być sporządzony w formacie MS Word, z zachowaniem interlinii oraz marginesów szerokości 3 cm. Tekst nie powinien przekraczać 15 stron znormalizowanego formatu A-4. Redakcja zastrzega sobie możliwość dokonywania skrótów, poprawek stylistycznych, językowych interpunkcyjnych. Prosimy autorów o podawanie także swoich adresów prywatnych, numerów telefonów, adresów poczty elektronicznej, tytułów naukowych, zajmowanych stanowisk lub pełnionych funkcji, a także adresów właściwych urzędów skarbowych, numerów kont bankowych tych urzędów oraz danych osobowych potrzebnych do deklaracji podatkowej. Artykuły i recenzje niesamodzielnym pracownikom naukowym będą poddawane recenzji.

SPIS TREŚCI

SPIS TREŚCI

AKTUALNOŚCI



MINISTERSTWO SPRAWIEDLIWOŚCI
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ
IUSTITIA EST CONSTANS ET PERPETUA VOLUNTAS IUS SUMMUM CŌRQUE INGENUUM



CBKE



KONFERENCJA: INFORMATYZACJA POSTĘPOWANIA CYWILNEGO

W dniu 19 maja 2010 r. odbyła się w Warszawie Konferencja z cyklu Informatyzacja Wymiaru Sprawiedliwości: „Informatyzacja postępowania cywilnego”. Patronat nad konferencją objęli: Minister Sprawiedliwości, Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości, Krajowa Rada Adwokacka, Krajowa Izba Radców Prawnych, Krajowa Rada Komornicza. Patronat medialny objęło Wydawnictwo C.H. Beck oraz „Monitor Prawniczy”, partnerami konferencji był IBM. Całość została zorganizowana przez VNT Law & Communications sp. z o.o. (podmiot organizujący dedykowane, specjalistyczne konferencje, seminaria i szkolenia z zakresu prawa, w tym prawa nowych technologii, prawa farmaceutycznego, ubezpieczeń, prawa prywatnego itp. współpracujący z wybitnymi specjalistami z tego zakresu).

Uczestnikami konferencji byli naukowcy, prezesi sądów okręgowych, sędziowie, adwokaci, radcowie prawni, komornicy z czołowych polskich kancelarii, a także bankowcy. Swoją obecnością zaszczylicili uczestników konferencji m.in.: wiceminister sprawiedliwości Jacek Czaja, wicedyrektor Departamentu Sądów Powszechnych Ministerstwa Sprawiedliwości Grzegorz Wałęjko., a także przedstawiciele Krajowej Rady Radców Prawnych, Naczelnej Rady Adwokackiej oraz Krajowej Izby Komorników.

Wykłady dotyczące informatyzacji postępowania cywilnego wygłosili: wiceminister sprawiedliwości Jacek Czaja oraz członkowie zespołu Ministra Sprawiedliwości, pod kierownictwem prof. dr hab. Jacka Gołaczyńskiego przygotowujący projekt zmiany k.p.c.: dr Dariusz Adamski, dr Sylwia Kotecka, dr Dariusz Szostek, sędzia Bogdan Pękalski, sędzia Grzegorz Wałęjko, mgr Anna Zalesińska, oraz przedstawiciel IBM. Konferencję zakończyła debata przy okrągłym stole dotycząca informatyzacji nie tylko wymiaru sprawiedliwości ale także korporacji prawniczych i ich członków.



KONFERENCJA: ZASTAW W PRAWIE POLSKIM. TERAŻNIEJSZOŚĆ I PRZYSZŁOŚĆ

Tematem konferencji będzie obecna regulacja zastawu zwykłego i rejestrowego jak i projektowane zmiany, w tym w szczególności efekt prac Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego nad Księgą III Kodeksu Cywilnego poświęconej między innymi prawom zastawniczym. Organizatorami konferencji są członkowie KKPC, reprezentanci środowisk naukowych jak również sędziowie, radcowie prawni i notariusze. Założeniem konferencji jest dyskusja na temat zastawu zwykłego, rejestrowego oraz zastawu finansowego łącząca teoretyczne rozwiązania środowisk naukowych z doświadczeniem i wiedzą praktyków.

Patronat nad konferencją objęli: Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, Ministerstwo Sprawiedliwości, Związek Banków Polskich, Bank Zachodni WBK SA oraz Izba Komornicza we Wrocławiu.

PROGRAM:

Sala im. prof. W. Świdry WPAiE

Tematy referatów mają charakter wstępny; mogą ulec zmianie według wyboru Autorów.

Dzień I

Część pierwsza – Miejsce prawa zastawu i jego przedmiot w systemie prawa cywilnego

09.00. – 09.20. Uroczyste otwarcie konferencji przez Rektora UW oraz Dziekana WPAiE

09.20. – 09.50. Prof. dr hab. Jerzy Pisuliński – „Koncepcja przepisów ogólnych o prawach zastawniczych w nowym kodeksie cywilnym”

09.50. – 10.20. Dr Bartłomiej Swaczyna – „Hipoteka a zastaw w nowym kodeksie cywilnym”

10.20. – 10.50. Prof. dr hab. Jacek Gołaczyński – „Zastaw zwykły na rzeczach ruchomych”

10.50. – 11.20. Dr Kamil Zaradkiewicz – „Zastaw na przedsiębiorstwie”

11.20. – 11.50. Przerwa na kawę

Część druga – Zastaw na prawach

11.50. – 12.20. Dr Anna Stangret-Smoczyńska – „Zastaw zwykły na prawach”

12.20. – 12.50. Prof. dr hab. Jacek Górecki – „Zastaw na akcjach”

12.50. – 13.20. Dr Monika Drela – „Zastaw na licencji”

13.20. – 13.50. Dyskusja

13.50. – 14.50. Przerwa na obiad

Część trzecia – Zastaw zwykły i finansowy – zagadnienia praktyczne

14.50. – 15.20. Referat przedstawiciela praktyki – Związek Banków Polskich – „Zastaw zwykły w praktyce”

15.20. – 15.50. Referat przedstawiciela praktyki – Bank Zachodni – „Zastaw finansowy w praktyce”

15.50. – 16.20. Dyskusja. Podsumowanie pierwszego dnia konferencji

Dzień II

Część pierwsza – Zastaw rejestrowy – współczesne problemy prawne

09.00. – 09.10. Otwarcie drugiego dnia konferencji – organizator

09.10. – 09.40. Dr Marek Leśniak – „Zastaw rejestrowy de lege lata”

09.40. – 10.10. Dr hab. Jacek Widło – „Zastaw rejestrowy de lege ferenda” lub „Rejestr zastawów”

10.10. – 10.40. Referat przedstawiciela Izby Komorniczej – „Zastaw rejestrowy w praktyce”.

10.40. – 11.10. Dyskusja

11.10. – 12.40. Przerwa na kawę

Część druga – Zaspokojenie zastawnika z przedmiotu zastawu

12.40. – 13.10. Dr Zbigniew Woźniak – „Zaspokojenie zastawnika”

13.10. – 13.40. Prof. dr hab. Tomasz Stawecki – „Zaspokojenie zastawnika w postępowaniu egzekucyjnym”

13.40. – 14.10. Dr hab. Wojciech Klyta – „Zaspokojenie zastawnika w postępowaniu upadłościowym”

14.10. – 15.10. Przerwa na obiad

Część trzecia

15.10. – 15.40. Sędzia Jarosław Horobiowski – „Zastaw w postępowaniu upadłościowym”

15.40. – 16.10. Mgr Iwona Gredka – „Zastaw w umowach ubezpieczenia dóbr kultury”

16.10. – 16.40. Dyskusja

16.40. Podsumowanie konferencji i zakończenie – organizator.

BOGNA KACZOROWSKA, MARIA KACZOROWSKA

KONFERENCJA:

KIERUNKI ROZWOJU EUROPEJSKIEGO PRAWA
PRYWATNEGO. WPŁYW EUROPEJSKIEGO PRAWA
KONSUMENCKIEGO NA PRAWO KRAJOWE,

KATOWICE, 23–24 WRZEŚNIA 2010 R.

Konferencja zorganizowana została wspólnie przez Katedrę: Prawa Cywilnego i Prywatnego Międzynarodowego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach, Ministerstwo Sprawiedliwości, Centrum Europejskie Natolin oraz Fundację *Facultas Iuridica*, pod patronatem Ministra Sprawiedliwości oraz Ministra Spraw Zagranicznych. Jej celem było przeprowadzenie dyskusji na temat aktualnych tendencji ewolucji prawa prywatnego w Europie (ze szczególnym uwzględnieniem prawa konsumenckiego) w kontekście podejmowanych w Unii Europejskiej doniosłych inicjatyw w zakresie harmonizacji prawa prywatnego oraz trwających w Polsce prac nad projektem nowego kodeksu cywilnego. Zamierzeniem organizatorów była próba oceny działań proponowanych przez Komisję Europejską w zakresie instrumentu europejskiego prawa umów oraz analiza oddziaływania europejskiego prawa konsumenckiego na polskie rozwiązania legislacyjne.

Rangę konferencji podkreślił dobór uczestników reprezentujących najważniejsze instytucje zaangażowane w proces wypracowywania nowego kształtu europejskiego prawa prywatnego oraz ośrodki akademickie. W gronie prelegentów znaleźli się przedstawiciele Parlamentu Europejskiego, Komisji Europejskiej oraz eksperci biorący udział w pracach nad projektem Wspólnego Systemu Odniesienia (*Draft Common Frame of Reference*, dalej jako: DCFR)¹ oraz Zespołu Ekspertów Komisji Europejskiej², jak również reprezentanci Rady Ministrów RP oraz Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego (dalej jako: KKPC).

Obrazy konferencji otwarte zostały przemówieniem kierownika Katedry Prawa Cywilnego i Prywatnego Międzynarodowego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego prof. dr hab. Wojciecha Popiołka, w imieniu rektora tej uczelni uczestników powitał Prorektor ds. Finansów i Rozwoju prof. zw. dr hab. Stanisław Kucharski, natomiast występująca w zastępstwie dziekana Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego prodiakan prof. dr hab. Barbara Mikołajczyk wyraziła przekonanie, że konferencja okaże się istotnym wydarzeniem na mapie naukowej Polski i Europy. W inauguracyjnym wystąpieniu Ministra Sprawiedliwości Krzysztofa Kwiatkowskiego podkreślona została doniosłość problematyki podjętej przez organizatorów konferencji, zwłaszcza w kontekście zbliżającej się prezydencji Polski w Unii Europejskiej, przypadającej na drugie półrocze 2011 r. Minister zwrócił uwagę na praktyczny wymiar wyników konferencji i ich znaczenie dla weryfikacji priorytetów Ministerstwa Sprawiedliwości w zakresie optymalizacji funkcjonowania rynku wewnętrznego – wnioski płynące z debat prowadzonych w ramach konferencji, stwarzającej forum wymiany opinii i wypracowania kompromisu, mogą posłużyć jako swoisty probierz możliwości realizacji założeń polityki Rządu w dziedzinie prawa umów. W ocenie Ministra na wyeksponowanie zasługuje doświadczenie polskiej komparatystyki prawniczej, zdobyte w okresie porozbiorowym, które w warunkach scalania odmiennych porządków prawnych zaowocowało przyjęciem w 1933 r. kodeksu zobowiązań³, uznawanego za wzorcową regulację, co dodatkowo potwierdza specyfikę prawa obligacyjnego, które jako prawo dotyczące obrotu, okazuje się najbardziej podatnym na procesy międzynarodowego ujednoczenia. W imieniu Ministra Spraw Zagranicznych wystąpił Podsekretarz Stanu dr hab. Maciej Szpunar, podkreślając rolę resortu spraw zagranicznych w procesie implementacji prawa unijnego do polskiego porządku prawnego. Kluczowe znaczenie z punktu widzenia Ministra należy przypisać odpowiedniemu „klimatowi politycznemu”, sprzyjającemu zintensyfikowaniu procesu ujednoczenia prawa prywatnego, które początkowo przez długi czas pozostawało poza nurtem integracji europejskiej. Wyrazem powyższych uwarunkowań jest przede wszystkim: przyjęcie w 2009 r. przez Radę Europejską Programu Sztokholmskiego⁴, stanowiącego kompleksowy plan polityki

¹ Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Ch.von Bar, E.Clive, H.Schulte-Nölke et al., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Munich 2009. Zgodnie z pierwotnymi założeniami twórców, rola cytowanego dokumentu miała sprowadzać się do sprzyjania zmniejszeniu różnic pomiędzy systemami prawa cywilnego państw Unii Europejskiej. Struktura projektowanego opracowania, wykorzystującego metodę porównawczą, zbliżona jest do kodyfikacji prawa prywatnego, w której poszczególne regulacje opatrzone są komentarzami, przykładami oraz danymi o obowiązujących unormowaniach wspólnotowych oraz krajowych. DCFR ma stanowić źródło: zasad, reguł, koncepcji i pojęć dla wspólnotowych oraz krajowych twórców aktów normatywnych, których funkcję obrazuje określenie „skrzynka z narzędziami” (toolbox).

² Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 26 kwietnia 2010 r. ustanawiająca grupę ekspertów ds. wspólnych ram odniesienia w dziedzinie europejskiego prawa zobowiązań (2010/233/UE) (Dz. Urz. UE L 105/109 z 27 kwietnia 2010 r.).

³ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz. U. Nr 82, poz. 598).

⁴ Komunikat Komisji Europejskiej do Parlamentu Europejskiego i Rady „Przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości w służbie obywateli - program sztokholmski” z dnia 10 czerwca 2009 r., COM (2009) 262, wersja ostateczna; w programie sztokholmskim zwrócono się do Komisji Europejskiej o przedłożenie wniosku dotyczącego wspólnych ram odniesienia w dziedzinie europejskiego prawa zobowiązań, stanowiącego niewiążący zestaw podstawowych: zasad, definicji i wzorcowych przepisów, które powinny zostać wykorzystane przez organy

Unii Europejskiej w dziedzinie sprawiedliwości i bezpieczeństwa na lata 2010-2014; przedstawienie przez Komisję Europejską aktu politycznego w postaci inicjatywy „Europa 2020”⁵, w ramach której jednym z siedmiu projektów przewodnich jest Europejska Agenda Cyfrowa (*Digital Agenda for Europe*)⁶, zakładająca m.in. ułatwienie dokonywania internetowych transakcji transgranicznych dzięki zwiększeniu spójności europejskiego prawa zobowiązań, w oparciu o wysoki poziom ochrony konsumenta; a także ogłoszenie przez Komisję Europejską „Zielonej Księgi”⁷, mającej na celu nakreślenie możliwości wzmocnienia rynku wewnętrznego przez poczynienie postępów w dziedzinie europejskiego prawa umów, jak również rozpoczęcie konsultacji publicznych na ten temat. Zgodnie ze stanowiskiem Ministerstwa Spraw Zagranicznych całością działań podejmowanych na rzecz uniformizacji prawa prywatnego w Europie musi realizować cele traktatowe i pozostawać w zgodzie z zasadą pomocniczości, zmierzając do umocnienia rynku wewnętrznego. Inaugurację konferencji zakończyło wystąpienie przewodniczącego KKPC prof. dr hab. Zbigniewa Radwańskiego, nawiązujące do stojącego przed Komisją zadania przygotowania projektu nowego kodeksu cywilnego i związanego z tym żywotnego zainteresowania Komisji pozyskaniem miarodajnych informacji na temat relacji polskiej regulacji kodeksowej do unormowań unijnych, do czego cenną okazję stanowi także przedmiotowa konferencja.

Obrady konferencji odbywały się w dwóch sekcjach tematycznych.

I. Debatę zaplanowaną na pierwszy dzień konferencji poświęcono tematowi „Przyszłość prawa prywatnego w Unii Europejskiej”. Inicjującemu obrady panelowi dyskusyjnemu przewodniczył prof. dr h.c. Christian von Bar – doradca wiceprzewodniczącego Komisji Europejskiej do spraw europejskiego prawa umów, reprezentujący Uniwersytet w Osnabrück, który zarysowując najistotniejsze punkty bieżącego dyskursu na temat kształtującego się europejskiego prawa prywatnego, zwrócił uwagę na zalety i wady ujednoczenia materii prywatnoprawnej, dostępne środki o charakterze harmonizacyjnym i pozaharmonizacyjnym, granice procesu harmonizacji, stopień możliwości zbliżenia się do formuły europejskiego kodeksu cywilnego, a także podkreślił znaczenie zbliżającej się prezydencji Polski w Unii Europejskiej i związanych z nią wyzwań.

W wygłoszonej w ramach przedmiotowego panelu prelekcji Ministra Sprawiedliwości K. Kwiatkowskiego ilustrującej stanowisko Ministerstwa w sprawie europejskiego prawa prywatnego, jako kluczowe wątki wyeksponowane zostały: kwestia celów, jakie mogłyby realizować ewentualny instrument europejskiego prawa umów oraz zagadnienie optymalnego sposobu zapewnienia zgodnego współistnienia prawa wewnętrznego i instrumentu europejskiego. W ocenie Ministra płaszczyzna legislacyjna stanowi jedno z wielu pól realizacji rekomendacji wynikających z tzw. „Raportu Montiego”⁸, postulującego strategię ożywienia rynku wewnętrznego Unii Europejskiej i wyeliminowanie istniejących na nim dotąd barier utrudniających przebieg transakcji transgranicznych, poprzez tworzenie jednolitego rynku cyfrowego oraz w zakresie towarów i usług. W obliczu ostatecznego zdyskredytowania radykalnej opcji forsującej wizję europejskiego kodeksu cywilnego, konieczne okazuje się skuteczne przeprowadzenie rozpoczętego procesu konsultacji w celu ustalenia zarówno stanowisk państw członkowskich na poziomie instytucjonalnym, jak również stanowiska beneficjentów opracowywanych rozwiązań, czyli jednostek uczestniczących w obrocie w ramach rynku europejskiego (w odpowiedzi na zdiagnozowane przez M. Montiego wyzwanie związane z obserwowaną „(...) erozją politycznego i społecznego wsparcia dla integracji rynku europejskiego”⁹). Szczególny nacisk kładzie się w tym kontekście na transgraniczny konsumencki obrót elektroniczny w zakresie umów sprzedaży. Zgodnie ze złożoną deklaracją przychylności ze strony Rządu dla procesów harmonizacji europejskiego prawa umów, Ministerstwo Sprawiedliwości opowiada się jedynie za rozwiązaniami, co do których z praktycznego punktu widzenia istnieje szansa realizacji, a *a priori* dyskwalifikując projekty bazujące jedynie na abstrakcyjnych, nieosiągalnych wizjach.

Przedstawiciel Komisji Europejskiej Michael Shotter sformułował postulat dotyczący projektu DCFR, który jako synteza wyników zaawansowanych analiz poszczególnych systemów prawnych (opracowanych zgodnie z tzw. techniką *bottom-up* w celu stworzenia modelowego prawa umów), powinien przybrać postać użytecznego narzędzia, służącego przedsiębiorcom i konsumentom jako uczestnikom obrotu na rynku wewnętrznym. Aktywności Komisji Europejskiej związanej z inicjatywami Europejskiej Agendy Cyfrowej, strategii „Europa 2020” oraz konsultacji publicznych prowadzonych w ramach Zielonej Księgi, których podsumowanie przewidziano na styczeń 2011 r., towarzyszą równoległe prace Grupy Ekspertów, skupiającej reprezentantów różnych środowisk (w tym akademickiego, biznesowego), mające zaowocować w kwietniu 2011 r. wnioskami w postaci studium wykonalności założeń dotyczących instrumentu prawnego w dziedzinie umów. Równie istotny jest komplementarny wkład Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej w postaci projektu dyrektywy w sprawie praw konsumentów, zaprezentowanego w Brukseli w październiku 2008 r.¹⁰ Tego rodzaju interakcja, bazująca na zaangażowaniu wielu ośrodków myśli prawniczej w proces wypracowywania najbardziej pożądanego kształtu europejskiego prawa umów, gwarantuje udział partnerów społecznych, których postulaty podlegają uwzględnieniu w toku bieżących prac. Spośród propozycji prezentowanych w „Zielonej Księdze” uznanie zdaje się zdobywać formuła opcjonalnego instrumentu w postaci „skrzynki z narzędziami” (*toolbox*); alternatywnie brana jest pod uwagę wersja zalecenia

prawodawcze na poziomie UE w celu zapewnienia większej spójności i lepszej jakości stanowionego prawa. Zob. też: Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Program prac Komisji na rok 2010. „Czas na działanie” z dnia 31 marca 2010 r., COM(2010) 135 wersja ostateczna, vol I. Komisja Europejska zadeklarowała w powyższym dokumencie podjęcie starań o uzupełnienie programu działań w ramach tzw. inicjatywy obywatelskiej, m.in. w zakresie stworzenia europejskiej przestrzeni sądowej, w tym ram odniesienia dla prawa zobowiązań (inicjatywa strategiczna nr 23).

⁵ Komunikat Komisji Europejskiej „Europa 2020 - Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu” z dnia 30 marca 2010 r., COM(2010) 2020.

⁶ Komunikat Komisji Europejskiej do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 19 maja 2010 r., COM(2010)245, wersja ostateczna.

⁷ Zielona Księga Komisji Europejskiej w sprawie możliwości politycznych w zakresie postępów w kierunku ustanowienia europejskiego prawa umów dla konsumentów i przedsiębiorstw z dnia 1 lipca 2010 r., COM (2010)348, wersja ostateczna.

⁸ M. Monti, Nowa strategia na rzecz jednolitego rynku w służbie społeczeństwa i gospodarki Europy dla Przewodniczącego Komisji Europejskiej J.M. Barroso z dnia 9 maja 2010 r., tekst dostępny na stronie internetowej: http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_pl.pdf.

⁹ Ibidem, s. 6.

¹⁰ Dokument COM(2008) 614 wersja ostateczna, 2008/0196 (COD), C6-0349/08, opublikowany 8 października 2008 r. – tzw. „dyrektywa horyzontalna”.

Komisji Europejskiej, skutkująca jednak znacznie niższym poziomem pewności prawnej z punktu widzenia rynku wewnętrznego; rozważane jest ponadto włączenie instrumentu opcjonalnego do rozporządzenia, prowadzące do pozostawienia stronom wyboru między jednym z tradycyjnych modeli krajowych i dodatkowym reżimem prawa umów (28. porządkiem prawnym obok systemów 27 państw członkowskich).

Reprezentujący Parlament Europejski poseł Tadeusz Zwiefka zwrócił uwagę na niewystarczający charakter osiągniętego do tej pory poziomu harmonizacji realizowanej według modelu sektorowego oraz wskazał na konieczność wypracowania wspólnych norm prawnych, regulujących stosunki ekonomiczne w Unii Europejskiej jako dalszy cel integracji, której idea spotyka się z szerokim poparciem w polskim społeczeństwie. Prelegent skoncentrował się następnie na omówieniu sprawozdania¹¹ z przeglądu rozporządzenia „Bruksela I”¹².

Prof. Hugh Beale, reprezentujący Zespół Ekspertów Komisji Europejskiej oraz Uniwersytety w Warwick, Oxfordzie i Amsterdamie, przedstawił postulaty dotyczące projektu DCFR jako *toolbox*, udoskonalenia dorobku *acquis* w zakresie prawa konsumenckiego w ramach ograniczonej harmonizacji maksymalnej (*limited full harmonisation*) oraz uwzględnienia w ramach instrumentu opcjonalnego typów umów sprzedaży i dostawy towarów i usług, jak i objęcia zakresem jego regulacji zarówno stosunków prawnych obustronnie profesjonalnych (B2B), jak i jednostronnie profesjonalnych (B2C).

W krótkiej dyskusji dr Konrad Osajda (Uniwersytet Warszawski) uznał za niewystarczające ograniczenie zakresu instrumentu opcjonalnego jedynie do elementów części szczegółowej prawa zobowiązań; prof. zw. dr hab. Andrzej Całus (Szkoła Główna Handlowa) oraz prof. Hans Schulte-Nölke (Zespół Ekspertów Komisji Europejskiej, Uniwersytet w Osnabrück) podkreślili konieczność skoncentrowania się raczej na kategorii małych przedsiębiorców (*SMEs – small and medium-sized enterprises*) niż na kategorii konsumenta. Prof. dr hab. Jerzy Pisuliński (KKPC, Zespół Ekspertów Komisji Europejskiej, Uniwersytet Jagielloński), dał wyraz swym wątpliwościom co do sposobów proponowania konsumentom instrumentu opcjonalnego w praktyce stosunków B2C.

Kolejnemu panelowi dyskusyjnemu dotyczącemu zakresu zastosowania instrumentu opcjonalnego, przewodniczył prof. Geraint Howells z Uniwersytetu w Manchesterze. Specjalny doradca wiceprzewodniczącego Komisji Europejskiej do spraw europejskiego prawa umów – prof. Bénédicte Fauvarque-Cosson (Uniwersytet Panthéon – Assas, Paris II) rozważała zasadność uwzględnienia w ramach przygotowywanego instrumentu opcjonalnego regulacji kontraktów typu B2C. Wykluczyła poprzestanie jedynie na uregulowaniu części ogólnej zobowiązań bez unormowania przynajmniej pojedynczych umów typowych, analizowała możliwość zastosowania przez strony mechanizmu na wzór *dépeçage* oraz poszukiwała sposobów wypełniania ewentualnych luk instrumentu opcjonalnego.

Prof. dr hab. J. Pisuliński zdecydowanie wyeliminował możliwość wdrożenia zaproponowanych w „Zielonej Księdze” Komisji Europejskiej opcji nadania instrumentowi europejskiego prawa umów następujących form prawnych: dyrektywy w sprawie europejskiego prawa umów (wariant 5), rozporządzenia ustanawiającego europejskie prawo umów (wariant 6), jak i rozporządzenia ustanawiającego europejski kodeks cywilny (wariant 7). Najbardziej prawdopodobnym wydaje się wprowadzenie preferowanego przez Komisję Europejską wariantu 4 – rozporządzenia ustanawiającego opcjonalny instrument europejskiego prawa umów, który miałby stanowić 28. system prawny. Prelegent skrytykował opcję ograniczenia regulacji instrumentu opcjonalnego jedynie do stosunków B2C, przede wszystkim ze względu na częste trudności z ustaleniem statusu kontrahenta, zwłaszcza w przypadku umów zawieranych na odległość, a ponadto z uwagi na znaczne zróżnicowanie kategorii przedsiębiorców, obejmującej w przeważającym odsetku małych i średnich przedsiębiorców, dla których możliwość skorzystania z instrumentu opcjonalnego oznaczałaby daleko idące ułatwienie prowadzenia działalności. Ponadto prof. Pisuliński prowadził refleksje na temat relacji instrumentu opcjonalnego do unormowań prawa krajowego, a także postulował dążenie do objęcia instrumentem opcjonalnym całokształtu zagadnień, bez redukcji jego zakresu jedynie do umowy sprzedaży, zaznaczając, że wstępnie płaszczyznę weryfikacji skuteczności instrumentu opcjonalnego mogłaby stanowić dziedzina umów zawieranych na odległość.

W referacie prof. Matthiasa Storme (Uniwersytet w Leuven) wyliczone zostały materie, których ujęcie w instrumencie opcjonalnym wydaje się konieczne, w tym: zagadnienie prawa właściwego; regulacja przynajmniej jednej umowy typowej; elementy części ogólnej prawa zobowiązań, takie jak zagadnienie przedawnienia czy wielości dłużników; obowiązek informacyjny. Szczególnie doniosła jest potrzeba zadbania o uniknięcie powstania w instrumencie opcjonalnym (którego istota wymusza wszak znaczne rozbudowanie regulacji), luk, które zmuszałyby do ustawicznego odwoływania się do prawa krajowego w celu ich wypełnienia.

Reprezentujący European Association of Craft, Small and Medium-Sized Enterprises Luc Hendrickx zwrócił uwagę na doniosłość problematyki ochrony słabszej strony transakcji w relacjach B2B i polemizował z przekonaniem o pozycji konsumenta jako najsłabszej strony stosunku umownego, postulując, by przyszły instrument opcjonalny europejskiego prawa umów objął swym zakresem zarówno obrót konsumencki, jak i dwustronnie profesjonalny, jak również nie tylko transakcje krajowe, ale także transgraniczne.

Przedstawiciel Komisji Europejskiej Dirk Staudenmayer podkreślił, że na etapie trwających wciąż konsultacji publicznych, brak dotąd jakichkolwiek wiążących decyzji, natomiast dochodzi do diagnozowania występujących problemów, do których zrelatywizowany powinien być dobór pożądanych rozwiązań na trzech najistotniejszych poziomach dotyczących dylematu co do ujęcia w instrumencie opcjonalnym stosunków B2B, jak i B2C, transakcji krajowych, jak i transgranicznych oraz rodzajów umów podlegających szczegółowej regulacji.

¹¹ Sprawozdanie Komisji Prawnej Parlamentu Europejskiego z dnia 29 czerwca 2010 r. w sprawie stosowania i przeglądu rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (2009/2140 (INI)) (sprawozdawca komisji opiniodawczej: T. Zwiefka); tekst dostępny na stronie internetowej: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2010-0219+0+DOC+XML+V0//PL>.

¹² Rozporządzenie Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz. Urz. WE L 12/1 z 16 stycznia 2001 r.).

W wieńczącej omówiony panel dyskusji prof. dr hab. Fryderyk Zoll (Uniwersytet Jagielloński) poddał w wątpliwość zasadność traktowania kategoryzacji typów umów jako punktu wyjścia w pracach nad instrumentem opcjonalnym oraz ograniczenia jego zakresu do szczegółowej regulacji wyłącznie umowy sprzedaży, rozważając celowość objęcia nim kategorii umów zawieranych na odległość, zwłaszcza przy zastosowaniu środków elektronicznych. Prof. dr hab. Piotr Machnikowski poruszył kwestię oceny instrumentu opcjonalnego na tle przygotowywanej równoległe dyrektywy „horyzontalnej” w sprawie praw konsumentów, zwracając uwagę na realne ryzyko konkurencji między obydwoma aktami, działającej na niekorzyść instrumentu opcjonalnego ze względu na jego „obciążenie” regulacją stosunków B2B.

Trzecią część obrad odbywającą się pod przewodnictwem prof. Kathariny Boele-Woelki z Uniwersytetu w Utrechcie, zatytułowaną „Instrument opcjonalny a prawo prywatne międzynarodowe”, otworzył referat Raquel Ferreira Correia, radczyni ds. prawa cywilnego w Stałym Przedstawicielstwie Republiki Portugalii przy Unii Europejskiej, która wychodząc od analizy zalet rozwiązania pozwalającego na obniżenie kosztów poprzez uniknięcie konieczności stosowania 27 różnych porządków prawnych, skoncentrowała się na przedstawieniu *status quo* w dziedzinie prawa kolizyjnego w Unii Europejskiej. Prowadząc refleksję pod kątem istniejących w obecnym stanie prawnym możliwości wyboru przez przedsiębiorcę prawa właściwego do wszelkich zawieranych przezeń umów w stosunkach B2B oraz B2C, prelegentka naświetliła w tym kontekście statystyczny poziom częstotliwości wyboru przez kontrahentów prawa ponadnarodowego jako właściwego.

Dr Monika Jagielska (Uniwersytet Śląski) zwróciła uwagę na trudności związane z realizacją w praktyce założeń instrumentu opcjonalnego w proponowanym aktualnie kształcie ze względu na stwierdzone w nim luki oraz selektywność regulacji, co pozwala przyjąć, że prawo prywatne międzynarodowe nadal będzie znajdować zastosowanie. Kluczowym okazuje się w tym kontekście określenie relacji obowiązujących standardów ochrony kolizyjnej konsumenta do ewentualnego opcjonalnego instrumentu europejskiego prawa umów.

Przedstawiciel Komisji Prawnej Parlamentu Europejskiego Robert Bray w swym wystąpieniu zilustrował działania Parlamentu Europejskiego w zakresie prac nad europejskim prawem umów, zwracając uwagę na dysponowanie przez przedsiębiorców w obecnym stanie prawnym możliwością wyboru prawa, eksponując doniosłość ochrony konsumenta oraz perswadując, że użyteczność instrumentu opcjonalnego mogłaby manifestować się głównie na gruncie *e-commerce*.

W rozważaniach zaprezentowanych w prelekcji prof. H. Schulte-Nölke dominowała analiza obowiązujących regulacji kolizyjnoprawnych, ze szczególnym uwzględnieniem możliwości wyboru prawa na gruncie obowiązujących rozporządzeń „Rzym I”¹³ i „Rzym II”¹⁴, w perspektywie zalet dopuszczalności wyboru opcjonalnego instrumentu jako prawa właściwego, na zasadzie tzw. „błękitnego guzika” (*blue button*).

Dirk Staudenmayer poruszył założenia instrumentu opcjonalnego dotyczące uniknięcia potrzeby stosowania prawa wewnętrznego państw członkowskich i wyłączenia zastosowania art. 6 rozporządzenia „Rzym I”. Szczególnie doniosłą okazuje się konieczność zapewnienia w ramach instrumentu opcjonalnego maksymalnie wysokiego poziomu ochrony konsumenta, bowiem tego rodzaju gwarancja stanowi czynnik warunkujący wybór instrumentu jako prawa właściwego, co dodatkowo podkreśla zasadność postulatów dotyczących nadania instrumentowi opcjonalnemu charakteru praktycznego. Zaprezentowana została również próba skonfrontowania potencjalnej formuły instrumentu opcjonalnego w odniesieniu do umów typu B2B z regulacją Konwencji wiedeńskiej¹⁵, a także kwestia doboru pożądanego rozwiązania dotyczącego etapu przedkontraktowego, na tle art. 12 rozporządzenia „Rzym II”. Godnym uwagi jest ponadto postulat udostępnienia na potrzeby sądów bazy orzeczeń wydawanych w sprawach, w których regulacje instrumentu opcjonalnego znalazłyby zastosowanie.

W dyskusji na tle wygłoszonych referatów prof. dr hab. F. Zoll zwrócił uwagę na potrzebę dopuszczenia możliwości wyboru instrumentu opcjonalnego nie tylko w stosunkach transgranicznych, ale także czysto krajowych, bowiem wariant odmienny groziłby dezintegracją systemu prawnego. W analogicznym duchu wypowiedział się prof. H. Beale, formułując ponadto postulat uregulowania *explicite* w instrumencie opcjonalnym mechanizmu wyboru prawa (unormowania instrumentu znajdowałby zastosowanie wyłącznie w przypadku wyraźnego wybrania go przez strony), poddając jednocześnie w wątpliwość prawidłowość formuły *blue button*.

Przewodniczenie ostatniego panelu pt. „Instrument opcjonalny a ochrona konsumenta” powierzone zostało prof. dr hab. F. Zollowi. Tezy wystąpienia M. Shottera koncentrowały się na próbie zidentyfikowania interesu konsumenta w stworzeniu instrumentu europejskiego prawa umów, zwłaszcza w obliczu obserwowanych obecnie przejawów dysfunkcyjności obowiązującego modelu obrotu konsumenckiego. Dla zagwarantowania dostatecznie wysokiego poziomu ochrony konsumenta niezbędne będzie włączenie w ramy instrumentu opcjonalnego dotychczasowego *acquis* w dziedzinie prawa konsumenckiego. Prelegent podkreślił zalety akcji publicznych konsultacji prowadzonej w ramach „Zielonej Księgi”.

Reprezentująca Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej jako: UOKiK) Monika Stec, wymieniając potencjalne zalety instrumentu opcjonalnego dla konsumentów i rynku jako takiego, wskazała na usunięcie niepewności obrotu, redukcję kosztów działalności przedsiębiorców oraz zmniejszenie kosztów obsługi prawnej. W ocenie przedstawicieli UOKiK cecha neutralności instrumentu opcjonalnego jako zestawu ponadnarodowych reguł może okazać się czynnikiem zachęcającym do jego wyboru jako prawa właściwego dla stosunków umownych. Perspektywa masowego wybierania instrumentu opcjonalnego przez strony transakcji umownych jest jednak wątpliwa przy utrzymaniu techniki *opt-in*, której zastosowanie prowadziłoby do utrzymania nierównowagi pozycji stron kontraktujących, w sytuacji, gdy podmiot silniejszy nadal dysponowałby przewagą negocjacyjną. UOKiK opowiada się za

¹³ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych („Rzym I”), (Dz. Urz. UE L 177/6 z 2 lipca 2008 r.).

¹⁴ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 864/2007 z dnia 11 lipca 2007 r. dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań pozaukładowych („Rzym II”), (Dz. Urz. UE L 199/40 z 31 lipca 2007 r.).

¹⁵ Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży (Convention on Contracts for the International Sale of Goods – CISG) towarów sporządzona w Wiedniu 11 kwietnia 1980 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 45, poz. 286).

modernizacją europejskiego prawa kontraktowego, wszakże przebieg prac nad dyrektywą horyzontalną skłania do przyjęcia stanowiska zachowawczego. Optymalnym wariantem wydaje się harmonizacja maksymalna z zachowaniem wysokiego poziomu ochrony konsumentów.

Przedstawicielka Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC) i The European Consumers' Organisation, Ursula Pachl, poświęciła swoje wystąpienie tematowi instrumentu opcjonalnego w zakresie umów B2C, koncentrując rozważania na pytaniach: o argumenty przemawiające za potrzebą ustanowienia instrumentu opcjonalnego i odejścia od regulacji tradycyjnych; o zdolność tego rodzaju instrumentu do zapewnienia wyższego poziomu ochrony konsumenta w porównaniu z regulacjami dyrektyw; o długoterminowe skutki wprowadzenia instrumentu opcjonalnego dla rozwoju systemu ochrony konsumenta na poziomie Unii Europejskiej oraz krajowych systemów prawnych.

Omawianą sekcję zakończył wykład prof. W. Popiołka, będący próbą oceny znaczenia instrumentu opcjonalnego z jednej strony dla ochrony konsumenta, a z drugiej strony – dla ochrony rynku, a także jego roli w promowaniu wśród uczestników obrotu postaw sprzyjających zwiększeniu skali transakcji o charakterze transgranicznym i zintensyfikowaniu konkurencji między przedsiębiorcami. Scharakteryzowane zostały ponadto czynniki przesądzające o faktycznej przewadze konstrukcji instrumentu opcjonalnego nad formą dyrektywy.

II. Temat przewodni drugiego dnia konferencji przyjął formułę: „Europejskie prawo konsumenckie a nowy polski kodeks cywilny”. Pierwszy panel dyskusyjny, prowadzony przez prof. J. Pisulińskiego, otwarty został wprowadzeniem prof. Z. Radwańskiego, poświęconym wpływowi prawa konsumenckiego na prawo krajowe. Prelegent, nawiązując do raportu Rady Legislacyjnej przy Prezisie Rady Ministrów o stanie prawa polskiego z 2005 r., zilustrował rolę kodyfikacji, wyeksponował rangę kodeksu jako formy preferowanej z punktu widzenia aksjologii i techniki tworzenia prawa, podkreślił celowość utrzymania zasady monistycznej konstrukcji kodeksu oraz włączenia do niego regulacji pozakodeksowych (w tym materii dotyczącej umowy sprzedaży konsumenckiej). Dla zapobieżenia skutkom dekodyfikacyjnym, KKPC podejmuje się zintegrowania regulacji kodeksu cywilnego z unormowaniami Unii Europejskiej, bazując na efektach prac grup ekspertów, zaangażowanych w proces europeizacji prawa prywatnego oraz bogatego *acquis* w tej dziedzinie. Na posiedzeniu odbytym 13 września 2010 r., ustosunkowując się do „Zielonej Księgi” Komisji Europejskiej opowiedziano się za objęciem zakresem wspólnej regulacji europejskiego prawa umów zarówno materii części ogólnej zobowiązań, jak i niektórych konkretnych rodzajów umów; a także za rezygnacją z podziału stosunków umownych na transgraniczne i krajowe. Podkreślono walor koncepcji opcjonalnej jako podstawy instrumentu europejskiego, znajdującego zastosowanie na mocy wyboru stron. Według KKPC pożądanym wydaje się nadanie europejskiemu prawu umów kształtu rozporządzenia, gwarantującego jednolitość treści regulacji. Podniesiono również aspekt jurysdykcyjny, postulując uniknięcie rozdrobnienia kompetencji kontrolnych w zakresie czuwania nad jednością europejskiego prawa umów.

Dr Marlena Pecyna (Uniwersytet Jagielloński) omówiła kluczowe punkty regulacji niedozwolonych klauzul w projekcie kodeksu cywilnego na tle prac zespołu do spraw ochrony konsumenta, działającego w ramach KKPC. Projekt zakłada rezygnację z ograniczenia zakresu kontroli jedynie do postanowień umownych, opowiadając się za poprzestaniem na tradycyjnej koncepcji czynności prawnej jako głównej kategorii pojęciowej polskiego kodeksu cywilnego. W zamysłu twórców projektu zasadnym jest odstąpienie od kryterium negocjowanego charakteru postanowień i objęcie kontrolą w stosunkach konsumenckich wszystkich klauzul, zarówno poprzedzonych negocjacjami stron, jak i nienegocjowanych indywidualnie, odmiennie niż w dyrektywie nr 93/13/EWG¹⁶. Tego rodzaju konstrukcja prowadzić może do konstatacji o „śmierci” kategorii wzorca umowy, przestającej funkcjonować w sytuacji braku zróżnicowania przedmiotu kontroli, a w konsekwencji skłania do refleksji nad aktualnością samego pojęcia umowy konsumenckiej w klasycznym rozumieniu. Proponowane ujęcie przesłanek kontroli niedozwolonego charakteru postanowień zakłada odmienny mechanizm w zależności od rodzaju stosunku prawnego. W przypadku stosunków konsumenckich test abuzywności bazuje na badaniu treści konkretnego postanowienia na podstawie generalnej klauzuli kontroli dotyczącej sprzecznego z dobrymi obyczajami naruszenia równowagi praw i obowiązków stron (*significant imbalance*); dodatkowo kwestia inkorporacji danego postanowienia do czynności prawnej nie jest traktowana jako odrębna przesłanka kontroli, ale jako jedna z licznych okoliczności uwzględnianych przy stosowaniu generalnej klauzuli kontroli. Natomiast w odniesieniu do stosunków pozaumownych mechanizm kontroli operuje pojęciem wzorca, jednak nie wprowadza domniemania w tym zakresie, a ponadto przewiduje *quasi*-regulację dotyczącą inkorporacji. W projekcie, obok dwóch typów „list” postanowień niedozwolonych: czarnej i szarej, tworzonych w formie rozporządzeń, przewidziano dodatkowo wprowadzenie bazy orzeczeń sądowych, dotyczących uznania postanowienia za niedozwolone, jako rozwiązania skuteczniejsze od zawodnej formy rejestru.

W referacie pt. „Realizacja obowiązku informacyjnego wobec konsumenta” dr Przemysław Mikłaszewicz (Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej) zwrócił uwagę na potrzebę stosowania nowoczesnych instrumentów ochrony konsumenta przez informację w obliczu przejawów asymetrii informacyjnej w warunkach postępującej masowości obrotu konsumenckiego i niesatysfakcjonującego poziomu zabezpieczenia interesu konsumenta przez tradycyjne konstrukcje prawa cywilnego. Koncepcja harmonizacji minimalnej, pozwalająca na ustanowienie komplementarnych instrumentów prawa europejskiego i krajowego, gwarantuje dalej idącą ochronę, w związku z czym sceptycznie ocenia się obserwowaną w prawodawstwie europejskim tendencję do promowania całkowitej harmonizacji w dziedzinie prawa konsumenckiego, znajdującą wyraz w dyrektywie 2005/29¹⁷ oraz w projekcie dyrektywy horyzontalnej.

¹⁶ Dyrektywa Rady WE 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. o niedozwolonych (nieuczciwych) klauzulach w umowach konsumenckich (Dz. Urz. WE L 95 z 21 kwietnia 1993 r.).

¹⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/29/WE z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym oraz zmieniająca dyrektywę Rady 84/450/EWG, dyrektywy 97/7/WE, 98/27/WE i 2002/65/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie (WE) nr 2006/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady („Dyrektywa o nieuczciwych praktykach handlowych”) (Dz. Urz. UE 149/22 z 11 czerwca 2005 r.).

Prof. dr hab. Ewa Bagińska (Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu) poświęciła swoje wystąpienie tematyce zakończenia umowy konsumenckiej w drodze wykonania prawa odstąpienia od niej bez podawania przyczyny, analizując skutki prawne wycofania się konsumenta z umowy na tle dorobku judykatury Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i podejmując próbę oceny proponowanych w dyrektywie horyzontalnej i DCFR rozwiązań w tym zakresie.

W podjętej dyskusji prof. dr hab. F. Zoll zwrócił uwagę na wyzwania wiążące się z pracami nad kodyfikacją prawa cywilnego, w tym konieczność odchodzenia od typologii, wobec wzrastającego znaczenia umów o świadczenie usług. Prof. zw. dr hab. Marian Kępiński (Uniwersytet Adama Mickiewicza) zgłosił postulat włączenia materii stosunków konsumenckich do kodeksu cywilnego, zasugerował przyjęcie teorii wysłania (*mail box theory*) jako adekwatnej do wyznaczania momentu skutecznego odstąpienia od umowy konsumenckiej oraz wskazał na dyrektywę jako korzystniejszą w porównaniu z rozporządzeniem formę prawną dla przygotowywanego instrumentu europejskiego prawa umów. Ustosunkowując się do zaprezentowanego projektu regulacji klauzul niedozwolonych dr Maria Anna Zachariasiewicz (Uniwersytet Śląski) wskazała, że mimo „śmierci wzorca” spowodowanej upowszechnieniem się obrotu elektronicznego, nadal aktualne pozostaje kryterium indywidualnego negocjowania postanowień, a w efekcie rozwiązanie poddające kontroli wszystkie rodzaje postanowień prowadzi do zniesienia cennej zasady dotyczącej zależności między intensywnością konsensu a treścią klauzul; co więcej, konsekwencją wyeliminowania kategorii wzorca powinno być całkowite odrzucenie przesłanki inkorporacji, zatem próba zachowania przez twórców projektu konstrukcji ograniczonej kontroli inkorporacji, spotkała się z negatywną oceną dr Zachariasiewicz, która z dezaprobatą odniosła się ponadto do zamysłu tworzenia „czarnej” listy postanowień. W odniesieniu do diagnozy postawionej przez dra Miklaszewicza w kwestii ochrony konsumenta przez informację, dr Zachariasiewicz rozważała zamiast ustanawiania pozytywnych obowiązków informacyjnych położenie nacisku na wprowadzanie zakazów manipulowania informacją, a także operowanie w odniesieniu do odpowiedzialności przedsiębiorcy w tym zakresie raczej kategoriami deliktowymi niż obligacyjnymi. Krytyce poddała także postulaty zastąpienia teorii doręczenia teorią wysłania na potrzeby oceny skutków odstąpienia. W komentarzach U. Pahl oraz prof. H. Beale’a dominował postulat ograniczenia zakresu harmonizacji pełnej do niezbędnego minimum.

Kolejnemu panelowi dyskusyjnemu przewodniczyła prof. Bogusława Gnela z Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie. Przedmiotem referatu prof. dr hab. Jacka Gołaczyńskiego (Uniwersytet Wrocławski) była problematyka Internetu w umowach konsumenckich. Referent skoncentrował się na charakterystyce zyskującej dominującą w obrocie pozycję umów zawieranych w Internecie, negując potrzebę tworzenia w nowym kodeksie cywilnym dwóch odrębnych reżimów prawnych dotyczących umów zawieranych drogą tradycyjną oraz umów zawieranych w formie elektronicznej. Ze względu na specyfikę środowiska internetowego, w którym strony na ogół powstrzymują się od sygnalizowania swego statusu, szczególnie skomplikowane jest ustalenie, który spośród przepływających reżimów prawnych (tj. profesjonalny – B2B, konsumencki – B2C, czy też powszechny – C2C), znajduje zastosowanie do konkretnej umowy, co stwarza ryzyko uniemożliwienia konsumentowi realizacji przysługujących mu uprawnień. Nie bez znaczenia jest ponadto skala trudności związanych z kwalifikacją transakcji zawieranych przez Internet, cechujących się powiązaniem elementów poszczególnych typów umów, czego wymownym przykładem jest sprzedaż produktów wytwarzanych przez samych internautów w zakresie gier. Internet stwarza optymalne warunki do zawierania umów o charakterze transgranicznym, stąd doniosłe jest znaczenie wspólnych reguł kolizyjnych dla umów zawieranych przez Internet w zakresie prawa konsumenckiego, jednak wraz z postępem prac nad instrumentem europejskiego prawa umów oraz nad projektem dyrektywy horyzontalnej rola reguł kolizyjnych ulegać będzie zredukowaniu.

Dr Dominika Rogoń (Uniwersytet Jagielloński) omówiła instytucję umów powiązanych (*linked contracts*), wychodząc od zilustrowania układu modelowego obejmującego powiązanie umowy kredytu (finansującej) z umową finansowaną, najczęściej pod postacią umowy sprzedaży i zwracając uwagę na tendencje do poszerzania katalogu możliwych konfiguracji powiązań.

Reprezentująca Ministerstwo Sprawiedliwości Aneta Wiewiórowska-Domagalska przedstawiła analizę problemów strukturalnych, związanych z regulacją sprzedaży konsumenckiej w kontekście założeń pozakodeksowej ustawy w tym przedmiocie¹⁸ oraz decyzji KKPC o poddaniu jej przeglądowi. Prelegentka zarysowała brane pod uwagę opcje systemowego umiejscowienia umowy konsumenckiej w prawie polskim, scharakteryzowała regulację europejską przedmiotowej umowy pod kątem czynników rzutujących na problemy z jej wdrażaniem do prawa krajowego oraz wymieniła zagadnienia definicji sprzedaży konsumenckiej; jej przedmiotu oraz systemu odpowiedzialności jako najistotniejsze z punktu widzenia próby wprowadzenia regulacji sprzedaży konsumenckiej do kodeksu cywilnego.

W dyskusji następującej po prezentacji referatów dr K. Osajda zaproponował podział kodeksu cywilnego na pięć części dostosowanych do rozgraniczenia obrotu profesjonalnego i konsumenckiego; do powyższej propozycji polemicznie odniósł się prof. dr hab. M. Kępiński, który ponadto opowiedział się za włączeniem regulacji sprzedaży konsumenckiej do kodeksu cywilnego. Dr Jolanta Loranc-Borkowska (Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie) wyeksponowała dwojaki charakter umowy sprzedaży konsumenckiej, determinowany różnicowaniem definicji konsumenta: w rozumieniu art. 22¹ k.c. oraz w rozumieniu ustawy o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej, a także perswadowała, że zasadnym jest umiejscowienie regulacji umowy sprzedaży konsumenckiej poza kodeksem cywilnym, w zbiorczym akcie na kształt „kodeksu konsumenckiego”. W ocenie prof. dr hab. A. Całusa pojęcie konsumenta należy uznać za nieprzystające do istoty kodeksu cywilnego, a pożądane wydaje się – zamiast ukierunkowania na ochronę słabszej strony umowy – przyjęcie za punkt wyjścia relacji profesjonalista – nieprofesjonalista.

Prof. dr hab. Piotr Machnikowski (Uniwersytet Wrocławski) przewodniczył finałowemu panelowi dyskusyjnemu, poświęconemu skonfrontowaniu regulacji wybranych umów z kodeksem cywilnym.

¹⁸ Ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz.U. z 2002 r. Nr 141, poz. 1176 ze zm.).

AKTUALNOŚCI

Prof. dr hab. Bernadetta Fuchs (Uniwersytet Śląski) przedstawiła referat „Regulacja timesharingu a kodeks cywilny”, w którym podjęła próbę oceny nowej dyrektywy 2008/122¹⁹ i starała się wykazać niecelowość transponowania umowy timesharingu do kodeksu cywilnego.

Relacji umowy o podróż do regulacji kodeksu cywilnego poświęcony został referat dra Piotra Cybuli (Akademia Wychowania Fizycznego w Krakowie, Akademia Ekonomiczna w Katowicach), eksponujący sporny charakter prawny przedmiotowej umowy oraz ilustrujący przebieg implementacji dyrektywy 90/314/EWG²⁰, której regulacja nie zapewniła satysfakcjonującego poziomu bezpieczeństwa prawnego klientom ani usługodawcom. Zasadnym wydaje się postulat wprowadzenia umowy o podróż do obecnie obowiązującego kodeksu cywilnego.

Dr Maciej Skory (Uniwersytet Wrocławski) zaprezentował refleksje na temat regulacji szeroko rozumianego kredytu konsumenckiego w kontekście ewentualności jej wprowadzenia do kodeksu cywilnego. W swoich rozważaniach prelegent poddał krytycznej analizie opartą na modelu harmonizacji maksymalnej nową dyrektywę w sprawie umów o kredyt konsumencki²¹ oraz projekt nowej ustawy o kredycie konsumenckim z dnia 31 sierpnia 2010 r.²²

¹⁹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/122/WE z dnia 14 stycznia 2009 r. w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do niektórych aspektów umów timeshare, o długoterminowe produkty wakacyjne, odsprzedaży oraz wymiany (Dz. Urz. UE L 33/10 z 3 lutego 2009 r.).

²⁰ Dyrektywa 90/314/EWG Rady z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek (Dz. Urz. WE L 158 z 23 czerwca 1990 r.).

²¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE z dnia 23 kwietnia 2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumencki oraz uchylająca dyrektywę Rady 87/102/EWG (Dz. Urz. UE L 133 z 22 maja 2008 r.).

²² Tekst projektu dostępny na stronie internetowej Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: http://www.uokik.gov.pl/projekty_aktow_prawnych.php#faq954.

NOWE TECHNOLOGIE W PRAWIE PRYWATNYM

PROF. DR HAB. JACEK GOŁACZYŃSKI, DR SYLWIA KOTECKA

KOLEJNY ETAP INFORMATYZACJI POSTĘPOWANIA CYWILNEGO. UWAGI NA TLE PROJEKTU ZMIANY USTAWY – KODEKS POSTĘPOWANIA CYWILNEGO. CZĘŚĆ I

1. Uwagi ogólne

Istotnym krokiem w kierunku informatyzacji postępowania cywilnego była ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw¹ wprowadzająca do prawa polskiego nowe postępowanie odrębne – elektroniczne postępowanie upominawcze, które cechuje się dużym stopniem informatyzacji. Hybrydowość formy czynności procesowych, dokonywanych w ramach postępowania upominawczego została wymuszona tym, że jedynie powód może samodzielnie zdecydować, czy wszcząć postępowanie upominawcze elektronicznie, czy tradycyjnie (papierowo)². Nawet jeśli powód wniesie pozew w elektronicznym postępowaniu upominawczym, pozwany ma prawo wybrać sposób komunikowania się z sądem. W elektronicznym postępowaniu upominawczym pozwany, któremu sąd doręcza tradycyjnie odpis pozwu, może zgodzić się na elektroniczny kontakt z sądem, albo pozostać przy kontakcie tradycyjnym. Nie można było bowiem oczekiwać, aby pozwany w każdym przypadku wybierał drogę elektroniczną³. Takie rozwiązanie ma swoje istotne konsekwencje i stwarza konieczność współistnienia obok siebie dwóch postaci kontaktów stron z sądem; istnienia akt sprawy w postaci elektronicznej (w systemie teleinformatycznym)⁴, oraz pomocniczego

zbioru dokumentów (występującego w postaci papierowej)⁵. Podobnie orzeczenia sądu, choć istnieją w oryginale jedynie w postaci elektronicznej⁶, to jednak pozwany doręczane są wydruki z systemu teleinformatycznego, w którym prowadzone jest elektroniczne postępowanie upominawcze. Ta hybrydowość postępowania powoduje zatem istotne ograniczenia, choć z uwagi na to, że w tym postępowaniu ani powód, ani pozwany nie może dołączać do pism procesowych dokumentów, ma ograniczony charakter.

Rozważając rozwój elektronicznego kontaktu z sądem w obszarze postępowania cywilnego, należało przeanalizować, czy już obecnie, przy istniejącej infrastrukturze technicznej w sądach oraz kancelariach prawniczych, przedsiębiorstwach realizujących swoje wiarygodności na drodze sądowej, a także właściwemu oprogramowaniu, powstały już warunki do wprowadzenia postępowania hybrydowego (elektroniczno-papierowego) także w postępowaniu cywilnym zwykłym. Wydaje się jednak, że taki moment nie nastąpił. Należy uznać, że informatyzacja postępowania sądowego ma na celu przede wszystkim:

- a) uproszczenie procedury wnoszenia pism procesowych i doręczeń
- b) przyspieszenie postępowania
- c) zmniejszenie kosztów postępowania
- d) standaryzację pewnych rozwiązań, a nawet decyzji sądowych
- e) elektroniczny dostęp do akt postępowania hybrydowego
- f) informatyzację postępowania egzekucyjnego.

Należy uznać, że w przypadku informatyzacji postępowania cywilnego zwykłego powstanie jedna istotna bariera, która nie istnieje w postępowaniu elektronicznym upominawczym, a mianowicie – potrzeba posługiwania się w dużym zakresie dokumentami załączonymi do pozwu i odpowiedzi na pozew i dalszych pism przygotowawczych w sprawie, apelacji, zażaleń itd. Podjęcie zatem prac legislacyjnych nad informatyzacją postępowania cywilnego zwykłego winno poprzedzić zbadanie kosztów digitalizacji dokumentów na użytek tego postępowania. Koszty te zresztą powstaną, w zależności od koncepcji, po stronie sądu lub stron. Jeżeli bowiem strony miałyby obowiązek digitalizować do-

¹ Dz. U. Nr 26, poz. 156; zob. także *Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw*, druk sejmowy Sejmu VI kadencji nr 859.

² Zgodnie z przepisem art. 505²⁸ k.p.c., w postępowaniu określonym w rozdziale „Elektroniczne postępowanie upominawcze” stosuje się przepisy o postępowaniu upominawczym z odrębnościami wynikającymi z wymienionego rozdziału.

³ Zgodnie z art. 125 § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.; dalej: k.p.c.), wniesienie pisma procesowego drogą elektroniczną oznacza użycie do tego celu systemu teleinformatycznego. K.p.c. nie definiuje pojęcia „system teleinformatyczny”, w związku z czym obecnie należy je interpretować zgodnie z przepisem art. 3 pkt 3 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. Nr 64, poz. 565 z późn. zm.). Systemem teleinformatycznym jest zespół współpracujących ze sobą urządzeń informatycznych i oprogramowania zapewniający przetwarzanie, przechowywanie, a także wysyłanie i odbieranie danych przez sieci telekomunikacyjne za pomocą właściwego dla danego rodzaju sieci telekomunikacyjnego urządzenia końcowego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800, z późn. zm.). W chwili wejścia w życie ustawy wprowadzającej elektroniczne postępowanie upominawcze pojęcie „system teleinformatyczny” definiowała ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. Nr 144, poz. 1204 z późn. zm.); zob. szer. J. Gołaczyński (red.), K. Kowalik-Bañczyk, A. Majchrowska, M. Świerczyński, *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, Warszawa 2009, komentarz do art. 3, System Informacji Prawnej LEX.

⁴ Zob. § 272a rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2007 r. - Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz. U. Nr 38, 249 z późn. zm.; dalej: r.u.s.p.), w elektronicznym postępowaniu upominawczym akta sprawy prowadzone są w systemie teleinformatycznym, natomiast dokumenty w postaci papierowej podlegają przetworzeniu na postać elektroniczną poprzez ich zeskanowanie, a następnie włączeniu w postaci elektronicznej do akt.

⁵ Zgodnie z § 272a ust. 3 r.u.s.p., po przetworzeniu na postać elektroniczną dokumenty w postaci papierowej przechowywane są w pomocniczym zbiorze dokumentów. Pomocniczy zbiór dokumentów podlega udostępnieniu na zasadach analogicznych jak akta sądowe.

⁶ Zob. art. 505³⁰ § 2 k.p.c., zgodnie z którym czynności sądu, referendarza i przewodniczącego utrwalane są wyłącznie w systemie teleinformatycznym, a wytworzone w ich wyniku dane w postaci elektronicznej opatrywane są bezpiecznym podpisem elektronicznym - w rozumieniu art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz. U. Nr 130, poz. 1450 z późn. zm.).

kumenty dołączone do pozwu, to w wielu przypadkach można by się spotkać z zarzutem ograniczenia dostępu do sądu. Nie każdy ma bowiem dostęp do urzędzeń i oprogramowania pozwalającego na przetworzenie dokumentów papierowych na elektroniczne. Koszty zatem mogą być duże, zwłaszcza w sprawach rozrachunkowych. Jeżeli natomiast przenieść ten obowiązek na sąd, stworzy on koszty zarówno samej digitalizacji, jak i zaangażowania pracowników sądowych w ten pracochłonny proces. Digitalizacja dokumentów składanych do akt sądowych postępowania cywilnego może się także odbywać poza sądem w Ośrodkach Zarządzania Informacją (OZI), które w sposób bardziej sprawny, ujednolicony technologicznie, a przez to tańszy, mogą zajmować się digitalizacją dokumentów składanych do sądu, a następnie w ten sposób stwarzać warunki do archiwizacji akt sądowych wyłącznie w postaci elektronicznej. Koncepcja stworzenia takich ośrodków powstała w Ministerstwie Sprawiedliwości i jest w fazie realizacji. OZI zostaną zresztą wykorzystane do przechowywania i udostępniania zapisu dźwięku lub obrazu i dźwięku z posiedzeń jawnych (popularnie nazywanych e-protokołem)⁷.

Wracając jednak do obecnego projektu, nie przewiduje on wprowadzenia postępowania hybrydowego w postępowaniu zwykłym. Wydaje się, że konieczny jest pilotaż na szerszą skalę, który pozwoli ocenić kierunki informatyzacji oraz przyjętą koncepcję digitalizacji akt, mając na uwadze powyżej określone cele. Pilotaż taki winien się odbyć w oparciu o koncepcję utworzenia OZI.

Prezentowane obecnie propozycje stanowią kolejny etap informatyzacji postępowania cywilnego. Wcześniej wprowadzono elektroniczne postępowanie upominawcze i tzw. elektroniczny protokół. Niniejszy projekt nawiązuje do tych regulacji poprzez wykorzystanie sprawdzonych już w praktyce rozwiązań (to dotyczy elektronicznego postępowania upominawczego), zarówno pod względem prawnym, jak i budowy systemu informatycznego. Wyrazem tej kontynuacji jest oparcie proponowanych przepisów na koncepcji rozszerzania zakresu zastosowania przepisów o elektronicznym postępowaniu upominawczym do nowych postępowań elektronicznych. Można zatem stwierdzić, że elektroniczne postępowanie upominawcze stanowi obecnie wzorzec legislacyjny dla konstruowania prawno-informatycznych modeli innych postępowań. Wykorzystanie jako wzorca unormowania elektronicznego postępowania upominawczego ma na celu uspołnienie koncepcji prawnej i informatycznej w postępowaniu cywilnym, ale także pozwala wykorzystać istniejące już, na ogół pozytywne doświadczenia związane z elektronicznym postępowaniem upominawczym.

W projekcie ustawy zmieniającej k.p.c. zaproponowano następujące zmiany:

- a) wprowadzenie tzw. elektronicznego bankowego tytułu egzekucyjnego zamiast tradycyjnego bankowego tytułu egzekucyjnego i w ślad za tym z informatyzowanie postępowania o nadanie klauzuli wykonalności bankowemu tytułowi egzekucyjnemu;

- b) precyzyjne uregulowanie kwestii dokumentu elektronicznego w ramach postępowania dowodowego, także wobec projektu nowego Kodeksu cywilnego⁸;
- c) z informatyzowanie procedury zajęcia wierzytelności z rachunku bankowego;
- d) ustanowienie na potrzeby postępowania sądowego publicznych baz danych zawodowych pełnomocników⁹;
- e) stworzenie sądowi możliwość elektronicznego dostępu do publicznych rejestrów¹⁰;
- f) zwiększenie roli komunikacji elektronicznej w postępowaniu wieczystoksięgowym;
- g) wprowadzenie tzw. posiedzenia na odległość¹¹;
- h) wprowadzenie dodatkowych instrumentów procesowych dla stron w elektronicznym postępowaniu upominawczym¹²;
- i) umożliwienie stosowania komunikacji elektronicznej w europejskim postępowaniu nakazowym¹³;
- j) wprowadzenie rozwiązań z zakresu informatyzacji postępowania sądowego w międzynarodowym prawie postępowania cywilnego¹⁴.

⁸ Zob. Projekt Księgi pierwszej Kodeksu cywilnego przygotowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego działającą przy Ministrze Sprawiedliwości, Warszawa 2009. Zob. także E. Marszałkowska-Krześ, E. Rudkowska-Ząbczyk, *Dowód z dokumentu w świetle projektowanych zmian Kodeksu cywilnego*

⁹ Zob. także Krajowy Rejestr Adwokatów i Aplikantów Adwokackich, dostępny na stronie internetowej <http://rejestr.adwokatura.pl/>, którego zasady funkcjonowania reguluje uchwała Naczelnej Rady Adwokackiej nr 51/2009 z dnia 20 czerwca 2009 r. w sprawie utworzenia Krajowego Rejestru Adwokatów i Aplikantów Adwokackich oraz uchwały Prezydium NRA nr 43/2009 z dnia 23 lipca 2009 r. i nr 49/2009 z dnia 6 października 2009 r.

¹⁰ Zob. art. 15 ust. 1 ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, zgodnie z którym podmiot prowadzący rejestr publiczny zapewnia podmiotowi publicznemu albo podmiotowi niebędącemu podmiotem publicznym, realizującym zadania publiczne na podstawie odrębnych przepisów albo na skutek powierzenia lub zlecenia przez podmiot publiczny ich realizacji, nieodpłatny dostęp do danych zgromadzonych w prowadzonym rejestrze, w zakresie niezbędnym do realizacji tych zadań. Zob. także art. 220 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (tj. Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.), na podstawie którego organ administracji publicznej nie może żądać zaświadczenia na potwierdzenie faktów lub stanu prawnego, jeżeli możliwe są do ustalenia przez organ na podstawie: posiadanych przez niego ewidencji, rejestrów lub innych danych lub rejestrów publicznych, posiadanych przez inne podmioty publiczne, do których organ ma dostęp w drodze elektronicznej (na zasadach określonych w przepisach ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne lub wymiany informacji z innym podmiotem publicznym na zasadach określonych w przepisach o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne).

¹¹ Na wzór niemieckiej regulacji znajdującej się w § 128 Zivilprozessordnung; zob. szer. B. Kaczmarek, *Informatyzacja postępowania cywilnego w Niemczech* (w:) J. Gołaczyński (red.) *Informatyzacja postępowania sądowego w prawie polskim i wybranych państwach*, Warszawa 2009, s. 84-86.

¹² Zob. T. Zembrzusi, *Opinia prawna do projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 859) czy P. Przerzywacz, *Niedoskonały projekt elektronicznego postępowania upominawczego*, <http://prawnik.pl/na-goraco/opinie/88949/Niedoskonały-projekt-elektronicznego-postepowania-upominawczego.html>, zawierające postulaty *de lege ferenda* dla elektronicznego postępowania upominawczego.*

¹³ Zob. rozporządzenie nr 1896/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. ustanawiające postępowanie w sprawie europejskiego nakazu zapłaty, Dz. Urz. UE seria L nr 399 z dnia 30 grudnia 2006 r., s. 1 i nast. Artykuł 26 rozporządzenia 1896/2006 reguluje kwestię swojego stosunku do krajowego prawa procesowego stanowiąc, iż wszelkie zagadnienia proceduralne, które nie są w nim uregulowane, podlegają prawu krajowemu. Dotyczy to w szczególności takich kwestii, jak właściwość sądu, kompetencje referendarza sądowego, „przejęcie” z postępowania europejskiego na płaszczyznę postępowania krajowego, przeprowadzanie niektórych dowodów, wystawianie przewidzianych w rozporządzeniach zaświadczeń, środki ochrony dłużnika i opłaty sądowe. Będzie zatem konieczne równoległe stosowanie regulacji unijnej i krajowej. Ustawą z dnia 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy - k.p.c. oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 234 poz. 1571; zob. także rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 949), która weszła w życie dnia 1 lipca 2009 r. (z wyjątkiem dodawanych tą ustawą do k.p.c. art. 1153⁴, art. 1153⁵, art. 1153⁷ i art. 1153⁸, a także art. 7 pkt 1 i 3-5 ustawy, dotyczącego nowelizacji ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, które weszły w życie z dniem 12 grudnia 2008 r.), wprowadzono do k.p.c. przepisy wykonujące rozporządzenie, w postaci nowego postępowania odrębnego: europejskiego postępowania nakazowego.

¹⁴ Uzasadnienie projektu zmiany k.p.c. oraz o zmianie innych ustaw. Projekt przygotowany przez zespół ds. informatyzacji postępowań sądowych powołany przez Ministra Sprawiedliwości

⁷ Zob. ustawę z dnia 29 kwietnia 2010 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 108, poz. 684), wprowadzającą protokół w postaci utrwalenia przebiegu posiedzenia za pomocą urządzenia rejestrującego dźwięk albo obraz i dźwięk.

2. Międzynarodowe postępowanie cywilne

Wobec zamiaru wprowadzenia kolejnych postępowań inicjowanych elektronicznie, koniecznym było uogólnienie przepisów księgi pierwszej, zajmującej się przepisami ogólnymi, tak, aby odnosił się do tych wszystkich postępowań. Chodzi tu o przepis art. 17 k.p.c., który przewiduje właściwość sądu rejonowego, niezależnie od wartości przedmiotu sporu – sądu rejonowego także w sprawach rozpoznawanych w europejskim postępowaniu nakazowym, jeżeli jednak pozew został złożony elektronicznie. Uznano bowiem, że w przypadku informatyzacji postępowania w europejskim postępowaniu nakazowym, z uwagi na potrzebę budowy infrastruktury informatycznej, korzystniejszym rozwiązaniem będzie przygotowanie wyłącznie jednego sądu w Polsce, podobnie jak dla spraw rozpoznawanych w elektronicznym postępowaniu upominawczym, który będzie sądem właściwym w tych sprawach, o ile powód zainicjuje postępowanie drogą elektroniczną. Przepis art. 505¹ § 4 projektu mówi, że w przypadku wniesienia pozwu drogą elektroniczną sprawę rozpoznaje sąd, któremu Minister Sprawiedliwości przekazał do rozpoznania sprawę w europejskim postępowaniu nakazowym, jeżeli pozew wniesiono drogą elektroniczną. W przypadku pozwów składanych tradycyjnie, zasady dotyczące właściwości nie ulegają zmianie. Z powyższą zmianą korespondują następane, odnoszące się do informatyzacji europejskiego postępowania nakazowego. I tak, przepis art. 397¹ § 1 k.p.c. rozszerza regułę obowiązującą wcześniej na gruncie elektronicznego postępowania upominawczego, na pozostałe postępowania objęte nowelizacją, także na europejskie postępowanie nakazowe. Proponowany natomiast przepis art. 505^{17a} projektu przewiduje możliwość wniesienia pozwu drogą elektroniczną i wówczas powód będzie obowiązany wszystkie kolejne pisma składać w ten sam sposób. Przepis ten daje także możliwość, podobnie jak w elektronicznym postępowaniu upominawczym, aby pozwany wniósł pismo procesowe w sprawie drogą elektroniczną i wtedy będzie zobowiązany do wnoszenia elektronicznie także dalszych pism procesowych w sprawie. W przypadku braku podstaw do wydania nakazu zapłaty w europejskim postępowaniu nakazowym lub w przypadku potrzeby rozpoznania sprawy w części, co do której nie może być wydany nakaz zapłaty, a także w przypadku utraty mocy lub uchylecia nakazu zapłaty, zgodnie z przepisami odrębnymi i przepisami art. 505¹⁸-505²⁰ k.p.c. sąd przekazuje sprawę do sądu wskazanego przez powoda w pozwie, a w braku takiego wskazania – do sądu właściwości ogólnej. Zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli powód zgodnie z przepisami odrębnymi, zażądał zakończenia postępowania na wypadek wniesienia sprzeciwu. Proponowany przepis ma istotne znaczenie w europejskim postępowaniu nakazowym, inicjowanym drogą elektroniczną. Skoro Minister Sprawiedliwości wyznaczy jeden lub kilka sądów właściwych do rozpoznania spraw w tym postępowaniu, to należy uregulować kwestie właściwości sądu, uprawnionego do rozpoznania sprawy w przypadku:

- a) braku podstaw do wydania nakazu,
- b) rozpoznania sprawy odnośnie części, co do której nakaz zapłaty nie mógł być wydany,
- c) utraty mocy lub uchylecia nakazu zapłaty zgodnie z przepisami odrębnymi,

sprawę należy przekazać do sądu wskazanego przez powoda w pozwie, a jeżeli takiego sądu nie wskazał, to sądowi właściwości

ogólnej. Rozwiązanie takie zostało zaczerpnięte z elektronicznego postępowania upominawczego i jest korzystne dla powoda, który może mieć wpływ na właściwość sądu, rozpoznającego sprawę.

Istotna zmiana, która dotyczy międzynarodowego postępowania cywilnego, została wprowadzona w art. 1135⁶ projektu. Przepis ten został umiejscowiony w nowym tytule Księgi IV *Przepisy szczególne o przewidzianej w przepisach odrębnych przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających dokonanie czynności na odległość*. Stanowi on realizację kierunku wytyczonego w rozporządzeniach Rady nr 1206/2001 z 28 maja 2001 r. w sprawie współpracy między sądami Państw Członkowskich w przeprowadzeniu dowodów w sprawach cywilnych lub handlowych¹⁵, rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1393/2007 z dnia 13.11.2007 r., dotyczącego doręczania w państwach członkowskich dokumentów sądowych lub pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych¹⁶. I tak, omawiany przepis stanowić będzie, że w sprawach przeprowadzenia dowodów i doręczania pism sądowych (z wykorzystaniem urządzeń technicznych umożliwiających dokonywanie czynności na odległość w przypadkach przewidzianych w przepisach odrębnych) stosuje się przepisy niniejszego (IV) tytułu. W tych przypadkach pisma sądowe utrwała się w systemie teleinformatycznym. Celem tego przepisu jest ustalenie, że w przypadku opisanym wyżej, pisma sądowe będą miały postać wyłącznie elektroniczną, a zatem nie trzeba będzie tworzyć osobno dokumentacji papierowej. Konsekwencją tego unormowania jest zaproponowany przepis art. 1135⁷, według którego przewodniczący może zarządzić w przypadku wskazanych w przepisach odrębnych, aby przekazanie dokumentów, wniosków, potwierdzeń, dowodów odbioru, poświadczeń, informacji i wszystkich innych aktów następowało przy użyciu urządzeń technicznych, umożliwiających dokonanie tych czynności na odległość, jeżeli taka możliwość została wskazana przez Państwa członkowskie Unii Europejskiej (§ 1 art. 1135). Podobnie sąd państwa członkowskiego Unii Europejskiej może dokonywać tych samych, co wyżej wskazane, czynności za pośrednictwem systemu teleinformatycznego. Przewodniczący winien przy realizacji przekazania, o którym mowa w § 1, wskazać sądowi innego Państwa Członkowskiego konieczność dokonywania czynności sądowych za pośrednictwem systemu teleinformatycznego. Kwestie szczegółowe dotyczące: przekazywania dokumentów, wniosków, potwierdzeń dowodów odbioru, poświadczeń, informacji i wszystkich innych aktów, a także: sposób przekazywania, szczegółowe wymagania dotyczące trybu zakładania konta w systemie teleinformatycznym oraz sposobu posługiwania się podpisem elektronicznym ureguluje Minister Sprawiedliwości w rozporządzeniu.

Projekt przewiduje (art. 1135⁸) przeprowadzenie dowodu na odległość w ramach rekwizycji biernej. Do tej chwili takiej możliwości nie było, stąd też wydaje się konieczne jej wprowadzenie. Za jej wprowadzeniem przemawia także prawo polskie, które na użytek postępowania krajowego oraz postępowania w sprawie drobnych roszczeń dopuściło w art. 235 § 2 i 3 k.p.c. przeprowadzenie dowodu na odległość. Omawiany przepis odnosi się do dwóch sytuacji: gdy inicjatorem przeprowadzenia dowodu na odległość w sprawie jest sąd polski (§ 1) oraz sytuacji, gdy

¹⁵ Dz.Urz. UE seria L nr 174 z dnia 27 czerwca 2001 r., s. 1 i nast.

¹⁶ Dz.Urz. UE seria L nr 324 z dnia 10 grudnia 2007 r., s. 79 i nast.

inicjatorem przeprowadzenia dowodu na odległość jest sąd zagraniczny; wówczas sąd polski może wyrazić na to zgodę.

Podążając tym kierunkiem, projekt przewiduje utworzenie nowego tytułu (IVb Posiedzenie jawne przeprowadzane na odległość przy użyciu urządzeń technicznych). Stanowi on kontynuację rozwiązań zawartych w rozporządzeniu w sprawie drobnych roszczeń, które przewiduje możliwość przeprowadzenia rozprawy na odległość. To unormowanie nie zostało jednak dotychczas przejęte przez prawo polskie, a jak wyżej wskazano, jedynie – unormowanie pozwalające na przeprowadzenie dowodu na odległość. Skoro jednak projekt przewiduje możliwość przeprowadzenia posiedzenia jawnego na odległość przy użyciu urządzeń technicznych, to podobne rozwiązanie winno być zastosowane w międzynarodowym postępowaniu cywilnym, w którym na ogół strony i ich pełnomocnicy nie mają miejsca zamieszkania, siedziby w państwie, w którym sąd prowadzi postępowanie w sprawie. Rozwiązanie takie spowoduje zmniejszenie kosztów takiego postępowania. W kwestii odbycia posiedzenia na odległość decyduje sąd, w porozumieniu z sądem lub innym organem państwa obcego. Zastosowanie odpowiednie znajda tu przepisy art. 152 § 2 i 3 projektu.

3. Elektroniczne postępowanie upominawcze

Projekt przewiduje także modernizację przepisów dotyczących elektronicznego postępowania upominawczego. Zmiana stała się konieczna wskutek potrzeby dostosowania przepisów procedury cywilnej do uregulowań europejskiego postępowania nakazowego. Otóż rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1896/2006 z dnia 12 grudnia 2006 r., ustanawiające postępowanie w sprawie europejskiego nakazu zapłaty, przewiduje zakończenie postępowania, jeżeli powód tego zażąda, po wniesieniu przez pozwanego sprzeciwu. Takie stanowisko powoda nie jest jednak znane pozwanemu, a jedynie sądowni. Wobec tego w prawie polskim (tak w postępowaniu upominawczym (tradycyjnym, papierowym), jak i w elektronicznym postępowaniu upominawczym, które stanowi jedynie rozwinięcie „elektroniczne” tradycyjnego postępowania upominawczego), konieczne jest także wprowadzenie takiego unormowania. Projekt przewiduje bowiem, że obecnie także przed sądem polskim będzie można wnieść pozew w europejskim postępowaniu nakazowym drogą elektroniczną i że wyłącznie jeden sąd będzie właściwy do rozpoznania sprawy w takim postępowaniu. Stąd też wydaje się, że sądem takim winien być obecnie istniejący XVI Wydział Cywilny Sądu Rejonowego w Lublinie, zwany „e-sądem”¹⁷. Ten właśnie sąd rozpoznaje sprawy „elektronicznie”, inicjowane przez powodów. Skoro projekt dopuszcza także w europejskim postępowaniu nakazowym możliwość wniesienia pozwu, a potem sprzeciwu drogą elektroniczną, to pewne rozwiązania prawne powinny być jeszcze bardziej do siebie zbliżone. Obecnie, w elektronicznym postępowaniu upominawczym nie dołącza się do pozwu i sprzeciwu dokumentów. Takie rozwiązanie zostało zaczerpnięte właśnie z europejskiego postępowania nakazowego. I tak w art. 505³² dodaje się § 3 i 4, które stanowią, że w piśmie procesowym wniesionym wraz z pozwem powód może zażądać, aby zakończyć postępowanie w przypadkach wskazanych w art.

505³³ § 1, 505³⁴ § 1, lub 505³⁶ § 1 pisma tego nie doręcza się pozwanemu. Jeżeli powód zażądał zakończenia postępowania, to w przypadkach wskazanych wyżej sąd umarza postępowanie i orzeka o kosztach, jak przy cofnięciu pozwu.

Kolejna zmiana w ramach elektronicznego postępowania upominawczego wynika z potrzeb praktyki tego postępowania. Powodowie są zainteresowani przekazaniem sprawy do sądu wybranego przez strony (art. 46 k.p.c.) lub do sądu według właściwości przemiennej. Dotyczy to przypadków określonych w art. 505³³ § 1, 505³⁴ § 1 lub 505³⁶ § 1 k.p.c. Projekt przewiduje, że powód może wskazać sąd, któremu sprawa ma być przekazana. W wielu bowiem sprawach między stronami doszło do zawarcia umowy prorogacyjnej, która nie może być obecnie respektowana przez e-sąd. Sprawę należy przekazać do sądu właściwości ogólnej (art. 27 k.p.c.). Propozycja nowelizacji zmierza do tego, aby to powód wskazywał sąd, do którego sprawa zostanie przekazana w przypadkach wskazanych w powyższej publikacji i wymienionych przepisach. Pozwany będzie mógł zareagować, zgodnie z regułą art. 202 k.p.c., w sądzie, do którego sprawa została przekazana.

Kolejną zmianą wprowadzoną do przepisów o elektronicznym postępowaniu upominawczym jest niezwiązanie sądu, któremu przekazano sprawę w przypadkach wskazanych w: 505³³, 505³⁴, 505³⁶. Chodzi o to, że obecnie, jak wynika z praktyki elektronicznego postępowania upominawczego, powód nie zawsze formułuje w sposób wystarczający dane pozwanego, dla określenia właściwości miejscowej. Wynika to z braku obowiązku przekazania w pozwie szczegółowych informacji. Skoro jednak dopiero sąd, do którego sprawa została przekazana przez e-sąd, wzywa powoda do uzupełnienia pozwu i pism procesowych pozwanego.

W końcu nowelizacja normuje także w sposób jednoznaczny kwestię uzupełniającej opłaty sądowej od pozwu. Procesowanie w elektronicznym postępowaniu upominawczym to istotna oszczędność dla stron, ale także dla sądu, który nie ponosi dużych kosztów związanych z doręczaniem pism sądowych. W następstwie tego wydaje się racjonalne zmniejszenie kwoty opłaty sądowej od pozwu. Wobec tego, że elektroniczne postępowanie upominawcze jest w konkurencji do innych postępowań, zwłaszcza postępowania nakazowego, należy stosować takie rozwiązanie, które zachęci powodów, zwłaszcza masowych, do korzystania z elektronicznego postępowania upominawczego. W związku z tym zaproponowano, aby nie było obowiązku uiszczania opłaty uzupełniającej po wniesieniu przez pozwanego sprzeciwu od nakazu zapłaty.

4. Podsumowanie

Wprowadzone zmiany w przepisach regulujących międzynarodowe postępowanie cywilne, niewądnliwie przyczynią się do usprawnienia i przyspieszenia postępowania, w których zachodzi potrzeba: przeprowadzenia dowodu, przeprowadzenia dowodu na odległość, czy doręczenia pism sądowych lub pozasądowych. W tym obszarze przepisy IV księgi k.p.c. nie były dostosowane do unormowań zawartych w prawie wspólnotowym. Tym samym sąd polski będzie mógł skorzystać z: tzw. rekwizycji bierniej (przeprowadzenie dowodu na odległość, przeprowadzenie posiedzenia jawnego na odległość) oraz skrócenia czasu związanego z doręczeniem pism sądowych i pozasądowych. Istotne znaczenie ma także

¹⁷ Zob. <https://www.e-sad.gov.pl/>.

proponowana zmiana przepisów, dotyczących elektronicznego postępowania upominawczego. Zmiany te mają na celu przede wszystkim dostosowanie tego postępowania do europejskiego postępowania nakazowego oraz zwiększenie atrakcyjności tego postępowania dla powodów przez: możliwość rezygnacji z kontynuowania postępowania (np. wskutek wniesienia przez pozwanego sprzeciwu), możliwość wskazania przez powoda sądu, do którego sprawa zostanie przekazana, niezwiązanie przekazaniem sprawy przez e-sąd oraz zaniechanie poboru opłaty sądowej uzupełniającej po wniesieniu przez pozwanego sprzeciwu.

W końcu do istotnych zmian należy zaliczyć także umożliwienie powodowi wniesienia pozwu drogą elektroniczną w europejskim postępowaniu nakazowym.

DR ZBIGNIEW OKOŃ

PROGRAMY KOMPUTEROWE TWORZONE W RAMACH STOSUNKU PRACY

Ustalenie zasad nabycia praw autorskich do utworów powstających w ramach stosunku pracy wymaga wyważenia interesów pracownika-twórcy i pracodawcy. Niezbędne jest tu pogodzenie dwóch przeciwstawnych zasad: prawa pracy, według której pracodawca zawłaszcza rezultaty świadczeń pracowników, oraz prawa autorskiego, według którego prawo autorskie przysługuje twórcy utworu.¹ Stąd w większości ustaw autorskich znaleźć można przepisy regulujące sytuację prawną pracownika-twórcy.

Uregulowania takie występują również w polskim prawie autorskim.² Zgodnie z art. 12 ust. 1 pr.aut. prawo autorskie powstaje w sposób pierwotny na rzecz twórcy, także wówczas, gdy utwór został stworzony w wykonaniu obowiązków wynikających ze stosunku pracy. Natomiast pracodawca nabywa (w sposób pochodny) autorskie prawa majątkowe do utworu pracowniczego z chwilą jego przyjęcia, ale tylko w granicach wynikających z celu umowy o pracę i zgodnego zamiaru stron. Art. 12 pr.aut. ma charakter jednoznacznie dyspozytywny, zatem możliwa jest umowna regulacja, na podstawie której autorskie prawa majątkowe do utworów pracowniczych pozostaną przy twórcy, jak przewidująca przejście na pracodawcę autorskich praw majątkowych do utworów, które wprawdzie nie zostały stworzone w ramach stosunku pracy, ale powstały w okresie zatrudnienia u danego pracodawcy. Strony mogą postanowić również o zakresie praw podlegających nabyciu czy szczegółowo uregulować procedurę przyjęcia dzieła.

Inaczej uregulowane zostało nabycie autorskich praw majątkowych do programu komputerowego stworzonego w ramach stosunku pracy. Mając na celu wdrożenie do polskiego prawa³ dyrektywy 91/250/EWG,⁴ ustawodawca zdecydował się na odejście od regulacji ogólnej zarówno jeżeli chodzi o sposób nabycia, jak i zakres nabywanych praw. W świetle art. 74 ust. 3 pr.aut. nabycie praw do programu komputerowego przez pracodawcę następować ma w odniesieniu do wszystkich uprawnień majątkowych i nie wymaga dokonania przyjęcia programu kompute-

rowego. Również i w tym przypadku dopuszczalne są odmienne postanowienia umowne.

Mimo lakonicznego sformułowania art. 74 ust. 3 pr.aut., przepis ten wywołuje liczne wątpliwości interpretacyjne. Dotyczą one w szczególności podmiotowego zakresu regulacji, katalogu uprawnień nabywanych przez pracodawcę, a także stosunku do art. 12 pr.aut. oraz przepisów rozdziału 5 pr.aut., regulującego obrót prawami autorskimi.

1. Twórczość pracownicza w dyrektywie o ochronie programów komputerowych

Programy komputerowe są z reguły wynikiem pracy dużych zespołów ludzkich. Rezultat wysiłku intelektualnego osób zaangażowanych w powstawanie programu jest w znacznym stopniu zależny od czynników natury organizacyjnej i finansowej. Paraprzemysłowy charakter procesów towarzyszących powstawaniu programów komputerowych znalazł odbicie w regulacji dyrektywy o ochronie programów komputerowych. Art. 2 (3) dyrektywy stanowi, że „jeżeli program komputerowy został stworzony przez pracownika w ramach wykonywania obowiązków służbowych lub w wykonywaniu poleceń pracodawcy, pracodawca jest wyłącznie uprawniony do wykonywania wszystkich praw majątkowych dotyczących programu tak stworzonego, chyba że umowa stanowi inaczej.”

Sposób nabycia praw przez pracodawcę programisty nie został określony w dyrektywie. W literaturze przedmiotu spotkać się można z poglądem, że w art. 2 (3) dyrektywy chodzi raczej o nabycie pochodne, na co wskazuje wzmianka o „wykonywaniu” praw majątkowych i dopuszczalność odmiennego umownego uregulowania zasad nabycia praw, którą jakoby trudno pogodzić z nabyciem praw w sposób pierwotny. W ujęciu tym art. 2 (3) dyrektywy stanowiłby w istocie domniemanie prawne, zgodnie z którym pracodawca nabywałby na mocy umowy o pracę autorskie prawa majątkowe do utworów przez pracownika w ramach wykonywania obowiązków służbowych lub w wykonywaniu poleceń pracodawcy.⁵ Jak jednak wynika z przebiegu prac legislacyjnych intencją prawodawcy wspólnotowego było raczej pozostawienie w tym względzie swobody państwom członkowskim w celu elastycznego wpasowanie tej regulacji w krajowe zasady odnoszące się do twórczości pracowniczej. Przepisy krajowe nie muszą zresztą przewidywać nabycia autorskich praw mająt-

¹ Zob. J. Barta, R. Markiewicz: *Prawo autorskie*, Warszawa 2008, s. 58, J. Błęsiński: *Prawo autorskie do utworów stworzonych przez pracowników w trakcie wykonywania obowiązków pracowniczych*, PUG 1994, nr 12, s. 35.

² Ustawa z dn. 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, tekst jedn. Dz. U. z 2006 r., nr 90, poz. 631 ze zm., dalej jako „pr.aut.”.

³ Zob. uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Druk Sejmowy nr 86 z dn. 06.11.1993 r., II kadencja Sejmu RP)

⁴ Dyrektywa Rady 91/250/EWG z 14.5.1991 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych (Dz. Urz. EWG z 17.5.1991 r., L122, dalej jako „dyrektywa 91/250/EWG”). Obecnie obowiązuje wersja skodyfikowana, uwzględniająca poprawki wprowadzone dyrektywą 93/98/EWG w sprawie harmonizacji czasu ochrony prawa autorskiego oraz zmieniająca numerację niektórych przepisów, opublikowana jako dyrektywa 2009/24/WE, w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych (Dz. Urz. WE z 5.5.2009 r., L 111, s. 16, dalej jako „wersja skodyfikowana”). W dalszej części przywołuję numerację jednostek redakcyjnych dyrektywy 91/250/EWG, ze wskazaniem numeracji w wersji dyrektywy 2009/24/WE, jeżeli występują różnice w stosunku do dyrektywy 91/250/EWG.

⁵ Tak M. Walter [w:] *European Copyright Law: A Commentary*, red. S. von Lewinski, M. Walter, Oxford 2010, s. 117, podobnie B. Czarnota, R.J. Hart: *Legal Protection of Computer Programs in Europe - A Guide to the EC Directive*, London - Dublin - Edinburgh - Munich 1991, s. 50.

kowych przez pracodawcę; wystarczy, że będzie on uprawniony do „wykonywania” wszystkich autorskich praw majątkowych.⁶

Należy wyraźnie podkreślić, że niezależnie od stanowiska w powyższej kwestii z dyrektywy trudno wyprowadzić zakaz regulacji przewidujących pierwotne nabycie autorskich praw majątkowych przez pracodawcę. Zgodnie z art. 2 (1), jeżeli dopuszczają to przepisy wewnętrzne danego kraju, za „autora” programu komputerowego może być uznawana osoba prawna wskazana jako uprawniona na mocy tych przepisów. Nie chodzi tu oczywiście o „autorstwo” programu komputerowego ze wszystkimi tego konsekwencjami, włącznie z przysługiwaniem autorskich praw osobistych,⁷ a jedynie o dopuszczenie w określonych sytuacjach pierwotnego nabycia autorskich praw majątkowych przez osobę prawną, o ile tylko prawo krajowe przewiduje taką możliwość.⁸ W określonych sytuacjach prawo krajowe może przewidywać nabycie pierwotne autorskich praw majątkowych przez podmiot inny niż twórca. Nie ma więc powodów, aby wykluczyć taką możliwość w odniesieniu do utworów pracowniczych, o ile tylko dopuści się możliwość odmiennego uregulowania zasad nabycia praw w umowie.⁹

Dyrektywa nie określa, kto uważany jest za „pracownika”. Znaczenie tego pojęcia powinno być więc ustalane w oparciu o krajowe regulacje z zakresu prawa pracy.¹⁰ W każdym jednak przypadku regulacja art. 2 (3) dyrektywy nie może być rozciągana na programy komputerowe, które zostały stworzone przez niezależnych programistów lub dostawców usług informatycznych (niezależnych kontrahentów) na podstawie umowy o dzieło lub umowy o świadczenie usług. Projekt dyrektywy zawierał wprowadzić regulację przewidującą nabycie przez zamawiającego autorskich praw majątkowych do programu stworzonego na zamówienie,¹¹ w toku prac legislacyjnych rozwiązanie to zostało jednak uznane za zbyt daleko idące. Kwestię nabycia praw do programu stworzonego na zamówienie należy więc pozostawić stronom umowy.¹²

Nabycie praw przez pracodawcę dotyczy jedynie programów stworzonych przez pracownika „w ramach wykonywania obowiązków służbowych lub w wykonywaniu poleceń pracodawcy”. Nie powinno ulegać wątpliwości, że art. 2 (3) znajduje zastosowanie w obydwu przypadkach, tj. zarówno gdy obowiązek stworzenia programu wynika wprost z treści z umowy o pracę lub celu jej zawarcia (np. dana osoba została zatrudniona na stanowisku

programisty), jak i wówczas, gdy wprowadzie z umowy o pracę nie da się wyprowadzić obowiązku tworzenia programów, ale pracodawca wydał pracownikowi polecenie wykonania określonych prac.¹³

Reguła określona w art. 2 (3) dyrektywy nie znajduje zastosowania do programów komputerowych powstałych poza czasem pracy, przed lub po ustaniu zatrudnienia. Pierwotny projekt dyrektywy zawierał wzmiankę o ograniczeniu zakresu art. 2 (3) do „okresu zatrudnienia”.¹⁴ Jej usunięcie w toku prac legislacyjnych związane było z usunięciem przepisu przewidującego nabycie praw do programów stworzonych na zamówienie. Nie powinno być więc rozumiane jako rozciągnięcie zakresu zastosowania art. 2 (3) na okres przed lub po ustaniu stosunku pracy.¹⁵

2. Pierwotny charakter nabycia praw przez pracodawcę

Najogólniej ujmując istnieją dwa sposoby uregulowania w ustawie nabycia prawa autorskiego do utworów pracowniczych. Pierwszym z nich jest cesja ustawowa (*cessio legis*) lub domniemanie prawne takiej cesji. Cesja ze swej istoty implikuje przejście prawa z jednej osoby na inną, oznacza więc zawsze nabycie pochodne, zależne od istnienia prawa u poprzednika. Drugi polega na powstaniu prawa autorskiego na rzecz innej osoby niż twórca, w tym wypadku na rzecz pracodawcy. Ponieważ prawo to nie powstaje w ogóle u twórcy, nie dochodzi do jego cesji na rzecz osoby, która twórcą nie jest, nabycie więc przez nią określonych uprawnień ma charakter pierwotny.¹⁶ Wybór rozwiązania w dużym stopniu zależy od stanowiska ustawodawcy w kwestii zbywalności prawa autorskich w ogóle. Przyjęcie założenia, że prawo autorskie jako takie jest niezbywalne, co jest właściwe ustawom opartym na modelu monistycznym, oznacza możliwość jego powstania wyłącznie na rzecz twórcy. W konsekwencji każde nabycie praw przez pracodawcę musi być nabyciem pochodnym.¹⁷ W ustawach opartych na modelu dualistycznym, do których należy również ustawa polska, istnieje większe pole manewru. Ustawodawca może przyjąć jako zasadę, że prawo autorskie powstaje wyłącznie na rzecz twórcy, dopuszczając jednak późniejsze jego przeniesienie na inny podmiot czy to w drodze czynności prawnej, czy *cessio legis*. Może również dopuścić pewne wyjątki od powyższej zasady, przewidując w określonych sytuacjach pierwotne nabycie uprawnień majątkowych przez osobę nie będącą twórcą.¹⁸

Polski ustawodawca oparł konstrukcję art. 12 ust. 1 pr.aut. na cesji ustawowej.¹⁹ Przyjmując w art. 8 ust. 1 jako zasadę, że pierwotnym podmiotem prawa autorskiego jest twórca, dopuś-

⁶ Tak T. Dreier: *The Council Directive of 14 May 1991 Concerning the Legal Protection of Computer Programs*, EIPR 1991, nr 9, s. 320, L. Bently [w:] *Concise European Copyright Law*, red. T. Dreier, B. Hugenholtz, Kluwer Law International 2006, s. 219. Zob. również *Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology (COM (88) 172 final)*, s. 196. Przykładowo prawo niemieckie, oparte na konstrukcji monistycznej, zakładającej niezbywalność praw autorskich, przewiduje swego rodzaju wyłączną licencję, powstającą z mocy prawa na rzecz pracodawcy (ściślej – przyznanie *ex lege* wyłącznego prawa korzystania z utworu).

⁷ W pierwotnym projekcie dyrektywy posłużono się w art. 2 (3) niejednoznacznym zwrotem „wszystkie prawa”, co mogło sugerować, że nabycie praw przez pracodawcę dotyczy również niektórych uprawnień osobistych. W ostatecznej redakcji dyrektywa jasno wskazuje, że nabycie praw przez pracodawcę dotyczy wyłącznie autorskich praw majątkowych, natomiast uprawnienia osobiste programisty pozostają poza zakresem regulacji. Zmiana została wprowadzona na wniosek Parlamentu Europejskiego. Zob. pkt 2.4. explanatory memorandum, COM (88) 816 final, Dz. Urz. EWG nr C 91 z 12.4.1989 r., s. 10, 14. Zob. też L. Bently [w:] *Concise European Copyright Law*, s. 219.

⁸ Tak L. Bently [w:] *Concise European Copyright Law*, s. 219.

⁹ Tak M. Walter [w:] *European Copyright Law*, s. 118, B. Czarnota, R. Hart: *Legal Protection...*, s. 50.

¹⁰ B. Czarnota, R. Hart: *Legal Protection...*, s. 50, L. Bently [w:] *Concise European Copyright Law*, s. 219, M. Walter [w:] *European Copyright Law*, s. 118.

¹¹ Zob. COM (88) 816 final, s. 10, 14.

¹² Zob. M. Walter [w:] *European Copyright Law*, s. 118, B. Czarnota, R. Hart: *Legal Protection...*, s. 50-51.

¹³ M. Walter [w:] *European Copyright Law*, s. 117, L. Bently [w:] *Concise European Copyright Law*, s. 219.

¹⁴ Zob. COM (88) 816 final, s. 10, 14.

¹⁵ Zob. M. Walter [w:] *European Copyright Law*, s. 117.

¹⁶ Por. J. Serda: *Prawo autorskie do dzieła filmowego*, Warszawa 1970, s. 66.

¹⁷ Zob. A. Kopff: *Wpływ postępu techniki na prawo autorskie*, ZNUJ PWiOWI 1988, z. 48, s. 55-56, E. Ulmer: *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlin - Heidelberg - New York 1980, s. 400 i n.

¹⁸ Zob. A. Kopff: *Wpływ postępu...*, s. 58-59

¹⁹ Zob. E. Trajle: *Umowy o eksploatację utworów w prawie polskim*, Warszawa 2010, s. 168. Jak zauważa A. Nowicka w odniesieniu do utworu pracowniczego pracownik nie dokonuje żadnej dyspozycji prawami, które powstaną na jego rzecz z chwilą stworzenia utworu, a w szczególności nie przenosi ich na pracodawcę. W związku z tym nie sposób traktować umowy o pracę jako umowy o przeniesienie majątkowych praw autorskich. Przejście tych praw na pracodawcę następuje z mocy art. 12 ust. 1, a skutek ten jest związany z przyjęciem utworu. Tak A. Nowicka [w:] *System prawa prywatnego*. Tom 13. Prawo autorskie, red. J. Barta, Warszawa 2007, s. 94.

cił jednak wyjątki od niej, o ile ustawa stanowi inaczej. Takie odmiennie postanowienie ustawy dotyczy niewątpliwie nabycia autorskich praw majątkowych przez producenta w odniesieniu do utworu zbiorowego (art. 11 pr.aut.) oraz – do czasu wejścia w życie nowelizacji ustawy z 9 czerwca 2000 r.²⁰ – utworu audiowizualnego (art. 70 ust. 1).²¹ Ponieważ art. 74 ust. 3 pr.aut. stanowi, że programu komputerowego stworzonego w wykonaniu obowiązków ze stosunku pracy „przysługują” pracodawcy, a więc posługuje się tym samym zwrotem co art. 8 ust. 1, art. 11 i art. 70 ust. 1 w pierwotnym brzmieniu, już tylko z literalnej wykładni omawianego przepisu wynika, że nabycie praw przez pracodawcę ma w tym wypadku charakter pierwotny. Za pierwotnym charakterem nabycia praw przemawia również – odmiennie niż w przypadku art. 12 pr.aut. – brak konieczności jego przyjęcia lub złożenia jakichkolwiek oświadczeń woli przez pracodawcę lub twórcę.²² Takie też stanowisko dominuje w polskiej literaturze przedmiotu.²³

Zakwalifikowaniu nabycia autorskich praw majątkowych przez pracodawcę jako nabycia pierwotnego nie stoi na przeszkodzie dyspozytywny charakter art. 74 ust. 3 pr.aut. To, czy prawo autorskie powstanie na rzecz innej osoby niż twórca, nie jest bowiem uzależnione od woli stron, a od spełnienia określonych przesłanek (stworzenie utworu w ramach stosunku pracy, brak odmiennych postanowień umownych) wynikających wprost z przepisu ustawy. Należy jednak podkreślić, że o nabyciu pierwotnym można mówić wyłącznie w sytuacji, w której strony nie zmodyfikują zasad nabycia praw. Jeżeli umowa przewidywać będzie inny moment nabycia niż chwila powstania ochrony prawnautorskiej, tj. ustalenia utworu (np. nabycie następować będzie z chwilą dostarczenia utworu, jego umieszczenia w tzw. repozytorium kodu, z chwilą przyjęcia), prawa do programu pracowniczego w pierwotnym stanie powstaną na rzecz twórcy. Nabycie praw przez pracodawcę nastąpi więc w sposób pochodny. Podobnie traktować należy ograniczenie zakresu nabycia tylko do części autorskich praw majątkowych.²⁴ Również w przypadku rozszerzenia nabycia praw przez pracodawcę na utwory powstałe poza wykonywaniem obowiązków ze stosunku pracy, przejście praw będzie mieć charakter pochodny.

Pierwotny charakter nabycia praw przez pracodawcę wzmacnia jego pozycję w relacjach z twórcą. Jest to szczególnie widoczne w przypadku naruszenia przez pracownika obowiązków wynikających ze stosunku pracy i niedostarczenia utworu. Na gruncie regulacji ogólnej, przewidującej nabycie pochodne, w razie niedostarczenia utworu podmiotem autorskich praw majątkowych pozostaje pracownik. Pracodawca nie może „zawłaszczyć” tych praw w inny sposób, aniżeli poprzez spowodowanie, żeby twórca dostarczył mu utwór w celu dokonania jego przyjęcia.

W celu nakłonienia pracownika do dostarczenia utworu pracodawca może posługiwać się środkami przewidzianymi w prawie pracy na wypadek naruszenia obowiązków pracowniczych.²⁵ Inaczej przedstawia się sytuacja w przypadku pierwotnego nabycia autorskich praw majątkowych. Nawet w razie niedostarczenia programu stworzonego w wykonaniu obowiązków ze stosunku pracy, autorskie prawa majątkowe do tego programu nabywa pracodawca. W rezultacie pracownik nie ma prawnej możliwości rozporządzenia programem, a korzystanie z programu przez pracownika lub osobę trzecią stanowić będzie naruszenie autorskich praw majątkowych przysługujących pracodawcy.

W odniesieniu do utworu, do którego – tak jak w omawianym przypadku – autorskie prawa majątkowe przysługują z mocy ustawy innej osobie niż twórca, inaczej obliczany jest czas ochrony autorskich praw majątkowych. Zgodnie z art. 36 ust. 3 pr.aut. będzie on liczony nie od śmierci twórcy (ewentualnie współtwórców), a od daty rozpowszechnienia utworu, a gdy utwór nie został rozpowszechniony – od daty jego ustalenia.²⁶

3. Pojęcie stosunku pracy

Zakresem zastosowania art. 74 ust. 3 objęte są programy komputerowe stworzone przez pracownika „w wyniku wykonywania obowiązków ze stosunku pracy”. Pojęcie stosunku pracy należy interpretować zgodnie z przepisami „Kodeksu pracy”. Należy więc przyjąć, zgodnie z art. 22 § 1 k.p., że przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem. Nie ma podstaw, aby zakres zastosowania art. 74 ust. 3 ograniczać jedynie do tych pracowników, których obowiązek stworzenia programu komputerowego wynika z umowy o pracę. Pogląd taki, wyrażony przez L. Jaworskiego, prowadzi do wyłączenia z zakresu zastosowania regulacji pr.aut., odnoszącej się do twórczości pracowniczej, utworów stworzonych przez pracowników zatrudnionych na podstawie powołania, wyboru, mianowania czy spółdzielczej umowy o pracę.²⁷ Art. 74 ust. 3, podobnie jak art. 12 pr.aut., nie wprowadza jednak rozróżnienia, jeżeli chodzi o źródło stosunku pracy, a zgodnie z art. 2 k.p. tworzy go również powołanie, wybór, mianowanie czy spółdzielcza umowa o pracę. Brak również uzasadnienia celowościowego dla tego rodzaju rozróżnienia.²⁸ Natomiast od strony pracodawcy nie ulega wątpliwości, że przepis art. 74 ust. 3 obejmuje wszelkie kategorie podmiotów zatrudniających, niezależnie od ich formy organizacyjnej, oraz bez względu na sektor zatrudnienia i układ stosunków własnościowych. Zgodnie z art. 3 k.p. może być to więc jednostka organizacyjna, choćby nie posiadała osobowości prawnej, a także osoba fizyczna, jeżeli zatrudniają one pracowników.²⁹

Przy ustalaniu, czy pomiędzy stronami istnieje stosunek pracy, należy uwzględnić art. 22 § 1¹ k.p., zgodnie z którym zatrudnienie na warunkach spełniających cechy stosunku pracy, określone

²⁰ Dz.U. z 2000 r., nr 53, poz. 637.

²¹ Zob. M. Czajkowska-Dąbrowska [w:] Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz, Warszawa 1995, s. 329 i n.

²² A. Nowicka [w:] System pr. pryw. Tom 13, s. 105.

²³ Zob. A. Nowicka: Prawnautorska i prawnoautorska ochrona programów komputerowych, 1995, s. 129, J. Barta, R. Markiewicz [w:] Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz, Warszawa 2005, s. 567, M. Byrska: Ochrona programów komputerowych w świetle prawa polskiego, Warszawa 1994, s. 47, J. Szczotka [w:] M. Poźniak-Niedzielska, J. Szczotka, M. Mozgawa: Prawo autorskie i prawa pokrewne, Bydgoszcz - Warszawa - Lublin 2007, s. 151.

²⁴ Wykładnia taka pozwala m.in. uniknąć trudności w obliczaniu czasu ochrony, jakie powstałyby, gdyby przyjąć, że w takim wypadku nabycie części praw przez pracodawcę również następuje ex lege. Czas ochrony dla praw nabytych przez pracodawcę należałoby wówczas obliczać zgodnie z art. 36 ust. 3 pr.aut., natomiast czas ochrony praw pozostałych przy pracowniku – zgodnie z zasadami ogólnymi.

²⁵ A. Nowicka [w:] System pr. pryw. Tom 13, s. 97.

²⁶ A. Nowicka: Prawnautorska..., s. 129.

²⁷ Tak L. Jaworski: *Twórczość pracownicza*, Warszawa 2003, s. 108.

²⁸ Tak E. Traple: *Umowy o eksploatację utworów*, s. 168.

²⁹ L. Jaworski: *Twórczość pracownicza*, s. 108.

w art. 22 § 1 k.p., jest zatrudnieniem na podstawie stosunku pracy, bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy.³⁰ Należy podkreślić, że nie oznacza to rozciągnięcia zasad nabycia autorskich praw majątkowych na przypadki, w których strony zawarły umowę zlecenia czy umowę o dzieło podobną do umowy o pracę, a jedynie to, że każda umowa spełniająca cechy umowy o pracę jest umową o pracę.³¹ Wyłącznie w tym kontekście należy rozumieć wyrok SN z 9.1.2001 r.,³² w którego uzasadnieniu stwierdzono m. in., że „właścicielem praw autorskich do programu komputerowego wykonanego w ramach obowiązków pracowniczych jest pracodawca, chyba że w umowie o pracę lub umowie cywilnoprawnej strony postanowiły inaczej.”

Poza przypadkami, objętymi zakresem zastosowania art. 22 § 1 k.p. art. 74 ust. 3 pr.aut., jako przepis szczególny, powinien być interpretowany ściśle. Do takiej interpretacji skłania również brzmienie art. 2 (3) dyrektywy i nakaz proeuropejskiej wykładni przepisów krajowych. Nie ulega zatem wątpliwości, że nie znajdzie zastosowania do programów stworzonych w wyniku wykonywania obowiązków wynikających z innych stosunków prawnych, niż stosunek pracy, np. w ramach umowy o dzieło (art. 627 i nast. k.c.) czy umowy o świadczenie usług (art. 750 k.c.).³³ W każdym z tych przypadków do nabycia praw może dojść wyłącznie na ogólnych zasadach, określonych w rozdziale 5 pr.aut.

Zakres praw nabywanych przez pracodawcę

Na podstawie art. 74 ust. 3 pr.aut. pracodawca nabywa autorskie prawa majątkowe do programu komputerowego w całości. Nabycie nie ogranicza się przy tym wyłącznie uprawnień wymienionych w art. 74 ust. 4 pr.aut. ale obejmuje wszystkie uprawnienia mieszczące się w zakresie syntetycznej definicji majątkowego prawa autorskiego, zawartej w art. 17 pr.aut.³⁴ Pracodawca nabywa więc prawo do korzystania z programu komputerowego na wszystkich polach eksploatacji, a także prawo do rozporządzania programem i prawo do wynagrodzenia. W zakresie korzystania z programu, obok prawa do zwielokrotniania (art. 74 ust. 4 pkt 1), wprowadza zmian (art. 74 ust. 4 pkt 2) i rozpowszechniania (art. 74 ust. 4 pkt 3) do uprawnień nabywanych przez pracodawcę należy zaliczyć również prawo zezwalania na rozporządzenie i korzystanie z opracowania programu komputerowego (art. 2 ust. 2 pr.aut.). W konsekwencji naruszeniem autorskich praw majątkowych, przysługujących pracodawcy, będzie wykorzystanie przez programistę elementów twórczych programu „pracowniczego” w innym programie, powstałym poza stosunkiem pracy.³⁵

Z wyroku SN z 16.5.2001 r.³⁶ wynika, że również na gruncie pr.aut. z 1952 r. pracownik, do którego obowiązków należało tworzenie programów komputerowych na rzecz pracodawcy, mógł zgodzić się na dokonywanie przez pracodawcę wprowadzania zmian (modyfikacji) do stworzonego dzieła. Rozstrzygnięcie to należy uznać za trafne. Dotyczący uprawnienia do modyfikowania programu art. 74 ust. 4 pkt 2 pr.aut. został wprowadzony do ustawy z 1994 r. w celu implementacji art. 4 (b) dyrektywy 91/250/EWG (art. 4 (1) (b) w wersji skodyfikowanej) i stanowi

nowe uprawnienie autorskie, nie występujące na gruncie ustawy z 1952 r. Przepis ten nie implementuje jednak przepisu wspólnotowego w całości. Regulacja dyrektywy została bowiem rozbita na dwa oddzielne uprawnienia: a) wspomniane uprawnienie przewidziane w art. 74 ust. 4 pkt 2, oraz b) uprawnienie wynikające z art. 2 ust. 2 pr.aut. tj. prawo zezwalania na rozporządzenie i korzystanie z autorskich praw zależnych (opracowań) programu.³⁷ Ponieważ dla sporządzenia opracowania niezbędne jest wkroczenie również w zakres uprawnienia do modyfikowania programu, zgoda pracownika na sporządzanie opracowań implikować powinna również dopuszczalność ingerencji w uprawnienie przewidziane w art. 74 ust. 4 pkt 2 pr.aut.

Polska ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych uznaje za zbywalne jedynie uprawnienia o charakterze majątkowym. Nawet w przypadku pierwotnego powstania tych praw na rzecz pracodawcy, podmiotem autorskich praw osobistych pozostaje zawsze rzeczywisty twórca.³⁸ Od zasady tej obowiązująca ustawa nie przewiduje wyjątków i wobec jednoznacznego sformułowania art. 74 ust. 3, podobnie zresztą jak przepisów szczególnych, przewidujących powstanie *ex lege* praw majątkowych na rzecz producenta czy wydawcy określonego utworu (art. 11, art. 70 ust. 1 pr.aut. w pierwotnej redakcji), nie ma tu miejsca dla przyznania pracodawcy choćby ograniczonego katalogu uprawnień osobistych.³⁹

Mimo że pracodawca nabywa autorskie prawa majątkowe w sposób pierwotny, zobowiązany jest do respektowania uprawnień osobistych pracownika tak samo, jak nabywca pochodny. Należy jednak uwzględnić, że zakres uprawnień osobistych programisty został w art. 77 pr.aut. wydatnie ograniczony. Przepis ten wyłącza w odniesieniu do programów komputerowych zastosowanie art. 16 pkt 3–5 pr.aut. (prawa do decydowania o pierwszym udostępnieniu programu, prawo do integralności programu i jego rzetelnego wykorzystania oraz prawo nadzoru nad sposobem korzystania z programu). Z katalogu autorskich praw osobistych zawartego w art. 16 pr.aut. pozostawiono więc jedynie przewidziane w art. 16 pkt 1 i 2 pr.aut. prawo do autorstwa w aspekcie negatywnym (możliwość żądania przez twórcę od osób trzecich, by uznawały, że to on jest autorem utworu) oraz pozytywnym (prawo do wyboru oznaczenia utworu nazwiskiem, pseudonimem lub udostępnienia go anonimowo). Co bardziej istotne dla omawianej problematyki – wyeliminowane zostały również wszystkie, z wyjątkiem art. 58 pr.aut., uprawnienia osobiste bądź osobisto-majątkowe, jakie wprowadzone zostały w zakresie regulacji umów autorskich, a więc art. 49 ust. 2 pr.aut., art. 56, 60 i 62 pr.aut. Szczególne znaczenie ma tu wyłączenie prawa do integralności (art. 16 pkt 3 pr.aut.) i związanego z nim przepisu art. 49 ust. 2 pr.aut. Inaczej niż na gruncie regulacji ogólnej pracodawca może, bez zgody twórcy, wprowadzać zmiany do programu komputerowego, nawet jeżeli nie są one spowodowane oczywistą koniecznością, a twórca nie miałby słusznej podstawy im się sprzeciwić.⁴⁰

³⁰ A. Nowicka [w:] *System pr. pryw. Tom 13*, s. 96.

³¹ Zob. L. Jaworski: *Twórczość pracownicza*, s. 75-76.

³² Wyrok SN z 9.1.2001 r., I PKN 493/00, opubl. OSNP 2002, nr 17, poz. 407.

³³ J. Barta, R. Markiewicz [w:] *Pr.aut. Komentarz*, s. 568.

³⁴ A. Nowicka [w:] *System pr. pryw. Tom 13*, s. 106.

³⁵ Tak J. Barta, R. Markiewicz [w:] *Pr.aut. Komentarz*, s. 568, A. Nowicka [w:] *System pr. pryw. Tom 13*, s. 106.

³⁶ Wyrok SN z 16.5.2001 r., I PKN 389/2000, opubl. OSNP 2003, nr 5 poz. 119.

³⁷ Tak Nowicka: *Prawnoautorska...*, s. 134-135, J. Barta i R. Markiewicz [w:] *Pr.aut. Komentarz*, s. 569, 569, Z. Okoń [w:] *Prawo Internetu*, red. P. Podrecki, Warszawa 2007, s. 452, J. Szczotka [w:] M. Poźniak-Niedzielska, J. Szczotka, M. Mozgawa: *Prawo autorskie...*, s. 153. Zob. też E. Traple [w:] *System pr. pryw. Tom 13*, s. 199.

³⁸ Zob. A. Nowicka [w:] *System pr. pryw. Tom 13*, s. 66 i n.

³⁹ W polskiej literaturze przedmiotu próbę taką na gruncie ustawy z 1952 r. i regulacji przewidującej pierwotne nabycie praw autorskich przez producenta utworu audiowizualnego podjął J. Serda. Zob. J. Serda: *Prawo autorskie*, s. 71 i n.

⁴⁰ Por. A. Nowicka [w:] *System pr. pryw. Tom 13*, s. 93.

Ze względu na stosunkowo rzadkie ujawnianie autorstwa programów komputerowych, tworzonych najczęściej przez duże zespoły programistów, pracodawca może być umocowany do wykonywania autorskich praw osobistych w imieniu rzeczywistego twórcy. Zgodnie z art. 8 ust. 3 pr.aut. w przypadku udostępnienia utworu anonimowo lub pod pseudonimem nie ujawniającym osoby twórcy, w wykonywaniu praw autorskich zastępuje go producent lub wydawca, a w razie ich braku – właściwa organizację zbiorowego zarządzania.⁴¹ Producentem lub wydawcą, o których mowa w powołanym przepisie, może być również pracodawca twórcy, który nabył autorskie prawa majątkowe na podstawie art. 74 ust. 3 pr.aut.

Określone w art. 8 ust. 3 pr.aut. „zastępstwo” w wykonywaniu prawa autorskiego wchodzi w rachubę zarówno w przypadku, gdy osoba twórcy jest znana podmiotom wskazanym w tym przepisie, jak i wówczas gdy twórca nie ujawnił swego autorstwa wobec którejkolwiek z tych osób. Ma ono przy tym niezwykle szeroki zakres i obejmuje wszelkie akty wykonywania praw autorskich, zarówno osobistych, jak i majątkowych.⁴² Należy jednak podkreślić, że umocowanie do wykonywania prawa autorskiego z art. 8 ust. 3 stanowi rodzaj przedstawicielstwa ustawowego, a więc – stosownie do art. 96 k.c. – jest umocowaniem do działania w cudzym imieniu.⁴³ Tak więc np. dochodzenie przez pracodawcę roszczeń z tytułu naruszenia prawa do autorstwa programu komputerowego następować może jedynie w imieniu anonimowego lub pseudonimowego twórcy do czasu ujawnienia przez niego autorstwa.

4. Autonomiczny charakter regulacji odnoszącej się do twórczości pracowniczej

Poglądy doktryny na relację przepisów odnoszących się do twórczości pracowniczej do regulacji rozdziału 5 pr.aut. nie różnią się zasadniczo. Jakkolwiek w piśmiennictwie problem ten analizowano głównie na gruncie regulacji ogólnej, nie ma powodów aby zasadniczo odmiennie postrzegać problem zastosowania przepisów art. 41 i n. w odniesieniu do programów komputerowych.

Zdaniem J. Błęszyńskiego art. 12 ust. 1 pr.aut. stanowi *lex specialis* wobec przepisów rozdziału 5 pr.aut. w zakresie nieuregulowanym w art. 12 ust. 1 w sposób odmienny, do nabycia autorskich praw majątkowych przez pracodawcę w całej ciągłości znajdują więc zastosowanie postanowienia art. 41 i n. pr.aut. Odmiennie stanowisko w tej kwestii stanowiłoby bowiem rozszerzającą interpretację przepisu szczególnego.⁴⁴ Również J. Barta i R. Markiewicz uznają art. 12 pr.aut. za przepis szczególny w stosunku do art. 41 i n. Dodają jednak, że przejście autorskich praw majątkowych na pracodawcę zostało w art. 12 pr.aut. uregulowane w sposób specyficzny i autonomiczny, co wynika z faktu, że nabycie praw przez pracodawcę jest tylko jednym z elementów złożonego stosunku prawnego, jaki łączy pracownika z pracodawcą, stosunku prawnego wymagającego odrębnego traktowania w porównaniu ze „zwykłymi stosun-

kami cywilnoprawnymi”, do jakich odnosi się rozdz. 5 ustawy.⁴⁵ Autonomiczny charakter regulacji odnoszącej się do twórczości pracowniczej silniej akcentuje L. Jaworski. Jego zdaniem „przy ocenie, czy art. 12 pr.aut. jako przepis szczególny uchylać będzie konkretne postanowienie zawarte w rozdziale 5 ustawy, należy uwzględnić, czy postanowienia te będą odpowiadać naturze omawianego stosunku jako stosunku pracy, o swoistej postaci, w którym powiązania autorsko-prawne mają związany oraz akcesoryjny charakter względem powiązań prawnopracowniczych”.⁴⁶ W oparciu o tak sformułowaną dyrektywę wykładni L. Jaworski przeprowadza analizę zastosowania poszczególnych przepisów dotyczących obrotu prawami autorskimi do umów o pracę. Z kolei zdaniem E. Traple problem stosunku art. 12 pr.aut. do przepisów rozdziału 5 pr.aut. wymaga dwustopniowego ujęcia. Nie powinno ulegać wątpliwości, iż art. 12 rozstrzyga w sposób autonomiczny zarówno o źródle nabycia praw majątkowych przez pracodawcę, jak i o zakresie tego nabycia. Zatem, o ile zostaje zawarta umowa o pracę i brak jakiegokolwiek regulacji umownej, dochodzi do *cessio legis*. Instytucja *cessio legis* powoduje, że w tym zakresie całkowicie wyłączone są przepisy rozdziału 5 pr.aut. Natomiast jeżeli strony uregulują w umowie o pracę albo w odrębnym porozumieniu zagadnienie nabycia autorskich praw majątkowych w sposób odmienny, niż to wynika z art. 12 pr.aut., wówczas można rozważać zastosowanie regulacji odnoszącej się do umów autorskich. Nie ma natomiast powodu aby wyłączać lub ograniczać zastosowanie przepisów rozdziału 5 pr.aut. w sytuacji, w której strony poszerzą zakres nabywanych przez pracodawcę majątkowych praw autorskich, skoro źródło przejścia praw jest czysto umowne i w gruncie rzeczy oderwane od stosunku pracy.⁴⁷

Przechodząc do ustalenia relacji art. 74 ust. 3 do przepisów rozdziału 5 ustawy należy zwrócić uwagę na dwie różnice wynikające z przepisów szczególnych dotyczących programów komputerowych. Po pierwsze – jak już wspomniano wyżej – z art. 74 ust. 3 pr.aut. wynika, że pracodawca nabywa autorskie prawa majątkowe do programu komputerowego w całości. Nie powstaje tu więc problem dopuszczalności przeniesienia całości praw, rozważany na gruncie regulacji ogólnej.⁴⁸ Po drugie – w związku z ograniczeniem uprawnień osobistych programisty, również w odniesieniu do programów komputerowych stworzonych w ramach stosunku pracy nie znajdują zastosowania przepisy rozdziału 5 pr.aut, których stosowanie wyłącza art. 77 pr.aut.⁴⁹

Przenosząc pogląd wyrażony przez E. Traple na grunt art. 74 ust. 3 pr.aut., należy stwierdzić, że w takim zakresie, w jakim przepis ten rozstrzyga o źródle nabycia praw majątkowych przez pracodawcę, jak i o zakresie tego nabycia, wyłączone jest zastosowanie przepisów rozdziału 5 pr.aut. Dotyczy to w szczególności wymogu specyfikacji pól eksploatacji (art. 41 ust. 2), przejścia prawa zezwalania na wykonywanie autorskich praw zależnych (art. 46) oraz zakazu zawierania umów dotyczących wszystkich

⁴¹ Obecnie jedyną organizacją zbiorowego zarządzania, właściwą do zbiorowego zarządzania prawami autorskimi do programów komputerowych jest Stowarzyszenie Polski Rynek Oprogramowania PRO. Zob. obwieszczenie MKiDN z 26.3.2009 r., M.P. z 2009 r., Nr 21, poz. 270.

⁴² Tak A. Nowicka [w:] *System pr. pryw.* Tom 13, s. 71.

⁴³ *Ibid.*, s. 72.

⁴⁴ J. Błęszyński: *Prawo autorskie do utworów stworzonych przez pracowników...*, s. 33.

⁴⁵ J. Barta, R. Markiewicz [w:] *Pr.aut. Komentarz*, s. 207, podobne stanowisko zajął SN w wyroku z 26.6.1998 r., PKN 196/98, opubl. OSP 1999, Nr 11, poz. 207 z głosem T. Kuczyńskiego.

⁴⁶ L. Jaworski: *Twórczość pracownicza*, s. 132-134.

⁴⁷ E. Traple: *Umowy o eksploatację utworów*, s. 168-170.

⁴⁸ Zdaniem J. Błęszyńskiego nieważne będzie postanowienie umowne przenoszące na pracodawcę całość autorskich praw majątkowych (J. Błęszyński: *Prawo autorskie do utworów stworzonych przez pracowników...*, s. 33). Zdaniem A. Nowickiej (*System pr. pryw.* Tom 13, s. 95) przejście całości praw również na gruncie regulacji ogólnej jest dopuszczalne, jeżeli mieści się w granicach wyznaczonych przez cel i zakres umowy o pracę.

⁴⁹ Zob. A. Nowicka [w:] *System pr. pryw.* Tom 13, s. 105-106.

utworów lub wszystkich utworów określonego rodzaju tego samego twórcy mających powstać w przyszłości (art. 41 ust. 3).⁵⁰ Ze względu na pierwotny i całkowity charakter nabycia praw przez pracodawcę uważam, że nie znajduje tu również zastosowania art. 41 ust. 4 pr.aut., który wyłącza spod obrotu pola eksploatacji nieznanne w chwili zawierania umowy. W razie pojawienia się nowych pól eksploatacji programów komputerowych autorskie prawa majątkowe w tym zakresie przysługiwać będą pracodawcy.⁵¹

Większe wątpliwości związane są z zastosowaniem tych postanowień rozdziału 5 pr.aut., które odnoszą się do wynagrodzenia autorskiego (art. 43-45, 47-48). Co do zasady wynagrodzenie wynikające ze stosunku pracy stanowi jednocześnie wynagrodzenie za nabycie przez pracodawcę praw do utworu pracowniczego.⁵² Ponieważ w odniesieniu do programów komputerowych nabycie praw następuje w całości, w odniesieniu do programów pracowniczych można wykluczyć stosowanie art. 43 i 45 pr.aut., zgodnie z którymi w braku odmiennych postanowień umowy przeniesienie praw następuje odpłatnie, a twórcy przysługuje odrębne wynagrodzenie za korzystanie z utworu na każdym odrębnym polu eksploatacji.⁵³ Art. 47 i 48 pr.aut., dotyczące przypadków uzależnienia wynagrodzenia autorskiego od wielkości korzyści osiąganych z rozpowszechniania utworu mogą znaleźć zastosowanie jedynie w razie gdy strony, poza wynagrodzeniem za pracę, postanowią o przyznaniu pracownikowi tego rodzaju dodatkowego wynagrodzenia.⁵⁴ Nie można natomiast wykluczyć zastosowania w wyjątkowych przypadkach art. 44 pr.aut., zgodnie z którym w razie rażącej dysproporcji między wynagrodzeniem twórcy a korzyściami nabywcy autorskich praw majątkowych lub licencjobiorcy, twórca może żądać stosownego podwyższenia wynagrodzenia przez sąd.⁵⁵

Rozbieżne oceny w literaturze przedmiotu wywołuje problem formy umów o pracę. L. Jaworski przyjmuje w oparciu o art. 53 pr.aut., że umowa o pracę, w zakresie wywoływania przez nią skutków w sferze przeniesienia na pracodawcę praw do utworu pracowniczego musi być zawarta w formie pisemnej pod rygorem nieważności co do skutku w postaci przejścia praw. Zdaniem autora niedochowanie formy pisemnej nie będzie prowadzić do nieważności umowy o pracę, gdyż takiego skutku ustawodawca nie przewidział (*vide* art. 29 § 2 k.p.), ale w takim wypadku nie znajdzie zastosowania art. 12 pr.aut.⁵⁶ Ze stanowiskiem tym trudno się zgodzić. Na gruncie art. 12 pr.aut. pracownik nie dokonuje rozporządzenia prawami, a przejście tych praw następuje na mocy przepisu ustawy (*cessio legis*), a nie umowy o pracę. Skoro więc ustawodawca nie uzależnił przejścia praw do utworu pracowniczego od zawarcia umowy o pracę w formie pisemnej, trudno skutek taki wywodzić z przepisu art. 52 dotyczącego formy umowy przenoszącej autorskie prawa majątkowe.⁵⁷ Jeszcze wyraźniej jest to widoczne na gruncie art. 74 ust. 3 pr.aut. Skoro autorskie prawa majątkowe do programów pracowniczych powstają w sposób pierwotny na rzecz prac-

dawcy, konsekwencją zawarcia umowy o pracę nie jest w ogóle przeniesienie (cesja ustawowa lub umowna) autorskich praw majątkowych. Z podobnych względów wykluczyć należy zastosowanie art. 52 ust. 1 pr.aut., dotyczącego własności nośników w razie przejścia autorskich praw majątkowych. Skoro brak jest przeniesienia prawa, nie można na tej podstawie wyrokować o własności nośników.

Największe wątpliwości towarzyszą zastosowaniu przepisów przewidujących możliwość odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia z przyczyn szczególnych. W odniesieniu do programów komputerowych dotyczy to niewykonania zobowiązania kontrahenta twórcy do rozpowszechniania utworu (art. 57) oraz publicznego udostępnienia utworu w nieodpowiedniej formie albo ze zmianami, którym twórca mógłby słusznie się sprzeciwić (art. 58). Najogólniej ujmując przepisy te zmierzają do pozbawienia kontrahenta twórcy możliwości korzystania z utworu przez odstąpienie od umowy przenoszącej autorskie prawa majątkowe lub wypowiedzenie umowy licencyjnej, przy zachowaniu prawa twórcy do wynagrodzenia lub przyznaniu mu określonych roszczeń odszkodowawczych. Skutek taki nie nastąpi w przypadku rozwiązania umowy o pracę za wypowiedzeniem. Trudno natomiast konstruować na podstawie art. 57 i 58 uprawnienie podobne do przewidzianego w art. 12 ust. 2 pr.aut., tj. doprowadzenie przez twórcę do „odzyskania” autorskich praw majątkowych w określonych przypadkach. Należy się więc opowiedzieć przeciw stosowaniu powołanych przepisów do przypadków nabycia przez pracodawcę autorskich praw majątkowych do utworu pracowniczego.

W konsekwencji, przy braku odmiennych postanowień umownych, zakres zastosowania przepisów rozdziału 5 pr.aut. do nabycia praw do programów komputerowych tworzonych w ramach stosunku pracy jest bardzo wąski. Obok wspomnianego art. 44 pr.aut. można rozważać jeszcze zastosowanie art. 49 ust. 1 pr.aut., odnoszącego się do sposobu korzystania z utworu.⁵⁸ Ponieważ pracodawca programisty nabywa całość autorskich praw majątkowych, strony nie mogą tu postanowić o poszerzeniu zakresu nabywanych praw, co w świetle poglądów wyrażanych w literaturze przedmiotu mogłoby wpłynąć na zakres zastosowania przepisów rozdziału 5 pr.aut.⁵⁹ Zasad nabycia praw, określonych w art. 74 ust. 3 pr.aut., nie można zastosować w przypadku rozszerzenia zakresu nabywanych przez pracodawcę praw na utwory stworzone przez pracownika wprawdzie w czasie trwania stosunku pracy, jednak poza obowiązkami wynikającymi z tego stosunku (np. w czasie wolnym). W tej części do umowy łączącej strony w całej rozciągłości powinien znaleźć zastosowanie art. 41 i n. pr.aut.

⁵⁰ W art. 49 ust. 1 pr.aut. posłużono się zwrotem „sposób korzystania z utworu”. Zakładając racjonalność ustawodawcy należałoby przyjąć, że „sposób korzystania” nie jest tożsamy z „polem eksploatacji” (tak M. Czajkowska-Dąbrowska [w:] *System pr. prywatnej. Tom 13*, s. 333). Można przypuszczać, że znajduje on zastosowanie w sytuacji, w której strony porozumiały się co do pól eksploatacji utworu, nie określili jednak kontekstu i okoliczności towarzyszących korzystaniu. Przykładowo umowa stanowi o zwielokrotnianiu drukiem i wprowadzaniu do obrotu utworu poetyckiego, nie określa jednak, czy ma to nastąpić w postaci wydania tomiku wierszy, czy też elementu uatrakcyjniającego foldery reklamowe. Zob. też J. Barta, R. Markiewicz [w:] *Pr. aut. Komentarz*, s. 412 i n. Odmiennie M. Kępiński (*System pr. prywatnej. Tom 13*, s. 474, 479 i n.), który postuluje odwołanie się do reguły interpretacyjnej wynikającej z art. 49 ust. 1 pr.aut. w przypadku całkowitego pominięcia w umowie wskazania pól eksploatacji i braku możliwości jego ustalenia w oparciu o ogólne reguły wykładni. Przyjęcie interpretacji M. Kępińskiego przy uwzględnieniu pełnego zakresu nabycia praw do programu pracowniczego prowadziłoby do wniosku, że art. 49 ust. 1, podobnie jak art. 41 ust. 2, nie znajduje zastosowania do programów pracowniczych.

⁵⁹ E. Traple: *Umowy o eksploatację utworów*, s. 169, L. Jaworski: *Twórczość pracownicza*, s. 138.

⁵⁰ Zob. L. Jaworski: *Twórczość pracownicza*, s. 134-138.

⁵¹ Zob. E. Traple: *Umowy o eksploatację utworów*, s. 170

⁵² Zob. L. Jaworski: *Twórczość pracownicza*, s. 141, J. Barta, R. Markiewicz [w:] *Pr. aut. Komentarz*, s. 208, 211.

⁵³ Por. w odniesieniu do regulacji ogólnej E. Traple: *Umowy o eksploatację utworów*, s. 170-171.

⁵⁴ *Ibid.*, s. 171.

⁵⁵ L. Jaworski: *Twórczość pracownicza*, s. 145

⁵⁶ *Ibid.*, s. 150-151.

⁵⁷ Tak E. Traple: *Umowy o eksploatację utworów*, s. 170

5. Stosunek art. 74 ust. 3 do art. 12 pr.aut.

Ostatnim problemem, powstającym na gruncie przepisów szczególnych dotyczących programów komputerowych, jest stosunek art. 74 ust. 3 pr.aut. do regulacji ogólnej. Wobec braku wyraźnego stanowiska ustawy nie jest bowiem jasne, czy w odniesieniu do programów komputerowych powstałych w ramach stosunku pracy przepis ten wyłącza zastosowanie art. 12 pr.aut. w całości, czy tylko jego ust. 1.

W kwestii tej zdecydowanie wypowiedziała się A. Nowicka. Zdaniem autorki art. 74 ust. 3 jako przepis szczególny wyłącza zastosowanie art. 12 pr.aut. w całości.⁶⁰ Podzielam to stanowisko, aczkolwiek kwestia ta wymaga szerszego wyjaśnienia. Art. 74 ust. 3 pr.aut., określając w sposób szczególny tryb i zakres nabycia praw przez pracodawcę programisty, bezdyskusyjnie wyłącza zastosowanie art. 12 ust. 1 pr.aut. Wątpliwości mogą natomiast dotyczyć art. 12 ust. 2 pr.aut., zgodnie z którym w przypadku nieprzystąpienia przez pracodawcę do rozpowszechniania utworu przeznaczonego w umowie o pracę do rozpowszechniania w okresie dwóch lat od daty przyjęcia utworu, twórca może wyznaczyć pracodawcy odpowiedni termin na rozpowszechnienie utworu z tym skutkiem, że po jego bezskutecznym upływie prawa uzyskane przez pracodawcę powracają do twórcy. Możliwa jest tu argumentacja, w mojej ocenie nietrafna, że skoro ustawodawca nie wyłączył w odniesieniu do programu zastosowania art. 57 pr.aut., wprowadzającego analogiczne uprawnienie w przypadku umów przenoszących autorskie prawa majątkowe i umów licencyjnych, również w odniesieniu do programów pracowniczych możliwe jest „odzyskanie” autorskich praw majątkowych przez twórcę na podstawie art. 12 ust. 2 pr.aut. Przeciw takiej interpretacji przemawia przede wszystkim wykładnia językowa. W art. 12 ust. 2 mowa jest o „powrocie” autorskich praw majątkowych do twórcy, a termin do rozpowszechniania utworu obliczany jest od chwili przyjęcia utworu. Obu tych zwrotów nie da się pogodzić z występującym na gruncie art. 74 ust. 3 pr.aut. pierwotnym nabyciem autorskich praw majątkowych przez pracodawcę, bez konieczności dokonywania jego przyjęcia. Z podobnych względów wyłączyć należy zastosowanie art. 12 ust. 3 pr.aut., zgodnie z którym „z chwilą przyjęcia utworu” pracodawca nabywa własność przedmiotu, na którym utwór utrwalono. Skoro na podstawie art. 74 ust. 3 nie dochodzi do przyjęcia utworu, bezprzedmiotowa jest regulacja rozstrzygająca na tej podstawie o własności nośników.

6. Uwagi końcowe

Regulacja art. 74 ust. 3 pr.aut. choć niewątpliwie korzystna dla pracodawcy, rodzi pewne problemy praktyczne. Mają one swe źródło w odmiennym uregulowaniu zasad nabycia autorskich praw majątkowych do utworów powstałych w ramach stosunku pracy na gruncie regulacji ogólnej. W razie braku odmiennych postanowień umowy o pracę, tryb nabycia praw przez pracodawcę, a więc zastosowanie bądź to art. 734 ust. 3, bądź to art. 12 pr.aut., uzależniony jest od tego, czy dany utwór może być uznany za program komputerowy, czy też należy do innej

kategorii twórczości (np. stanowi dokumentację techniczną programu, elementy graficzne interfejsu użytkownika itp.). W tej sytuacji wielu pracodawców dąży do ujednoczenia zasad nabycia utworów pracowniczych, ustalając te same reguły nabycia dla programów komputerowych i innych utworów, często osłabiając swoją pozycję w relacjach z twórcą (np. przewidując nabycie pochodne z chwilą dostarczenia utworu przez pracownika).

W celu uniknięcia przyszłych sporów pomiędzy pracownikiem a pracodawcą użyteczne jest uregulowanie w umowie o pracę lub dodatkowym porozumieniu stron w odniesieniu do wszystkich utworów tworzonych przez pracownika takich kwestii jak: określenie obowiązku tworzenia utworów określonego rodzaju, istnienie lub brak ewentualnego obowiązku rozpowszechniania utworu przez pracodawcę i sposobu oznaczenia dzieła. W odniesieniu do utworów nie będących programami komputerowymi celowe jest również ustalenie zakresu wykorzystania leżącego poza granicami art. 12 pr.aut., określenie rodzaju zmian, jakie strony uznają za dopuszczalne bez wkroczenia w uprawnienia osobiste twórcy, ustalenie zasad nadzoru autorskiego oraz określenie sposobów i terminu przyjęcia dzieła.⁶¹ Z wyłączeniem uregulowań odnoszących się do uprawnień osobistych twórcy określenie tych kwestii jest również możliwe w odniesieniu do pracowniczych programów komputerowych. Będzie się to jednak z reguły wiązać się z odejściem od zasad określonych w art. 74 ust. 3 pr.aut. i zastosowaniem korzystniejszych dla twórcy zasad określonych w przepisach rozdziału 5 pr.aut.

⁶⁰ A. Nowicka [w:] *System pr. pryw.* Tom 13, s. 105.

⁶¹ Zob. E. Traple: *Umowy o eksploatację utworów*, s. 172.

MGR ŁUKASZ GOŹDZIASZEK

ZASADA BEZPOŚREDNIOŚCI I PISEMNOŚCI POSTĘPOWANIA DOWODOWEGO W ŚWIETLE NOWELIZACJI KODEKSU POSTĘPOWANIA CYWILNEGO Z DNIA 5 GRUDNIA 2008 R.

W postępowaniu dowodowym wiodącą rolę odrywa zasada bezpośredniości, a nadto – zasada pisemności i zasada ustności. Są one ze sobą wzajemnie sprzężone; rozwiązania legislacyjne preferujące jedną z nich najczęściej przekładają się na umniejszenie roli innej zasady. Ustawą z dnia 5 grudnia 2008 r.¹ wprowadzono do polskiego prawa postępowania cywilnego nowe instytucje prawne, mające uczynić efektywniejszym postępowanie dowodowe: dowód na odległość, pisemne zeznanie świadka i pisemne przesłuchanie strony.

Najnowsze zmiany w cywilnym postępowaniu dowodowym, analizowane przez pryzmat zasady pisemności i bezpośredniości, realizują całkowicie odmienny kierunek rozwoju prawa postępowania cywilnego aniżeli dotychczas. Niektóre instytucje stworzone zostały poniekąd w myśl koncepcji szerokiego wykorzystania zasady pisemności, jednocześnie ustanowiono instytucję, której stosowanie pozwoli w wielu przypadkach sądowi orzekającemu w danej sprawie na zetknięcie się „bezpośrednio” z dowodami. Dotąd było to znacznie ograniczone, kiedy to jedynie sąd wezwany, a nie sąd wzywający miał taką możliwość. Wprowadzenia nowych regulacji w postępowaniu dowodowym jest pochodną po części rozwoju europejskiego prawa postępowania cywilnego, a po części – postępującej informatyzacji postępowania sądowego w Polsce. Na wstępie należy przy tym wyraźnie podkreślić, że nowe regulacje w żadnej mierze nie wkraczają w kwestię katalogu środków dowodowych. Ogólnie ujmując, zmiany polegają na nowych formach przeprowadzania postępowania dowodowego.

Jedną z analizowanych instytucji – dowód na odległość – nie była dotąd w zasadzie w ogóle stosowana, gdyż dopiero niedawno wydano niezbędne w tym zakresie rozporządzenie wykonawcze w myśl delegacji ustawowej z art. 235 § 3 k.p.c.². Zauważyć przy tym należy, że również zaawansowany technologicznie projekt informatyczny (na gruncie postępowania cywilnego) został już urzeczywistniony (elektroniczne postępowanie upominawcze), zaś kolejny urzeczywistniony ma zostać wkrótce (tzw. elektroniczny protokół). Nadto nie może ująć uwadze, że podobna instytucja do dowodu na odległość funkcjonuje już w postępowaniu karnym (zob. art. 177 § 1a i art. 197 § 3 w zw. z art. 177 § 1a k.p.k.). Z kolei odnośnie pisem-

nych zeznań świadków i przesłuchania stron wskazać należy, że dotyczą one wyłącznie postępowania dowodowego w ramach europejskiego postępowania w sprawie drobnych roszczeń. Jedynie zasygnalizowano przy tym nawiązanie do pisemności, o jakiej mowa w przypadku osób niemych i głuchych (art. 271 § 2 k.p.c.).

2. Postępowanie dowodowe w europejskim postępowaniu w sprawie drobnych roszczeń

Ustanowienie europejskiego postępowania w sprawie drobnych roszczeń i europejskiego postępowania nakazowego jest pierwszym przypadkiem tak doniosłej ingerencji prawodawcy wspólnotowego w krajowe porządki prawne państw członkowskich w zakresie cywilnego postępowania rozpoznawczego. Oba postępowania, w polskiej systematyce nazywane postępowaniami odrębnymi, zostały ustanowione w drodze rozporządzeń wspólnotowych – rozporządzenia 861/2007³ i rozporządzenia 1896/2006⁴. Mając na uwadze hierarchię źródeł prawa, koniecznym stało się dostosowanie w tym zakresie przez polskiego ustawodawcę Kodeksu postępowania cywilnego do prawa wspólnotowego.

W przypadku europejskiego postępowania w sprawie drobnych roszczeń zmiany nie ominęły postępowania dowodowego, gdzie wprowadzono nowe sposoby przeprowadzania dotychczasowych dowodów w postaci zeznań świadków i przesłuchania stron. Zmiany w tym zakresie są tak doniosłe, że przekładają się na konieczność ich analizy w świetle fundamentalnych zasad procesu cywilnego, zwłaszcza zasady bezpośredniości i ustności.

Cechą europejskiego postępowania w sprawach drobnym roszczeń jest prymat pisemności, co wprost determinuje konstrukcję postępowania dowodowego. Zgodnie z art. 5 zd. 1 rozporządzenia 861/2007 europejskie postępowanie w sprawie drobnych roszczeń jest postępowaniem pisemnym. Ewentualne przeprowadzenie rozprawy leży w gestii sądu, który może ją przeprowadzić, jeśli uzna to za konieczne lub też, jeśli wnosi o to

¹ Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 234, poz. 1571).

² Zob. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 lutego 2010 r. w sprawie urzędzeń i środków technicznych umożliwiających przeprowadzenie dowodu na odległość w postępowaniu cywilnym (Dz. U. Nr 34, poz. 185).

³ Rozporządzenie (WE) nr 861/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11.7.2007 r. ustanawiające europejskie postępowanie w sprawie drobnych roszczeń (Dz.Urz. UE L 199, z 31.07.2007 r., s. 1-22), zwane „rozporządzeniem 861/2007”.

⁴ Rozporządzenie (WE) nr 1896/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12.12.2006 r. ustanawiające postępowanie w sprawie europejskiego nakazu zapłaty (Dz.Urz. UE L 399, z 30.12.2006 r., s. 1-32) wraz ze sprostowaniem do rozporządzenia (WE) nr 1896/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12.12.2006 r. ustanawiającego postępowanie w sprawie europejskiego nakazu zapłaty (Dz.Urz. UE L 70, z 09.03.2007, s. 490-493), zwane „rozporządzeniem 1896/2006”.

jedna ze stron, przy czym sąd może oddalić taki wniosek, jeżeli uzna, że w odniesieniu do okoliczności towarzyszących danej sprawie rozprawa nie jest konieczna do rzetelnego przeprowadzenia sprawy, przy czym postanowienie o oddaleniu wniosku uzasadniane jest na piśmie oraz nie podlega odrębnemu zaskarżeniu (art. 5 zd. 2, 3 i 4 rozporządzenia 861/2007; por. pkt 14 preambuły do tego rozporządzenia). Z takim ukształtowaniem postępowania koresponduje zasada, że sąd powinien wydać orzeczenie na podstawie pozwu i odpowiedzi na pozew (wraz z załączonymi dokumentami), a dopiero jeśli wydanie orzeczenia na tym etapie postępowania nie jest możliwe, zażądać od stron: przedstawienia dalszych szczegółowych informacji dotyczących powództwa, przeprowadzić postępowanie dowodowe lub też wezwać strony na rozprawę (zob. art. 7 ust. 1 rozporządzenia 861/2007).

Regulacje postępowania dowodowego, wprowadzone przez rozporządzenie 861/2007 i sprzężoną z nim nowelą k.p.c., bazują na środkach dowodowych, znanych polskiemu cywilnemu prawu procesowemu. Różnice ogniskują się wokół odstępstw od zasady ustności. Jak się wydaje, *ratio legis* nowych regulacji było stworzenie sądowi możliwości procedowania w oparciu o materiał dowodowy, który choć został zgromadzony wbrew utrwalonym zasadom procesowym, to jednak, przy akceptacji stron, permanentnie sprawujących przeciw kontrolę nad przebiegiem postępowania (konkretnie nad działaniami strony przeciwnej), wystarczającym do rozpoznania sprawy.

3. Pismne zeznania świadków

Jednym z najczęściej wykorzystywanych środków dowodowych są zeznania świadków. Choć jest to środek tak powszechny, to jednak często trudny do przeprowadzenia ze względów natury logistycznej – przypadki przewlekłości postępowania, spowodowane niestawiennictwem osób nie są wcale rzadkie. Przy czym środek ten jest często jedynym faktycznie dopuszczonym w sprawie, zwłaszcza gdy chodzi o roszczenia drobne, które występują w tym segmencie obrotu gospodarczego, gdzie korzystanie z formy pisemnej (dokumentów papierowych) jest najprościej mówiąc „zbyt kłopotliwe i zbędne”, w związku z czym dominuje tam forma ustna.

Nie rezygnując z wartości dowodowej zeznań świadków, a jednocześnie mając na uwadze, że postępowania służące dochodzeniu drobnych roszczeń powinny być efektywne i szybkie, prawodawca wspólnotowy statuował „dowód z pisemnych zeznań świadków, biegłych lub stron” (art. 9 ust. 1 zd. 2 rozporządzenia 861/2007)⁵. Nadto, ustanowiono szczególną regułę, że sąd dopuszcza dowód z opinii biegłych lub z zeznań ustnych tylko wtedy, gdy jest to niezbędne do wydania orzeczenia, a podejmując taką decyzję, sąd ten powinien brać pod uwagę wiążące się z tym koszty (zob. art. 9 ust. 2 rozporządzenia 861/2007).

W ślad za regulacją rozporządzenia 861/2007 polski ustawodawca wprowadził stosowne przepisy w Kodeksie postępowania cywilnego, wiążąc je jedynie z europejskim postępowaniem w sprawie drobnych roszczeń, a nie – każdym postępowaniem.

Zgodnie z art. 505²⁵ § 1 zd. 1 k.p.c. w europejskim postępowaniu w sprawie drobnych roszczeń, świadek składa zeznanie na piśmie, jeżeli sąd tak postanowi. Pisemne zeznania świadków na piśmie nie są inną kategorią środków dowodowych niż zeznania świadków, o jakich stanowi Oddział 3 w Części pierwszej Tytułu VI Działu III Rozdziału 2 k.p.c. Przepisy wspomnianego oddziału stosuje się zasadniczo wprost do zeznań pisemnych, z tym że niektóre przepisy stosuje się odpowiednio (zob. art. 505²⁵ § 1 zd. 4 k.p.c.). W zakresie zaś niesprzecznym z art. 505²⁵ § 1 zd. 2 k.p.c. stosowane będą przepisy o przyrzeczeniu (por. art. 266-270 k.p.c.), który to przepis stanowi, że w wypadku pisemnych zeznań świadek składa przyrzeczenie przez podpisanie tekstu przyrzeczenia.

Zgodnie z nową regulacją, świadek obowiązany jest złożyć tekst zeznania w sądzie w terminie wyznaczonym przez sąd, przy czym oddanie pisemnego zeznania w polskiej placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do sądu (art. 505²⁵ § 1 zd. 3 k.p.c. w zw. z art. 165 § 2 k.p.c.). Sankcjonuje się również nieusprawiedliwione niezłożenie zeznań (niewniesienie ich do sądu), jak też nieuzasadnioną odmowę złożenia ich lub przyrzeczenia (art. 505²⁵ § 1 zd. 3 k.p.c. w zw. z art. 274 § 1 k.p.c. i 276 k.p.c.). Wątpliwości powstają co do odpowiedniego stosowania art. 276 k.p.c., o czym stanowi art. 505²⁵ § 1 zd. 3 k.p.c. Pojęcie „odpowiedniego stosowania” co do zasady nie wyklucza, zwłaszcza przy grupowym odesłaniu do wielu przepisów, że niektóre z przepisów zastosować należy wprost.

Postępowanie w sprawach drobnych roszczeń jest postępowaniem transgranicznym, które ocenia się przy zastosowaniu kryterium podmiotowego (miejsca zamieszkania, pobytu, siedziby strony i siedziby sądu). W związku z czym doniosłym problemem może być nieposługiwanie się przez świadków językiem polskim. Pisemne zeznania nie są całkowitą nowością na gruncie polskiego procesu cywilnego. Przede wszystkim wskazać należy na sytuację składania zeznań na piśmie przez osoby nieme i głuche (zob. art. 271 § 2 k.p.c.). Niemniej regulacja to dotyczy sytuacji składania zeznań na piśmie, ale raczej w trakcie rozprawy. Z kolei w postępowaniu nieprocesowym sąd może zażądać od osób, które nie są uczestnikami, złożenia wyjaśnień na piśmie (art. 515 *in fine* k.p.c.). Poniekąd z pisemności zeznań można doszukać się w sytuacji, kiedy akta jednej sprawy, zawierające zeznania świadków, włączane są do innej sprawy, pod warunkiem, że żadna ze stron nie kwestionuje tych dowodów i nie żąda ich powtórzenia oraz nie są to jedyne dowody w sprawie⁶. Wskazane sytuacje mają więc w zasadzie charakter wyjątkowy.

⁵ Zob. K. Flaga-Gieruszyńska [w:] A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 418 – Autorka powołuje się na orzecznictwo Sądu Najwyższego: „orz. SN z 3.4.1959 r., IV CR 759/58, RPEiS 1960, Nr 2, s. 409; wyr. SN z 29.3.1973 r., II CRN 75/73, niepubl.”. Podobnie T. Ereciński [w:] T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze. Część druga. Postępowanie zabezpieczające. Tom 1*, Warszawa 2006, s. 548 – Autor również powołuje się na orzecznictwo Sądu Najwyższego: „wyrok SN z 7 stycznia 1966 r., I CR 364/65, Biul. SN 1966, nr 7-8, poz. 99; wyrok SN z 14 stycznia 1997 r., I CKN 42/96, OSNC 1997, nr 5, poz. 62 z głosz. M. Litwińskiej, PPH 1997, nr 9, s. 38”. Autor jednak w pierwszej kolejności przywołuje orzeczenie z 28 września 1971 r. (II CR 384/71, LexPolonica), gdzie Sąd Najwyższy uznał, że stanowi uchybienie procesowe dokonywanie ustaleń faktycznych na podstawie akt innej sprawy. W aktach sprawy znajdują odzwierciedlenie m.in. wyniki postępowania dowodowego. Nie daje to jednak podstawy do wyrażenia poglądu, że powołanie się przez sąd orzekający na akta innej sprawy oznacza przeprowadzenie postępowania dowodowego. Powinno ono być przeprowadzone przed sądem orzekającym, zgodnie z zasadą bezpośredniości. Nie może to prowadzić do zastępowania własnych samodzielnych ustaleń sądu orzekającego ustaleniami dokonanymi w innej sprawie, związanej z pierwszą pod względem faktycznym i jurydycznym (T. Ereciński [w:] T. Ereciński (red.), *op.cit.*, s. 548).

⁶ Por. (ang.) *The court or tribunal may admit the taking of evidence through written statements of witnesses, experts or parties*; (niem.) *Das Gericht kann die Beweisaufnahme mittels schriftlicher Aussagen von Zeugen oder Sachverständigen oder schriftlicher Parteivernehmung zulassen*.

Kilka uwag poświęcić należy również formie pisemnych zeznań świadków. Przede wszystkim dlatego, że nie są pismami procesowym w rozumieniu art. 125 § 1 k.p.c., nie mają do nich zastosowania przepisy o wymogach formalnych i postaci (papierowej lub elektronicznej) pism procesowych. Postulować należałoby posługiwanie się formularzem zawierającym standardowe elementy w zakresie niezbędnych pouczeń oraz treść przyrzeczenia. Formularz ten, mając na uwadze prostotę i szybkość europejskiego postępowania w sprawie drobnych roszczeń, powinien być przekazany świadkowi przez sąd wraz z wezwaniem do złożenia pisemnych zeznań. Rozważyć należałoby również możliwość wnoszenia takich zeznań drogą elektroniczną.

3. Pisemne przesłuchanie strony

W elektronicznym postępowaniu w sprawie drobnych roszczeń na piśmie nastąpić może również przesłuchanie strony, jeżeli sąd tak postanowi (art. 505²⁵ § 2 zd. 1 k.p.c.). Rozważenia wymaga relacja pomiędzy pisemnym przesłuchaniem strony a pismem procesowym. W myśl art. 125 § 1 k.p.c. pisma procesowe obejmują wnioski i oświadczenia stron składane poza rozprawą. Następuje swoiste nakładanie się regulacji, gdyż pisemne przesłuchanie strony faktycznie sprowadzać będzie się do złożenie poza rozprawą oświadczenia przez stronę, co do okoliczności objętych przesłuchaniem, przy czym nie będzie to pismo procesowe strony. Wątpliwości mogą wprawdzie powstać odnośnie pojęcia „oświadczenia”, jednak na gruncie art. 125 § 1 k.p.c. należy je rozumieć „względnie szeroko”.

W uzasadnieniu projektu ustawy⁷ wyjaśniono, że z uwagi na potrzebę zapewnienia szybkości europejskiego postępowania w sprawie drobnych roszczeń, przesłuchanie stron na piśmie powinno składać się tylko z jednego etapu, obejmującego przesłuchanie po odebraniu przyrzeczenia. Dlatego zgodnie z art. 505²⁵ § 2 zd. 2 k.p.c. przepisu art. 303 k.p.c. nie stosuje się. Złożenie przyrzeczenia w istotny sposób odróżnia przesłuchanie strony od złożenia przez nią pisma procesowego.

Dowód z przesłuchania stron ma charakter środka ostatecznego, a to ze względu na art. 299 k.p.c. stanowiący, że sąd dla wyjaśnienia faktów zarządzi dowód z przesłuchania stron, tylko jeżeli po wyczerpaniu innych środków dowodowych lub w ich braku pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Przywołany przepis, określa pojęcie stron w liczbie mnogiej nie tylko ze względu na stylistykę języka prawnego, lecz z korespondującego z nim art. 302 § 1 k.p.c. mówiącego, że gdy z przyczyn natury faktycznej lub prawnej przesłuchać można co do okoliczności spornych jedną tylko stronę, sąd oceni, czy mimo to należy przesłuchać tę stronę, czy też dowód ten pominać w zupełności. Sąd postąpi tak samo, gdy druga strona lub niektórzy ze współuczestników nie stawili się na przesłuchanie stron lub odmówili zeznań. W europejskim postępowaniu w sprawie drobnych roszczeń dopuszczalne jest, aby jedna strona została przesłuchana na piśmie w myśl art. 505²⁵ § 2 k.p.c., a druga zaś strona – w sposób tradycyjny (ustny). Oczywiście dopuszczalny, a nawet, jak wywieść z przepisów rozporządzenia 861/2007, preferowany jest wariant, aby obie strony zostały przesłuchane na piśmie.

Podobne uwagi (jak przy pisemnych zeznaniach świadków), poczynić można przy pisemnym przesłuchaniu stron w zakresie formy. Należy również zauważyć, że pisemne przesłuchania stron dotychczas było możliwe, jeśli strona była głucha lub niema (zob. art. 304 zd. 3 w zw. z art. 271 § 2 k.p.c.).

4. Przeprowadzenie dowodu na odległość

Prawodawca wspólnotowy w pkt 20 preambuły do rozporządzenia 861/2007 stwierdził, że w odniesieniu do przeprowadzenia rozprawy i postępowania dowodowego państwa członkowskie powinny stwarzać zachęty do stosowania nowoczesnych technik komunikowania, z zastrzeżeniem przepisów prawa krajowego państwa członkowskiego, w którym znajduje się sąd. Nadto, sąd powinien stosować najprostsze i najmniej kosztowne sposoby prowadzenia postępowania dowodowego (zob. również art. 9 ust. 3 rozporządzenia 861/2007). Emanacją tych założeń jest wykorzystanie w europejskim postępowaniu w sprawie drobnych roszczeń osiągnięć z zakresu informatyzacji postępowania sądowego.

Nową instytucją w polskim postępowaniu cywilnym, a ponieważ istniejącą już od 2003 r. na gruncie postępowania karnego, jest tzw. dowód na odległość (zob. art. 177 § 1a k.p.c.). W myśl art. 235 § 2 k.p.c. jeżeli charakter dowodu się temu nie sprzeciwia, sąd orzekający może postanowić, że jego przeprowadzenie nastąpi przy użyciu urządzeń technicznych, umożliwiających dokonanie tej czynności na odległość. W takiej sytuacji sąd orzekający przeprowadza dowód w obecności sądu wezwanego lub referendarza sądowego w tym sądzie⁸. Choć przytoczony przepis bazuje na konstrukcji sądu wezwanego, przepis ten w zdecydowanej większej mierze realizuje zasadę bezpośredniości, aniżeli w przypadku przeprowadzenia dowodu przez sąd wezwany lub sędziego wyznaczonego.

Podkreślić należy, że w myśl nowej regulacji w przypadku wykorzystania urządzeń technicznych dowód nie będzie przeprowadzany przez sąd wezwany, a jedynie – „w obecności” tego sądu.

Wprawdzie art. 235 § 2 k.p.c. w części realizuje postulaty wysunięte przez prawodawcę wspólnotowego (w związku z ustanowieniem europejskiego postępowania w sprawie drobnych roszczeń) instytucji tej polski ustawodawca nie ograniczył tylko do tego postępowania, lecz uczynił z niej instytucję uniwersalną dla całego postępowania. Recypowano więc do polskiej procedury możliwość przeprowadzenia dowodu w ten sposób w szerszym zakresie, aniżeli wynikało to z art. 8 rozporządzenia 861/2007 (zob. również art. 9 ust. 1 zd. 3 tego rozporządzenia), który dawał sądowi taką możliwość tylko w przypadku rozpoznawania sprawy w europejskim postępowaniu w sprawie drobnych roszczeń. Przywołany artykuł rozporządzenia *in fine* czynił dodatkowo zastrzeżenie, warunkujące odwołujące się do pozwalających na to środków technicznych, nie jest jednak jasne czy prawodawca wspólnotowy wskazał tutaj na środki techniczne, dostępne danemu sądowi, czy też odnosić to należy do specyfiki odpowiednich dowodów, które nadają się do ich przeprowadzenia na odległość. Niemniej należy

⁷ Druk sejmowy z 2008 r. nr 949, s. 58 (<http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruk/949>).

⁸ Zgodnie z art. 235 § 3 k.p.c. Minister Sprawiedliwości określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje urządzeń i środków technicznych umożliwiających przeprowadzenie dowodu na odległość, sposób korzystania z tego rodzaju urządzeń i środków, jak również sposób: przechowywania, odtwarzania i kopiowania zapisów dokonanych podczas jego przeprowadzenia, mając na względzie konieczność właściwego zabezpieczenia utrwalonego obrazu lub dźwięku przed: utratą dowodu, jego zniekształceniem lub nieuprawnionym ujawnieniem.

zauważyć, że art. 8 rozporządzenia 861/2007 jest treściowo szerszy w porównaniu do art. 235 § 2 k.p.c., dotyczącego tylko „dowodu na odległość”. Z kolei wskazany przepis rozporządzenia 861/2007 stanowi, że „sąd może przeprowadzić rozprawę w drodze konferencji wideo lub za pośrednictwem innych środków łączności”. Innymi słowy, prawodawca wspólnotowy wskazał na możliwości przeprowadzenia za pomocą komunikacji elektronicznej całej rozprawy, a nie tylko przeprowadzenia dowodu. W każdym jednak razie nowa kodeksowa regulacja jest i tak szersza, aniżeli w przypadku postępowania karnego, gdzie zakres zastosowania komunikacji elektronicznej ograniczono w tym zakresie tylko do przesłuchania świadka (i biegłego), a nie – do każdego rodzaju dowodu.

W uzasadnieniu projektu ustawy⁹ wskazano przy tym, że dowód na odległość może być przydatny szczególnie w sprawach z elementem zagranicznym, gdzie przeprowadzenie dowodu za granicą będzie mogło odbywać się przy użyciu urządzeń technicznych, które umożliwiają obecność lub udział w dokonaniu tej czynności albo jej dokonanie na odległość (art. 1131 § 6 k.p.c.). Analogiczne dział się będzie w przypadku, gdy sąd lub inny organ państwa obcego wystąpi o przeprowadzenie dowodu w Polsce (art. 1135 § 4 k.p.c.).

5. Zasada bezpośredniości i ustności

Przy analizie powyższych środków dowodowych w kontekście zasad procesowych zwraca uwagę, że instytucja pisemnych zeznań świadków i pisemnego przesłuchania strony stanowi radykalny wyłom od zasady ustności i poniekąd zasady bezpośredniości. Z kolei dowód na odległość, jedynie w ograniczonym zakresie nawiązujący do konstrukcji przeprowadzania dowodu przez sąd wezwany, wręcz przeciwnie – pozwala sądowi za pomocą nowoczesnych technik komunikacyjnych zetknąć się z dowodami (poprzez bezpośredni i bieżący wpływ na przebieg postępowania dowodowego, a więc odmiennie niż przy przeprowadzaniu dowodu przez sąd wezwany, tym samym niejako pozwalając pełniej realizować zasadę bezpośredniości).

Prymat pisemności w europejskim postępowaniu w sprawie drobnych roszczeń pozostaje w oczywistej kontrze z zasadą ustności. Jednak nie wydaje się, aby następowało z tego powodu doniosłe ograniczenie praw procesowych stron. Nadto, w ogóle rozstrzygnięcie, która zasada ma znaczenie dominujące, zawsze było wątpliwe¹⁰. Przede wszystkim prymat pisemności dotyczy w zasadzie tylko początkowego etapu europejskiego postępowania w sprawie drobnych roszczeń, natomiast już w toku rozprawy (jeśli ona w ogóle będzie miała miejsce) zasada ustności dominuje. Nie budzi zresztą wątpliwości, że zasada ustności zostaje wyłączona w tych przypadkach, w których Kodeks dopuszcza możliwość rozpoznania sprawy na posiedzeniu niejawnym¹¹. W europejskim postępowaniu w sprawie drobnych roszczeń, stworzono sądowi możliwość przeprowadzenia na posiedzeniu niejawnym postępowania dowodowego z wykorzystaniem środków dowodowych, które w zasadzie wiązały się z rozprawą. Na

gruncie tego postępowania nie należy przy tym postrzegać zasady pisemności jako bezwzględnej przesłanki nieskuteczności czynności dokonanych w innej formie niż pisemna, a jedynie – jako konsekwencji tego, że rozpoznanie sprawy nastąpić ma zasadniczo na posiedzeniu niejawnym (art. 505²³ k.p.c.).

W myśl zasady bezpośredniości, dowody przeprowadza się bezpośrednio przed sądem orzekającym, a odstępstwa od tego dopuszczalne są tylko, gdy sprzeciwia się temu charakter dowodu albo wgląd na poważne niedogodności, lub niewspółmierność kosztów w stosunku do przedmiotu sporu (zob. art. 235 k.p.c.). Aktualnie odstępstwo od zasady bezpośredniości może przybrać jedynie dwie formy: 1) sędziego wyznaczonego; 2) sądu wezwanego¹². Podnosi się również, że przejawem odstępstwa od zasady bezpośredniości jest odejście od wymogu, aby całe postępowanie toczyło się przed tym samym składem orzekającym¹³ oraz wyłomu takiego dokonuje się w postępowaniu odwoławczym, jeśli przyjmie się, że sąd odwoławczy może odmiennie ocenić przeprowadzone przez sąd I instancji dowody i dokonać własnych ustaleń faktycznych¹⁴. Wprowadzenie w procedurze cywilnej „dowodu na odległość” może przyczynić się do radykalnego zmniejszenia ilości sytuacji, kiedy to sąd wezwany przeprowadza dowód. Przypomnieć należy, że przy „dowodzie na odległość” rola sądu wezwanego została zmarginalizowana do jego obecności przy przeprowadzeniu dowodu. Rola sądu wezwanego może nawet odegrać referendarz. Dowód przeprowadzał będzie bezpośrednio sąd orzekający w sprawie. Wprowadzenie sądu ten nie będzie fizycznie obecny w tym samym miejscu gdzie znajdował się dowód, to jednak sąd za pomocą komunikacji elektronicznej będzie mógł na bieżąco obserwować miejsce, w którym znajduje się dowód. Przykładowo: w przypadku przeprowadzenia przesłuchania świadka w ten sposób to sąd orzekający w sprawie będzie zadawał świadkowi pytania, a nie – sąd wezwany czy referendarz sądowy.

6. Podsumowanie

Na tle systemu prawa postępowania cywilnego może budzić wątpliwości stworzenie na potrzeby europejskiego postępowania w sprawie drobnych roszczeń, specjalnych uregulowań dotyczących pisemnych zeznań świadków i pisemnego przesłuchania stron. Dotąd występujące, szczególne regulacje dowodowe w postępowaniu w sprawach z zakresu prawa pracy (zob. art. 473 § 1 k.p.c.) i w postępowaniu nakazowym (zob. art. 485 § 1-4 k.p.c.), jak się wydaje, nie były tak daleko odbiegające od regulacji ogólnej. W pierwszym przypadku odnosiły się do niestosowania przepisów ograniczających dopuszczalność dowodu ze świadków i z przesłuchania stron, w drugim zaś – określano rodzaje dokumentów, jakich przedstawienie warunkuje wydanie nakazu zapłaty. Natomiast w europejskim postępowaniu w sprawie drobnych roszczeń, faktycznie nadano dowodowi ze świadków i z przesłuchania stron, całkowicie nowy wymiar, pozbawiając je przymiotu ustności. Taka autonomiczna regulacja, tylko na potrzeby jednego postępowania odrębnego, jest poniekąd w znacznej mierze uzasadniona jednak zakreśleniem

⁹ Druk sejmowy z 2008 r. nr 949, s. 18 (<http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruk/949>).

¹⁰ H. Mądrzak [w:] H. Mądrzak (red.), *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2003, s. 53

¹¹ H. Mądrzak, *op.cit.*, s. 71; podobnie o ograniczeniu tej zasady do ustności rozprawy – A. Zieliński, *Postępowanie cywilne. Komentaryj*, Warszawa 2006, s. 27; W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 2006, s. 63.

¹² K. Flaga-Gieruszyńska [w:] A. Zieliński (red.), *op.cit.*, s. 416-417. H. Mądrzak, *op.cit.*, s. 69

¹³ W. Broniewicz, *op.cit.*, s. 60. Podobnie J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *op.cit.*, s. 149.

¹⁴ H. Mądrzak, *op.cit.*, s. 69; A. Zieliński, *Postępowanie cywilne...*, s. 26.

wartości sporu w tym postępowaniu tak, aby zgodnie z nazwą, służyło ono tylko i wyłącznie dochodzeniu roszczeń drobnych.

Stosowanie: dowodu na odległość, pisemnych zeznań świadków i pisemnego przesłuchania strony może przyczynić się do sprawnego, szybkiego i taniego – procedowania. W przeciwieństwie do postępowania nakazowego, postępowania upominawczego, czy też europejskiego postępowania nakazowego, jak się wydaje, w europejskim postępowaniu w sprawie drobnych roszczeń często zachodzić będzie konieczność przesłuchania, zwłaszcza świadków. Możliwość złożenia pisemnych zeznań znacząco redukuje koszty i czas. Można jednak wyrazić obawy, co do efektywności w praktyce takiego rozwiązania. Po pierwsze pisemne zeznania najczęściej będą negowane przez jedną ze stron, co doprowadzi albo do konieczności złożenia kolejnych pisemnych zeznań, albo to do ustnego przesłuchania tego świadka. Będzie to wynikiem braku interakcji, jaka ma miejsce w przypadku „ustnego” przesłuchania świadków, któremu pytania może zadawać przecież nie tylko sąd, ale również strony postępowania. Po drugie pisemne zeznania jako środek dowodowy będą efektywne pod warunkiem, że będą w miarę precyzyjnie odnosiły się do okoliczności, na które są składane, a nie będą to kilkustronne dywagacje.

Z kolei jednoznacznie pozytywnie ocenić należy wprowadzenie do procedury cywilnej dowodu na odległość, dzięki czemu pojawi się rzeczywista alternatywa wobec korzystania z pomocy sądowej poprzez sąd wezwany. Odtąd, przykładowo, sąd orzekający w sprawie będzie miał możliwość przesłuchania świadka nieobecnego w siedzibie tego sądu. Wskazać jednak należy, że aktualnie środki techniczne umożliwiłyby również dalej idące rozwiązania legislacyjne tak, aby „na odległość” było przeprowadzane nie tylko postępowanie dowodowe, ale również inne czynności w toku sprawy.

ADAM SZKURŁAT

INFORMATYZACJA POZAPROCESOWYCH CZYNNOŚCI SĄDU

Sprawną działalność i prawidłowe funkcjonowanie Sądu wiąże się nie tylko z terminowym dokonywaniem czynności o charakterze *stricte* procesowym, ale także z podejmowaniem szeregu działań mających charakter typowo organizacyjny. Wśród zadań sądu obejmujących pozaprocesowe czynności wskazać należy przede wszystkim na obowiązek informowania klientów sądu o przebiegu i terminach spraw, a także na konieczność zapewnienia szybkiego dotarcia do wszystkich dokumentów i wykazów, dotyczących zawisłych w sądzie postępowań i wykazów, dotyczących zawisłych w sądzie postępowań. Służyć temu mają m.in. takie instytucje jak akta sprawy, wokandy, repertoria czy kontrolki. Warto zaznaczyć, że postępujący proces informatyzacji polskiego postępowania cywilnego obejmuje nie tylko czynności bezpośrednio związane z postępowaniem (dowody, orzeczenia etc.), ale także wskazane wyżej czynności „okołoprocesowe”. Mimo, że z punktu widzenia teoretyków prawa są one nieco mniej ważnym elementem postępowania cywilnego, niemającym co do zasady wpływu na merytoryczny przebieg sprawy, to jednak praktyka dowodzi, że od stopnia biegłości personelu sądowego w ich podejmowaniu bardzo często zależy realizacja kluczowych zasad postępowania cywilnego a także (zawartego w art. 6 k.p.c.¹) – postulatu szybkości postępowania. Niniejsze opracowanie ma na celu przybliżenie aktualnie funkcjonujących w polskich sądach wybranych rozwiązań z zakresu elektronicznej biurowości.

1. E-wokandy

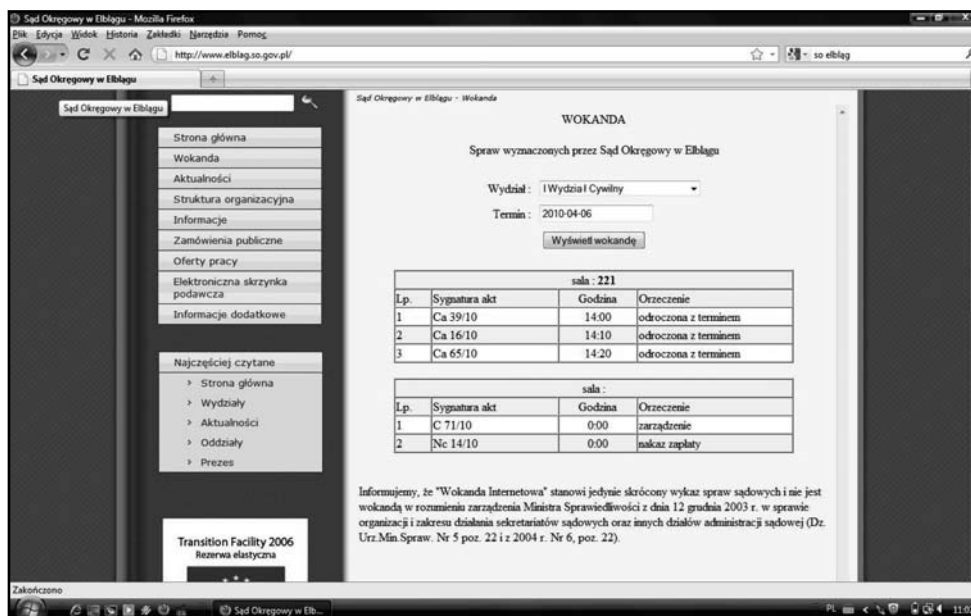
Wokanda (z łac. *vocanda* = mający być wywołany) to według definicji słownikowej „spis spraw sądowych ułożony według kolejności ich rozpatrywania w danym dniu”². Wykaz tego rodzaju umieszczany jest przy drzwiach wejściowych do sali, w której odbywa się posiedzenie i ma stanowić informację dla uczestników postępowania o terminie i przedmiocie posiedzenia oraz jego uczestnikach. Ponadto – gdy zaistnieje doraźna potrzeba – możliwe jest umieszczenie na wokandzie zmian planowanego czasu rozpoznania danej sprawy oraz informacja o zakończeniu poszczególnych spraw. Szczegółowe regulacje, dotyczące zawartości i formy wokandy zawiera zarządzenie MS z dnia 12 grudnia 2003 r. w sprawie organizacji i

zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej³.

Upowszechnienie komputerów w salach sądowych oraz sekretariatach pozwoliło na elektroniczną także tej marginalnej, choć ważnej z punktu widzenia petentów, instytucji. Coraz częściej sądy decydują się na wprowadzenie uproszczonej, elektronicznej wersji wokand papierowych, dostępnej zarówno w Internecie, jak i na monitorach umieszczonych w hallach i na korytarzach sądu.

W przypadku wokand zamieszczanych w Internecie, każdy uczestnik postępowania – po uprzednim podaniu sygnatury sprawy – ma możliwość uzyskania informacji o terminie i miejscu (z podaniem numeru sali) posiedzenia. Zazwyczaj nie umieszcza się w nich szczegółowych danych osobowych uczestników postępowania (imion i nazwisk stron, świadków, biegłych itd.) oraz przedmiotu posiedzenia. Niektóre sądy umożliwiają ponadto zapoznanie się z wynikiem danego posiedzenia, przy czym nie chodzi o rozstrzygnięcie merytoryczne, ile o: wydanie zarządzenia, fakt wydania wyroku/nakazu (bez jego treści), odroczenie terminu itd.⁴.

Ryc. 1. E-wokanda na stronie internetowej Sądu Okręgowego w Elblągu



Pojawiła się także możliwość e-mailowego powiadomienia przez sąd o terminie posiedzenia, po uprzednim wypełnieniu rubryki pod informacją umieszczoną w module „wokanda”⁵.

¹ W dalszej części artykułu skrót k.p.c. oznacza przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.).

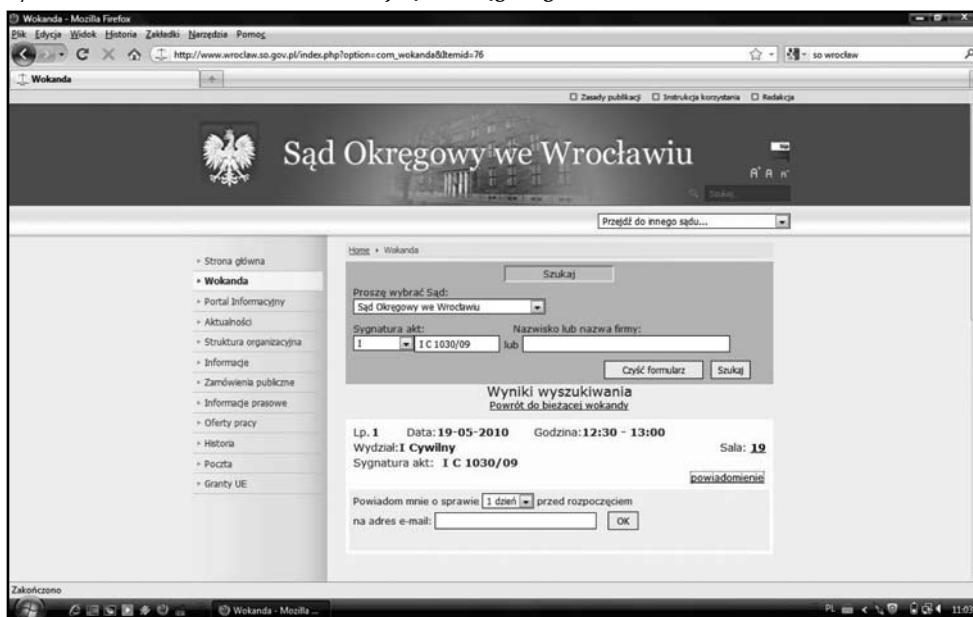
² Słownik wyrazów obcych PWN, red. M. Bańko, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008, s. 1334.

³ Zarządzenie Ministra Sprawiedliwości Nr 81/03/DO, Dz. Urz. MS z 2004 r. Nr 6, poz. 22.

⁴ <http://www.elblag.so.gov.pl/>

⁵ http://www.wroclaw.so.gov.pl/index.php?option=com_wokanda&Itemid=76

Ryc. 2. E-wokanda na stronie internetowej Sądu Okręgowego we Wrocławiu



tego nie ma żadnych przeciwwskazań dla publicznego umieszczania danych osobowych uczestników poszczególnych postępowań⁸. Z uzasadnienia przytoczonego orzeczenia wysnuć można zatem wniosek, że bezpodstawnymi byłby zarzut naruszenia ustawy o ochronie danych osobowych przez umieszczanie wokandy (z danymi osobowymi) na monitorach zlokalizowanych w ogólnie dostępnych przestrzeniach sądów.

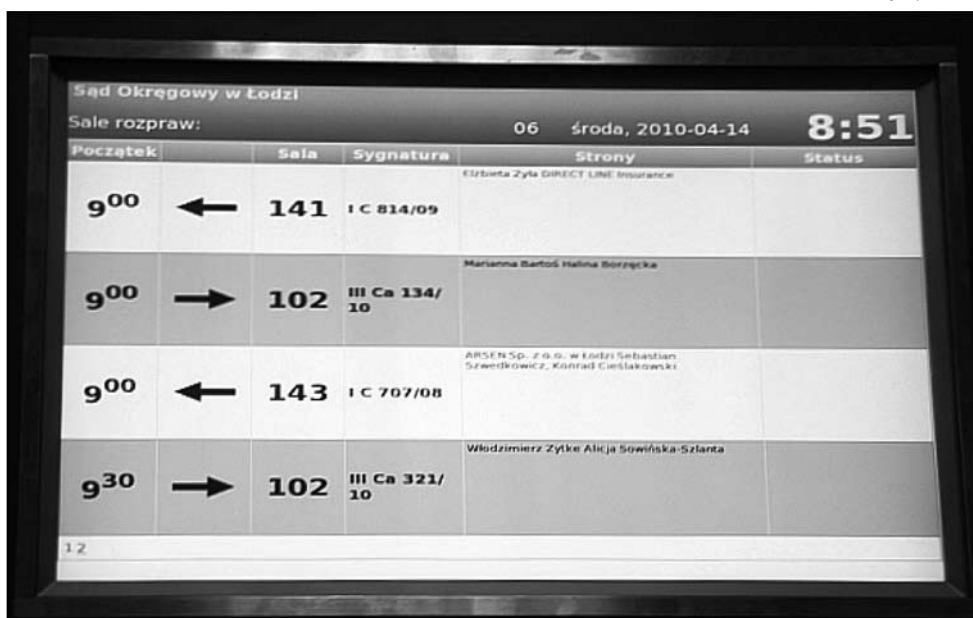
Z kolei wokandy publikowane na monitorach zamontowanych w siedzibach sądów zawierają więcej informacji podmiotowych i przedmiotowych dotyczących sprawy. Obok sygnatury sprawy i numeru sali umieszcza się dane powoda i pozwanego (imię i nazwisko, nazwę i siedzibę osób prawnych) oraz przedmiot sprawy (o zapłatę, o rozwód, o uchylenie uchwały etc.).

2. Elektroniczne akta sprawy

2.1. Elektroniczny odpis z akt sprawy

W polskim prawie postępowania cywilnego nie przewidziano instytucji elektronicznego odpisu w klasycznym rozumieniu, tj. pliku czy wydruku, który posiadałby znaczenie procesowe. Jednakże w literaturze pojawiło się stanowisko dopuszczające możliwość sporządzania odpisów z akt sprawy w specyficznej formie – fotografii cyfrowej bądź zeskanowania dokumentów⁹. A. Ważny uznał, że skoro brak jest wyraźnej regulacji dotyczącej sporządzania odpisów z akt sprawy w formie elektronicznej, to nic nie stoi na przeszkodzie, aby stosować ten rodzaj utrwalania informacji zamieszczonych w aktach sprawy. Uzasadniając powyższą przytoczoną tezę autor wskazuje, że „w każdym przypadku, w którym obowiązujące przepisy przewidują możliwość sporządzenia odpisów akt, nie ma podstaw do odmowy uczestnikowi postępowania sporządzenia ‘odpisu’ w takiej formie [poprzez sfotografowanie lub zeskanowanie], jeżeli tylko jest to technicznie możliwe i nie doprowadzi do uszkodzenia lub zniszczenia akt”¹⁰. Co więcej, „skanowanie akt

Ryc. 3. Monitor prezentujący wokandę – Sąd Okręgowy w Łodzi



W związku z tym rodzą się wątpliwości co do zakresu ujawnianych danych, zwłaszcza w kontekście obowiązującej ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych⁶. W sprawie udostępniania wokandy wypowiedział się w wyroku z dnia 2 lipca 2009 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Lublinie, który uznał, że „wokanda (...) jest informacją publiczną dotyczącą funkcjonowania organu władzy publicznej, jakim jest sąd”⁷ i wobec

przez osobę uprawnioną do przeglądania akt sprawy, otrzymywania odpisów i wyciągów przy pomocy własnego aparatu cyfrowego należy traktować podobnie, jak sporządzanie kopii przy pomocy kserokopiarki lub wyciągu bądź odpisu przy użyciu długopisu”¹¹. Ponieważ w takich wypadkach uczestnik postępowania

⁶ Dz. U. z 1997 r. Nr 133, poz. 883 z późn. zm.
⁷ Sygn. III SAB/Lu 1/09, opubl. <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/39D9CE60AA>

⁸ R. Horbaczewski, *Sądowa wokanda jest informacją publiczną* [w:] *Rzeczpospolita, Prawo* co dnia nr 245 (8451), s. C2.
⁹ A. Ważny, *Elektroniczny odpis z akt sprawy*, *Palestra* 2008, nr 11-12, s. 174-176.
¹⁰ *Ibidem*, s. 174.
¹¹ *Ibidem*, s. 176.

nia korzysta z własnych urządzeń technicznych i tym samym nie uszczupla zasobów materiałowych i finansowych sądu, zdaniem A. Ważnego nie należy pobierać żadnych opłat z tego tytułu. Warunek uiszczenia stosownej opłaty powinien być jednak egzekwowany, jeżeli osoba dokonująca cyfrowej kopii dokumentu zechciałaby mu nadać rangę odpisu (dokumentu urzędowego) poprzez umieszczenie na wydruku odpowiednich adnotacji i pieczęci.

Podstawowym problemem związanym z funkcjonowaniem odpisów w procedurze cywilnej jest brak normatywnej definicji odpisu, który uniemożliwia odpowiednie zakwalifikowanie sporządzonych na podstawie akt sprawy reprodukcji. Nie przesądzono bowiem, czy poprzez odpis należy rozumieć wyłącznie zwykłą kopię dokumentów z akt sprawy, czy też uwierzytelnione potwierdzenie, że dany dokument stanowi powielenie pism załączonych do akt. Niewątpliwie jednak opisany wyżej sposób uzyskiwania duplikatów dokumentów zamieszczonych w aktach należy uznać za dozwolony i nie naruszający w żadnej mierze przepisów procedury¹².

2.2. Elektroniczne akta sprawy w polskim elektronicznym postępowaniu upominawczym

Jedną z podstawowych wytycznych, branych pod uwagę przy wprowadzaniu do procedury elektronicznego postępowania upominawczego (dalej jako epu), była potrzeba uproszczenia obsługi i zredukowania kosztów postępowania, w tym również tych związanych z działalnością sekretariatów sądowych¹³. Ustawodawca uznał, że tylko pełna elektronizacja postępowania pozwoli na realizację ww. idei i celów nowelizacji. Efektem tego stało się wprowadzenie do k.p.c. przepisu sformułowanego w art. 505³⁰ § 2 w następującym brzmieniu: „Czynności sądu, referendarza i przewodniczącego utrwalane są wyłącznie w systemie teleinformatycznym, a wytworzone w ich wyniku dane w postaci elektronicznej opatrywane są bezpiecznym podpisem elektronicznym w rozumieniu art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym”.

Rezygnacja z prowadzenia papierowych akt i wprowadzenie nowej formy przechowywania wszystkich dokumentów dotyczących sprawy pociągnęły za sobą konieczność uzupełnienia regulacji prawnych. O ile ogólne przepisy zezwalały na tworzenie i przetwarzanie akt także z wykorzystaniem technik informatycznych¹⁴, o tyle niezbędne stało się uregulowanie kwestii technicznych, a także obejmujących problem dostępu do elektronicznych akt. Wobec powyższego szczegółowe rozwinięcie powołanego na wstępie przepisu k.p.c. znalazło się w rozdziale 10. rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2007 r. – Regulamin urzędowania sądów powszechnych¹⁵. Elektroniczne akta sprawy są tworzone w ten sposób, że „dokumenty

w postaci papierowej podlegają przetworzeniu na postać elektroniczną poprzez ich zeskanowanie, a następnie włączeniu w postaci elektronicznej do [elektronicznych] akt [sprawy] (...)”¹⁶. Na potrzeby epu wykorzystywane są jedynie dane umieszczone w e-aktach, w związku z czym uzasadnione jest pytanie dotyczące dalszego losu nadesłanych do sądu dokumentów w wersji papierowej. W § 272a ust. 3 r.u.s.p. ustawodawca przyjął, że dokumenty te – po ich zeskanowaniu – umieszcza się w tzw. „pomocniczym zbiorze dokumentów”, do którego dostęp następuje na zasadach analogicznych jak w przypadku akt sądowych. Instytucja „pomocniczego zbioru dokumentów” stanowi novum w polskim ustawodawstwie – regulacje jej dotyczące znajdują się w projekcie rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości, zmieniającego rozporządzenie w sprawie archiwizowania akt sądowych¹⁷.

W ramach informatyzacji akt sądowych niezbędne było takie unormowanie kwestii dostępu do akt, aby uczynić zadość zasadzie jawności, w tym zwłaszcza w zakresie przysługującego stronom prawa przeglądania akt sprawy. Wedle przepisów r.u.s.p. „akta udostępnia się stronom i ich przedstawicielom za pośrednictwem kont w systemie teleinformatycznym”¹⁸. Po zalogowaniu się do systemu i wyborze zakładki „akta sprawy” strony/pełnomocnicy mogą na bieżąco przeglądać wszelkie dokumenty, które wpłynęły do e-sądu oraz orzeczenia wydane w sprawie. W przypadku pozwanego dostęp do akt sprawy jest możliwy w każdym wypadku, niezależnie od tego czy zdecyduje się on na prowadzenie korespondencji z sądem elektronicznie czy też poprzez tradycyjną pocztę. Wynika to z faktu, że wraz z doręczonym (tradycyjną pocztą) odpisem nakazu zapłaty i pozwem pozwany otrzymuje poufny identyfikator sprawy (kod), który umożliwia mu (po zalogowaniu się) przeglądanie akt sprawy za pośrednictwem systemu teleinformatycznego. Jeżeli pozwany nie ma możliwości korzystania z urządzeń technicznych, pozwalających na skorzystanie z systemu teleinformatycznego, a chciałby zapoznać się z aktami sprawy, wówczas może złożyć w wybranym przez siebie sądzie rejonowym wniosek o udostępnienie akt. W takim wypadku „sąd prowadzący elektroniczne postępowanie upominawcze umożliwia drogą elektroniczną dostęp do akt sądowi wskazanemu przez pozwanego. Sąd wskazany przez pozwanego udostępnia mu akta”¹⁹. Strony i ich przedstawiciele mogą także upoważnić inne osoby do wglądu w elektroniczne akta sprawy, przy czym osoby te – pomimo zalogowania do systemu – mogą jedynie przeglądać akta, bez możliwości dokonywania jakichkolwiek czynności procesowych. Podkreślić należy także, iż uprawnienie osób trzecich w zakresie dostępu do akt, może zostać cofnięte. Przyjęte przez ustawodawcę ograniczenie kręgu osób umocowanych do przeglądania elektronicznych akt jest tym czynnikiem, który w znacznym stopniu zapewnia poufność danych i zapobiega ewentualnemu ujawnieniu informacji dotyczących sprawy.

Autorzy nowelizacji r.u.s.p. sprawnie rozwiązali także problem akt sądowych dotyczący (wysoce prawdopodobnej) sytuacji, gdy

¹² Więcej o odpisach z akt sprawy w artykule S. Wikariaka, *Każdy ma dostęp do akt swojej sprawy, także po to, żeby je samemu kopiować*, [w:] Rzeczpospolita, Prawo co dnia nr 64 (7965), s. C2.

¹³ Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 9 stycznia 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 859, s. 28 – dostępny na stronie www: <http://www.senat.gov.pl/k7/dok/sejm/024/859.pdf>.

¹⁴ Art. 53 ust. 1 p.u.s.p.; ponadto sposób prowadzenia biurowości sądowej w oparciu o techniki informatyczne reguluje rozdział 8 z.o.s.s.

¹⁵ Dz. U. z 2007 r. Nr 38, poz. 249 z późn. zm.; dalej w artykule jako r.u.s.p. Rozdział 10 r.u.s.p. został dodany rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 23.12.2009 r. zmieniającym rozporządzenie – Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz. U. z 2009 r. Nr 224, poz. 1806).

¹⁶ § 272a ust. 2 r.u.s.p.

¹⁷ Projekt rozporządzenia jest dostępny na stronie www: <http://bip.ms.gov.pl/projekty/projekty.php>; według stanu na dzień 16.11.2009 r. projekt rozporządzenia został przesłany do uzgodnień międzyresortowych

¹⁸ § 272b ust. 1 r.u.s.p.

¹⁹ § 272b ust. 5 r.u.s.p.

konieczne stanie się umożliwienie dostępu do nich sądowi właściwości ogólnej. Może to mieć miejsce w trzech przypadkach:

- w razie braku podstaw do wydania nakazu zapłaty (art. 505³³ § 1);
- w razie zaistnienia przesłanek określonych w art. 502¹ § 1 i 2, tj.:
 - jeżeli doręczenie nakazu zapłaty nie może nastąpić z przyczyn wskazanych w art. 499 pkt 4 (a więc gdy miejsce pobytu pozwanego nie jest znane albo gdyby doręczenie mu nakazu nie mogło nastąpić w kraju);
 - „jeżeli po wydaniu nakazu zapłaty okaże się, że pozwany w chwili wniesienia pozwu nie miał zdolności sądowej, zdolności procesowej albo organu powołanego do jego reprezentowania, a braki te nie zostały usunięte w wyznaczonym terminie zgodnie z przepisami kodeksu”;
- w razie prawidłowego wniesienia sprzeciwu od nakazu zapłaty.

W wypadku zaistnienia jednej z ww. okoliczności, zastosowanie znajdzie procedura unormowana w r.u.s.p., wedle której sąd właściwości ogólnej otrzymuje dostęp do akt poprzez swoje konto użytkownika w systemie teleinformatycznym wraz z informacją od e-sądu o przekazaniu sprawy. Następnie pracownicy sądu właściwości ogólnej drukują akta prowadzone w systemie teleinformatycznym, tworząc w ten sposób tradycyjne (papierowe) akta sprawy. Jeżeli zaistnieje taka potrzeba, sąd właściwości ogólnej może się zwrócić do e-sądu z żądaniem przesłania pomocniczego zbioru dokumentów, który następnie włączany jest do akt sprawy.

Przepisy k.p.c. wprost przewiduje zwiększone wymagania dotyczące czynności podejmowanych przez: sąd, referendarza bądź przewodniczącego i utrwalanych w systemie teleinformatycznym – wszelkie dane elektroniczne będące następstwem tych czynności winny być opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym w rozumieniu art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym²⁰. Wskazane wyżej zastrzeżenie poczynione przez legislatora uzasadniane jest przede wszystkim faktem, że czynności podejmowane przez organy procesowe są czynnościami urzędowymi i ze względu na ich charakter usprawiedliwione jest „podwyższenie wymogów co do składanego przez orzekających sędziów i referendarzy podpisu”²¹. Pogląd ten został powszechnie zaakceptowany przez przedstawicieli doktryny²².

2.3. Gromadzenie i archiwizacja akt sądowych w formie cyfrowej – rozwiązania przyjęte w innych państwach

Cyfryzacja akt sądowych (nie tylko w sprawach cywilnych, choć z uwagi na zakres moich zainteresowań, poddane analizie zostaną jedynie regulacje cywilnoprosesowe) jest zjawiskiem powszechnym w funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości w państwach europejskich. W ramach niniejszego rozdziału zaprezentowane zostaną regulacje obowiązujące w czterech krajach: Finlandii, Estonii, Niemczech i Anglii.

W fińskiej procedurze cywilnej występują elektroniczne dokumenty, protokoły, a także orzeczenia w wersji elektronicznej. Taka postać materiału dowodowego i orzeczniczego determinuje konieczność przechowywania akt sprawy w formie zdigitalizowanej, przy czym dotyczy to także okresu po ostatecznym zakończeniu sprawy. Wymagania dotyczące warunków przechowywania akt elektronicznych zostały określone w rozporządzeniu Ministra Finansów oraz w ustawie o archiwizacji²³. Instytucją odpowiedzialną za zachowanie akt w sposób gwarantujący nie naruszalność treści i formy zawartych w nich dokumentów jest Archiwum Narodowe Finlandii. Przywołana wyżej ustawa o archiwizacji wprowadza pojęcie zapisu (fin. rekord), przez który należy rozumieć „wszelkiego rodzaju prezentacje, zarówno pisemne, jak i graficzne albo elektroniczne lub prezentacje wytworzone w inny sposób, które można przeczytać, wysłuchać lub w inny sposób zrozumieć za pomocą urządzeń technicznych”²⁴. Zapisy zamieszczone w elektronicznych aktach muszą być przechowywane w sposób zapobiegający: zniszczeniu, uszkodzeniu bądź dokonaniu niepożądanych zmian w dokumencie.

Nieco inaczej kwestię elektronicznych akt unormowano w Estonii. Regułą przyjętą w procedurze jest przechowywanie dokumentów w postaci elektronicznej w formie papierowej (wydruku), przy czym wymaga się, aby do tegoż wydruku dołączyć dane zawierające: informacje o autorze dokumentu, o czasie sporządzenia wydruku. W pewnych przypadkach do akt można dołączyć nośniki danych zawierające treść dokumentu – jest to możliwe pod warunkiem, że „kopia tego dokumentu będzie nagrana/wniesiona do systemu informatycznego podczas prowadzenia sprawy”²⁵.

Niemiecki *Zivilprozessordnung* przewiduje możliwość prowadzenia akt sądowych w formie elektronicznej – podobnie jak ma to miejsce w polskim epu – dokumenty złożone w sądzie w papierowej postaci są przekształcane za pomocą skanera w wersję elektroniczną, z jednoczesnym zamieszczeniem informacji o tym, kto i kiedy dokonał konwersji dokumentu. Zarówno dokument elektroniczny, jak i papierowy powinny być przechowywane do czasu prawomocnego zakończenia postępowania. Przepisy ustawy dają uczestnikom postępowania prawo wyboru, w jakiej formie będzie przebiegała korespondencja z sądem i nie ma znaczenia, czy akta sprawy są prowadzone w formie elektronicznej, czy papierowej. W przypadku, gdy pisma uczestników składane są w formie innej niż prowadzone są akta, za każdym razem konieczne jest dokonanie transformacji dokumentu na formę odpowiadającą sposobowi prowadzenia akt. Wykluczono jednocześnie sposobność różnicowania formy dokumentów włączanych do akt sprawy – akta muszą być prowadzonej w jednolitej formie, tj. albo elektronicznej, albo tradycyjnej – papierowej. W przypadku elektronicznych akt sprawy realizacja prawa stron do wglądu w akta sprawy przebiega w jeden z poniższych sposobów:

- wydanie stronie wydruku dokumentu w sekretariacie sądu;
- odtworzenie dokumentów na ekranie komputera zlokalizowanego w siedzibie sądu;

²⁰ Dz. U. z 2001 r. Nr 130, poz. 1450 z późn. zm.

²¹ K. Jasińska, A. Lejko, *Komentarz do niektórych przepisów ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego* (Dz.U.64.43.296) LEX/el. 2010.

²² *Ibidem*; także K. Weitz, *Komentarz do art. 505³⁰ (w:) Kodeks postępowania cywilnego*. Komentarz, red. T. Recziński, t. 2, wyd. LexisNexis, Warszawa 2009, s. 866.

²³ A. Zalesińska, *E-services w sądach – Finlandia (w:) Informatyzacja postępowania sądowego w prawie polskim i wybranych państwach*, red. J. Gołaczyński, wyd. Wolters Kluwer, Warszawa, s. 49-50.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ D. Góra, *Informatyzacja postępowania sądowego w Estonii (w:) Informatyzacja...*, red. J. Gołaczyński, op. cit., s. 58-59.

- przesłanie dokumentu elektronicznego (opatrzonego kwalifikowaną postacią podpisu elektronicznego) pocztą elektroniczną²⁶.

W ramach angielskich postępowań *Money Claim Online* oraz *Possession Claim Online*, biorący udział w postępowaniu strony i ich pełnomocnicy mają dostęp do akt sprawy przez cały czas (od chwili wniesienia pozwu przez powoda/doręczenia odpisu pozwu pozwanemu). W tym celu należy zalogować się systemu teleinformatycznego poprzez stronę WWW przez podanie indywidualnie nadanego, niepowtarzalnego loginu i hasła. Po przeprowadzeniu powyższej procedury uczestnik postępowania uzyskuje dostęp do informacji o stanie sprawy, jak również może śledzić treść wszystkich pism dotychczas złożonych w sprawie z jego udziałem²⁷. Należy nadmienić, że identyczne rozwiązanie w zakresie dostępu do akt przyjął także polski ustawodawca w regulacjach poświęconych epu²⁸.

3. Digitalizacja repertoriów

Słowo 'repertorium' wywodzi się z języka łacińskiego (łac. *reperiire* = znajdować na nowo) i oznacza „księgę sądową, w której zapisuje się dane dotyczące rozpatrywanych spraw”²⁹. Sposób prowadzenia i ogólne wytyczne dotyczące repertoriów znajdują się w rozdziale 5 działu II zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 grudnia 2003 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych i innych działów administracji sądowej³⁰. Szczegółowe instrukcje dotyczące repertoriów w wydziałach cywilnych sądów zawarte są z kolei w rozdziale 1 działu III z.o.s.s.

Rolą repertoriów jest przede wszystkim rejestrowanie wpływających spraw, a także umożliwienie kontrolowania ich biegu oraz sporządzania na ich podstawie sprawozdań statystycznych. Repertoria stanowią także podstawę oznaczenia, układu i przechowywania poszczególnych akt. Wedle § 59 z.o.s.s. „zarejestrowanie sprawy następuje przez wpisanie pisma wszczynającego postępowanie do właściwego repertorium i skorowidza alfabetyczno-numerowego”. Prowadzenie repertoriów ma zatem znaczenie procesowe, mimo że stanowi jedynie czynność techniczno-procesową.

§ 82 z.o.s.s. dopuszcza prowadzenie biurowości sądowej (a więc nie tylko repertoriów, ale również wszelkich kartotek, wykazów, kontroltek etc.) w oparciu o techniki informatyczne, przy czym konieczne jest spełnienie następujących warunków:

- uzyskanie zgody prezesa wykonującego nadzór administracyjny nad sądem, w którym biurowość ma być prowadzona według szczególnego sposobu;
- złożenie wniosku przez organ właściwego w sprawach finansowych i gospodarczych (przy czym wniosek musi zawierać szereg elementów wskazanych w ww. przepisie z.o.s.s.);
- korzystanie z programów informatycznych homologowanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości.

Z możliwości elektronicznej czynności biurowych skorzystały liczne sądy, z.o.s.s. nie nakłada bowiem na prezesów sądów obowiązku prowadzenia elektronicznych ksiąg ewidencyjnych. Brak jest wiarygodnych i pełnych danych statystycznych, które pozwoliłyby na wskazanie odsetka sądów wykorzystujących technologię w sprawach organizacyjno-administracyjnych. Na podstawie przeprowadzonego wywiadu udało się ustalić, że z elektronicznych repertoriów korzystają m.in. sądy rejonowe: dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, w Kaliszu, Koninie, Żąbkowicach Śląskich i Dzierżonowie, a także wszystkie sądy apelacyjne.

Ryc. 4. Graficzny interfejs programu 'Sędzia 2'



²⁶ B. Kaczmarek, *Informatyzacja postępowania cywilnego w Niemczech* (w:) *Informatyzacja...*, red. J. Gołaczyński, op. cit., s. 82-84.

²⁷ P. Pęcherzewski, P. Skómiak, *Postępowanie cywilne z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej*, (w:) *Informatyzacja...*, red. J. Gołaczyński, op. cit., s. 163.

²⁸ O archiwizacji dokumentów elektronicznych na podstawie polskich aktów prawnych więcej w: S. Kotecka, *Archiwizacja dokumentów elektronicznych* (w:) *Informatyzacja...*, red. J. Gołaczyński, op. cit., s. 246 i n., a także w następujących regulacjach prawnych: ustawie z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach (Dz. U. z 2006 r. Nr 97, poz. 673 z późn. zm.) oraz rozporządzeniach Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji: z dnia 30 października 2006 r. w sprawie niezbędnych elementów struktury dokumentów elektronicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 206, poz. 1517); z dnia 30 października 2006 r. w sprawie szczegółowego sposobu postępowania z dokumentami elektronicznymi (Dz. U. z 2006 r. Nr 206, poz. 1518), z dnia 2 listopada 2006 r. w sprawie wymagań technicznych formatów zapisu i informatycznych nośników danych, na których utrwalono materiały archiwalne przekazywane do archiwów państwowych (Dz. U. z 2006 r. Nr 206, poz. 1519).

²⁹ *Słownik...*, red. M. Bańko, s. 1085.

³⁰ Dziennik Urzędowy MS z 2003 r. Nr 5, poz. 22; dalej w artykule jako z.o.s.s.

Jednym z programów informatycznych, posiadających certyfikat Ministerstwa Sprawiedliwości i zapewniających sprawne prowadzenie repertoriów (a także innych ksiąg biurowych) jest program „Sędzia 2”, wdrożony i wykorzystywany w Sądzie Rejonowym dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi.

Program ten m.in.:

- wspiera tworzenie wszelkiego rodzaju pism, wypełniając dokumenty danymi zgromadzonymi w repertoriach, a także ostrzega o kończących się terminach (np. na sporządzenie opinii biegłego lub uzasadnienia przez sędziego),
- stanowi wsparcie dla tworzenia statystyk i zestawień okresowych oraz pozwala badać obciążenia i wydajność pracy,

- umożliwia zaawansowane wyszukiwanie i przeglądanie spraw, podmiotów i posiedzeń,
- zapewnia prowadzenie elektronicznych repertoriów, automatycznie tworzy kontrolki, kreuje terminarz posiedzeń, prowadzi bieżący rejestr korespondencji przychodzącej i wychodzącej³¹.

Podsumowanie

Omówione w niniejszym artykule przykłady z informatyzowania czynności pozasądowych coraz częściej pojawiają się w siedzibach sądów. Z pewnością jest to słuszny krok w kierunku uproszczenia i usprawnienia pracy sekretariatów sądowych, a – co za tym idzie – przyspieszenia w rozpoznawaniu spraw i ułatwienia pozyskiwania informacji na temat ich bieżącego stanu. Niemniej jednak pewne wątpliwości może budzić brak systemowych rozwiązań w tym zakresie – różne programy i aplikacje informatyczne, stosowane w poszczególnych sądach, nie tylko różnią się od siebie możliwościami i rozwiązaniami, ale też znacząco zawyżają koszty pozyskania oprogramowania tego rodzaju. Aby zachować jednolitość stosowanych rozwiązań (takich samych dla wszystkich sądów w Polsce) i obniżyć koszty ich zakupu oraz wdrożenia, uzasadniony byłby – po wszechstronnym rozpatrzeniu ofert – wybór jednego dostawcy programu. Wydaje się jednak, że realizacja takiej koncepcji nie jest możliwa z powodów finansowych. Pozostaje zatem liczyć na to, że informatyzacja sądowej biurowości, mimo braku centralnego wsparcia, będzie dynamicznie postępować, zaś jej efekty będą służyć zarówno wymiarowi sprawiedliwości, jak i wszystkim osobom korzystającym z usług sądownictwa.

³¹ Pełne możliwości oraz film instruktażowy dotyczący obsługi programu 'Sędzia 2' znajduje się na stronie producenta: <http://www.zeto.swidnica.pl/index.php?id=24,95,0,0,1,0>

NOWE TECHNOLOGIE W PRAWIE PUBLICZNYM

JAKUB RZUCIDŁO

PRAWO DOSTĘPU DO INTERNETU JAKO PODSTAWOWE PRAWO CZŁOWIEKA. CZĘŚĆ I

1. Wstęp

Pojęcie prawa dostępu do Internetu jest stosunkowo nowe w polskim prawodawstwie. Z całą pewnością należy je wiązać z dynamicznym rozwojem tej globalnej sieci. Zauważyć jednocześnie wypada, że zwrotem tym nie posługuje się żaden polski akt prawny. Nie oznacza to jednak, że można bez dyskusji pominąć problemy związane właśnie z tak sformułowanym prawem człowieka. Przyjmuje się bowiem, że katalog wolności i praw człowieka i obywatela obejmuje nie tylko te wyrażone wprost w aktach prawnych, ale także te, które da się z poszczególnych norm wyinterpretować². Fakt, że zjawiska dostępu do Internetu nie powinno się we wskazanym kontekście marginalizować potwierdzają statystyki. Stały, szerokopasmowy dostęp do Internetu (według najnowszych danych Urzędu Komunikacji Elektronicznej³) posiada w Polsce 36,7% gospodarstw domowych, co przekładając na ogólną liczbę ludności kraju wynosi 12,8%. Warto zauważyć, iż w okresie od czerwca 2008 r. do czerwca 2009 odnotowano tutaj wzrost odpowiednio o 6,2% oraz 2,1% (co pół roku ok. 3% i 1%)⁴. Jeżeli natomiast brać pod uwagę dostęp do Internetu w ogóle, to według Eurostatu 59% gospodarstw domowych posiada dostęp do Internetu (65% w całej UE), a 51% ogółu posiadało dostęp szerokopasmowy (56% w całej UE). Natomiast 78% obywateli Rzeczypospolitej w wieku 16-24 lat korzystało z globalnej sieci codziennie, lub prawie codziennie (ok. 88% obywateli UE), a wśród grupy w wieku 16-74 ta wartość wyniosła ok. 40% (w UE w grupach 55-74 lat to 32%, a w przedziale 25-54 lat to ok. 68%)⁵.

Nie ulega wątpliwości, że korzystanie z Internetu powinno być powszechne. Gorzej jest z jego dostępnością, chociaż i tutaj, porównując dane z lat poprzednich, nie da się przeoczyć znaczących wzrostów. Dlatego też zasadne jest pytanie o: sens, charakter i treść prawa dostępu do Internetu. Można się zastanawiać, że skoro ta technika komunikacji staje się powszechna bez uprzedniego jej zagwarantowania przez krajowych, czy międzynarodowych (ponadnarodowych) prawodawców, to czy w ogóle istnieje potrzeba takiej regulacji. Może wystarczające byłoby rozwiązanie kwestii związanych bezpośrednio ze świadczeniem odpowiednich usług przez określone podmioty, bez wnikania w problematykę wolności i praw człowieka?

¹ Niniejsze opracowanie, ze względu na swoją objętość, podzielono na dwie części. Prezentowany tutaj tekst stanowi część pierwszą.

² Por. postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 marca 2006 r., SK 45/04.

³ Tj. na koniec czerwca 2009 r.

⁴ Raport Departamentu Analiz Rynku Telekomunikacyjne Urzędu Telekomunikacji Elektronicznej, Technologie dostępu do sieci Internet w Polsce, Grudzień 2009, s. 4.

⁵ Eurostat, Wykorzystanie Internetu w 2009 przez gospodarstwa domowe i jednostki, http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-QA-09-046/EN/KS-QA-09-046-EN.PDF, s.1-3; [dostęp 15.01.2010 r.].

Tego rodzaju dylematy pojawiają się, kiedy zaczynamy posługiwać się prawem dostępu do Internetu, którego istnienie zauważa coraz więcej państw europejskich.

2. Prawo dostępu do Internetu w porządkach prawnych wybranych państw

Pierwszym krajem, który uznał prawo dostępu do Internetu jest Estonia. Na mocy § 33 ustawy o dostępie do informacji publicznej (*Avaliku teabe seadus*⁶) każdej osobie przyznano prawo dostępu do informacji publicznej poprzez łącze internetowe, będące do dyspozycji w bibliotekach publicznych. W ustawie o bibliotekach publicznych (*Rahvaraamatukogu seadus*⁷) w § 15 ust. 2¹ postanowiono, iż każda osoba powinna mieć możliwość użycia komputera w celu dotarcia do informacji, dostępnej poprzez publiczną sieć telekomunikacyjną, zgodnie z ustawą o dostępie do informacji publicznej. Jeśli w danym momencie ze wskazanej usługi chce skorzystać więcej osób niż jest komputerów, wtenczas pracownicy biblioteki powinni stworzyć listę, na podstawie której będzie się to odbywało. Ponadto są oni zobligowani do pomocy użytkownikom w przeglądaniu stron podmiotów państwowych i samorządowych. W chwili obecnej dałoby się zidentyfikować wiele innych regulacji, które będą składały się na prawo dostępu do Internetu. Dla przykładu, wskazać można ustawę o komunikacji elektronicznej (*Telekommunikatsiooniseadus*⁸), z której wynika, że dostęp do sieci telefonicznej musi równocześnie gwarantować transfer danych na takim poziomie, który będzie zapewniał satysfakcjonujące połączenie z Internetem z uwzględnieniem sprzętu, jaki wykorzystują użytkownicy końcowi (§ 70 pkt. 3).

Podobna regulacja znajduje się w fińskiej ustawie o rynku telekomunikacyjnym (*Viestintämarkkinalaki Kommunikationsmarknadslag*⁹). W art. 60c ust. 2 ustanowiono poszczególne obowiązki operatorów telekomunikacyjnych wobec abonentów usługi powszechnej. Wśród nich wyartykułowano konieczność zapewnienia „odpowiedniego” połączenia z Internetem. Obowiązek ten został sprecyzowany w rozporządzeniu Ministra Transportu

⁶ *Avaliku teabe seadus*, (RT1 I 2000, 92, 597), tekst w języku angielskim, <http://www.legaltext.ee/en/andmebaas/tekst.asp?loc=text&dok=X40095K4&keel=en&pg=5&ptyyp=I&tyyp=X&query=Internet> [dostęp: 20.03.2010 r.].

⁷ *Rahvaraamatukogu seadus*, RT1 I 1998, 103, 1696, tekst w języku angielskim, <http://www.legaltext.ee/en/andmebaas/tekst.asp?loc=text&dok=XX10029&keel=en&pg=1&ptyyp=RT&tyyp=X&query=Rahvaraamatukogu+seadus>, [dostęp: 20.03.2010 r.].

⁸ *Telekommunikatsiooniseadus*, RT I 2000, 18, 116, tekst w języku angielskim, <http://www.legaltext.ee/en/andmebaas/tekst.asp?loc=text&dok=X90001K2&keel=en&pg=4&ptyyp=I&tyyp=X&query=Internet> [dostęp: 20.03.2010 r.].

⁹ Ustawa z dnia 10 sierpnia 2004 r. o rynku telekomunikacyjnym, *Viestintämarkkinalaki Kommunikationsmarknadslag*, tekst w języku angielskim, <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2003/en20030393.pdf> [dostęp: 22.03.2010 r.].

i Komunikacji w sprawie minimalnej prędkości dostępu do Internetu jako usługi powszechnej¹⁰. Została ona ustalona na poziomie 1 Mbit/s dla pobierania danych. Przy czym zastrzeżono, że wystarczające jest, aby wartość ta wynosiła 750 Kbit/s średnio w cyklu dwudziestoczęterogodzinnym oraz 500 Kbit/s w jakimkolwiek cyklu czterogodzinnym (art. 1). Ponadto postanowiono, że operatorzy telekomunikacyjni mają czas na przystosowanie się do tych zmian do 1 lipca 2010 r. (art. 2 u. 2).

Obecnie jedynym krajem europejskim, który w swojej ustawie zasadniczej posiada sprecyzowane prawo do dostępu do nowoczesnych technologii oraz uczestniczenia w społeczeństwie informacyjnym jest Grecja. 27 maja 2008 r. tamtejszy parlament wprowadził do konstytucji artykuł 5A, który stanowi w ust. 1, że „Wszystkie osoby mają prawo do informacji, o których stanowią ustawy. Ograniczenia tego prawa mogą być nałożone wyłącznie w drodze ustawy, o ile są niezbędne i uzasadnione względami bezpieczeństwa publicznego, zwalczaniem przestępczości lub ochroną praw osób trzecich”. W ustępie drugim natomiast postanowiono, że „Wszystkie osoby mają prawo uczestniczenia w Społeczeństwie Informacyjnym. Ułatwienia w dostępie do elektronicznie przesyłanych danych, a także do ich wytwarzania, wymiany i rozpowszechniania są obowiązkiem państwa, zawsze przestrzegając art. 9 [prawo nienaruszalności mieszkania i życia prywatnego – przyp. autor], art. 9A [prawo ochrony danych osobowych – przyp. autor] oraz art.19 [tajemnica korespondencji – przyp. autor]”¹¹. Z powyższego można wywieść, że prawo uczestniczenia w społeczeństwie informacyjnym i związane z tym obowiązki państwa, wypada łączyć z prawem do informacji. Ponadto stanowi ono jedno z najważniejszych praw człowieka dla ustrojodawcy greckiego. Znajduje się bowiem w części drugiej ustawy zasadniczej, a wymienione jest jako 3 w kolejności. Oczywiście nie chodzi tutaj o jakąś wewnętrzną gradację, ale raczej o podkreślenie wagi tego prawa poprzez umieszczenie go na jednym z najwyższych miejsc w systematyce aktu prawnego. Wskazuje się ponadto, że prawa ustanowione w art. 5A pochodzą od prawa do swobodnego kształtowania swojej osobowości, ustanowionego w poprzedzającym art. 5A artykule. To także doskonały przykład na to, jak konstytucja może zaakceptować i podkreślić wagę nowoczesnych technologii w funkcjonowaniu człowieka. Trzeba tutaj zaznaczyć, iż ustrojodawca nie mógł wprost postąpić się terminem „Internet”, ponieważ byłoby to sprzeczne z założeniami, które leżą u podstaw rozwoju społeczeństwa informacyjnego, a w szczególności z wymogiem neutralności technologicznej¹². Jednakże wobec powszechnego stosowania takiego wprowadzania, rozpowszechniania i przetwarzania danych nie ulega wątpliwości, że w chwili obecnej to właśnie za pośrednictwem Internetu ludzie będą uczestniczyć w budowaniu społeczeństwa informacyjnego.

¹⁰ Rozporządzenie Ministra Transportu i Komunikacji z dnia 14 października 2009 r. w sprawie minimalnej prędkości Internetu jako usługi powszechnej, tekst w języku angielskim, <http://www.finlex.fi/en/laki/kaanokset/2009/en20090732.pdf> [dostęp: 22.03.2010 r.]

¹¹ Konstytucja Grecji z 9 czerwca 1975 r. Tekst w języku angielskim, <http://www.parliament.gr/english/pdf/001-156%20aggliko.pdf> [dostęp: 01.02.2010 r.]

¹² Zgodnie z nowelizacją polskiej ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. 2005 Nr 64 poz. 565 z późn. zm.), tj. ustawą z dnia 12 lutego 2010 r. o zmianie ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne oraz niektórych innych ustaw neutralność technologiczna to: zasada równego traktowania przez władzę publicznej technologii teleinformatycznych i tworzenia warunków do ich uczciwej konkurencji, w tym zapobiegania możliwości eliminacji technologii konkurencyjnych przy rozbudowie i modyfikacji eksploatowanych systemów teleinformatycznych lub przy tworzeniu konkurencyjnych produktów i rozwiązań (art. 3 pkt. 19).

Prawa wynikające z art. 5A mają dwojaki charakter. Po pierwsze do czynienia mamy tutaj z prawem jednostki do uczestnictwa w społeczeństwie informacyjnym. Po wtóre – należy zwrócić uwagę na wynikające z przytoczonego artykułu prawo socjalne, które obliguje państwo do tego, aby każdemu obywatelowi zagwarantować równe i rzeczywiste uczestnictwo w społeczeństwie informacyjnym. Pociąga to za sobą konieczność stworzenia np. systemu pomocy społecznej, która miałaby na celu finansowanie odpowiedniego sprzętu, czy edukacji obywateli o niskich dochodach. Jednakże nie stanowi to podstawy do wniesienia skargi przeciwko państwu, że nie realizuje tych obowiązków, co jest charakterystyczne dla wszystkich praw socjalnych. Z tym, że w przypadku jakiegokolwiek dyskryminacji jednych grup wobec drugich odpowiednia skarga jest dopuszczalna¹³.

Warto jeszcze zauważyć, że Konstytucja Grecji nie przewiduje osobnej kategorii praw podstawowych, a zatem można uznać za podstawowe te prawa, które ustanowione są w owym akcie. To stwierdzenie wydaje się potwierdzać tytuł art. 25 – „Ochrona i wykonywanie praw podstawowych”. (To ostatnia jednostka redakcyjna z rozdziału drugiego, poświęconego prawom człowieka.)

Rysuje się tutaj zatem dosyć złożony charakter prawa do uczestnictwa (ang. *e-participation*), które w zakresie dostępu do Internetu obejmuje przede wszystkim dostęp do treści zamieszczonej w ramach globalnej sieci. W tym sensie obywatelom przysługuje nie tylko możliwość przeglądania treści, ale również: ich modyfikowania, dodawania nowych, czy usuwania niektórych informacji. Ponadto, ponieważ prawo to ma charakter socjalny, określonym grupom społecznym zostaje przyznana możliwość ubiegania się o odpowiednie dofinansowanie do sprzętu, niezbędnego do korzystania z sieci. Zatem powstają pewne elementy świadczące o istnieniu prawa dostępu do łącza internetowego.

Reasumując, w Grecji prawo dostępu do Internetu należałoby wywieść wprost z konstytucyjnego prawa dostępu do elektronicznie transmitowanych danych: do ich wdrażania, wymiany i przekazywania. W rzeczywistości bowiem tylko globalna sieć gwarantuje w pełni powyższe założenia i jednocześnie zapewnia możliwość aktywnego uczestniczenia w społeczeństwie informacyjnym.

Ograniczenia omawianego prawa mogą być ustanowione tylko wprost i tylko w Konstytucji, bądź ustawach z poszanowaniem zasady proporcjonalności, o czym stanowi art. 25 ust. 1 greckiej ustawy zasadniczej. Ponadto przywołać trzeba ograniczenia wynikające z art. 5A, to znaczy niezbędność i zasadność z powodów ochrony bezpieczeństwa narodowego, zwalczania przestępczości lub ochrony interesów i praw osób trzecich.

Kolejnym krajem europejskim, dzięki któremu zaczęto zwracać uwagę na prawo dostępu do Internetu jako prawo podstawowe, jest Francja. Obecnie obowiązująca konstytucja Francji z 1958 r. nie zawiera wyodrębnionego w swoim tekście katalogu praw i wolności jednostki¹⁴. Należy go zatem szukać przede wszystkim w Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela, ale także

¹³ I. Iglezakis, The development of E-Governance and the issue of digital inclusion in Greece with particular regard to the constitutional right of e-participation, *Journal of Information Law & Technology*, nr 1/2008, tekst w języku angielskim, http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2008_1/iglezakis/ [dostęp: 02.02.2010 r.]

¹⁴ B. Banaszak, Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych, Zakamycze 2004, s. 76.

we wstępie do Konstytucji z 1946 r. (który nadal obowiązuje) i zasadach podstawowych wyznaczonych przez ustawy. Charakterystyczna jest także działalność Rady Konstytucyjnej¹⁵ w tym zakresie. Formułuje ona nowe, niewyszczególnione w przepisach rangi konstytucyjnej wolności i prawa. Jest to przykład na rozszerzanie takiego katalogu. W literaturze wskazuje się nawet, iż dowodzi to samodzielnego tworzenia norm konstytucyjnych przez sąd konstytucyjny¹⁶.

Właśnie w ten sposób zostało „stworzone” podmiotowe¹⁷ prawo dostępu do Internetu. Powodem, dla którego Rada Konstytucyjna zajęła się tym problemem, była skarga w sprawie ustawy nazywanej w skrócie HADOPI (fr. *Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur Internet*, czyli Wysoki urząd ds. Rozpowszechniania utworów i ochrony praw w Internecie). Organ ten miał zostać powołany właśnie na mocy ustawy nazwanej *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, czyli o rozpowszechnianiu i ochronie twórczości w Internecie). Głównym założeniem pierwotnej wersji aktu była możliwość odcinania (nawet dożywotnio) internautów od sieci, na mocy decyzji wymienionego organu, za nielegalne ściąganie plików chronionych prawami autorskimi. Z tym, że uprzednio dana osoba miała być dwukrotnie informowana o takiej możliwości.

W sprawie ustawy, w istotnym zakresie, Rada Konstytucyjna (dalej: RK) stwierdziła, że mając na względzie obecne możliwości komunikowania się, w tym także rozwój porozumiewania się na odległość on-line, trzeba w szczególności podkreślić rolę środków przekazu, które to zapewniają. Obecnie są one niezbędne do uczestniczenia w procesach demokratycznych, wymianę idei i opinii. To z kolei w oczywisty sposób wywodzi się z art. 11 Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r. Regulacja ta, stanowi że: „Wolna wymiana myśli i poglądów jest jednym z najcenniejszych praw człowieka; każdemu obywatelowi zatem wolno przemawiać, pisać i drukować swobodnie z zastrzeżeniem, że za nadużycie tej wolności odpowiadać będzie w wypadkach, przewidzianych przez ustawę”. Prawo to, według francuskiego sądu konstytucyjnego, zapewnia także swobodny dostęp do usług, które umożliwiają te czynności za pośrednictwem globalnej sieci¹⁸. RK inaczej potraktowała dostęp do Internetu, niż ustrojodawca grecki. Punktem wyjścia nie stało się tutaj prawo dostępu do informacji, czy prawo do uczestnictwa, a wolność komunikowania się. Prawo to nie ma więc takiego samego charakteru jak to ustanowione w Grecji, tzn. nie zalicza się go do kategorii praw socjalnych. Nieco inna też będzie jego treść, ponieważ dotyczyć będzie kwestii związanych z dostępem do danych, z którymi można zapoznać się za pośrednictwem globalnej sieci, ich modyfikacją i ewentualnym usuwaniem. Inaczej mówiąc, chodzi tu o dostęp do zasobów. Nie będzie natomiast w żadnym stopniu dotyczyć aspektu ekonomicznego korzystania z Internetu, np. dofinansowania sprzętu, czy pokrycia części kosztów łącza.

¹⁵ Rada Konstytucyjna została utworzona 4 października 1958 r. Znajduje się poza systemem sądownictwa powszechnego. Jest sądem konstytucyjnym. Constitutional Council, Presentation, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/presentation/presentation.25739.html> [dostęp: 21.02.2010 r.].

¹⁶ B. Banaszak, op. cit., s. 80.

¹⁷ Czyli takie, w skład którego wchodzi publiczno-prawne roszczenie procesowe. Szerzej: M. Jabłoński, S. Jarosz-Zukowska, op. cit., s. 48.

¹⁸ Decyzja nr 2009-580 Rady Konstytucyjnej Republiki Francuskiej z dnia 10 czerwca 2009 r. Tekst w języku angielskim, uwaga 11. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2009-580DC-2009_580dc.pdf [dostęp: 22.01.2010 r.].

Rada Konstytucyjna podkreśliła ponadto, że wolność wypowiedzi i komunikowania się są fundamentem społeczeństw demokratycznych. Stanowią one gwarancję przestrzegania innych wolności i praw. Każde ich ograniczenie musi być proporcjonalne i dostosowane do celu, któremu służy¹⁹. Nie mieści się w tych granicach ustanowienie organu administracyjnego, który posiada uprawnienia do ograniczania wskazanych praw praktycznie każdej osobie. To bowiem godzi w normy art. 11 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela. Parlament nie miał zatem kompetencji, by powołać taki organ dla ochrony praw autorskich²⁰.

Mimo tego władze francuskie nie ustały w działaniach zmierzających do uchwalenia regulacji, które pozwalałyby karać osoby nielegalnie pobierające pliki chronione prawem autorskim za pośrednictwem Internetu. Skutkiem tego jest ustawa nazwana w skrócie HADOPI 2 (dla odróżnienia jej od uznanej za niezgodną z konstytucją pierwszej wersji ustawy).

Rada Konstytucyjna w swojej pierwszej (i jak na razie jedynej) decyzji odnoszącej się do tej wersji ustawy była bardziej przychylna. Wskazany akt prawny zakłada m.in. że w sprawie określonych przestępstw, dotyczących własności intelektualnej, popełnionych za pomocą publicznych środków komunikacji on-line, można rozstrzygać w składzie jednego sędziego w postępowaniu karnym. Co więcej, następuje to na żądanie poszkodowanego podczas rozpatrywania sprawy cywilnej z jego powództwa. Skarżący zarzucili, że takie rozwiązanie stanowi naruszenie zasady równości wobec prawa (problem wyrokowania przez jednego sędziego) i jest cofnięciem się w gwarancjach oskarżonego w procesie. Narusza to jego prawo do: sprawiedliwego procesu, prawo do obrony, a także domniemanie niewinności, albowiem faktycznie zostaje on pozbawiony możliwości wypowiedzenia się, co do tych zarzutów²¹. RK stwierdziła jednak, że Parlament miał prawo (swobodę) w taki sposób uregulować odpowiedzialność oskarżonego za tę kategorię czynów. Reguły odpowiedzialności nie są bowiem ustalone w inny sposób, niż w przypadku popełnienia tego rodzaju przestępstw bez uczestnictwa środków komunikacji on-line. Ponadto rozwiązanie, które zakłada orzekanie przez jednego sędziego, nie narusza zasady równości wobec prawa. Wreszcie, zdaniem RK, nie istnieje żadna inna konstytucyjna zasada, która sprzeciwiałaby się orzekaniu w sprawie odpowiedzialności karnej w momencie orzekania w sprawie o naprawienie szkody przez poszkodowanego, jeśli dysponuje się wystarczającym materiałem dowodowym²².

Kolejną kwestią w tej sprawie jest możliwość wymierzenia dodatkowej kary zawieszenia dostępu do powszechnej usługi komunikacji on-line (w istocie do Internetu) maksymalnie na jeden (rok wraz z zakazem zawierania jakiegokolwiek innej umowy o podobnym charakterze z innym dostawcą takiej usługi na taki sam okres). Bardzo słuszną, moim zdaniem²³, uwagę podnieśli przeciwnicy ustawy HADOPI 2 – zakaz ten jest właściwie niemożliwy do wyegzekwowania. Ponadto stwierdzili oni, że kara taka jest nieproporcjonalna do czynu, a zatem sprzeczna z art. 8 Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela oraz z

¹⁹ Ibidem, uwaga 15.

²⁰ Ibidem, uwaga 16.

²¹ Decyzja nr 2009-590 Rady Konstytucyjnej z dnia 22 października 2009, uwaga 10, tekst w języku angielskim, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2009-590DC-en2009_590dc.pdf [dostęp: 20.03.2010 r.].

²² Ibidem, uwaga 11-13.

²³ Problemem ograniczania dostępu do globalnej sieci szczegółowo zajmę się w osobnym opracowaniu.

art. 34 konstytucji. RK stwierdziła jednak, że nie widzi tutaj takiej dysproporcji i nie ma naruszenia wymogu niezbędności karnia²⁴. Ponadto dopuściła udział organów administracji publicznej w wykonywaniu orzeczonej przez sąd zakazów²⁵.

Co więcej, w ustawie tej przewidziano możliwość nałożenia na użytkownika Internetu obowiązku szczególnej staranności, związanej z zabezpieczeniem komputerów przed nieuprawnionym wykorzystaniem od naruszeń prawa autorskiego. Jeśli osoba taka dopuści się „rażącego niedbalstwa”, również może zostać ukarana karą grzywny do 3.750 euro oraz zawieszeniem dostępu do usługi na miesiąc. W kwestii definicji „rażącego niedbalstwa” RK zdecydowała, o jego istnieniu powinien rozstrzygać sąd, który w konkretnej sprawie będzie orzekał²⁶.

Podsumowując, dzięki zmianie powodującej, iż Wysoki Urząd ds. Rozpowszechniania Utworów i Ochrony Praw w Internecie nie będzie miał prawa orzekać co do praw i obowiązków osób naruszających prawo, a jedynie będzie uczestniczył w wykonywaniu kary (przy realizacji zakazu korzystania z Internetu) nałożonej przez sąd (orzekający w składzie jednego sędziego) regulacja została w zasadzie zaakceptowana przez RK. Ustawa miała zacząć obowiązywać od 1 stycznia 2010 r., jednakże na mocy *Commission nationale de l'informatique et des Liberty* (Komisji ds. Informatyki i Wolności) została ona zablokowana (zawieszona). Komisja zwróciła się bowiem do rządu o wyjaśnienia na jakiej zasadzie władze mają zbierać i archiwizować dane o osobach naruszających prawa, które reguluje HADOPI 2²⁷.

W kontekście omawiania regulacji poszczególnych krajów warto jeszcze zauważyć, że również Europejski Trybunał Praw Człowieka zdaje się zauważać problem dostępu do Internetu. W sprawie *Times Newspapers Ltd przeciwko Wielkiej Brytanii*²⁸ skarżący zarzucił tzw. regule publikacji w Internecie niesprawiedliwe i nieproporcjonalne ograniczenie wolności wypowiedzi, wynikającego z art. 10 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: EKPCz)²⁹. Trybunał podkreślił rolę Internetu w rozwijaniu powszechnego dostępu do informacji (wiadomości), a także rozpowszechnianiu wiadomości w ogóle, a to ze względu na jego zdolność do przechowywania i komunikowania ogromnych ilości informacji. Ponadto utrzymywanie archiwów internetowych jest jedną z tych cech, które stanowią o powyższym i dlatego należy uznać, że podlegają one ochronie na podstawie art. 10 EKPCz. Takie zbiory są ważnym źródłem edukacji i badań historycznych, ponieważ są dostępne dla ogółu użytkowników i zazwyczaj bezpłatne. Orzeczenie to może stać się podstawą do uznania prawa dostępu do (zasobów) Internetu na poziomie międzynarodowym. Wydaje się jednak, że do tego prowadzić będzie jeszcze długa droga.

²⁴ Ibidem, uwaga 22.

²⁵ Ibidem, uwaga 24.

²⁶ Ibidem, uwaga 29.

²⁷ M. Gajewski, Ustawa HADOPI tymczasowo zablokowana, *Chip.pl*. <http://www.chip.pl/news/wydarzenia/prawo-i-polityka/2010/01/ustawa-hadopi-tymczasowo-zablokowana> [dostęp: 20.03.2010 r.].

²⁸ Wyrok ETPCZ z dnia 10 marca 2009 r. w sprawie *Times Newspapers Ltd przeciwko Wielkiej Brytanii*, tekst w języku angielskim, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Internet&sessionId=49479204&skin=hudoc-en> [dostęp: 22.03.2010 r.].

²⁹ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. 1993 nr 61 poz. 284).

3. Prawo dostępu do Internetu w Polsce

Mając na uwadze wcześniejsze ustalenia, warto poszukać w polskim porządku prawnym rozwiązań, które mogą posłużyć do sformułowania prawa dostępu do Internetu. Na podstawie tego, co zostało do tej pory ustalone, można stwierdzić, że na omawiane prawo składają się: prawo dostępu do łącza internetowego oraz prawo dostępu do zasobów globalnej sieci. Mogą one występować łącznie, bądź niezależnie od siebie. Prawdopodobne jest też, że z punktu widzenia ochrony prawa, do Internetu zasadne będzie mówienie o dwóch (co najmniej – nie wykluczone jest bowiem, że z jednej strony będziemy mieli do czynienia z prawem dostępu do treści, a z drugiej z wolnością) osobnych prawach.

a. Prawo dostępu do łącza internetowego

Obecnie brak jest w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: Konstytucji RP)³⁰ normy, która wyraźnie przyznawałaby każdemu człowiekowi lub obywatelowi prawo dostępu do łącza internetowego. Nie znaczy to jednak, że prawa takiego nie da się wywieść z poszczególnych przepisów ustawy zasadniczej.

Kluczowe znaczenie dla prawa dostępu do łącza internetowego może mieć przy tym treść art. 61 Konstytucji RP. Wyznacza ona prawo do informacji o działalności organów władzy publicznej. Tryb udzielania takich informacji określa ustawa o dostępie do informacji publicznej³¹. W tym akcie szczególną uwagę należy zwrócić na art. 8, w którym postanowiono, iż w celu powszechnego udostępniania informacji publicznej, w postaci ujednoliconego systemu stron w sieci teleinformatycznej, tworzy się Biuletyn Informacji Publicznej (dalej: BIP). Jest to urzędowy publikator teleinformatyczny. Ustawa, podobnie jak i inne akty prawne, nie zawiera definicji tego zwrotu. Wykładnia językowa sugeruje, że przymiotnik „teleinformatyczny” określa, że publikator ten ma być umieszczony w systemie teleinformatycznym³² (jest stworzony tylko w postaci cyfrowej), a ponadto stanowi podkreślenie zasady neutralności technologicznej³³. Należy także zastanowić się, co oznacza zwrot „urzędowy publikator”. Waler „urzędowości” powinien gwarantować autentyczność informacji zamieszczonych na podmiotowych stronach BIP. Dzięki temu BIP można porównać do Monitora Polskiego, czy dzienników urzędowych poszczególnych ministerstw³⁴. Jednakże wyraźnie

³⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483 z późn. zm.).

³¹ Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. 2001 Nr 112 poz. 1198 z późn. zm.).

³² Według art. 2 pkt 3 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, system teleinformatyczny to „zespół współpracujących ze sobą urządzeń informatycznych i oprogramowania, zapewniający przetwarzanie i przechowywanie, a także wysyłanie i odbieranie danych poprzez sieci telekomunikacyjne za pomocą właściwego dla danego rodzaju sieci urządzenia końcowego. Definicja ta jest właściwa ze względu na odesłanie zawarte w art. 3 pkt 3 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. 2005 Nr 64 poz. 565 z późn. zm.). Nowelizacja tej ustawy przewiduje w art. 3 pkt 3 już dokładnie tę definicję systemu teleinformatycznego, bez odesłania do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną (ustawa z dnia 12 lutego 2010 r. o zmianie ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2010 nr 40 poz. 230). Jeśli natomiast idzie o definicję sieci telekomunikacyjnej to systemy transmisyjne oraz urządzenia komutacyjne lub przekierowujące, a także inne zasoby, które umożliwiają: nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą: przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną, niezależnie od ich rodzaju, o czym stanowi art. 2 pkt 35 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. 2004 nr 171 poz. 1800 z późn. zm.).

³³ W kwestii neutralności technologicznej patrz przypis 31.

³⁴ Tak T. Aleksandrowicz, Komentarz do ustawy o dostępie do informacji publicznej, Warszawa 2006, s. 217.

trzeba stwierdzić, że nie jest to dziennik urzędowy w rozumieniu ustawy o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych³⁵. Co najwyżej wykazuje on cechy do niego podobne. Traci przy tym na znaczeniu pogląd o różnym nośniku informacji BIP i dzienników urzędowych, a to za sprawą art. 20a ostatnio wymienionej ustawy³⁶. Obecnie wszystkie dzienniki urzędowe, oprócz tradycyjnej formy papierowej, publikowane są również w formie elektronicznej i udostępniane w sieci Internet, a także w siedzibie odpowiedniego urzędu, w godzinach jego pracy, w miejscu powszechnie dostępnym. Jak wskazał NSA, BIP to platforma zapoznawania się z informacją dotyczącą spraw publicznych przez nieograniczony krąg adresatów. Nie wynika z tego natomiast uprawnienie jego potencjalnych użytkowników do żądania dokonania publikacji, lub jej usunięcia. Czynność utworzenia Biuletynu, czy też czynność zamieszczenia w nim określonej informacji publicznej, nie dotyczy ani uprawnień strony, ani jej obowiązków. Co za tym idzie, nie ma w zasadzie możliwości, by jednostka mogła żądać zamieszczenia, bądź usunięcia określonych informacji publicznych w BIP³⁷. Nie oznacza to jednak, że osoba zainteresowana uzyskaniem informacji jest zupełnie bezradna. Przysługuje jej bowiem prawo do udostępnienia informacji publicznej w trybie wnioskowym. Ponadto istnieją pewne wyjątki od tej zasady w przepisach szczegółowych. Odwołać można się w tym miejscu do art. 29a ust. 1 ustawy o Instytucji Pamięci Narodowej³⁸, który stanowi, że na wniosek treść zaświadczenia o tym, że dane osobowe wnioskodawcy są tożsame z danymi osobowymi, które znajdują się w katalogu: funkcjonariuszy, współpracowników, kandydatów na współpracowników organów bezpieczeństwa państwa, jest publikowana w BIP Instytutu Pamięci Narodowej³⁹. Reasumując, „można stwierdzić, że obowiązek bezwnioskowego udostępnienia informacji publicznej oznacza powinność stworzenia przez podmiot władzy publicznej (lub inny podmiot) sytuacji bezwarunkowego, samodzielnego dostępu do zbioru informacji o sprawach publicznych posiadanych przez ten podmiot i uporządkowanych na zasadach określonych w ustawie (lub regulaminie izby parlamentu)”⁴⁰. Z regulacji tej wynika także preferencja ustawodawcy do udostępniania informacji publicznych właśnie w ten, bezwnioskowy sposób. Nie została ona wprawdzie ustanowiona wprost, ale można ją wywieść na drodze interpretacji przepisów u.d.i.p. Wskazuje na to fakt, że w BIP obligatoryjnie umieszczony ma być szeroki zakres informacji, a także dostępny ma on być, co do zasady, w sposób bezpłatny. Za tym poglądem przemawia stwierdzenie, że informacje rozpowszechniane ten

sposób osiągalne są w zasadzie bez przerwy. Ponadto z art. 8 ust. 4 wynika obowiązek umieszczenia informacji o sposobie udostępniania danych, które w BIP się nie znalazły. Dlatego też ten publikator to swoiste „kompilum wiedzy o informacji publicznej”⁴¹. W chwili obecnej założenia, jakie spełniać ma BIP, jest w stanie zrealizować tylko jedna sieć, a mianowicie Internet⁴². Zatem do realizacji omawianego prawa, wynikającego z art. 61 Konstytucji RP, tak jak widział je ustrojodawca i ustawodawca, konieczne jest podłączenie do globalnej sieci. Inaczej, realizacja prawa dostępu do informacji, byłaby fikcją. To właśnie udostępnianie „cyfrowej” informacji osiągalnej bez przerwy, a więc tylko za pomocą bezpośredniego połączenia on-line, jest podstawową formą jej upowszechniania. Co więcej, zainteresowany w ten sposób dowiadyuje się także, w jaki sposób uzyskać informacje publiczne, które w BIP się nie znajdują. Takie stanowisko potwierdza także procedura postępowania z wnioskami zawierającymi żądanie dostępu do informacji publicznej, która jest już umieszczona w BIP. Zasadniczo w tym wypadku podmiot zobowiązany musi poinformować żądającego, że określona informacja została rozpowszechniona za pomocą publikatora teleinformatycznego i nie ma on obowiązku udzielać jej w formie odpisów, kserokopii itp. Zwalnia się on zatem z obowiązku ponownego udostępniania określonych treści, jeśli uprzednio zrobił to w BIP. W zasadzie jest to też najlepsza (z ekonomicznego punktu widzenia) metoda upowszechnienia informacji, bowiem w każdym wypadku ciąg czynności przygotowujących je do upublicznienia jest w zasadzie taki sam. Zatem podmiot zobowiązany, umieszczając raz informację w BIP, czy to na skutek wniosku, czy z własnej woli, nie musi ponownie tego czynić⁴³.

Wydaje się więc, że warunkiem niezbędnym do prawidłowej realizacji tego prawa jest zagwarantowanie dostępu do łącza internetowego⁴⁴. Nie oznacza to jednak, że miałyby on być darmowy, „w każdym domu”. Osiągnięcie takiego standardu, chociaż jak najbardziej pożądane, nie jest w tej chwili realne. Zasadniczą rolę należałoby w takim układzie przypisać działaniom organów państwowych, zmierzających do rozwijania takiej infrastruktury technicznej, dzięki którym podłączenie do Internetu (czy ew. do innej sieci teleinformatycznej, o która będzie spełniała warunki przewidziane w ustawie o dostępie do informacji publicznej) będzie dostępne w sposób nieprzerwany, ciągły, natychmiastowy. Realnym ułatwieniem w uzyskaniu dostępu do łącza internetowego, tam gdzie odpowiednia infrastruktura już istnieje, jest prawo odliczenia wydatków ponoszonych przez podatnika z tytułu użytkowania globalnej sieci, ale tylko w lokalu będącym

³⁵ Według art. 8 ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów (Dz. U. 2000 Nr 62 poz. 718 z późn. zm.) dziennikami urzędowymi w rozumieniu ustawy są: Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, Dziennik Urzędowy Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”, Dziennik Urzędowy Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski B”, dzienniki urzędowe ministrów kierujących działami administracji rządowej, dzienniki urzędowe urzędów centralnych oraz wojewódzkie dzienniki urzędowe.

Z kwestią urzędowego charakteru BIP związane jest także ważne zagadnienie dotyczące odpowiedzialności podmiotów za nieopublikowanie bądź nieprawidłowe opublikowanie informacji. Na ten temat zobacz uwagi M. Bernaczyka, *Obowiązek bezwnioskowego udostępnienia informacji publicznej*, Warszawa 2008, s. 156-161.

³⁶ Por. K. Górka, *Zasady funkcjonowania Biuletynu Informacji Publicznej*, Przegląd Prawa Publicznego, nr 1-2/2007 oraz wskazana tam w przypisie 3 literatura.

³⁷ Wyrok NSA z dnia 07 października 2009 r., I OSK 169/09, zob. także M. Bernaczyk, op. cit., s. 138.

³⁸ Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucji Pamięci Narodowej - Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (tekst jedn. Dz.U. 2007 nr 63 poz. 424 z późn. zm.).

³⁹ Szerzej: M. Bernaczyk, op. cit., s. 138-139.

⁴⁰ Ibidem, s. 146.

⁴¹ Tak: M. Bernaczyk, M. Jabłoński, K. Wygoda, op. cit., Wrocław 2005, s. 103.

⁴² Warto jednak podkreślić, iż nie jest to jedyna sieć teleinformatyczna w Polsce. Dla przykładu, można wskazać na FidoNet. Cytując za Encyklopedią Internetu i nowych technologii to „Założona w 1984 roku ogólnosiwiatowa amatorska sieć komputerowa. W Polsce pierwsze punkty sieci FidoNet powstały w 1986 roku. FidoNet składa się z komputerów, które co jakiś czas łączą się ze sobą przez linie telefoniczne, wymieniając różnorodne informacje: pocztę elektroniczną, wiadomości grup dyskusyjnych, programy, itp. Użytkownik FidoNet łączy się z najbliższym komputerem w sieci (tzw. węzłem) i pobiera z niego przeznaczoną dla siebie pocztę oraz zostawia dane do przesłania. Węzeł łączy się z następnym w hierarchii i wymienia z nim dane - w ten sposób możliwa jest wymiana informacji z praktycznie całym światem. FidoNet nie należy do Internetu, choć istnieją bramy pozwalające na wymianę informacji pomiędzy tymi dwoma sieciami”. http://cms.webstyle.pl/pl/netopedia/sieci_komputerowe/fidonet [dostęp: 14.04.2010 r.].

⁴³ Por. w tym zakresie uwagi M. Jabłońskiego i przytoczone tam orzecznictwo, op. cit., s. 159-162.

⁴⁴ Ewentualnie można by się zastanawiać, czy np. udostępnienie komputera z dostępną off-line podmiotową stroną zobowiązanego do udostępnienia informacji publicznej byłoby wystarczające. Wydaje się, że nie nastąpiłoby wtenczas udostępnienie w sieci teleinformatycznej, a taki wymów stawia ustawa o dostępie do informacji publicznej.

miejszem jego zamieszkania⁴⁵. Wysokość takiej ulgi nie może przekroczyć 760 zł w roku podatkowym, co przy rozliczeniu według zasad ogólnych, przy 18% progu podatkowym może wynieść 136,80 zł odliczenia od należnego już podatku⁴⁶.

Trzeba jednak przyjąć założenie, zgodnie z którym nie każdy człowiek musi mieć dostęp do Internetu w swoim domu, ale każdy powinien mieć możliwość skorzystania z odpowiednio wyposażonego urzędnika w miejscu osiągalnym dla nieograniczonego kręgu użytkowników. Może to być np. komputer udostępniony przez zobowiązanego do udzielenia informacji publicznej. Założenia takie spełnia także np. biblioteka publiczna⁴⁷. Art. 3 ust. 2 ustawy o bibliotekach stanowi, że korzystanie z bibliotek ma charakter powszechny, na zasadach określonych w ustawie. W art. 14 ust. 1 znajduje się norma, zgodnie z którą usługi bibliotek są ogólnie dostępne i w zasadzie bezpłatne⁴⁸. Cele, dla których tworzy się biblioteki publiczne wskazano w art. 18 ust. 1: „Biblioteki publiczne służą zaspokajaniu potrzeb oświatowych, kulturalnych i informacyjnych ogółu społeczeństwa oraz uczestniczą w upowszechnianiu wiedzy i kultury”. Jeszcze jeden artykuł, który pozwala uznać biblioteki publiczne za pomagające realizować prawo dostępu do łącza internetowego to art. 19 ust. 1. Zgodnie z nim „Biblioteki publiczne są organizowane w sposób zapewniający mieszkańcom dogodny dostęp do materiałów bibliotecznych i informacji”. Przejawia się tutaj zatem kilka istotnych cech zorganizowania bibliotek publicznych, które sprawiają, że są to instytucje, które mogą zrealizować założenia prawa dostępu do łącza internetowego. Przede wszystkim jest to: powszechność dostępu (art. 3 ust. 2, art. 14 ust. 1) do usług świadczonych przez biblioteki, zaspokajania potrzeb informacyjnych ogółu społeczeństwa i uczestniczenie w upowszechnianiu wiedzy i kultury (art. 18 ust. 1), dostęp do informacji odpowiadający potrzebom mieszkańców⁴⁹ (art. 19 ust. 1). Co więcej, większość bibliotek publicznych powinna już być wyposażona w odpowiednią infrastrukturę techniczną. W dużym stopniu przyczynił się do tego program Ikonk@. Był to rządowy projekt uruchamiania punktów powszechnego dostępu do Internetu we wszystkich gminnych bibliotekach publicznych (punktach) – tzw. „czytelni internetowych”. Cel, jaki został wyznaczony temu programowi, to zapewnienie jak najszerzej grupie społeczności lokalnej łatwego, powszechnego i bezpłatnego dostępu do globalnej sieci. Odbywać się to miało zgodnie z założeniami Strategii Lizbońskiej oraz Strategii Informatyzacji Rzeczypospolitej Polskiej – ePolska na lata 2004-2006, a także Planu Informatyzacji Państwa na

lata 2007-2010⁵⁰. Chociaż przeprowadzony został kilka lat temu (w zasadzie trwał on od 2003 r. aż do 2008 r.), a pewnie sprzęt, który był wprowadzany na początku programu, zdążył się już zestarzeć, to powinien on wciąż nadawać się do przeglądania zasobów globalnej sieci⁵¹. Ponadto obecnie rozpoczęto program, który realizowany jest na podstawie porozumienia podpisanego przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji, Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego, Telekomunikację Polską SA oraz Fundację Rozwoju Społeczeństwa Informacyjnego, mający na celu podłączenie wszystkich gminnych bibliotek do szerokopasmowego Internetu. Prędkość połączenia ma być najwyższą możliwą w danej lokalizacji, a w wypadku, kiedy w danym miejscu nie ma możliwości podłączenia drogą kablową, wtenczas dostawca usługi powinien zapewnić dostęp drogą radiową. Program ten stanowi element realizacji Strategii rozwoju społeczeństwa informacyjnego w Polsce do roku 2013⁵². Chociaż nie zagwarantowano prawa dostępu do Internetu w każdej bibliotece, tak jak w ustawodawstwie estońskim, to jednak przez szereg działań faktycznych można dojść do wniosku, że w zakresie prawa dostępu do łącza internetowego, jest ono realizowane. Oczywiście, takim działaniom można zarzucić ograniczony charakter, ponieważ biblioteki publiczne są otwarte tylko w określonych dniach i godzinach i nie zawsze znajdzie się wolny komputer, z którego będzie sposobność skorzystać. Jednak przez wiele cech bibliotek wypada stwierdzić, że jest ono w pewnym stopniu realizowane. Podobnie rozpatrywać należy wszelkie inicjatywy organów państwowych, które mają na celu stworzenie publicznych punktów dostępu do Internetu poprzez sieć Wi-Fi. Dodatkową zaletą obydwu „powszechnych” sposobów połączenia z globalną siecią jest ich całkowita bezpłatność. W przypadku, kiedy użytkownik korzysta z łącza w bibliotece, to odpada także koszt zakupu urządzenia, za pomocą którego zasoby sieci są przeglądane.

Prawo dostępu do łącza internetowego można zatem uznać za nieodłączną część prawa dostępu do informacji o działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Bez dostępu do Internetu wykorzystanie tego konstytucyjnego prawa częstokroć nie jest możliwe. Nie rodzi to jednak po stronie osoby, która nie ma dostępu do łącza roszczenia w stosunku do państwa o udostępnienie odpowiedniej technologii (w szczególności o bezpłatne udostępnienie) w miejscu jej zamieszkania. Powinno natomiast obligować organy władzy publicznej do organizowania powszechnie dostępnych punktów, w których co najmniej możliwy będzie dostęp do BIP. W takim zakresie zasadne będzie mówienie o podmiotowym charakterze omawianego prawa. Oczywiście, możliwe jest także posłużenie się wzorem estońskim i wprowadzenie odpowiedniej regulacji (np. do ustawy o bibliotekach), zgodnie z którą każdemu przysługiwałoby prawo do korzystania z sieci Internet w bibliotekach publicznych, czy w innych miejscach o podobnym charakterze. Wydaje się jednak, że taki zabieg miałby charakter bardziej marketingowy (Polska jako ko-

⁴⁵ To ten sam adres, który został określony w formularzu NIP-1 lub NIP-3 złożonym w urzędzie skarbowym. Portal Pit.pl. Użytkowanie Internetu, <http://www.pit.pl/ulga-internet/index.php> [dostęp: 24.02.2010 r.].

⁴⁶ Art. 26 ust. 1 pkt 6a ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn. Dz. U. 2000 nr 14 poz. 176 z późn. zm.). Ponadto szczegółowe uregulowanie dotyczy sytuacji telepracownika, czy sytuacji małżonków. Zob. serwis PIT.pl, op. cit.

⁴⁷ Art. 18 ust. 2 ustawy z dnia 27 czerwca 1997 r. o bibliotekach (Dz. U. 1997 nr 85 poz. 539 z późn. zm.) stanowi, że „Bibliotekami publicznymi są, zorganizowane w formie instytucji kultury, Biblioteka Narodowa oraz biblioteki jednostek samorządu terytorialnego”.

⁴⁸ Wyjątki od zasady bezpłatności określa ust. 2 tego artykułu. Zgodnie z nim „Opłaty mogą być pobierane:

- 1) za usługi informacyjne, bibliograficzne, reprograficzne oraz wypożyczenia międzybiblioteczne,
- 2) za wypożyczenia materiałów audiowizualnych,
- 3) w formie kaucji za wypożyczone materiały biblioteczne,
- 4) za niezwrócenie w terminie wypożyczonych materiałów bibliotecznych,
- 5) za uszkodzenie, zniszczenie lub niezwrócenie materiałów bibliotecznych”.

Natomiast ust. 3 stanowi, że „Wysokość opłat, o których mowa w ust. 2 pkt. 1 i 2, nie może przekraczać kosztów wykonania usługi”.

⁴⁹ Mając na względzie treść art. 19 ust. 2-4 chodzić tu będzie o mieszkańców: gminy, powiatu i województwa odpowiednia dla bibliotek gminnych, powiatowych i wojewódzkich.

⁵⁰ Plan stanowi załącznik do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 marca 2007 (Dz. U. 2007 Nr 61, poz. 415).

⁵¹ Biblioteki miały być wyposażone w: co najmniej trzy komputery z systemem operacyjnym (Microsoft Windows Professional XP PL), zintegrowany pakiet biurowy i program antywirusowy; bezprzewodową sieć typu WiFi i routery. J. Zoń, Elektroniczna Biblioteka – platforma cyfrowa, „Ikonk@” z perspektywy biblioteki wojewódzkiej - przykład Książnicy Kopernikańskiej, III konferencja - Internet w bibliotekach. Zasoby elektroniczne: podaż i popyt, <http://www.ebib.info/publikacje/matkonf/iwb3/artikul.php?p> [dostęp 24.02.2010 r.].

⁵² Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, Informatyzacja, Aktualności, Rozpoczął się program internetyzacji bibliotek! http://www.mswia.gov.pl/portal/pl/256/8186/Rozpoczal_sie_program_internetyzacji_bibliotek.html [dostęp: 24.02.2010 r.].

lejne państwo, w którym prawo dostępu do Internetu jest prawem każdego człowieka) niż faktycznie wynikający z potrzeby uzupełnienia luki w prawie, bo ta ma charakter pozorny.

b. Prawo dostępu do zasobów globalnej sieci

Już na wstępie można zauważyć, że prawo to ma aspekt pozytywny oraz negatywny. Ten pierwszy oznacza obowiązek organów władzy publicznej do zamieszczenia w sieci informacji o odpowiedniej treści. Wyznaczają go przepisy prawa powszechnie obowiązującego. Drugi natomiast sprowadza się do tego, czy i kiedy można dostęp do treści (ich zamieszczania, modyfikowania, usuwania, przeglądania) ograniczyć, lub całkiem zablokować.

Umocowania prawa dostępu do treści zawartych w Internecie należy szukać przede wszystkim na poziomie konstytucyjnym. Pierwszą regulacją, która wymaga przybliżenia jest art. 14 Konstytucji RP, który stanowi, iż „Rzeczpospolita Polska zapewnia wolność prasy i innych środków społecznego przekazu”. Jako, że pojęcie prasy zostało odróżnione od „innych środków społecznego przekazu” wypada przyjąć, że ustawodawca miał tutaj na myśli tradycyjne rozumienie prasy jako drukowanych: dzienników, tygodników, miesięczników i innego rodzaju periodyków. Natomiast wśród wszelkich innych środków przekazu z całą pewnością trzeba wymienić Internet⁵³. Rodzi to po stronie państwa obowiązek podejmowania takich działań, które będą miały na celu zapobieganie i eliminowanie zagrożeń wolności tychże mediów. Nerozerwalnie z omawianym prawem związane jest prawo do informacji, swoboda zbierania, gromadzenia i dalszego ich przetwarzania⁵⁴. Kolejną regulacją na poziomie konstytucyjnym wymagającą uwagi jest art. 54. Stanowi on o wolności wyrażania poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji⁵⁵. Wynika z niego, iż cenzura prewencyjna środków społecznego przekazu oraz koncesjonowanie prasy są zakazane. Przewidziano natomiast konieczność uzyskania koncesji na prowadzenie stacji radiowej lub telewizyjnej. Każdy może zatem w sposób werbalny, jak i inny wypowiedzieć się niezależnie od treści i oceny tej wypowiedzi, co do faktów i zjawisk we wszystkich przejawach życia. W zakres tego pojęcia wchodzi także przypuszczenia i prognozy. Sama wolność wyrażania poglądów stanowi fundament społeczeństwa demokratycznego. Drugą sferą aktywności jednostki jest wolność pozyskiwania i rozpowszechniania informacji, które należy rozumieć jako przekaz pochodzący od kogoś, a który swoim zakresem obejmuje nie tylko dane dotyczące faktów, ale także i poglądy tej konkretnej osoby. Jasne jest, że wolność ta nie ma charakteru absolutnego i nie może prowadzić np. do naruszenia dóbr osobistych osób trzecich⁵⁶. Jeśli idzie o pojęcie „cenzury prewencyjnej” to rozumieć przez nie należy „kontrolę publikacji prasowej lub przekazu radiowego, telewizyjnego czy internetowego przed ich

rozpowszechnianiem, która prowadzić może do częściowego lub całkowitego zakazu rozpowszechniania”⁵⁷. Organy władzy państwowej mają obowiązek powstrzymywania i przeciwdziałania takim praktykom, bez względu na to od kogo pochodzą. Za dopuszczalne należy natomiast uznać selekcjonowania materiałów przez różnego rodzaju redakcje. Ponadto stwierdzić trzeba, że cenzura represyjna jest dozwolona tylko w przypadku, kiedy przewidują to prawa powszechnie obowiązującego. Cenzura represyjna to „kontrola publikacji prasowej, która prowadzić może do częściowej lub całkowitej konfiskaty materiału prasowego”⁵⁸.

Nie można także pominąć przytaczanego już art. 61, który stanowi o prawie dostępu do informacji publicznej o działalności organów władzy publicznej.

Określenie pozytywnej treści prawa dostępu do treści zawartej w Internecie wymaga przeanalizowania całego ustawodawstwa, co dzisiaj jest praktycznie niewykonalne. Można natomiast wskazać na zasadniczy trzon tych regulacji, który znajduje się w ustawie o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych⁵⁹ oraz w ustawie o dostępie do informacji publicznej. Warto także już w tym momencie zwrócić uwagę na treść art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, któremu poświęcona zostanie znaczna część drugiej części opracowania.

Pierwsza z wymienionych regulacji ma fundamentalne znaczenie m. in. dla domniemania, czy fikcji powszechnej znajomości prawa⁶⁰. Jak wskazał TK: „Brak ogólnego wymogu publikacji ustaw i aktów wykonawczych oraz innych aktów normatywnych – jako warunku uzyskania przez nie mocy powszechnie obowiązującej – stoi w sprzeczności z zasadami demokratycznego państwa prawnego. Godzi w zasadę lojalności państwa względem obywateli, zasadę jawności prawa oraz zasadę zaufania do prawa i pewności prawa”⁶¹. Chodzi tu zatem o jawność prawa, a dla tej podstawowe znaczenie ma sposób rozpowszechniania dzienników urzędowych i faktyczny dostęp do nich szerokiego kręgu adresatów. W art. 21 ust. 2 oraz w art. 25 ust. 1 zostały określone zasady rozpowszechniania publikatorów. Odbyna się to głównie poprzez prenumeratę oraz sprzedaż w stałych punktach sprzedaży, które prowadzi Kancelaria Prezesa Rady Ministrów, a także takich, które prowadzone są przez niektóre organy administracji rządowej, sądy oraz inne jednostki – w odniesieniu do dzienników wydawanych przez Prezesa Rady Ministrów. W zasadzie podobne zasady dotyczą rozpowszechniania wojewódzkich

⁵³ B. Banaszak, op. cit., s. 280.

⁵⁴ B. Banaszak, op. cit. s. 280-281. Nieco inaczej sprawę cenzury prewencyjnej widzi TK, natomiast zbieżne są poglądy co do cenzury represyjnej. zob. wyrok z dnia 2 marca 1994 r., sygn. akt W 3/93

⁵⁵ Ustawa z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (tekst jedn. Dz. U. 2010 nr 17 poz. 95).

⁶⁰ Trybunał Konstytucyjny wyraziła pogląd, że „Funkcjonowanie prawa, zwłaszcza w demokratycznym państwie prawnym, opiera się na założeniu, że wszyscy adresaci obowiązującej normy prawnej – a więc zarówno podmioty obowiązane do jej przestrzegania, jak i organy powołane do jej stosowania – znają jej właściwą treść (tzw. fikcja powszechnej znajomości prawa) i że nikt nie może uchylić się od ujemnych skutków naruszenia tej normy na tej podstawie, że normy tej nie znał lub rozumiał ją opacznie (ignorantia iuris nocet)”. (Uchwała z dnia 7 marca 1995 r., sygn. akt W. 9/94). W wyroku z dnia 12 listopada 2001 r. (sygn. akt P. 2/01) Trybunał wskazał, że rzymska paremia ignorantia iuris nocet, została przyjęta i zakreślona w polskim systemie prawnym jako fikcja powszechnej znajomości prawa. I dalej, że „Zgodnie z tą konstrukcją intelektualną przyjmuje się, że każdy obywatel zna obowiązujące i dotyczące jego sytuacji i zachowań prawo i nie może powoływać się na jego nieznaną dla uzasadnienia własnych działań albo zaniechań. Podważenie tej konwencji, a więc przyjęcie, że nieznaną dla tłumaczy może określone działania bądź zaniechania prowadziłyby do negacji spójności i pewności prawa oraz do nieprzewidywalnych skutków w praktyce orzeczniczej”.

⁶¹ Postanowienie TK z dnia 13 lutego 1991 r., sygn. akt W. 3/90.

⁵³ Podobnie: B. Banaszak, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz, Warszawa 2009, s. 104. Uwagę tę należy odnieść także do różnego rodzaju sposobów komunikowania się ludzi. W tej kwestii zobacz też: P. Tuleja, Konstytucyjny status jednostki w państwie polskim, w: red. P. Samecki, Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej, Warszawa 2008, s. 115. Takie stanowisko można także zauważyć w wyroku TK z dnia 2 lipca 2007 r., sygn. akt K 41/05.

⁵⁴ B. Banaszak, op. cit., s. 105-106.

⁵⁵ Wypada przy tym podzielić uwagę P. Tulei, że chodzić tutaj będzie także o wolność pozyskiwania informacji, co przy źródłach internetowych będzie mieć zasadnicze znaczenie. P. Tuleja, op. cit. s. 116.

⁵⁶ B. Banaszak, op. cit., s. 277-280.

dzienników urzędowych. Ponadto publikatory te dostępne są do wglądu (bezpłatnie) w urzędach terenowych organów administracji rządowej oraz organów jednostek samorządu terytorialnego, o czym stanowi art. 26 ust. 1. Także inne dzienniki urzędowe powinny być udostępniane w ten sposób (art. 27 ust. 3). Odpowiednio starostwo powiatowe i urząd gminy prowadzą zbiory przepisów stanowiących przez organy tych jednostek i również kolportują je w swoich siedzibach (art. 28)⁶². O osiągalności prawa decyduje też cena egzemplarza odpowiedniego dziennika. Ma ona być ustalona na poziomie zapewniającym jego powszechną dostępność (art. 19 ust. 2). Ustawodawca przewidział także elektroniczną formę upubliczniania wszystkich dzienników urzędowych oraz zbiorów przepisów gminnych i powiatowych. Art. 15 ust. 3a stanowi o obowiązku dostarczenia, wraz z wnioskiem o ogłoszenie aktu normatywnego lub orzeczenia w dzienniku urzędowym, tychże dokumentów w formie dokumentu elektronicznego opatrzonego bezpiecznym podpisem elektronicznym. W połączeniu z art. 26 ust. 2, 27 ust. 3a oraz art. 28 ust. 3 wyznaczony został obowiązek zamieszczenia odpowiednich treści przez określone organy władzy publicznej właśnie w Internecie. W art. 26 ust. 2 postanowiono, że Dziennik Urzędowy i Monitor Polski lub zawarte w nich akty normatywne i inne akty prawne, w tym orzeczenia, muszą zostać nieodpłatnie udostępnione do wglądu do pobrania w formie dokumentu elektronicznego na stronach internetowych urzędów. Ponadto w godzinach pracy urzędów zbiory te są udostępniane w formie elektronicznej, do powszechnego wglądu, w miejscu do tego przeznaczonym i powszechnie dostępnym⁶³. Regulacja art. 27 u. 3a przewiduje, iż organy, które zobowiązane są do wydawania dzienników urzędowych⁶⁴ mają także obowiązek prowadzenia ich zbiorów i skrowidzów również w formie elektronicznej. I wreszcie art. 28 ust. 3 stanowi, że zbiór aktów prawa miejscowego stanowiących przez powiat, a także zbiór przepisów gminnych muszą być udostępniane w formie elektronicznej.

W tych dwóch ostatnich przypadkach ma to się odbywać na zasadach określonych w art. 26 ust. 2. Zasadnicze znaczenie ma tutaj wskazanie, że akty te muszą mieć formę dokumentu elektronicznego. Powinien on zatem zawierać także i podpis elektroniczny, zgodny z wymogami art. 15 ust. 3a. Ma on takie same cechy, jak dokument urzędowy, a więc korzysta z gwarancji prawdziwości i prawidłowości treści, które zawiera.

Z powyższego zestawienia wynika, że zakres informacji, które muszą być osiągalne dla użytkowników w Internecie, jest bardzo szeroki. Co ważne, ustawodawca używa tutaj wprost zwrotu „strona internetowa”, jasno wskazując sieć, w której ta informacja musi być zamieszczona. Wydaje się też, że przyjęcie takiego modelu udostępniania aktów prawnych (i niektórych innych aktów normatywnych) w połączeniu z wyżej wskazanym prawem dostępu do łącza internetowego może mieć znakomite znaczenie dla funkcjonowania fikcji (czy domniemania) powszechnej znajomości prawa. Oczywiście, już teraz to założenie jest w zasadzie niepodważalne, ale dzięki przyjęciu proponowanego modelu zostaje ono jeszcze wzmocnione i może przestać być tylko fikcją.

⁶² Ustawodawca jest tutaj niekonsekwentny. Ust. 1 stanowi bowiem o udostępnianiu zbiorów aktów prawa miejscowego powiatu, a ust. 2 o zbiorze przepisów gminnych, zatem chyba nie do końca jest jasne, czy w tym drugim wypadku chodzić będzie o wszystkie przepisy gminne, czy tylko o te, które mają charakter powszechnie obowiązujących. Wydaje się, że chodzi tu jednak o drugi rodzaj przepisów, na co wskazywać może właśnie treść ust. 1.

⁶³ Warto odnieść ten obowiązek do rozważań nad prawem do łącza internetowego.

⁶⁴ Np. Dziennik Urzędowy Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Nie ulega przecież kwestii, że bezpłatna dostępność dzienników urzędowych on-line (jak i w formie plików umieszczonych na dysku twardym komputera, znajdującego się w siedzibie odpowiedniego urzędu i udostępnionego interesantom) jest znacznie łatwiejszą formą uzyskania do nich dostępu niż poprzez „tradycyjne” kanały dystrybucji, nawet w prenumeracie.

Drugą regulacją, która wymaga tutaj uwzględnienia to wspomniana już ustawa o dostępie do informacji publicznej. Art. 1 określa, jakie informacje można uznać za publiczne. Są nimi wszystkie informacje o sprawach publicznych⁶⁵. To właśnie takie dane podlegają obowiązkowi udostępniania w trybie przewidzianym we wskazanej ustawie. Próbę uszczegółowienia, wskazanego powyżej, pojęcia sam ustawodawca podjął w art. 6 ust. 1⁶⁶. Zastrzegł przy tym, że wyliczenie to ma charakter jedynie przykładowy.

Nie wszystkie informacje o sprawach publicznych będą wymagały publikacji w Internecie, czy jak chce tego ustawodawca, w ogólnodostępnej sieci teleinformatycznej⁶⁷. Obligatoryjnie obejmuje to informacje, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1-3, pkt 4 lit. a) triet drugie, lit. c) i d) i pkt 5. Ponadto w BIP musi zostać zamieszczony sposób upubliczniania tych informacji, które się w nim nie znajdują. W przypadku wyłączenia jawności informacji publicznej w urzędowym publikatorze teleinformatycznym musi być podany zakres wyłączenia jawności oraz należy wskazać organ lub osobę, które dokonały wyłączenia, w przypadku, kiedy prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy zobowiązana jest do tego osoba, w interesie której dokonano wyłączenia (art. 8 ust. 5). Nie można także zapominać o szczegółowych obowiązkach związanych z publikacją informacji publicznej, wynikających z art. 8 ust. 6⁶⁸. Fakultatywnie upoważnione organy mogą same zdecydować o umieszczeniu niektórych informacji w BIP (art. 8 ust. 3 zd. 2).

Zatem każdorazowo nałożony obowiązek publikacji jakiejś informacji w BIP, ustanowiony w przepisach szczególnych⁶⁹ będzie rozszerzał pozytywny aspekt prawa dostępu do treści zawartych w Internecie. Co więcej, nawet kiedy procedura rozpowszechniania informacji określona w danym akcie nie będzie kompletna, lub w ogóle jej nie będzie ustalona, wtenczas również trzeba będzie stosować ustawę o dostępie do informacji publicznej, a to także wpływa na zakres omawianego aspektu komentowanego prawa⁷⁰. Warto też podkreślić, że same organy władzy publicznej, jeśli skorzystają z możliwości, którą przewiduje art. 8 ust. 3 zd. 2, mogą wpływać na ten zakres.

4. Zakończenie

Negatywny aspekt prawa dostępu do treści zamieszczonych w Internecie należy rozumieć jako możliwość ograniczania przez organy władzy publicznej osiągalności treści zamieszczonych w globalnej sieci. Chodzić tu zatem będzie o ingerencję w wolności określone w art. 14, 49 i 54 Konstytucji RP. Stąd

⁶⁵ W sprawie pojęcia zob. M. Jabłoński, K. Wygoda, Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz, Wrocław 2002, s. 17 – 26.

⁶⁶ Zob. art. 6. ust. 1. ustawy o dostępie do informacji publicznej.

⁶⁷ Trzeba dodać, iż podmiotami zobowiązanymi do udostępnienia informacji publicznej są zasadniczo władze publiczne i inne podmioty wykonujące zadania publiczne, a także związki zawodowe i ich organizacje oraz partie polityczne (art. 4 ust. 1 i 2).

⁶⁸ Zob. art. 8 ust. 6. ustawy o dostępie do informacji publicznej.

⁶⁹ Np. art. 13 ust. 3 ustawy z dnia o działalności pożytku publicznego i wolontariacie

⁷⁰ M. Jabłoński, op. cit., s. 31.

też bierze się wątpliwość, co do charakteru tego aspektu prawa dostępu do treści umieszczonych w Internecie, bowiem w tym wypadku do czynienia będziemy mieli raczej z wolnością, a nie prawem podmiotowym. Jednakże ze względu na duże skomplikowanie tego zagadnienia, nie mieści się ono już w ramach tej części publikacji. Dlatego też problem ten, jak i skutki jakie płyną z uznania istnienia prawa dostępu do Internetu znajdą się w części drugiej opracowania.

Warto jednak już teraz sformułować kilka uwag do poczynionych tutaj ustaleń. Omawiane prawo jednostki jest stosunkowo nowym problemem nauki prawa. Dlatego też rodzi wiele wątpliwości i niejasności. Nie jest także do końca pewne, jak poradzi sobie z nim ustawodawca, czy ustrojodawca. Można w tym zakresie wskazać na dwie tendencje: ustanowienie prawa dostępu do Internetu wprost w przepisach prawa, bądź na szczeblu konstytucyjnym, bądź ustawowym, albo uznanie tego prawa poprzez dokonanie wykładni odpowiednich przepisów prawnych. Przykład polskiego prawodawstwa wskazuje, że ta druga metoda nie jest najlepsza. W toku interpretacji powstaje bowiem wiele nieścisłości. Nierzadko nie da się jasno określić zakresu omawianego prawa, czy w ogóle jego charakteru. Jednakże, w chwili obecnej, wydaje się być to jedyny sposób, by w ogóle na istnienie tego przywileju jednostki zwrócić uwagę. Wywołana przy tym dyskusja może stać się powodem do podjęcia próby prawnej regulacji przedstawionego tutaj zagadnienia.

mgr MIROŚLAW DELA

REJESTRACJA ZBIORU DANYCH OSOBOWYCH

1. WSTĘP

Prawne gwarancje ochrony informacji dotyczących życia prywatnego, zawarte w art. 47 i 51 Konstytucji RP, zostały w dużej mierze skonkretyzowane w ustawie o ochronie danych osobowych (u.o.d.o.)¹. Kontrolę nad przestrzeganiem jej zapisów powierzono Generalnemu Inspektorowi Ochrony Danych Osobowych (GIODO)², który wtedy tylko może w pełni realizować swoje kompetencje, gdy dysponuje aktualnym rejestrem zbiorów danych osobowych. Dlatego w art. 40 u.o.d.o. ustawodawca nałożył na administratorów danych obowiązek rejestracji zbiorów danych osobowych. Zagadnienie to przysparza jednak administratorom wielu kłopotów z precyzyjnym ustaleniem, co w świetle ustawy jest zbiorem danych osobowych, kto jest ich administratorem i w którym momencie ów obowiązek rejestracji powstaje. Ustawodawca co prawda zawarł w ustawowym słowniku definicje wszystkich niezbędnych pojęć, lecz niektóre z nich brzmią nieco enigmatycznie. Za zaniechanie dopełnienia obowiązku rejestracji, choćby nieświadome i wynikające z niewłaściwego rozumienia wymienionych wyżej pojęć, art. 53 u.o.d.o. przewiduje karę grzywny, ograniczenia wolności lub nawet pozbawienia wolności do roku. Warto więc nieco bliżej przyjrzeć się definicjom, by wiedzieć co jest przedmiotem obowiązku rejestracyjnego oraz kiedy i na kim ten obowiązek spoczywa.

2. ADMINISTRATOR DANYCH

W art. 7 pkt 4 u.o.d.o. znaleźć można lapidarną i ogólnikową definicję administratora danych. Mogą być nim organy, jednostki organizacyjne, podmioty lub osoby, decydujące o celach i środkach przetwarzania danych osobowych. Z pomocą przychodzi odesłanie do art. 3 u.o.d.o., który precyzuje szereg podmiotów, do których ustawa ma zastosowanie, a zatem zobligowanych do rejestracji zbioru. Znaleźć można wśród nich organy państwowe i samorządu terytorialnego, państwowe i komunalne jednostki organizacyjne, osoby fizyczne i prawne przetwarzające dane osobowe w związku z działalnością zarobkową, zawodową lub dla realizacji celów statutowych. Widać wyraźnie, że status administratora danych może przysługiwać tak podmiotom publicznym, jak i prywatnym³, zarówno podmiotom gospodarczym, jak i organizacjom społecznym. Nie jest istotne, czy podmioty te przetwarzają dane samodzielnie, czy powierzyły ich przetwarzanie innemu podmiotowi, choćby w drodze pisemnej umowy

zawartej na podstawie art. 31 u.o.d.o.⁴, który pozwala powierzyć przetwarzanie danych osobom trzecim (np. komercyjnym podmiotom, wyspecjalizowanym w problematyce ich przetwarzania). Obowiązek rejestracyjny może więc obejmować podmioty zbierające i przechowujące dane lub jedynie zajmujące się ich opracowywaniem albo udostępnieniem⁵. Wymóg rejestracji ciąży także na administratorach spisów i rejestrów, prowadzonych wyłącznie dla celów informacji publicznej, będących otwartymi do wglądu dla ogółu lub tylko dla tych, którzy mogą wykazać interes w dostępie do nich (rejesty podmiotów gospodarczych, statków, spisy bibliograficzne itp.)⁶.

Warto podkreślić, że administratorem danych jest zawsze podmiot (np. spółka, spółdzielnia, przedsiębiorca jednoosobowy, stowarzyszenie, fundacja), nie zaś oddział tego podmiotu (oddział spółki), ani osoba zarządzająca tym podmiotem (dyrektor, zarząd spółki). Nie jest nim także pracownik wykonujący czynności związane z ochroną danych osobowych (np. pełnomocnik zarządu ds. ochrony danych osobowych, czy administrator bezpieczeństwa informacji, tzw. ABI). Jednak odpowiedzialność za naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych z art. 53 u.o.d.o. ponoszą osoby zarządzające danym podmiotem⁷.

3. ZBIÓR DANYCH OSOBOWYCH I MOMENT JEGO REJESTRACJI

Art. 2 ust. 1 u.o.d.o. stanowi, że przepisy ustawy określają zasady postępowania przy przetwarzaniu danych osobowych w zbiorach danych. Pojęcie zbioru danych osobowych, mające kluczowe znaczenie dla prawidłowej realizacji obowiązku rejestracyjnego, definiuje art. 7 pkt 1 u.o.d.o., który jest odpowiednikiem art. 2 lit. c Dyrektywy 95/46/WE⁸. Z ustawowej definicji wynika, że zbiorem danych jest każdy posiadający strukturę zestaw danych o charakterze osobowym, dostępnych według określonych kryteriów. Istnieje więc kilka cech wyróżniających zbiór danych spośród innych zestawów danych, niebędących wszak zbiorami danych osobowych. Po pierwsze, zawarte w nim dane muszą być, rzecz jasna, danymi osobowymi, czyli informacjami dotyczącymi zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej (zob. art. 6 ust. 1 u.o.d.o.). Po wtóre, cechą która decyduje, iż jest to zbiór, jest jego struktura, czyli specyficzne uporządkowanie, pozwalające na poszukiwanie interesującej informacji według określonych kryteriów (klucza), bez konieczności prze-

¹ U.o.d.o. - ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (t.j. Dz. U. 2002 r. Nr 101 poz. 926 ze zm.).

² GIODO - Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych, organ centralny, podlegający kontroli Sejmu RP.

³ A. Mednis postuluje de lege ferenda stworzenie odrębnej regulacji dla rejestrów prowadzonych w sferze publicznej. Zob. A. Mednis, Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz, Warszawa 2001, s. 124.

⁴ GIODO, Kto musi rejestrować swoje zbiory, GIODO, http://www.giodo.gov.pl/593/id_art/2662/j/pl

⁵ J. Barta, R. Markiewicz, Ochrona danych osobowych, Kraków 2002, s. 565.

⁶ Ibidem, s. 564.

⁷ GIODO, Kto musi rejestrować swoje zbiory, http://www.giodo.gov.pl/593/id_art/2662/j/pl

⁸ Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób w związku z przetwarzaniem danych osobowych oraz swobodnego przepływu takich danych (Dz. WE L 281 z dnia 23 listopada 1995 r.). Dyrektywa ta wprowadza pojęcie systemu ewidencjonowania danych osobowych (personal data filing system).

glądania całego zestawu. Struktura to nic innego jak wzajemne relacje elementów stanowiących całość⁹. Zbiorem danych nie może więc zostać nazwane luźne zestawienie danych, choćby były one danymi osobowymi. O istnieniu owej struktury w przypadku zbiorów manualnych będzie świadczyło sporządzenie spisu czy skorowidza, odsyłającego do określonej lokalizacji tych danych. Trzecią cechą będzie więc owo kryterium, a raczej kryteria wspomnianego porządku. Warto zauważyć, że ustawodawca używa w art. 7 pkt 1 u.o.d.o. liczby mnogiej, co oznacza, że zbiorem danych nie będzie zestaw danych dostępnych według wyłącznie jednego kryterium. Nie chodzi tu bynajmniej o dostępność w ogóle, lecz o łatwe dotarcie do poszukiwanych danych. Kryteriami mogą więc być np. imię, nazwisko (czyli uporządkowanie alfabetyczne), rok urodzenia czy choćby data wprowadzenia danych do zbioru. Jak widać mogą mieć one charakter osobowy lub nieosobowy¹⁰.

Ustawodawca zdaje się przewidywać, że znajdą się podmioty, które nie zechcą ulec reżimowi ustawy i będą próbowały unikać obowiązku rejestracji poprzez dekoncentrację danych i przechowywanie ich w kilku odrębnych zasobach informatycznych, nie tworzących *prima facie* ustrukturyzowanego zbioru. Dlatego definicja zbioru danych uniezależnia obowiązek rejestracji od tego, czy zbiór jest jednolity czy rozczłonkowany¹¹.

Dla lepszego zrozumienia pojęcia zbioru danych, w art. 2 ust. 2 pkt 1 i 2 u.o.d.o. ustawodawca egzemplifikuje różne postaci zbiorów. Oprócz tradycyjnych kartotek, skorowidzów, ksiąg, wykazów i innych zbiorów ewidencyjnych, można tu odnaleźć także zbiory danych prowadzone w systemach informatycznych. Te ostatnie są obecnie najpowszechniejsze. Trzeba pamiętać, że zastosowanie ustawy nie ogranicza się tylko do przetwarzania danych w zbiorach. Zgodnie z art. 2 ust. 2 pkt 2, przepisy ustawy stosuje się także do przetwarzania danych w systemach informatycznych, nawet wtedy, gdy są one gromadzone poza zbiorem.

Precyzyjna definicja zbioru danych jest niezwykle ważna dla ustalenia momentu, od którego administrator może przetwarzać dane. Kwestia ta wywołuje często nieuzasadniony problem, który po części może rozwiązać zaproponowana w doktrynie i zasługująca na uwagę definicja „zbioru pustego”. Zgodnie z art. 46 ust. 1 u.o.d.o., administrator danych może rozpocząć ich przetwarzanie w zbiorze po zgłoszeniu tego zbioru do rejestracji. W pełni potwierdza to GIODO, który stoi na stanowisku, że zgłoszenia zbioru do rejestracji należy dokonać przed rozpoczęciem przetwarzania danych, a więc przed pierwszą czynnością, jaką administrator może wykonać na danych, tj. przed pozyskaniem pierwszych danych do zbioru¹². Jednak w przypadku, gdy zbiór obejmować ma dane szczególnie wrażliwe¹³, zgodnie z art. 46 ust. 2 u.o.d.o. nie wystarczy sam fakt dokonania zgłoszenia zbioru do rejestracji, lecz wymagane jest jego uprzednie zare-

jestrowanie. Zdaniem J. Barty przetwarzanie (a zwłaszcza zbieranie i przechowywanie) danych osobowych jest dozwolone bez zgłoszenia do czasu powstania zbioru danych, dla którego są one przeznaczone¹⁴. Zdaniem G. Sibigi stanowisko prezentowane w tej sprawie przez GIODO jest niejednoznaczne, gdyż z jednej strony twierdził on, że wykonanie obowiązku rejestracji obciąża administratora danych przed rozpoczęciem przetwarzania danych osobowych w zbiorze, z drugiej natomiast w swych opiniach zauważał, że wniosek rejestracyjny powinien być zgłoszony niezwłocznie po zaistnieniu zbioru danych¹⁵. Trzeba przy tej okazji wspomnieć, że treść art. 7 pkt. 2 u.o.d.o. definiuje przetwarzanie danych bardzo szeroko, obejmując tym pojęciem wszelkie operacje wykonywane na danych osobowych, a zatem także samo zbieranie, utrwalanie i bierne przechowywanie. Jeśli więc zbieranie danych można rozpocząć dopiero po dokonaniu zgłoszenia, oznacza to, że zbiór w sensie zestawu danych w momencie zgłaszania jeszcze nie istnieje. Zgłoszeniu może w takim stadium podlegać co najwyżej sama struktura, szablon (arkusz programu komputerowego), nie zawierający jeszcze żadnych danych (lecz zawierający np. nagłówki, świadczące o tym, jakie dane zbiór będzie zawierał). Do takiego właśnie pustego zbioru, po dokonaniu zgłoszenia zostaną wprowadzone dane. Zdanie to zdaje się podzielać G. Sibiga, który także stoi na stanowisku, że zgłoszenie powinno nastąpić przed dokonaniem pierwszej operacji na danych w zbiorze, którą co do zasady jest ich zebranie (i wprowadzanie do zbioru). Potwierdza to proponowana przez Sibigę definicja pojęcia „zbioru pustego”, jako pewnej zorganizowanej struktury¹⁶. Takie właśnie rozumienie zbioru – zasługujące na pełną aprobatę – pozwala rozwiązać mnożące się w doktrynie i praktyce wątpliwości w tej materii, zapewniając przy tym jednolitą interpretację pojęcia o kluczowym znaczeniu dla całego systemu prawnej ochrony danych osobowych.

Na uwagę zasługuje także fakt, iż ustawodawca nie precyzuje minimalnej ilości danych, których zgromadzenie pozwalałoby uznać je za zbiór. Paradoksalnie istnieje więc możliwość uznania, że zbiorem danych są dane zaledwie jednej osoby.

REJESTR ZBIORÓW DANYCH OSOBOWYCH

Podstawą prowadzenia przez GIODO ogólnokrajowego, jawnego rejestru zbiorów danych osobowych są art. 12 pkt 3 i art. 42 ust. 1 u.o.d.o. Pierwszy z nich wymienia prowadzenie rejestru zbiorów danych, jako jedno z zadań GIODO, drugi zaś stwierdza, że GIODO prowadzi ogólnokrajowy, jawny rejestr zbiorów danych osobowych. Rejestr ten prowadzony jest w formie osobnych ksiąg rejestrowych dla każdego zbioru. Dla każdej z nich prowadzone są osobne akta rejestrowe obejmujące wszelkie dokumenty stanowiące podstawę wpisów dokonywanych w rejestrze¹⁷. Wzór ksiąg rejestrowych został określony w zarządzeniu nr 11 GIODO z dnia 8 grudnia 1998 r. w sprawie rejestru zbiorów danych osobowych. O konieczności prowadzenia tradycyjnego zbioru akt przesądza wymóg, że wpis do księgi powinien być podpisany przez pracownika biura GIODO, upoważnionego do dokonywania wpisów. Informatyczna baza

⁹ Słownik wyrazów obcych, PWN Warszawa 1980.

¹⁰ Za podziałem na kryteria osobowe i nieosobowe opowiada się GIODO. Zob. GIODO, Co to jest zbiór danych osobowych, http://www.giodo.gov.pl/530/id_art/2657/ Przeciwnie zdanie wyraża A. Mednis, który zwraca uwagę, że kryterium to musi mieć charakter wyłącznie osobowy. Por. A. Mednis op.cit., s. 27.

¹¹ J. Barta, R. Markiewicz, op. cit., s. 322.

¹² GIODO, Moment powstania obowiązku rejestracyjnego, http://www.giodo.gov.pl/530/id_art/2660/

¹³ Do danych sensytywnych zalicza się dane ujawniające pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne lub filozoficzne, przynależność wyznaniową, partyjną lub związkową, dane o stanie zdrowia, kodzie genetycznym, nałogach, życiu seksualnym, a także dane dotyczące skazań, orzeczeń o ukaraniu i mandatach karnych, a także innych orzeczeń wydanych w postępowaniu sądowym lub administracyjnym (art. 27 u.o.d.o.).

¹⁴ Zob. J. Barta, R. Markiewicz, op. cit., s. 569 i 589.

¹⁵ G. Sibiga, Postępowanie w sprawach ochrony danych osobowych, Warszawa 2003, s. 169.

¹⁶ Ibidem, s. 170.

¹⁷ J. Barta, R. Markiewicz, op. cit., s. 576.

danych ma więc jedynie charakter pomocniczy¹⁸. Wyrażona *expressis verbis* w ustawie jawność zbioru¹⁹, zapewnia każdemu, bez konieczności wykazania jakiegokolwiek interesu, możliwość jego przeglądania, co sprzyja transparentności oraz kontroli legalności i celowości przetwarzania danych. Zamiarem działań legislacyjnych, poświęconych ochronie danych osobowych, jest właśnie upowszechnianie możliwie szerokiej jawności informacji o przetwarzaniu danych. Środki zapewniające jawność przetwarzania danych pełnią funkcję prewencyjną, a nie gwarancyjną, bowiem samo zarejestrowanie zbioru nie daje żadnej pewności, że dane przetwarzane są przez ich administratora w sposób prawidłowy²⁰. Nie podlega przecież rejestracji treść zbioru, a jedynie fakt jego prowadzenia i rodzaj zawartych w nim danych. A zatem rejestracja ma charakter wyłącznie formalny i informacyjny, ułatwia GIODO sprawną realizację powierzonych mu zadań. W przypadku wpłynięcia skargi na działalność administratora, dane z rejestru pozwalają szybko ustalić jego tożsamość, podstawę prawną, cel i zakres wykorzystania danych oraz podjąć działania kontrolne²¹.

4. PROCEDURA ZGŁOSZENIA ZBIORU

Postępowanie rejestracyjne jest typowym postępowaniem wszczynanym na wniosek. Sam moment złożenia wypełnionego druku zgłoszenia stanowi rozpoczęcie postępowania, którego wynikiem może być wpisanie zbioru danych do rejestru lub odmowa dokonania takiego wpisu²². Minimalną treść zgłoszenia określa art. 41 ust. 1 pkt 1-7 u.o.d.o. We wniosku muszą więc znaleźć się m.in. dane podmiotu prowadzącego zbiór, podstawa prawna upoważniająca do prowadzenia zbioru danych, cel i zakres ich przetwarzania, sposób zbierania oraz udostępniania, opis technicznych środków zabezpieczenia, a także – co bardzo ważne – informacje o możliwości ich przekazania innym podmiotom. Nic nie stoi na przeszkodzie by wniosek zawierał dodatkowe informacje, które znajdują się w rejestrze²³. Spośród wymienionych wymogów, szczególnie doniosłe znaczenie ma podstawa prawna upoważniająca do prowadzenia zbioru. Administrator może wskazać nie jedną, lecz kilka podstaw prawnych wymienionych w art. 23 ust. 1 u.o.d.o. Są one powtórzone w części B pkt 4 wzoru zgłoszenia zbioru danych do rejestracji, stanowiącego załącznik do rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 11 grudnia 2008 r²⁴. Oprócz zgody wyrażonej przez osobę, której dane dotyczą, podstawą przetwarzania danych może być

także realizacja uprawnienia lub obowiązku wynikającego z innego przepisu prawa, wykonywanie zadań realizowanych dla dobra publicznego, a także wykonanie umowy, której osoba ta jest stroną.

W przypadku, gdy administrator przetwarza dane w związku z działalnością zarobkową, zawodową lub dla realizacji celów statutowych, powinien dołączyć do zgłoszenia zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej albo odpis z rejestru sądowego. Gdy zaś zgłoszenia dokonuje pełnomocnik ustanowiony przez administratora danych, powinien on załączyć pełnomocnictwo. W sytuacji, gdy zgłaszany zbiór danych prowadzony jest w systemie informatycznym, załączyć należy także instrukcję zarządzania systemem informatycznym służącym do przetwarzania danych osobowych oraz instrukcję postępowania w sytuacji naruszenia ochrony danych osobowych²⁵.

Art. 41 ust. 2 nakłada na administratora danych jeszcze jeden obowiązek, a mianowicie zgłaszanie GIODO każdej zmiany informacji, o której mowa w art. 41 ust. 1 (czyli informacji zawartych w pierwotnym zgłoszeniu) w terminie 30 dni od dnia jej dokonania w zbiorze danych. Zmiana może więc dotyczyć choćby siedziby administratora danych czy zakresu danych przetwarzanych w zbiorze. Przy procedurze zgłaszania zmian stosuje się odpowiednio te same przepisy, co przy rejestracji zbiorów oraz ten sam formularz. Zgłoszenie zmiany skutkuje dokonaniem aktualizacji zapisów w księdze rejestrowej. Aktualizacji zgłoszenia rejestracyjnego nie wymaga poszerzenie, ograniczenie, weryfikacja lub zaktualizowanie danych zawartych w zbiorze. Jednak już wprowadzenie do zbioru nowych kategorii danych, zmiana celu ich przetwarzania lub zakresu, sposobu zbierania lub udostępniania, a także zmiana środków służących zabezpieczeniu zbioru wymaga dokonania takiego zgłoszenia²⁶. Ważne jest przy tym, czy nie dochodzi do modyfikacji samej struktury danych. Ze względu na przewidzianą w art. 50 u.o.d.o. odpowiedzialność karną za przechowywanie w zbiorze danych niezgodnie z celem jego utworzenia, szczególne znaczenie ma obowiązek aktualizacji w przypadku, gdy zmianie uległ cel przetwarzania danych. Za niedopełnienie tego obowiązku ustawodawca przewidział sankcję alternatywną grzywny, kary ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku, tj. jak za zaniechanie zgłoszenia w ogóle (por. art. 53 u.o.d.o.). Warto dodać, że GIODO nie ma uprawnień do odmowy dokonania wpisu zgłoszonych zmian do rejestru zbiorów danych. Problem może się pojawić, gdy wnioskodawca poinformuje o dokonaniu w zgłoszonym zbiorze takich zmian, które naruszają przepisy u.o.d.o. W przypadku, gdy zbiór nie został jeszcze wpisany do rejestru, stanowiłoby to powód do wydania decyzji o odmowie rejestracji zbioru. Jeśli zaś zawiadomienie dotyczy zarejestrowanego już zbioru, GIODO może jedynie wydać w takiej sytuacji nakaz przywrócenia stanu zgodnego z prawem (w ramach tzw. postępowania nakazowego)²⁷.

Zgłoszenie zbioru (w tym także zgłoszenie aktualizacyjne) jest podaniem, a zatem musi czynić zadość wymaganiom określonym w art. 63 ust. 1-3 k.p.a.²⁸. Zgłoszenie powinno być podpisane przez wnioskodawcę (administratora danych) lub inną osobę przez niego upoważnioną, a następnie przesłane pocztą na adres GIODO lub złożone osobiście. Od lipca 2006 r. umożliwiono

¹⁸ G. Sibiga, op. cit., s. 181.

¹⁹ Przeglądać nie można natomiast dokumentów zbieranych przez GIODO w toku postępowania rejestracyjnego. Konsekwencją gwarantowanej ustawą jawności jest ciążący na GIODO obowiązek udzielania informacji o zarejestrowanych zbiorach (art. 12 pkt 3 u.o.d.o.), przyznanie zainteresowanym prawo żądania wydania zaświadczenia o zarejestrowaniu wskazanego zbioru danych (art. 42 ust. 3) oraz obowiązek informacyjny nałożony na administratora danych (art. 24-25) i przyznane osobom, których dane dotyczą, roszczenia informacyjne (art. 32-33). J. Barta, R. Markiewicz, op. cit., s. 576-578. Chodzi tu rzecz jasna o jawność formalną a nie materialną, bowiem nie istnieje domniemanie powszechnej znajomości treści wpisów do rejestru. G. Sibiga, op. cit., s. 182.

²⁰ J. Barta, R. Markiewicz, op. cit., s. 566.

²¹ A. Mednis, op. cit., s. 119 i 120.

²² G. Sibiga, op. cit., s. 167 i 168.

²³ J. Barta, R. Markiewicz, op. cit., s. 576.

²⁴ Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 11 grudnia 2008 r. w sprawie wzoru zgłoszenia zbioru danych do rejestracji Generalnemu Inspektorowi Ochrony Danych Osobowych (Dz. U. Nr 229, poz. 1536), wydane na podstawie delegacji ustawowej, zawartej w art. 46a u.o.d.o.

²⁵ G. Sibiga, op. cit., s. 166.

²⁶ J. Barta, R. Markiewicz, op. cit., s. 564.

²⁷ G. Sibiga, op. cit., s. 198.

²⁸ Ibidem, s. 165.

dokonywanie zgłoszenia w formie elektronicznej za pośrednictwem platformy „e-GIODO”, z użyciem bezpiecznego podpisu elektronicznego²⁹ lub bez niego. W tym ostatnim przypadku należy jednak złożyć je dodatkowo w formie pisemnej. Zgłoszenie zmian za pomocą platformy elektronicznej wymaga odszukania konkretnego zarejestrowanego już zbioru w internetowej wersji rejestru, dostępnej w ramach aplikacji.

W myśl art. 42 ust. 3 na żądanie administratora danych lub podmiotu, któremu działając na podstawie art. 31 u.o.d.o. powierzył on przetwarzanie danych, może zostać wydane zaświadczenie o zarejestrowaniu zgłoszonego zbioru. W zakresie wydawania zaświadczenia, które stanowi czynność materialno-techniczną, obowiązuje art. 217 i n. k.p.a.³⁰. Tylko w przypadku zbiorów zawierających tzw. dane wrażliwe (sensytywne)³¹, zaświadczenie takie wydawane jest obligatoryjnie, niezwłocznie po zarejestrowaniu.

Przesłanki odmowy rejestracji zostały wyraźnie określone w art. 44 ust. 1 u.o.d.o. GODO obligatoryjnie odmawia rejestracji zbioru m.in. w przypadku niespełnienia wymagań, określonych w Rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie dokumentacji przetwarzania danych osobowych oraz warunków technicznych i organizacyjnych, jakim powinny odpowiadać urządzenia i systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych³². Art. 44 ust. 2 stanowi, że odmowa rejestracji następuje w drodze decyzji, która jednocześnie bądź to nakazuje ograniczenie przetwarzania wszystkich albo tylko niektórych kategorii danych wyłącznie do ich przechowywania, bądź nakazuje przywrócenie stanu zgodnego z prawem poprzez dokonanie czynności określonych w art. 18 ust. 1 u.o.d.o., tj. m.in. usunięcie uchybień, uzupełnienie, uaktualnienie, sprostowanie, zastosowanie dodatkowych zabezpieczeń, wstrzymanie przekazywania danych osobowych do państwa trzeciego, a nawet usunięcie danych osobowych. W pierwotnej wersji u.o.d.o. odmowa rejestracji zbioru wiązała się z natychmiast wykonanym nakazem wstrzymania dalszego przetwarzania danych lub ich usunięcia. Obecną wersję ustawy cechuje więc daleko idąca liberalizacja. Widać wyraźnie, że ustawodawca przewidział w art. 18 ust. 1 u.o.d.o. cały szereg łagodniejszych rozwiązań, pozostawiając nakaz usunięcia danych jako środek ostateczny.

Art. 44 ust. 4 i 5 reguluje przyznaną administratorowi danych możliwość ponownego zgłoszenia zbioru danych do rejestracji po usunięciu wad, które były powodem odmowy jego rejestracji. W tym przypadku jednak przetwarzanie danych dopuszczalne jest dopiero po zarejestrowaniu zbioru.

Przyjmując za brzmieniem art. 22 u.o.d.o., że postępowanie w sprawach uregulowanych w u.o.d.o. prowadzi się według prze-

pisów k.p.a.³³, należałoby oczekiwać, że w przypadku, gdy zgłoszenie zbioru nie spełnia wymogów określonych w art. 41 ust. 1 u.o.d.o., GODO zamiast wydania decyzji odmownej, kierując się art. 64 § 2 k.p.a. wezwie wnioskodawcę do usunięcia braków w terminie siedmiu dni, pod rygorem pozostawienia wniosku bez rozpoznania. Obligatoryjne wydanie decyzji odmownej należy uznać za zbyt rygorystyczne³⁴. Wnioskodawcy przysługuje kompetencja zwrócenia się do GODO o ponowne rozpatrzenie sprawy (art. 21 ust. 1 u.o.d.o.), natomiast na decyzję w przedmiocie wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy przysługuje mu skarga do sądu administracyjnego (art. 21 ust. 2 u.o.d.o.). Nie wstrzymuje to jednak wykonania decyzji odmownej, a zatem do czasu jej uchylecia administrator nie może przetwarzać danych.

W związku z tym, że w u.o.d.o. nie zostały wskazane przesłanki rejestracji zbioru danych, należy przyjąć *a contrario*, że wpis do rejestru dokonywany jest, gdy nie zostaną spełnione przesłanki zobowiązujące GODO do wydania decyzji o odmowie rejestracji³⁵. Dokonanie rejestracji zbioru, podobnie jak wpis do ewidencji działalności gospodarczej jest czynnością materialno-techniczną, a nie aktem administracyjnym (decyzją). Zgodnie z art. 46 ust. 1 u.o.d.o. administrator danych nabywa uprawnienie do przetwarzania danych z mocy prawa już po dokonaniu czynności zgłoszenia zbioru danych do rejestracji, a nie dopiero w wyniku skonkretyzowania normy prawnej i wydania indywidualnego rozstrzygnięcia w postaci decyzji. Jedynie cytowany już wyżej art. 44 ust. 1 u.o.d.o. zastrzega formę decyzji administracyjnej dla odmowy dokonania rejestracji. Rodzi to zastrzeżenia co do trybu weryfikacji procedury rejestracji w ramach kontroli instancyjnej oraz środków nadzwyczajnych (stwierdzenie nieważności, wznowienie postępowania). Sytuacja taka uniemożliwia w wielu wypadkach stosowanie przepisów k.p.a. Jedynym przysługującym środkiem wydaje się złożenie skargi na czynność rejestracyjną do sądu administracyjnego, co stanowi ograniczenie kontroli prawidłowości procedury rejestracji zbiorów danych, uznawane w doktrynie za niewystarczające i wymagające pilnej zmiany³⁶.

W kontekście przedstawionych uwag warto zauważyć, że na GODO nie ciąży obowiązek poddania każdego zgłaszanego zbioru danych kontroli uprzedniej pod kątem zgodności z wymogami ustawy. Kontrola taka jest realizowana jedynie w przypadku zbiorów „podwyższonego ryzyka” (np. zbiorów danych sensytywnych). Milczenia GODO w tym zakresie nie można jednak pochylić za potwierdzenie, iż przetwarzanie danych jest zgodne z prawem. Kontrola wstępna ma charakter selektywny, zaś uwagę skupia się na kontroli następczej³⁷.

Art. 44a u.o.d.o. wymienia przesłanki wykreślenia zbioru z rejestru. Wśród nich wymienia się zaprzestanie przetwarzania danych w zarejestrowanym zbiorze lub dokonanie rejestracji zbioru z naruszeniem prawa. Wykreślenie następuje w drodze decyzji

²⁹ Podpis elektroniczny - dane w postaci elektronicznej, które wraz z innymi danymi, do których zostały dołączone lub z którymi są logicznie powiązane, służą do identyfikacji osoby ten podpis składającej. Dokument opatrzony bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest w skutkach prawnych tożsamy z formą zwykłą pisemną, tj. dokumentem opatrzonym podpisem własnoręcznym.

³⁰ J. Barta, R. Markiewicz, op. cit., s. 578.

³¹ Dane wrażliwe mogą być przetwarzane tylko w wyjątkowych przypadkach określonych w art. 27 ust. 2.

³² Dz. U. z 2004 r. Nr 100, poz. 1024. Chodzi także o załącznik do tego rozporządzenia, precyzujący wymagane środki bezpieczeństwa dla trzech poziomów bezpieczeństwa przetwarzania danych osobowych w systemie informatycznym (podstawowego, podwyższonego i wysokiego). Za niedopełnienie wspomnianych warunków uważane jest także niewyznaczenie administratora bezpieczeństwa informacji (ABI). J. Barta, R. Markiewicz, op. cit., s. 585.

³³ W piśmiennictwie pojawiają się wątpliwości na tym tle. Zob. G. Sibiga, op. cit., s. 61. Jednak za przyjęciem, że jest to procedura administracyjna przemawia oprócz art. 22 u.o.d.o. także art. 12 pkt. 2 u.o.d.o., wymieniający wśród zadań GODO wydawanie decyzji administracyjnych.

³⁴ Podobne zdanie zdaje się wyrażać J. Barta, R. Markiewicz, op. cit., s. 584 i 585. Autorzy przywołują pogląd G. Sibigi, że w przypadku wydania decyzji odmownej bez przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego należałoby uznać za spełnienie przesłanki art. 145 § 1 pkt 4 k.p.a. prowadzącej do wznowienia postępowania. Jednak postępowanie w sprawie rejestracji zbiorów danych nie jest typowym postępowaniem administracyjnym, ponieważ z wyjątkiem przypadków odmowy rejestracji sprawa nie jest załatwiana w drodze decyzji administracyjnej, lecz ma charakter czynności materialno-technicznej. Zob. także J. Barta, R. Markiewicz, op. cit., s. 566.

³⁵ G. Sibiga, op. cit., s. 172.

³⁶ Ibidem, s. 172-179.

³⁷ J. Barta, R. Markiewicz, op. cit., s. 565 i n.

administracyjnej. Na administratorów danych nie nałożono jednak obowiązku złożenia wniosku o wykreślenie zbioru z rejestru (a tym samym poinformowania o usunięciu zbioru), co może powodować, że rejestr zbiorów danych prędzej czy później utraci walor aktualności. Jednak G. Sibiga stoi na stanowisku, że przedmiotem zawiadomienia jest każda zmiana stanu faktycznego lub prawnego w stosunku do informacji zawartych w zgłoszeniu. Skoro więc zgłoszenie informuje o istnieniu zbioru, zatem jego likwidacja jako zaprzeczenie istnienia powinna być także zgłoszona³⁸. Wcześniej, zanim ustawodawca dodał art. 44a u.o.d.o., zarejestrowany zbiór pozostawał w rejestrze nawet wtedy, gdy administrator zrezygnował z jego prowadzenia.

GIODO pobiera opłaty, m.in. za wydanie zaświadczenia o zarejestrowaniu zbioru oraz za wydanie decyzji o wykreśleniu z rejestru zbiorów danych osobowych³⁹. Nie jest jednak pobierana opłata od wniosku o rejestrację zbioru.

5. ZBIORY NIE PODLEGAJĄCE REJESTRACJI

Ciążącemu na administratorze danych obowiązkowi zgłoszenia zbioru podlegają zarówno zbiory wykorzystywane na potrzeby własne, komercyjne, jak i służące innym celom, zarówno zbiory zautomatyzowane, jak i coraz rzadziej spotykane już zbiory manualne, spisy i rejestry oparte na kartotekach, a nawet zbiory w ogóle nie wykorzystywane⁴⁰. Istnieją jednak zbiory, które nie podlegają rejestracji. Art. 43 ust. 1 pkt 1–11 u.o.d.o. wymienia obszerny, ale przejrzysty katalog zwolnień. Niektórzy autorzy postulują pogrupowanie wymienionych w nim wyjątków. Właściwe wydaje się wyodrębnienie trzech grup⁴¹. Do pierwszej grupy można zaliczyć wyjątki wymienione w pkt 1, 2, 6 i 7. Dotyczą one zbiorów istotnych z punktu widzenia najważniejszych interesów państwa i wymiaru sprawiedliwości, a także przetwarzania danych dla potrzeb ochrony życia i zdrowia. W grupie tej znajdują się więc m.in. zbiory danych objętych tajemnicą państwową ze względu na obronność i bezpieczeństwo państwa oraz ochronę porządku publicznego, a także dane przetwarzane dla potrzeb postępowań sądowych i spisy wyborców uprawnionych do głosowania. Do drugiej grupy kwalifikują się wyjątki wymienione w pkt 3, 4, 5 jako zbiory, których administratorzy mają bliskie powiązania z osobami, których dane są przedmiotem przetwarzania. Wyłączeni spod obowiązku są więc administratorzy prowadzący zbiory danych o własnych pracownikach, uczniach lub pacjentach, a także o osobach należących do kościoła lub innego związku wyznaniowego⁴². Trzecia grupa obejmuje wyjątki wymienione w pkt 8, 9, i 11 jako zbiory danych powszechnie dostępnych (a więc takich, z którymi bez szczególnego nakładu sił może zapoznać się szeroki krąg podmiotów) i przetwarzanych w zakresie drobnych bieżących spraw życia codziennego (np. w celu wystawienia faktury). Kłopotu może jedynie przysparzać

zaszeregowanie wyjątku przewidzianego w pkt 10, a dotyczącego danych przetwarzanych w celu przygotowania pracy naukowej⁴³.

Obowiązek rejestracji zbiorów nie obciąża również jednostek, których zadaniem jest usuwanie danych (np. niszczenie dokumentów), a także jednostek, którym administrator na podstawie art. 31 powierzył przetwarzanie danych w drodze pisemnej umowy. Podmioty te nie działają samodzielnie, lecz według wskazówek podmiotu zlecającego⁴⁴.

Nie podlegają rejestracji także zbiory sporządzane doraźnie, dla celów o których mowa w art. 2 ust. 3 u.o.d.o., tj. wyłącznie ze względów technicznych, szkoleniowych lub w związku z dydaktyką w szkołach wyższych, o ile po ich wykorzystaniu zostaną niezwłocznie usunięte albo poddane anonimizacji⁴⁵. Ich administratorzy nie są jednak zwolnieni z obowiązku zabezpieczenia danych zawartych w tych zbiorach. Oznacza to, że kontrola GIODO musi w tym przypadku ograniczać się jedynie do przepisów o zabezpieczeniu danych osobowych, tj. rozdziału 5 u.o.d.o. Jednak zdaniem A. Mednisa, mimo iż w art. 2 ust. 3 u.o.d.o. mowa jest o zbiorach danych osobowych, tworzonych w związku z dydaktyką w szkołach wyższych, nie ma podstaw, by zwolnieniem, o którym mowa w cytowanym przepisie, można było objąć prowadzone przez uczelnie zbiory danych studentów (np. otrzymujących stypendium)⁴⁶. Przyjęte za podstawę zwolnienia kryterium doraźności, wydaje się być nieostre, co może zachęcać do wykorzystywania go w celu obejścia przepisów ustawy i uniknięcia rejestracji zbiorów.

Brak obowiązku rejestracji zbioru wynika też z art. 3a ust. 1 u.o.d.o., zgodnie z którym nie są administratorami danych osoby fizyczne, jeśli przetwarzają dane wyłącznie w celach osobistych lub domowych. Użyte w tym przepisie pojęcie celu osobistego jest niedookreślone. Chodzi tu zapewne o cel niezarobkowy. Ustawodawca akcentuje w ten sposób przeciwieństwo do treści art. 3 ust. 2 pkt 2, który nakłada obowiązek rejestracji zbioru prowadzonego przez osoby fizyczne w celach zarobkowych. Pozostawienie takich „domowych” zbiorów poza ustawą (a więc bez kontroli) niesie za sobą wiele zagrożeń. Z drugiej zaś strony objęcie obowiązkiem rejestracji i kontroli wszystkich zbiorów tworzonych przez osoby fizyczne byłoby przepisem martwym, pozbawionym możliwości egzekwowania, a zatem niecelowym⁴⁷. Przepisami ustawy musiałyby być objęte również spisy danych teleadresowych osób znajomych, zawarte w notesach czy telefonach komórkowych.

Poza omówionymi wyjątkami, zastosowanie ustawy zostało ograniczone także przez art. 3a ust. 2 u.o.d.o. w odniesieniu do działalności prasowej, literackiej, artystycznej. Art. 4 u.o.d.o. przewiduje z kolei wyłączenie stosowania ustawy (w tym przepisów o rejestracji zbioru, a także o jego zabezpieczaniu) w przypadku zaistnienia kolizji przepisów ustawy z odmiennymi regulacjami

³⁸ G. Sibiga, op. cit., s. 196.

³⁹ Obowiązek zapłaty powstaje z chwilą złożenia wniosku.

⁴⁰ J. Barta, R. Markiewicz, op. cit., s. 563 i n.

⁴¹ Drugą propozycją jest podział przesłanek wyłączających obowiązek rejestracji na dwie grupy: wyłączenia ze względu na interes publiczny oraz wyłączenia ze względu na niewielki stopień zagrożenia praw i wolności osób, których dane dotyczą. J. Barta, R. Markiewicz, op. cit., s. 568 i 580.

⁴² Dotyczy to więc szpitali, przychodni, ale nie dotyczy Narodowego Funduszu Zdrowia, który nie świadczy usług medycznych, a zatem nie spełnia wymogu, o którym mowa w art. 43 ust. 1 pkt 5 u.o.d.o.

⁴³ Zwolnienie dotyczy więc danych przetwarzanych w celu przygotowania rozprawy doktorskiej i habilitacyjnej, wymaganej do uzyskania stopnia naukowego, lecz nie dotyczy danych potrzebnych do badań naukowych w celu uzyskania tytułu profesora, którego ustawodawca nie wymienia w art. 1 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytułach naukowych oraz o stopniach i tytułach w zakresie sztuki (Dz. U. Nr 65, poz. 595 z późn. zm.).

⁴⁴ J. Barta, R. Markiewicz, op. cit., s. 565.

⁴⁵ Pod pojęciem anonimizacji rozumieć należy pozbawienie danych osobowych lub ich zbiorów cech pozwalających na identyfikację osób, których anonimizowane dane dotyczą.

⁴⁶ Por. A. Mednis, op. cit., s. 16. Taka interpretacja może jednak budzić kontrowersje wobec treści art. 43 ust. 1 pkt 4, który zwalnia administratora z obowiązku zgłaszania zbioru danych dotyczących osób uczących się u tego administratora.

⁴⁷ A. Mednis, op. cit., s. 19.

zawartymi w umowie międzynarodowej, której sygnatariuszem jest Rzeczpospolita Polska.

W przypadku, gdy do rejestracji zgłoszony zostanie zbiór, który z mocy prawa nie podlega rejestracji, GIODO zawiadamia o tym administratora. W takiej sytuacji postępowanie jest bezprzedmiotowe⁴⁸.

W tym miejscu należy podkreślić, że zwolnienia z obowiązku rejestracyjnego nie należy interpretować rozszerzająco, bowiem administrator nierejestrowanego zbioru jest zobowiązany do przestrzegania reguł przetwarzania danych w sposób nie odbiegający od zbiorów zarejestrowanych. Musi respektować zasady przetwarzania danych (określone w rozdziale 3 u.o.d.o.), prawa osoby, której dane dotyczą (rozdział 4)⁴⁹, jak i odpowiednio zabezpieczyć dane (rozdział 5). Chodzi więc wyłącznie o zwolnienie od rejestracji zbioru, a nie od związania pozostałymi przepisami ustawy. GIODO może więc przeprowadzić w stosunku do tych zbiorów kontrolę zgodności przetwarzania danych z przepisami u.o.d.o.⁵⁰.

Zbiór wykorzystywany w jednym z celów, o których mowa w art. 43 ust. 1, będzie jednak podlegał obowiązkowi rejestracji, jeśli ponadto równoległe będzie wykorzystywany w innym celu, który nie został wymieniony w treści tego artykułu⁵¹. Nic nie stoi przecież na przeszkodzie, by te same dane zawarte w jednym zbiorze, były przetwarzane w kilku różnych celach.

6. PODSUMOWANIE

Kolejne nowelizacje ustawy nie rozwiewały wątpliwości mnożących się wokół podstawowych pojęć, którymi posługuje się ustawodawca. Nieprecyzyjne definicje podlegają zwykle różnym interpretacjom, dają pole do nadużyć, utrudniają stosowanie przepisów ustawy i skuteczną ich egzekucję. Brak jednoznacznej, niebudzącej wątpliwości definicji zbioru danych oraz sposobu na precyzyjne ustalenie momentu jego rejestracji, nie tylko przysparza administratorom problemów, ale naraża ich także na odpowiedzialność karną. Staje się również przyczyną niepotrzebnych sporów sądowych. W rezultacie konieczne było zaproponowanie i przyjęcie w miarę jednolitej wykładni. Jest ona w znacznej mierze zasługą przedstawicieli doktryny. Pomocne okazały się też praktyczne wskazówki zamieszczone na stronach internetowych GIODO.

Warto na zakończenie podkreślić, że pojawiające się w ustawie sformułowanie „zgłoszenie zbioru danych” nie jest poprawne. Wykonanie obowiązku zgłoszenia zbioru danych do rejestracji nie polega przecież na przekazaniu organowi rejestracyjnemu treści zbioru (konkretnych danych osobowych przetwarzanych w zbiorze), a jedynie wniosku zawierającego opis tego zbioru⁵². Chodzi więc wyłącznie o zgłoszenie jego założenia (stworzenia).

Istotną wadę systemu stanowi także fakt, że rejestr zawiera jedynie informacje o zbiorach, które w postępowaniu rejestracyjnym

zostały pozytywnie zweryfikowane⁵³. Zbiory, którym odmówiono rejestracji, pozostają zaś poza wszelką kontrolą, co znacznie osłabia ochroną funkcję ustawy. Także brak wyraźnie zaakcentowanego obowiązku zgłaszania likwidacji zbiorów można potraktować jako niedopatrzenie ze strony ustawodawcy. Nadal więc widać, że funkcjonujący obecnie system rejestracji zbiorów danych osobowych wymaga wprowadzenia kilku istotnych zmian, by mógł w zadowalający sposób pełnić funkcję zarówno ewidencyjną, jak i reglamentacyjną⁵⁴ oraz gwarantować obywatelom skuteczną ochronę o charakterze publicznoprawnym.

⁴⁸ W sytuacji tej należy uznać, iż jest to decyzja administracyjna o umorzeniu postępowania. Zob. G. Sibiga, op. cit., s. 172.

⁴⁹ W szczególności musi realizować nałożone na administratora obowiązki informacyjne (art. 33 u.o.d.o.), będące korelatem uprawnień osób, których dane dotyczą (art. 32 u.o.d.o.).

⁵⁰ Pierwotne brzmienie art. 14 pkt 1 u.o.d.o. ograniczało możliwość przeprowadzenia kontroli jedynie do zbiorów zarejestrowanych. W znolizowanym tekście brak już takiego ograniczenia.

⁵¹ A. Mednis, op. cit., s. 121.

⁵² G. Sibiga, op. cit., s. 165.

⁵³ Ibidem, s. 180.

⁵⁴ Ibidem, s. 165.

NOWE TECHNOLOGIE W PRAWIE KARNYM

DR MICHAŁ BERNACZYK, MGR ANNA PRESZ

KARNOPRAWNA OCHRONA DOSTĘPU DO INFORMACJI PUBLICZNEJ W DZIAŁALNOŚCI PROKURATURY I SĄDÓW POWSZECHNYCH¹. CZĘŚĆ II

4. Strona przedmiotowa

Przestępstwo z art. 23 u.d.i.p. ma charakter przestępstwa z zaniechania². Przestępstwo z zaniechania występuje wtedy, gdy sprawca powstrzymuje się od spełnienia cięższego na nim obowiązku. Znamie czasownikowe polega na odmowie udostępnienia informacji publicznej. Alternatywne formy udostępnienia informacji publicznej określa art. 7 u.d.i.p., wskazując, iż następuje ono w drodze:

- 1) ogłoszenia informacji publicznej, w tym dokumentów urzędowych, w Biuletynie Informacji Publicznej (dalej: BIP)³;
- 2) udostępniania, o którym mowa w art. 10 lub 11 u.d.i.p. (a więc na wniosek; w drodze wyłożenia lub wywieszenia w miejscach ogólnie dostępnych; zainstalowania w miejscach ogólnie dostępnych urządzenia umożliwiającego zapoznanie się z informacją);
- 3) wstępu na posiedzenia kolegialnych organów władzy publicznej pochodzących z powszechnych wyborów i udostępniania materiałów, w tym audiowizualnych i teleinformatycznych, dokumentujących te posiedzenia.

Zdaniem autorów o odpowiedzialności karnej z art. 23 u.d.i.p. można mówić dopiero w momencie, w którym informacja nieopublikowana w BIP, a wnioskowana w trybie art. 13 i nast. u.d.i.p., nie została udostępniona zainteresowanemu. Zaproponowana wykładnia umożliwia uniknięcie odpowiedzialności karnej, jeśli informacja publiczna zostanie udostępniona zainteresowanemu w innym niż BIP trybie (o wyjątkach od tej reguły piszemy dalej). W piśmiennictwie występują skrajne poglądy dotyczące penalizacji tego czynu. T. R. Aleksandrowicz stanął na stanowisku, że „dla bytu przestępstwa (...) wystarczy zatem fakt, że informacja publiczna podlegająca zgodnie z ustawą

obowiązkowi udostępnienia nie została udostępniona. Nie jest zatem istotne, czy ktokolwiek był zainteresowany taką informacją i np. poszukiwał jej w Internecie, a nie znalazłszy – nie złożył stosownego wniosku”⁴. Analogiczne stanowisko zajęła E. Czarny-Drożdżejko, przyjmując, że „brak wypełnienia obowiązku utworzenia strony podmiotowej BIP-u należy zakwalifikować jako nieudostępnienie informacji publicznej”, więc „zachowanie takie realizuje znamiona czynu zabronionego z art. 23 ustawy (...)”⁵. Umiarkowany pogląd wyrazili M. Jabłoński i K. Wygoda, uznając, że „może dojść do popełnienia czynu zabronionego określonego przez komentowany przepis, gdy określona informacja nie zostaje wbrew istniejącemu obowiązkowi udostępniona na stronach Biuletynu”⁶, nie rozważając jednak, jak wygląda treść owego obowiązku⁷.

Jeśli przychylić się do poglądów T.R. Aleksandrowicza i E. Czarny-Drożdżejko, to – po pierwsze – praktycznie każdy podmiot prowadzący stronę podmiotową BIP jest dziś zagrożony sankcją karną, ponieważ nie jest możliwe umieszczenie w BIP wszystkich posiadanych informacji publicznych określonych w art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze u.d.i.p. Poza ogólnikowym odesłaniem w art. 8 ust. 3 u.d.i.p., nie istnieje precyzyjne określenie, które informacje mają być zamieszczone w BIP. Przepisy u.d.i.p. i Rozporządzenie MSWiA z 18.01.2007 r. w sprawie Biuletynu Informacji Publicznej (dalej: rozp.BIP)⁸ nie określiły szczegółowo zakresu, rodzaju i sposobu prezentacji informacji publicznych w BIP w odniesieniu do poszczególnych rodzajów podmiotów władzy publicznej. Musimy mieć świadomość, że zakresem art. 8 ust. 3 zdanie 1 u.d.i.p. objęto ogromne obszary informacji. Często nie ma obiektywnych możliwości technicznych i organizacyjnych, aby z chwilą wejścia w ich posiadanie niezwłocznie umieścić je w BIP.

Po drugie – art. 7 u.d.i.p. wymienia aż cztery tryby udostępniania informacji publicznej, przy czym pomiędzy trybem „bezwnioskowym” (BIP) a „wnioskowym” zachodzi specyficzna relacja, której w żadnej mierze nie można pominąć w kontekście art. 23 u.d.i.p. Otóż w świetle art. 10 ust. 1 u.d.i.p. „informacja publiczna, która nie została udostępniona w Biuletynie

¹ Praca naukowa finansowana na podstawie decyzji Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego ze środków na naukę w latach 2009-2011 jako projekt badawczy własny nr NN110058236.

² Zaniechanie jest nieposłuszeństwem wobec normy nakazującej określone działanie. Zaniechanie nie oznacza w prawie karnym jakiegokolwiek beczynności. W chwili zaniechania wymaganego działania sprawca może zachowywać się czynnie (przejawiać pewną aktywność). Istotne jest tylko to, że w odniesieniu do nakazanego obowiązku zachowuje się biernie, w czym wyraża się społeczna nieadekwatność jego reakcji na otaczającą rzeczywistość; zob. A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2006, s. 113-114.

³ Przepisy u.d.i.p. wyprzedziły realia organizacyjne i bariery wynikające z reżimu prawnego dot. podpisu elektronicznego. W świetle definicji dokumentu urzędowego nie sposób odnaleźć dziś stronę podmiotową BIP, która zawiera „podpisany” cyfrowo dokument urzędowy (art. 6 ust. 2 u.d.i.p.), zob. M. Bernaczyk, M. Jabłoński, *Praktyczne problemy wdrażania ustawy o dostępie do informacji publicznej, elektroniczna Administracja*, 2006 r., nr 6, s. 13-14. Zob. także M. Bernaczyk, *Obowiązek bezwłoskowego udostępniania informacji publicznej*, Warszawa 2008, s. 179.

⁴ T.R. Aleksandrowicz, *Komentarz do ustawy o dostępie do informacji publicznej*, Warszawa 2002, s. 170. Aprobujące stanowisko wyraża S. Hoc, *Karnoprawna ochrona...*, s. 178.

⁵ E. Czarny-Drożdżejko, *Karna ochrona prawa do informacji publicznej* (w:) S. Michałowski, W. Micha (red.), *Władza lokalna a media*, Lublin 2006, s. 31.

⁶ M. Jabłoński, K. Wygoda, *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, Wrocław 2002, s. 265.

⁷ Zob. także P. Sitniewski, *Dostęp do informacji publicznej w jednostkach samorządu terytorialnego*, Białystok 2005, s. 90.

⁸ Dz.U. 2007 r. Nr 10, poz. 68.

Informacji Publicznej, jest udostępniana na wniosek". Jest to tzw. zasada pierwszeństwa udostępnienia informacji publicznej w BIP. Orzecznictwo i doktryna powszechnie zaakceptowały tezę, że umieszczenie określonej informacji publicznej w BIP zwalnia z obowiązku udostępnienia jej w trybie wnioskowym (por. art. 19 u.d.i.p.)⁹. Jeśli wnioskodawca zażądał informacji dostępnej w BIP, to wówczas podmiot zobowiązany informuje jedynie (czynność materialno-techniczna), że informacja została już udostępniona w BIP¹⁰, a wnioskodawcy pozostaje odszukać ją własnym nakładem sił i środków (zob. § 7 ust. 2 pkt 2 rozp.BIP).

Nie będzie prawidłowym zachowaniem odesłanie wnioskodawcy do mediów elektronicznych, które nie stanowią integralnej części BIP. Ekspozujemy ten wątek, ponieważ w piśmiennictwie¹¹ podano interesujący przykład wyroku WSA w Krakowie z 15.01.2007 r. (II SAB/Kr 73/06)¹² oddalającego skargę na bezczynność. Stowarzyszenie zwróciło się do prokuratora apelacyjnego o udostępnienie stanowiska Rady Głównej Związku Zawodowego Pracowników Prokuratury RP w sprawie artykułów, jakie ukazały się w dniu 13.01.2005 r. w czasopiśmie <<Wprost>>. W odpowiedzi prokurator apelacyjny poinformował, że pełny tekst uchwały RG ZZP-PRP jest ogólnodostępny na stronie internetowej Związku pod adresem „www.pracownicyprokuratury-rp.pl”¹³.

Rozstrzygnięcie oparto na ugruntowanym poglądzie sądów administracyjnych, który głosi, że „wniosek zainteresowanego rodzi po stronie dysponenta informacji obowiązek jej udostępnienia wtedy, gdy informacja ta nie została wcześniej udostępniona i nie funkcjonuje w publicznym obiegu, a więc zainteresowany nie może się z nią zapoznać inaczej, niż składając wniosek o udzielenie informacji do organu władzy publicznej”¹⁴. Wydaje się jednak, że „publiczny obieg” (niesprecyzowany w orzecznictwie) powinniśmy kojarzyć z tymi formami rozpowszechniania informacji publicznej, które są bezpośrednim, ustawowym lub regulaminowym¹⁵ (normatywnym) narzędziem dostępu. Ten bezpośredni związek jest konieczny dla postawienia wniosku o odpowiedzialności państwa za udostępnianą informację. W dobie licznych komercyjnych lub publicznych mediów elektronicznych można przyjąć, że osoby trzecie uczestniczą w rozpowszechnianiu treści informacji publicznej, jednak taka informacja nie jest infor-

macją, której zainteresowany zasięga u „publicznego” źródła¹⁶. Taka informacja może być zmieniana, zniekształcana, aż po fałsz intelektualny. Nie należy się dziwić, że wnioskodawca chce osiągnąć informacji u domniemanego posiadacza informacji publicznej (tutaj: prokuratora apelacyjnego), chociażby ten nie był wytwórcą tej informacji. Wszak informacja niewytworzona przez organ, aczkolwiek odnosząca się do niego i przezeń posiadana jest informacją o sprawach publicznych¹⁷. W przytoczonej sprawie II SAB/Kr 73/06 należało przede wszystkim ustalić, czy adresat wniosku posiada żadaną informację (art. 4 ust. 3 u.d.i.p.). Natomiast jeśli podmiot zobowiązany wskazuje, że informacja została już wnioskodawcy udostępniona, to niezbędny jest dowód na te okoliczności¹⁸.

Wdrożenie BIP w instytucjach publicznych jest zagadnieniem skomplikowanym (zwłaszcza pod względem merytorycznym), a wizję repozytoriów elektronicznych dokumentów urzędowych dostępnych w Internecie należy odsunąć w bliżej nieokreślą przyszłość¹⁹. To powoduje, że problematykę wdrażania u.d.i.p. zdominował tryb wnioskowy. Jednak w modelowym ujęciu tryb wnioskowy jest uruchamiany dopiero, gdy wnioskodawca nie jest w stanie uzyskać informacji na stronach podmiotowych BIP.

O odpowiedzialności karnej z art. 23 u.d.i.p. można mówić dopiero w momencie, w którym informacja nieopublikowana w BIP (co obejmuje również brak informacji z powodu nieutworzenia strony podmiotowej BIP), a wnioskowana w trybie art. 13 i nast. u.d.i.p. nie została udostępniona zainteresowanemu²⁰, z **wyjątkiem obowiązku ogłaszania informacji publicznych określonych precyzyjnie w tzw. przepisach odrębnych** (zob. § 11 ust. 1 pkt. 5 litera „c” rozp.BIP).

Prezentowana wykładnia przesądza zarazem o zgodności art. 23 u.d.i.p. z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP i powoduje, że osoba zobowiązana zostanie poddana sankcji karnej dopiero w sytuacji rzeczywistej obstrukcji obowiązków informacyjnych. Chroni też ustawodawcę przez zarzutem naruszenia zasady określoności ustawy karnej (*nullum crimen sine lege certa*) opartej na dyspozycji blankietowej²¹.

Karanie wyłącznie za nieudostępnienie informacji w teleinformatycznym publikatorze uważamy za przedwczesne²², chociaż ta konkluzja doznaje ograniczenia w jednym przypadku zaproponowanym przez M. Bernaczyka w piśmiennictwie²³, a mianowicie: jeżeli przepis szczególny nakazuje udostępnienie określonej

⁹ Obszerne na ten temat zob. M. Bernaczyk, Obowiązek bezwnioskowego udostępniania..., s. 150-156.

¹⁰ Zob. wyrok WSA w Gdańsku z 1.12.2005 r., II SA/Gd 436/05, ONSA i WSA w 2006 r., z. 6, s. 161.

¹¹ Zob. E. Czarny-Drożdziejko, Funkcjonowanie prokuratury a dostęp do informacji publicznej, „Prokuratura i Prawo”, nr 11 z 2008 r., s. 84.

¹² Opubl. w Bazie Orzeczeń NSA.

¹³ Obecnie pod tym adresem nie ma strony WWW, natomiast pod adresem URL <http://www.prokuratura-zz.pl/> (podajemy wg. stanu na 4.09.2009 r.) można odnaleźć informacje na temat ZZP i PRP. Związek zawodowy nieposiadający cechy reprezentatywności, w rozumieniu art. 4 ust. 2 u.d.i.p., nie jest podmiotem zobowiązanym do stosowania u.d.i.p., nie prowadzi BIP, dlatego odesłanie do jego stron niebędących „urzędowym publikatorem teleinformatycznym” nie mieści się w hipotezie normy z art. 10 ust. 1 u.d.i.p.

¹⁴ Zob. wyrok NSA z 20.11.2003 r., II SAB 372/03, „Wokanda” 2004, nr 5. Zbliżone stanowisko zajął WSA w Warszawie w wyroku z 21.02.2005 r., II SAB/Wa 355/04, SIP LEX nr 164949.

¹⁵ Sejm i senat posiada odrębną regulację proceduralną w zakresie dostępu do informacji publicznej, aczkolwiek o zbliżonych do u.d.i.p. (a miejscami identycznych) założeniach konstrukcyjnych (zob. art. 61 ust. 4 Konstytucji). Na podstawie regulaminów obu izb parlamentu wprowadzono wnioskowy i bezwnioskowy tryb dostępu do informacji publicznej (System Informacyjny Sejmu pod adresem www.sejm.gov.pl oraz strona podmiotowa BIP Senatu pod adresem www.senat.gov.pl). Zob. dział IVa uchwały Sejmu RP z dnia 30.07.1992 r. - Regulamin Sejmu RP (M.P. z 2009 r. Nr 5, poz. 47 tekst jednolity ze zm.), art. 37 uchwały Senatu RP z dnia 23.11.1990 r. - Regulamin Senatu (M.P. z 2002 r. Nr 54, poz. 741 - tekst jednolity ze zm.). Niniejsze uwagi znajdują zastosowanie również do karnoprawnej ochrony dostępu do informacji o działalności parlamentu.

¹⁶ W uzasadnieniu wyroku NSA (II SAB 372/03) czytamy także, że „czym innym jest bowiem jego oryginał [chodzi o dokument umowy - M.B., A.P.] wraz z aneksami, a czymś innym informacja o treści umowy uzyskana z niewiadomego źródła”.

¹⁷ Por. uzasadnienie wyroku WSA w Warszawie z 9.01.2006 r., II SA/Wa 2043/05, ONSA i WSA z 2008 r., z. 6, s. 99.

¹⁸ Zob. postanowienie WSA w Białymstoku z 21.08.2008 r., II SAB/Bk 36/08, niepubl.

¹⁹ Szerzej na ten temat specyfiki i problemów udostępniania informacji drogą elektroniczną zob. M. Bernaczyk, Udostępnianie informacji publicznej w orzecznictwie sądów administracyjnych (w:) J. Gołaczyński (red.), Informatyzacja postępowania sądowego i administracji publicznej, Warszawa 2010, s. 247 i n.

²⁰ Zob. postanowienie WSA w Łodzi z 16.10.2008 r., II SAB/Łd 40/08, opubl. w Bazie Orzeczeń NSA.

²¹ Na temat kryteriów oceny konstytucyjności tego przepisu zob. M. Bernaczyk, Obowiązek bezwnioskowego udostępniania..., s. 322-325.

²² W podobnym tonie zdaje się wypowiadać E. Jarzęcka-Siwik, Dostęp do informacji publicznej (uwagi krytyczne), Kontrola Państwowa 2000, nr 1, s. 21. W praktyce odnotowano jednak żądania wszczęcia postępowania z powodu zawartości merytorycznej BIP, zob. M. Bernaczyk, M. Jabłoński, Wnioskowy tryb udostępniania informacji publicznej, Wspólnota. Wydanie monograficzne, nr 12 z 2007, s. 16.

²³ Zob. M. Bernaczyk, M. Jabłoński, K. Wygoda, Biuletyn Informacji Publicznej. Informatyzacja administracji, Wrocław 2005, s. 273-274.

informacji wyłącznie w BIP²⁴ (ewentualnie w BIP poprzez koniunkcję z innym sposobem udostępnienia²⁵), to obowiązek udostępnienia został sprecyzowany precyzyjnie, zarówno co do sposobu, formy, a w szczególności co do merytorycznej zawartości informacji.

Rodzi to następujący skutek: w świetle art. 23 u.d.i.p. oraz ewentualnego przepisu odrębnego odwołującego się kategorycznie do BIP można stwierdzić, że podmiot zobowiązany do zamieszczenia informacji w BIP – a ogłaszający ją wyłącznie w trybie wnioskowym (lub każdym innym niż BIP, np. na podstawie art. 11 u.d.i.p.) – popełnia przestępstwo. Wprawdzie można powiedzieć, że informacja została udostępniona, jednakże w niewłaściwym trybie. Podkreślmy, że dopóki osoba zainteresowana nie złoży wniosku, to nie będzie wiedziała o istnieniu informacji, które powinny być dostępne w BIP bez zbędnego formalizmu (pisemny wniosek). Ponadto wniosek może być obciążony wszelkimi konsekwencjami trybu wnioskowego, np. dodatkowymi kosztami (zob. art. 15 u.d.i.p.). Dopiero wówczas zainteresowany dowie się, że informacja, która była w posiadaniu podmiotu i z mocy przepisu odrębnego podlega publikacji w BIP, jest w rzeczywistości udostępniana w inny sposób. Być może nastąpi to np. po upływie terminów na dokonanie czynności prawnej, a miewmy świadomość, że ogłoszenie w BIP coraz częściej wpływa na sferę praw podmiotowych jednostki²⁶.

Jeżeli nie uznać opisanego zachowania za przestępstwo, to praktyka udostępniania informacji w trybie wnioskowym zamiast w BIP – wbrew nakazom z przepisów odrębnych – będzie obejściem prawa. Posłużmy się następującym przykładem:

- ogłaszający przetarg pragnie zachować fikcję jawności i ograniczyć liczbę zainteresowanych udziałem w przetargu na zbycie gminnej nieruchomości. Mimo, że art. 38 ust. 2 ustawy z 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami²⁷ zobowiązuje do umieszczenia ogłoszenia „na stronach internetowych właściwego urzędu”²⁸, piastun właściwego organu uznaje, że informacja nie będzie dostępna na stronie podmiotowej BIP, lecz na wniosek. Piastun decyduje, że ewentualny zarzut nieudostępnienia w BIP będzie odpierany na podstawie art. 10 ust. 1 u.d.i.p. Skutkiem byłoby najprawdopodobniej „faktyczne” wyłączenie jawności informacji publicznej, która nie dotarłaby do zainteresowanych spodziewających się informacji w BIP. Taką sytuację uważamy za niedopuszczalną i wypaczającą ustawowy obowiązek informacyjny. W naszym przykładzie przyjmujemy, że przepis odrębny modyfikuje znamię czasownikowe poprzez wskazanie dokładnego trybu udostępnienia i rodzaju informacji. W podanym przykładzie podmiot nie udostępnia informacji publicznej wbrew swemu obowiązkowi, nie czyni tego w sposób należyty. Precyzyjnie

sformuowanym obowiązkiem jest udostępnienie w BIP²⁹, a nie wyłącznie w trybie wnioskowym, o którym zainteresowany może w ogóle się nie dowiedzieć (i nie składać żadnego wniosku), zwłaszcza jeśli strona podmiotowa BIP nie zawiera elementu z art. 8 ust. 4 u.d.i.p.

Konkludując: jeśli przepis odrębny kategorycznie wskazuje BIP jako miejsce udostępnienia precyzyjnie określonej informacji publicznej, to organ nie może powoływać się na art. 10 ust. 1 u.d.i.p. celem „ucieczki” w tryb wnioskowy. Odstępstwo od niebudzącego wątpliwości nakazu może prowadzić do odpowiedzialności karnej. Przyszłość pokaże, jaką rolę przypisze się art. 23 u.d.i.p. Patrząc na sprawę przez pryzmat modalność norm prawnych, przyjmujemy, że art. 23 u.d.i.p. spełnia dwojaką funkcję: 1) chroni publiczne prawo podmiotowe do informacji, którego korelatem jest obowiązek jej udostępnienia; 2) chroni przestrzeganie „urzędniczego obowiązku” ogłaszania informacji publicznych w BIP, z którym nie jest jednak skorelowane uprawnienie odwiedzających ten publikator; w judykaturze i piśmiennictwie wykluczono bowiem istnienie „prawa do BIP”³⁰. Dostrzeżone funkcje uzasadniamy wykładnią językową art. 23 u.d.i.p., ponieważ w hipotezie odkodowanej normy ustawodawca mówi o „nieudostępnieniu wbrew obowiązkowi”, abstrahując od korelatów tego obowiązku³¹. Przedstawione stanowisko dąży do zracjonalizowania polityki karnej w obszarze ochrony dostępu do informacji. Z jednej strony, eliminujemy „totalną” odpowiedzialność za nieudostępnienie w BIP informacji publicznej, z drugiej zaś, proponujemy odpowiedzialność w sytuacji, w której obowiązek dot. BIP jest wręcz kazuistycznie sformuowany, a mimo to zobowiązany świadomie go ignoruje. Trudno ignorować różnicę pomiędzy obowiązkiem ogłaszania lakonicznej klasy informacji pod hasłem „sposoby przyjmowania i załatwiania spraw” (art. 6 ust. 1 pkt. 3 litera „d” u.d.i.p.), a obowiązkiem umieszczenia w BIP np. „wysokości opłaty na pokrycie kosztów przeprowadzenia testu umiejętności” dla maklera papierów wartościowych, maklera giełd towarowych oraz doradcy inwestycyjnego „nie później niż na 30 dni przed terminem przeprowadzenia testu”³².

Abstrahując od dokonanej kwalifikacji nieudostępnienia w BIP, to zaniechanie udostępnienia informacji publicznej na wniosek wypełni zasadniczo znamię czasownikowe czynu zabronionego opisanego w art. 23 u.d.i.p. Omawiane zachowanie podmiotu sprawczego może polegać m.in. na:

- 1) ignorowaniu wniosku o udostępnienie informacji publicznej, tzn. braku jakiejkolwiek reakcji po stronie podmiotu obowiązanego do udostępnienia informacji publicznej;
- 2) nieudostępnieniu w BIP informacji precyzyjnie określonej w przepisach prawa (zob. uwagi w niniejszym punkcie);

²⁴ Por. art. 9 ust. 2 ustawy z 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingsowej w procesie stanowienia prawa (Dz.U. z 2005 r. Nr 169, poz. 1414 ze zm.).

²⁵ Por. art. 27 ust. 3 ustawy z 20.04.2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz.U. z 2004 r. Nr 99, poz. 1001 ze zm.).

²⁶ Por. art. 13 ust. 3 ustawy z 21.11.2008 r. o pracownikach samorządowych (Dz.U. z 2008 r. Nr 223, poz. 1458)

²⁷ Dz.U. 2004 r. Nr 261, poz. 2603 – t.j. ze zm.

²⁸ Mimo braku dosłownego odniesienia do BIP, trudno przyjąć, że chodzi o jakiejkolwiek strony internetowe, skoro w polskim systemie prawnym nie ma innych „urzędowych” stron WWW, aniżeli BIP. Zob. także § 6 ust. 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14.09.2004 r. w sprawie sposobu i trybu przeprowadzania przetargów oraz rokowań na zbycie nieruchomości (Dz.U. z 2004 r. Nr 207, poz. 2108).

²⁹ Jak stwierdza A. Marek: „zaniechanie, jako forma czynu, nie istnieje samodzielnie. Musi ono pozostawać w związku z nakazaniem działaniem, które sprawca wbrew temu nakazowi zaniechał wykonać”; zob. A. Marek, Prawo karne, Warszawa 2006, s. 113. Im precyzyjniej zostało określone nakazane działanie informacyjne, tym łatwiejsze jest stwierdzenie zaniechania podmiotu zobowiązanego.

³⁰ Szczegółową analizę zagadnienia przeprowadza M. Bernaczyk, Obowiązek bezwinkowskiego udostępniania..., s. 135-150.

³¹ Z uwagi na oczywistą fakultatywność działań z art. 11 u.d.i.p. należy wykluczyć te sposoby udostępnienia z dyskusji o penalizacji, trafnie E. Czarny-Drożdziejko, Karna ochrona prawa do informacji publicznej, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, 2005 r., z. 2, s. 166.

³² Zob. § 37 ust. 1 i 2 rozporządzenia Ministra Finansów z 4.11.2008 r. w sprawie odbywania stażu adaptacyjnego oraz przeprowadzania testu umiejętności stanowiących podstawę uznania kwalifikacji do wykonywania zawodu maklera papierów wartościowych, maklera giełd towarowych oraz doradcy inwestycyjnego (Dz.U. z 2008 r. Nr 205, poz. 1282).

- 3) zaprzeczeniu faktowi posiadania istniejącej informacji publicznej albo jej zniszczeniu w celu wygaszenia przestanki posiadania informacji (zob. wcześniejsze uwagi w punkcie 3.2);
- 4) wykonywaniu czynności materialno-technicznych z zamiarem uchylecia się od merytorycznego rozpoznania wniosku (np. odsyłanie do odrębnej regulacji, gdy ta nie znajduje zastosowania w sprawie; odsyłanie do strony podmiotowej BIP, która nie zawiera wnioskowanej informacji albo odsyłanie do stron WWW nienależących do systemu BIP; wzywanie do wykazania szczególnie istotnego interesu publicznego w przypadku informacji prostych³³; wskazywanie innej formy lub sposobu udostępnienia informacji, mimo oczywistych możliwości spełnienia żądania w sposób i w formie określonej we wniosku; nieuzasadnionym argumentowaniu, że żądana informacja nie mieści się w pojęciu informacji o sprawach publicznych³⁴);
- 5) wydaniu decyzji odmownej wbrew przepisom ustawy (np. bezzasadne powołanie się na jedną z przyczyn uzasadniających odmowę udzielenia informacji z art. 5 u.d.i.p. lub brak szczególnie istotnego interesu publicznego przy jednoczesnym zaniechaniu jego weryfikacji³⁵);
- 6) nieuzasadnionej odmowie dostępu do posiedzeń kolegialnych organów władzy publicznej pochodzących z wyborów powszechnych, a w sytuacji, o której mowa w art. 18 ust. 2 u.d.i.p., także do posiedzeń organów pomocniczych (np. tworzenie trudności lokalowych lub technicznych³⁶; uniemożliwienie rejestrowania dźwięku lub obrazu osobom obserwującym posiedzenie³⁷; stosowanie arbitralnych kryteriów dostępu tylko wybranym podmiotom³⁸; bezzasadna odmowa dostępu do protokołów lub stenogramów, o których mowa w art. 19 u.d.i.p.³⁹).

Realizacja znamienia czasownikowego omawianego czynu zabronionego w sytuacji z pkt 1 nastąpi z upływem ustawowego terminu na udostępnienia informacji⁴⁰, przy czym z miejsca zastrzegamy, że nie jest w tym miejscu możliwe wyczerpujące omówienie procedury wnioskowej. Zgodnie z art. 13 ust. 1 u.d.i.p. udostępnianie informacji publicznej na wniosek następuje bez zbędnej zwłoki, nie później jednak niż w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku, z wyjątkiem sytuacji opisanej w art. 13 ust. 2. Czternastodniowy termin może być wydłużony, gdy informacja publiczna nie może być udostępniona w w/w terminie (wówczas podmiot obowiązany do jej udostępnienia powiadamia wnioskodawcę w tym terminie o powodach opóźnienia oraz o terminie, w jakim

udostępni informację, nie dłuższym jednak niż 2 miesiące od dnia złożenia wniosku). Przy ocenie przestrzegania terminów na rozpatrzenie wniosku należy brać pod uwagę dość szeroki zakres czynności materialno-technicznych zobowiązanego, a także możliwe modyfikacje wniosku w stopniu istotnie odbiegającym od pierwotnego żądania⁴¹. Należy też zwrócić uwagę na wspomnianą uprzednio dysfunkcyjną regulację kosztów dodatkowych udostępnienia informacji (art. 15 ust. 2 u.d.i.p.)⁴², która do tej pory nie doczekała się interwencji ustawodawcy, niemniej jednak w obecnym kształcie nie daje podstawy do uzależnienia udostępnienia informacji od wniesienia opłaty⁴³.

5. Strona podmiotowa przestępstwa

Strona podmiotowa czynu zabronionego z art. 23 u.d.i.p. występuje tylko w formie umyślności⁴⁴. Możliwe jest jego popełnienie zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni zachodzi wtedy, gdy sprawca chce popełnić czyn zabroniony, czyli obejmuje swoją świadomością wszystkie znamiona tego czynu. Natomiast zamiar ewentualny zachodzi wtedy, gdy sprawca możliwość popełnienia czynu zabronionego przewiduje i na to się godzi (art. 9 § 1 k.k.)⁴⁵.

Z zamiarem bezpośrednim w typie czynu zabronionego z art. 23 u.d.i.p. mamy do czynienia wtedy, gdy sprawca przejawia akt woli w postaci chęci nieudostępnienia informacji publicznej. Innymi słowy: zamiar bezpośredni zachodzi wtedy, gdy sprawca obejmuje swoją świadomością wszystkie znamiona tego czynu, a więc ma świadomość ciężącego na nim obowiązku, wie, że wnioskowana informacja dot. sprawy publicznej oraz wie, iż nie zachodzą przesłanki uzasadniające odmowę dostępu do informacji publicznej.

Natomiast czyn zabroniony popełniony w zamiarze ewentualnym występuje wtedy, gdy sprawca możliwość zaniechania udostępnienia informacji publicznej przewiduje i na to się godzi (art. 9 § 1 k.k.). Warunkiem wystąpienia zamiaru ewentualnego jest ustalenie, że sprawca miał świadomość, iż zaniechanie udostępnienia informacji publicznej może wyczerpywać znamiona typu czynu zabronionego z art. 23 u.d.i.p. Dodatkowo należy ustalić, że sprawca akceptował taką sytuację, w której jego zachowanie wyczerpało znamiona czynu z art. 23 u.d.i.p. Innymi słowy: wystąpił u niego akt woli polegający na godzeniu się z góry z takim stanem rzeczy.

Ustalenie zamiaru sprawcy niezbędnego dla skazania za przestępstwo umyślne powinno odbywać się w oparciu o zewnętrzne objawy jego zachowania⁴⁶. Zamiar, z jakim sprawca działał,

³³ Na temat różnicy pomiędzy informacją prostą a przetworzoną zob. uzasadnienie wyroku z 27.06.2007 r., II SA/Wa 112/07, opubl. w Bazie Orzeczeń NSA.

³⁴ Zob. wyrok WSA we Wrocławiu z 9.5.2009 r., IV SAB/Wr 4/09, niepubl.

³⁵ zob. M. Bernaczyk, Nadużycie prawa do informacji, Wspólnota nr 3 z 20.01.2007 r., s. 34.

³⁶ Zob. W. Sokolewicz, Komentarz do art. 61 Konstytucji (w:) L. Garlicki (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. IV, Warszawa 2005, s. 39.

³⁷ Zob. wyrok NSA w Warszawie z 12.10.1999 r., II SA 220/99, opubl. w „Wokanda” z 2000 r., nr 7, s. 41.

³⁸ Szerzej na ten temat zob. M. Bernaczyk, Obowiązek bezwnioskowego udostępnienia..., s. 125-131.

³⁹ Zob. wyrok WSA we Wrocławiu z 4.08.2009 r., IV SAB/Wr 41/09, opubl. w Bazie Orzeczeń NSA; na temat procedury udostępniania tego rodzaju informacji zob. M. Bernaczyk, Obowiązek bezwnioskowego udostępniania..., s. 131.

⁴⁰ W tym czasie może też dojść do zajęcia stanowiska odnośnie wyłączenia stanu faktycznego spod zakresu podmiotowego i przedmiotowego u.d.i.p. Por. M. Jabłoński, Udostępnianie informacji w trybie wnioskowym, Wrocław 2009, s. 180-181.

⁴¹ Obszernie na ten temat pisze M. Jabłoński; M. Jabłoński, Udostępnianie informacji..., s. 178-183. Przepisy u.d.i.p. nie zawierają wyraźnej podstawy prawnej do „wzywania do sprecyzowania” żądania lub pouczenia o charakterze wnioskowanej informacji (informacja przetworzona), jednak w orzecznictwie zaaprobowano stosowanie w takiej sytuacji art. 14 ust. 2 u.d.i.p. (por. wyrok WSA w Warszawie z 14.05.2007 r., II SAB/Wa 170/06, opubl. w Bazie Orzeczeń NSA).

⁴² Zob. M. Bernaczyk, M. Jabłoński, K. Wygoda, Biuletyn Informacji Publicznej..., s. 94.

⁴³ Tak też M. Jabłoński, Udostępnianie informacji..., s. 192-193. Potwierdza to wyrok WSA w Warszawie z 30.04.2007 r., II SAB/Wa 60/06, SIP LEX nr 322799.

⁴⁴ Należy odróżnić stronę podmiotową czynu zabronionego od winy. Umyślność nie przesądza winy sprawcy, tylko warunkuje jej wystąpienie, jako zarzutu związanego z popełnieniem czynu zabronionego. Zob.: K. Buchała, A. Zoll, Kodeks Karny, Część ogólna, Komentarz do art. 1-116 Kodeksu karnego, Zakamycze 2000, s. 89.

⁴⁵ Wyrok SN z 14.01.2003 r. II KKN 273/01, SIP LEX nr 75381.

⁴⁶ Wyrok SN z 18.10.1996 r., III KKN 54/96, opubl. w „Prokuratura i Prawo” z 1997 r., nr 4, s. 1.

należy do sfery okoliczności faktycznych, wymagających udowodnienia i wykazania w sposób wykluczający wszelkie wątpliwości⁴⁷. W codziennej praktyce stosowania u.d.i.p. może dotyczyć to m.in. uzależniania procedowania z wnioskiem od wyjaśnienia „po co wnioskodawcy taka informacja”, czego podmiot zobowiązany nie może (co do zasady) czynić (zob. art. 2 ust. 2 u.d.i.p. z zastrzeżeniem weryfikacji szczególnie istotnego interesu publicznego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 punkt 3 u.d.i.p.). Oczywiście wszelkie uogólnienia wobec tysięcy potencjalnych stanów faktycznych są niewielką wskazówką, niemniej jednak uważamy, że należy odróżnić manifestowanie niechęci wobec niejasnej, niezrozumiałej, ogólnikowej treści wniosku od negatywnego stosunku do obowiązku udzielenia informacji. W Polsce, oprócz braku tradycji społecznej kontroli nad władzą publiczną, nie przywiązuje się należytej roli do edukacji obywatelskiej pod kątem umiejętności sporządzania wniosków w trybie u.d.i.p. Lukę wywołaną brakiem państwowej promocji „informatycznych” praw jednostki starają się wypełnić organizacje pozarządowe. Można też powątpiewać w jakość wdrożenia u.d.i.p. w instytucjach publicznych, chociażby z tego powodu, że obsługa dostępu do informacji publicznej jest zwykle obowiązkiem wtórnym wobec rutynowych zadań⁴⁸. Suma tych czynników powoduje, że prawo do informacji publicznej może być odbierane jako pretensjonalna konfrontacja „obywatel-państwo”⁴⁹, zamiast narzędzia egzekwowania politycznej odpowiedzialności i budowania społeczeństwa obywatelskiego⁵⁰. Z tego względu podmiot zobowiązany powinien dążyć do tego, aby w toku rozpatrywania wniosku wnioskodawca sprecyzował swe żądanie⁵¹. Nie ma przeszkód, aby wnioskodawca dobrowolnie podawał przeznaczenie wnioskowanej informacji (prostej albo przetworzonej), o ile ułatwi to przygotowanie odpowiedzi na wniosek⁵². Jeśli w sprawie podjęto taką „komunikację” z wnioskodawcą (pisemną, elektro-

niczną, ustną, telefoniczną), to powstają potencjalne źródła wiedzy dot. zamiaru sprawcy⁵³.

Odtworzenie zamiaru, jeśli oskarżony go nie ujawni, nie jest zbiegiem łatwym i dlatego też jego rekonstrukcja musi być wszechstronna i dogłębna⁵⁴. Potwierdza to relatywnie skąpa praktyka. Wyrokiem z dnia 24.07.2008 r. Sąd Rejonowy w Kłodzku⁵⁵ uznał P.Z. oskarżonego o to, że od lutego 2005 r. do dnia 20.02.2007 r. pełniąc funkcję powiatowego inspektora nadzoru budowlanego, wbrew ciężącemu na nim obowiązкови, nie udostępnił pokrzywdzonemu informacji publicznej dotyczącej realizacji budowy budynku mieszkalnego, to jest o czyn z art. 23 u.d.i.p. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu i na podstawie art. 66 § 1 k.k. i art. 67 § 1 k.k. warunkowo umorzył postępowanie karne na okres próby w wymiarze 1 roku. W świetle uzasadnienia wyroku stan faktyczny sprawy przedstawiał się następująco: 3.02.2005 r. pokrzywdzony wystąpił pisemnie do powiatowego inspektora nadzoru budowlanego o udostępnienie do wglądu dokumentów dotyczących realizacji projektu budowlanego. W dniu 28.02.2005 r. „postanowieniem w sprawie (...) oskarżony odmówił udostępnienia żądanej dokumentacji”⁵⁶. Dalej czytamy, że „w następstwie złożonego przez pokrzywdzonego odwołania” do wojewódzkiego inspektora nadzoru budowlanego, powiatowy inspektor „uznał zarzuty zawarte w odwołaniu za zasadne, uchylił swoje postanowienie i ponownie, decyzją (...) odmówił dostępu do akt sprawy na innej podstawie prawnej (art. 5 ust. 2 u.d.i.p.), gdyż inwestor zastrzegł sobie na piśmie prawo do ochrony prywatności”⁵⁷. Od tej decyzji ponownie, w dniu 31.03.2005 r., odwołał się pokrzywdzony, a wojewódzki inspektor nadzoru budowlanego uchylił przedmiotową decyzję w całości i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania. W dniu 19.05.2006 r. postanowieniem organu wyższego stopnia wyznaczono oskarżonemu 30-to dniowy termin na załatwienie sprawy. Wobec braku rozstrzygnięcia oskarżyciel ponownie, w dniu 17.06.2006 r. wniósł skargę do wojewódzkiego inspektora nadzoru budowlanego na beczynność organu, zaś w sierpniu 2006 r., po bezskutecznym upływie terminu 30 dni, wojewódzki inspektor nadzoru budowlanego przesłał oskarżonemu pismo ponagląjące. Do stycznia 2007 r. oskarżony nie wykonał postanowienia wojewódzkiego inspektora nadzoru budowlanego, wobec czego pokrzywdzony w dniu 25.01.2007 r. złożył w prokuraturze zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa z art. 23 u.d.i.p. Opis procedury wnioskowej kończy się stwierdzeniem, że „w dniu 20.02.2007 r. oskarżony wydał decyzję (...) o udostępnieniu pokrzywdzonemu akt sprawy (...)”. Z uzasadnienia wyroku wynika, iż oskarżony nie potrafił wskazać okoliczności uzasadniającej roczne opóźnienie w wydaniu – jak to określił Sąd – „decyzji w przedmiocie udostępnienia informacji publicznej”⁵⁸. Oskarżony wyjaśniał, że „nie

⁴⁷ Wyrok SA w Katowicach z 23.04.2008 r., II AKa 92/08, „Prokuratura i Prawo” (wkładka) z 2009 r. nr 2, s. 21.

⁴⁸ Pomijamy w tym miejscu instytucję rzecznika prasowego (zob. art. 11 ustawy Prawo prasowe) oraz § 1 ust. 3 z dnia 8 stycznia 2002 r. Rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie organizacji i zadań rzeczników prasowych w urzędach organów administracji rządowej (Dz. U. z 2002 r. Nr 4, poz. 36).

⁴⁹ Zob. S. Momot, Przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej w praktyce prokuratorskiej, „Prokuratura i Prawo” z 2008 r., nr 8, s. 124. Przykład instrumentalnego traktowania prawa do informacji podaje I. Dobosz, Działalność organów samorządu terytorialnego a dostęp do informacji publicznej (na tle orzecznictwa sądów administracyjnych) (w:) S. Michałowski, S. Micha (red.), Władza lokalna a media. Zarządzanie informacją – public relations – promocja jednostek samorządu terytorialnego, Lublin 2006, s. 26.

⁵⁰ Trybunał Konstytucyjny w punkcie 2.1. uzasadnienia wyroku z 15.10.2009 r. (K 26/08) stwierdził, że „powszechny i szeroki dostęp do informacji publicznej stanowi niezbędną przesłankę istnienia społeczeństwa obywatelskiego, a co za tym idzie - urzeczywistnienia demokratycznych zasad funkcjonowania władzy publicznej w polskim państwie prawnym”, opubl. w OTK-A 2009/9/135. Zob. także M. Jabłoński, Społeczeństwo obywatelskie a konstytucyjne prawo dostępu do informacji publicznej (w:) E. Gdulewicz, H. Zięba – Załucka (red.), Dziesięć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Rzeszów 2007, s. 89 i literatura tam powołana.

⁵¹ W naszej opinii istnieje możliwość przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego na okoliczność treści żądania na podstawie art. 14 u.d.i.p. (zob. wyrok WSA w Warszawie z dnia 14.05.2007 r., II SAB/Wa 170/06). Pełni ono podobną funkcję do usuwania braków formalnych w trybie k.p.a., aczkolwiek nie stosujemy procedury administracyjnej, ponieważ elementy podmiotowe roszczenia o udostępnienie informacji nie uzasadniają budowania tak silnych analogii z brakiem formalnym podania; tak też M. Jabłoński, Udostępnianie informacji..., s. 169.

⁵² Ustawa o dostępie do informacji publicznej nie ustanowiła żadnej przesłanki negatywnej, która wyłącza dostęp do informacji ze względu na przewidywalny sposób wykorzystania informacji publicznej przez wnioskodawcę (np. komercyjny), aczkolwiek praktyka ujawnia krytyczne podejście do tego typu wniosków, zob. J. Drachal, Prawo do informacji publicznej w świetle wykładni funkcjonalnej (w:) J. Góral, R. Hauser, M. Sawicka-Jezierczuk, J. Trzciniński, Sądowictwo konstytucyjne gwarantem wolności i praw obywatelskich 1980–2005, Warszawa 2005, s. 149.

⁵³ Takim źródłem będą zapisy cyfrowe na serwerach przechowujących dane dot. stron BIP, zob. M. Bernaczyk, Obowiązek bezwznowskiego udostępniania..., s. 330 i literatura tam powołana.

⁵⁴ Wyrok SA w Katowicach z 23.04.2008, II AKa 92/08. Tak też wyrok SN z 1.06.2004 r., IV KK 276/03, OSN w SK 2004 r. nr 1, s. 29; wyrok SN z 3.09.2002 r., V KKN 401/01, opubl. w SIP LEX nr 74581; postanowienie SN z 22.12.2006 r., II KK 92/06, OSN w SK z 2006 r., nr 1, s. 2576.

⁵⁵ Wyrok SR w Kłodzku z 24.07.2008 r., VIII K 103/08, niepubl.

⁵⁶ Strona 1 uzasadnienia wyroku w sprawie VIII K 103/08.

⁵⁷ Strona 1 uzasadnienia wyroku w sprawie VIII K 103/08.

⁵⁸ Takie sformułowanie pada na s. 2 i 4 uzasadnienia wyroku VIII K 103/08. Jeżeli w uzasadnieniu Sąd wiernie trzyma się nomenklatury z zakresu prawa administracyjnego i nie stosuje skrótowości myśli (np. „decyzja” rozumiana potocznie jako „proces podejmowanie

było ono zamierzone⁵⁹. Jednakże z dowodu z dokumentów oraz zeznań świadków wynikało, iż wyjaśnieniom oskarżonego w części dotyczącej niezawinionego opóźnienia nie można dać wiary. Oskarżony tłumaczył niedotrzymanie terminu urlopem (trwającym kilkanaście dni), następnie koniecznością konsultacji z prawnikami, przy czym nie potrafił wskazać nazwisk osób, z którymi rzekomo przeprowadzał konsultacje, mówiąc, że już nie pracują⁶⁰. Z powyższego wywiedziono, iż oskarżony miał świadomość okoliczności stanu faktycznego, w jakich funkcjonował i nie sposób w oparciu o zewnętrzne objawy jego zachowania (w postaci bezczynności bądź wydawania bezpodstawnych decyzji) przyjąć, iż działał nieumyślnie.

Opisany stan faktyczny ogniskuje wiele problemów dot. stosowania u.d.i.p., które wynikają głównie z niezajomości skomplikowanego reżimu prawnego. Po pierwsze, wybrana pierwotnie forma postanowienia o odmowie dostępu do akt (por. art. 74 § 2 k.p.a.) sugeruje, że oskarżony potraktował wniosek jako żądanie dostępu do akt sprawy (zob. art. 73-74 k.p.a.). Czym innym jest jednak „dostęp do akt sprawy”⁶¹, zarezerwowany zwykle dla stron i wymienionych innych uczestników postępowania, a czym innym „dostęp do informacji publicznych wytworzonych w toku sprawy”, w tym wgląd do dokumentów urzędowych złożonych do akt sprawy (zob. art. 3 ust. 1 pkt 2 i art. 6 ust. 2 u.d.i.p.)⁶². O zastosowaniu k.p.a. bądź u.d.i.p. w tym stanie faktycznym decydowało ustalenie elementu podmiotowego, tzn., czy wnioskodawca jest stroną postępowania udokumentowanego w aktach, czy też osobą trzecią⁶³. Zagadnienie (nie omijające sądów i prokuratury⁶⁴) można już uznać za relatywnie jasne, skoro ustosunkowały się do niego sądy administracyjne i doktryna⁶⁵. Po drugie, opisane perturbacje w toku postępowania instancyjnego (odwołania od decyzji, zażalenia na bezczynność) wskazują na trudność w wyborze pomiędzy alternatywą: udostępnienie połączone z anonimizacją informacji podlegających wyłączeniu (czynność materialno-techniczna) albo odmowa dostępu do informacji (decyzja administracyjna). W tym pierwszym wypadku oskarżony musiał dokonać weryfikacji wnioskowanej informacji pod kątem przesłanek negatywnych i w praktyce to sprawa pracownikom administracji publicznej duże trudności. O ile wgląd do dokumentu urzędowego wyselekcjonowanego z akt

sprawy daje się jakoś zrealizować na płaszczyźnie technicznej bez naruszania integralności nośnika (np. zasłonięcie, zaklejenie danych)⁶⁶, o tyle uprzednie ustalenie, co mieści się w pojęciu prywatności, danych osobowych, tajemnicy przedsiębiorcy lub tajemnic ustawowo chronionych jest zagadnieniem nierzadko przerastającym zaplecze merytoryczne osób rozstrzygających w sprawie⁶⁷. Wyjaśnia to (lecz nie usprawiedliwia) dążenie do całościowego zamknięcia decyzją odmowną dostępu do informacji zgromadzonych w aktach sprawy, która jawi się jako rozwiązanie „prostsze”, aczkolwiek nie zawsze uzasadnione. W tym miejscu sygnalizujemy cienką granicę pomiędzy świadomą nieumyślnością (lekkomyślnością) a zamiarem ewentualnym⁶⁸. Zakładając, że kwalifikacja informacji do udostępnienia wymaga zasięgnięcia fachowej wiedzy, istotnym jest ustalenie, czy osoba zobowiązana miała ku temu środki (np. obsługa prawna, własne wykształcenie), z których mogła i „chciała” skorzystać w celu wyjaśnienia ew. dylematów, czy też poniechała tych działań „z góry godząc się” na ewentualną wadliwość swego negatywnego rozstrzygnięcia. To wyjaśnia również, dlaczego w dalszej części opracowania zajmujemy się problematyką art. 28 § 1 k.k.

6. Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego

Zgodnie z art. 28 § 1 k.k. nie popełnia umyślnie czynu zabronionego, kto pozostaje w błędzie co do okoliczności stanowiącej jego znamię. Osoba pozostająca w błędzie nie odpowiada za przestępstwo umyślne. Artykuł 28 § 1 k.k. należy odczytywać w kontekście art. 9 § 1 k.k. stanowiącego, kiedy czyn zabroniony popełniony jest umyślnie. Warunkiem przestępstwa umyślnego jest zamiar dokonania czynu zabronionego. Wystąpienie zamiaru jest warunkowane świadomością wszystkich okoliczności stanowiących znamiona czynu zabronionego w sensie zgodności wycinka rzeczywistości, określonego znamionami typu, z jego odbiciem w świadomości sprawcy⁶⁹. Przedmiotem błędu mogą być okoliczności stanowiące znamiona strony przedmiotowej, podmiotu (przy przestępstwach indywidualnych)⁷⁰ oraz przedmiotu. Przedmiotem błędu nie mogą być objęte znamiona strony podmiotowej czynu zabronionego⁷¹.

W przypadku czynu zabronionego z art. 23 u.d.i.p. błąd może dotyczyć dobra stanowiącego przedmiot ochrony (błąd co do

decyzji, rozstrzygnięcia”), to należy przypomnieć, że udostępnienie informacji nie następuje w drodze decyzji, lecz stanowi czynność materialno techniczną.

⁵⁹ Strona 2 uzasadnienia wyroku w sprawie VIII K 103/08.

⁶⁰ Wyjaśnienia oskarżonego nie mogą być jedynym dowodem przy ustalaniu strony podmiotowej popełnionego przez niego czynu. W sprawie przesłuchano też w charakterze świadków (pracowników urzędu), którzy nie potwierdzili wyjaśnień oskarżonego, strona 3 uzasadnienia wyroku VIII K 103/08.

⁶¹ Interpretując tezy zawarte w wyroku WSA w Warszawie z 7.05.2004 r. (II SA/Wa 221/04) oraz wyroku NSA w Warszawie z 11.05.2006 r. (II OSK 812/05), opubl. w Bazie Orzeczeń NSA, należałoby uściślić, że nie „akta sprawy administracyjnej, jako odnoszące się do działania podmiotów publicznych, stanowią informację publiczną”, lecz „informacje zawarte w tych aktach”.

⁶² Por. Z.R. Kmieciak, Zakres udostępnienia akt sprawy w postępowaniu administracyjnym, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 2008 r., z. 2, s. 97. Dostrzegamy skłonność do mylącego, zamiennego korzystania z obu pojęć, aczkolwiek z trafnymi wnioskami końcowymi; zob. A. Matusiak, Jawność materiału dowodowego w postępowaniu karnym dla stron i publiczności (w:) T. Gardocka (red.), *Obywatelskie prawo do informacji*, Warszawa 2008, s. 385.

⁶³ Tak też wyrok WSA w Krakowie z 21.03.2006 r., III SA/Kr 409/04, opubl. w Bazie Orzeczeń NSA.

⁶⁴ S. Momot, *Przepisy ustawy...*, s. 104.

⁶⁵ W odniesieniu do informacji zgromadzonych w postępowaniu karnym zob. w szczególności wyroki NSA z 8.02.2005 r. (OSK 1113/04) i WSA w Rzeszowie z 22.04.2005 r., II SAB/Rz 5/05, opubl. w Bazie Orzeczeń NSA; Zob. przegląd orzecznictwa, którego dokonuje M. Jabłoński, *Udostępnianie informacji...*, s. 35 i nast.

⁶⁶ W przypadkach istotnych przeszkód „technicznych” w piśmiennictwie rozważano powołanie się na art. 14 ust. 2 u.d.i.p., zob. M. Bernaczyk, M. Jabłoński, *Praktyczne problemy wdrażania ustawy o dostępie do informacji publicznej. Komerccjalizacja informacji publicznej*, elektroniczna Administracja z 2007 r., nr 1, s. 14.

⁶⁷ Najwyższa Izba Kontroli zwróciła na to uwagę, badając m.in. przygotowanie merytoryczne pracowników (np. szkolenia, kursy) do obsługi dostępu do informacji; dokumenty związane z podnoszeniem kwalifikacji zawodowych powinny znajdować się w aktach osobowych. Zob. wystąpienie pokontrolne delegatury NIK w Gdańsku o znaku LGD-41022-03-05 z 4 października 2005 r. i protokoły tej kontroli, niepubl.

⁶⁸ Zob. Wyrok SA w Lublinie z 08.12.2008 r., II Aka 287/08, SIP LEX nr 477837.

⁶⁹ K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny Część ogólna, komentarz do art. 1-116 Kodeksu karnego*, Zakamycze 2000, s. 268.

⁷⁰ Patrz - wyrok SN z 28.06.1989 r., WRN 13/89, OSNPK 1989, nr 7-12, poz. 61.

⁷¹ Zob. wyrok SN z 20.02.1997 r., V KKN 188/96: „Błąd ten nie może dotyczyć wskazze takich elementów lub znamion czynu, które same są aktami świadomości bądź innymi procesami psychicznymi sprawcy. (...) Przedmiotem błędu mogą być wszelkie znamiona charakteryzujące przedmiotową stronę czynu, niezależnie od tego, czy mają charakter opisowy czy ocenny, czy dotyczą faktów czy też pojęć prawnych. Nieświadomość jednej choćby tylko okoliczności, należącej do zespołu przedmiotowych znamion stypizowanego czynu zabronionego, wyłącza odpowiedzialność za przestępstwo umyślne”, opubl. w OSNPK 1998, nr 5, poz. 1; Orz. Prok. i Pr. 1998, nr 5, poz. 1).

pojęcia „informacja o sprawie publicznej”), reguł postępowania z tym dobrem (błąd co do istnienia ograniczeń uprawnień z art. 3 u.d.i.p.) albo podmiotu czynu zabronionego (błąd co do zakresu powierzonych obowiązków wynikających z prawnego charakteru podmiotu, o którym mowa w art. 4 ust. 1 i 2 u.d.i.p) i prowadzić do nieświadomionej realizacji tych znamion.

Z błędem co do pojęcia informacja publiczna mamy do czynienia wówczas, gdy sprawca mylnie sądzi, iż wnioskowana informacja nie dotyczy sprawy publicznej⁷² i kieruje do wnioskodawcy pismo informujące, że u.d.i.p. nie znajduje zastosowania. Taka sytuacja może mieć częste zastosowanie w praktyce⁷³, bowiem art. 6 ust.1 u.d.i.p. zawiera jedynie przykłady informacji publicznych⁷⁴, a legalna definicja tego pojęcia nie istnieje. Została ona ukształtowana jako wypadkowa poglądów doktryny⁷⁵, a także w orzecznictwie sądowno-administracyjnym a *casu ad casum*⁷⁶. Niektóre przepisy mówią wprost, co jest informacją publiczną⁷⁷, a ich liczba stale wzrasta⁷⁸.

6.1. Błąd co do zakresu „sprawy publicznej”

W naszej ocenie⁷⁹ najistotniejszym zagadnieniem jest zasygnalizowanie dwóch linii orzeczniczych sądowno administracyjnych, które mogą istotnie wpłynąć – nawet przy oczywistej autonomii ocen sądu powszechnego – na karalność nieudostępnienia informacji publicznej. Uwzględnienie tych tendencji jest istotne, gdyż nie dzielają one poglądów piśmiennictwa opartych na dorobku orzeczniczym początkowego okresu funkcjonowania u.d.i.p.⁸⁰ Wcześniej wyjaśniliśmy, że judykatura aprobejuje rozwiązanie, w którym podmiot władzy publicznej kończy procedowanie nad wnioskiem-pismem informującym o tym, że wnioskowana informacja nie jest informacją publiczną. Jeśli skarżący kwestionuje taką czynność materialno-techniczną, obstając przy stanowisku, że jednak jest to informacja o sprawie publicznej, to możliwe są następujące reakcje:

- 1) sąd stwierdza, że pismo informacyjne o tym, że informacja „nie ma charakteru informacji publicznej”, nie podlega kognicji sądów administracyjnych;

⁷² M. Jabłoński i K. Wygoda nieco enigmatycznie stwierdzają, że „potencjalny sprawca musi mieć świadomość źródła, z którego ten obowiązek pochodzi (...). W związku z tym niezbędna jest ocena jego działania w kategoriach błędu co do bezprawności czynu z art. 30 k.k.”; zob. M. Jabłoński, K. Wygoda, Ustawa o dostępie do informacji..., s. 264. Z odesłania do art. 1 i 6 u.d.i.p. wnosimy, że cytowanym Autorom chodzi właśnie o uwypuklenie braku świadomości, co do zakresu znaczeniowego „sprawy publicznej”.

⁷³ W interesującym opracowaniu statystycznym S. Momot wskazuje, że tzw. pisma „odmowne” (inne niż decyzje o odmowie dostępu do informacji) wypełniają pokaźną ilość z ogólnej liczby czynności podejmowanych w reakcji na wnioski wpływające do powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury, zob. S. Momot, Przepisy ustawy..., s. 103.

⁷⁴ Zob. wyrok NSA w Warszawie z 30.10.2002 r., II SA 1956/02, opubl. w bazie orzeczeń NSA.

⁷⁵ Przeglądu definicji doktrynalnych dokonują M. Bernaczyk, M. Jabłoński, K. Wygoda, Biuletyn Informacji Publicznej..., s. 49-54.

⁷⁶ Najnowsza analizę elementów informacji o sprawie publicznej z odwołaniem do orzecznictwa przeprowadza M. Jabłoński; M. Jabłoński, Udostępnianie informacji..., s. 147-153.

⁷⁷ Zob. art. 16 ust. 3 i 4 z 23.01.2009 r. o Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury (Dz. U. z 2009 r., nr 26, poz. 157 ze zm.).

⁷⁸ M. Bernaczyk, M. Jabłoński, K. Wygoda, Biuletyn Informacji Publicznej..., s. 275-308.

⁷⁹ Pomijamy relatywnie dobrze znane przypadki wnioskowania o informację niebędącą faktem, próby podjęcia polemiki z indywidualnym rozstrzygnięciem czy też uzyskania stanowiska, co do kwalifikacji prawnej określonych stanów faktycznych, por. odpowiednio wyrok NSA z 20.06.2002 r., II SAB 70/02, SIP LEX nr 55580 i wyrok NSA z 19.12.2002 r., II SA 3301/02, SIP LEX nr 78064.

⁸⁰ Por. P. Litwiński, Ochrona danych osobowych w ogólnym postępowaniu administracyjnym, Warszawa 2009, s. 222.

- 2) sąd bada treść żądania i stwierdza, że informacja dotyczy sprawy publicznej i zobowiązuje do udostępnienia informacji albo wydania decyzji odmownej w oparciu o ustawowe przesłanki⁸¹.

Kluczowe jest więc odszukanie pozajęzykowych dyrektyw wykładni pojęcia „sprawy publicznej” z odniesieniem do pozycji ustrojowej i ustawowych zadań adresata wniosku. W orzecznictwie i piśmiennictwie można spotkać się dwoma różnymi podejściami do tego problemu, które w największym skrócie można opisać jako „przedmiotowe” albo „podmiotowe” ujęcie sprawy publicznej.

Kryterium wyróżnienia informacji o sprawie publicznej w ujęciu przedmiotowym jest uosabiane przez pytanie: „co stanowi przedmiot teje informacji (zob. art. 1 ust. 1 u.d.i.p.), oraz co stanowi przedmiot postępowania (zob. art. 5 ust. 3 u.d.i.p.)”? Pytanie stawiamy w oderwaniu od posiadacza i wytwórcy informacji⁸². W niezwykle interesującym wyroku WSA z 6.02.2008 r. (II SAB/Bd 31/07) opisano ów problem dość obrazowo: „(...) można by, więc powiedzieć, że nie wszystkie informacje będące w dyspozycji podmiotu publicznego i przezeń wytworzone, muszą mieć publiczny charakter, tak samo jak nie wszystkie informacje wytworzone np. przez naukowca muszą mieć naukowy charakter”⁸³.

Z kolei ujęcie „podmiotowe” kładzie nacisk na kryterium adresata żądania udostępnienia informacji publicznej, a więc wytwórcę i dysponenta informacji w rozumieniu art. 1 ust. 1 oraz 3 ust. 2 u.d.i.p., przeciwstawiając się zarazem podziałowi na sprawy „publiczne” i „prywatne” w działalności podmiotów władzy publicznej⁸⁴. W uzasadnieniu wyroku WSA w Krakowie z 15.10.2007 r., czytamy: „analiza art. 6 (...) pokazuje, że wnioskiem w świetle tej ustawy może być objęte pytanie o określone fakty lub o stan określonych zjawisk. Nie jest jednak dopuszczalna argumentacja akcentująca, że pod pojęciem <<faktów>> należy rozumieć jedynie podjęte czynności faktyczne lub działania organu wykonującego władzę publiczną. Faktem należy objąć każdą czynność i każde zachowanie organu wykonującego zadania publiczne podjęte w zakresie wykonywania takiego zadania. Organy publiczne, a precyzyjniej określając organy uprawnione do wykonywania zadań publicznych, z założenia nie podejmują innych czynności jak załatwianie spraw publicznych. Wykonywanie zadania publicznego nie może polegać na realizacji sprawy prywatnej i stąd pod pojęciem informacji o sprawie publicznej należy rozumieć również każdą czynność i każde działanie or-

⁸¹ Problem opisano w uzasadnieniu postanowienia NSA z 24.01.2006 r., I OSK 928/05, SIP LEX nr 167166.

⁸² Z takiego założenia zdawał się wychodzić WSA w Warszawie w wyroku z 21.02.2007 r., VII SA/Wa 566/06, SIP LEX nr 325361. Sąd stwierdził, że u.d.i.p. nie ma zastosowania w wydanie kserokopii dokumentów z akt postępowania administracyjnego, w ramach którego dokonano kompleksowej kontroli sanitarno-epidemiologicznej prywatnego domu opieki społecznej, albowiem zdaniem Sądu „ustawa ta reguluje informacje o sprawach publicznych”, natomiast dom opieki „jest domem prywatnym, a nie państwowym a wnioski w sprawie indywidualnej nie mają charakteru informacji publicznej”. Sprawa budzi kontrowersje, gdyż skarżący na uzasadnienie swego żądania (obok k.p.a.) powołał również przepisy u.d.i.p., a adresatem żądania był organ powołany ustawowo do nadzoru nad warunkami higieny (Państwowy Powiatowy Inspektor Sanitarny). Wydaje się, że cytowana argumentacja Sądu w znikomym stopniu nawiązuje do analizowanych dalej orzeczeń.

⁸³ Wyrok WSA w Bydgoszczy z 6.02.2008 r., II SAB/Bd 31/07, opubl. w Bazie Orzeczeń NSA.

⁸⁴ Zob. wyrok WSA w sprawie II SAB/Bd 31/07 i piśmiennictwo tam powołane.

ganu władzy publicznej tak w sferze prawa administracyjnego, jak i np. w sferze prawa cywilnego⁸⁵.

Podmiotowe ujęcie informacji o sprawie publicznej można zobrazować następującym przykładem: do podmiotu władzy publicznej wpływa żądanie przedsiębiorcy, który pragnie dowiedzieć się, czy i kto zgłosił zawiadomienie o zakłócania porządku publicznego w związku ze sprzedażą napojów alkoholowych, a ponadto wnosi o udostępnienie treści zawiadomienia złożonego przez nieznaną mu osobę na podstawie przepisów działu VIII k.p.a. („Skargi i wnioski”). Można domniemywać, że wnioskodawca pragnie powziąć wiedzę o konkretnych osobach fizycznych, niezyciowych względem niego i jego działalności, natomiast społeczna kontrola funkcjonowania organu koncesyjnego jest dla niego drugorzędną sprawą⁸⁶. Do obowiązków urzędników nie należy jednak domniemywanie intencji, interesu wnioskodawcy lub spekulowanie nad przyszłym użyciem z wnioskowanej informacji. W ten oto sposób osoba rozpoznająca wniosek staje przed dylematem, czy powinna udostępnić wnioskowaną informację, wydać decyzję odmowną z powołaniem się na art. 5 ust. 2 u.d.i.p., a może traktować wniosek jako nie dotyczący sprawy publicznej, lecz udostępnienia danych osobowych ze zbioru⁸⁷?

Mając na uwadze hipotetyczny stan faktyczny, zwracamy uwagę, że przyjmowanie skarg i wniosków należy do sfery zadań publicznych organów władzy publicznej stosujących k.p.a. Podążając za wskazówkami w powołanym uprzednio orzeczeniu, można przyjąć, że fakt rozpoznawania przez organ wniosku osoby trzeciej o odebranie koncesji jest informacją publiczną odniesioną do działalności władz publicznych w zakresie wykonywania przez nie zadań władzy publicznej i gospodarowania mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa⁸⁸.

W świetle cytowanego wcześniej orzecznictwa można zakwalifikować żądanie takiej informacji jako żądanie udostępnienia informacji publicznej, jednak nie oznacza to wcale, że ów hipotetyczny przedsiębiorca uzyska informację. Przepisy u.d.i.p. nie przewidują udostępniania dokumentów „prywatnych” lub „wewnętrznych” ani nie gwarantują zainteresowanemu wejścia w ich posiadanie, lecz „co najwyżej” informacji w nich zawartych i odniesionych do podmiotu władzy publicznej⁸⁹. Praktyka udostępniania tych informacji za pomocą kserokopii⁹⁰ wytworzyła jednak iluzję, że wnioskodawcy mają prawo dysponowania takim dokumentem. Poza tym nie można podać tożsamości autora wniosku lub skargi bez jednoczesnego wkroczenia w sferę prywatności lub ujawnienia danych osobowych (zob. art. 5 ust. 2 zd. 1 u.d.i.p.). Wydaje się, że urzędnik załatwiający wniosek powinien (co do zasady) wydać decyzję odmowną z powołaniem się na ochronę danych osobowych osób trzecich. Wydanie decyzji odmownej milcząco zakłada, że wnioskowana informacja jest informacją publiczną, aczkolwiek nie podlega udostępnieniu ze względu na art. 5 ust. 2 u.d.i.p. Rację ma jednak *M. Jabłoński*,

stwierdzając, że rozstrzygnięcie określonego problemu będzie uzależnione „w największym stopniu od treści wniosku”⁹¹.

Dodajmy, że nieumiejętne zwerbalizowanie żądania może powołać po stronie podmiotu zobowiązanego pokusę, aby wnioski o udostępnienie informacji zlokalizowanej w aktach sprawy traktować jako żądanie zapewnienia dostępu do akt „w ogólności”⁹², co, jak podnosiliśmy wcześniej, powinno być starannie odróżniane od uprawnień wynikających z u.d.i.p. Przepisy u.d.i.p. nie są wyabstrahowaną od interesu prawnego „kalką” uprawnień procesowych, lecz nie da się ukryć, że w pewnych wypadkach dają dostęp do takiej samej informacji, jaki przypada stronom biorącym udział w postępowaniu. W naszej ocenie tzw. dostęp akt sprawy powinien zawsze rozpoczynać się od odpowiedzi na pytanie, czy wnioskodawca ubiega się o informację publiczną, a dopiero potem sprowadzać się do przeanalizowania, czy stosujemy art. 1 ust. 2 u.d.i.p.

Mając za tło uprzednie wywody, uważamy za wysoce kontrowersyjne, a wręcz oparte na samozapreczeniu, tezy wyroku WSA w Krakowie z dnia 18.12.2006 r. (II SAB/Kr 87/06 oraz II SAB/Kr 88/06)⁹³ skomentowane w piśmiennictwie jako „trafne”⁹⁴. Przyjęcie, że „nie wszystkie <<dokumenty urzędowe>> są dokumentami dotyczącymi spraw publicznych”⁹⁵ stoi w sprzeczności z definicją z art. 6 ust. 2 u.d.i.p. Elementy sprawy publicznej (zarówno od strony podmiotowej, jak i przedmiotowej) zostały wpisane w istotę składowych dokumentu urzędowego (status funkcjonariusza publicznego, sporządzanie i utrwalenie informacji w ramach kompetencji utożsamianej z realizacją władztwa publicznego, złożenie do akt sprawy⁹⁶ lub skierowanie do innego podmiotu), dlatego przy ich kumulatywnym wystąpieniu trudno przyjąć, że dokument urzędowy nie dotyczy sprawy publicznej. Taki kierunek wykładni pozbawia prawo do informacji publicznej swej kontrolnej funkcji⁹⁷. Dodajmy, że w zgoła odmiennym rozstrzygnięciu NSA uznał, iż umorzenie dochodzenia powoduje w stosunku do osób trzecich przejście na reguły wynikające z u.d.i.p., a nie z art. 156 § 5 zdanie drugie Kodeksu postępowania karnego (dalej: k.p.k.⁹⁸). Natomiast możliwość zastosowania instytucji przewidzianych w art. 327 § 1 i 2 i art. 328 k.p.k. nie stanowi argumentu na rzecz wyłączności dostępu do informacji publicznej w aktach sprawy na podstawie k.p.k.¹⁰⁰ Jeżeli jednak

⁹¹ M. Jabłoński, *Udostępnianie informacji...*, s. 140, 145-146.

⁹² „Organ nie może dyskwalifikować żądania dostępu do informacji publicznej zawartej w aktach administracyjnych zgłoszonego przez osobę niebędącą stroną i konwertować go w kierunku żądania dostępu do akt na podstawie przepisów procedury administracyjnej”, zob. Postanowienie NSA z 16.11.2007 r. II OSK 1523/06, SIP LEX nr 380905.

⁹³ Oba wyroki opubl. w Bazie Orzeczeń NSA.

⁹⁴ Zob. E. Czarny-Drożdżejko, *Funkcjonowanie prokuratury...*, s. 84.

⁹⁵ Tak też wyrok WSA w Krakowie z 18.12.2006 r. (II SAB/Kr 87/06).

⁹⁶ Przepisy u.d.i.p. nie różnicują akt sprawy na główne, sądowe czy podręczne. Mając za punkt wyjścia publicznoprawną nomenklaturę (zwłaszcza z zakresu prawa administracyjnego) towarzyszącą u.d.i.p. od samego początku, można przyjąć, że chodzi tu o sprawę indywidualną (administracyjną, cywilną, karną), której przebieg udokumentowany zostaje w usystematyzowany sposób.

⁹⁷ M. Jabłoński, *Udostępnianie informacji...*, s. 146.

⁹⁸ Ustawa z dnia 6.06.1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1997 Nr 89, poz. 555 ze zm.)

⁹⁹ Wyrok NSA z 8.02.2005 r. (OSK 1113/04) oraz wyrok NSA z 16.12.2005 r. (OSK 1782/04), opubl. w Bazie Orzeczeń NSA.

¹⁰⁰ Skoro Sąd przyjmuje, że wskutek umorzenia postępowania nie ulega ono zakończeniu (zob. uzasadnienie wyroku WSA w sprawie II SAB/Kr 87/06), to art. 156 k.p.k. należałoby stosować, aż do chwili upływu terminu przedawnienia karalności przestępstwa, będącego przedmiotem postępowania. Taka argumentacja jest sprzeczna z literalnym brzmieniem art. 156 § 5 zd. 2 k.p.k. („w toku postępowania przygotowawczego”) i ujawnia istotny rozdźwięk z pojęciem „postanowienia kończącego postanowienie”, szerzej na ten temat postanowienie SN z dnia 8 listopada 2006 r., (II KK 83/06), opubl. w OSNWSK 2006/1/2114. Por. P.

⁸⁵ Zob. wyrok WSA w Krakowie z 15.10.2007 r., II SAB/Kr 56/07, opubl. w Bazie Orzeczeń NSA.

⁸⁶ Zob. art. 18 ust. 10 ustawy z 26.10.1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (Dz.U. z 2007 r. Nr 70, poz. 473 - t.j. ze zm.).

⁸⁷ Por. E. Czarny-Drożdżejko, *Funkcjonowanie prokuratury...*, s. 90.

⁸⁸ Por. M. Jaśkowska, *Dostęp do informacji publicznej...*, s. 28 i n.

⁸⁹ Zob. M. Bernaczyk, *Obowiązek bezwzględnie udostępniania...*, s. 91.

⁹⁰ Aprobatę dla takiego sposobu udostępnienia można dostrzec na tle stanu faktycznego opisanego w uzasadnieniu wyroku WSA z 22.06.2007 r., II SAB/Wa 175/06, opubl. w Bazie Orzeczeń NSA. Odmienne E. Czarny-Drożdżejko, *Funkcjonowanie prokuratury...*, s. 83.

postępowanie „odżyje procesowo”, to wraz z nim aktualizuje się reżim art. 156 k.p.k.

Próba zdefiniowania „sprawy publicznej” wyłącznie za pomocą Słownika języka polskiego¹⁰¹ po blisko czterech latach funkcjonowania ustawy nie licuje z dorobkiem orzecznictwa sądownictwa administracyjnego i doktryny, a wręcz prowadzi do błędnych wniosków. Zakłada bowiem udostępnienie takiej informacji, która – jeśli trafnie odczytujemy intencję Sądu – została wytworzona „jawnie” lub „wobec świadków”, podczas gdy ogromna większość informacji publicznej nie jest wytwarzana w takich warunkach, a przymiot powszechnej znajomości zyskuje dopiero dzięki zagwarantowaniu dostępności z uwzględnieniem ograniczeń w dostępie (art. 5 u.d.i.p.). Innymi słowy: „jawną” informacją publiczną jest taka, w stosunku do której nie istnieje ustawowo określona podstawa wyłączenia jawności. Nie wszystko, co powstaje za „zamkniętymi drzwiami”, jest zarazem „tajne”¹⁰². Zyskuje taką cechę, jeśli życzy sobie tego ustawodawca. Nie przekreślając słusznej potrzeby ważenia prawa do informacji i niezakłóconej realizacji ustrojowych zadań prokuratury, nie można posługiwać się na co dzień pojęciem „sprawy publicznej” z taką dozą dowolności. Wszakże sam sąd podpowiada, że ewentualne ograniczenie dostępu do informacji zawartych w aktach podręcznych prokuratora może nastąpić w drodze decyzji z powołaniem się m.in. na ochronę informacji niejawnych, przy założeniu, że określone informacje publiczne były w ogóle klauzulowane¹⁰³. Ponadto dziwi nas wiązanie wyroku NSA z 7.03.2003 r. (II SA 3572/2002)¹⁰⁴ z „rozbieżnością w zakresie udostępniania akt prokuratorskich”¹⁰⁵, skoro w uzasadnieniu NSA nigdy nie absolutyzował dostępu do informacji w aktach sprawy, lecz wytknął prokuraturze brak odmowy w przepisanej prawem formie¹⁰⁶. Z uzasadnienia wyroku nie wynika zakaz powołania się m.in. na materialną tajemnicę prokuratorską¹⁰⁷, chociaż zastosowanie tej przesłanki jest trudniejsze (w przeciwieństwie do ochrony informacji niejawnych) z uwagi na obowiązek wskazania, jakiego rodzaju informacje zostają objęte wyłączeniem. Wydaje się, że to właśnie orzeczenie WSA w sprawie II SAB/Kr 87/06 tworzy „rozbieżność” z intencją przejścia na ogólne (i łatwiejsze) procedury przewidziane w k.p.k.

Rzecz tkwi jednak w tym, że art. 156 § 5 k.p.k. odwołujący się do inkwizycyjnego stadium procesu karnego nie nadaje się do roli ogólnej procedury dostępu do informacji w aktach zakończonych spraw, gdyż – zwłaszcza w odniesieniu do osób trzecich – nie sprostą testowi zgodności z art. 31 ust. 3, art. 45 ust. 1 i art. 61 ust. 1 i 3 Konstytucji. Nie przewiduje bowiem kryteriów odmowy ani sądowej drogi jej weryfikacji (z zastrzeżeniem zażalenia

stron z art. 159 k.p.k.). Odwraca też porządek rzeczy: w świetle k.p.k. tajemność jest zasadą, a dostęp do informacji wyjątkiem. O ile taką hierarchię można pod pewnymi warunkami zaakceptować przez wzgląd na funkcje postępowania przygotowawczego¹⁰⁸, to nie będzie ona przystawać do sytuacji, w której postępowanie ulega zakończeniu. W kontekście faktycznej odmowy dostępu do informacji o sprawach zakończonych, a zawartych w akta prokuratorskich, akceptujemy sugestię¹⁰⁹ powoływania się na art. 16-17 ustawy z dnia 14.07.1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach¹¹⁰, jednak pod warunkiem, że akta **przekazano**¹¹¹ do narodowego zasobu archiwalnego. Dopiero wówczas podmiot zobowiązany wygasi przesłankę „posiadania informacji” (art. 4 ust. 3 u.d.i.p.). Objęcie informacji kategorią archiwalną i umieszczenie ich w archiwum zakładowym¹¹² spowoduje, że zmieni się sposób „przechowywania”¹¹³, ale to wcale nie przesądzi o zmianie prawnego reżimu ich „udostępniania” w rozumieniu art. 1 ust. 2 u.d.i.p.

Można też stawiać poważny zarzut tezie, że „prokuratura nie należy do organów władzy publicznej, o których mowa w art. 61 Konstytucji RP”, co sąd uzasadnił m.in. jej dekonstytucjonalizacją¹¹⁴. W świetle art. 6 ust. 1 pkt 4 lit. a) tiret drugi u.d.i.p. trudno nam przyjąć, że „lustracja i wizytacja są czysto wewnętrznymi czynnościami, których wyniki również służą wewnętrznemu usprawnieniu działalności prokuratury i wyeliminowaniu uchybień. (...) Nie są one zatem informacją publiczną w rozumieniu art. 1 ust. 1 ustawy (...)”¹¹⁵. Nie jest problemem odpowiedź na pytanie, „czy” udostępnić taką informację jako „publiczną”, lecz „w jakim zakresie” ją udostępnić. Próba wyłączenia obowiązku stosowania u.d.i.p. i faktycznej odmowy udostępniania informacji poprzez kwestionowanie elementu podmiotowego (art. 4 ust. 1 i 2 u.d.i.p.) lub przedmiotowego (art. 1 ust. 1 u.d.i.p.) może narażać sądy i prokuraturę na zarzut ich ekskluzywnego traktowania, co nie znajduje uzasadnienia w świetle art. 61 ust. 1 Konstytucji RP i podważa zaufanie do organów państwa i stosowanego przez nich prawa.

6.2. Błąd co do przesłanek odmowy udzielenia informacji publicznej

Z błędem co do reguł postępowania z dobrem prawnym, jakim jest informacja publiczna, mamy do czynienia w sytuacji błędu co do zaistnienia ustawowych przesłanek odmowy udzielenia informacji publicznej. Prawo dostępu do informacji publicznej podlega bowiem ograniczeniu w zakresie wyznaczonym przez art. 5 u.d.i.p., tj. w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz przepisach o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych (art. 5 ust. 1) lub ze

Kardas, Z problematyki dostępu do akt sprawy w postępowaniu w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* z 2008 r., nr 2, s. 5 i nast.

¹⁰¹ Zob. wyrok WSA w sprawie II SAB/Kr 87/06 z powołaniem na Słownik języka polskiego PWN z 1995 r., t. 2, s. 1022.

¹⁰² Por. W. Odworóż-Sypniewski, Status dokumentów urzędowych stwierdzających przebieg posiedzenia komisji sejmowej, „Przegląd. Sejmowy” z 2004, nr 4, s. 107.

¹⁰³ Wyrok WSA w sprawie II SAB/Kr 88/06. Zob. także załącznik nr 2 pkt 36 ustawy z 22.01.1999 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. z 2005 r., nr 196, poz. 1631 – tj. ze zm.).

¹⁰⁴ Opubl. w SIP LEX nr 144641.

¹⁰⁵ Zob. E. Czarny-Drożdżejko, *Funkcjonowanie prokuratury...*, s. 104.

¹⁰⁶ „Organ nie wyjaśnił bowiem dokładnie stanu faktycznego (...), nie wskazał, jakie fragmenty akt nie mogły być ujawnione z uwagi na określoną tajemnicę ustawowo chronioną, ani nie wskazał tego w uzasadnieniu decyzji. Takie postępowanie uniemożliwia merytoryczną ocenę zasadności wyłączeń”, zob. uzasadnienie wyroku NSA w sprawie II SA 3572/2002.

¹⁰⁷ W trafnym kierunku idą więc rozważania S. Momota, *Przepisy ustawy...*, s. 109.

¹⁰⁸ Por. punkt 3 i 4 uzasadnienia wyroku TK z 3.06.2008 r., K 42/07, opubl. w OTK-A 2008/5/77.

¹⁰⁹ Zob. E. Czarny-Drożdżejko, *Funkcjonowanie prokuratury...*, s. 104.

¹¹⁰ Dz.U. z 2006 r. Nr 97, poz. 673 – tj.

¹¹¹ Naszym zdaniem dla istnienia obowiązku wynikającego z u.d.i.p. nieistotne jest, czy upłynął termin na przekazanie informacji do archiwum państwowego, jeśli informacja jest nadal w posiadaniu podmiotu władzy publicznej.

¹¹² Zob. § 165-174 zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z 23.03.2009 r. w sprawie zakresu działania sekretariatów i innych działów administracji w powszechnych jednostkach organizacyjnych prokuratury (Dz. Urz. MS z 2009 r. Nr 4 poz. 14 ze zm.).

¹¹³ Por. brzmienie art. 5 ust. 1 ustawy o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach.

¹¹⁴ Zob. wyrok WSA w sprawie II SAB/Kr 88/06.

¹¹⁵ Tamże. Odmienne: wyrok NSA z 8.02.2005 r. (OSK 1113/04).

względem na prywatność osoby fizycznej, lub tajemnicę przedsiębiorcy. Uzasadniona odmowa udostępnienia informacji publicznej nie prowadzi do powstania odpowiedzialności karnej z art. 23 u.d.i.p. Natomiast błąd co do okoliczności uzasadniającej odmowę udzielenia informacji publicznej wyłącza umyślność i tym samym uniemożliwia pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności karnej. W tym przypadku sprawca może powoływać się o brak świadomości, że wystąpiła okoliczność uzasadniająca obowiązek udostępnienia informacji publicznej. Ocena świadomości sprawcy co do braku możliwości udostępnienia informacji publicznej zależy od konkretnego przypadku i z całą pewnością będzie dotyczyła niejednoznacznych sytuacji.

W przypadku ustawy o ochronie informacji niejawnych jest to o tyle ułatwione, że o wyłączeniu zadecyduje formalne sklasyfikowanie jedną z czterech klauzul określonych w art. 24 ustawy. Drugorzędną i nieomawianą przez nas sprawą jest zasadność nadania klauzuli tajności, chociaż w perspektywie projektowanych regulacji może stać się to realnym problemem¹¹⁶. Skomplikowane mogą być też stany faktyczne obejmujące informacje dotyczące działalności w podmiotach publicznych osób związanych tajemnicą zawodową, co predysponuje temat do odrębnego opracowania¹¹⁷, na równi z tajemnicą przedsiębiorcy¹¹⁸.

Niewątpliwie najpopularniejszym wątkiem dyskusji nad przesłankami odmowy dostępu do informacji publicznej jest prywatność¹¹⁹ lub ochrona danych osobowych¹²⁰.

Podkreślając potrzebę odrębnego opracowania, zwracamy uwagę, że problem odpowiedzialności karnej z art. 23 u.d.i.p. ma swój „przeciwny biegun” w postaci przepisu karnego art. 51 ustawy z dnia 29.08.1996 r. o ochronie danych osobowych (dalej: u.o.d.o.)¹²¹, przewidującego surowsze zagrożenie sankcją karna¹²². W celu poszanowania prawa do ochrony danych osobowych podmiot zobowiązany na gruncie określonego stanu faktycznego dokonuje oceny kryteriów „bezpośredniej lub po-

średniej” identyfikacji osoby fizycznej (zob. art. 6 u.o.d.o.)¹²³. Istnieje ryzyko, że sprowadzenie „anonimizacji” do usunięcia np. wyłącznie imion i nazwisk, danych teleadresowych może okazać się zabiegiem niewystarczającym, zwłaszcza jeśli w obrębie informacji zbiegają się inne dane ustawowo chronione¹²⁴. Na gruncie skomplikowanych stanów faktycznych okazuje się to tak absorbujące intelektualnie, że ryzyko błędu wzrasta. Z tego samego powodu nie zaskakuje nas kontrowersyjna próba rozciągnięcia pojęcia „przetworzenia” informacji publicznej na czynności obejmujące jej anonimizację¹²⁵. Ten kierunek wykładni obwarowuje prawo do informacji wymogiem „szczególnie istotnego interesu publicznego”, jednak odczytany fałszywie może rodzić pokusę ograniczania dostępu pod pozorem nakładów osobowych, finansowych, czasowych. Z takiego założenia zdawał się też wychodzić WSA w Warszawie, który w uzasadnieniu wyroku z 23.09.2009 r. (II SA/Wa 978/09) dość kategorycznie określił anonimizację jako „wyłącznie techniczną czynność”¹²⁶.

Osoba zobowiązana, motywowana szlachetną potrzebą transparentności życia publicznego nie może posunąć się do innej skrajności, jaką jest udostępnienie informacji publicznej z pominięciem jakichkolwiek ustaleń na okoliczność niezbędnej anonimizacji danych (np. udostępnienie treści decyzji administracyjnej z kompletem wszelkich danych osobowych adresata rozstrzygnięcia zawartych w dokumencie). Patrząc na współczesną organizację pracy podmiotów władzy publicznej, należy przyjąć, że w wielu wypadkach udostępnienie informacji publicznej, przenoszącej w swej treści dane osobowe, będzie następować właśnie poprzez udostępnienie informacji ze zbioru danych (por. art. 7 ust. 1 u.o.d.o.), na który składają się chociażby akta postępowania administracyjnych, cywilnych, karnych, sądownoadministracyjnych.

Artykuł 51 ust. 1 u.o.d.o. posługuje się sformułowaniem „kto administrując zbiorem danych (...)” przez które należy rozumieć administratora danych (będącego osobą fizyczną¹²⁷), a także osobę, która zarządza przetwarzaniem danych osobowych (w tym

¹¹⁶ Zob. projekt ustawy o ochronie informacji niejawnych, opubl. pod adresem http://bip.kprm.gov.pl/kprm/dokumenty/projekty/aktow/prawnych/65_3299.html, podajemy wg stanu na 9 września 2009 r. Projektowana regulacja będzie opierać się na wykładni określonych stanów zagrożenia wymienionych w art. 5 ust. 1-4 projektu, w przeciwieństwie do załącznika nr 1 i 2 obowiązującej ustawy, są to pojęcia niedookreślone. W efekcie klauzulowanie na wszystkich poziomach może zostać dotknięte problemem wiązaniem dotychczas z tajemnicą służbową, a mianowicie granice ochrony mogą być w praktyce wyznaczane kreatywnością lub nadinterpretacją pełnomocnika ochrony informacji (por. M. Polok, Ochrona tajemnicy państwowej i służbowej w polskim systemie prawnym, Warszawa 2006, s. 77). Zob. także B. Banaszak, Opinia z 18 sierpnia 2009 r. Prezydium Rady Legislacyjnej o projekcie ustawy o ochronie informacji niejawnych (RL-0303-31/09), Przegląd Legislacyjny, nr 3/4 (69/70) z 2009 r., s. 317-331.

¹¹⁷ Zob. M. Jabłoński, Udostępnianie informacji..., s. 141.

¹¹⁸ Sformułowanie „tajemnicy przedsiębiorcy” (art. 5 ust. 2 zd. 1 u.d.i.p.) bez zastrzeżeń utożsamia się z pojęciem „tajemnicy przedsiębiorstwa” w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dlatego w tym zakresie odsyłamy do literatury przedmiotu: zob. E. Wojcieszko-Glusko, Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji (w:) J. Barta (red.), Z problematyki praw na dobrach niematerialnych, zeszyt nr 89, Zakamycze 2005, s. 10-34 lub A. Michalak, Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa. Zagadnienia cywilnoprawne, Zakamycze 2006, s. 118-150. Na temat różnic między pojęciami zob. P. Kozłowska – Kalisz, Odpowiedzialność karna za naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, Zakamycze 2006, s. 48-49.

¹¹⁹ Jest to pojęcie szersze od ochrony danych osobowych, co na gruncie u.d.i.p. teoretycznie zwiększa zakres autonomii informacyjnej jednostki, zob. M. Jabłoński, Prywatność jako przesłanka ograniczenia dostępu do informacji publicznej. Dyskusje, Przegląd Prawa i Administracji LXXVI, Wrocław 2007, s. 280.

¹²⁰ Szerzej na ten temat zob. M. Jabłoński, Udostępnianie informacji..., s. 87-91.

¹²¹ Dz.U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 - t.j. ze zm.

¹²² Art. 51 ust. 1 u.o.d.o.: „Kto administrując zbiorem danych lub będąc obowiązany do ochrony danych osobowych, udostępni je lub umożliwi dostęp do nich osobom nieupoważnionym, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”. Ustęp 2: „Jeżeli sprawca działa nieumyślnie, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku”.

¹²³ Zwłaszcza jeśli przyjmiemy, że pojęcie danych osobowych obejmuje także informacje, które w „połączeniu” z danymi spoza zbioru umożliwiają identyfikację. Problem jest nad wyraz czytelny, jeśli podmiot zobowiązany nie ma rozeznania, jakież to informacje spoza jego zbioru, a być może dobrze znane wnioskodawcy, umożliwią identyfikację osoby fizycznej bez niedookreślonych „nadmiernych kosztów” (art. 6 ust. 3 u.o.d.o.), zob. J. Barta, R. Markiewicz, P. Fajgielski, Ochrona danych osobowych. Komentarz, Zakamycze 2004, s. 378-381.

¹²⁴ Sygnalizujemy pewien paradoks: odmowa udostępnienia informacji publicznej ze względu na ochronę danych osobowych następuje w drodze decyzji, aczkolwiek przy popieranym przez nas ujęciu „sprawy publicznej” pozbawianie informacji danych osobowych w drodze czynności materialno-technicznej (np. zamazywanie, usuwanie) może okazać się faktyczną odmową dostępu do informacji. Trudno jednak zaproponować inny kompromis dwóch skrajności (pełnego dostępu albo odmowy dostępu w interesie osób trzecich).

¹²⁵ Zob. J. Drachal, Dostęp do informacji publicznej w praktyce wydziałów informacji sądowej sądów administracyjnych, [w:] Materiały Konferencji „Dostęp do informacji publicznej - rozwój czy stagnacja?” zorganizowanej 6 czerwca 2006 r. przez Instytut Nauk Prawnych PAN, NSA, RPO, Warszawa 2008, s. 85. Odmienne stanowisko zajęła M. Jaśkowska, przyjmując, że nie jest przetwarzaniem informacji usuwanie danych objętych ochroną, zob. M. Jaśkowska, Dostęp do informacji przetworzonej [w:] J. Góral, R. Hauser, M. Sawicka-Jezierczuk, J. Trzeciński, Sądownictwo konstytucyjne gwarantem wolności i praw obywatelskich 1980-2005, Warszawa 2005, s. 229. Na temat „usuwania danych chronionych prawem” zob. wyrok NSA z 17.10.2006 r. (I OSK 1347/05); do tego problemu odniósł się bezpośrednio WSA w Krakowie w wyroku z 30.01.2009 r. (II SA/Kr 1258/08), opubl. w Bazie orzeczeń NSA.

¹²⁶ Opubl. w Bazie Orzeczeń NSA.

¹²⁷ Zgodnie z art. 7 pkt 4 u.o.d.o. administratorem danych jest organ, jednostka organizacyjna, podmiot lub osoba, o których mowa w art. 3, decydujące o celach i środkach przetwarzania danych osobowych. Ze względu na to, że status administratora danych może przysługiwać ww. podmiotom, odpowiedzialności karnej może podlegać konkretna osoba fizyczna, która jest odpowiedzialna za działanie danej osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej.

także przetwarzający, o którym mowa w art. 31 u.o.d.o.), jeżeli zachowanie uznane za karalne w świetle art. 51 u.o.d.o. wynika z powierzonych jej czynności przetwarzania¹²⁸. Ze względu na charakter funkcji pełnionych przez osoby zobowiązane do udostępniania informacji publicznej, pomijamy rozważania na temat osób, które zobowiązano wyłącznie do przetwarzania danych (np. pracownik wykonujący fizyczną ochronę danych osobowych). Interesuje nas sytuacja, w której podmiot zobowiązany ma obowiązek udostępniania informacji publicznej i przetwarzania danych osobowych.

Problematyka bezprawnego udostępnienia danych lub umożliwienia do nich dostępu była przedmiotem oceny zawartej w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 21.11.2007 r. (IV KK 376/07)¹²⁹, który podzielił poglądy piśmiennictwa i uznał, że udostępnienie danych lub umożliwienie do nich dostępu jednej osobie nie wyczerpuje znamion przestępstwa z art. 51 u.o.d.o. Wykładnia językowa art. 51 u.o.d.o. zaprezentowana w powołanym uzasadnieniu została poparta m.in. brzmieniem art. 52 u.o.d.o., w którym ustawodawca używa liczby pojedynczej („osoba nieuprawniona”). W świetle cytowanego poglądu redagowanie BIP łączy się z większym ryzykiem „karnoprawnym”, aniżeli obsługa wnioskowego trybu dostępu do informacji publicznej. Otóż umieszczenie w teledokumentach BIP dokumentów elektronicznych zawierających chronione dane osobowe¹³⁰ oznacza zarazem umożliwienie dostępu nieoznaczonej liczbie zainteresowanych. Nie jest zatem istotne, czy dokument elektroniczny umieszczony w BIP został przez kogokolwiek pobrany do pamięci komputera wysyłającego zapytanie do serwera, na którym znajduje się strona BIP. Dla powstania odpowiedzialności karnej z art. 51 u.o.d.o. wystarczy zaledwie, że istniała taka możliwość. Natomiast udostępnienie w trybie wnioskowym informacji publicznej zawierającej chronione dane osobowe tylko jednej osobie (autorowi wniosku o udostępnienie informacji publicznej) nie pociąga za sobą takich konsekwencji. Argumentacja Sądu Najwyższego w sprawie IV KK 376/07 została słusznie skrytykowana przez A. Herzoga, który podniósł, iż treść art. 51 ust. 1 u.o.d.o. (użycie liczby mnogiej w kontekście znamienia „osobom nieupoważnionym”) nie jest wyrazem celowego działania ustawodawcy, ale jego niekonsekwencji, „by nie rzecz – niechlujstwa językowego”¹³¹. Warto przypomnieć, że w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21.11.2001 r. (I KZP 26/2001)¹³² zgoda odmiennie oceniono użycie liczby mnogiej dla określenia przed-

miotu bezpośredniej ochrony, przedmiotu czynności sprawczej lub środka służącego do popełnienia przestępstwa. Sąd Najwyższy uznał wówczas, że nie oznacza to, iż ustawodawca używa liczby mnogiej w znaczeniu zwrotu „co najmniej dwa”, a więc w celu ograniczenia podstawy odpowiedzialności.

Odnosząc się do obszernej problematyki dot. sfery prywatności, w ślad za wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 20.03.2006 r. (K 17/05)¹³³, uważamy, że prostota podziału na sprawy „prywatne” i „publiczne”¹³⁴ jest nominalna w przypadku osób pełniących funkcje publiczne¹³⁵. Status tych osób powoduje *per se* wyłom w ich prywatności, dlatego w odniesieniu do nich warto postulować się kryteriami zakresu udostępnienia informacji wypracowanymi na tle sprawy K 17/05¹³⁶. Z tych samych powodów nie można zgodzić się z propozycją, aby dane osobowe i informacje publiczne traktować jako informacje rozłączne¹³⁷. Nie jest to możliwe w przypadku osób pełniących funkcje publiczne, a nawet niektórych osób niemających jeszcze takiego statusu¹³⁸.

W przypadku prywatności innych osób naszą uwagę zwraca sugestywny przykład sprawcy zbrodni, który na podstawie u.d.i.p. sięga do akt umorzonych z powodu niewykrycia sprawcy postępowania karnego w sprawie o zabójstwo po szczególnie okrutnym zgwałceniu¹³⁹. Niemniej jednak pamiętajmy, że stosunek emocjonalny osoby żyjącej do zmarłej ofiary może, przynajmniej w pewnych wypadkach¹⁴⁰, wyłączyć dostęp do informacji w oparciu o pojemną przesłankę „prywatności”, deprecjonowanej w praktyce przez problematykę ochrony danych osobowych właściwych „tylko” osobom żyjącym. Przyjmuje się, że wyróżnikiem „prawa do prywatności” jest m.in. prawo do odosobnienia (*right to be let alone*)¹⁴¹ identyfikowane z wolnością od ingerencji zewnętrznej¹⁴². Na poziomie konstytucyjnym prywatność ma bardzo szerokie podstawy, skoro jest chroniona „wieloaspektowo i obejmuje kilka praw oraz wolności – określonych w art. 47-51 Konstytucji”¹⁴³. Potwierdza to słuszny postulat szczególnej dokładności w argumentowaniu odmowy dostępu do informa-

¹²⁸ Opubl. w OTK-A 2006/3/30 oraz w bazie orzeczeń TK (www.trybunal.gov.pl).

¹²⁹ H. Izdebski, Ustawa z dnia 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej. Komentarz, (w:) Dostęp do informacji publicznej. Wdrażanie ustawy, praca zespołowa pod red. Prof. Huberta Izdebskiego, Warszawa 2001, s. 26.

¹³⁰ Obszernie na ten temat pisze M. Bernaczyk, Obowiązek bezwnioskowego udostępniania..., s. 59-75.

¹³¹ Zob. punkt 5.3.1. uzasadnienia wyroku TK w sprawie K 17/05.

¹³² E. Czarny-Drożdziejko, Funkcjonowanie prokuratury..., s. 91.

¹³³ Por. uwagi na temat retencji danych osobowych w BIP, M. Bernaczyk, Dostęp do informacji o naborze kandydatów do zatrudnienia na wolne stanowiska. Wybrane zagadnienia. Ustawodawstwo i orzecznictwo [w:] Ubezpieczenia w rolnictwie. Materiały i studia, kwartalnik 34/2009, s. 79-89.

¹³⁴ S. Momot, Przepisy karne..., s. 113.

¹³⁵ Por. S. Rudnicki, Prawo do grobu. Zagadnienia cywilistyczne, Zakamycze 1999, s. 18-27.

¹³⁶ Po upływie 120 lat w kolebce prawa do prywatności (USA) nadal istnieją problemy z uzyskaniem definicji tego prawa. Uznaje się to za niemożliwe, zob. J.D. Sieńczyło-Chlabicz, Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę. Analiza cywilnoprawna, Zakamycze 2006, s. 75 i 98.

¹³⁷ A. Szpunar określił prawo do ochrony życia prywatnego jako „prawo, na podstawie którego każdy może domagać się, aby nieuprawnione osoby nie mieszały się do jego życia prywatnego, zwłaszcza przez rozpowszechnianie wiadomości, choćby nieprawdziwych”; zob. A. Szpunar, O ochronie sfery życia prywatnego, NP 1982, nr 3-4, s. 5; podają za J.D. Sieńczyło-Chlabicz, Naruszenie prywatności osób publicznych..., s. 98. Praktycznie na temat prywatności zob. K. Wygoda, Informacje w mediach dotyczące osób pełniących funkcje publiczne, (w:) Materiały Konferencji „Dostęp do informacji publicznej – rozwój czy stagnacja?” zorganizowanej 6 czerwca 2006 r. przez Instytut Nauk Prawnych PAN, NSA i RPO, Warszawa 2008, s. 102-108.

¹³⁸ Zob. pkt. 5 uzasadnienia wyroku TK z 23.06.2009, K 54/07, opubl. w OTK-A z 2009/6/86. Odmienne E. Czarny-Drożdziejko, która uważa, że ochrona danych osobowych nie wchodzi w zakres prywatności, E. Czarny-Drożdziejko, Funkcjonowanie prokuratury..., s. 91.

¹²⁸ W uzasadnieniu postanowienia SN z 11.12.2000 r. (II KKN 438/00) stwierdzono, że „na gruncie ustawy o ochronie danych osobowych administratorem danych osobowych jest jedynie ten podmiot, który decyduje o celach i środkach przetwarzania tych danych (art. 7 pkt 4 ustawy), natomiast administrującym – także taki podmiot, który zarządza, zawiaduje (zob. Słownik poprawnej polszczyzny, pod red. W. Doroszewskiego, Warszawa 1994, s. 4) zbiorem danych (art. 50, 51, 54) lub danymi (art. 52) w procesie ich przetwarzania (...), w tym i powierzono mu w trybie wskazanym w art. 31 tej ustawy z tym zastrzeżeniem, że odpowiedzialność karna administrującego niebędącego administratorem danych wchodzi w rachubę, gdy jego zachowanie – uznane za karalne przez ustawę – wynika z powierzonych mu czynności przetwarzania danych”.

¹²⁹ Opubl. w SIP Lex nr 351219.

¹³⁰ Zob. wyrok WSA w Warszawie (II SA/Wa 1177/08), opubl. w Bazie Orzeczeń NSA dot. usunięcia ze strony Gminy P. danych osobowych państwa E. i Z. W. w zakresie ich imion i nazwisk, adresu zamieszkania zawartych w uchwale gminy

¹³¹ A. Herzog, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2007 r., sygn. IV KK 376/07, „Prokuratura i Prawo” z 2008 r., nr 11, s. 167. Autor podnosi: „jest zatem absurdalnym przyjęcie, iż sprawca, który nie dopełnia obowiązku zabezpieczenia danych przed ich zabraniem przez jedną osobę nieuprawnioną (...), podlega odpowiedzialności karnej, gdy tymczasem sprawca, który umyślnie udostępnił takie dane jednej nieuprawnionej osobie, miałby nie ponosić żadnej odpowiedzialności. Z punktu widzenia przedmiotu ochrony całkowicie obojętne jest bowiem, czy dane osobowe udostępniono jednej osobie nieupoważnionej, czy też dwóm lub więcej osobom”, tamże, s. 166.

¹³² OSNKW 2002, nr 1-2, poz. 4, opubl. w SIP Lex nr 49484.

cji¹⁴⁴. Uważamy więc, że zwłaszcza na obszarze „prywatności” od „rozważ i umiejętności stosowania prawa”¹⁴⁵ będzie zależał praktyczne wykorzystanie tej przesłanki.

Jeśli idzie o błąd co do faktu posiadania informacji publicznej, wydawać by się mogło, że brak świadomości jest tu rzadkim zjawiskiem. Wszak każdy powinien wiedzieć, jakie informacje istnieją w jego otoczeniu służbowym. Odsyłamy w tym miejscu do wcześniejszych uwag i przykładów w pierwszej części artykułu dot. braku skutecznych prawnych środków weryfikacji posiadania informacji publicznej. Wskazujemy jednak, że ryzyko błędu będzie wzrastać wprost proporcjonalnie do ilości wytwarzanych i gromadzonych informacji. Z tego powodu niemniej istotnym zagadnieniem są sposoby utrwalenia informacji i narzędzia jej przetwarzania, a także wewnętrzny obieg „meta-informacji” ułatwiający ustalenie, jakież to informacje są w posiadaniu zobowiązanego. Wystarczy wspomnieć, że informacja publiczna może przybrać postać ustnego stanowiska funkcjonariusza (art. 6 ust. 1 pkt 4 lit. „b” u.d.i.p.), o którego istnieniu osoba zobowiązana do obsługi wniosków nie musi wcale wiedzieć.

Z błędem co do podmiotu czynu zabronionego, mamy do czynienia, gdy sprawca nie ma świadomości „bycia zobowiązanym” do udostępnienia informacji publicznej. Brak świadomości może wynikać z tego, że sprawca nie zdaje sobie sprawy z charakteru swej jednostki organizacyjnej na tle art. 4 ust. 1 i 2 u.d.i.p. (wyjaśniliśmy to szczegółowo podczas analizy podmiotu czynu zabronionego). Możliwa jest też sytuacja, że sprawca zdaje sobie sprawę, że struktura, w której działa, jest podmiotem „władzy publicznej” lub „innym podmiotem wykonującym zadania publiczne”, ale błąd tkwi w tym, że w konkretnym układzie organizacyjnym nie zdaje sobie sprawy, iż właśnie do jego obowiązków służbowych należy udostępnianie informacji publicznej. Kto zatem nie wie, że jest obowiązany do udostępniania informacji publicznej, nie będzie odpowiadał za występki umyślne, bowiem pozostaje w błędzie co do okoliczności stanowiącej ustawowe znamię czynu zabronionego. O ile w stosunku do osób pełniących funkcje kierownicze trudno o brak świadomości w tym zakresie, to w stosunku do podwładnych można przyjąć, iż mogą nie być świadomi obowiązków informacyjnych powiązanych z zajmowanym stanowiskiem, zwłaszcza w początkowym okresie pełnienia funkcji.

7. Zagrożenie karą i środkami karnymi

Występek z art. 23 u.d.i.p. jest zagrożony grzywną, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.

Z uwagi na alternatywne zagrożenie wymienionymi karami zastosowanie znajdzie dyrektywa preferencji kar wolnościowych z art. 58 § 1 k.k. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli ustawa przewiduje możliwość wyboru rodzaju kary, sąd orzeka karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania tylko wtedy, gdy inna kara lub środek karny nie może spełnić celów kary. Ustawowe zagrożenie pozwala również na skorzystanie z art. 59 k.k., umożliwiającego sądowi odstępnie od wymierzenia kary, jeżeli orzeka równocześnie środek karny, a cele kary zostaną przez ten środek spełnione. Idąc dalej, odstępnie od

wymierzenia kary daje podstawę do orzeczenia środka karnego w postaci świadczenia pieniężnego na określony cel społeczny na podstawie art. 49 § 1 k.k.

Zgodnie z tym przepisem, odstępnie od wymierzenia kary, także w wypadkach wskazanych w ustawie, sąd może orzec świadczenie pieniężne wymienione w art. 39 pkt 7 k.k. na rzecz instytucji, stowarzyszenia, fundacji lub organizacji społecznej, wpisanej do wykazu prowadzonego przez Ministra Sprawiedliwości, której podstawowym zadaniem lub celem statutowym jest spełnianie świadczeń na określony cel społeczny, bezpośrednio związany z ochroną dobra naruszonego lub zagrożonego przestępstwem, za które skazano sprawcę, z przeznaczeniem na ten cel¹⁴⁶.

Do sprawcy może mieć zastosowanie także instytucja warunkowego umorzenia postępowania karnego z art. 66 k.k. Sygnalizujemy, że w kręgu sprawców mogą znaleźć się m.in. pracownicy administracji samorządowej albo członkowie korpusu służby cywilnej, a instytucja warunkowego umorzenia postępowania karnego pozwala im zachować zatrudnienie w podmiocie władzy publicznej. Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 21.11.2008 r. o pracownikach samorządowych, pracownikiem samorządowym zatrudnionym na podstawie wyboru lub powołania nie może być osoba skazana prawomocnym wyrokiem sądu za umyślne przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego¹⁴⁷. Podobne obostrzenie znajdujemy w art. 4 punkt 3 ustawy z 21.11.2008 r. o służbie cywilnej. W uchwale z dnia 22.12.1993 r. (I KZP 34/93) SN stwierdził, że warunkowe umorzenie postępowania, chociaż zakłada winę oskarżonego, nie jest jednak skazaniem¹⁴⁸.

Możliwe, a zarazem wskazane w szczególnie drastycznych przypadkach, byłoby orzeczenie środka karnego w postaci zakazu zajmowania określonego stanowiska wymienionego w art. 39 pkt 2 k.k. Zgodnie z art. 41 § 1 k.k. „sąd może orzec zakaz zajmowania określonego stanowiska (...), jeżeli sprawca nadużył przy popełnieniu przestępstwa stanowiska albo okazał, że dalsze zajmowanie stanowiska (...) zagraża istotnym dobrom chronionym prawem”.

Wskazane byłoby także orzekanie środka karnego w postaci podania wyroku do publicznej wiadomości (art. 39 pkt 8 k.k.). Po nowelizacji z 2005 r.¹⁴⁹ sąd może orzec podanie wyroku do publicznej wiadomości w określony sposób, jeżeli uzna to za celowe, w szczególności ze względu na społeczne oddziaływanie skazania, o ile nie narusza to interesu pokrzywdzonego (art. 50 k.k.). Zastosowanie tego środka mogłoby pozytywnie wpłynąć na sprawcę, jak i wzmocnić ogólnoprewencyjny efekt orzeczonej kary. Być może służyłoby to również „sanacji” tych podmiotów władzy publicznej, które uległy skompromitowaniu konsekwentnym i bezzasadnym ograniczaniem prawa do informacji.

8. Zakończenie

¹⁴⁶ Wymagałoby to odszukania podmiotów działającym na rzecz jawności działania władz publicznych, kształtowania społeczeństwa obywatelskiego, ew. wolności prasy i innych środków społecznego przekazu (np. Stowarzyszenie Liderów Lokalnych Grup Obywatelskich zarejestrowane w KRS pod nr 0000181348, podajemy wg. stanu na 23.03.2010 r.).

¹⁴⁷ Takiego obostrzenia nie zawiera już ustawa z 16.09.1982 r. o pracownikach urzędów państwowych, posługując się jednak przesłanką „nieskazitelności charakteru” (art. 3 punkt 3 ustawy). Zob. także ustęp 3 art. 99 Konstytucji RP dodany ustawą z dnia 7.05.2009 r. o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2009 r., nr 114, poz. 946).

¹⁴⁸ OSNKW 1994/1-2, poz. 9. Por. także wyrok SN z dnia 8 stycznia 2003 r., (III RN 236/01), opubl. w OSNP 2004/3/40.

¹⁴⁹ Ustawa z 27.07.2005 r. (Dz.U. z 2005 r. Nr 163 poz. 1363).

¹⁴⁴ S. Momot, Przepisy karne..., s. 124.

¹⁴⁵ Tamże, s. 113.

Odpowiedzialność karną z art. 23 u.d.i.p. można omówić szerzej, wykraczając daleko poza problematykę ustawowych znamion czynu zabronionego. Świadomi ograniczeń niniejszego artykułu, pozostawiamy do odrębnej analizy kwestię winy sprawcy oraz problem społeczny szkodliwości omawianego czynu. Ta ostatnia doczekała się wypowiedzi Sądu Najwyższego na tle art. 23 u.d.i.p.¹⁵⁰. Poza sugestią o braku zróżnicowania na informację „mniejszej” lub „większej wagi”¹⁵¹, oraz pozostawieniu „okoliczności, odnoszących się do wartości (wagi, znaczenia) nieudzielonej (...) informacji publicznej”¹⁵² dyrektywom sądowego wymiaru kary, orzeczenie SN nie wprowadziło *novum* w ocenie stopnia społecznej szkodliwości. Cechy indywidualne czynu, wymienione w art. 115 § 2 k.k., zadecydują o stopniu społecznej szkodliwości i przy atypowym wystąpieniu okoliczności zmniejszających społeczną szkodliwość mogą spowodować, że osiągnięty stopień znikomy wyłącza karygodność czynu¹⁵³.

Dalsze analizy wypadłoby poczynić, jeżeli ujawnią się potrzeby praktyki, natomiast wiele wskazuje, że obywatele dopiero „uczą się” treści uprawnień wynikających z u.d.i.p. Mimo zauważalnych trudności w jej stosowaniu, szeregu sporów sądowych, zgadzamy się z poglądem M. Jabłońskiego, że ustawa przetrwała próbę czasu, skoro „żyje i daje się stosować”¹⁵⁴. Dla sądów i prokuratur najbardziej dokuczliwy jest grzech pierworodny ustawy spowodowany brakiem refleksji ustawodawcy nad potrzebą systemowej synchronizacji przepisów u.d.i.p. z odrębnymi przepisami o postępowaniu w sprawie¹⁵⁵. Wcześniej wykazaliśmy, że obecne próby określenia tej relacji wymagają złożonych zabiegów interpretacyjnych. W perspektywie czasu może to spowodować, że same organy ochrony prawa do informacji zaczną postrzegać u.d.i.p. jako akt „trudny i zbędny”. Problem możemy rozwiązać poprzez nowelizację poszczególnych ustaw proceduralnych pod kątem wykonania art. 61 ust. 4 Konstytucji i całkowitym wyłączeniu zastosowania u.d.i.p. Chodzi więc o refleksję nad nowymi rozwiązaniami, które będą stanowić uszczegółowienie konstytucyjnego prawa do informacji, a nie „wartość dodaną” do istniejącej regulacji w zakresie dostępu do akt. Wszak ta ostatnia ma często więcej wspólnego z prawem do obrony lub prawem do sądu (zasady sprawiedliwości proceduralnej), aniżeli z prawem do informacji publicznej. Można też zdać się na aktywizm sądów administracyjnych, powszechnych i stabilizowanie poszczególnych konstrukcji jurydyczno-doktrynalnych, co jak się zdaje, przebiega już od chwili wejścia u.d.i.p. w życie, „znajdując oparcie w wartościach konstytucyjnych oraz idei jawności działalności państwa”¹⁵⁶. Pytanie, czy w społeczeństwie i we władzach publicznych starczy na to cierpliwości. W piśmiennictwie już pojawiło się negatywistyczne podejście do ustawowej konkretyzacji art. 61 Konstytucji¹⁵⁷, chociaż odmienne są motywy kry-

tyki¹⁵⁸, a niektóre przykłady popierające zmiany prawa nakazują zastanowić się nad potencjałem istniejącego stanu prawnego¹⁵⁹.

Omawiane problemy, mające kapitalne znaczenie dla kwalifikacji karnoprawnej, wynikają z niskiej i wciąż kształtującej się świadomości obywatelskiej oraz poczucia służby publicznej. W relatywnie młodej demokracji, zaufanie do władzy publicznej, jest wciąż zjawiskiem deficytowym, dlatego nie dziwimy się, że prawo do informacji staje się czasem narzędziem „walki” z władzą publiczną¹⁶⁰, połączonej z instrumentalnym traktowaniem organów ścigania, w której uzyskanie informacji ma najmniejsze znaczenie. Obrazu prawa do informacji nie można jednak budować na incydentalnych skrajnościach, skoro nie prowadzi się badań ani nie monitoruje wszystkich tych czynności podjętych w trybie u.d.i.p., dzięki którym zainteresowani uzyskali informację lub nawiązali nić porozumienia z władzą publiczną. Osiągnięty stan modelowy z reguły pozostaje „anonimowy”, podczas gdy uwagę absorbują skrajności. Abraham Lincoln stwierdził niegdyś: „niech naród pozna fakty, a kraj będzie bezpieczny”¹⁶¹. Informacja „politycznie” niekorzystna, lecz udostępniona zainteresowanym, w ostatecznym rozrachunku stanie się spoiwem młodej polskiej demokracji. Wyrażamy nadzieję, że art. 23 u.d.i.p. będzie postrzegany jako przesłanka budowy społeczeństwa obywatelskiego opartego na wiedzy, wobec której prokuratura i sądy nie pozostaną obojętne.

¹⁵⁰ Postanowienie SN z 20.07.2007 r., III KK 74/07, SIP LEX nr 323657.

¹⁵¹ Na etapie postępowania przygotowawczego – mimo zaistnienia przesłanki z art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k. – powątpiewamy w skłonność organu prowadzącego postępowanie do oceny stopnia społecznej szkodliwości z punktu widzenia rodzaju i charakteru naruszonego dobra lub też wagi naruszonych przez sprawcę obowiązków.

¹⁵² Zob. uzasadnienie postanowienie w sprawie III KK 74/07.

¹⁵³ K. Buchała, A. Zoll, Kodeks karny, Część ogólna, Komentarz do art. 1-116 Kodeksu karnego, Zakamycze 2000, s. 22.

¹⁵⁴ M. Jabłoński, Udostępnianie informacji..., s. 261.

¹⁵⁵ M. Jabłoński, Udostępnianie informacji..., s. 263.

¹⁵⁶ Tamże, s. 262.

¹⁵⁷ Zob. K. Complak, Normy pierwszego rozdziału Konstytucji RP, Seria Prawo CCCL, Wrocław 2007, s. 192. Zob. także K. Działocha, (red.), Podstawowe problemy stosowania

Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Raport końcowy z badań, Warszawa 2006, s. 57.

¹⁵⁸ Dla nauki prawa konstytucyjnego zasadniczym motywem zdaje się być przede wszystkim zwiększenie dostępu do informacji, podczas gdy pośród osób analizujących ustrój poszczególnych organów odnotowuje się chęć ustanowienia ograniczeń prawa do informacji.

¹⁵⁹ Opisany przez E. Czarny-Drożdżejko przykład podejrzanego „w sprawie umorzonej”, „który dowiadyuje się, kto przeciwko niemu składał zeznania, kto złożył doniesienie”, aby się zemścić wzbudza wątpliwości na tle przepisów k.p.k.; zob. E. Czarny-Drożdżejko, Funkcjonowanie prokuratury..., s. 108. Podejrzanym będącym stroną postępowania przygotowawczego ma prawo wglądu do akt na podstawie art. 156 § 5 zdanie pierwsze k.p.k. Natomiast, gdyby z jakichkolwiek względów rozpatrzył wniosek takiej osoby w trybie u.d.i.p., to osoby trzecie będą korzystały z ochrony przewidzianej w art. 5 ust. 1 i 2 u.d.i.p. Tak też S. Momot, Przepisy ustawy..., s. 113.

¹⁶⁰ O zjawiskach i zalecanych metodach postępowania piszą M. Bernaczyk, M. Jabłoński, Wnioskowy tryb udostępnienia..., s. 5-8.

¹⁶¹ J. Klosek, The right to know. Your guide to using and defending Freedom of Information Law in the United States, Santa Barbara-Denver-Oxford, 2009, s. 1.

RECENZJE

DR GABRIELA BAR

RECENZJA MONOGRAFII AUTORSTWA DRA TOMASZA ROMANA SMUSA PT. „SPEŁNIANIE ŚWIADCZEŃ PIENIĘŻNYCH ZA POMOCĄ PIENIĄDZA ELEKTRONICZNEGO”

WYDAWNICTWO C.H. BECK, WARSZAWA 2010

Monografia dra Tomasza Romana Smusa, zatytułowana „Spełnianie świadczeń pieniężnych za pomocą pieniądza elektronicznego” poświęcona jest różnorodnym zagadnieniom związanym z dokonywaniem zapłaty pieniądzem elektronicznym. Autor rozpoczyna od omówienia zagadnień ogólnych z zakresu prawa zobowiązań dotyczących świadczenia, w tym w szczególności świadczenia pieniężnego oraz istoty pieniądza w ogóle. W rozdziale drugim przedstawia rozważania dotyczące istoty, natury prawnej i klasyfikacji pieniądza elektronicznego, m.in. abstrakcyjności jednostki pieniężnej, różnic pomiędzy zapłatą gotówką, a zapłatą pieniądzem bankowym, bezgotówkowym, definicji i rodzajów pieniądza elektronicznego (ang. hardware based e-money i software based e-money).

Kluczowy ze względu na brzmienie tytułu monografii jest jej rozdział trzeci, poświęcony spełnieniu świadczenia pieniądzem elektronicznym, w którym Autor opisuje ewolucje form płatności, w wyniku których następuje wykonanie zobowiązania, kwestie związane z umorzeniem długu poprzez zapłatę pieniądzem elektronicznym, konstrukcję prawną dokonania płatności z użyciem e-pieniądza (odwołując się z tym zakresie w szczególności do ustawy z dnia 12 września 2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych¹, role poszczególnych uczestników transakcji z użyciem pieniądza elektronicznego (wydawcy, posiadacza, akceptanta) i sposoby zapłaty tym instrumentem płatniczym, wreszcie zadatek dawany w e-pieniądzu. W części szóstej omawianego rozdziału, zatytułowanej „Pieniądz elektroniczny a konstrukcja zapłaty”, Autor analizuje mechanizm prawny wykorzystywany w procesie zapłaty pieniądzem elektronicznym, przedstawiając ważniejsze poglądy doktryny na tę kwestię, nie zajmując jednak jednoznacznie własnego stanowiska. Rozdział trzeci kończy omówienie zasad obrotu pieniężnego: zasady nominalizmu, waloryzacji i walutowości.

Rozdział czwarty zatytułowany „Porządek prawny zdarzeń prawnych z udziałem pieniądza elektronicznego” zawiera zagadnienia o charakterze – co najmniej częściowo – publicznoprawnym, uregulowane w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe² oraz ustawie o elektronicznych instrumentach płatniczych, związane m.in. z wydawaniem pieniądza elektronicznego i jego przyjmowaniem jako środka płatniczego, wymianą e-pieniądza na pieniądz gotówkowy, stosunkami występującymi przy zapłacie pieniądzem elektronicznym pomiędzy posiadaczem, akceptantem a wydawcą oraz odpowiedzialnością cywilną tych podmiotów.

W kolejnym, piątym rozdziale swojej monografii Autor porusza zagadnienia dotyczące odpowiedzialności karnej związanej z niezgodnym z prawem używaniem elektronicznych pieniędzy, a także konsekwencji utraty jednostek pieniądza elektronicznego. W powołanym rozdziale Autor wypowiada się także na temat miejsca i momentu spełnienia świadczenia pieniężnego wskazując, iż miejscem spełnienia świadczenia pieniężnego będzie miejsce zamieszkania lub siedziba akceptanta. Jeśli zaś chodzi o moment spełnienia świadczenia pieniężnego pieniądzem elektronicznym, Autor wydaje się opowiadać za poglądem, iż będzie to moment zapisania elektronicznej informacji o wartości e-pieniądza na instrumencie odbiorczym akceptanta.

Przedostatni rozdział omawianej publikacji ma charakter prawno-porównawczy, bowiem Autor przedstawia w nim regulacje prawne pieniądza elektronicznego w wybranych państwach europejskich: Austrii, Niemczech, Belgii, Francji, Hiszpanii, Holandii, Norwegii, Szwajcarii, Wielkiej Brytanii i Włoszech.

W ostatnim, siódmym rozdziale Autor opisuje cechy, funkcje i techniczne aspekty używania pieniądza elektronicznego, w szczególności prezentuje idealny system elektronicznej gotówki – w pełni anonimowy i uniwersalny oraz faktyczną implementację e-pieniądza w istniejących systemach.

Całość poprzedzona jest Wstępem, w którym Autor m.in. uzasadnia wybór tematu swojej monografii przemianami technologicznymi i społecznymi, które wywierają ogromny wpływ na sposób regulowania zobowiązań pieniężnych oraz przedstawia pokrótce zawartość monografii. Zakończenie zaś stanowi podsumowanie wcześniejszych rozważań, zawiera ocenę aktualnego stanu prawodawstwa, dotyczącego pieniądza elektronicznego oraz wnioski *de lege ferenda*.

Nie ulega wątpliwości, iż poruszona przez Autora tematyka zasługuje na uczynienie z niej przedmiotu monografii prawniczej, gdyż problemy prawne związane z dokonywaniem płatności elektronicznymi instrumentami płatniczymi zyskują na znaczeniu praktycznym, zarówno w obrocie profesjonalnym jak i konsumenckim. Można mieć jednak pewne zastrzeżenia, co do trafności wyboru tytułu monografii i jego adekwatności do zawartości tej publikacji. W mojej ocenie zawiera ona materiał obejmujący zagadnienia dużo szersze, niż tylko kwestie związane z prawem zobowiązań, w szczególności – spełnieniem świadczenia pieniężnego. Już rozdział czwarty pt. „Porządek prawny zdarzeń prawnych z udziałem pieniądza elektronicznego” zawiera w przeważającej mierze rozważania dotyczące zagadnień o charakterze publicznoprawnym, związanych z rynkiem finansowym. Ponadto niemal cały rozdział piąty, zatytułowany „Odpowiedzialność prawna podczas używania pieniądza elektronicznego”, poświęcony jest regulacjom prawa

¹ Dz. U. Nr 169, poz. 1385 z późn. zm.

² Tekst jednolity: Dz. U. 2002 r. Nr 72 poz. 665 z późn. zm.

publicznego, w szczególności ustawy z dnia 16 listopada 2000r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu³, a także niektórym przestępstwom przeciwko obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi. W ramach obranego przez Autora tytułu nie do końca mieści się także kwestia zadatku. W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się bowiem, że zadatek oznacza sumę pieniężną lub rzecz, którą jedna strona przekazuje drugiej przy zawarciu umowy jako znak zawartego porozumienia. Zadatek może także pełnić funkcję zabezpieczenia spełnienia przyszłego świadczenia⁴ – zastawu lub kaucji⁵ (w szczególności na zabezpieczenie przewidzianej w umowie kary umownej), szczególnej sankcji na wypadek niewykonania umowy przez którąkolwiek ze stron lub wreszcie odstępnego (art. 396 k.c.)⁶. Za umieszczeniem rozważań o zadatku w monografii poświęconej spełnieniu świadczenia może przemawiać okoliczność, iż dopuszczalne jest, by strony umówiły się, iż zadatek wręczany przy zawarciu umowy będzie stanowił zaliczkę na poczet świadczenia⁷, tj. częściowe spełnienie świadczenia przez jedną ze stron przed nadejściem terminu jego wymagalności lub przed otrzymaniem świadczenia drugiej strony⁸.

Wiele miejsca Autor poświęca analizie zagadnień związanych z przechowywaniem wartości elektronicznych przez instytucje niebankowe, konkludując w Zakończeniu, iż brak odpowiednich regulacji w tym zakresie otwiera zbyt szerokie możliwości dla nowych, często „agresywnych” uczestników rynków finansowych, których działania mogą być szkodliwe dla stabilności systemów finansowych. Dokonuje także oceny standardów posługiwania się elektronicznym pieniądzem w ramach różnych systemów tego instrumentu oraz bezpieczeństwa transakcji dokonywanych z użyciem e-piędąza, gwarantowane m.in. poprzez odpowiednie regulacje prawne, jak i stabilność instytucji wydających jednostki pieniądza elektronicznego, co także nie mieści się w tematyce spełniania świadczeń pieniężnych.

Z powyższych względów bardziej adekwatnym – w mojej ocenie – byłby tytuł zakreślony szerzej, np. „Zapłata dokonywana pieniądzem elektronicznym – prawne problemy”, a nawet „Pieniądz elektroniczny – prawne problemy.”

Układ monografii i kolejność przedstawianych przez Autora zagadnień może budzić zastrzeżenia o tyle, iż wydaje się, że omówienie zagadnień związanych z miejscem i momentem spełnienia świadczenia pieniężnego powinno się znaleźć w rozdziale trzecim, dotyczącym spełnienia świadczenia pieniężnego pieniądzem elektronicznym, a nie w piątym po zagadnieniach związanych z penalizacją określonych czynów dotyczących elektronicznych pieniędzy. Można też dyskutować, czy ostatni rozdział omawianej publikacji nie powinien być raczej jednym z pierwszych, gdyż przedstawia on tło ekonomiczne używania pieniądza elektronicznego, jego funkcje, a także aspekty techniczne, co ułatwia zrozumienie Czytelnikowi istoty i znaczenia pieniądza elektronicznego we współczesnym obrocie gospodarczym.

Na uznanie zasługują rozważania Autora na temat istoty pieniądza i jego rodzajów, zawarte w rozdziale pierwszym omawianej monografii. Wprawdzie są to zagadnienia ogólne z zakresu prawa zobowiązań, ale należy uznać je za niezbędne w tego rodzaju publikacji, a przy tym opisane zostały w sposób precyzyjny, z odwołaniem się do różnorodnych poglądów, wyrażonych w tym zakresie w literaturze polskiej i obcojęzycznej.

Wydaje się, iż bez szkody dla zawartości omawianej publikacji Autor mógł pominąć opisywanie rodzajów świadczeń (rozdział pierwszy, część druga), a bardziej skupić się na analizie świadczenia pieniężnego.

Przy omawianiu istoty e-piędąza zabrakło – w mojej ocenie – odniesienia się do poglądu, który obok pojęcia sumy pieniężnej i jednostki pieniężnej także w odniesieniu do pieniądza elektronicznego, wyróżnia znak pieniężny. W przypadku pieniądza elektronicznego mamy do czynienia z jednostką pieniężną, ale – z uwagi na jego niematerialny charakter – sporne jest czy można w odniesieniu do pieniądza elektronicznego mówić o znaku pieniężnym⁹. W literaturze dla wyjaśnienia możliwości regulowania zobowiązań pieniądzem elektronicznym różni Autorzy posługują się porównaniem do instytucji przekazu lub przelewu (o których to koncepcjach dr Tomasz Smus wspomina na kartach swojej monografii), jednakże przyznanie pieniądзом elektronicznym mocy umarzenia zobowiązań, choćby w ograniczonym zakresie oraz wyróżnienie w pojęciu e-piędąza, elektronicznego znaku pieniężnego, jednostki pieniężnej i sumy pieniężnej pozwala uniknąć skomplikowanych i trudnych w praktycznym stosowaniu konstrukcji wzajemnie ze sobą powiązanych stosunków prawnych. Przy takim rozumieniu pieniądza elektronicznego zapłata następuje, podobnie jak w przypadku tradycyjnego pieniądza, poprzez wydanie i przyjęcie elektronicznego znaku pieniężnego, które to czynności sprowadzają się do otrzymania i przyjęcia odpowiednio zmodyfikowanej informacji cyfrowej¹⁰.

W części czwartej rozdziału drugiego Autor stawia interesującą tezę, a mianowicie, że pieniądz elektroniczny zapisany na instrumencie pieniądza elektronicznego wykazuje podobieństwo do znaków legitymacyjnych lub papierów wartościowych. Wprawdzie zastrzega, iż zasada *numerus clausus* papierów wartościowych wyklucza zakwalifikowanie do tej grupy instrumentu pieniądza elektronicznego, ale nie wyklucza przyjęcia przez niego funkcji legitymacyjnej. Uznanie instrumentu pieniądza elektronicznego za znak legitymacyjny uzależnione jest, według Autora, od przyjęcia twierdzenia, że zapis odzwierciedla wierzytelność posiadacza e-piędąza w stosunku do jego wydawcy. Wylegitymowanie się owym znakiem następuje względem wydawcy poprzez zapisane na nośniku jednostki pieniądza elektronicznego, akceptowane zarówno przez posiadacza instrumentu pieniądza elektronicznego, jak

³ Tekst jednolity: Dz. U. z 2003, Nr 153 poz.1505 z późn. zm.

⁴ W orz. SN z 16 grudnia 2003 r., II CK 335/2002 „Gazeta Prawna” 2003, nr 252, s. 8, przyjęto, że zadatek może być dany na zabezpieczenie samego zawarcia (a nie wykonania) umowy w razie, gdy to zawarcie stanowi przedmiot rokowania. W głosie do tego orzeczenia R. Pabis (Rejent 2005, nr 7-8, s. 144) zwrócił uwagę, że takie porozumienie prowadzących rokowania stron stanowi odrębną umowę w ramach art. 353¹ k.c., a nie jest dodatkowym zastrzeżeniem do umowy sprzedaży, skoro ta nie doszła do skutku.

⁵ P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 625.

⁶ W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 210.

⁷ Por. orz. SN z 13 lutego 2002r., IV CKN 672/00 wraz z głosem P. Drapały, „Państwo i Prawo” 2003, nr 10, s. 122 i nast. oraz orz. SN z 27 stycznia 2000r., II CKN 707/98, w których SN wskazał na możliwość uznania zadatku w znacznej wysokości lub w wysokości zbliżonej do wartości całego świadczenia za zaliczkę, czyli wpłatę na poczet przyszłego świadczenia.

⁸ P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek (red.), *op.cit.*, s. 625.

⁹ Tak: J. Barta, R. Markiewicz, *Internet a prawo*, Kraków 1998, s. 88. Odmienne: W. Srokosz, *Istota prawna pieniądza elektronicznego*, „Prawo Bankowe” nr 12/2002, s. 72 i nast.

¹⁰ W. Srokosz, *op.cit.*, s. 72.

i przedsiębiorcę przyjmującego płatności w tej formie. W takiej sytuacji zwolnienie z zobowiązania następuje po przedstawieniu jednostek pieniądza elektronicznego do wykupu. Teza ta jednak, choć godna rozważenia, kłóci się z poglądem wyrażonym przez Autora w innym miejscu i który, w mojej ocenie, uznać należy za słuszny: chwilą spełnienia świadczenia pieniężnego za pomocą pieniądza elektronicznego jest chwila przyjęcia pieniądza elektronicznego przez akceptanta (wierzyciela), tj. zapisania go na jego instrumencie pieniądza elektronicznego¹¹. Z chwilą przyjęcia pieniądza elektronicznego przez akceptanta następuje bowiem spełnienie świadczenia przez posiadacza instrumentu pieniądza elektronicznego, do którego to świadczenia był on wobec akceptanta zobowiązany. Nie powinno mieć przy tym znaczenia, że pieniądz elektroniczny nie ma bezwzględnej mocy umarzania zobowiązań pieniężnych. Nie powinno mieć także znaczenia – dla oceny chwili spełnienia świadczenia za pomocą pieniądza elektronicznego – że akceptant dokonuje później u agenta rozliczeniowego wymiany e-pieniądza na pieniądz tradycyjny. Potencjalnie istnieje pewne ryzyko, że agent z pewnych powodów odmówi takiej wymiany, jednakże problem ten dotyczy wyłącznie akceptanta. Zabezpieczenie jego interesów powinna zapewniać odpowiednia umowa zawarta z agentem rozliczeniowym. Akceptant powinien dążyć do tego, aby zobowiązanie agenta rozliczeniowego do wykupu pieniądza elektronicznego i zapłaty akceptantowi było zobowiązaniem o charakterze bezwarunkowym¹².

W rozdziale trzecim zbędne wydaje się omówienie zasady nominalizmu, waloryzacji i walutowości, zwłaszcza, że ta ostatnia nie obowiązuje w polskim prawie od czasu wejścia w życie ustawy z 23 października 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz ustawy – Prawo dewizowe¹³, tj. do 23 stycznia 2009 r. Nadto zaś Autor, opisując owe zasady, nie odnosi się w żaden sposób do pieniądza elektronicznego.

W mojej ocenie w rozdziale trzecim, kluczowym dla całej monografii, zabrakło analizy cywilistycznych aspektów dokonania zapłaty pieniądzem elektronicznym, takich jak swoboda wyboru spełnienia świadczenia e-pieniądzem oraz dopuszczalność zapłaty tym instrumentem płatniczym w celu doprowadzenia do wygaśnięcia zobowiązania. Kontrowersyjne wydaje mi się także stwierdzenie dotyczące powyższych kwestii, a zawarte w Zakończeniu omawianej publikacji, zgodnie z którym „nieprzyznanie elektronicznym znakom pieniężnym funkcji prawnego środka płatniczego, nie pozwala na skuteczną realizację świadczenia pieniężnego na terytorium Polski dlatego, że zawsze może zostać prawnie skutecznie odmówione przejście zapłaty jednostkami pieniądza elektronicznego.”

Podkreślenia wymaga, iż na gruncie prawa zobowiązań tzw. pieniądz bankowy (bezgotówkowy) oraz pieniądz elektroniczny zrównany jest z pieniądzem gotówkowym¹⁴. Wobec tego spełnienie świadczenia pieniężnego może nastąpić w postaci bezgotówkowej, w tym także pieniądzem elektronicznym. Zapłata taka stanowi co do zasady wykonanie zobowiązania, nie jest zaś świadczeniem w miejsce wykonania (art. 453 k.c.)¹⁵. W mojej ocenie pieniądz elektroniczny, jako nośnik określonej wartości, ma moc umarzania zobowiązań pieniężnych, zarówno ze względu na szczegółowe uregulowanie tej instytucji w ustawie – Prawo bankowe oraz ustawie o elektronicznych instrumentach płatniczych, jak i – przede wszystkim – ze względu na charakter prawny świadczenia pieniężnego¹⁶. Przekazanie wierzycielowi odpowiednio zmodyfikowanej informacji cyfrowej, jaką jest pieniądz elektroniczny, stanowi jednocześnie przekazanie mu określonej abstrakcyjnej wartości pieniężnej wyrażonej w jednostkach pieniężnych, a tym samym powoduje umorzenia zobowiązania pieniężnego poprzez zapłatę. Spełnienie świadczenia pieniężnego nie wymaga przecież użycia znaków pieniężnych¹⁷.

Jednocześnie w pełni zgadzam się z tezą postawioną przez Autora, iż pieniądz elektroniczny jest środkiem płatniczym o ograniczonej funkcji. Ograniczenie to wynika nie tylko wprost z art. 32 ustawy o NBP stanowiącej, iż wyłącznie znaki pieniężne emitowane przez Narodowy Bank Polski są prawnym środkiem płatniczym na terenie Polski¹⁸, ale i z faktu, iż umorzenie długu pieniężnego przez przekazanie odpowiedniej liczby znaków pieniężnych (w postaci jednostek pieniądza elektronicznego) jest możliwe tylko wówczas, gdy wierzyciel wyraził zgodę na jego przyjęcie, tytułem zaspokojenia swojego roszczenia.

Oczywistym jest, że przedsiębiorca nie ma obowiązku przyjmowania pieniądza elektronicznego, jeśli nie wyraził na to zgody. Zauważyć jednak należy, iż na zasadach ogólnych (art. 65 k.c.) udzielenia takiej zgody można domniemywać z oświadczeń przedsiębiorcy innych niż te, które zostały zawarte w umowie stron, np. z informacji zamieszczonych przez niego w regulaminie lub w postaci informacji na stronie internetowej lub w stopce poczty elektronicznej kierowanej do drugiej strony. W świetle regulacji art. 11 ustawy o elektronicznych instrumentach płatniczych nie powinno być wątpliwości, czy u danego przedsiębiorcy można dokonać zapłaty pieniądzem elektronicznym, gdyż zgodnie z tym przepisem akceptant oznacza miejsce, w którym prowadzi działalność, w sposób umożliwiający jednoznaczne określenie, przy użyciu jakich elektronicznych instrumentów płatniczych można dokonywać u niego operacji.

Oceniając dopuszczalność spełnienia świadczenia pieniądzem elektronicznym należy się odwołać także do mocy zwyczaju, gdyż upowszechnienie praktyki przyjmowania zapłaty w pieniądzu elektronicznym może spowodować, iż brak wyraźnego sprzeciwu internetowego przedsiębiorcy będzie wystarczający dla uznania dopuszczalności dokonania przez posiadacza w ten sposób zapłaty¹⁹.

¹¹ Tak też: M. Świerczyński, *Wykonanie zobowiązania pieniężnego przez zapłatę pieniądzem elektronicznym*, [w:] J. Barta, R. Markiewicz (red.), *Handel elektroniczny – prawne problemy*, Kraków 2005, s. 306. Według innych poglądów może być to także chwila dokonania stosownych zapisów przez agenta rozliczeniowego, bądź wypłacenia przez agenta pieniądza gotówkowego lub bezgotówkowego na podstawie przedstawionego żądania akceptanta (przedstawienia do wykupu p.e.)

¹² *Ibidem*, s. 307.

¹³ Dz. U. Nr 228, poz. 1506.

¹⁴ Zob. art. 4 pkt 5 Prawa bankowego oraz art. 55-64 ustawy o elektronicznych instrumentach płatniczych.

¹⁵ P. Machnikowski, [w:] E. Gniewek (red.), *op.cit.*, s. 520.

¹⁶ M. Świerczyński, *Wykonanie zobowiązania pieniężnego...*, [w:] J. Barta, R. Markiewicz (red.), *Handel elektroniczny...*, s. 312.

¹⁷ Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 1997, s. 56.

¹⁸ Zgodnie z art. 227 ust. 1 Konstytucji RP i art. 4 ustawy o NBP wyłączne prawo emisji znaków pieniężnych przysługuje Narodowemu Bankowi Polskiemu.

¹⁹ M. Świerczyński, *Wykonanie zobowiązania pieniężnego...*, [w:] J. Barta, R. Markiewicz (red.), *Handel elektroniczny...*, s. 305.

RECENZJE

Ponadto, jeśli do zawarcia umowy dochodzi poprzez przyjęcie oferty przedsiębiorcy, a nie zawiera ona informacji o możliwości dokonywania zapłaty pieniądzem elektronicznym, jednakże możliwość ta wynika z informacji umieszczonych na stronie WWW tego przedsiębiorcy, to należy przyjąć, iż treść oferty modyfikowana jest przez informacje zamieszczone na witrynie internetowej. Nie budzi wątpliwości sytuacja, w której przedsiębiorca przyjmując ofertę jednocześnie oświadcza, że przyjmuje płatność pieniądzem elektronicznym lub, gdy posiadacz instrumentu pieniądza elektronicznego składa (lub przyjmuje) ofertę wypełniając odpowiedni formularz udostępniany online, zaznaczając w nim jako sposób płatności pieniądź elektroniczny.

Podzielałam pogląd Autora w zakresie ustalania czasu i miejsca spełnienia świadczenia pieniądzem elektronicznym. Dokonanie zapłaty pieniądzem elektronicznym powinno nastąpić w miejscu zamieszkania lub siedzibie akceptanta, o ile inaczej nie stanowi umowa, ustawa lub właściwość zobowiązania. W wypadku pieniądza sieciowego miejscem spełnienia świadczenia będzie miejsce, w którym akceptant otrzymuje pieniądź elektroniczny (zwykle będzie to jego siedziba lub miejsce zamieszkania), a nie miejsce, gdzie przekazuje go agentowi rozliczeniowemu do rozliczenia. Podobnie w wypadku zapłaty pieniądzem elektronicznym, zapisanym na karcie przedpłaconej, miejscem spełnienia świadczenia powinna być, co do zasady, siedziba akceptanta lub jego miejsce zamieszkania²⁰. Podzielić należy także pogląd, iż o miejscu spełnienia świadczenia pieniężnego uiszczanego za pomocą pieniądza elektronicznego, w odróżnieniu od zapłaty przelewem bankowym, nie rozstrzyga miejsce rachunku bankowego posiadacza z tego względu, że zapłata pieniądzem elektronicznym nie ma związku z rachunkiem bankowym. Z kolei za moment spełnienia świadczenia pieniężnego pieniądzem elektronicznym należy uznać chwilę zapisania elektronicznej informacji o wartości e-pieniądza na instrumencie odbiorczym akceptanta.

Autor omawianej publikacji pominął, niestety, kwestie związane z terminem spełnienia świadczenia pieniężnego dokonywanego pieniądzem elektronicznym, a i na tym tle rysują się interesujące zagadnienia, o których warto wspomnieć. W wielu transakcjach elektronicznych termin spełnienia świadczenia nie jest określony, co oznacza, że można o nim wnioskować z właściwości zobowiązania (np. już w kilka minut po dokonaniu płatności za pomocą systemu płatności internetowych możliwe jest „ściągnięcie” pliku lub programu dostępnego na stronie internetowej sprzedającego) albo traktować takie zobowiązanie jako bezterminowe i domagać się spełnienia świadczenia poprzez wezwanie dłużnika wykonania zobowiązania. W tym drugim wypadku spełnienie świadczenia winno nastąpić niezwłocznie po wezwaniu dłużnika przez wierzyciela do jego spełnienia (art. 455 k.c.). Podkreślenia wymaga, że o ile w warunkach tradycyjnego obrotu handlowego nie można utożsamiać pojęć „niezwłocznie” i „natychmiastowo”, to w obrocie elektronicznym w szczególności w stosunkach profesjonalnych typu direct e-commerce, spełnienie świadczenia może nastąpić faktycznie natychmiast - nawet w kilka sekund.

W kodeksie cywilnym brakuje adekwatnej dla obrotu bezgotówkowego regulacji dotyczącej spełniania świadczeń pieniężnych w zobowiązaniach wzajemnych. Umówienie się stron, co do zastosowania jednej z form rozliczenia bezgotówkowego przekreśla z istoty swej możliwość równoczesnego spełnienia wzajemnych świadczeń. Niektórzy Autorzy przyjmują, iż w wypadku, gdy jedno ze świadczeń wzajemnych ma być spełnione w formie bezgotówkowej, świadczenie niepieniężne powinno być spełnione w pierwszej kolejności, a natychmiast po nim winno być spełnione świadczenie pieniężne. W takim wypadku dłużnik, zobowiązany do zapłaty winien być przygotowany na to, że otrzymując świadczenie niepieniężne drugiej strony, sam też winien świadczyć²¹. Wydaje się, iż pogląd powyższy nie znajduje odzwierciedlenia w praktyce e-commerce. Nie może dotyczyć on także płatności pieniądzem elektronicznym, gdyż płatność tego rodzaju zbliżona jest funkcjonalnie do zapłaty gotówką²², zatem tu świadczenia powinny być spełnione równocześnie. Poza tym po otrzymaniu pieniądza elektronicznego od posiadacza akceptant nie może skorzystać z uprawnienia z art. 490 k.c., gdyż uzyskanie w prawidłowy sposób pieniądza elektronicznego - odmiennie niż w wypadku zapłaty kartą płatniczą - gwarantuje możliwość rozliczenia przez akceptanta z agentem rozliczeniowym i uzyskania w zamian za e-pieniądz odpowiedniej kwoty gotówki.

Podsumowując stwierdzić należy, iż recenzowana monografia stanowi interesujące i kompleksowe omówienie zagadnień związanych z wydawaniem i posługiwaniem się pieniądzem elektronicznym. Jej wielką zaletą jest interdyscyplinarność, którą rozumiem jako omówienie przez Autora szerokiego spektrum zagadnień związanych nie tylko z prawem cywilnym – prawem zobowiązań, ale i prawem publicznym, w tym finansowym, karnym, a także ekonomicznych i technicznych aspektów dokonywania płatności pieniądzem elektronicznym. Trafnym rozwiązaniem jest również zamieszczenie w przedmiotowej publikacji wykazu orzeczeń oraz indeksu rzeczowego, ułatwiającego Czytelnikowi odszukanie interesujących go kwestii.

²⁰ Tak też: *ibidem*, s. 335.

²¹ Zob. K. Zagrobelny, [w:] E. Gniewek (red.), *op.cit.*, s. 834.

²² M. Świerczyński, *Wykonanie zobowiązania pieniężnego...*, [w:] J. Barta, R. Markiewicz (red.), *Handel elektroniczny...*, s. 334.

DR ADAM HAREŹA

RECENZJA KSIĄŻKI AUTORSTWA JOANNY KULESZY PT. „*IUS INTERNET. MIĘDZY PRAWEM A ETYKĄ*”

WYDAWNICTWA AKADEMICKIE I PROFESJONALNE, WARSZAWA 2010

Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne (WAiP) w ramach serii wydawniczej poruszającej problematykę poświęconą cyberkulturze, internetowi oraz społeczeństwu informacyjnemu, wydały w 2010 r. książkę pt. *Ius internet. Między prawem a etyką*, autorstwa Pani dr Joanny Kuleszy¹. Materia stanowiąca przedmiot rozważań ujętych w niniejszej monografii jest swego rodzaju kontynuacją badań naukowych autorki, która swoim dorobkiem wpisuje się w polski nurt badań nad rolą społeczeństwa informacyjnego, a także nad skutkami (zwłaszcza prawnymi) wykorzystywania internetu w codziennej egzystencji². Internet jest obecnie upatrywany nie tylko jako publiczne medium zapewniające globalną komunikację, lecz jako narzędzie kreujące cyberprzestrzeń wraz z jej nieodzownymi składnikami, które w coraz większym stopniu oddziałują na otaczającą nas rzeczywistość.

Autorka podejmuje próbę rozwinięcia zagadnienia, które jest nie tylko wyzwaniem dla współczesnej jurysprudenckiej, lecz dotyczy kwestii zasadniczej dla dalszego pomyślnego rozwoju stosunków prawnych nawiązywanych za pośrednictwem sieci przez liczne podmioty uczestniczące w elektronicznym obrocie prawnym na całym świecie. W tym kontekście autorka rozważa w jaki sposób skutecznie kształtować zasady (normy) regulujące, zarówno samo funkcjonowanie internetu, jak i wszelkie dobra oraz usługi (nie tylko cyfrowe) przez tą sieć oferowane. Problem dotyczy zarówno sfery podmiotowej (kto ma przymiot suwerena cyberprzestrzeni) oraz przedmiotowej (czyli w jaki sposób regulować i kreować system relacji prawnych). Punktem wyjścia jest bowiem teza stanowiąca o tym, że system normatywny rozpatrywany przez pryzmat realizacji swoich funkcji jest niewydolny w cyberprzestrzeni, w następstwie czego nie można norm prawnych w bezpośredni sposób w niej „zaimplementować”, oczekując tożsamy efektów osiągniętych w świecie rzeczywistym. Przyczyną tego stanu jest sama struktura globalnej sieci, która z jednej strony doskonale ekspozuje proces samorealizacji, charakteryzujący współczesną cywilizację³, z drugiej natomiast poprzez swój aterytorialny, amorficzny i zdecentralizowany charakter znacznie utrudnia sankcjonowanie zachowań wypełniających (w systemach prawa licznych państw) znamiona czynów zabronionych (zwłaszcza przestępnych).

Na samym początku niniejszej recenzji warto przynajmniej lapidarnie przybliżyć dotychczasowe ustalenia doktryny, aby zachowując kontekst ogólnego nurtu rozważań, można było syntetycznie odnieść się do kluczowych konkluzji stawianych przez autorkę.

Wielu użytkowników globalnej sieci nie respektuje, bądź błędnie pojmuje obowiązujące (bez względu na dziedzinę) normy prawne⁴. Stąd zrodziło się przekonanie o potrzebie stworzenia odrębnej sfery prawa – autonomicznej, regulującej stosunki w cyberprzestrzeni⁵. Bardziej prawdopodobne wydają się jednak koncepcje utworzenia międzynarodowego prawa kolizyjnego albo unifikacji prawa na szczeblu międzypaństwowym⁶.

W doktrynie przewiduje się stworzenie nowych rozwiązań prawnych, które mogą polegać na⁷:

- 1) stworzeniu konwencji będącej rodzajem konstytucji, zawierającej przepisy i procedury umożliwiające rozstrzygnięcie podstawowych problemów prawnych związanych z zastosowaniem Internetu;
- 2) wykorzystaniu *per analogiam* już istniejących przepisów regulujących klasyczne instytucje prawa cywilnego oraz publicznego, bądź;
- 3) wielostronnej regulacji „działań prowadzonych w Internecie”.

Współcześnie jurysdykcja w cyberprzestrzeni – pozbawionej desygnatu terytorium, w doktrynie oraz w praktyce orzeczniczej bywa poddawana próbom regulacji przez zastosowanie jurysdykcji terytorialnej obiektywnej (efektywnej), bądź przez wskazanie prawa serwera (systemu prawnego państwa, w którym fizycznie znajduje się urządzenie przechowujące i przesyłające dane) wykorzystując zasadę nadawcy i odbiorcy w celu ustalenia jurysdykcji personalnej użytkowników Internetu albo realizując teorię przestrzeni międzynarodowych z ustaleniem narodowości użytkownika, będącej podstawą wskazania właściwej jurysdykcji sądowej⁸.

W cyberprzestrzeni działają obecnie różne typy norm prawnych i pozaprawnych, wzajemnie się uzupełniające, krzyżujące, a niekiedy konkurujące ze sobą (np. regulacje wewnętrzne obowiązujące w danym czasie i na danym terytorium, przepisy prawa międzynarodowego prywatnego, normy zawarte w regulaminach sieciowych oraz zasady netykiety)⁹. W dalszym ciągu istnieją problemy natury interpretacyjnej. Można zatem pokusić się o postawienie tezy, że internet, ściślej – cyberprzestrzeń, był od początku swego

1 J. Kulesza, *Ius internet. Między prawem a etyką*, Warszawa 2010, Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne, nr ISBN 978-83-7644-080-4, format 148x210 mm, ss. 283.

2 Autorka opublikowała m.in.: *Międzynarodowe prawo Internetu*, Poznań 2010; *Projekt Ramowej Konwencji Internetu*, „Państwo i Prawo”, 2009, nr 9; *Umiejętność zarządzania siecią globalną – konieczność czy fikcja?*, „Monitor Prawniczy”, dodatek Prawo Mediów Elektronicznych, 2008, nr 16.

3 Podobnie jak samoorganizacja gospodarki znamionująca idee wolnego rynku. Por. W. Marciszewski, *Sztuczna inteligencja*, Kraków 1998, s. 165 i nast.

4 Szerzej na ten temat: W. Bielecki, *Jak łamie się prawo w Internecie*, „Prawo i Życie” 1998, nr 23–24, s. 42.

5 Za wzór wskazywano przestrzeń kosmiczną. Szerzej na ten temat: A. Adamski, *Międzynarodowa kontrola cyberprzestrzeni*, [w:] T. Ząsepa (red.) *Internet i nowe technologie – ku społeczeństwu przyszłości*, Częstochowa 2003, s. 521 i nast.

6 Szerzej na ten temat: M. Świerczyński, *Cyberprawo – mity i fakty*, „Prawo i Życie” 2001, nr 27, s. 27.

7 Por. M.M. Kenig-Witkowska, *Niektóre zagadnienia prawnomiędzynarodowej regulacji Internetu*, „Państwo i Prawo” 2001, z. 9, s. 57 i nast.

8 Szerzej na ten temat: J. Czekalska, *Jurysdykcja w cyberprzestrzeni a teoria przestrzeni międzynarodowych*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 11, s. 75–80.

9 Szerzej na ten temat: J. Jabłońska-Bonca, *Normy obowiązujące w cyberprzestrzeni*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2000, t. VII, s. 212 i nast.

istnienia obszarem pozbawionym mechanizmów kontrolnych, barier oraz „realnych” metod kompleksowej ochrony. Jedynym prawdziwym ograniczeniem w korzystaniu z zasobów internetu są możliwości percepcyjne człowieka.

W literaturze pojawił się również termin *Legis Informaticae*, który powstał „w drodze decyzji jednostronnych, w ramach systemów DRM¹⁰, będący zaaprobowanym przez państwo sposobem wzmocnienia pozycji uprawnionych z tytułu praw własności intelektualnej. Państwo stworzyło w tym wypadku warunki dla rozwoju prywatnej legislacji. Powstała złożona konstrukcja [...] Po pierwsze – prawo tradycyjnie chroni dobra własności intelektualnej [...] po drugie, środki techniczne przeciwdziałają naruszeniom tego prawa, po trzecie prawo chroni zabezpieczenia techniczne przez próbami ich omijania. Inne zespoły norm *lex informaticae* (np. w ramach ICANN) można porównać do konstrukcji hybrydowej – zbioru reguł powstających przy współpracy organizacji globalnego społeczeństwa obywatelskiego, organizacji technicznych, rynku i podmiotów publicznych, np. organizacji międzynarodowych i państw”¹¹.

Autorka recenzowanej książki również zajmuje swoje stanowisko w analizowanej materii. Prezentując oraz komentując przykłady stanowiące dowód o samoorganizacji społeczności kreujących cyberprzestrzeń, deliberuje nad efektywnymi sposobami możliwych regulacji zjawisk będących bezpośrednią konsekwencją upowszechnienia internetu. Nawiązując do starożytnej dystynkcji norm na *Lex* (będących wyrazem sformalizowanych praw nałożonych przez rządzących) i *Ius* (mających charakter tradycyjnych, zwyczajowych norm stworzonych w przez rządzonych) wyodrębnia zwyczajowe prawo internetu, którego zarzewia należy upatrywać w sferze zwyczajowych reguł (niekoniecznie norm) postępowania, stworzonych i rozwijanych przez licznych internautów. Można rzec, iż sam tytuł, przedmowa oraz cała publikacja podkreśla istnienie uniwersalnego systemu powinnego zachowania w sieci, a co za tym następuje właściwego wykorzystywania jej zasobów. Systemem tym w ocenie autorki jest *ius internet* – wypracowany przez każdego uczestnika globalnej komunikacji *quasi* porządek prawny, który funkcjonuje w oparciu o normy mające charakter zwyczajowy i tolerowany przez określone cyberspołeczności na różnych szczeblach (sferach) swej aktywności. Prawo internetu jest zróżnicowane ze swojej natury, zróżnicowane są bowiem jego funkcje.

Zastanawia jednakże istota samej idei *ius internet*, która w ocenie recenzującego nie jest klarowna. Otóż, nawiązując do słów autorki *ius internet* oznacza: „[...] zwyczajowe reguły zachowania, których całokształt określić można jako zwyczajowe prawo internetu. Termin ten obejmuje istniejące zasady powinnego zachowania w sieci globalnej wraz z sankcjami nakładanymi przez grupy społeczne, które je wypracowały, na osoby naruszające te reguły [...]”¹². Jednocześnie w innym fragmencie pracy autorka wskazuje: „[...] jedynie z połączenia zasad prawa, których przestrzeganie w internecie jest realne i racjonalne, z wypracowanymi przez samą cyberspołeczność regułami etycznymi możliwe jest wypracowanie spójnego systemu norm, które będzie można stosować w całej, międzynarodowej wspólnocie, powiązanej elektronicznymi łączami. Przykład *Creative Commons* to sprawdzony wzór do naśladowania-to *ius internet* w praktyce”¹³. Następnie autorka podkreśla, że: „[...] porządek cyberprzestrzeni składa się w połowie z norm o charakterze prawnym i w takiej samej części z norm czysto etycznych. Te ostatnie tworzone są i sankcjonowane przez same cyberspołeczności, w ramach wypracowanych przez nie struktur i mechanizmów. Tworzą one oddolnie wypracowany, zwyczajowy, *quasi* porządek cyberprzestrzeni, który nazwać można *ius internet*, czerpiąc z rzymskiego źródłosłowa [...]”¹⁴, wreszcie „[...] W cyberprzestrzeni rolę uniwersalnych kryteriów stanowią etyka i kod komputerowy. Na podstawie zasad wspólnych tym dwóm systemom powstać może *ius internet* – prawo cyberspołeczności”¹⁵.

Czytelnik w oparciu o analizę poszczególnych fragmentów książki może wywieść różne, niekiedy nawet sprzeczne ze sobą, wnioski. Z jednej bowiem strony, owe *ius internet* jest definiowane jako zbiór zasad (pewnych reguł) wykształtowanych w oparciu o panujące w sieci zwyczaje użytkowników, które przyoblekają postać „zwyczajowego prawa internetu”. Na kanwie tej tezy, można postawić dalej idące pytanie, mianowicie czy autorka budując teorię *ius internet* miała na myśli zwyczajowe prawo internetu, czy zbiór zwyczajów użytkowników globalnej sieci, które rozpatrywane w ujęciu praktycznym, można (na użytek niniejszych rozważań) nazwać zwyczajami internautów? Kwestie pozornie tożsame są nie tylko w prawie publicznym traktowane rozdzielnie¹⁶.

¹⁰ DRM (ang. *Digital Restriction Management*), to zbiorcza nazwa systemów mających na celu zapewnienie twórcom, producentom lub nadawcom całkowity nadzór nad utworem oraz jego dystrybucją.

¹¹ K. Dobrzeńcki, *Lex informatica*, Toruń 2008, s. 183.

¹² J. Kulesza, *Ius internet*..., s. 12.

¹³ J. Kulesza, *Ius internet*..., s. 154.

¹⁴ J. Kulesza, *Ius internet*..., s. 51. Na marginesie można dodać, że cytowana teza dotycząca porządku cyberprzestrzeni, która jakoby została w równej połowie poddana regulacjom normatywnym, w drugiej zaś etycznym jest bynajmniej bezpodstawna i niemożliwa do zbadania, stąd w tym sensie pozbawiona waloru naukowego.

¹⁵ J. Kulesza, *Ius internet*..., s. 250.

¹⁶ Zwyczaj jest powszechnie stosowaną praktyką jednolitego postępowania w skonkretyzowanych stosunkach społecznych. Prawo zwyczajowe natomiast stanowi normy prawne powstałe w wyniku uznania przez właściwe organy państwowe za obowiązujące prawo pewnej długotrwałej i równomiernie praktyki postępowania (zwyczaju) w określonej dziedzinie stosunków społecznych. Zwyczaj, aby mógł przeobrazić się w normy prawne powinien spełniać trzy zasadnicze wymogi:

1. Praktyka postępowania powinna szczegółowo konkretyzować sferę podmiotową;
2. Powinno panować powszechne przekonanie o wiążącym charakterze zwyczaju;
3. Wola państwa wyrażona powinna zostać poprzez włączenie zwyczaju w system obowiązujących norm prawnych.

Szerzej na ten temat: U. K. Prasznic (red.), *Encyklopedia prawa*, Warszawa 2007, s. 620 i 1078. Z tego względu trzeba przeprowadzić linię dystynkcji między prawem zwyczajowym dominującym przede wszystkim w sferze prawa międzynarodowego publicznego (rozumiane jak powszechna praktyka przyjęta za prawo, zob. art. 38 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości) a wypracowanymi i przestrzeganymi zwyczajami obecnymi w określonej dziedzinie prawa publicznego, np. administracyjnego. Pojęcie zwyczaju należy w tym kontekście rozumieć jako pozaprawną nawyk postępowania, przestrzegany przez dłuższy okres przez osoby w obrębie określonej struktury organizacyjnej administracji. Stąd, postępowanie urzędników w określonych rodzajach postępowania będzie miało wpływ na tok tegoż postępowania i w pewnym sensie na sposób interpretacji norm prawnych. Zwyczaj w administracji znany i przestrzegany przez jej pracowników będzie miał pośrednio wpływ na określoną dziedzinę spraw i tryb ich załatwiania, choć będzie zarazem obejmował grupę urzędników danej jednostki organizacyjnej (ewentualnie departamentu lub wydziału określonego organu administracji publicznej). Szerzej na ten temat: J. Boć, *Obywatel wobec ingerencji współczesnej administracji*, Wrocław 1985, s. 132–136. W analizowanym przypadku, w oparciu o poczynione wcześniej uwagi można rozważyć dwie sytuacje:

1. *ius internet*, czyli zwyczajowe prawo internetu, będące alternatywą dla norm prawnych nakładanych przez poszczególne państwa w obrębie swojej jurysdykcji;
2. *ius internet* rozpatrywane w kategorii zwyczajów internautów, które w poszczególnych przypadkach mogą mieć wpływ na wykładnię i stosowanie norm prawnych.

W obu przypadkach, niejako kreatorami *ius internet* będą uczestnicy globalnej komunikacji elektronicznej. Niemniej jednak, pozostałe przytoczone w książce fragmenty odnoszące się do definicji *ius internet* świadczą o jeszcze szerszej jego koncepcji.

Z drugiej strony, *ius internet* jest wyjaśnione jako specyficzne połączenie dwóch modeli regulacji zachowań ludzkich, czyli norm prawnych z regułami etycznymi. Tak osiągnięty przez społeczność cyberprzestrzeni porządek ma również charakter „zwyczajowy”, jest owocem „oddolnej” inicjatywy wszystkich uczestników budujących cyfrową rzeczywistość. *Ius internet* jest jednak pojmowany również jako synteza „zasad wspólnych” etyce i językom programowania, za pomocą których generowany jest „kod komputerowy”. W tej wersji definicji nie ma zatem miejsca na zwyczaj, ani wyjaśnienia o jakiej etyce mowa. Ponownie, w ocenie recenzenta można odnieść wrażenie pewnej konfuzji pojęciowej.

Autorka na łamach publikacji rozważa kilka istotnych kwestii. Kolejno, poczynając od rozdziału pierwszego analizuje problem etyki w Internecie w sposób wielopłaszczyznowy. Z tego względu etyka jest rozpatrywana pod kątem etyki informatyków, etyki w informatyce oraz w internecie, analizowana zaś zwłaszcza przez pryzmat netykiety. Trudno jest jednakże przyjąć kategoryczne sformułowanie autorki, iż: „[...] mówiąc o etyce w informatyce należy mówić o etyce w internecie”¹⁷. Wprawdzie należy podzielić pogląd, że sieć jest doskonałym obszarem (środowiskiem) dynamicznej wymiany rozmaitych reguł etycznych, zwyczajowych, prawnych, na podstawie których można wyodrębnić wspólne danej profesji standardy etyczne (zwłaszcza deontologiczne), lecz nie jest otoczeniem jedynym, zwłaszcza w obszarze szeroko pojętej informatyki. Nie można dezawuować środowisk akademickich czy businessowych, których efekty oddziaływania na cywilizację społeczeństwa informacyjnego dostrzegać można poza relacjami istniejącymi i rozwijającymi w sieci. Ubolewać można, że w rozdziale tym pominięta została kwestia etyki hakerskiej, która w ocenie recenzenta odegrała znaczącą rolę w kształtowaniu zwyczajów i postaw internautów¹⁸. Zagadnienie to jest rozległe, bywa bowiem rozmaicie interpretowane. Wspólne wszystkim są zasady informowania i pouczenia¹⁹, jednak przesadne byłoby przyrównanie etyki hakerskiej do jej *stricte* naukowej postaci (np. normatywnej i metaetyki)²⁰. Stanowi ona raczej swoisty poradnik, zbiór reguł, który winien być przestrzegany, a przynajmniej skłaniać do refleksji.

Pierwszy zbiór etyki hakerskiej stworzył S. Levy²¹ w latach osiemdziesiątych ubiegłego stulecia, jednak do dziś nie powstał kompleksowy katalog zasad postępowania. Jest on uzupełniany o kolejne reguły. Hakerska etyka jest *exemplum* wyjaśniającym zasady hakerów, a czasami ilustrującym postęp cywilizacyjny z całym dobrodziejstwem nowych przestrzeni cyfrowej eksploatacji. Wprawdzie autorka porusza pewne problemy powiązane z powstaniem i rozwojem kultury hakerskiej lecz czyni to w rozdziale piątym opisując filozofię wolnego oprogramowania, nie zaś w kontekście wyżej zasygnalizowanej etyki.

Rozdział drugi jest poświęcony etyce cyberspołeczności. Wspólnym mianownikiem tego fragmentu książki jest wikipedia, a właściwie społeczność autorów i redaktorów odpowiedzialnych za rozwój tego fenomenu. Garść reguł wspólnie wypracowanych i ujętych w *quasi* regulaminie legła u podstaw kreacji największego w dziejach ludzkiej cywilizacji ruchu encyklopedystów. Każdy może stać się autorem definicji, która dalej rozwijana przez pozostałych członków cyberspołeczności podlega stałej kontroli i redakcji, aby osiągnąć najlepszą z możliwych postaci (wersji). Wydaje się jednakże, że terminy stosowane przez autorkę do określenia identycznego zjawiska w odniesieniu do grona wikipedystów, tzn. samoregulacja i samoorganizacja²² wymagałyby traktowania rozłącznego. Proces samoregulacji (również prawa lub norm regulujących zachowania internautów) cechuje większy poziom braku ingerencji w mechanizm powstający spontanicznie (nierzadko przypadkowo) regulujący pewien (zróżnicowany) poziom równowagi, wyrażający się poprzez model wykreowanych zasad zdolnych utrzymać ów stan. Tymczasem proces tworzenia zasad wikipedii oraz zasad odnoszących się do edycji haseł²³, choć w dużej mierze polegał na swoistej wolności służącej ochronie kreatywności, był raczej wyrazem samoorganizacji tej społeczności, aniżeli przykładem samoregulacji²⁴.

Następny rozdział dotyka materii aktualnej i uniwersalnej. Autorka analizuje postęp technologiczny, który rozważa w kontekście ochrony (w zasadzie jej braku) prywatności w globalnej sieci. Lakonicznie przedstawia instrumenty prawne, dostępne w polskim i międzynarodowym porządku prawnym oraz uwypukla ich niedoskonałości w skutecznym egzekwowaniu naszego prawa do prywatności, do ochrony wizerunku, czy poszanowania dóbr osobistych.

Słusznie autorka konstruuje postulaty zintensyfikowania wysiłków na rzecz wzmocnienia systemu ochrony każdego człowieka do prywatności upatrując nowe możliwości w nowoczesnych rozwiązaniach technologicznych oraz informatycznych, dzięki którym ochrona staje się bardziej realna. Instytucje prawne ujęte w prawie prywatnym, jak i zarówno publicznym służące m.in. ochronie naszych danych osobowych, dóbr osobistych przegrywają w konkurencji z błyskawicznym postępem cywilizacyjnym, którego emanacją współcześnie stał się internet.

Wymaga jednak podkreślenia, że rozważania autorki dotyczące zakresu podmiotowego ujętego w art. 3 ustawy o ochronie danych osobowych²⁵ odnoszą się do nieaktualnej wersji ustawy. Autorka przywołuje treść art. 3 ust. 4 *Uodo*, który został zastąpiony przez art. 3a²⁶. W ocenie recenzującego, tezy autorki stanowiące o możliwości dowolnego zamieszczenia danych w sieciach teleinformatycznych przez osoby fizyczne w celach osobistych (domowych) są ze sobą sprzeczne. Tak oto w jednym fragmencie czytamy: „[...] O ile więc można uznać, że umieszczenie danych na powszechnie dostępnym portalu internetowym przekracza wykorzystywanie w celu

17 J. Kulesza, *Ius internet...*, s. 21.

18 Szerzej na ten temat: A. Hareża, *Doktryna hakerów – mit czy rewolucja? Uwagi na temat natury informacji, entropii cyberprzestrzeni i postawy awangardy rewolucji postindustrialnej*, „Monitor Prawniczy - Prawo mediów elektronicznych”, 2006, nr 2.

19 Szerzej na ten temat: J. Stanisławek, *Podstawy etyki*, Warszawa 2001, s. 10.

20 Szerzej na ten temat: R.B. Brandt, *Etyka. Zagadnienia etyki normatywnej i metaetyki*, Warszawa 1996, s. 14 i nast.

21 Za swoisty manifest hakerski uznano dzieło S. Levy'ego, *Hackers: Heroes of the Computer Revolution*, New York 1984.

22 Np. J. Kulesza, *Ius internet...*, s. 59, 79.

23 Np. w polskiej wersji: <http://pl.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Zasady>

24 Abstrahując nawet od nakazów i zakazów dotyczących zasad edycji haseł, które wprost odnoszą się do obowiązujących norm prawnych np. w sferze prawa autorskiego.

25 Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997, tekst jednolity: Dz. U. z 2002 r., Nr 101, poz. 926 z późn. zm. Dalej- *Uodo*

26 Przepisy art. 3a zostały do *Uodo* dodane w wyniku nowelizacji z dnia 22 stycznia 2004 r. Ustawodawca zawarte w art. 3 ust. 4 wyłączenie stosowania ustawy zawarł w art. 3a oraz rozbudował o nowe wyłączenia. Szerzej na ten temat: J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, Kraków 2007, s. 330.

osobistym [...]”²⁷, tak stronę dalej natknąć się można na następującą konkluzję: „[...] W świetle polskich przepisów rygorystyczne wymogi, dotyczące np. uzyskania zgody osoby, której dane dotyczą, na ich przetwarzanie i możliwość wycofania przez nią takich danych w każdym czasie z bazy, nie znajdują jednak zastosowania do prywatnych osób umieszczających dane w sieci elektronicznej, jeśli nie działają one w celu zarobku [...]”²⁸. Normy prawne ujęte w art. 3 i 3a *Uodo* jednoznacznie określają przesłanki stosowania ustawy. stąd jeśli przyjąć założenie, iż przetwarzanie danych osobowych wyrażone przez zamieszczenie np. zdjęcia osoby trzeciej na dowolnym serwisie (portalu) w Internecie jest jednoznaczne z przekroczeniem wykorzystania danych w celach osobistych, ponieważ sieć będzie zawsze traktowana w kategorii medium publicznego, wówczas nie można przyjmować założenia przeciwnego.

Rozdziały czwarty i piąty stanowią syntetyczne opracowanie międzynarodowego, przede wszystkim zaś krajowego systemu ochrony praw autorskich utworów oraz programów komputerowych (jako szczególnej kategorii utworów). Uwaga autorki wykracza poza sformalizowany gorset normatywny. Został bowiem opisany ruch *Creative Commons* będący odpowiedzią na potrzeby społeczeństwa informacyjnego, stale przetwarzającego dostępne w sieci utwory, których autorzy mogą dowolnie (w oparciu o bogatą paletę możliwości) kształtować dalsze sposoby ich wykorzystania. Godnym podkreślenia jest refleksja autorki nad procesem rozszerzania ochrony patentowej nad programami komputerowymi. Takie praktyki w dużym stopniu hamują rozwój cywilizacyjny, rozwadniają istotę kreatywności drzemącej w cyberpołączeniach, wpływają brzemienne na proces samoregulacji internetu.

Kolejny rozdział przedstawia rozważania autorki nad rozwojem elektronicznych dzienników internetowych. Można, podzielając stanowisko ujęte w monografii stwierdzić, że najbardziej rozpowszechnioną elektroniczną postacią owych dzienników są *blogi*. W rozdziale tym zostało przytoczone również ciekawe orzeczenie Sądu Najwyższego nakazujące dokonywanie rejestracji każdej prasy dostępnej w internecie w formie elektronicznej²⁹. Wątpliwe zatem jest zakwalifikowanie wszystkich publikacji zamieszczanych w postaci elektronicznej (np. na łamach prowadzonego blogu) do kategorii dziennika lub czasopisma, które to z kolei winno zostać zarejestrowane w sądzie. Podsumowanie poglądów autorki na wskazane zagadnienia znalazły wyraz w uwagach *de lege ferenda* traktujących o prawie prasowym.

Ostatnie dwa rozdziały mają charakter rozważań natury ogólnej. Autorka dokonuje przewartościowania zasad w sferze stosowania klasycznych, czyli dotychczas stosowanych w prawie metod służących określeniu właściwej jurysdykcji. Przedstawia ich małą praktyczność z uwagi na strukturę sieci. Trafnym podsumowaniem wieńczy przeprowadzone analizy: „[...] Istniejące zasady jurysdykcyjne nie wystarczą by skutecznie rozstrzygnąć o nowych stanach faktycznych, powstałych za sprawą Internetu”³⁰.

Autorka podejmuje także dyskurs poświęcony perspektywom regulacji dotyczących obrotu elektronicznego. Analizuje dotychczas zaproponowane (jak i zarówno perspektywnie projektowane) modele zarządzania internetem. W oparciu o dotychczasową praktykę Organizacji Narodów Zjednoczonych w obszarze niwelowania skutków zmian klimatycznych³¹, autorka wysuwa postulat uchwalenia analogicznej, choć odnoszącej się rzecz jasna do innej sfery aktywności społecznej – Ramowej Konwencji Internetu. Autorka prezentuje swoją koncepcję *ius internet* odnosząc się do dzieła L. Lessiga, przedstawiającego uczestników tzw. hybrydowej gospodarki³². Monografię kończą konkluzje: „[...] Regulacja cyberprzestrzeni możliwa jest bowiem poprzez połączenie reguł etycznych wypracowanych przez obywateli sieci ze zmodyfikowanymi normami prawa pozytywnego. Takie zadanie spełnić może opisane tu *ius internet*”³³.

Z całą pewnością przepisy prawne przegrywają w rywalizacji z amorficzną postacią cyberprzestrzeni i to nie tylko ze względu na szybki postęp technologiczny, za którym ustawodawca nie jest w stanie nadążyć. Regulacje prawne, z uwagi na ich miejsce w systemie prawnym i powiązania między nimi, nie mogą być swobodnie dostosowywane do nowych praktyk postępowania kreowanych przez użytkowników globalnej sieci komputerowej³⁴. Z tego powodu koncepcje regulacji internetu przez normy prawne są spychane na margines przez idee nawiązujące do procesów samoregulacji globalnej sieci³⁵. Różnice tkwią jednakże w określaniu mechanizmów leżących u podstaw owej samoregulacji, która bywa niekiedy specyficznie pojmowana, albowiem nie wyklucza regulacji państwowej (np. rządowej)³⁶. Wydaje się jednak, że poglądy autorów koncepcji nawiązujących do samoregulacji internetu są słuszne. Trudno bowiem nie zgodzić się z tezami, że międzynarodowe organizacje o różnej proveniencji, które wiodą prym w kształtowaniu technologicznym internetu, nie mają wpływu na jego regulację oraz nie powinny także wieść prymu w procesie kształtowania uniwersalnych zasad korzystania z globalnej sieci i oczywiście wykorzystania jej cyfrowych zasobów. *Ius internet* jest interesującą propozycją połączenia systemu prawa pozytywnego z systemem zasad (reguł) etycznych, które mają za zadanie uszczelnić instytucje prawne, uelastyczyć niekiedy anachroniczne przepisy, a niekiedy je nawet zastąpić, aby osiągnąć lepszy (rozpatrywany pod względem praktycznym) efekt.

Z całą stanowczością recenzowana monografia jest książką godną poznania oraz doskonale wpisuje się w nurt badań nad naturą cyberprzestrzeni oraz polskimi i międzynarodowymi aspektami jej regulacji prawnej.

27 J. Kulesza, *Ius internet...*, s. 97.

28 J. Kulesza, *Ius internet...*, s. 98.

29 J. Kulesza, *Ius internet...*, s. 205-206.

30 J. Kulesza, *Ius internet...*, s. 235.

31 Mowa rzecz jasna o Konwencji Ramowej Narodów Zjednoczonych o Zmianach Klimatycznych. Por. J. Kulesza, *Ius internet...*, s. 238.

32 Szerzej na ten temat: L. Lessig, *Remiks. Aby sztuka i biznes rozkwitły w hybrydowej gospodarce*, Warszawa 2009.

33 J. Kulesza, *Ius internet...*, s. 264.

34 Por. T. Kaczmarek, *Polskie prawo karne wobec przestępczości komputerowej*, [w:] L. Bogunia (red.), *Nowa kodyfikacja prawa karnego 2001*, t. VIII, s. 57.

35 Szerzej na ten temat: A. Hareża, *Naturalnoprawne sfery regulacji technologii informacyjnych. Zarys teorii fenomenu dynamiki korelacji danych i informacji w cyberprzestrzeni*, e-Biuletyn CBKE, 2007, nr 4.

36 Por. K. Dobrzeński, *Lex informatica...*, s.182.

ORZECZENIA

SPÓR O DOMENĘ „ŚWISTAK.PL”

Powództwo do Sądu Polubownego ds. Domen Internetowych przy Polskiej Izbie Informatyki wniosła przeciw Maciejowi B. spółka Swistak.pl (przez „s”, nie przez „ś” bez kreski). Domagała się stwierdzenia, że pozwany w wyniku rejestracji ww. nazwy domeny internetowej naruszył prawa spółki. W szczególności, jak podnosiła powódka, Domena jednoznacznie kojarzy się z nazwą serwisu aukcyjnego „Świstak.pl” (z polskim znakiem diakrytycznym „ś”) znajdującego się pod domeną swistak.pl (pisane przez „s” bez kreski), którego właścicielem jest powódka, a także z nazwą spółki – właściciela serwisu. Serwis ten istnieje od ponad 5 lat i jest znany kilku milionom internautów, a zatem jest to witryna, która wiąże się ze znaną marką. Ponadto powódka podniosła, że logo oraz znak słowny serwisu aukcyjnego Świstak.pl zostało zgłoszone do biura patentowego w celu zastrzeżenia nazwy.

Spółka zarzuciła pozwanemu, że umieścił on pod domeną swistak.pl przekierowanie na domenę czasnasex.pl, która zawiera treści erotyczne, co źle wpływa na wizerunek marki Świstak.pl. Tuż przed wniesieniem pozwu pozwany zmienił przekierowanie na domenę jazdajazda.pl, która zawiera jednak, także linki do serwisów o treści erotycznych.

Powódka do pozwu dołączyła zrzuty ekranowe serwisu, znajdującego się pod domeną czasnasex.pl, do której kierowała domena swistak.pl a także zrzut obrazu z serwisu jazdajazda.pl, do którego domena swistak.pl przekierowywała w dniu wniesienia pozwu. Oprócz tego powódka dostarczyła zrzut ekranowy wyników zapytania zadanego wyszukiwarce Google, która po wpisaniu frazy „swistak.pl”, zwracała w pierwszej kolejności wynik z adresem spornej domeny przekierowującej na strony erotyczne, a dopiero w kolejnych wynikach wyświetlane były wyniki kierujące na portal aukcyjny, prowadzony przez powódkę pod adresem swistak.pl (przez zwykłe „s”).

W odpowiedzi na pozew, powód zażądał oddalenia powództwa. Podniósł okoliczność, że powód do pozwu dołączył swój wniosek do biura patentowego, a nie – świadectwo ochronne na znak towarowy, powód nie używa także znaku ®, który świadczy o przydaniu ochrony prawnej związanej z prawidłowym zarejestrowaniem znaku. Oznacza to, zdaniem pozwanego, że powód jest dopiero na początku drogi do rejestracji znaku towarowego. Tymczasem Urząd Patentowy wydaje decyzję o udzieleniu prawa ochronnego, jeżeli nie stwierdzi braku ustawowych warunków wymaganych do uzyskania prawa ochronnego na znak towarowy. Zatem okoliczność, iż postępowania zostało wszczęte, nie daje powodów do uznania, że zostanie ono zgodnie z zamysłem inicjatora zakończone, a więc może nie dojść w ogóle do rejestracji znaku.

Ponadto pozwany stwierdził, że na obecnym etapie nie wie także, na jakie dziedziny swojej działalności powód wniósł o rejestrację znaku. Być może pola te w ogóle nie nachodzą na dziedziny, którymi zajmuje się powód, w związku z używaniem spornej domeny.

Pozwany zarzucił też, że nie może w ogóle być mowy o naruszeniu praw powoda, biorąc pod uwagę okoliczność, iż nazwa spółki powoda jest nazwą nietożsamą z nazwą domeny, której abonentem jest pozwany. Domena pozwanego brzmi „swistak.pl” i odwołuje się do polskiej nazwy popularnego zwierzęcia. Firma pozwanego natomiast brzmi „Swistak.pl sp. zo.o.” i wobec faktu, że zgodnie z ustawą o języku polskim – art. 7 tej ustawy, istnieje obowiązek posługiwania się językiem polskim na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w obrocie z udziałem konsumentów oraz przy wykonywaniu przepisów z zakresu prawa pracy. Zakaz ten – stosownie do art. 11 powołanej wyżej ustawy nie odnosi się do nazw własnych.

Skoro firma Swistak.pl ani w swoim zapisie ani w brzmieniu fonetycznym nie przestrzega zasad języka polskiego, należy przyjąć, że jest to nazwa własna, nie posiadająca znaczenia w języku polskim. Tymczasem pozwany posługuje się nazwą popularnego zwierzęcia. Do nazwy został dodany skrót „.pl”, jednak fakt ten nastąpił niejako poza wolą i działaniami pozwanego.

Ponadto pozwany podniósł, że wykorzystuje swoją domenę w sposób zupełnie niezbieżny z charakterem przedsiębiorstwa powoda. Dlatego nie rozumie, dlaczego musiałby zrezygnować z przysługującego mu prawa podmiotowego (rejestracja domeny, opłaty) tylko li z tego powodu, że przedsiębiorstwo powoda jest znacznych rozmiarów i jest „tak zwaną” znaną marką. W końcu, zdaniem pozwanego, nazwa powoda i nazwa domeny pozwanego nie są tożsame. Ponadto, jeżeli powód czuje się subiektywnie zagrożony obecnym stanem rzeczy, mógł zgłosić się do pozwanego celem ugodowego załatwienia stosunków, być może odkupienia domeny, a nie wykorzystywać fakt, że jest przedsiębiorstwem znacznie pozwanego przerastającym: organizacyjnie, konkurencyjnie i gabarytowo.

Według pozwanego takie postępowanie stoi w oczywistej sprzeczności z art. 5 k.c., a zatem stanowi pogwałcenie zasad współzycia społecznego.

Pozwany podniósł także, że rejestracja domeny „swistak.pl” zbiegła się niemal w czasie zawiązania spółki powoda. Ponadto nazwa „swistak”, potencjalnemu odbiorcy przede wszystkim kojarzy się ze zwierzęciem, a nie – z portalem prowadzonym przez powoda. Jest to wyraz bardzo popularny i w pierwszej kolejności przywołuje na myśl zwierzę o tej nazwie, a nie: powoda, jego firmę, czy prowadzony przez niego portal.

Kolejnym zarzutem było to, że powód w swoich pismach procesowych zasadniczo nie uzasadniał, na czym polega (jego zdaniem) naruszenie prawa ochronnego na ww. znak towarowy, wskutek dokonania rejestracji przez Pozwanego nazwy domeny „swistak.pl”. Nie przeprowadzał w tym zakresie żadnej zwartej merytorycznie argumentacji. Powód praktycznie ograniczył się w tym zakresie do stwierdzenia, że do omawianego naruszenia doszło. W ogóle nie podjął żadnych starań w kierunku wykazania, że akt rejestracji nazwy domeny „swistak.pl” stanowi używanie oznaczenia „Swistak.pl „do odróżniania towarów lub usług w obrocie gospodarczym.

ORZECZENIA

Natomiast, wedle twierdzeń pozwanego, bez uzasadnienia takiej kwalifikacji aktu rejestracji nazwy domeny „świstak.pl” nie można go podporządkować pod którąkolwiek z postaci naruszenia, o jakich mowa w art. 296 ust.2 ustawy prawo własności przemysłowej.

Zdaniem pozwanego, z faktu rejestracji nazwy domeny „świstak.pl” w praktyce wynika jedynie to, że powód nie może zarejestrować identycznej domeny i nic więcej. W tym miejscu warto zacytować uzasadnienie wyroku Sądu polubownego z dnia 9 stycznia 2006 roku, sygn. akt Sygn.akt 17/05/PA¹. W treści tegoż uzasadnienia Sąd stwierdził; „Sąd pragnie stanowczo podkreślić, że z posiadania prawa ochronnego na znak towarowy nie można w żaden sposób wywodzić praw do nazw domen zbieżnych z tym znakiem – nawet jeżeli prawo ochronne obejmuje swoim zakresem usługi, które mogą być świadczone via internet.”

Tamże Sąd jednocześnie dodał: Na mocy prawa ochronnego na znak towarowy uprawniony nie nabywa ani żadnego uprawnienia do rejestracji nazwy domeny zbieżnej ze znakiem towarowym, ani też żadnego uprawnienia do zakazania osobie trzeciej rejestracji takiej nazwy domeny. Akt rejestracji nazwy domeny sam w sobie nie stanowi używania oznaczenia do odróżniania towarów lub usług w obrocie gospodarczym. A tylko takie używanie oznaczenia objęte jest pojęciem „używania znaku towarowego w sposób zarobkowy lub zawodowy” w rozumieniu art. 154 ust. 1 ustawy. Również jedynie takie używanie oznaczenia przez osobę trzecią może być uważane za naruszenie prawa ochronnego na znak towarowy w rozumieniu art. 296 ust. 2 ustawy. „Nie można zatem z prawa ochronnego na znak towarowy wywodzić żadnego pierwszeństwa do dokonania rejestracji nazwy domeny. Nie można też samej rejestracji nazwy domeny nigdy zakwalifikować jako naruszenie prawa ochronnego na znak towarowy. Naruszenie prawa ochronnego na znak towarowy może wynikać z określonego sposobu używania zarejestrowanej nazwy domeny, nie stanowi natomiast takiego naruszenia rejestracja nazwy domeny sama w sobie.”

Sąd polubowny rozstrzygnął spór na korzyść powoda i orzekł, iż pozwany Maciej B. w wyniku rejestracji domeny świstak.pl naruszył prawa powoda Swistak.pl Sp. z o.o. i zasądził od pozwanego na rzecz powoda zwrot kosztów postępowania w kwocie 3.000 zł.

Rozstrzygnięcie merytoryczne oparte zostało na ustaleniu, iż w wyniku rejestracji spornej domeny pozwany jednoznacznie i bezpośrednio zagraża prawu powoda do jego firmy, i że w związku z tym powodowi przysługuje uprawnienie z art. 43¹⁰ kodeksu cywilnego. Przed omówieniem motywów takiej kwalifikacji stanu faktycznego Sąd zwrócił uwagę, iż rozstrzygnięcia sprawy na tej podstawie nie uniemożliwiło niepowołanie jej przez powoda w pozwie. Zgodnie bowiem z art. 10 Regulaminu powód nie musi przytaczać jakichkolwiek przepisów prawnych na poparcie roszczeń, co wszakże nie umniejsza w żaden sposób obowiązku Sądu wszechstronnej analizy stanu prawnego. Natomiast wbrew twierdzeniom pozwanego, argumentacja powoda nie musi być spójna ani zwięzła, o ile, jak w niniejszej sprawie, wskazuje na okoliczności faktyczne istotne dla jej rozstrzygnięcia.

Ustalając, że w sprawie doszło do bezprawnego zagrożenia prawa do firmy powoda, Sąd wziął pod uwagę następujące okoliczności. Element odróżniający firmy powoda (Swistak.pl) jest niemal identyczny z nazwą spornej domeny (świstak.pl). Prawdopodobieństwo konfuzji jest tym większe, że ta pierwsza nazwa nie funkcjonuje w języku polskim, a zarówno wyszukiwarka internetowa jak i sama strona www powoda, tworzy powiązanie pomiędzy jego firmą a nazwą „świstak.pl”.

Próba uzyskania przez internautę dostępu do serwisu powoda poprzez sporną domenę jest zatem całkowicie naturalna i oczywista. Z kolei strona „jazdajazda.pl”, do której trafia ruch przekierowywany ze spornej domeny, **nie zawiera jakiegokolwiek elementu potwierdzającego tezę pozwanego, iż jego zamiarem było odniesienie się do popularnego zwierzęcia, nie zaś firmy powoda. Ani forma, ani treść strony jazdajazda.pl nie mają jakiegokolwiek związku ze świstakami. Sąd nie ma więc najmniejszych wątpliwości, iż jedynym celem rejestracji spornej domeny przez pozwanego była próba wykorzystania firmy powoda do przyciągnięcia osób zainteresowanych jego usługami na strony pozwanego.**

Poprzez próbę wykorzystania domeny jednoznacznie kojarzącej się z powodem, pozwany dokonał więc niedopuszczalnej eksploatacji firmy powoda, do korzystania z której nie jest uprawniony. Dla ustalenia bezprawności działania pozwanego nie ma przy tym znaczenia, iż profil jego działalności nie jest konkurencyjny względem przedsiębiorstwa powoda, ponieważ relacja taka nie stanowi warunku zapewnienia ochrony firmie powoda na podstawie art. 43¹⁰ kodeksu cywilnego.

Sąd nie może zgodzić się też z sugestią pozwanego, że dla oceny jego zachowania znaczenie może mieć tylko fakt rejestracji domeny, nie zaś późniejszy sposób korzystania z niej. Wniosek, że Sąd rozstrzygając sprawę zignorować powinien sposób używania spornej domeny jest niedopuszczalny z następujących przyczyn. **Rolą Sądu, wyraźnie wskazaną zarówno w zapisie na sąd polubowny, jak i w petitum pozwu, jest ocena naruszenia przez abonenta praw osoby trzeciej w wyniku rejestracji nazwy domeny, nie zaś poprzez sam fakt rejestracji.** Wynikiem rejestracji jest zaś właśnie sposób używania domeny internetowej. Ograniczenie kognicji Sądu jedynie do momentu rejestracji prowadziłoby natomiast do konieczności odmowy udzielenia ochrony wszystkim osobom trzecim, ponieważ w chwili rejestracji nie wiadomo jeszcze, w jaki sposób domena będzie używana przez abonenta².

¹ Chodzi o wyrok w sprawie Friko.pl, zob. <http://www.nowemedia.org.pl/Friko.php> ; podobne tezy można wysnuć z wyroku w sprawie domeny Slodkitelegram.pl , zob. <http://www.nowemedia.org.pl/Slodkitelegram.php>

² Zob. też: www.nowemedia.org.pl/Swistak.php



CENTRUM BADAŃ PROBLEMÓW PRAWNYCH I EKONOMICZNYCH KOMUNIKACJI ELEKTRONICZNEJ (CBKE)

Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej (CBKE) jest jednostką naukowo-badawczą działającą w ramach Uniwersytetu Wrocławskiego. Jednostka ta powołana została w celu prowadzenia badań naukowych nad: umowami elektronicznymi, prawem telekomunikacyjnym, przestępczością komputerową, ochroną danych osobowych przetwarzanych informatycznie, stosowaniem technik informatycznych w wymiarze sprawiedliwości, ochroną własności intelektualnej w Internecie, ideą elektronicznego rządu, informatyką prawniczą, prawem mediów oraz prawnymi aspektami dostępu do informacji.

Początek XXI wieku to okres bujnego rozwoju tzw. technologii IT, co spowodowało, że założenie CBKE pokryło się z dynamicznie wzrastającym zainteresowaniem tą tematyką. Kolejne lata funkcjonowania na Wydziale ugruntowały naszą pozycję jako solidnego organizatora i współorganizatora przedsięwzięć naukowo-badawczych.

Priorytety naszego działania obejmują m. in. prowadzenie w ramach i pod kierownictwem Uczelni prac naukowo-badawczych, rozwijanie międzynarodowych kontaktów i współpracy naukowej, nawiązywanie współpracy z innymi organizacjami i ośrodkami akademickimi zajmującymi się pokrewną tematyką, jak również rozwijanie i kształtowanie życia naukowego wśród studentów oraz integracja środowiska studenckiego i naukowego.

Kierownikiem CBKE jest prof. dr hab. Jacek Gołaczyński. Zespół Centrum stanowią pracownicy naukowcy Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego oraz doktoranci prawa. Doktoranci prowadzą badania naukowe pod kierunkiem Rady Naukowej CBKE składającej się z siedmiu profesorów naszego Wydziału oraz profesora z Uniwersytetu w Hanowerze. Przewodniczącym Rady jest Dziekan Wydziału dr hab. prof. Włodzimierz Gromski.



VNT LAW & COMMUNICATIONS SPÓŁKA Z O.O.

VNT Law & Communications spółka z o.o. organizuje seminaria otwarte (terminarz szczegółowy vnt.com.pl) ale także dedykowane wysoko specjalistyczne seminaria zamknięte dla sądów (zarówno okręgowych jak rejonowych), okręgowych rad radców prawnych, adwokackich, kancelarii prawnych, urzędów, przedsiębiorców itp. Wykładowcami są uznani specjaliści zarówno naukowcy, jak sędziowie, wysokiej rangi urzędnicy, a także praktycy. Oprócz seminariów z prawa, jako jeden z nielicznych podmiotów w kraju, organizujemy dla małych grup (np. w ramach danej izby korporacyjnej, sądu okręgowego itp.) specjalistyczne zajęcia z prawniczego języka angielskiego (współpraca z Londyńską Izbą Przemysłowo Handlową w zakresie certyfikowania znajomości specjalistycznego języka angielskiego). Realizujemy aktualnie projekty współfinansowane ze środków UE.

Aktualnie realizowane szkolenia dedykowane (możliwość realizacji dla poszczególnych korporacji czy też sądów):

- Elektroniczne postępowanie upominawcze
- Wpływ najnowszych zmian w k.p.c. na postępowanie sądowe
- Konsekwencje zmian k.p.c. dla funkcjonowania sądu i pełnomocników w związku z e-protokołem
- Nowa regulacja hipoteki (wejście w życie 2011 r)
- Nowelizacja ustawy o informatyzacji podmiotów realizujących zadania publiczne
- Informatyzacja postępowania cywilnego
- Dokument elektroniczny w postępowaniu administracyjnym oraz sądowym
- Zmiany w procedurze administracyjnej. Konsekwencje nowelizacji ustawy o informatyzacji na orzecznictwo sądów administracyjnych (seminarium dedykowane dla sądów administracyjnych)
- Zmiany w k.p.a. – konsekwencje dla urzędów ale także pełnomocników
- Konsekwencje zmian k.p.a. dla wydawania decyzji stypendialnych
- Zmiany w ordynacji podatkowej i k.p.a. Nowe obowiązki w związku z przesyłaniem dokumentów do Urzędu Skarbowego.
- Dostosowanie systemów teleinformatycznych urzędu oraz sądów do Krajowych Ram Interoperacyjności
- Nowa instrukcja kancelaryjna
- Umowy zawierane w działalności wydawniczej
- Odpowiedzialność aptekarza za błędne wydawanie leków
- Aktywności marketingowe w branży farmaceutycznej (aspekty prawne)
- Reklama wyrobów farmaceutycznych
- Problematyka pomocy prawnej
- Reklamacja w obrocie międzynarodowym. Regulacje UE, UNIDROIT i Konwencji wiedeńskiej
- Ochrona danych osobowych
- Faktura elektroniczna
- Umowy wdrożeniowe systemów IT
- Inne