Refleksyjna regulacja ryzyka w ochronie danych osobowych

Podstawy teoretyczne i praktyka działalności Prezesa UODO

WYDAWNICTWO
UNIWERSYTETU
ŁÓDZKIEGO

Prawo

Refleksyjna regulacja ryzyka w ochronie danych osobowych

Podstawy teoretyczne i praktyka działalności Prezesa UODO

Maciej Pichlak
Klaudia Gaczoł

WYDAWNICTWO
UNIWERSYTETU
ŁÓDZKIEGO

Łódź 2022

Maciej Pichlak (ORCID: 0000-0001-5113-9537)
Klaudia Gaczoł (ORCID: 0000-0002-2359-0459) – Uniwersytet Wrocławski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Katedra Teorii i Filozofii Prawa
50-145 Wrocław, ul. Uniwersytecka 22/26

RECENZENCI
Martyna Łaszewska-Hellriegel, *Maciej Wojciechowski*

REDAKTOR INICJUJĄCY
Monika Borowczyk

OPRACOWANIE REDAKCYJNE
Anna Pisarek

SKŁAD I ŁAMANIE
AGENT PR

KOREKTA TECHNICZNA
Wojciech Grzegorczyk

PROJEKT OKŁADKI
Agencja Reklamowa efectoro.pl

Zdjęcie wykorzystane na okładce: Magdalena Abakanowicz, instalacja Agora, Chicago, Illinois
Fot. Anthony Doudt

https://doi.org/10.18778/8220-968-6

Publikacja powstała w ramach realizacji projektu badawczego
„Modele prawnej regulacji ryzyka w świetle teorii refleksyjności", nr 2016/23/B/HS5/00873
finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki

Publikacja dofinansowana przez Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytetu Wrocławskiego

Wydane przez Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
Wydanie I. W.10752.22.0.K

Ark. wyd. 10,0; ark. druk. 11,25

e-ISBN 978-83-8220-968-6

Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
90-237 Łódź, ul. Matejki 34A
www.wydawnictwo.uni.lodz.pl
e-mail: ksiegarnia@uni.lodz.pl
tel. 42 635 55 77

Spis treści

Wykaz skrótów i symboli

AICPA	–	American Institute of Certified Public Accountants
CNIL	–	Commission Nationale Informatique & Libertés
DPIA	–	Data Protection Impact Assessment
dyrektywa 95/46/WE	–	dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz. Urz. WE L 281 z 23.11.1995)
EDPB	–	European Data Protection Board
ENISA	–	The European Union Agency for Cybersecurity (Agencja Unii Europejskiej ds. Cyberbezpieczeństwa)
EROD	–	Europejska Rada Ochrony Danych
GIODO	–	Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych
GR29	–	Grupa Robocza Art. 29 – Grupa robocza ds. Ochrony Osób Fizycznych w Zakresie Przetwarzania Danych Osobowych
NIST	–	National Institute of Standards and Technology
NOYB	–	My Privacy is None of Your Business, Europejskie Centrum Praw Cyfrowych (European Centre for Digital Rights)
OECD	–	Organisation for Economic Cooperation and Development (Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju)
OWASP	–	The Open Web Application Security Project
Prezes UODO	–	Prezes Urzędu Ochrony Danych Osobowych

RODO, rozporządzenie 2016/679	–	rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych) (Dz. Urz. UE L 119, 4.05.2016)
UE	–	Unia Europejska
u.o.d.o.	–	ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1781)
UODO, Urząd	–	Urząd Ochrony Danych Osobowych

Symbole graficzne użyte w tekście


cytat z literatury przedmiotu


komentarz do wyników badań


omówienie decyzji administracyjnych Prezesa UODO

Jednostki redakcyjne bez bliższego oznaczenia dotyczą rozporządzenia 2016/679 (Dz. Urz. UE L 119, 4.05.2016).

Wprowadzenie

1. Nowa filozofia ochrony danych osobowych

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych)[1], które weszło w życie z dniem 25 maja 2018 r. (dalej jako rozporządzenie 2016/679 lub RODO), zredefiniowało system ochrony danych osobowych w przestrzeni prawnej Unii Europejskiej. Zastąpiło ono wcześniej obowiązujący podstawowy w tym zakresie akt normatywny, jakim była dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (dalej jako dyrektywa 95/46/WE)[2].

W porównaniu z filozofią ochrony danych osobowych na gruncie wcześniejszej dyrektywy rozporządzenie 2016/679 wprowadziło co najmniej trzy kluczowe zmiany. Pierwsza sprowadza się do jednolitego i spójnego stopnia ochrony: rozporządzenie ustanowiło jednolite standardy ochrony danych osobowych osób fizycznych, wspólne dla wszystkich państw członkowskich UE (Lubasz, 2018a). Założenie jednolitej ochrony znajduje gwarancje formalne (w postaci nadania omawianemu aktowi formy rozporządzenia, bezpośrednio stosowanego w porządkach prawnych państw członkowskich), materialne (zwłaszcza przez nałożenie na organy nadzoru obowiązku współpracy w celu zapewnienia spójnego stosowania i egzekwowania rozporządzenia określonego w art. 57 ust. 1 lit. g RODO) oraz instytucjonalne (ustanowienie Europejskiej Rady Ochrony Danych, EROD – art. 68 ust. 1 RODO).

Druga zmiana polega na zorientowaniu systemu na ochronę praw i wolności osób fizycznych. Rozporządzenie 2016/679 nie tylko określa szereg uprawnień osób, których dane są przetwarzane, szczególnie w przepisach Rozdziału III

1 Dz. Urz. UE L 119, 4.05.2016.
2 Dz. Urz. WE L 281, 23.11.1995.

RODO oraz art. 77–79 RODO. Przede wszystkim, akt ten został oparty na przeświadczeniu, że przetwarzanie danych może zagrażać podstawowym prawom lub wolnościom: nie tylko prawu do ochrony danych, wyrażonemu w art. 8 ust. 1 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej[3], ale także innym prawom, jak np. prawo do prywatności, do dobrego imienia, do życia lub wolność od dyskryminacji. Nadrzędnym celem rozporządzenia, wskazanym w art. 1 ust. 2, jest więc ochrona tych praw i wolności (zob. Fajgielski, 2022, art. 1; Lubasz, 2018a).

Zmiana trzecia to oparcie systemu ochrony danych na kategorii ryzyka. Adresaci regulacji, którzy dokonują czynności przetwarzania danych[4], mają obowiązki związane z analizą i oceną ryzyka naruszenia praw i wolności osób fizycznych, a także uwzględnienia tej oceny przy podejmowaniu działań ochronnych (m.in. art. 24 ust. 1, art. 25 ust. 1 i art. 32 ust. 1 RODO). „Zmieniona zostaje tym samym optyka regulacyjna ze sztywnych ram prawnych, określających obowiązki dotyczące zapewnienia bezpieczeństwa danych osobowych, na elastyczne podejście, bazujące na ocenie samego administratora i podmiotu przetwarzającego, którzy przez pryzmat ryzyka określać mają samodzielnie poziom oraz metody stosowanych zabezpieczeń" (Lubasz, 2018b; zob. też Fajgielski, 2022, art. 32). Z całości postanowień rozporządzenia wynika także, że adresaci ponoszą odpowiedzialność za prawidłowość przeprowadzonej oceny ryzyka i podjętych środków ochronnych, zgodnie z wyrażoną w art. 5 ust. 2 RODO zasadą rozliczalności.

Wprowadzone rozporządzeniem podejście oparte na ryzyku (*risk-based approach*) wymaga zmiany sposobu funkcjonowania zarówno po stronie adresatów regulacji, jak i organu nadzorczego odpowiedzialnego za stosowanie i egzekwowanie nowych przepisów. Zarówno w jednym, jak i drugim przypadku wymaga odejścia od formalizmu na rzecz nastawienia na większą elastyczność, ciągłe uczenie się i adaptację do zmieniających się okoliczności. Wymaga też bliższej współpracy między obydwiema stronami (adresatami i publicznym regulatorem), w której stale wypracowywana będzie najbardziej adekwatna w danym momencie interpretacja obowiązujących norm. Najkrócej mówiąc: wymaga więcej refleksyjności.

To właśnie ta ostatnia nowość, którą przynosi rozporządzenie 2016/679, jest przedmiotem zainteresowania w niniejszej książce. Analizujemy w niej, na czym polega refleksyjna i oparta na ryzyku regulacja: zarówno w wymiarze teoretycznym, jak i w praktyce funkcjonowania systemu ochrony danych osobowych. Jest to więc książka pisana „na dwie ręce": teoretyczną i praktyczną. Taka wiążąca teorię z praktyką „oburęczność" (by posłużyć się określeniem zastosowanym przez Stanisława Barańczaka do poezji) pozwala, aby oba poziomy rozważań oświetlały się wzajemnie: teoria służy lepszemu zrozumieniu pewnych uwarunkowań praktyki, praktyka zaś weryfikuje niektóre założenia i hipotezy formułowane na poziomie

3 Dz. Urz. UE C 202, 7.06.2016.

4 Adresatami regulacji będą w głównej mierze administratorzy danych lub podmioty przetwarzające oraz – gdy ma to zastosowanie – ich przedstawiciele.

teorii. Pozwala to też dostrzec, że analizowany przez nas w drugiej części pracy przypadek refleksyjnej działalności regulacyjnej Prezesa UODO jest zarazem ilustracją szerszych tendencji społecznych, oddziałujących na współczesną politykę, prawo i administrację.

2. Nasze ryzykowne, nasze refleksyjne nasze regulacyjne czasy

Próbując uchwycić wspomniane na koniec poprzedniego punktu tendencje społeczne, zwróćmy uwagę na trzy opisywane w naukach społecznych zjawiska, którymi są naznaczone nasze czasy.

Już w połowie lat 80. ubiegłego stulecia Ulrich Beck postawił diagnozę, zgodnie z którą nasze społeczeństwa znajdują się „w tranzycie" w stronę społeczeństwa ryzyka (Beck, 1986; wyd. polskie 2002). Czym jest społeczeństwo ryzyka? Próbując wychwycić główną myśl z wielowątkowego i migotliwego pisarstwa Becka, można wskazać na dwie podstawowe tezy: po pierwsze, postępująca modernizacja przynosi skutki uboczne w różnorodnych obszarach życia (od środowiska naturalnego, przez politykę, po relacje intymne), które w coraz mniejszym stopniu jesteśmy w stanie „absorbować" i neutralizować. W konsekwencji, po drugie, wyprodukowane w ten sposób ryzyko staje się kluczowym problemem społecznym i politycznym. Rzeczywistość dopisała własny, gorzki kontekst do tych socjologicznych diagnoz: tuż przed pierwszym wydaniem książki Becka doszło do katastrofy w elektrowni w Czarnobylu. Książka ta zyskała status jednej z najpopularniejszych i najczęściej cytowanych prac socjologicznych XX w., a sformułowanie „społeczeństwo ryzyka" stało się szlagwortem, popularnością niemal dorównując innym niemieckim ikonom lat 80.: murowi berlińskiemu czy zespołowi Modern Talking.

Anglicy, jako jedna z nielicznych nacji w Europie, nigdy naprawdę nie pokochali Modern Talking. Nie dziwi więc, że sformułowali też – za sprawą prac Anthony'ego Giddensa z wczesnych lat 90. (Giddens, 1990, 1991) – własną odpowiedź na teorię Becka. Socjolog z Cambridge i Londynu znalazł wiele punktów wspólnych z Beckiem i czasami uznawany jest wręcz za współtwórcę koncepcji społeczeństwa ryzyka (zob. Beck, Giddens, Lash, 1994; Giddens, 1998). Zdaniem Giddensa jednak podstawowa cecha, która wyróżnia obecny etap nowoczesności, jest inna: jest nią refleksyjność. Definiując refleksyjność, autor wskazuje na „uregulowane wykorzystywanie wiedzy o warunkach życia społecznego jako konstytutywny element jego organizacji i przekształcania". Najprościej mówiąc: refleksyjne instytucje i organizacje w sposób uregulowany i systematyczny obserwują i gromadzą wiedzę o własnym działaniu, modyfikując to ostatnie odpowiednio do wyników

obserwacji oraz zmieniających się okoliczności. Sprawia to, że refleksyjne instytucje są „w ciągłym ruchu", bowiem sposób ich funkcjonowania dostosowuje się do zmian w ich otoczeniu.

Pojęcie społeczeństwa ryzyka oraz refleksyjności uzupełniają się wzajemnie, kierując uwagę na nieco inne aspekty tych samych procesów. Co jednak oznaczają one dla funkcjonowania nowoczesnych państw, ich systemów prawnych i administracyjnych? Najbardziej sugestywna odpowiedź pojawiła się po drugiej stronie Alp, we Włoszech, gdzie w połowie lat 90. Giandomenico Majone zaproponował pojęcie państwa regulacyjnego (Majone, 1994, 1997)[5]. W zamyśle autora było ono przeciwstawione państwu dobrobytu (określanemu także jako „państwo pozytywne"). To ostatnie koncentruje się na bezpośrednim dostarczaniu obywatelom podstawowych dóbr i usług, co wymaga rozbudowanych systemów dystrybucji, budżetów i podatków. W kontraście do tego modelu państwo regulacyjne wycofuje się z bezpośredniej produkcji i dystrybucji, większą rolę w tym zakresie przyznając rynkom, samo zaś ogranicza się do regulacji rynków – a zatem działalności prywatnych przedsiębiorców – celem korekcji ich ewentualnych niedostatków. Koncepcja Majonego stanowiła więc opis zachodzących w ówczesnym czasie zmian w funkcjonowaniu wielu państw; zmian symbolizowanych przez takich liderów neoliberalnych reform jak Ronald Reagan i Margaret Thatcher. Wpisywała się jednocześnie w formułowane wówczas już od jakiegoś czasu diagnozy kryzysu państwa opiekuńczego, m.in. takich autorów jak Niklas Luhmann, Gunther Teubner czy wspominany Giddens.

Wiele się od tamtego czasu zmieniło, nie tylko w gustach muzycznych. Również społeczno-polityczny kontekst, do którego nawiązywały tezy Becka, Giddensa czy Majonego, jest dziś w jakiejś mierze pieśnią przeszłości. A jednak, tak jak zdarza nam się i dzisiaj nucić pod nosem przeboje z lat 80. i 90. ubiegłego wieku, tak też mające wówczas swój początek procesy oddziałują wciąż na nasze społeczeństwa, w tym systemy prawne, polityki publiczne i administrację. Istotna część twierdzeń tych autorów pozostaje nadal aktualna, czego dowodem jest ich żywotność i ciągłe ich rozwijanie w naukach społecznych. Nasze czasy, jeszcze mocniej niż końcówka XX w., naznaczone są ryzykiem, refleksyjnością i regulacją.

Oczywiście, w naukach społecznych pojawiały się w tym okresie także inne próby całościowego ujęcia kluczowych własności współczesnych systemów społecznych. Zygmunt Bauman (2000) pisał o „płynnej nowoczesności", Manuel Castells (1996) zaproponował pojęcie „społeczeństwo sieci", a jeszcze wcześniej niezwykłą

5 Majone nie był twórcą samego terminu. Pojawił się on w USA już w latach 60. (a marginalnie bywał wzmiankowany nawet wcześniej). David Levi-Faur wskazuje na książkę Jamesa E. Andersona *The Emergence of the Regulatory State* z 1962 r. Zwłaszcza od lat 80. bywał wykorzystywany w Stanach m.in. przez takich autorów jak Harold Seidman czy Cass Sunstein. Uznaje się jednak, że to właśnie w pracach Majonego „państwo regulacyjne" zyskało status pełnoprawnego pojęcia nauk politycznych.

popularność zyskało określenie „społeczeństwo informacyjne" (Webster, 2006). Wszystkie trzy hasła – podkreślające zmienność, wzajemne powiązanie oraz znaczenie informacji – są ogromnie ważne szczególnie w kontekście przetwarzania danych osobowych i ich ochrony. Pozwalają one lepiej zrozumieć, *dlaczego* ochrona danych stanowi w dzisiejszych realiach tak ważne i wrażliwe zagadnienie. Aby jednak uchwycić, *jak* ochrona ta jest realizowana w praktyce, skupiamy się na kwestiach, na których koncentrują się diagnozy społeczeństwa ryzyka, refleksyjności nowoczesności oraz państwa regulacyjnego. A wszystkie one niejako zbiegają się w jednym wspólnym punkcie, jaki stanowi refleksyjna regulacja ryzyka: znak naszych czasów i temat przewodni tej książki.

3. Cel i struktura pracy

Podstawowym celem pracy jest odpowiedź na pytanie, w jakim zakresie założenia refleksyjnej regulacji ryzyka realizowane są w systemie ochrony danych osobowych w Polsce, w szczególności zaś w działalności organu nadzorczego (Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych). Tak postawione zadanie zawiera dwa aspekty, wspominane już wcześniej w podrozdziale 1: teoretyczny i praktyczny. Wymiar teoretyczny obejmuje przede wszystkim ustalenie, na czym polega refleksyjność regulacji i jaką rolę w takiej regulacji pełni kategoria ryzyka. Na wymiar praktyczny składa się analiza działalności organu nadzorczego pod kątem poszczególnych aspektów strategii regulacyjnej określanej jako refleksyjna regulacja ryzyka. Te dwie składowe podstawowego zadania badawczego odpowiadają dwóm częściom pracy.

Pierwsza część książki wprowadza podstawowe pojęcia, wraz z powiązanymi z nimi założeniami teoretycznymi, niezbędne dla właściwego zrozumienia programu refleksyjnej regulacji ryzyka. Celem tej części nie jest szczegółowa analiza, ale usystematyzowanie istniejącego stanu badań nad omawianymi w niej zagadnieniami. Staramy się w niej w możliwie syntetyczny i przystępny sposób omówić teoretyczne i filozoficzne rozstrzygnięcia dotyczące kolejno pojęć regulacji (Rozdział 1), ryzyka (Rozdziały 2 i 3) i refleksyjności (Rozdział 4). Ponieważ zwłaszcza problem refleksyjności w prawie był już przedmiotem szerszego opracowania jednego z autorów niniejszej książki (zob. Pichlak, 2019), uznaliśmy za zbędne powtarzanie pewnych bardziej szczegółowych kwestii. Czytelnika zainteresowanego pogłębieniem niektórych wątków odsyłamy do tamtej pracy.

W ramach rozważań nie tylko rekonstruujemy interesujące nas pojęcia, ale też wyodrębniamy podstawowe modele pojmowania, odpowiednio, ryzyka (model standardowy, wspólnotowy i konfrontacyjny) oraz refleksyjności (model nowoczesny, przednowoczesny i późnonowoczesny). Pokazujemy także wzajemne

powiązania między odpowiednimi modelami ryzyka i refleksyjności, odsłaniając przy tym ich rolę we współczesnych systemach prawnych, politycznych i administracyjnych.

Ustalenia Rozdziałów 1–4 pozwalają na rekonstrukcję programu refleksyjnej regulacji ryzyka, która została przedstawiona w Rozdziale 5. Rozdział ten stanowi zarazem pomost łączący dotychczasowe analizy teoretyczne z drugą częścią pracy. Nie tylko analizujemy w nim pojęcie refleksyjnej regulacji ryzyka, ale przybliżamy także pewne praktyczne aspekty tej strategii regulacyjnej, takie jak wchodzące w jej skład metody, potencjalne korzyści oraz uwarunkowania.

Druga część książki przedstawia wyniki zrealizowanych przez nas badań empirycznych działalności Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych (Prezesa UODO) jako krajowego organu nadzorczego w okresie od 25 maja 2018 r., czyli od dnia wejścia w życie rozporządzenia 2016/679, do końca 2021 r. Okres ponad trzech i pół roku, który poddany został badaniu, wydaje się dostatecznie długi, aby w praktyce działania organu zdążyło uformować się i okrzepnąć nowe podejście do ochrony danych osobowych, wprowadzone unijnym rozporządzeniem. Stąd też analizujemy, na ile organowi udało się doprowadzić do skutecznej realizacji podstawowych założeń tego podejścia.

Po krótkim wprowadzeniu metodologicznym do badań (Rozdział 6), w Rozdziale 7 wykazujemy, że rozporządzenie 2016/679 rzeczywiście przyjmuje podstawowe założenia refleksyjnej regulacji ryzyka. Dowodzimy innymi słowy, że rozporządzenie wymaga od organów nadzorczych działania zgodnie z tą właśnie strategią regulacyjną, tworząc swoisty potencjał „urefleksyjnienia" ich działalności. Oceniamy także, na ile warunki funkcjonowania Prezesa UODO umożliwiają realizację tej strategii w praktyce.

Dwa kolejne rozdziały stanowią bezpośrednie sprawozdanie z badań nad aktywnością organu. W Rozdziale 8 przedstawione zostały wyniki badań ilościowych nad różnymi obszarami jego aktywności (ze zwróceniem szczególnej uwagi na decyzje wydawane w sprawach indywidualnych) z punktu widzenia poszczególnych cech charakterystycznych refleksyjnej regulacji ryzyka. Rozdział 9 omawia bardziej pogłębione, jakościowe badania tylko jednego zagadnienia: dokonywanej przez organ oceny współpracy adresatów regulacji w trakcie prowadzonych postępowań. Jak bowiem wskazujemy w książce, taka współpraca stanowi jeden z kluczowych elementów interesującej nas strategii regulacyjnej.

W Podsumowaniu przedstawiamy najważniejsze wnioski z całej pracy.

4. Perspektywa badawcza

Obraną przez nas perspektywę można uznać za inspirowaną przede wszystkim programem metodologicznym Philipa Selznicka (Selznick, 1980, 1995, 2008; zob. też Krygier, 2012; Pichlak, 2019; Taekema, 2003). Tak jak ten autor uznajemy tezę o społecznym ucieleśnieniu ideałów etycznych i politycznych – w naszym przypadku będzie to ideał refleksyjności. Uznanie tej tezy prowadzi Selznicka do sformułowania dwóch zasadniczych postulatów. Pierwszy z nich to „socjologiczny naturalizm", który nakazuje traktować etyczne ideały za rzeczywiste elementy świata społecznego, a w konsekwencji prowadzi do łączenia podejścia normatywnego, krytycznego i opisowego. Drugim postulatem jest uznanie instytucjonalnego rozwoju, czyli przyjęcie, że instytucje społeczne mają w sobie potencjał do „moralnego wzrostu" (Selznick, 1980, s. 3) (polegającego na coraz doskonalszym wypełnianiu ich nadrzędnego ideału), oraz poszukiwanie warunków i sposobów, na jakie wzrost ten staje się możliwy. Instytucjonalny rozwój łączy się także z postulatem *variability* (wariantywności), zgodnie z którym dany ideał może urzeczywistniać się na wiele odmiennych sposobów w konkretnych instytucjach.

Co do naszej własnej perspektywy badawczej, jest ona bliska propozycjom Selznicka m.in. w tym sensie, że przyglądamy się, w jaki sposób ideał refleksyjności jest ucieleśniany w konkretnych instytucjach regulacyjnych; że uznajemy wielość sposobów (*variability*), na które ucieleśnianie to może się dokonywać; że szukamy tych miejsc w systemach regulacyjnych, w których kryje się potencjał do wzrostu refleksyjności; że w tym wszystkim staramy się łączyć orientację normatywną, opisową i krytyczną.

(1) Przyjęte przez nas podejście badawcze można określić jako *systemowe* i *instytucjonalne*. Zgodnie z nim postrzegamy regulację jako aktywność podejmowaną w złożonym układzie instytucjonalnym. Na układ ten składają się wzajemne relacje między poszczególnymi uczestnikami systemu regulacyjnego: regulatorami, adresatami regulacji, patronami politycznymi, interesariuszami zewnętrznymi, sądami etc., z których każdy wnosi własny punkt widzenia, swoje interesy, uznawane normy i wartości (zob. m.in. March, Olsen, 2005; Ostrom, 1986; Powell, DiMaggio, 2004; Sadowski, 2014; Skąpska, 1999). Układ taki w fundamentalny sposób wpływa na proces regulacyjny, wyznacza on zatem kontekst, który musi być uwzględniany w badaniu regulacji.

(2) Patrzymy na regulację *z punktu widzenia nauk prawnych*. Oznacza to nie tylko, że regulację postrzegamy jako dokonywaną *w granicach, na podstawie i za pomocą prawa*; przede wszystkim determinuje to *normatywną* orientację naszych badań. Kategoria normatywności dotyczy tu co najmniej trzech aspektów. Po pierwsze, normatywne jest samo postrzeganie regulacji jako nakierowanej na realizację interesu publicznego. Przyjmujemy innymi słowy, że regulacja może i powinna służyć takim celom. Po drugie, normatywny charakter ma dla nas kategoria refleksyjności; jest

ona wartością (ideałem), która wyznacza pożądany kształt regulacji. W założeniu bowiem regulacja, która spełnia wymogi refleksyjności, zazwyczaj lepiej realizuje postawione przed nią cele. Po trzecie, w sposób typowy dla nauk prawnych, istotną część naszego badania stanowi analiza stanu normatywnego: treści powszechnie obowiązujących aktów prawnych oraz aktów stosowania prawa. Można zatem powiedzieć, że normatywny charakter posiada sam przedmiot naszych badań, jakim jest obowiązujące prawo i podejmowane na jego podstawie decyzje.

(3) Nasza perspektywa jest zarazem *krytyczna*, i to ponownie na kilka sposobów. Po pierwsze w tym sensie, że przyglądając się systemowi ochrony danych osobowych, oceniamy, na ile zawierają one w sobie potencjał „urefleksyjnienia" i na ile ten potencjał zostaje wykorzystany w praktyce. Jest to więc krytyczna analiza tych systemów pod interesującym nas kątem. Nasza perspektywa jest jednak krytyczna także w innym, głębszym znaczeniu, wypracowanym w filozofii transcendentalnej. Z tego punktu widzenia krytyczność oznacza pytanie o warunki możliwości danej praktyki. Chodzi zatem o interpretację praktyki poprzez ukazanie warunków koniecznych dla jej zaistnienia. Kant, jak wiadomo, w ten właśnie sposób przeprowadził krytykę m.in. współczesnych mu nauk przyrodniczych, odsłaniając założenia, bez których nauki te nie byłyby możliwe. W podobnym duchu chcemy pokazać, jakie założenia dotyczące natury ryzyka i refleksyjności umożliwiają współczesną nam praktykę regulacji – w naszym przypadku reprezentowaną przez przykład ochrony danych osobowych.

(4) Badając system ochrony danych osobowych, przyjmujemy perspektywę *średniego zasięgu*. Oznacza to uznanie, że refleksyjność systemu regulacyjnego może przybierać różne formy, co prowadzi do istotnych różnic pomiędzy istniejącymi systemami. Inaczej mówiąc, nie istnieje jeden uniwersalny model refleksyjnej regulacji ryzyka. Zarówno analizy teoretyczne, jak i obserwacje praktyki prowadzą do wspólnego wniosku, że taka regulacja może kształtować się na różne sposoby, a istniejące w tej mierze różnice są istotne. W tym względzie zachodzi jednak, jak zobaczymy, istotna różnica między teorią a praktyką: modele, które z teoretycznego punktu widzenia postrzegane są jako alternatywne względem siebie, w praktyce bywają łączone w jednym systemie regulacyjnym. Innymi słowy, praktyka jest w porównaniu z teorią znacznie bardziej eklektyczna.

(5) W naszych badaniach obieramy *punkt widzenia regulatora*, starając się patrzeć na system regulacyjny z jego perspektywy. Widać to szczególnie w warstwie normatywnej, gdzie rozważamy, jakie działania ma do swojej dyspozycji regulator, który chce podchodzić do swoich zadań w sposób refleksyjny. Systemy regulacyjne, jak już podkreślaliśmy, są skomplikowanymi układami instytucjonalnymi, angażującymi wiele różnych podmiotów, których punkty widzenia i interesy przecinają się wzajemnie. Nie jest możliwe, aby badać je z wszystkich tych dostępnych perspektyw naraz. Obieramy więc perspektywę tego uczestnika systemu, który jest bezpośrednio odpowiedzialny za realizację założonych interesów publicznych i bez którego zarazem trudno wyobrazić sobie jakikolwiek system regulacyjny.

CZĘŚĆ PIERWSZA
PODSTAWOWE POJĘCIA

Rozdział 1

Pojęcie regulacji

„Osoby piszące o regulacji traktują chaos definicyjny niemal jako ryzyko zawodowe" (Black, 2001, s. 129). W obliczu mnogości sposobów pojmowania regulacji w literaturze trudno nie zgodzić się z powyższym stwierdzeniem. Dokładne rozumienie tego terminu zależy od takich czynników jak dyscyplina naukowa, przyjęta w danym kraju konwencja językowa czy nawet rodzaj rozpatrywanego problemu (zob. Hoff, 2005; Kmieciak, 2009; Koop, Lodge, 2017). Rzeczywiście, inaczej termin ten funkcjonuje na gruncie kultury politycznej i prawnej USA, jako element podziału form stanowienia prawa na „legislację" i „regulację", inaczej w systemach prawnych Europy kontynentalnej, a jeszcze inaczej w dokumentach organizacji międzynarodowych, takich jak OECD (1995). Mówimy tu ponadto o terminie, którym posługują się różne dyscypliny nauki (przede wszystkim ekonomia, nauki o administracji, nauki polityczne, socjologia, nauki o zarządzaniu i nauki prawne), niekoniecznie rozumiejąc go w ten sam sposób. Wcale nierzadki wpływ ma tu również perspektywa ideologiczna czy osobiste zapatrywania danego autora. Dodatkowo, jak odnotowuje Julia Black (2001, s. 130–131), ci sami autorzy potrafią posługiwać się pojęciem regulacji w kilku różnych znaczeniach, w zależności od potrzeb.

Wszystkie te czynniki nie sprzyjają jasności pojęciowej. W obliczu piętrzących się trudności niecelowe wydaje się w tym miejscu dążenie do rekonstrukcji możliwych sposobów pojmowania regulacji[1]. Zamiast tego, po kilku uwagach wstępnych, przejdziemy do sformułowania własnej propozycji, którą będziemy posługiwać się w tej książce. Nie ma ona oczywiście na celu konkurować z innymi dostępnymi opcjami, a jedynie służy jako narzędzie organizujące nasze własne rozważania.

---

1 Z kronikarskiego obowiązku odnotujmy jedynie dwie – jak się zdaje w teorii regulacji najbardziej wpływowe – próby definicyjne. Szczególnie że nasza propozycja w tym zakresie nawiązuje do nich w pewnym stopniu. Philip Selznick definiuje regulację jako „sustained and focused control exercised by a public agency over activities that are valued by the community" (1985, s. 363). Julia Black podaje natomiast następującą definicję: „the sustained and focused attempt to alter the behaviour of others according to defined standards and purposes with the intention of producing a broadly identified outcome or outcomes, which may involve mechanisms of standardsetting, information-gathering and behaviour modification" (2002, s. 26).

1.1. Dyskusje nad statusem pojęcia regulacji

Spotykane w nauce sposoby pojmowania regulacji porządkowane są często według stopnia ich ogólności. Najpopularniejsza typologia zawiera trzy takie alternatywne podejścia (Baldwin, Cave, Lodge, 2010, s. 12, 2012, s. 3; zob. Baldwin, Scott, Hood, 1998, s. 3; Black, 2001, s. 129). W pierwszym, najwęższym ujęciu regulacja rozumiana jest jako szczególna forma oddziaływania za pomocą formalnie ustanowionych reguł. Można to uznać za typowo „prawniczy" punkt widzenia, choć bynajmniej nie jest on zarezerwowany tylko dla przedstawicieli nauk prawnych. Drugie podejście postrzega regulację nieco szerzej, jako każde celowe oddziaływanie na zachowanie określonych podmiotów przez organy władzy publicznej. Obejmuje ono także te formy regulacji, które nie mieszczą się w pierwszym z ujęć, jak informowanie, edukacja czy stosowanie zachęt. Najszersze z ujęć utożsamia regulację z każdą formą wpływu na zachowanie się jakichś podmiotów; takie spojrzenie obejmuje także oddziaływanie nieintencjonalne i bezosobowe, jak na przykład kształtowanie zachowania przez rynek, wzorce kulturowe czy technologię.

Taki podział ma jednak co najmniej dwie słabe strony. Po pierwsze, nie oddaje on ani wzmiankowanej wielości kontekstów, w których pojęcie regulacji jest angażowane, ani związanego z tym bogactwa wyborów co do tego, jakie cechy należy uznać za istotne dla tego pojęcia (i co w związku z tym uznać za wzorcowy przykład regulacji). Po drugie, nie bierze on pod uwagę tego, że pojęcie to w ogóle może nie podlegać klasycznemu definiowaniu, a zamiast tego stanowi pojęcie innego rodzaju: rodzinowe, radialne, interpretacyjne, z istoty sporne etc.[2]

Co do pierwszego z punktów, Christel Koop i Martin Lodge odnotowują najważniejsze pytania, na które autorzy zajmujący się regulacją udzielają odmiennych odpowiedzi: (a) czy regulacja ma wyłącznie charakter intencjonalny (celowy); (b) czy stanowi odrębną, niezależną formę interwencji prawnej – odmienną od np. opodatkowania czy subsydiowania; (c) czy przynależy wyłącznie państwu, czy też może być realizowana także przez podmioty pozapaństwowe; (d) czy dotyczy tylko działalności ekonomicznej, czy może także regulować inne formy działalności; (e) czy regulator oraz adresat regulacji muszą być odrębnymi podmiotami (Koop, Lodge, 2017).

Koop i Lodge zdają się również sugerować, że najbardziej użytecznym sposobem definiowania regulacji jest potraktowanie jej jako kategorii radialnej, to jest takiej, dla której można wyróżnić przypadek wzorcowy jej użycia, nie wytyczając jednocześnie precyzyjnie „zewnętrznych granic" zakresu. Zgodnie z tą strategią proponują oni pod pojęciem regulacji rozumieć „intencjonalną interwencję w działalność docelowej populacji, która w typowym przypadku ma charakter interwencji bezpośredniej – obejmując stanowienie wiążących standardów, kontrolę i sankcjonowanie

2 Na temat tych różnych rodzajów pojęć zob. np. Gizbert-Studnicki, Dyrda, Grabowski, 2016, s. 125 i nn.

– oraz jest wykonywana przez podmioty sektora publicznego w stosunku do aktywności ekonomicznej aktorów sektora prywatnego" (Koop, Lodge, 2017, s. 105).

Z podejściem autorów można się zgodzić, z tym zastrzeżeniem, że o tym, co będzie traktowane jako przypadek wzorcowy regulacji, decydować będzie kontekst i przyjęta perspektywa badawcza. Przedstawiciele różnych tradycji czy dyscyplin mogą różnić się w poglądach na tę kwestię. Każda z tych grup – czy będą to, dajmy na to, amerykańscy ekonomiści, francuscy antropologowie czy polscy badacze prawa gospodarczego – w inny sposób może postrzegać modelową regulację.

1.2. Propozycja pojmowania regulacji według przypadku wzorcowego

Także nasze własne postrzeganie regulacji jest zdeterminowane przyjętą przez nas perspektywą badawczą oraz celem naszych rozważań. Najogólniej mówiąc, perspektywa ta stara się łączyć prawniczy punkt widzenia z wglądem, jaki daje teoria społeczna. Biorąc pod uwagę powyższe, w niniejszej pracy za standardowy przypadek regulacji uznajemy *celowe i systematyczne oddziaływanie na zachowanie niezależnych podmiotów, podejmowane w ramach złożonego systemu instytucjonalnego przez podmiot wyposażony w instytucjonalny autorytet, dla realizacji istotnych interesów publicznych, polegające na ustanawianiu standardów, monitorowaniu zachowania lub egzekwowaniu*. Fakt, że mówimy tu o przypadku wzorcowym, oznacza, że nie wykluczamy innych postaci, jakie przybierać może regulacja. Nasza uwaga koncentrować się będzie jednak na tych formach, które odpowiadają powyższej charakterystyce.

(a) *Celowość i systematyczność*. Pomijając najszersze ujęcia, w literaturze panuje zasadnicza zgodność przynajmniej co do tego, że regulacja ma charakter celowy, czyli intencjonalny (Black, 2001, s. 136; Koop, Lodge, 2017, s. 97–98). W naszym przypadku przekonanie takie jest dodatkowo motywowane prawniczym punktem widzenia, z którego regulacja jawi się zawsze jako działanie konkretnych, upoważnionych do tego podmiotów. Z natury rzeczy wynika, że działanie to będzie miało charakter intencjonalny. Nieco więcej wątpliwości budzić może przypisanie regulacji cechy systematyczności. W większości przypadków będzie ona przybierać taki właśnie charakter. Z punktu widzenia prawa trudno uznać za regulację coś, co ogranicza się do jednorazowego działania. Cechę trwałości akcentuje zresztą wiele wpływowych definicji, jak te pochodzące od Philipa Selznicka (1985, s. 363) czy Julii Black (2002, s. 26).

(b) *Niezależność adresatów od regulatora*. Jedną z kluczowych cech, dość powszechnie łączonych z pojęciem regulacji, jest brak bezpośredniej podległości jej adresatów względem podmiotu regulującego (regulatora). Pierwotnie pojęcie to zresztą

stosowane było w odniesieniu do kształtowania warunków działalności gospodarczej (co nadal stanowi podstawowy obszar jego zastosowania), która z definicji wykonywana jest we własnym imieniu i na własny rachunek. Adresaci regulacji są więc w swoim działaniu niezależni od regulatora. Oddziaływanie tego ostatniego ograniczone jest do przyznanych mu kompetencji regulacyjnych, które jednak nie oznaczają, że jest on w jakimkolwiek sensie bezpośrednio nadrzędny nad adresatami.

(c) *System instytucjonalny*. Z przyjętego przez nas punktu widzenia regulacja jawi się jako aktywność, która wykonywana jest w pewnym złożonym układzie instytucjonalnym. Ten szerszy kontekst nadaje właściwy sens działalności regulacyjnej, a zarazem wpływa na jej skuteczność. Układ ten, na który składają się czynniki prawne, polityczne, ekonomiczne i społeczne, określamy jako system regulacyjny.

Każdy system wykształca charakterystyczny dla siebie reżim regulacyjny, czyli „układ instytucjonalnej geografii, reguł, praktyk i ożywiających je idei, jaki wiąże się z regulacją określonego ryzyka czy zagrożenia" (Hood, Rothstein, Baldwin, 2001, s. 9). Pomijając szczegóły tej definicji, podkreśla ona ważną prawdę: na reżim regulacyjny składają się zarówno elementy formalne, jak i nieformalne. Wspólnie kształtują one sposób, w jaki dokonywana jest regulacja. Dlatego też regulację należy postrzegać jako element takiego złożonego układu. Ponownie, ten sposób rozumienia regulacji jest typowy dla prawniczego punktu widzenia (zob. Morgan, Yeung, 2007, s. 4–7). Jest on zarazem wyrazem *systemowego* oraz *instytucjonalnego* podejścia do regulacji.

To właśnie kontekst instytucjonalny decyduje m.in. o tym, że regulator wyposażony zostaje w autorytet do dokonywania regulacji. Ten autorytet może być natury prawnej – jak w przypadku Prezesa UODO i innych regulatorów będących organami władzy publicznej – może też jednak pochodzić z innych źródeł, jak przy regulacji sprawowanej w ramach organizacji gospodarczych lub społecznych (pozarządowych). Każdorazowo jednak autorytet ten istnieje jedynie jako element szerszego układu instytucjonalnego, który powołuje go do życia.

(d) *Interes publiczny*. Zakładamy, że regulacja służy realizacji istotnych interesów publicznych. Dokładniej mówiąc, przyjmujemy, że regulacja *powinna* służyć, *może* to robić i *czasem faktycznie służy* takim interesom. Kategoria interesu publicznego ma więc tutaj złożony, normatywno-empiryczny status. Z pewnością jej użycie nie ma prowadzić do prymitywnego aprioryzmu w spojrzeniu na rzeczywiste praktyki regulacyjne; odsłania ona jednak potencjał, który praktyki te – przy spełnieniu odpowiednich warunków – mają szansę urzeczywistniać. To sposób patrzenia na regulację, który czerpie inspirację z teorii interesu publicznego (Baldwin, Cave, Lodge, 2012, s. 40–43; zob. Morgan, Yeung, 2007, s. 17–43), zwłaszcza w ich wersji normatywnej (w odróżnieniu od wyjaśniającego ujęcia interesu publicznego). Zgodnie z tym punktem widzenia możemy zasadnie oczekiwać od systemów regulacyjnych, aby służyły tego typu interesom. Oczywiście, brak zgody co do tego, jak dokładnie należy rozumieć pojęcie interesu publicznego (Komierzyńska, Zdyb, 2016). Co istotne szczególnie w kontekście ochrony danych osobowych, ochronę podstawowych praw

i wolności – mimo że co do zasady dotyczy osób prywatnych – uznaje się raczej bezspornie za mieszczącą się w zakresie tego pojęcia (Wilczyńska, 2009).

Prawdopodobnie to właśnie w tym punkcie najwyraźniej ujawnia się fakt, że nasz sposób postrzegania regulacji ma charakter prawniczy. Legitymizacja prawnej regulacji praktycznie w całości opiera się na przeświadczeniu, że może ona i powinna służyć interesowi publicznemu. Prawnicy są więc niejako „skazani" na postrzeganie regulacji przez taki właśnie pryzmat. Odrębnym pytaniem jest, jak uniknąć przy tym błędów prostego dogmatyzmu i aprioryzmu – jak zatem nie zamykać oczu na rzeczywistość społeczną, która nieraz odbiega od założonego wzorca. Jednym ze sposobów radzenia sobie z tym wyzwaniem, który jest nam szczególnie bliski, jest łączenie perspektywy prawniczej z podejściem socjologicznym. Badania socjologiczno-prawne rzadko kiedy przyjmują przecież całkowicie „zewnętrzny" punkt widzenia na prawo. Częściej próbuje się w nich łączyć orientację normatywną z empiryczną. Jakkolwiek trudna wydawałaby się taka koniunkcja, w niniejszej książce próbujemy iść w tym właśnie kierunku.

(e) *Kompetencje regulacyjne*. Regulacja jest złożoną działalnością, polegającą na realizacji różnego rodzaju kompetencji przypisanych dokonującemu jej podmiotowi. W literaturze powszechnie wymienia się przy tym kompetencyjną triadę, wchodzącą w skład regulacji: ustanawianie standardów, monitorowanie zachowania i egzekwowanie (sankcjonowanie). Czasami do tej listy dodaje się licencjonowanie, czyli decydowanie o tym, kto może w ogóle wejść na pole, na którym podejmuje się aktywność podlegającą regulacji (*gate-keeping*). Licencjonowanie może zresztą być uznane za szczególną postać sankcjonowania, jeśli to ostatnie obejmuje zarówno sankcje negatywne, jak i pozytywne. Każda z tych kompetencji może być wykonywana na różne sposoby (np. stanowione standardy mogą przybierać formę jednoznacznych reguł, *principles*, *policies* lub jeszcze inną; monitorowanie może dokonywać się w sposób epizodyczny lub ciągły itp.), na których omawianie nie ma tu miejsca (zob. np. Baldwin, Cave, Lodge, 2012).

Jakkolwiek regulacją można określić wykonywanie którejkolwiek z tych kompetencji, to w najbardziej wzorcowych przypadkach kompetencje te są wiązane w gestii jednego podmiotu. Na tym właśnie polega specyfika regulacji, że ten sam podmiot odpowiedzialny jest zarówno za ustanawianie wiążących norm postępowania (standardów), jak i następcze ich egzekwowanie. Jak widać, regulacja wyłamuje się tym samym zarówno z klasycznego trójpodziału władz, jak i z tradycyjnej dystynkcji między tworzeniem a stosowaniem prawa. Z punktu widzenia prawoznawstwa trzeba stwierdzić, że znaczna część regulatorów podejmuje obie te formy działań. Dość często oczekuje się przy tym, aby podmiot wyposażony w taką wiązkę kompetencji regulacyjnych pozostawał niezależny zarówno od legislatywy, jak i egzekutywy. Wymóg ten jest szczególnie bliski amerykańskiemu rozumieniu terminu *regulation* (Hoff, 2005; Kmieciak, 2009). Choć kwestia ta nie ma pierwszorzędnej wagi dla pojmowania regulacji, a stopień i formy takiej niezależności mogą się różnić, rzeczywiście typowe agencje regulacyjne zazwyczaj cieszą się gwarancjami węższej czy szerszej niezależności.

***

Proponowane przez nas pojmowanie regulacji pozostaje, jak widać, zbliżone do tego, które rozpowszechnione jest w szeroko rozumianym prawie publicznym – przede wszystkim w takich dyscyplinach, jak publiczne prawo gospodarcze (a w jego ramach prawo energetyczne, prawo telekomunikacyjne etc.), prawo rynków finansowych czy prawo bankowe (Szydło, 2005, 2010). Jest to z naszej strony celowy zabieg, są to bowiem te obszary prawoznawstwa, w których interesujące nas pojęcie zyskało szczególną wagę.

Przedstawiony przez nas obraz regulacji, choć ledwie szkicowy, byłby jednak mylący, jeśli nie odnotować jeszcze dwóch kwestii. Po pierwsze, we współczesnych systemach regulacyjnych coraz częściej mamy do czynienia z sytuacją, w której regulacji podlega nie bezpośrednio czyjeś działanie, ale ryzyko. Oznacza to z jednej strony, że problem wymagający interwencji regulacyjnej definiowany jest w kategoriach ryzyka, z drugiej zaś, że od samych adresatów regulacji wymaga się przede wszystkim właściwego zarządzania ryzykiem, a za błędy w tym zakresie pociąga się ich do odpowiedzialności. Stąd też współczesna regulacja jest w wielu przypadkach regulacją ryzyka (Baldwin, Cave, Lodge, 2012, s. 83–102; Black, 2010a; Black, Baldwin, 2010; Hood, Rothstein, Baldwin, 2001; Kasiewicz, 2016; Rothstein, Borraz, Huber, 2013). Współgra to skądinąd ze wspominanymi we wprowadzeniu szerszymi tendencjami społecznymi, zgodnie z którymi ryzyko stanowi obecnie jedno z centralnych zagadnień politycznych i prawnych (Beck, 2002, 2012, 2016; Ewald, 1991; Franklin, 1998; Hudson, 2003; Kemshall, 2002; Steele, 2004; Zinn, 2008). Po drugie, taka regulacja ryzyka przybiera postać refleksyjną, rezygnując tym samym z modelu regulacji bezpośredniej typu *Command & Control* (nakazowo-kontrolnego) (por. Baldwin, Cave, Lodge, 2012, s. 106–136). Znaczy to m.in. – by wyjaśnić w największym skrócie to, co znajdzie rozwinięcie w Rozdziale 5 – że regulacja taka ma charakter bardziej pośredni i dokonuje się na metapoziomie, przerzucając istotną część odpowiedzialności regulacyjnej na samych adresatów (Ayres, Braithwaite, 1992; Black, 1996; Parker, 2002; Perez, 2011).

Taką właśnie refleksyjną regulację ryzyka czynimy przedmiotem naszych analiz. Jest to niewątpliwie dominujące współcześnie spojrzenie na regulację. Nie oznacza to, że jest ono najczęściej spotykane w praktyce, ale że w przeważającej opinii uznaje się je za rodzaj wzorca, najbardziej obiecującego podejścia do regulacji. W pierwszej części pracy rozważamy m.in. to, na jakich przesłankach intelektualnych ufundowane jest to podejście. Stąd też, zanim poświęcimy uwagę bezpośrednio kwestiom refleksyjnej regulacji, warto przyjrzeć się pojęciom, które pełnią tu absolutnie krytyczną rolę: ryzyku oraz refleksyjności. Pozwoli to nam zobaczyć nie tylko, jak pojęcia te są ze sobą wzajemnie powiązane, ale także jak w specyficzny sposób wpływają one na sposób postrzegania wyzwań społecznych, na które odpowiadać ma regulacja.

Rozdział 2

Pojęcie ryzyka

2.1. Definicje ryzyka

Nie istnieje jedna, możliwa do powszechnego zaakceptowania definicja ryzyka. Jest to zresztą sytuacja typowa dla nauk społecznych, w których większość podstawowych pojęć odnosi się do problemów zbyt złożonych i wieloaspektowych, aby dało się je ująć w proste i niekontrowersyjne definicje. Dążenie do sformułowania takowych jest zazwyczaj zajęciem jałowym, świadczącym o braku lepszych pomysłów badawczych. Wydaje się więc, że niecelowe jest poszukiwanie jakiejś jednej możliwej definicji ryzyka; zamiast tego proponujemy krótki przegląd dostępnych opcji, ze wskazaniem tych najszerzej reprezentowanych.

Także tego typu list jest wiele (zob. np. Aven, Renn, 2010, s. 2–3). Niklas Möller (2012, s. 58–59) na przykład wyróżnia pięć sposobów definiowania ryzyka w literaturze: (a) jako niepożądanego i niepewnego zdarzenia; (b) jako przyczyny takiego zdarzenia; (c) jako prawdopodobieństwa jego zajścia; (d) jako statystycznej wartości tego typu zdarzeń; wreszcie (e) jako faktu podejmowania decyzji w warunkach znanego prawdopodobieństwa (zob. także Hansson, 2018). Wyliczenie to wydaje się jednak mocno niekompletne. Z kolei Michał Thlon (2013, s. 26) proponuje podział istniejących definicji ryzyka na cztery grupy: według efektów (odchylenie od wartości oczekiwanej), według miar probabilistycznych lub statystycznych (mierzalne prawdopodobieństwo zaistnienia zdarzenia), według źródeł powstania (niedokładność lub niekompletność informacji) oraz w związku z podejmowanymi decyzjami (decyzje mogą prowadzić do zysku albo straty).

W praktyce ryzyko najczęściej definiowane jest za pośrednictwem miary prawdopodobieństwa, przy czym prawdopodobieństwo może być ujmowane statystycznie, ekonomicznie lub w inny sposób, nawet czysto intuicyjnie. Najbardziej rozpowszechnione jest definiowanie go jako iloczynu prawdopodobieństwa zajścia zdarzenia i skali jego skutków. Takie ujęcie, określane nieraz jako „techniczne", zdecydowanie dominuje, szczególnie w obszarze zarządzania ryzykiem (Hansson, 2012, s. 30; Möller, 2012, s. 59). Ujęcie to bywa rozbudowywane i uzupełniane na

podstawie takich narzędzi statystycznych, jak np. miary zmienności, miary wrażliwości i miary zagrożenia (Thlon, 2013, s. 20–26). Niektóre dyscypliny wypracowały także własne, idiomatyczne warianty tego typu definicji; np. w ekonomii ryzyko definiowane bywa jako „zmienność – mierzona odchyleniem standardowym – generowanych w danym przedsięwzięciu strumieni przepływów pieniężnych netto" albo też jako „rozkład stóp zwrotu wokół wartości oczekiwanej, który opisuje niepewność związaną z możliwością osiągnięcia określonego poziomu dochodu" (Thlon, 2013, s. 19). Wciąż pozostajemy tutaj jednak wokół pojmowania ryzyka przez pryzmat miar prawdopodobieństwa, co sugeruje, że wynika ono z pewnych immanentnych cech rzeczywistości.

Odmienną perspektywę przyjmują te definicje, które koncentrują się na założonych celach działania, ujmując ryzyko jako zagrożenie dla ich realizacji. Ryzyko bywa więc definiowane jako „stan, w którym zachodzi możliwość niekorzystnego odchylenia od pożądanego rezultatu, którego podmiot oczekuje lub na który ma nadzieję" (Vaughan, Vaughan, 2014, s. 2; zob. także Thlon, 2013, s. 19–20, dla innych przykładów definicji tego typu). Ryzyko wydaje się tu pojmowane jako inherentna właściwość działania.

Wreszcie, trzecia dość obszerna grupa definicji ujmuje ryzyko w kategoriach niepewności lub niewiedzy. Taką definicję przyjęto przykładowo w standardzie zarządzania ryzykiem ISO, zgodnie z którym ryzyko to „rezultat niepewności co do realizacji celów" (ISO, 79:2009, 31000:2018). Z kolei International Risk Governance Center definiuje ryzyko jako „niepewność co do dotkliwości skutków działania lub zdarzenia w odniesieniu do czegoś, co ludzie uznają za wartościowe" (IRGC, 2017, s. 5). Istnieje naturalnie więcej definicji tego rodzaju (Aven, Renn, 2010, s. 2–3; zob. np. Riesch, 2012, s. 89; Thlon, 2013, s. 22).

Przytoczone tu sposoby definiowania ryzyka dają wstępne wyobrażenie o znaczeniu tego pojęcia. Jak jednak zobaczymy w dalszych analizach, szczegółowy sposób jego pojmowania wiąże się często z całym zestawem założeń z zakresu ontologii, epistemologii i aksjologii ryzyka, które składają się na to, co określamy jako „modele" ryzyka. W książce wyróżniamy trzy takie modele. Są to: model standardowy (dominujący w nowoczesnym podejściu do ryzyka i zarządzania nim) oraz dwa modele alternatywne – wspólnotowy i konfrontacyjny.

2.2. Wartości ryzyka

Wartości ryzyka to te zmienne, które decydują o jego akceptacji lub tolerancji na nie. Ujmując tę kwestię potocznie i bardzo wstępnie, możemy stwierdzić, że ryzyko „niewielkie" jest zazwyczaj akceptowane, zaś „duże" – nie. Niektórzy autorzy uzupełniają ten podział na ryzyko akceptowane oraz nieakceptowane o stopień pośredni,

czyli ryzyko „tolerowane" (Aven, Renn, 2010, s. 58–59; Klinke, Renn, 2019, s. 5–6). Powstaje oczywiste pytanie, jakie czynniki decydują o tym, że dane ryzyko uznane zostaje za „niewielkie" albo „duże", a przez to akceptowane bądź nie. Zmienne, które mają wpływ na tego typu oceny, określamy jako wartości ryzyka.

Konieczne są tu dwa zastrzeżenia. Po pierwsze, wartości ryzyka mogą być interpretowane na sposób analityczny, opisowy lub normatywny. W pierwszym przypadku uznawane są za składowe samego pojęcia ryzyka; w drugim – za czynniki rzeczywiście wpływające na wybory w zakresie akceptacji ryzyka; w trzecim – za te czynniki, które powinny być brane pod uwagę przy podejmowaniu tego rodzaju decyzji. Czasami interpretacje te mogą łączyć się ze sobą; tak dzieje się choćby w przypadku przywoływanej wyżej, technicznej definicji ryzyka jako wartości oczekiwanej danego zdarzenia (iloczynu prawdopodobieństwa i skali konsekwencji): wartość oczekiwana, pełniąca zasadniczo funkcję analitycznej składowej pojęcia ryzyka, często zyskuje jednocześnie charakter normatywny. Przyjmuje się wtedy, w sposób jawny (jak w omawianej dalej koncepcji Cassa Sunsteina, 2002) albo ukryty, że właśnie te zmienne powinny decydować o akceptacji bądź odrzuceniu ryzyka. Drugie zastrzeżenie dotyczy trudności z ustaleniem, co dokładnie ma oznaczać „akceptacja ryzyka" i jak ją mierzyć: może tu chodzić o preferencje deklarowane, preferencje ujawniane lub o jeszcze co innego.

Z dokonanego przeglądu definicji ryzyka wynika, że podstawowymi wartościami dla jego oceny są: prawdopodobieństwo zajścia danego zdarzenia oraz powaga (dotkliwość) jego skutków. Faktycznie, te zmienne brane są pod uwagę właściwie we wszystkich metodach oceny ryzyka. Badania psychologiczne wskazują jednak, że często większe znaczenie dla akceptacji ryzyka mają inne wartości. Wśród nich wymienia się przede wszystkim: rodzaj zagrożenia (jakie dobro lub wartość podlega ryzyku – np. życie lub zdrowie, środowisko naturalne, kapitał finansowy itp.); dobrowolny albo wymuszony charakter ryzyka (ryzyko dobrowolne jest chętniej akceptowane); poczucie kontroli nad czynnikami ryzyka (ponownie: kontrolowalne ryzyko skłonni jesteśmy akceptować w większym stopniu, co m.in. tłumaczy powszechne sprzeczki między kierowcą a pasażerem samochodu osobowego na temat bezpieczeństwa jazdy); to, czy ryzyko ma „przerażający" charakter; czy jest ono nowe, czy już znane; zasięg przestrzenny i czasowy możliwych skutków; latencja (opóźnienie czasowe) w ujawnianiu się skutków. Do tego dochodzą wartości o charakterze etycznym, jak np. poczucie sprawiedliwej dystrybucji ryzyka czy zaufanie do osób lub instytucji powołanych do kontroli ryzyka (Aven, Renn, 2010; Renn, 2008a, s. 72–74; Slovic, 2000; van de Poel, Nihlén Fahlquist, 2012).

Wśród wymienionych wartości wyraźny jest podział na te o charakterze ilościowym albo jakościowym. W szczególności dwie podstawowe wartości, uwzględniane w technicznej definicji ryzyka, czyli prawdopodobieństwo zdarzenia oraz dotkliwość jego skutków, będą zazwyczaj określane ilościowo. Pozostałym wartościom zwykle nadaje się interpretację jakościową. Stąd bierze się atrakcyjność ujęcia technicznego, ale zarazem jego ograniczenie, polegające na niemożności

zastosowania go w tych przypadkach, gdy poszukiwanych wartości nie da się w praktyce obliczyć. Główny problem nie polega na tym, że w takich sytuacjach wartości ilościowe muszą ustąpić tym o charakterze bardziej jakościowym, ale raczej na tym, że przez nadmierne przywiązanie do tych pierwszych próbuje się je mimo wszystko wyliczać w sposób sztuczny i zafałszowany. Zresztą decyzja o tym, którym z wartości należy przypisać pierwszoplanową rolę, w znacznym stopniu zależy od wyboru określonych teorii ryzyka, do omówienia których teraz przejdziemy. Uprzedzając dalsze wywody: koncepcje techniczno-naukowe preferować będą ilościowe wartości ryzyka, zaś te zaliczane do koncepcji socjokulturowych – wartości jakościowe. Spotkać można też takie ujęcia ryzyka, które próbują łączyć oba typy wartości (Aven, Renn, 2010; zob. Renn, 2008a; van de Poel, Nihlén Fahlquist, 2012).

2.3. Główne orientacje teoretyczne

Jednym z najsilniej zakorzenionych w literaturze rozróżnień jest to między techniczno-naukowymi a socjokulturowymi koncepcjami ryzyka (Arnoldi, 2011; Lupton, 1999, s. 18–33). Pierwsza grupa uznaje ryzyko za obiektywnie poznawalne i policzalne; ryzyko postrzegane jest tu jako fakt, którego natura jest „uznana za oczywistą" (*taken for granted*). Preferowanym medium konceptualizacji ryzyka jest ekspercki język nauki. Takie naukowe, obiektywne podejście do ryzyka często przeciwstawiane jego przy tym jego społecznej percepcji, jako subiektywnej, bazującej na intuicji i wypaczonej przez emocje. Jest to np. typowe spojrzenie w badaniach psychometrycznych (Lupton, 1999, s. 20–25; Zinn, 2008, s. 5–6).

Najbardziej bodaj znanym przedstawicielem takiego podejścia na gruncie nauk prawnych i politycznych jest Cass Sunstein (zwł. Sunstein, 2002). Autor odwołuje się do ustaleń z zakresu analizy behawioralnej, głównie Paula Slovica oraz Daniela Kahnemana i Amosa Tversky'ego (Kahneman, 2012; Kahneman, Slovic, Tversky, 1982; Slovic, 2000), wskazując, jak potoczne interpretacje ryzyka naznaczone są licznymi błędami poznawczymi. Jak podsumowuje to sam Sunstein: „Ludzie często kiepsko sobie radzą z myśleniem o ryzyku" (Sunstein, 2002, s. xiii). „Moim głównym celem jest wykazanie, w jaki sposób potoczne myślenie jest błędne, i jak błędy te są szczególnie istotne i zgubne w projektowaniu polityk publicznych" (Sunstein, 2002, s. 29). W konsekwencji Sunstein zaleca, aby decyzje publicznych decydentów oparte były w możliwie najszerszym zakresie na naukowych, eksperckich i technokratycznych wyliczeniach ryzyka. Podstawowym narzędziem do dokonywania takich wyliczeń ma być analiza kosztów i korzyści. Ma to zapewnić, że podejmowane decyzje będą opierać się na obiektywnych przesłankach, a dzięki temu będą bardziej efektywne w realizacji założonych celów. Propozycja Sunsteina uznawana jest zazwyczaj za wzorcowy przykład paternalizmu w prawie

(Bystranowski, 2014, s. 21–22). Znamienne przy tym, że jej autor w ogóle nie podejmuje refleksji nad samym pojęciem ryzyka, uznając je milcząco za oczywiste i utożsamiając z iloczynem prawdopodobieństwa i dotkliwości danego zdarzenia.

Z kolei koncepcje z grupy socjokulturowych uznają, że ryzyko jest pewną społeczną konstrukcją, zależną od określonych aktów wartościowania – i jako takie nie może być „czystym faktem", podlegającym neutralnemu i obiektywnemu opisowi czy pomiarowi. W związku z powyższym podejścia należące do tej grupy koncentrują się na „społecznych i kulturowych kontekstach, w których ryzyko jest interpretowane i negocjowane" (Lupton, 1999, s. 25). Siłą rzeczy, ujęcia socjokulturowe odrzucają tezę o rzekomo neutralnym i obiektywnym charakterze eksperckiego podejścia do ryzyka i twierdzą, że podejście to jest równie mocno uwikłane w oceny i wartościowania, tyle że zazwyczaj to uwikłanie jest nieświadome i niejawne. Zgodnie z tą optyką społeczne definicje ryzyka nie są mniej racjonalne, tylko oparte na innych typach racjonalności.

Najczęściej w ramach podejścia socjokulturowego wyróżnia się trzy orientacje teoretyczne, jakimi są: kulturowa teoria ryzyka, społeczeństwo ryzyka (albo modernizacja refleksywna) i rządomyślność. Oprócz nich funkcjonują np. teoria systemowa (Luhmann, 1993) oraz *edgework* (koncepcja „działania na krawędzi") (Lyng, 2005)[3]. My jednak skupimy się na omówieniu pokrótce trzech wspomnianych, najpopularniejszych podejść.

Orientacja kulturowa wiąże się przede wszystkim z pracami Mary Douglas (Douglas, 1985, 1992; Douglas, Wildavsky, 1982). Badaczka ta wskazywała, w jaki sposób pojmowanie ryzyka jest zależne od funkcjonujących w danej społeczności wzorców kulturowych, a także jak ryzyko jest wykorzystywane w tym szerszym, symboliczno-kulturowym kontekście, w celu np. przypisywania odpowiedzialności lub winy czy też wyznaczania granic między własną grupą a „innymi". Ryzyko w tym ujęciu jest specyficznie nowoczesnym sposobem na kulturowe oswajanie tego, co obce, nieznane czy niebezpieczne. Wybór zaś tego, co zostanie uznane za ryzyko, dokonuje się zwykle nie na podstawie jakichś „obiektywnych" danych, ale kulturowo warunkowanych zbiorowych preferencji i dostępnych schematów interpretacyjnych[4]. Schematy te mogą przykładowo opierać się na takich opozycjach pojęciowych, jak swojskość/obcość, wina/niewinność czy czystość/nieczystość.

---

3 Takie orientacje dodaje do najszerzej rozpowszechnionej triady Jens O. Zinn w swojej autorskiej typologii orientacji teoretycznych (2008). Ich rzeczywisty status może rodzić dyskusje. Podejście systemowe wydaje się faktycznie tworzyć odrębny, samodzielny sposób konceptualizowania ryzyka. *Edgework* można jednak, jak się zdaje, spokojnie uznać za wariant orientacji kulturowej, nawet jeśli nacisk położony jest tu na bardziej zindywidualizowane wzorce zachowań uznawanych za ryzykowne.

4 Rozwinięciem tych tez jest typologia sposobów organizacji społecznej, a także kulturowych postaw wobec ryzyka, którą Douglas zaprezentowała wspólnie z Aaronem Wildavskim. Autorzy wyróżnili orientacje: hierarchiczną, indywidualistyczną i „sekciarską" (egalitarystyczną) (Douglas, Wildavsky, 1982, rozdz. VII). Na podstawie prac Douglas można tę typologię uzupełnić o orientację fatalistyczną (zob. Lupton, 1999, s. 52).

Jak pisze na temat tej koncepcji Lupton:

> „Pewne zagrożenia są wyróżniane spośród innych przez społeczną uwagę i określane mianem „ryzyk" z powodów, które są zrozumiałe z punktu widzenia danej kultury, zależnie od podzielanych w jej ramach wartości i obaw. Innymi słowy, Douglas rozumie ryzyko jako społecznie konstruowaną interpretację i odpowiedź na „prawdziwe" zagrożenie, które istnieje obiektywnie – nawet, jeśli wiedza o tym zagrożeniu zawsze musi być zapośredniczona w społeczno-kulturowym procesie. (Lupton, 1999, s. 40)

Najbardziej znanymi przedstawicielami orientacji społeczeństwa ryzyka są oczywiście Beck oraz Giddens (zob. zwł. Beck, 2002, 2009a, 2012, 2016; Beck, Giddens, Lash, 2009; Giddens, 1990, 1991, 1998, 1999). Upodabnia się ona do podejścia kulturowego w swoim umiarkowanym konstrukcjonizmie, zgodnie z którym pojmowanie ryzyka jest społecznie warunkowane. Podstawowe różnice są dwie: po pierwsze, uwzględnia się tu przede wszystkim uwarunkowania instytucjonalne, a nie kulturowe. Po drugie, przyjęta zostaje bardziej ogólna perspektywa, w ramach której formułuje się uniwersalną diagnozę na temat miejsca ryzyka w obecnej epoce. Koncepcja społeczeństwa ryzyka proponuje zatem opis tego, jak ryzyko „pracuje" w instytucjach późnej (*vel* refleksyjnej) nowoczesności; do partykularnych różnic kulturowych nie przywiązuje się tu zbytniej wagi.

Za podstawowe twierdzenie omawianej orientacji – gdyby nieco uprościć i uogólnić złożone analizy Becka i Giddensa – należy uznać to, że współczesne instytucje działają w sposób refleksyjny, próbując diagnozować ryzyko i nim zarządzać, choć same przyczyniają się do jego powstania. Innymi słowy, instytucje te wytwarzają, rozpoznają i odpowiadają na ryzyko w samozwrotnym, refleksyjnym procesie. Jednocześnie pojawiające się obecnie nowe odmiany ryzyka są coraz bardziej nieprzewidywalne, nieodwracalne w skutkach i niepoddające się racjonalnej kontroli, zwiększając poziom niepewności. W konsekwencji stanowią one czynnik instytucjonalnej zmiany tam, gdzie dotychczasowe struktury i praktyki okazują się niedostosowane do nowych wyzwań (proces tzw. refleksywnej modernizacji).

Ostatnia z omawianych tu orientacji jest związana z dorobkiem Michela Foucault, w szczególności zaś z jego koncepcją „rządomyślności" jako techniki sprawowania władzy i zarządzania społeczeństwem (np. Foucault, 2010). Ustalenia Foucault zainspirowały wielu badaczy do badań nad rolą ryzyka w strategiach rządomyślności; wśród nich istotne miejsce zajmują badacze zajmujący się tematyką prawa, jak François Ewald (1991), Robert Castel (1991) czy Patricia O'Malley (1992, 2010, 2016). Jest to o tyle zrozumiałe, że prawo stanowi jedno z podstawowych narzędzi rządomyślności.

Zgodnie z tym podejściem ryzyko jest rozumiane jako czysta konstrukcja: jest ono produktem dyskursów wiedzy/władzy, wykorzystywanym do społecznej kontroli i normalizacji, czyli wyznaczania norm „właściwego" zachowania. „Przewrotność" rządomyślności polega na tym, że jednostki same aktywnie uczestniczą w konstruowaniu ryzyka i związanych z nim norm, a przez to w normalizacji własnego

zachowania. Deborah Lupton w następujący sposób ujmuje istotę i zalety omawianej orientacji: „Ważnym wkładem foucauldiańskiej perspektywy w badania nad ryzykiem jest zwrócenie uwagi na to, w jaki sposób dyskursy, strategie, praktyki i instytucje wyrosłe wokół zjawiska ryzyka powołują to ryzyko do życia, tworząc je jako zjawisko. Twierdzi się tutaj, że w praktyce poznajemy «ryzyko» jedynie za pośrednictwem tych właśnie dyskursów, strategii, praktyk i instytucji. Wytwarzają one «prawdy» na temat ryzyka, które następnie stają się podstawą dla działania" (Lupton, 1999, s. 86).

2.4. Epistemologia i aksjologia ryzyka

Drugiego, częściowo powiązanego z poprzednim kryterium porządkowania różnych ujęć ryzyka dostarczają założenia epistemologiczne, przyjmowane w ramach poszczególnych koncepcji. Rozróżnia się tu między realizmem a konstrukcjonizmem (np. Lupton, 1999). Oczywiście ta podstawowa dychotomia nie wyczerpuje wszelkich dostępnych możliwości; bardziej szczegółową typologię proponuje np. Jens O. Zinn, wyróżniając ujęcie ryzyka jako, kolejno, „rzeczywistego i obiektywnego", „subiektywnie zafałszowanego", „społecznie zapośredniczonego", „społecznie przekształcanego", „społecznie konstruowanego" oraz „jednocześnie realnego i społecznie konstruowanego". Poszczególne stanowiska autor wiąże z przywoływanymi już wyżej koncepcjami teoretycznymi, co obrazuje tabela 1:

Tabela 1. Epistemologia ryzyka w różnych dyscyplinach i koncepcjach teoretycznych

Ryzyko jako…	Perspektywa	Koncepcje
1	2	3
rzeczywiste i obiektywne	Obiektywna kalkulacja zdarzeń	Techniczne oceny ryzyka; ubezpieczenia; epidemiologia; toksykologia
subiektywnie zafałszowane	Obiektywne ryzyka są odbierane i kalkulowane w subiektywny sposób	Paradygmat psychometrii; teorie racjonalnego wyboru: użyteczność obiektywna/ subiektywna
społecznie zapośredniczone	Osobiste doświadczenie prawdziwych ryzyk jest społecznie zapośredniczone	*Edgework* („działanie na krawędzi")
rzeczywiste i społecznie konstruowane	Rzeczywistość oraz sposób mówienia o ryzyku wzajemnie oddziałują na siebie i wytwarzają się nawzajem	Społeczeństwo ryzyka

Tabela 1 (cd.)

1	2	3
społecznie przekształcone	Prawdziwe zagrożenia są przekształcane w ryzyka wg uwarunkowań społeczno-kulturowych	Teoria kulturowa
społecznie konstruowane	– Zdarzenia są ryzykami w takim stopniu, w jakim stają się elementami techniki obliczeniowej	– Rządomyślność
	– Ryzyka stanowią społecznie przypisane decyzje	– Teoria systemów

Źródło: Zinn, 2008, s. 8.

To przydatna typologia, jakkolwiek określanie podejścia techniczno-naukowego (charakterystycznego m.in. dla paradygmatu zarządzania ryzykiem) mianem „realistycznego" jest nieco mylące. Nie odróżnia się tu obiektywnego od realnego charakteru ryzyka. Tymczasem wydaje się, że ryzyko według tego ujęcia posiada jedynie pierwszą, ale nie drugą z tych właściwości. Innymi słowy, daje się ono obiektywnie wyliczyć, mimo że nie istnieje realnie. Będzie o tym mowa szerzej w kolejnym rozdziale.

Mówiąc bardziej ogólnie, dotychczasowe opracowania tematu wydają się nie brać należycie pod uwagę wymiaru refleksyjnego: zarówno w odniesieniu do samego ryzyka, jak i do procesu jego poznania. Zamiast tego zamykają się na ogół w dychotomicznych rozróżnieniach między realnym *vs.* konstruowanym albo obiektywnym *vs.* subiektywnym charakterem ryzyka. Te rozróżnienia mają oczywiście swoją wartość, jednak wydają się zbyt proste, aby uchwycić całą złożoność procesu poznania ryzyka. O ich zbyt upraszającym charakterze świadczy skądinąd fakt, że dość powszechnie próbuje się je przezwyciężać. Najczęściej dokonuje się to za pomocą jednej z dwóch figur: albo „trzeciej drogi" pomiędzy obydwiema postawami (realizmem a konstrukcjonizmem), albo „łączenia" tychże postaw. Metafory te (ryzyko „między realnym a konstruowanym" bądź „zarazem realne i konstruowane") niewiele jednak wyjaśniają. Tym, czego tu brakuje, jest – jak już zauważyliśmy – wskazanie, że zarówno ryzyko, jak i jego poznanie, mają charakter refleksyjny.

Koncepcje ryzyka można grupować także wedle ich aksjologicznych (etyczno-politycznych) przesłanek. Według tego właśnie kryterium Jenny Steele (2004) rozróżnia cztery podejścia do ryzyka. Pierwsze z nich traktuje ryzyko jako narzędzie umożliwiające działanie i podejmowanie decyzji (spojrzenie dominujące w technikach zarządzania ryzykiem, w ekonomii, a także w liberalnym prawoznawstwie). Zgodnie z drugim ryzyko służy jako kolektywna technologia umożliwiająca społeczną solidarność (Ewald i „państwo zapobiegliwe"). W trzecim ryzyko również

utożsamiane jest z technologią, ale służącą przede wszystkim kontroli i władzy (koncepcja rządomyślności). Wreszcie wedle czwartego podejścia ryzyko należy wiązać z zagrożeniem lub wyzwaniem (Beck, Giddens i „modernizacja refleksyjna").

Zaproponowana przez autorkę typologia z pewnością nie jest jedyną możliwą; pomija ona także sporo wpływowych ujęć ryzyka. Należy jednak podkreślić jej dwie istotne zalety. Po pierwsze, zwraca ona uwagę na niezmiernie ważny aspekt wszelkich koncepcji ryzyka, a mianowicie na fakt, że żadna z nich nie jest aksjologicznie neutralna. Z każdą wiąże się jakaś wizja świata społecznego i możliwych sposobów działania w tym świecie. Po drugie, rzucają się w oczy pewne związki między przesłankami z zakresu aksjologii i epistemologii ryzyka. Przykładowo, obiektywizujące pojmowanie ryzyka pozwala uznać je za narzędzie skutecznego działania w świecie, zaś konstrukcjonizm *à la* Michel Foucault łączy się z pojmowaniem ryzyka jako narzędzia wiedzy/władzy. Teoria poznania ma więc w przypadku ryzyka doniosłe konsekwencje etyczne.

Rozdział 3

Modele ryzyka[5]

3.1. Ryzyko w nowoczesności: model standardowy

Rozważania poprzedniego rozdziału ujawniły znaczne zróżnicowanie w istniejących sposobach pojmowania ryzyka. Ten fakt prowadzi niektórych wręcz do stwierdzenia, że nie istnieje nic takiego jak „pojęcie ryzyka", bowiem to, co zwykliśmy określać tym mianem, jest niejednorodnym zbiorem różnych pojęć (zob. Garland, 2003; Valverde, Levi, Moore, 2005).

Przy całym zróżnicowaniu możliwe jest jednak wskazanie takiego sposobu pojmowania ryzyka, który od dawna jest dominujący. Prawdę mówiąc, jego dominacja ma swój początek wraz z samym pojawieniem się pojęcia ryzyka i trwa nieprzerwanie – mimo dawniejszych i nowszych ataków – do dziś. Tę koncepcję, silnie powiązaną z ideologią nowoczesności, będziemy określać mianem standardowego modelu ryzyka[6].

Biorąc pod uwagę jego wiekowy charakter, nie dziwi, że model standardowy osadził się mocno tak w praktyce, jak i w teorii ryzyka. Dominuje on w wielu dyscyplinach i praktykach społecznych, od ekonomii, przez ubezpieczenia, po epidemiologię czy nauki inżynieryjne; wydaje się, że do listy tej można dopisać także prawo. Jest on związany przede wszystkim z obiektywizującym, techniczno-naukowym podejściem do ryzyka, jednak jego elementy można znaleźć także w innych koncepcjach (zob. Lupton, 1999).

Charakterystykę modelu standardowego rozpocznijmy od przypomnienia najbardziej rozpowszechnionego obecnie sposobu definiowania ryzyka jako iloczynu prawdopodobieństwa danego zdarzenia oraz dotkliwości jego skutków (R = P x S, gdzie R oznacza ryzyko, P prawdopodobieństwo danego zdarzenia,

5 Rozdział stanowi rozwiniętą wersję analiz prezentowanych w: Pichlak, 2022.

6 Przez „model" rozumiemy w tym miejscu złożoną konstrukcję pojęciową, zawierającą założenia z zakresu ontologii, epistemologii i aksjologii ryzyka, wytwarzaną i funkcjonującą w obrębie konkretnego światopoglądu (*Weltanschaung*, imaginarium społecznego).

a S skutki) (Hansson, 2012, s. 30; Komisja Europejska, 2009, s. 25; Möller, 2012, s. 59; np. Short Jr., 1992, s. 5; Zinn, 2008, s. 5). Ujęcie to, jak już zostało powiedziane, określane jest jako techniczno-naukowe i kwalifikowane jako realistyczne. Uznanie modelu standardowego za realizujący założenia realizmu kryje w sobie jednak istotne nieporozumienie, bowiem zgodnie z przytoczoną definicją ryzyko nie jest czymś, co istnieje „realnie". Stanowi raczej pewną konstrukcję intelektualną – rezultat myślowej operacji na założonych wartościach (prawdopodobieństwie oraz prognozowanych skutkach). Ryzyko nie jest więc dane, jak obiekty fizyczne czy rzeczywiste zdarzenia w świecie, ale konstruowane (*określane*) w złożonym procesie myślowym. Ten proces konstruowania ma w założeniu charakter obiektywny[7], nie oznacza to jednak, że odnosi się do jakiejś rzeczywistości, która istniałaby niezależnie od samego tego procesu. Dlatego należałoby raczej mówić o „obiektywizmie", a nie o „realizmie" modelu standardowego.

W ten sposób ryzyko ujawnia swoją naturę intelektualnego dziecka nowoczesności. W pełni realizuje bowiem założenia nowoczesnej epistemologii, znajdujące swój najostrzejszy wyraz w Kantowskiej teorii poznania. Teoria ta jest z gruntu nierealistyczna w sensie, w jakim realistyczne były koncepcje przednowoczesne. W tych ostatnich relacja między rozumem a rzeczywistością zawiązywała się w procesie poznania, w którym istniejąca autonomicznie rzeczywistość podlegała *przyswajaniu* i *odzwierciedlaniu* przez rozum. Nowoczesność zaczyna pojmować tę relację zgoła inaczej: to autonomiczny rozum aktywnie *określa* prawa rządzące światem, a poprzez to – określa samą rzeczywistość. Nowoczesna teoria poznania nosi więc w samym swoim rdzeniu rys konstruktywizmu. *Przyswajanie* (pasywne) kontra aktywne *określanie*: ta opozycja na długie wieki wyznaczy oś sporu między konkurencyjnymi koncepcjami epistemologicznymi. Jak widać, pojęcie ryzyka pozostaje silnie związane z koncepcją nowoczesną, przypisującą aktywną rolę refleksyjnemu rozumowi, który wyznacza normy i podporządkowuje sobie rzeczywistość. Oznacza to fundamentalną refleksyjność ryzyka (zob. np. Caplan, 2000).

Ta określająca, normodawcza aktywność rozumu ma jeden zasadniczy cel, jakim jest poddanie świata racjonalnej kontroli. Pojęcie ryzyka spełnia w tym zadaniu niezwykle istotną rolę, umożliwiając kontrolę i racjonalne podejście do niepewnej przyszłości (Bernstein, 1996, s. 3–5). Znamienne, że pojęcie to zyskuje na znaczeniu przede wszystkim w XVII w., kiedy to dochodzi do wynalezienia pierwszych matematycznych narzędzi służących przewidywaniu zdarzeń niepewnych (Arnoldi, 2011; Bernstein, 1996). Chodzi tu w pierwszym rzędzie o rachunek prawdopodobieństwa Pascala i Fermata. Jakob Arnoldi stwierdza w tym kontekście, że rachunek prawdopodobieństwa „przekształca przyszłą niepewność w rozpoznawane przez naukę ryzyko" (Arnoldi, 2011, s. 41).

7 Teza o konstruowanym charakterze ryzyka dotyczy również tych podejść, które rezygnują z prób matematycznego wyliczania ryzyka i bazują na bardziej intuicyjnych przewidywaniach. Jak zauważa Jenny Steele (2004), pojęcie ryzyka, jakim posługuje się teoria prawa, ma zazwyczaj taki właśnie intuicyjny charakter.

Wynika z tego, że błędem byłoby utożsamiać pojęcie ryzyka np. z problemem, niebezpieczeństwem lub przypadkiem. Jego sensem jest raczej dostarczenie szczególnej metody kontrolowania i zarządzania przypadkiem, przez odpowiednie jego rozpoznanie. Jak ujmuje to Steele, ryzyka nie należy postrzegać „jako problemu do rozwiązania", ale raczej jako specyficzny „sposób podchodzenia do problemów i jako krok na drodze do ich rozwiązania" (Steele, 2004, s. 7). W podobnym duchu Beck stwierdza, że ryzyko stanowi „systematyczny sposób radzenia sobie z zagrożeniami i niebezpieczeństwami, wywołanymi i wytworzonymi przez samą modernizację" (Beck, 1992, s. 21), a Sven Ove Hansson określa je jako sposób opisu warunków podejmowania decyzji (Hansson, 2018).

Metoda zarządzania przypadkiem („ujarzmiania przypadku", Hacking, 1990), jaką jest ryzyko, posiada dwa aspekty, integralnie związane ze sobą jak dwie strony monety. Pierwszym z nich jest umożliwianie działania, drugim – kreowanie odpowiedzialności. Ryzyko daje możliwość działania poprzez wspomnianą kontrolę nad niepewną przyszłością (Lidskog, Sundqvist, 2012, s. 1016). Jak pisze Steele: „zrozumieć problem w kategoriach ryzyka to stworzyć możliwość do działania i usunąć przeszkody dla podjęcia decyzji" (Steele, 2004, s. 20). Ryzyko jest wszak tym, co może być „podjęte" przez działający podmiot. Jednocześnie możliwość decydowania i działania oznacza wzięcie na siebie odpowiedzialności (Luhmann, 1993; van de Poel, Nihlén Fahlquist, 2012). W konsekwencji zostaje więc zawiązany kluczowy z punktu widzenia prawa związek między pojęciami ryzyka i odpowiedzialności. Cytując Giddensa: „Związek między ryzykiem a odpowiedzialnością jest łatwy do zauważenia, przynajmniej na poziomie abstrakcyjnym. Ryzyko istnieje tylko tam, gdzie istnieje możliwość i potrzeba podjęcia decyzji […]. Idea odpowiedzialności także zakłada decyzję" (Giddens, 1999, s. 8). O życiu tak jednostek, jak całych społeczeństw przestaje decydować ślepy los, fatum czy opatrzność, a zaczyna – ich zdolność do zarządzania ryzykiem.

Dla standardowego modelu ryzyka fundamentalne znaczenie mają dwa rozróżnienia pojęciowe: z jednej strony między ryzykiem a niepewnością, z drugiej między ryzykiem a zagrożeniem. Pierwsze z nich wywodzi się z klasycznej dla nauk ekonomicznych pracy Franka Knighta (1921). Według propozycji tego badacza różnica polega na tym, że niepewność (*uncertainty*) dotyczy zdarzeń, których prawdopodobieństwa nie da się obliczyć, podczas gdy ryzyko ma charakter mierzalny (*measurable*) (Knight, 1921, s. 233). Podstawową intencją autora było zwrócenie uwagi na znaczenie niepewności (czyli sytuacji, w których nie jesteśmy w stanie dokonywać sensownych przewidywań), która jego zdaniem nie była należycie doceniania w naukach społecznych, szczególnie zaś w ekonomii. Nieco paradoksalnie, tym samym umocnił on jednak obraz ryzyka jako obliczalnego, a przez to podległego kontroli.

Z kolei od zagrożenia (niem. *Gefahr*, ang. *danger*) ryzyko różni się tym, że jest ono *podejmowane*, więc w pewnym sensie wybierane, zaś zagrożenie jest czymś zewnętrznym, co *przytrafia się* niezależnie od naszych wyborów. Na ryzyko mamy

więc wpływ (możemy je podjąć lub nie – istnieje zatem wewnętrzny związek między działaniem podmiotowym a ryzykiem), podczas gdy pojawienie się zagrożeń ma charakter zewnętrzny, pozostając poza naszym wpływem (Luhmann, 1993, s. 21–31)[8]. Granica między nimi nie jest, szczególnie w dzisiejszych czasach, w pełni ostra. Możemy jednak przykładowo powiedzieć, że paląc papierosy, podejmujemy ryzyko choroby; zaś tym, co nam zagraża, jest np. trzęsienie ziemi.

Nieco zbliżony sens ma inne jeszcze rozróżnienie, między ryzykiem a przeznaczeniem, zaproponowane z kolei przez Giddensa. Przeznaczenie (*fate*) jest pojęciem typowo przednowoczesnym, oznaczającym to, co człowiekowi pisane niezależnie od jego wyborów. Giddens jako źródło przeznaczenia wskazuje tradycję i stwierdza, że zanik społecznej roli tradycji („życie po tradycji") oznacza również odejście od postrzegania losu jednostki w kategoriach przeznaczenia (Giddens, 1999, 2009). W jego miejsce wkracza ryzyko jako wytwór samego człowieka (jednostek lub grup), będące rezultatem podejmowanych przezeń decyzji i wyborów.

Standardowy model ryzyka jest zakorzeniony w prawie – zarówno w praktyce, jak i literaturze naukowej – na wiele sposobów. Pierwszym z nich jest regulacja tych rodzajów działalności, które same oparte są na analizie i zarządzaniu ryzykiem. Oczywistymi przykładami są prawo rynków finansowych oraz prawo ubezpieczeniowe. Zarówno giełda, jak i zakłady ubezpieczeń napędzane są standardowym modelem ryzyka (Aven, 2012; Bernstein, 1996; Brzozowska, 2012; Eeckhoudt, Loubergé, 2012; Knight, 1921; Vaughan, Vaughan, 2014). Prawo musi uwzględniać tę specyfikę przedmiotu własnej regulacji, określając m.in. odpowiednie procedury, obowiązki i zasady odpowiedzialności w tym zakresie (Hermans, Fox, van Asselt, 2012, s. 1099). Jak zobaczymy w drugiej części książki, to samo odnosi się do przetwarzania i ochrony danych osobowych.

Kategoria ryzyka jest też wykorzystywana do kształtowania podstaw i zasad odpowiedzialności, tak karnej, jak i deliktowej, a także odpowiedzialności za ocenę ryzyka i zarządzanie ryzykiem w związku z wykonywaniem określonych zawodów, od inżynierów budownictwa i transportu (van de Poel, Nihlén Fahlquist, 2012) po menedżerów (Tosza, 2019). Służy także dla uzasadnienia na metapoziomie sposobu dystrybucji odpowiedzialności (Honoré, 1999, s. 78–81). W tych ostatnich wskazanych kontekstach często jest ono jednak ujmowane w sposób intuicyjny, bez odwołania do matematycznych formuł probabilistycznych (Steele, 2004).

Model ten odnajdziemy także na poziomie polityki tworzenia prawa w zasadach dobrej legislacji, w szczególności zaś w metodologii sporządzania tzw. oceny wpływu lub oceny skutków regulacji (OSR). Takie narzędzia OSR jak np. analiza

8 Rozróżnienie to pozwala Luhmannowi na uwagę, że to, co jest ryzykiem dla jednej osoby, może stanowić zagrożenie dla innej i odwrotnie. Np. użycie w zakładzie wytwórczym niebezpiecznej technologii czy substancji jest ryzykiem, które podejmuje menedżer lub właściciel, ale stanowi zagrożenie dla szeregowego pracownika, który nie ma wpływu na taką decyzję. Podobnej analizie wydaje się poddawać przetwarzanie danych osobowych.

kosztów i korzyści czy analiza kosztu standardowego są silnie powiązane z omawianym modelem ryzyka (Dunlop, Radaelli, 2016; Komisja Europejska, 2009, 2017; Ministerstwo Gospodarki, 2006, 2013; OECD, 2012, 2020; Śliwa, Żaba-Nieroda, 2017). Szczególny wzrost znaczenia ryzyka w legislacji oraz działalności regulacyjnej obserwujemy w ostatnich dwóch dekadach; proces ten został zainicjowany przede wszystkim w Wielkiej Brytanii wskutek recepcji tzw. Raportu Hamptona z 2005 r., rekomendującego przyjęcie tzw. *risk-based approach*, czyli oparcia działań administracji publicznej na analizach ryzyka (Black, 2010c; Hampton, 2005). Rozpowszechnił się jednak w wielu krajach, trafiając także do oficjalnych agend UE i OECD.

3.2. Ujęcia alternatywne: model wspólnotowy

Model standardowy, choć dominujący, nigdy nie zyskał jednak statusu wyłączności. Równolegle do niego rozwijają się alternatywne sposoby pojmowania ryzyka, z których dwa wydają się mieć szczególne znaczenie. Pierwszy z nich kładzie nacisk na wspólnotowy, drugi zaś na konfrontacyjny charakter ryzyka.

Pierwsze z podejść przyjmuje, że ryzyko ma charakter wspólnotowy; innymi słowy, jego doświadczenie nigdy nie jest całkowicie indywidualne, ale zawsze dokonuje się w obrębie pewnej wspólnoty. Wspólnota ta ma istotny wpływ na sposób istnienia/postrzegania ryzyka. Teza o wspólnotowym charakterze ryzyka może przy tym przybierać bardziej opisowy lub normatywny charakter, co prowadzi do odmiennych wariantów omawianego modelu.

3.2.1. Opisowy wariant modelu wspólnotowego

Ujęcie opisowe przyjmuje, że ryzyko jest zawsze doświadczane w określonej kulturowej wspólnocie interpretacyjnej. To od przyjętych w tej wspólnocie norm, symboli, wartości i powiązanych z nimi schematów interpretacyjnych zależy, co zostanie uznane za ryzyko i w jaki sposób będzie ono postrzegane. Czytelnik może pamiętać, że powyższe tezy są charakterystyczne m.in. dla antropologii kulturowej, zwłaszcza zaś dla prac Mary Douglas i jej następców. Na gruncie tej koncepcji można powiedzieć, że wspólnie przeżywane ryzyko jest jednym z elementów łączących jednostki i spajających je we wspólnotę społeczną. Sposób przeżywania ryzyka może wiązać grupy społeczne, nadając im własną tożsamość i specyfikę zarówno na poziomie regionalnym (np. odmienne postrzeganie ryzyka związanego z żywnością genetycznie modyfikowaną między „Europą" a „Ameryką"), narodowym (różne wzorce traktowania wielu rodzajów ryzyka, m.in. związanych

z bezpieczeństwem i higieną pracy, bezpieczeństwem ruchu drogowego czy korzystaniem z używek) lub niższym, na którym powstają swoiste „subkultury ryzyka" (np. grupy aktywistów ekologicznych albo ruch antyszczepionkowy)[9].

Na poziomie prawa ten wspólnotowy wymiar ryzyka ma znaczenie przede wszystkim o tyle, o ile zbiorowe postrzeganie ryzyka wpływa na decydentów politycznych i prawnych. Niejednokrotnie odmienne wzorce kulturowe są jedynym wyjaśnieniem, dlaczego prawo w różnych państwach tak różnie reaguje na pozornie ten sam rodzaj ryzyka. Dobrze udokumentowanych przykładów dostarczają tu zróżnicowane reakcje na ryzyko związane z BSE, czyli „chorobą wściekłych krów" (Beck, Kewell, Asenova, 2007; Ferrari, 2016). Skrajnym, negatywnym przejawem oddziaływania wzorców wspólnotowych jest natomiast zjawisko „paniki moralnej", kiedy to selektywnie wybrane ryzyko poprzez przyciągniecie społecznej uwagi zostaje wyolbrzymione w powszechnym odbiorze do nieracjonalnych i nieadekwatnych rozmiarów, prowokując nadmierne reakcje (Thompson, 1998). Za przykład paniki moralnej w polskim prawie może być uznane np. przyjęcie ustawy z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnych innych osób, nazywanej medialnie „ustawą o bestiach"[10] (Bocheński, 2015; Szafrańska, 2015, s. 249 i nn.).

3.2.2. Normatywny wariant modelu wspólnotowego

O ile model wspólnotowy w ujęciu opisowym można uznać za umiarkowanie konstruktywistyczny (ryzyko jest tu kulturowo przekształcane i zapośredniczone), o tyle normatywny wariant tego modelu charakteryzuje umiarkowany realizm. Tu ryzyko uznaje się za rzeczywiste (przynajmniej w pewnym sensie) i zagrażające jakiejś wspólnocie – co wymaga wspólnotowej reakcji. Innymi słowy, normatywny wariant podejścia wspólnotowego przyjmuje, że współdzielone przez różne podmioty ryzyko powinno prowadzić do zjednoczenia ich we wspólnotę, w celu znalezienia i przyjęcia wspólnej odpowiedzi na zagrożenie.

Tego rodzaju argumentacja znajduje zastosowanie przede wszystkim w kwestiach ekologii i klimatu. Rzeczywiście, w tym obszarze teza, że wszyscy „jedziemy na tym samym wózku" jest stosunkowo najłatwiejsza do wykazania (co nie znaczy, że bez wyjątków akceptowana). Wspólnotowe spojrzenie na ryzyko nie ogranicza się bynajmniej do tematyki ekologicznej[11]. Wskazane tu pojmowanie ryzyka ujaw-

9 Te dwa przykłady sugerują oczywiście, że zaproponowany koncentryczny podział jest jedynie uproszczeniem, bowiem poszczególne grupy mogą przenikać się wzajemnie, a wąskie subkultury potrafią mieć charakter ponadnarodowy.

10 Dz. U. z 2014 r. poz. 24.

11 Interesującej próby pogodzenia kwestii klimatycznej ze standardowym modelem ryzyka dostarcza Giddens (2010). Jak pisał ten autor, istnieje potrzeba wyraźniejszego niż dotąd powiązania „negatywnej" i „pozytywnej" koncepcji ryzyka.

nia się np. w niektórych miejscach teorii społeczeństwa ryzyka Becka: dokładnie w tej jej części, w której formułowany jest pozytywny program „kosmopolitycznej utopii" i „metamorfozy świata", jako politycznej współpracy na globalnym poziomie (Beck, 2006, 2009a, 2012, 2016). Podobna struktura argumentacji ujawnia się także u innych autorów twierdzących, że współczesne wyzwania globalne nadają nowy sens idei jedności i wspólnoty rodzaju ludzkiego, a w konsekwencji wymagają nowych form współpracy o światowym zasięgu (np. Domingo, 2010).

Jednego z najbardziej wyrazistych przykładów podejścia wspólnotowego w wydaniu normatywnym dostarcza praca Marka Findlaya na temat regulacji w obliczu „globalnych kryzysów" (2013). Findlay analizuje przykłady kryzysów o zasięgu światowym, które w momencie ukazania się jego książki przyciągały szczególną uwagę. Są to, kolejno, kryzys „komunikacyjny" związany z funkcjonowaniem nowych mediów, różnego typu kryzysy związane ze zdrowiem, życiem i funkcjonowaniem ciała ludzkiego, kryzys finansowy i gospodarczy, kryzys ekologiczny oraz kryzys terrorystyczny. Na tej podstawie autor formułuje konkluzję o tworzeniu się we współczesnym świecie coraz wyraźniejszych i powszechniejszych „wspólnot współdzielonego ryzyka / współdzielonego przeznaczenia", co z kolei prowadzi do potrzeby regulacji opartej na współpracy, wzajemności i zaufaniu.

Znamienne, że zgodnie z omawianym wyżej standardowym modelem ryzyka przejście w postrzeganiu losu ludzkiego od przeznaczenia (narzucanego zewnętrznie i niepodważalnego) do ryzyka (pozostającego w wewnętrznym związku z działaniem podmiotowym) stanowi jeden z podstawowych wyznaczników odróżniających nowoczesność od wcześniejszych form organizacji społecznej. Tę właśnie wyjątkowość nowoczesności zdaje się podważać Findlay, uznając ryzyko za źródło wspólnego przeznaczenia. Autor odnotowuje wprawdzie różnice między obydwoma pojęciami (Findlay, 2013, s. 21), jednak stwierdza, że wspólne wyzwania, przed jakimi staje dziś ludzkość, sprawiają, że ryzyko przekształca się (powinno się przekształcać) w zbiorowym pojmowaniu we wspólne przeznaczenie. Kluczem jest, aby „sprowadzić rozbieżne interesy do wspólnego punktu i wypracować spójność regulacji w oparciu o sieci współdzielonego ryzyka, w których różnorodne motywacje zostają zintegrowane, aż do uświadomienia sobie wspólnego przeznaczenia" (Findlay, 2013, s. x).

W centrum całej koncepcji Findlaya znajduje się pojęcie uspołecznienia (*sociability*)[12]. Według autora doświadczenie wspólnoty dzielonego przeznaczenia stanowi katalizator dla wykształcania się w społeczeństwie postawy uspołecznienia i w konsekwencji dla przyjęcia „uspołecznionej" agendy regulacyjnej.

12 Termin *sociability* z trudem daje się przełożyć na język polski. W dosłownym tłumaczeniu *sociable* odnosi się do dyspozycji podmiotu i może oznaczać zarówno „towarzyski", „przyjacielski", jak i „dążący do nawiązywania relacji społecznych" czy „chętnie poddający się uspołecznieniu". Tłumaczenie zwrotu *sociability* w kontekście, w jakim używa go Findlay, jako „towarzyskość", byłoby jednak mylące. Z podobnych względów zrezygnowano z – najbardziej bezpośredniego – tłumaczenia go jako „socjalność". Termin „uspołecznienie" wydaje się najlepszym możliwym określeniem tej własności, o którą chodzi autorowi, mimo tego, że posiada on już w języku polskim nieco odmienne znaczenie.

Uspołecznienie jest więc postawą społeczną, w ramach której różne podmioty uświadamiają sobie łączące je wzajem więzi i wspólne przeznaczenie oraz stają się gotowe podjąć współpracę na zasadach wzajemności, zaufania i wspólnej troski. Wydaje się, że w koncepcji autora uspołecznienie odgrywa rolę egzystencjalnej i ontologicznej podstawy działalności regulacyjnej.

Argumentacyjna tkanka koncepcji Findlaya pozostaje niestety dość rwana i niepełna, a wiele podstawowych pojęć jest mglistych. Dotyczy to również tych najbardziej nas interesujących: autor nie tłumaczy, na czym dokładnie ma polegać wspólnota współdzielonego przeznaczenia, ani co odróżnia ją od innych form społecznej organizacji. Z kolei w przypadku pojęcia uspołecznienia zdaje się on „wkładać za dużo jajek do jednego koszyka", przypisując temu terminowi wiele znaczeń i funkcji naraz. Jednak mimo tych metodologicznych mankamentów, omawiana praca daje dobre wyobrażenie o tym, na czym polega normatywny sens wspólnotowego pojmowania ryzyka.

3.2.3. Odpowiedź modelu standardowego: wspólnotowy wymiar nowoczesnego społeczeństwa

Omówione spojrzenie na ryzyko można uznać za podejście przednowoczesne w tym sensie, że odwołuje się do pojęć przeznaczenia, wspólnoty i organizacji społecznej opartej na organicznych więziach zaufania i podzielanych wartości[13]. Wspólnotowy model ryzyka posiada jednak również swój typowo nowoczesny wariant, którego najbardziej znaczącą realizacją w rzeczywistości społecznej jest mechanizm ubezpieczenia, w szczególności zaś oparte na systemie publicznych ubezpieczeń państwo socjalne. Jak odnotowuje Ewald (1991), z punktu widzenia mechanizmu („technologii" w terminologii autora) ubezpieczenia nic nie jest ryzykiem „samo z siebie", jednak niemal wszystko może zostać za takie uznane: wszystko to, co może stać się przedmiotem ubezpieczenia (łącznie z samą odpowiedzialnością ubezpieczeniową w ramach mechanizmu reasekuracji). Różnorodne rodzaje ryzyka podległe ubezpieczeniu posiadają jednak zdaniem autora trzy łączące je cechy: są one wyliczalne, kolektywne i możliwe do kapitalizacji (Ewald, 1991, s. 200–205). Kolektywny charakter ryzyka – fakt, że obejmuje ono jakąś populację – jest niezbędny do tego, aby mogło ono podlegać ubezpieczeniu. Z racji na ten właśnie swój charakter ryzyko łączy jednostki w ramach mechanizmu ubezpieczeniowego, ustanawiając między nimi relacje wzajemności. Co jednak istotne, taka wzajemność ma czysto abstrakcyjny charakter, nie odbierając jednostce jej wolności (Ewald, 1991, s. 203–204). Można powiedzieć, że będące przedmiotem

13 Findlay wielokrotnie i wprost odwołuje się do Durkheimowego rozróżnienia między organiczną i mechaniczną integracją społeczną, twierdząc, że uspołeczniona regulacja musi opierać się na integracji organicznej. Podobny pogląd można przypisać choćby wspominanym wyżej Beckowi i Domingo.

ubezpieczenia ryzyko ustanawia więzi formalne i „luźne", w odróżnieniu od „gęstych" relacji, charakterystycznych dla takich form organizacji jak rodzina czy wspólnota (form, dodajmy, preferowanych w wizji Findlaya). Jak stwierdza Ewald, te ostatnie formy organizacji społecznej „umiejscawiają jednostkę, moralizują ją, edukują i formują jej świadomość. Wzajemność ubezpieczeniowa jest innej natury: pozostawia ona jednostkę wolną […] łącząc maksimum socjalizacji z maksimum indywidualizacji" (Ewald, 1991, s. 204).

Mechanizm ubezpieczenia posiada zdaniem Ewalda swój ciężar moralny i polityczny; w pierwszym wymiarze kreuje zapobiegliwość (*providence*) jako cnotę indywidualną, w drugim zaś doprowadza do pojawienia się „państwa zapobiegliwego" (*provident state*), czyli właśnie opartego na systemie publicznych ubezpieczeń państwa socjalnego.

Racjonalność stojąca za mechanizmem ubezpieczenia w interpretacji Ewalda lokuje się między standardowym i przednowoczesnym modelem ryzyka. Wbrew temu, co można by sądzić na pierwszy rzut oka, pozostaje bliższa temu pierwszemu, wnosząc jednak do niego ważną poprawkę: ryzyko umożliwia jednostce racjonalną kontrolę nad jej indywidualnym działaniem, ale dzięki temu, że wytwarza ono mechanizmy zbiorowej współzależności i zabezpieczenia. Innymi słowy, dzięki mechanizmom integracji społecznej możliwe staje się działanie podmiotowe w obliczu ryzyka.

3.3. Ujęcia alternatywne: model konfrontacyjny

Model konfrontacyjny, w przeciwieństwie do dwóch dotąd omówionych, podkreśla przede wszystkim negatywny aspekt ryzyka jako zagrożenia i problemu, z którym zderzają się jednostki lub społeczności. Wszelkie reakcje na ryzyko – niezależnie od ich skuteczności – są z tej perspektywy czymś wtórnym, co nie jest w stanie zasłonić źródłowej negatywności ryzyka. Koncepcje ryzyka wpisujące się w ten model będą w naturalny sposób przyjmować charakter krytyczny, problematyzując zarówno samo ryzyko, jak i ewentualne odpowiedzi. „Konfrontacja" jest przeciwstawieniem, zderzeniem. Z tego zderzenia nikt nie wychodzi bez szwanku. Model ten, w nawiązaniu do dorobku dwóch najbardziej znanych jego twórców – Becka i Giddensa – określamy także jako „późnonowoczesny".

3.3.1. Model konfrontacyjny jako kryzys nowoczesnej racjonalności

Przykładu takiego podejścia dostarcza m.in. zasadnicza, krytyczna część teorii społeczeństwa ryzyka i modernizacji refleksywnej Becka. Autor wychodzi od obserwacji nowych i coraz powszechniejszych typów ryzyka, które mają charakter

nieobliczalny i nieodwracalny. (Paradygmatycznym przykładem jest wybuch elektrowni jądrowej w Czarnobylu; jak pisaliśmy we Wprowadzeniu, doszło do niego w tym samym roku, w którym ukazało się pierwsze wydanie *Społeczeństwa ryzyka*). Wskutek tego traci sens przyjmowane w modelu standardowym rozróżnienie między ryzykiem a niepewnością, pozwalające określić to pierwsze w kategoriach prawdopodobieństwa: zdaniem Becka ryzyko *staje się niepewnością*, wymykającą się kontroli. Tendencję tę wzmacniają dodatkowo kontrowersje wokół nauki – zarówno co do jej społecznej roli, jak i statusu epistemologicznego – bowiem to właśnie nauka była i jest podstawowym źródłem wiedzy na temat ryzyka (Beck, 2002, passim). Społeczeństwo ryzyka charakteryzuje się nielinearną i rozproszoną strukturą produkcji oraz dystrybucji wiedzy, w której współistnieje obok siebie wiele konkurencyjnych, a często antagonistycznych poglądów na temat ryzyka, w tym poglądów naukowych (Beck, 2012, s. 184 i nn.).

Polityczne i prawne skutki są dalekosiężne, bowiem ryzyko jako niepewność rozsadza dotychczasowe ramy organizacji nowoczesnego społeczeństwa. „Społeczeństwo ryzyka – pisze Beck – oznacza strukturę, w której wątpliwa stała się przewodnia dla epoki nowoczesnej idea kontrolowalności podecyzyjnych skutków ubocznych i zagrożeń" (Beck, 2012, s. 31). Proces ten określa autor jako „modernizację refleksywną", gdzie refleksywność oznacza wspomniane zderzenie z nowymi – i wytwarzanymi przez samą modernizację – postaciami ryzyka: „«Modernizacja refleksywna» oznacza konfrontację ze skutkami społeczeństwa ryzyka, z którymi system społeczeństwa przemysłowego, oceniając rzecz na podstawie jego instytucjonalnych standardów, nie potrafi sobie poradzić ani których nie potrafi zasymilować" (Beck, 2009b, s. 17–18).

Znamienne, że zdaniem Becka jednym z przejawów modernizacji refleksywnej jest zakwestionowanie politycznego konsensusu wokół systemu ubezpieczeń, o którym pisał m.in. Ewald (Beck, 2012, s. 189 i nn.). Mechanizm ubezpieczenia nie jest w stanie dłużej pełnić swojej roli w kontrakcie społecznym, polegającej na gwarantowaniu odpowiedniego poziomu ochrony. Jak wyraził to jeden z komentatorów:

> Był on [kontrakt społeczny] szczytowym przejawem oświeceniowego optymizmu i pragmatyzmu: zastosowania systemów racjonalnej wiedzy do ryzyka, zwracanego w postaci kosztów zewnętrznych w procesie industrializacji. […] Społeczeństwo światowego ryzyka różni się, zdaniem Becka, od nowoczesności przemysłowej w jednej kluczowej kwestii: ten kontrakt społeczny czy też porozumienie co do ryzyka podlega rosnącemu załamaniu. Różne postaci ryzyka są teraz nieobliczalne i wymykają się możliwościom kontroli, mierzenia, socjalizacji czy kompensacji. (Jarvis, 2007, s. 31–32)

Poglądy Becka stanowią przykład dość radykalnej wersji konfrontacyjnego podejścia do ryzyka; być może jeszcze dalej idzie znaczna część dzisiejszej dyskusji nad kwestiami ekologii i zmiany klimatycznej. Dotyczy to w szczególności tzw. postawy fatalistycznej, według której jako ludzkość przekroczyliśmy już punkt

krytyczny nieodwracalnych i katastrofalnych zmian i jedyne, co możemy zrobić, to spróbować się do nich jakoś przystosować (np. Cummings, 2019; Franzen, 2019; Klein, 2016; Schmitz, 2019; Wallace-Wells, 2019a, 2019b). Za intelektualny pierwowzór obu postaw może służyć słynny raport Klubu Rzymskiego z 1972 r. *Granice wzrostu* (Meadows, Meadows, Randers, Behrens, 1972).

Często konfrontacja oznacza także sporny charakter ryzyka. Zarówno model standardowy, jak i wspólnotowy zakładają zasadniczą społeczną zgodę co do ryzyka, nawet jeśli zgoda ta oparta jest na innych fundamentach. Tymczasem w modelu konfrontacyjnym zakłada się, że ryzyko często ma charakter niejasny lub sporny (Aven, Renn, 2010, s. 12–13; Simon, 2017).

Powstaje pytanie, czy model konfrontacyjny ma zastosowanie w prawie? Odpowiedź jest siłą rzeczy trudniejsza niż w przypadku pozostałych dwóch modeli, jako że dominujący głos należy tu do perspektywy krytycznej. Jako taka, wskazuje ona, czego w ramach obowiązującego porządku nie potrafimy zrobić albo co robimy źle. Można natomiast przyjąć, że ten sposób pojmowania ryzyka dochodzi do głosu tam, gdzie dokonuje się instytucjonalna zmiana: w prawodawstwie, w liniach orzeczniczych, w interpretacjach doktrynalnych. Są to momenty, w których system prawny rozpoznaje, że jego ograniczone kategorie wymagają „kwestionowania" (określenie Scotta Veitcha, 2017, s. 57–59) i modyfikacji.

Dobrym przykładem są zmiany w sposobie pojmowania odpowiedzialności karnej i cywilnej. Problemem tym – jednym z fundamentalnych dla prawa – zajmował się bezpośrednio sam Beck (zwł. 2002). To m.in. jego dorobek pomógł odsłonić założenia ukryte w prawniczym pojmowaniu odpowiedzialności, powiązane z wizją relacji społecznych i sprawczości, ukształtowaną w okresie „prostej" nowoczesności. Zarówno technologiczne, jak i społeczne zmiany sprawiają, że założenia te okazują się nieadekwatne. Najpełniej ujawnia się to w przypadku „ryzyk wielkiej skali" (zmiana klimatyczna, katastrofa nuklearna, globalna pandemia itp.), które posiadają trzy cechy: po pierwsze, przekraczają one granice przestrzenne i czasowe, które często są nieprzepuszczalne dla prawa; po drugie, ich katastroficzny potencjał sprawia, że urzeczywistnione ryzyko jest nieodwracalne i niemożliwe do naprawienia – co podważa sens prawnych instytucji odszkodowania i zadośćuczynienia; po trzecie, dochodzi tu do głosu problem atrybucji, czyli przypisania zindywidualizowanej odpowiedzialności poszczególnym podmiotom (Pichlak, 2023, forthcoming).

Niedostosowanie prawa do tych realiów może prowadzić do wytwarzania i uprawomocniania sfer „zorganizowanej nieodpowiedzialności" (Beck, 2002, s. 43–44, 2009a, s. 8; Bleeker, Fransen, 2017; Jarvis, 2007, s. 32; Veitch, 2007, rozdz. 3). Wszystko to wymaga zmiany myślenia o odpowiedzialności w prawie zobowiązaniowym, deliktowym czy karnym (Bleeker, Fransen, 2017; Boom, 2017; Fanning, 2017; Francot, de Vries, 2009; Pichlak, 2023, forthcoming; Veitch, 2007, 2017), których podstawowe zasady wywodzą się jeszcze z epoki społeczeństwa przemysłowego prostej nowoczesności. Wynegocjowane wówczas standardy ustalania związków przyczynowych, przypisywania sprawczości i odpowiedzialności zawodzą w istotnie

zmienionych warunkach społeczeństwa ryzyka. W ten właśnie sposób ryzyko niejako prowokuje „kwestionowanie" tych standardów.

Za bardziej pozytywny wyraz konfrontacyjnego podejścia do ryzyka może być z kolei uznana tzw. zasada przezorności (*precautionary principle*, zob. np. Hansson, 2012; Harremoës, 2002; Randall, 2011; Steele, 2004, s. 192–199; Tickner, Raffensperger, Myers, 1999). Zasada ta jest w pewnym sensie uznaniem naszej niewiedzy i niezdolności do w pełni adekwatnej reakcji na ryzyko.

3.3.2. Próby wyjścia z kryzysu: między modelem konfrontacyjnym a standardowym

Podobnie jak miało to miejsce przy modelu wspólnotowym, także w przypadku omawianego modelu można spotkać próby godzenia pewnych założeń podejścia konfrontacyjnego i standardowego, które zachowywałoby jakąś – choćby zmodyfikowaną – możliwość racjonalnego działania w obliczu ryzyka. Próby takie zawierają w sobie zazwyczaj dwa komponenty. Po pierwsze, uznanie, że sprowadzanie całego obszaru ryzyka do niepewności (jak czyni Beck) jest może spektakularne, ale zbyt redukcjonistyczne. Teoria społeczeństwa ryzyka była niejednokrotnie krytykowana właśnie za nadmiernie upraszczający i uogólniający charakter (zob. np. Dingwall, 1999; Mythen, 2004; Pichlak, 2019; Scott, 2000). Takim uproszczeniem wydaje się też teza o powszechnym wypieraniu standardowego pojęcia ryzyka jako prawdopodobieństwa przez niepewność, ryzyko występuje bowiem w rzeczywistości społecznej w różnych formach. Po drugie, wskazuje się takie metody zarządzania ryzykiem, które nie opierając się na rachunku prawdopodobieństwa, nie rezygnują z roszczenia racjonalności.

Spośród tego typu alternatywnych propozycji warto zwrócić uwagę przede wszystkim na te autorstwa Svena Ove Hanssona i Ortwina Renna, odpowiednio na gruncie teorii decyzji oraz *risk governance*. Obaj autorzy przedstawiają własne, rozwinięte typologie stanów obarczonych ryzykiem oraz możliwe sposoby podejmowania decyzji w sytuacji niepełnej wiedzy i kontroli. Nie tylko więc proponują bardziej złożony opis ryzyka, ale oferują pozytywny program uporania się z jego konfrontacyjną naturą. W tym duchu Hansson rozróżnia między „ryzykiem", „niepewnością" oraz „wielką niepewnością" (*risk*, *uncertainty*, *great uncertainty* – Hansson, 1996, 2013, s. 7–20), zaś Renn – między ryzykiem „prostym", „złożonym", „niepewnym" oraz „niejednoznacznym" (*simple*, *complex*, *uncertain*, *ambiguous* – Aven, Renn, 2010, s. 12–13; Renn, 2008a, s. 74–78, 2008b, s. 18–21). Obaj autorzy zgadzają się przy tym, że sytuacje „ryzyka" lub „prostego ryzyka", to jest takie, w których znane są zarówno alternatywne możliwości (konsekwencje decyzji), jak i rozkład prawdopodobieństwa, rzadko występują w rzeczywistości. Z taką sytuacją spotkać się możemy przede wszystkim w modelach opartych na wzorcu gier losowych typu rzut monetą czy ruletka. W prawdziwym świecie zbliżone

warunki możliwe są do uzyskania dzięki zastosowaniu prawa wielkich liczb – czyli tam, gdzie mamy do czynienia z dużą liczbą podobnych do siebie zdarzeń. Na tej podstawie np. przedsiębiorstwa ubezpieczeniowe są w stanie sensownie prognozować przybliżoną liczbę kolizji drogowych i w ten sposób obliczać zarówno prawdopodobieństwo wypadku, jak i wysokość składki ubezpieczeniowej. W większości przypadków brakuje nam jednak wiedzy niezbędnej do takich obliczeń; znajdujemy się wtedy w jednej z pozostałych sytuacji. Jak wyraża to Hansson:

> „W wielu przypadkach nasza wiedza jest na tyle niepełna, że niedostępne są nam jakiekolwiek sensowne szacunki prawdopodobieństwa. W innych przypadkach sama sytuacja może mieć takie własności, które nie będą pozwalać na jej probabilistyczne modelowanie. Odnosi się to szczególnie do tych ryzyk, które są zależne od złożonych interakcji między wzajemnie niezależnymi podmiotami. (Hansson, 2012, s. 35)

Jeśli chodzi o charakterystykę niepewności i wielkiej niepewności w ujęciu Hanssona, pierwsze z pojęć oznacza sytuację, w której znane są alternatywne możliwe konsekwencje decyzji, ale nieznany jest dla nich rozkład prawdopodobieństwa. Hansson podaje tu przykład premier rządu, która rozważa możliwość złożenia kontrowersyjnego, także dla jej własnej formacji, projektu ustawy: mając odpowiednie doświadczenie polityczne może ona z grubsza przewidywać możliwe scenariusze w razie ewentualnej porażki w głosowaniu, nie sposób jednak sensownie oszacować ich prawdopodobieństwa (Hansson, 2013, s. 11). Z kolei wielka niepewność to sytuacja, w której „nasz brak wiedzy – jak pisze autor – idzie jeszcze dalej" niż przy zwykłej niepewności (Hansson, 2013, s. 14). Możliwe są tu trzy warianty[14]. Po pierwsze, nieznane mogą być nawet możliwe konsekwencje danego działania. Przykładem jest hipotetyczny pomysł wprowadzenia do atmosfery nowego związku chemicznego w celu powstrzymania efektu cieplarnianego: trzeba liczyć się z tym, że takie działanie może nieść konsekwencje, których nie potrafimy dzisiaj przewidzieć. Po drugie, niemożliwe może się okazać porównanie wartości poszczególnych możliwych stanów. Wyobraźmy sobie na przykład, że musimy podjąć decyzję, czy rozwijać prace nad wdrożeniem nowego leku na powszechną, ale łagodną formę astmy dziecięcej, czy też leku na bardzo rzadką, ale śmiertelną chorobę. Żadne w pełni obiektywne kryteria (a już z pewnością nie rachunek prawdopodobieństwa) nie pozwalają na rozstrzygnięcie tego typu dylematu. Po trzecie, wielka niepewność może polegać na niejasności co do „demarkacji" dostępnych opcji i decyzji. Problem polega na tym, że każda decyzja jest elementem bardziej złożonego systemu powiązanych ze sobą decyzji; mogą więc powstawać kontrowersje, jak dokładnie rozgraniczyć poszczególne wybory. Przykład Hanssona dotyczy problemu składowania radioaktywnych odpadów

14 We wcześniejszym opracowaniu na ten temat Hansson dodawał także czwarty rodzaj wielkiej niepewności: niepewność dotyczącą zaufania do wiedzy mającej wpływ na podjęcie decyzji (1996).

z elektrowni atomowych: czy poszukując rozwiązania, powinniśmy kalkulować ryzyko związane z poszczególnymi metodami ich składowania i wybrać którąś z dostępnych metod, czy należałoby też rozważać całkowite zamknięcie takich elektrowni (Hansson, 2013, s. 15)?

Zarówno punkt wyjścia, jak i typologia proponowana przez Renna są w wielu miejscach zbliżone do propozycji Hanssona. Zdaniem autora wiele współczesnych odmian ryzyka ma charakter złożony, niepewny lub niejednoznaczny (a czasem wszystko naraz). Złożoność ryzyka odnosi się do „trudności w identyfikacji i w pomiarze związków przyczynowych między mnogością potencjalnych przyczyn a konkretnymi, obserwowanymi skutkami" (Renn, 2008a, s. 75). Trudności te mogą mieć różne przyczyny. Złożoność nie wyklucza z góry możliwości zastosowania metod probabilistycznych (a zatem poddania ryzyka logice modelu standardowego), jednak w praktyce rzadko będzie to osiągalne. W przeciwieństwie do złożoności niepewność dotyczy wprost prognozowania i polega na trudnościach w przewidywaniu przyszłych zdarzeń oraz ich konsekwencji (jest to zatem ujęcie zbliżone do klasycznej propozycji Knighta i wydaje się obejmować zarówno „niepewność", jak i niektóre przypadki „wielkiej niepewności" Hanssona). Niepewność ze złożonością łączy to, że obie dotyczą (niepełnej) wiedzy na temat faktów. W odróżnieniu od nich niejednoznaczność odnosi się do różnic w poglądach lub w ocenach. Renn wyróżnia dwie jej postaci: „niejednoznaczność interpretacyjną" (różnice w postrzeganiu i rozumieniu tych samych zjawisk) oraz „normatywną" (różnice w ocenie i wartościowaniu).

Omawiane koncepcje łączy również to, że poszukuje się w ich ramach pozytywnych sposobów na radzenie sobie z tymi niestandardowymi formami ryzyka. Uznanie konfrontacyjnego, negatywnego charakteru ryzyka nie wyklucza zatem możliwości racjonalnego działania w świecie; wymaga natomiast odmiennych metod niż zakłada to czysto ekspercka ocena ryzyka dokonywana na podstawie rachunku probabilistycznego. Według przywoływanych tu autorów metody takie korzystać powinny m.in. z teorii decyzji lub deliberacji (Godman, Hansson, 2009; Jebari, Hansson, 2013; Renn, 2008a). Ma to zapewniać, że nie pozostaniemy bezradni w tych sytuacjach, gdy mierzymy się z ryzykiem o niepewnym czy spornym charakterze.

Rozdział 4

Refleksyjność

Jak odnotowaliśmy w poprzednim podrozdziale, pojęcie ryzyka wiąże się nierozłącznie z ideami refleksji i refleksyjności[15]. Określenie czegoś mianem ryzyka oznacza, że zostało ono refleksyjnie rozpoznane i podjęte, że podlega kalkulacji, zarządzaniu, regulowaniu. Dlatego przechodzimy w tym miejscu do omówienia pojęcia refleksyjności, jak funkcjonuje ono w nowożytnej myśli społecznej oraz prawnej. Ponieważ pojęcie to zostało już obszernie omówione w innej pracy, do której odwołujemy się w obecnych rozważaniach (Pichlak, 2019), ograniczamy się tutaj do krótkiego przedstawienia najważniejszych zagadnień.

4.1. Treść pojęcia refleksyjności

Gdyby z mnogości alternatywnych teoretycznych ujęć refleksyjności próbować wyłowić jakąś wspólną, podstawową myśl, wydaje się, że mogłaby ona brzmieć następująco: refleksyjność oznacza, że ten, kto działa lub poznaje, zwraca się ku sobie samemu, poddaje poznaniu sam siebie lub własnym działaniem sam siebie przekształca. Refleksyjność w tym ujęciu to nic innego jak samoodnoszenie poznania i działania (zob. szerzej Pichlak, 2019, s. 23 i nn.). Te dwa wymiary refleksyjności – poznawczy i działający, obserwacyjny i operacyjny – są ze sobą, rzecz jasna, zwrotnie połączone (Siemek, 2012, s. 379–380). Jak ujął to Anthony Giddens, w refleksyjności „myśl i działanie nieustannie się do siebie odnoszą" (2008, s. 27). Poznaję, aby móc działać; działam, ponieważ poznałem. Świetnie prawdę tę oddaje przykład ryzyka: po to dąży się do poznania i wyliczenia ryzyka, aby następnie refleksyjnie na nie odpowiedzieć.

15 Nie rozstrzygamy w tym miejscu, czy jest to jedna, czy dwie różne idee. Choć odpowiedzi na tak postawione pytanie bywają różne, w tym miejscu wystarczy stwierdzenie, że skłaniamy się bardziej do tezy, że pojęcia refleksji oraz refleksyjności łączy bliski związek. Zob. na ten temat Pichlak, 2019, s. 27–28.

Samozwrotność oznacza taką organizację życia społecznego, w którym poszczególne instytucje lub podsystemy społeczne nieustannie odnoszą się do samych siebie. Przywołując ponownie diagnozę Giddensa: „refleksyjność nowoczesnego życia społecznego polega na tym, że praktyki społeczne podlegają bezustannym przeglądom i reformom w świetle napływających informacji o tych właśnie praktykach, co zmienia ich charakter w sposób konstytutywny" (2008, s. 28)[16]. Przykładu dostarcza choćby współczesne podejście do polityk publicznych jako w założeniu racjonalnych i opartych na dowodach procesów, w których „formatowanie działań ma być oparte na zobiektywizowanej i aktualnej w danym czasie wiedzy, a ich wykonywanie – w ramach usystematyzowanego procesu ich projektowania i wdrażania" (Zybała, 2012, s. 3). Procesy te dodatkowo podlegają refleksyjnej kontroli w ramach ewaluacji (Reichardt, 2011; Sroka, Podgórska-Rykała, 2021, s. 125 i nn.).

Aby lepiej rozumieć sens, jaki niesie w sobie idea refleksyjności, potrzebna jest – podobnie, jak miało to miejsce w przypadku pojęcia ryzyka – krótka wycieczka do jej intelektualnych źródeł. Te zaś leżą w podstawowych przesłankach, na jakich wspiera się nowożytna filozofa. Podobnie jak ryzyko, refleksyjność dochodzi do pełni głosu wraz z nastaniem nowożytności. Nie oznacza to, że czasy przednowożytne nie znają przypadków refleksyjnego działania; dopiero jednak z wejściem w nową epokę refleksyjność zajmuje miejsce u samych podstaw poznania i działania (Giddens, 2009)[17]. Wyraźnie widać to w filozofii Kartezjusza, dla którego refleksyjne zwrócenie się podmiotu ku sobie samemu – popularnie wyrażane w formule *cogito ergo sum* – staje się punktem wyjścia i podstawą jakiejkolwiek prawomocnej wiedzy. W ten sposób refleksyjność gwarantuje zarówno prawomocność poznania i działania, jak i autonomię podmiotu, zgodnie z Kantowską formułą o „posługiwaniu się własnym rozumem bez przewodnictwa innych" (Kant, 2005, s. 44). Pojawienie się obok siebie nazwisk Kartezjusza i Kanta zdecydowanie nie jest przypadkowe. Są oni bowiem symbolicznymi postaciami, jeśli chodzi o filozoficzne opracowanie tej nowożytnej koncepcji refleksyjności. Od Kartezjusza do Kanta rozciąga się okres, w którym ugruntowana zostaje wizja rozumnego podmiotu jako autonomicznego i refleksyjnego, który sam dla siebie staje się prawodawcą i trybunałem (Habermas, 2005b; Siemek, 2012)[18].

16 W alternatywnym wobec propozycji Giddensa ujęciu teoretycznym, jakiego dostarcza teoria systemów, ta właściwość opisywana jest przede wszystkim jako zdolność podsystemów społecznych do samoobserwacji i samoregulacji.

17 Marek Siemek stwierdził np. w odniesieniu do starożytnych Greków, że podmiotowa refleksyjność była im znana (choćby w słynnym motto ze ścian delfickiej świątyni „poznaj samego siebie"), nie pełniła jednak roli „zasady ich świata" (2012, s. 15–16).

18 Zauważmy przy tym, że o ile Kartezjusz i Kant są głównymi ideologami nowoczesnego pojmowania refleksji, o tyle pojęcie refleksyjności (rozumianej nie jako własność podmiotowego rozumu, ale świata społecznego) wykształciło się dzięki filozofii Hegla, dokonującego istotnego przekształcenia Kartezjańsko-Kantowskiej tradycji. Zob. Pichlak, 2019, s. 30–33.

W praktyce oznacza to m.in. postępującą racjonalizację działania, dążenie do poddania coraz większych połaci życia społecznego racjonalnej kontroli. Na tym właśnie polegało jedno z podstawowych oczekiwań nowoczesności pod adresem refleksyjnego rozumu: że dostarczy on wiedzy pewnej, prawomocnej, służącej postępowi w opanowaniu świata (zob. Cassirer, 2010, s. 85). Jak więc widać, intelektualne fundamenty oraz praktyczne ambicje związane z pojęciem refleksyjności są tożsame ze standardowym ujęciem ryzyka: tutaj i tam mamy do czynienia z nowoczesnym rozumem, autonomicznie ustanawiającym kryteria prawomocności i dążącym do racjonalnej kontroli nad światem.

W tym punkcie ujawnia się jednak podwójny paradoks, tkwiący w samym sercu refleksyjności. Po pierwsze, tym, co refleksyjny podmiot jest w stanie kontrolować i przekształcać, jest nie świat zewnętrzny, ale przede wszystkim on sam. To do siebie samego odnosi się w swoim działaniu. Po drugie, refleksyjność, która miała uprawomocniać wiedzę i działanie, okazuje się służyć jednocześnie ich krytyce. Podmiot, który refleksyjnie przygląda się samemu sobie, ma przecież spore szanse na to, aby w tym, co wie, i w tym, co czyni, dopatrzeć się luk i niedoskonałości. Szczególnie, że każda taka refleksyjna aktywność dokonuje się w równie refleksyjnym, a zatem stale zmieniającym się otoczeniu społecznym. W ten sposób refleksyjność oznacza stałe kwestionowanie tego, co dotąd było uznawane za pewne. Okazuje się zatem, że – właśnie *z powodu* refleksyjności nowoczesnego rozumu – nie można spełnić marzenia o postępującej kontroli nad światem, którą refleksyjność miała zapewniać. Jak zgrabnie ujął to cytowany już wielokrotnie Giddens: „refleksyjność nowoczesności zawodzi oczekiwania myśli Oświecenia – chociaż sama jest tej myśli wytworem" (Giddens, 2006, s. 26). Na głębszym zresztą poziomie samo dążenie do samouprawomocnienia, fundamentalne dla refleksyjnego rozumu, ma charakter paradoksalny. Dążenie to prowadzi, jak powiedziałby Niklas Luhmann, do paradoksu lub tautologii, będącej tylko szczególną formą paradoksu (Luhmann, Fuchs, 1988).

4.2. Alternatywne modele refleksyjności

Przedstawiony tu pokrótce opis pojęcia refleksyjności można określić jako jej ujęcie standardowe – analogicznie do standardowego modelu ryzyka, przedstawionego w poprzednim rozdziale. Można też określić je po prostu jako ujęcie nowoczesne, jako że dominuje ono szczególnie w „klasycznym" okresie nowoczesności, który kończy się wraz z „ponowoczesnym" lub „późnonowoczesnym" kryzysem i przekształceniem. We współczesnej teorii społecznej i filozofii prawa ujęcie standardowe jest promowane przede wszystkim, na odmienne sposoby, przez teorię dyskursu oraz teorię systemów. Obaj najważniejsi reprezentanci tych nurtów, czyli

Jürgen Habermas i Niklas Luhmann, w pełni świadomie postrzegali własne teorie jako próby dopełnienia projektu nowoczesności. Choć obaj – szczególnie Luhmann – świadomi byli też związanych z tym projektem paradoksów.

Właśnie ta paradoksalność może być postrzegana jako pożywka dla rozwijania alternatywnych ujęć refleksyjności, które starają się zwracać uwagę na to, co w ujęciu standardowym przemilczane bądź zapomniane. W nawiązaniu do wcześniejszych rozważań nad kategorią ryzyka wyróżniamy tutaj dwa takie alternatywne modele refleksyjności (co rzecz jasna jest sprawą pewnej konwencji; do pomyślenia są bardziej kazuistyczne kategoryzacje). Modele te określamy umownie jako przednowoczesny i późnonowoczesny. Jest to jednak identyfikacja intelektualna, a nie historyczna. W historycznej rzeczywistości i w dyskursach nowoczesności modele te krzyżują się i nakładają na siebie nawzajem. Z jednej strony, model, który określamy tu jako przednowoczesny, nie zanika nigdy w czasach nowożytnych, lecz jest stale obecny jako alternatywa dla modelu dominującego. Z drugiej strony, model późnonowoczesny często odwoływać się będzie do zapoznanych elementów myślenia przednowoczesnego, odkrywając na nowo ich aktualność[19]. Jeśli zaś spojrzeć na współczesną praktykę prawną, to jest ona kształtowana przez wszystkie trzy modele równocześnie; często też w ramach jednej instytucji znajdziemy elementy kilku, zdawałoby się konkurencyjnych, modeli.

Tym, co model przednowoczesny akcentuje najsilniej, jest fakt, że dominująca, nowoczesna perspektywa stanowi rezultat zapomnienia istotnej prawdy: że wszelka aktywność refleksyjnego podmiotu jest umożliwiana i warunkowana przez to, co podmiot ten otrzymuje jako już zastane. Że refleksyjna świadomość pojawia się na pewnym tle, czy też podłożu, które jest od niej niezależne. Z tego też powodu autonomia czy samowystarczalność nowoczesnego podmiotu jest złudna, a przynajmniej relatywna, pozostaje bowiem zależna od warunków, których sama nie wytworzyła. Refleksyjny podmiot czy instytucja są więc „zanurzeni" (*embedded self*) w tym podłożu. Filozoficzne echa tego modelu refleksyjności odnaleźć można choćby we współczesnej hermeneutyce, zaś w refleksji nad prawem – w teorii prawa responsywnego Philipa Selznicka.

Perspektywa późnonowoczesna zgadza się poniekąd z powyższą diagnozą o niesamodzielności refleksyjnego podmiotu. Również w jej ramach refleksyjność jawi się jako rezultat sił, nad którymi podmiot czy instytucja nie mają kontroli. Różnica sprowadza się głównie do tego, że o ile model przednowoczesny upatruje w tym fakcie nadziei na osiągnięcie pewnej społecznej harmonii (bowiem refleksyjne podmioty stanowią jedynie części większej wspólnoty), o tyle w wizji późnonowoczesnej podkreśla się przygodny, a zarazem konfrontacyjny charakter refleksyjności. Ta ostatnia pojawia się w wyniku zderzenia odmiennych, często niewspółmiernych punktów widzenia. Nie istnieje zatem – jak miało to miejsce

19 Taką strategię widać np. w ponowoczesnej koncepcji konstytucjonalizmu autorstwa Jamesa Tully'ego (1995).

zarówno w modelu przednowoczesnym, jak i nowoczesnym – żadna „metafizyczna gwarancja", że w wyniku takiej refleksyjności powstanie jakaś forma społecznego ładu; jeśli zaś już ład się pojawi, nie można być pewnym jego prawomocności. Takiego sposobu myślenia o refleksyjności dopatrzeć się można u czołowych przedstawicieli myśli postmodernistycznej, a także w koncepcji „refleksywnej modernizacji", rozwijanej zwłaszcza przez Becka oraz Giddensa.

Jedno jeszcze przekonanie łączy modele przed- i późnonowoczesny, a jest nim krytyka obiektywizmu. Jeden z paradoksów standardowego modelu polega na tym, że refleksyjność prowadzić ma w nim nie tylko do pewności subiektywnej (tego, co wiem, jestem osobiście pewien), ale również do obiektywnej (to, co wiem, jest wiedzą obiektywnie prawdziwą). Skutkiem takiego spojrzenia jest m.in. dążenie do obiektywizacji i scjentyzacji wiedzy, na której bazują rozstrzygnięcia prawne. Oba alternatywne wobec podejścia standardowego modele podkreślają, że pełna obiektywizacja nie jest możliwa, ponieważ każda refleksja bazuje na szeregu założeń (przedsądów), które same nie podlegają refleksji, nie sposób zatem objąć ich ani subiektywną, ani obiektywną pewnością.

Dotychczasowe rozważania ujawniają zasadniczą przekładalność między alternatywnymi modelami ryzyka a sposobami pojmowania refleksyjności. Ogólnie rzecz ujmując, zarówno standardowy model ryzyka, jak i odpowiadające mu ujęcie refleksyjności bazują na podstawowych założeniach intelektualnych projektu nowoczesnego, w tym zwłaszcza na racjonalnej kontroli; model wspólnotowy ryzyka łączy z przednowoczesnym ujęciem refleksyjności ukierunkowanie na wspólnotę i na to, jak w jej ramach kształtują się podstawowe kategorie i normy życia społecznego; model konfrontacyjny oraz późnonowoczesna koncepcja refleksyjności wspólnie przyjmują, że zarówno struktura społeczna, jak i podejmowane w niej działania uwikłane są w nieciągłość i rozmaite napięcia czy konflikty. Te zbieżności nie są rzecz jasna przypadkowe i podkreślają refleksyjny charakter samego pojęcia ryzyka.

4.3. Refleksyjność jako pojęcie złożone

Z dotychczasowych rozważań płynie jeszcze jeden istotny wniosek metodologiczny, dotyczący statusu pojęcia refleksyjności. Jeśli przyjrzeć się sposobom, na jakie wyrażenia „refleksyjność" czy „refleksja" funkcjonują w odniesieniu do prawa i regulacji, możemy wyróżnić dwa podstawowe konteksty ich użycia. W pierwszym z nich refleksyjność oznacza coś pożądanego, pewien wzór do realizacji. Refleksyjność funkcjonuje tu jako ideał normatywny, wyznaczający to, jakie powinno być prawo czy prawnicy. Życzylibyśmy sobie, aby prawo jako instytucja oraz prawnicy jako jej przedstawiciele byli w tym sensie refleksyjni (co zwykle znaczy: uważni,

wrażliwi, otwarci etc.)[20]. Te same oczekiwania odnoszą się, *mutatis mutandis*, do systemów regulacyjnych i regulatorów.

Jest jednak jeszcze drugi kontekst, w którym refleksyjność pozbawiona jest tego typu pozytywnych skojarzeń. Oznacza ona wówczas pewien sposób organizacji instytucji prawnych i regulacyjnych, specyficzną logikę, zgodnie z którą działają obecne w tych instytucjach mechanizmy czy procesy. O tak pojętej refleksyjności mówi się np. przy wprowadzaniu do praktyk prawnych narzędzi służących ich zwiększonej kontroli (np. audyt zewnętrzny lub wewnętrzny), gromadzeniu wiedzy o tych praktykach itp. Nie rozstrzyga się przy tym, czy rozwiązania takie należy oceniać jako dobre czy złe. Po prostu: tak działa współczesny porządek prawny.

Mamy więc do czynienia z dwoma równoległymi sposobami posługiwania się tym terminem. Pierwszemu z nich można nadać miano refleksyjności jako ideału politycznego, drugiemu – refleksyjności jako mechanizmu instytucjonalnego. W pracy tej wychodzimy z założenia, że zbieżność ta nie jest przypadkowa, a oba konteksty są ze sobą ściśle powiązane (zob. na ten temat szerzej Pichlak, 2019, s. 35 i nn.). W istocie, należy je uznać za składowe jednego, złożonego pojęcia refleksyjności prawa, które ustanawiają odpowiednio jego „hermeneutyczny" i „strukturalny" wymiar. Nie oznacza to, że między tymi wymiarami nie ma różnicy albo że można je do siebie nawzajem sprowadzić. Przeciwnie, ich właściwe zrozumienie wymaga tego, aby rozpatrywać je do pewnego stopnia osobno. Żadnego z nich nie da się jednak zrozumieć w pełni, jeśli zignoruje się jego związki z drugim.

Najkrócej rzecz ujmując, refleksyjność ujęta hermeneutycznie, a zatem jako ideał normatywny, odpowiada na pytanie „po co?"; jako mechanizm instytucjonalny (ujęta strukturalnie) odpowiada na pytanie „jak?". Pierwsze z ujęć tłumaczy, dlaczego nam, jako uczestnikom kultury prawnej czy praktyki politycznej, miałoby na refleksyjności zależeć. Drugie wyjaśnia, w jaki sposób refleksyjność jest osiągana w rzeczywistości. Prawnikom taki sposób rozprawiania o pojęciach jest dobrze znany. Wiele podstawowych pojęć języka prawnego czy prawniczego wymaga, dla ich właściwego zrozumienia, takiej właśnie złożonej analizy. Weźmy za przykład pojęcia niezawisłości sędziowskiej czy równości stron procesowych. Z jednej strony, aby pojąć ich treść, konieczne jest zrozumienie, *czemu* właściwie zasady te służą – czyli jaki jest ich etyczny sens, do czego niezbędna jest refleksja hermeneutyczna. Z drugiej strony, każdy prawnik doskonale zdaje sobie sprawę, że nie sposób rozprawiać o tych zasadach, nie uwzględniając tego, jak zostały one szczegółowo ukształtowane w regulacjach procesowych czy ustrojowych, gwarantujących ich realizację w odpowiednich instytucjach prawnych. To właśnie skuteczne gwarancje procesowe – połączone z ich przestrzeganiem przez organy władzy podczas stosowania prawa – sprawiają, że zasada równości stron ma *realny* charakter. Równość stron procesowych jest więc jednocześnie ideałem normatywnym, jak

20 Rzecz jasna, jak wynika z dotychczasowych rozważań, refleksyjność każdorazowo znaczy coś więcej niż te dość oczywiste postulaty.

i mechanizmem decydującym o prawach i gwarancjach procesowych, jakie prawo przyznaje uczestnikom postępowania.

Przedstawicielom prawniczych profesji nie powinno zatem sprawiać kłopotu zrozumienie, że sprowadzenie pojęcia refleksyjności tylko do jednego z jego aspektów oznaczałoby błąd nieuzasadnionego redukcjonizmu, który wypaczałby samo rozważane pojęcie[21]. Refleksyjność byłaby w takim przypadku postrzegana albo jako sztuczna idealizacja, albo jako pusty mechanizm, którego sens pozostaje niejasny. Dopiero łączne spojrzenie na oba jej aspekty, które wzajemnie „rezonują" ze sobą[22], pozwala zobaczyć ją jako rzeczywisty ideał: ucieleśniony w praktyce i tłumaczący jej sens. Takie ucieleśnione w instytucjach ideały normatywne stanowią, jak stwierdził Philip Selznick (jeden z najważniejszych adwokatów takiego właśnie spojrzenia na społeczny sens ideałów etycznych), „solidne i dobrze ugruntowane składowe rzeczywistości społecznej" (dosł. *robust and grounded aspects of social reality*) (Selznick, 1995, s. 11). W konsekwencji wszelkie badanie refleksyjności instytucji społecznych – w tym instytucji prawnych i regulacyjnych – powinno uwzględniać oba te aspekty omawianego pojęcia.

4.4. Prawo refleksyjne

Co refleksyjność oznacza dla prawa? Wskażmy tu kilka kluczowych punktów. Po pierwsze, prawo refleksyjne[23] jest możliwe dzięki wypracowaniu metapoziomu, w ramach którego dokonuje ono samoobserwacji i autoopisu. Wydaje się, że kluczową rolę w tej metaobserwacji prawa pełni nauka prawa (doktryna prawna), jej elementy można jednak odnaleźć także np. w legislacji czy orzecznictwie.

Po drugie, prawo takie jest stale otwarte na zmiany i przekształcenia samego siebie, odpowiednio do zmieniającej się wiedzy na temat relacji społecznych, które ma regulować. Można zatem określić je mianem prawa uczącego się. Zmiana może dokonywać się na różnych poziomach, od brzmienia norm prawnych do praktyki ich interpretacji i stosowania. Nie zawsze zatem zmiana prawa oznaczać musi modyfikację tekstu aktów normatywnych. Prawo refleksyjne próbuje jednak, różnymi sposobami, aktywnie reagować na zmieniające się otoczenie. W tym sensie jest to prawo na miarę naszych płynnych i niestabilnych czasów.

---

21 Warto odwołać się tu do poglądów Jürgena Habermasa na prawo, który określał te alternatywne formy redukcjonizmu jako, odpowiednio, błąd estetyzmu albo empiryzmu. Pierwszego z nich można dopatrywać się w sporej części etyki prawniczej, ale także analitycznej filozofii prawa, drugiego – w socjologii prawa spod znaku funkcjonalizmu.

22 Określenie to także pochodzi od Habermasa, zob. Czyżewski, 2008, s. XIV.

23 Używamy tu określenia „prawo refleksyjne" w szerokim znaczeniu, którego nie należy utożsamiać z użyciem tego terminu w teorii Gunthera Teubnera (por. 1983, 1993).

Po trzecie, proces, w którym prawo refleksyjnie zwraca się ku sobie samemu, prowadzi zarazem do ograniczenia bezpośredniej ingerencji w stosunki społeczne. Prawo w jakimś stopniu rezygnuje więc ze swego *imperium*, swojej władzy nad rzeczywistością społeczną. Zamiast tego poszukuje ono bardziej pośrednich form kontroli (Perez, 2011; Teubner, 1983).

Na potrzebę takich właśnie, refleksyjnych i pośrednich form oddziaływania prawnego zwrócił uwagę Gunther Teubner, pisząc o „regulacyjnym trylemacie" (Teubner, 1984, 1987). Zdaniem autora istnieją trzy alternatywne scenariusze dla sytuacji, w której prawo ma regulować jakąś sferę stosunków społecznych (podsystem społeczny) – wszystkie trzy równie niepożądane. W pierwszym z nich prawo dokonuje skutecznej ingerencji regulacyjnej, co jednak oznacza, że system prawny „kolonizuje" dany podsystem społeczny, wypierając funkcjonujące w nim wzorce racjonalności wzorcami własnymi, obcymi temu podsystemowi. W drugim scenariuszu prawo nie zmienia nic istotnego w regulowanym podsystemie, co znaczy po prostu, że jest ono nieskuteczne i nie wypełnia postawionych mu zadań. Wreszcie scenariusz trzeci to ten, w którym prawo samo zostaje „skolonizowane" przez inny podsystem (np. ekonomii lub polityki), przejmując od tego ostatniego obce prawu standardy racjonalności – oznacza to dezintegrację prawa.

Wyjścia z tej potrójnej pułapki dostarczać ma prawo refleksyjne, właśnie dzięki temu, że jego oddziaływanie na inne podsystemy ma charakter pośredni. Według propozycji Teubnera oznacza to, że prawo ogranicza się do wspierania tych systemów, aby we własnym zakresie przeprowadziły samoregulację, zgodnie z właściwymi im standardami. Nie musimy jednak akceptować tego rozwiązania, żeby docenić trafność diagnozy, jaką stawia Teubner, opisując wskazany trylemat, ani też żeby dostrzec w refleksyjności szansę na jego rozwiązanie. Na czym w praktyce polega taka refleksyjna, pośrednia kontrola, zobaczymy w dalszych rozważaniach, poświęconych refleksyjnej regulacji ryzyka.

W konsekwencji powyższego refleksyjność wyznacza granice prawnego instrumentalizmu (King, Thornhill, 2003, s. 224–225; Perez, 2011; Teubner, 1984). W takim zakresie, w jakim prawo ma charakter refleksyjny, nie może być czystym instrumentem do realizacji założonych celów – czy będą to cele społeczne, gospodarcze, polityczne czy inne. Oczywiście, prawo nigdy nie przestanie całkowicie być instrumentem – instrumentalność należy niejako do istoty nowoczesnego prawa (Gromski, 2000). Instrumentalności nie należy jednak mylić z instrumentalizmem. O ile ta pierwsza jest nieodłączną własnością prawa, o tyle ten drugi stanowi pewną ideologię jego tworzenia i stosowania. Ideologię, która nakazuje widzieć w prawie przede wszystkim instrument w rękach tej czy innej władzy, narzędzie oddziaływania na rzeczywistość społeczną. Refleksyjność, z powodów wyżej wymienionych, ukazuje, że takie oddziaływanie ma swoje granice.

W literaturze podejmowane były różne próby teoretycznego opisu refleksyjności prawa. Do najbardziej znanych i wpływowych zaliczyć można np. propozycje Teubnera, Habermasa czy Selznicka. Dla Teubnera prawo refleksyjne jest przede

wszystkim zbudowane na zasadzie autopojetycznego „hipercyklu", którego „podstawowe własności mogą być podsumowane w następujący sposób: 1) samowytwarzanie wszystkich składowych systemu; 2) samozarządzanie samowytwarzających się cykli za pomocą hipercyklicznego związania; 3) samoopis jako regulacja samowytwarzania" (Teubner, 1993, s. 24). Aby takie autopojetyczne prawo zyskało charakter refleksyjny, musi dodatkowo rozpoznać autopojetyczny, refleksyjny charakter innych podsystemów społecznych w swoim otoczeniu, które próbuje regulować. W konsekwencji prawo refleksyjne koncentruje się zdaniem Teubnera na pośredniej koordynacji tych podsystemów przy użyciu norm proceduralnych (Teubner, 1993, 2012).

W koncepcji Habermasa refleksyjność prawa wiąże się z możliwym rozróżnieniem dwóch form jego organizacji w nowoczesnym społeczeństwie: „prawa jako narzędzia" i „prawa jako rozmowy", które odpowiadają dwóm odmiennym typom racjonalności działania społecznego: racjonalności instrumentalnej oraz komunikacyjnej. Można więc stwierdzić, że prawo refleksyjne to takie, które umożliwia niezakłóconą komunikację zgodną z podstawowymi zasadami racjonalnego dyskursu. Zarazem prawo, dzięki refleksyjnemu wiązaniu wymiarów faktyczności i obowiązywania, może pełnić wobec dyskursów praktycznych funkcję odciążającą (Habermas, 2005a).

Selznick z kolei refleksyjność prawa utożsamia z programem prawa responsywnego, tj. „odpowiedzialnej moralnie" instytucji społecznej, zdolnej skutecznie odpowiadać na społeczne potrzeby i oczekiwania. Prawo responsywne ma zdaniem autora charakter obywatelski, negocjacyjny, otwarty, ukierunkowany na cel i sprawiedliwość materialną (Nonet, Selznick, 1978; Selznick, 1992). Jest to możliwe o tyle, o ile porządek prawny realizuje specyficznie pojęty ideał legalności (rządów prawa) jako dążenie do „stopniowego ograniczania zakresu arbitralności zarówno w prawie pozytywnym, jak i w jego stosowaniu [*its administration*]" (Selznick, 1980, s. 12). Pozytywną stroną tego dążenia jest poszerzanie dzięki prawu przestrzeni rozumności i wzmacnianie kanałów deliberatywnej partycypacji obywateli w życiu publicznym. Wydaje się to bliskie ideom Habermasa, jednak obaj autorzy pojmują taką deliberację w odmienny sposób.

Rozdział 5

Refleksyjna regulacja ryzyka

5.1. Dotychczasowe ustalenia

W rozdziale pierwszym wskazaliśmy, że regulację można pojmować jako celowe i systematyczne oddziaływanie na zachowanie niezależnych podmiotów, podejmowane w ramach złożonego systemu instytucjonalnego przez podmiot wyposażony w instytucjonalny autorytet, dla realizacji istotnych interesów publicznych, polegające na ustanawianiu standardów, monitorowaniu zachowania lub egzekwowaniu. Taka działalność we współczesnych systemach regulacyjnych często przybiera charakter refleksyjny i koncentruje się na ryzyku.

W rozdziałach drugim i trzecim wykazaliśmy, że nie istnieje jeden powszechnie przyjęty sposób rozumienia pojęcia ryzyka. Najogólniej można je jednak pojmować jako metodę zarządzania przypadkiem i niepewnością co do przyszłych zdarzeń, jako konstrukcję intelektualną opartą na założonych wartościach. Wartości takie mogą mieć przy tym charakter bardziej ilościowy (np. prawdopodobieństwo zdarzenia oraz dotkliwość skutków) lub jakościowy (rodzaj zagrożonego dobra, wymuszony lub dobrowolny charakter zagrożenia i inne). Podstawowe sposoby pojmowania ryzyka pozwalają wyróżnić trzy główne modele: standardowy, wspólnotowy i konfrontacyjny.

W rozdziale czwartym wprowadziliśmy pojęcie refleksyjności, którego najbardziej podstawową składową jest samoodnoszenie. Tu również wyróżnić można alternatywne sposoby pojmowania interesującego nas pojęcia: od ufundowanego na podstawowych założeniach nowoczesności, po takie, które podają te założenia w wątpliwość (ujęcie przednowoczesne lub późnonowoczesne). W każdym jednak wypadku refleksyjność danego systemu społecznego wydaje się zakładać, że system ten posiada co najmniej dwie cechy: po pierwsze, odnosi się do samego siebie w samozwrotnych aktach obserwacji i działania; po drugie, dostosowuje się do samozwrotnej struktury innych podsystemów w jego otoczeniu, a w konsekwencji rezygnuje z prób bezpośredniego, jednostronnego oddziaływania na te podsystemy. Jakakolwiek ingerencja w ich działanie staje się bardziej problematyczna i zniuansowana.

Pora zastanowić się, jakie konsekwencje wynikają z tych rozważań teoretycznych dla systemów regulacyjnych. Niniejszy rozdział ma na celu rekonstrukcję pojęcia refleksyjnej regulacji ryzyka, natomiast kolejna, druga część książki jest próbą przyjrzenia się na konkretnym przykładzie, jak tego rodzaju system funkcjonuje w praktyce.

5.2. Podstawowe założenia refleksyjnej regulacji

Można wskazać kilka kluczowych cech, które wyróżniają regulację refleksyjną spośród innych jej form, w szczególności regulacji bezpośredniej typu *Command & Control*. Pierwszą z nich jest uznanie ograniczeń po stronie regulatora, zarówno o charakterze poznawczym, jak i w oddziaływaniu na regulowaną działalność (Perez, 2011, s. 745). Oba rodzaje ograniczeń wynikają zarówno ze złożoności rzeczywistości społecznej, jak i z limitowanych zasobów, które pozostają do dyspozycji regulatora; ani nie może on w nieograniczony sposób gromadzić i przetwarzać informacji, ani dowolnie ingerować w skomplikowaną materię podległą regulacji. Mówiąc krótko, regulator zdaje sobie sprawę, że nie jest wszechwładny – i stąd musi poszukiwać takich form działania, które zapewnią maksimum skuteczności przy ograniczonych nakładach.

Druga cecha regulacji refleksyjnej (stanowiąca niejako konsekwencję pierwszej) sprowadza się do korzystania z „pośrednich" sposobów oddziaływania na adresatów regulacji (Perez, 2011, s. 745). W praktyce oznacza to przede wszystkim posługiwanie się metodami metaregulacji, czyli regulacji procesów samoregulacji, jaką w ramach swojej działalności podejmują adresaci. Metaregulacja oznacza zatem sytuację, w której publiczny regulator „prowokuje" (w sposób władczy, przez nałożenie obowiązku, lub pozbawiony władztwa, przez zachęty) adresatów do samodzielnej regulacji ich działalności, wyznaczając przy tym zwykle pewne warunki ramowe, które taka samoregulacja winna spełniać. Metaregulacja jest do tego stopnia organicznie zrośnięta z pojęciem regulacji refleksyjnej, że w praktyce te dwa terminy bywają utożsamiane (np. Binns, 2017; Gilad, 2010). Z pojęciem metaregulacji kojarzone są również określenia takie, jak regulacja rozproszona (*decentered regulation*) lub sieciowa (*network regulation*) (Black, 2001; Braithwaite, 2008, s. 1–4; Zwitter, Hazenberg, 2020). W niniejszej książce uznajemy jednak metaregulację za jedną z metod refleksyjnej regulacji.

Po trzecie, refleksyjna regulacja zakłada refleksyjność podmiotów w nią zaangażowanych: tak regulatorów, jak i adresatów (pomijamy tu kwestię ewentualnej refleksyjności pozostałych uczestników systemu regulacyjnego). Założenie to widać w samej idei metaregulacji, która wymaga wszak, aby adresaci regulacji aktywnie tworzyli i udoskonalali własne mechanizmy regulacji i kontroli ryzyka (Gilad,

2010, s. 488). Podobnie od regulatorów oczekuje się, że będą działać refleksyjnie, to znaczy stale weryfikować skutki własnej działalności i dostosowywać swoje działanie do wyników tych obserwacji, co ujmuje się w haśle regulatorów uczących się (Gilad, 2010, s. 488; Perez, 2011, s. 745). Refleksyjność zarówno regulatora, jak i adresatów wymaga jednak, po pierwsze, stabilnego programu regulacyjnego, który pozwoli obu stronom doskonalić swoje umiejętności i poszerzać wiedzę; po drugie, osadzenia przyjętej strategii w sprzyjającym negocjacjom, stabilnym otoczeniu politycznym (Gaczoł, 2020; Gilad 2010, s. 488).

Po czwarte, w regulacji refleksyjnej kompetencje regulacyjne, jakimi rozporządza regulator względem adresatów (ustanawianie standardów, monitorowanie, egzekwowanie), realizowane są zazwyczaj w sposób interakcyjny i negocjacyjny (Gellert, 2020, s. 132–134). Oznacza to zwykle bardziej intensywną (w porównaniu do modelu regulacji bezpośredniej) komunikację między regulatorem a adresatami, a często także bardziej horyzontalny charakter ich relacji. Zarówno nakładane standardy, jak i formy kontroli oraz ewentualne sankcje podlegają w pewnej mierze negocjacjom. Negocjacje te mogą przybierać charakter formalny lub nieformalny, rzadko będą też oznaczać równość stron: regulator wciąż występuje w tej relacji z pozycji władzy. Widać jednak, że refleksyjność zmienia charakter relacji między tymi podmiotami: z asymetrycznej i jednokierunkowej (w której podmiot wyposażony we władzę narzuca obowiązki lub wymierza sankcje) na bardziej symetryczną i dwustronną.

Z poprzednim punktem wiąże się ostatnia już własność refleksyjnej regulacji; chodzi o instrumenty, za pomocą których regulacja jest sprawowana we wszystkich swych trzech „płaszczyznach". Jeśli idzie o ustanawianie standardów, to częściej spotkamy tutaj otwarte tekstowo zasady (*principles*) i normy celowościowe (*polices*). Przy monitorowaniu zachowania adresatów nacisk zostaje położony na uczenie się i „pętle obserwacyjne". Wyniki obserwacji są zwrotnie komunikowane podmiotowi, którego aktywność jest obserwowana; dotyczy to zarówno adresatów, jak i regulatora monitorującego własną działalność. Co do egzekwowania, charakterystyczne dla refleksyjnej regulacji jest tzw. miękkie egzekwowanie (*soft enforcement*). Takie miękkie działania (w postaci np. ostrzeżeń, zaleceń pokontrolnych itp.) mają skłaniać adresatów, będących wszak podmiotami refleksyjnymi, do samodzielnego podjęcia działań służących realizacji celu publicznego, który przyświeca regulacji. W literaturze podkreśla się przy tym potrzebę łączenia w praktyce narzędzi „miękkich" z „twardymi", po które regulator może sięgnąć w przypadku braku woli współpracy lub drastycznych naruszeń po stronie adresata (Ayres, Braithwaite, 1992; Braithwaite, 2011). Dzięki takiemu podejściu możliwość zastosowania bardziej dotkliwych środków pozostających w gestii regulatora czyni adresatów bardziej skłonnymi do współpracy także na wcześniejszych etapach – zgodnie z ideą, że tylko „ten, kto trzyma w ręku gruby kij, może przemawiać łagodnie" (Ayres, Braithwaite, 1992, s. 19). Więcej o narzędziach regulacyjnych charakterystycznych dla regulacji refleksyjnej mówimy w podrozdziale 5.5.

System regulacyjny posiadający powyższe cechy jest więc refleksyjny przede wszystkim na dwa podstawowe sposoby: po pierwsze, metaregulacja sprawia, że „zamiast bezpośrednio regulować działania – sam proces regulacji staje się regulowany" (Morgan, 2003, s. 490); po drugie, cały system opiera się na refleksyjnej obserwacji przez regulatora zachowania innych podmiotów oraz własnych działań i stałym uczeniu się.

5.3. Znaczenie ryzyka w refleksyjnej regulacji

Ryzyko w regulacji – szczególnie tej o refleksyjnym charakterze – może pełnić trojakiego rodzaju rolę: jako przedmiot regulacji (*risk regulation*), jako zasada organizująca sposób realizacji przez regulatora własnych zadań i kryterium wyboru interwencji regulacyjnych (*risk-based regulation*) lub jako kategoria definiująca obowiązki adresatów regulacji (*risk-based compliance* lub *risk-defined regulation*).

Stosunkowo najczęstsza, ale też poznawczo najmniej interesująca, będzie sytuacja pierwsza, w której określone ryzyko zostaje poddane regulacji. W tym sensie niemal każdy problem społeczny może zostać zdefiniowany w kategoriach ryzyka, a następnie stać się przedmiotem regulacyjnej interwencji (Black, 2010c; Hood, Rothstein, Baldwin, 2001). Taka regulacja nie musi też mieć koniecznie charakteru refleksyjnego; może ona posługiwać się dowolną inną strategią regulacyjną (a więc również nakazowo-kontrolną). Zauważmy przy tym, że ryzyko może w takiej sytuacji pełnić również rolę celu regulacji (odwołanie do niego może zatem wpływać np. na proces wykładni prawa, przy zastosowaniu metody celowościowej) oraz uzasadnienia dla jej wprowadzenia (ryzyko spełnia wówczas funkcję legitymizacyjną w systemie politycznym i prawnym).

Znacznie silniej zasada refleksyjności powiązana jest z drugim interesującym nas pojęciem, czyli regulacją opartą na ryzyku (*risk-based regulation*). Podejście to zyskało znaczną popularność w praktyce regulacyjnej wielu państw w pierwszych dekadach XXI w. Na poziomie ponadnarodowym zadomowiło się ono także w agendzie zarówno UE, jak i OECD; to o tyle ważne, że obie te organizacje mają znaczny wpływ na kształt strategii regulacyjnych w ich państwach członkowskich. W rezultacie przywoływane określenie znalazło miejsce także w literaturze naukowej (np. Bartle, 2008; Black, 2010a, 2010c; Hutter, 2005; Kasiewicz, 2015; van der Heijden, 2021).

Regulacja oparta na ryzyku jest pojęciowo odrębna od regulacji refleksyjnej. Jednak m.in. z racji refleksyjnego charakteru samego ryzyka, o którym mowa była wyżej, strategie te są często wdrażane i rozpatrywane łącznie (Black, Baldwin, 2010; Braithwaite, 2003; Raghavan, Chugh, Kumar, 2019) lub też regulacja oparta na ryzyku traktowana jest jako element szerszego pojęcia regulacji refleksyjnej (Gellert, 2020). Pozwala to mówić o refleksyjnej regulacji ryzyka jako spójnej strategii regulacyjnej.

Zgodnie z proponowaną przez OECD definicją „oparte na ryzyku podejście do regulacji proponuje systematyczne ramy i procedury podejmowania decyzji, które pozwalają określać, które działania regulacyjne mają charakter priorytetowy i odpowiednio rozmieszczać zasoby – w szczególności związane z kontrolami i egzekucją – w oparciu o ocenę ryzyka, jakie poszczególne firmy tworzą dla celów regulatora" (OECD, 2008, s. 12). Regulator definiuje więc hierarchie ważności (priorytetów) spraw do podjęcia i własnych działań na podstawie przeprowadzonej oceny ryzyka, a następnie alokuje zasoby stosownie do tych hierarchii. W takim ujęciu, jak zauważono, ryzyko nie pełni już roli „przedmiotu regulacji", ale staje się „podejściem do regulacji (*regulatory governance*)" (van der Heijden, 2021, s. 5). Taka zmiana wydaje się zgodna z ogólnym pojęciem ryzyka jako metody zarządzania niepewnością, rekonstruowanym przez nas w Rozdziale 3.

Julia Black i Robert Baldwin (2010, s. 184–185) wyróżniają pięć wspólnych elementów reżimów regulacyjnych opartych na ryzyku. Wymagają one od regulatorów, aby (1) zdefiniowali własne cele oraz ryzyka zagrażające ich realizacji; (2) określili swój „apetyt na ryzyko" (poziom własnej tolerancji ryzyka); (3) dokonali oceny ryzyka, jakie działalność adresatów regulacji stwarza dla realizacji ich celów, na podstawie wybranej metodologii oceny; (4) opierając się na dokonanej ocenie, przypisali określone rangi (stopnie „ryzykowności") podmiotom lub aktywnościom; (5) alokowali swoje zasoby regulacyjne (nadzór, inspekcje, prowadzone postępowania, egzekwowanie) zgodnie z przypisanymi wcześniej rangami.

W refleksyjnych systemach regulacyjnych ryzyko coraz częściej pełni jeszcze jedną, dodatkową rolę – nie zawsze dostrzeganą i należycie odróżnianą od *risk-based regulation*. Chodzi tu o wykorzystanie ryzyka jako kategorii wyznaczającej zakres obowiązków adresatów regulacji. Dzieje się tak wtedy, gdy na adresatów nałożony zostaje obowiązek zarządzania określonymi rodzajami ryzyka w ramach prowadzonej przez nich działalności. Ze szczególną postacią tego podejścia mamy do czynienia, gdy adresaci zostają obarczeni odpowiedzialnością za odpowiednie dookreślenie i „kalibrację" (Quelle, 2017) ciążących na nich obowiązków, na podstawie przeprowadzonego przez siebie szacowania ryzyka. Tego typu rozwiązania wydają się coraz częstsze w praktyce; jak zobaczymy w drugiej części pracy, bazuje na nich m.in. obecny system ochrony danych osobowych. Wciąż brakuje jednak terminologii, która pozwalałaby należycie odróżniać je od *risk-based regulation* jako zasady organizującej aktywność regulatora (a nie adresatów). Proponujemy zatem określać je jako *risk-based compliance* (przestrzeganie oparte na ryzyku: takie nazewnictwo przyjmuje perspektywę adresatów regulacji) lub *risk-defined regulation* (regulacja definiowana przez ryzyko: perspektywa regulatora)[24].

24 Claudia Quelle (2017) proponuje rozróżnienie między *risk-based regulation* a *risk-based approach*. Ten ostatni termin jest jednak szeroko wykorzystywany w literaturze w różnych kontekstach, często też nie jest ściśle odróżniany od *risk-based regulation* lub wręcz jest z nim utożsamiany (zob. np. Lynskey, 2015, s. 84–85). Nasza propozycja unika tego typu niejednoznaczności.

W ten sposób do systemu zostaje wprowadzony element samoregulacji: adresaci sami stają się regulatorami, określając najbardziej adekwatny sposób realizacji obowiązku minimalizacji ryzyka (Quelle, 2017). Dochodzi też do typowego dla refleksyjnych praktyk zapętlenia i multiplikacji: adresaci zostają zobowiązani do refleksyjnego kontrolowania ryzyka w ramach samoregulacji, co z kolei podlega kontroli ze strony regulatora, który bazuje na własnym oszacowaniu ryzyka.

5.4. Alternatywne koncepcje teoretyczne

Refleksyjna regulacja może być na różne sposoby ujmowana od strony teoretycznej. Spośród dostępnych interpretacji dwie wydają się najbardziej dojrzałe i rozpowszechnione w literaturze, dając podstawę do sformułowania alternatywnych modeli refleksyjnej regulacji (zob. Gaczoł, 2020; Pichlak, 2019). Warianty te można określić jako proceduralny oraz responsywny. Pierwszy z nich (Aalders, Wilthagen, 1997; Black, 1996, 2000; Coglianese, Mendelson, 2010; Teubner, 1984) nawiązuje do koncepcji prawa refleksyjnego Teubnera, podkreślając autonomię i zdolności samoregulacyjne poszczególnych podmiotów wchodzących w skład systemu regulacyjnego. W konsekwencji działalność publicznego regulatora ma charakter bardziej ramowy i koncentruje się na określaniu warunków dla samoregulacji przez adresatów. Jest to „proces, w którym organ regulacyjny nadzoruje system kontroli lub zarządzania ryzykiem, zamiast dokonywać regulacji bezpośrednio – w którym organ «steruje zamiast wiosłować»" (Baldwin, Cave, Lodge, 2012, s. 147).

Celem regulacji refleksyjnej w tym ujęciu jest przede wszystkim koordynacja działania poszczególnych samoregulujących się podmiotów, wchodzących w skład systemu regulacyjnego. Jest to możliwe dzięki metaregulacji ich działalności przy pomocy przede wszystkim norm o charakterze proceduralnym. Taka metaregulacja spełnia dwa podstawowe zadania w odniesieniu do podległych jej podmiotów. Po pierwsze, może nakładać na nie obowiązek podjęcia samoregulacji; innymi słowy prowokuje je do uruchomienia własnych procesów refleksyjnych. Po drugie, wyznacza pewne warunki i wymagania, jakie musi spełniać dokonywana przez adresatów samoregulacja. Może tu chodzić w szczególności o wymóg przyjęcia i wdrożenia przez adresatów regulacji określonych polityk lub procedur (Gaczoł, 2020; Gilad, 2010).

Model regulacji responsywnej (Ayres, Braithwaite, 1992; Braithwaite, 2002, 2011; Ivec, Braithwaite, 2015; Parker, 2002, 2013; van der Heijden, 2020) zakłada z kolei aktywne i świadome budowanie wspólnoty podzielanych norm, wartości i znaczeń w obrębie systemu regulacyjnego. Dokonuje się to poprzez bliski dialog między regulatorem a adresatami, w którym dochodzi do uzgodnienia ich

perspektyw. Podstawowa idea omawianego modelu polega na tym, że regulatorzy „powinni być responsywni wobec zachowania podmiotów podlegających regulacji podczas podejmowania decyzji, czy potrzeba bardziej czy mniej interwencyjnej reakcji" (Braithwaite, 2002, s. 29). Praktycznym przejawem tak pojmowanej responsywności jest m.in. łączenie miękkich i twardych form oddziaływania w ramach tzw. piramidy regulacyjnej (zob. podrozdział 5.5).

Nie chodzi tu jednak wyłącznie o reakcję proporcjonalną do stopnia naruszeń, których dopuścił się adresat, a które są przedmiotem postępowania; taki rodzaj „reaktywnej" responsywności charakteryzuje także tradycyjne, formalistyczne podejście *Command & Control*, w którym stopień przewinienia wpływa na wysokość sankcji. Responsywna regulacja kładzie nacisk na uwzględnianie przez regulatora proaktywnego zachowania adresatów, jak np. zdolność do samoregulacji, gotowość do poprawy lub współpraca z organem (Nielsen, 2006). Responsywna regulacja zakłada więc potrzebę elastycznego dostosowania narzędzi regulacyjnych, w zależności od postawy adresatów. Takie proaktywne podejście ma przyczyniać się m.in. do stopniowego wzrostu kompetencji i motywacji do przestrzegania przepisów, a także integralności w realizacji założonych celów u adresatów (Parker, 2002).

W rozszerzonej wersji omawianego podejścia uznaje się, że regulator powinien responsywnie reagować aż na pięć różnych czynników (Black, Baldwin, 2010):

a) działania i nastawienie adresatów;
b) instytucjonalne uwarunkowania działalności regulatora (np. normatywne podstawy działalności, położenie w strukturze władzy, formalne i nieformalne gwarancje niezależności itd.);
c) interakcje między odmiennymi logikami różnych narzędzi i strategii regulacyjnych, pozostających w dyspozycji regulatora (np. elementy podejścia responsywnego, proceduralnego oraz nakazowo-kontrolnego);
d) skuteczność własnego reżimu regulacyjnego;
e) zmiany w każdym z powyższych elementów w czasie.

Różnice między obydwoma modelami schematycznie ujmuje tabela 2.

Tabela 2. Podstawowe sposoby teoretyzowania refleksyjnej regulacji

	Model proceduralny	**Model responsywny**
	1	2
Cel regulacji	Koordynacja i monitorowanie autonomicznych struktur w ramach systemu regulacyjnego	Powstanie wspólnoty norm, znaczeń i wartości w ramach systemu regulacyjnego
Sposób regulacji	Normy proceduralne	Otwarte tekstowo zasady (*principles*) oraz normy celowościowe (*policies*)

Tabela 2 (cd.)

	1	2
Przykładowa metoda regulacji	Metaregulacja	Piramida regulacyjna
Relacja między regulatorem a adresatami	Gwarantowana autonomia adresatów; interakcje w ramach systemu regulacyjnego sformalizowane i limitowane	Adresaci zaangażowani w proces komunikacji i negocjacji z regulatorem; interakcje w ramach systemu regulacyjnego dialogiczne, słabo sformalizowane, intensywne
Funkcja refleksyjności	Integracja społeczna i koordynacja systemów	Integracja społeczna i budowanie wspólnoty

Źródło: opracowanie własne. Por. Gaczoł 2020.

Nietrudno zauważyć, że przedstawione tu szkicowo warianty refleksyjnej regulacji odpowiadają dwóm z wyróżnionych w rozdziale czwartym modelom refleksyjności: nowoczesnemu i przednowoczesnemu. Musi to prowadzić do pytania o koncepcję regulacji, która byłaby oparta na trzecim zaprezentowanym modelu refleksyjności, określonym jako późnonowoczesny. Jego aplikacja w obszarze regulacji jest jednak o tyle utrudniona, że pojęcie refleksyjności pełni w nim odmienną rolę. O ile w ujęciu nowoczesnym, jak i przednowoczesnym, sprawuje ona funkcję integrującą (na poziomie jednostkowym przyczyniając się do wykształcenia tożsamości podmiotu, na poziomie ponadjednostkowym do integracji społecznej – zob. tabela 2), o tyle w interpretacji późnonowoczesnej ujawniają się dezintegracyjne skutki refleksyjności. Refleksyjność zyskuje głównie charakter krytyczny. Co za tym idzie, trudno tu o podstawy do sformułowania normatywnego modelu regulacji, na wzór dwóch przedstawionych wyżej. W tym kontekście nie dziwi, że teoria regulacji nie doczekała się jak dotąd spójnego modelu refleksyjnej regulacji w tym trzecim wariancie. Owszem, pojawiają się pojedyncze analizy problemu, na ile refleksyjna regulacja jest do pogodzenia z realiami późnej nowoczesności – w szczególności z nieuporządkowanym lub konfliktowym otoczeniem społecznym (Simon, 2017; Walters, 2022). Ewentualne sformułowanie całościowego modelu takiej „konfrontacyjnej" regulacji refleksyjnej jest jednak zadaniem, które dopiero wymagałoby podjęcia.

Potencjalne trudności ze sformułowaniem takiego modelu mogą być łagodzone przez fakt, że w praktyce te różne teoretyczne podejścia są ze sobą łączone, a systemy refleksyjnej regulacji korzystają z rozwiązań i narzędzi regulacyjnych właściwych dla każdego z nich. Wydaje się więc, że skoro systemy regulacyjne potrafią łączyć w szczególności rozwiązania proceduralne i responsywne, nie ma zasadniczych przeszkód, aby uwzględniały one także pewne aspekty podejścia konfrontacyjnego (późnonowoczesnego).

Właśnie praktyka regulacji okazuje się tym obszarem, na którym często dochodzi do wzajemnego połączenia stanowisk, które w teorii pozostają rozłączne

względem siebie. W bardziej tradycyjnym ujęciu stanowi to asumpt do zarzucania praktyce niespójności czy eklektyzmu. My proponujemy jednak postrzegać tę właściwość praktyki, zdolnej do skutecznego łączenia przeciwieństw, jako jej zaletę. Alternatywne strategie regulacyjne zostają bowiem powiązane w sposób, który często okazuje się skuteczny. Dlatego też przejdziemy teraz do omówienia pewnych bardziej praktycznych aspektów refleksyjnej regulacji ryzyka, jakimi są wykorzystywane w niej narzędzia regulacyjne oraz płynące z niej korzyści i warunki jej powodzenia.

5.5. Refleksyjna regulacja ryzyka w praktyce: metody i narzędzia

Refleksyjna regulacja ryzyka opiera się na różnorodnych metodach i narzędziach regulacyjnych. Najważniejsze, jakie można tu wskazać, to:

1. Wykorzystanie zasad i norm celowościowych
2. Piramida regulacyjna (korzystanie zarówno z miękkich, jak i twardych uprawnień egzekucyjnych)
3. Pętle uczenia się (*double-loop and triple-loop learning*)
4. Edukacja (rozwój kompetencji u adresatów)
5. Wspieranie dobrych praktyk i wyróżnianie liderów regulacji
6. Warunkowanie samoregulacji
7. Nadzór nad samoregulacją
8. Samokontrola i raportowanie naruszeń
9. Stosowanie i promowanie metod analizy ryzyka i zarządzania ryzykiem (podejścia opartego na ryzyku)
10. Trójstronna partycypacja (wzmacnianie i udział podmiotów społeczeństwa obywatelskiego w procesie regulacji)

Punkty 1 oraz 10 dotyczą wszelkich wariantów refleksyjnej regulacji; punkty 2–5 zawierają typowe narzędzia regulacji responsywnej; punkty 6–8 to składowe programu metaregulacji; zaś punkt 9 odnosi się zbiorczo do narzędzi rekomendowanych przez podejście oparte na ryzyku. Jak już jednak zauważyliśmy, mimo częściowo odmiennej proweniencji tych rozwiązań, w praktyce zazwyczaj są one ze sobą łączone. Żadne z nich, traktowane odrębnie, ma niewielkie szanse zadziałać i podnieść refleksyjność oraz jakość działań regulacyjnych. Dopiero w powiązaniu dają one nadzieję na osiągnięcie korzyści z refleksyjnej regulacji, o których będzie mowa w kolejnym podrozdziale.

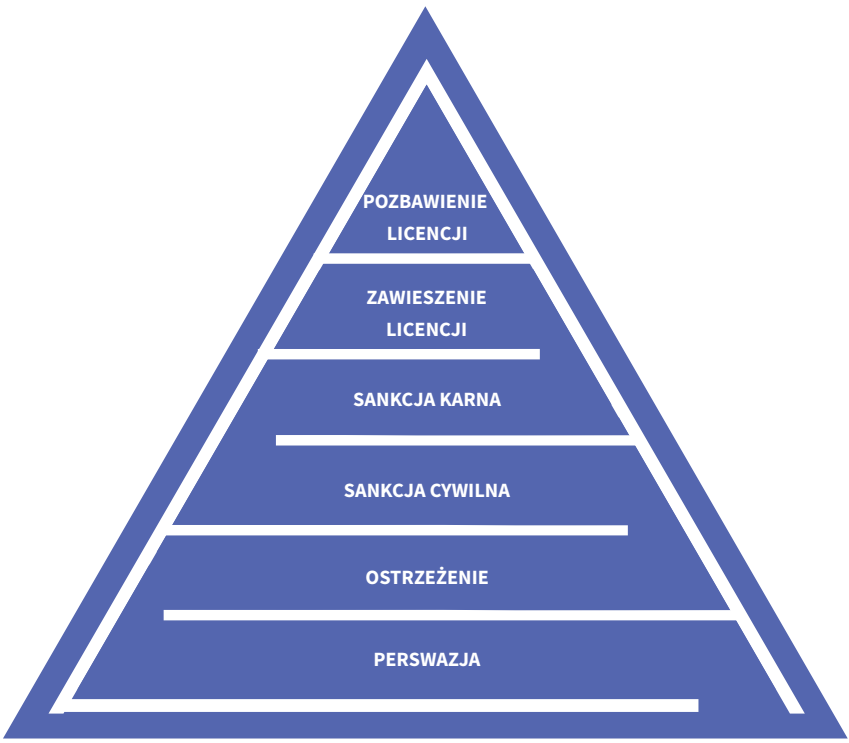
1. Wykorzystanie zasad i norm celowościowych

Refleksyjna regulacja bazuje na tych rodzajach norm prawnych, które pozwalają na większą elastyczność w sposobie realizacji zawartych w nich obowiązków. Będą to w szczególności zasady (*principles*) lub normy o charakterze celowościowym (*policies*). Pozwala to, po pierwsze, skupiać się na rezultatach, zamiast na formalistycznym przestrzeganiu norm; po drugie, lepiej dostosowywać sposób wykonywania i stosowania prawa do zmiennych okoliczności; po trzecie, przenieść część odpowiedzialności za właściwą interpretację i wykonywanie obowiązków prawnych na adresatów (zob. Black, 2008, 2010b; Ford, 2008; Schwarcz, 2009).

Wynika z tego, że dla uznania regulacji za rzeczywiście opartą na zasadach lub normach typu *policies* nie wystarcza ich formalne ustanowienie jako obowiązujących standardów. Niezbędny jest także określony sposób stosowania tych norm i kształtowania relacji między regulatorem a adresatami. Dopiero takie połączenie formalnego i materialnego aspektu regulacji daje w rezultacie „pełną" regulację refleksyjną (zob. Black, 2008, s. 434–435). Oznacza to także, że zarówno *principles*, jak i *policies* muszą być w ramach refleksyjnej regulacji łączone z innymi narzędziami, o których mowa poniżej.

2. Piramida regulacyjna

Podstawowa idea „piramidy regulacyjnej" polega na tym, że do dyspozycji regulatora pozostają różnorodne środki egzekwowania, zarówno o charakterze miękkim (*soft enforcement*: perswazja, pouczenie itp.), jak i twardym (*hard enforcement*: przymus, kary). Regulator powinien korzystać z odpowiednich środków w zależności od postawy adresatów; przyjmuje się przy tym założenie, że w standardowych okolicznościach większość adresatów jest skłonna do dobrowolnej współpracy z regulatorem celem przestrzegania obowiązujących wymogów (posiada wewnętrzną motywację do *compliance*), więc w większości przypadków regulatorowi wystarczy odwołanie do miękkich środków oddziaływania. Regulator powinien traktować środki twarde jako swego rodzaju ostateczność, stosowaną w odniesieniu do tych adresatów, którzy okażą się niechętni lub całkowicie niezdolni do współpracy. Rysunek 1 przedstawia jeden z możliwych przykładów piramidy regulacyjnej, gdzie proporcje objętości poszczególnych komórek odpowiadają w przybliżeniu częstotliwości stosowania odpowiadających im działań egzekucyjnych. Własną propozycję piramidy w odniesieniu do systemu ochrony danych osobowych (uprawnień naprawczych Prezesa UODO) prezentujemy w drugiej części pracy.



Rysunek 1. Przykład piramidy regulacyjnej
Źródło: opracowanie własne na podstawie Ayres, Braithwaite, 1992, s. 35.

3. Pętle uczenia się (*Double- and triple-loop learning*)

Istotnym elementem reżimu refleksyjnej regulacji jest uczenie się – zarówno adresatów regulacji, jak i regulatora. W standardowym ujęciu przyjmuje się, że w ramach w pełni refleksyjnego systemu regulacyjnego powinny występować co najmniej trzy poziomy uczenia się:

- *single-loop learning*: podmiot (adresat regulacji) jest w stanie zidentyfikować poszczególne przypadki naruszenia standardów regulacyjnych oraz podjąć działania w celu usunięcia naruszeń;
- *double-loop learning*: podmiot (adresat regulacji) jest w stanie zidentyfikować czynniki systemowe wynikające z przyjętego systemu zarządzania, kultury przedsiębiorstwa lub utartych praktyk, które sprzyjają naruszeniom standardów regulacyjnych oraz podjąć działania celem odpowiedniej modyfikacji tych czynników;

- *triple-loop learning*: regulator jest w stanie określić skuteczność własnego systemu regulacji i nadzoru, zidentyfikować te elementy systemu, które obniżają jego skuteczność w realizacji założonych celów regulacyjnych oraz odpowiednio zmodyfikować własny reżim regulacyjny.

Mówiąc w uproszczeniu, pierwsza pętla dotyczy pojedynczych działań adresatów, druga ich ogólnego sposobu organizacji i działania, natomiast trzecia – działalności samego regulatora.

4. Edukacja (rozwój kompetencji)

W ramach proaktywnego podejścia do regulacji regulator podejmuje działania mające na celu wychowywanie i edukowanie adresatów w zakresie pełnej i skutecznej realizacji ich obowiązków. Taka działalność może mieć charakter fakultatywny lub mieścić się w zakresie prawnych obowiązków regulatora. Edukacja nie stanowi sama w sobie działalności regulacyjnej *sensu stricto*, pozostaje jednak ważnym uzupełnieniem całego systemu.

5. Wspieranie dobrych praktyk i wyróżnianie liderów regulacji

Istotnym elementem proaktywnego podejścia do regulacji (i powiązanym z działalnością edukacyjną) jest identyfikowanie i promowanie dobrych praktyk wśród adresatów, a także wyróżnianie liderów regulacji, którzy w najpełniejszym stopniu realizują założone przez regulatora cele. Oba działania pozwalają adresatom postrzegać regulację jako proces ciągły i stopniowy, który zakłada stały rozwój celem zapewnienia pełniejszej ochrony. Identyfikowanie i jasne wskazywanie liderów – na ile to możliwe łączone z systemem „nagród" regulacyjnych – nie tylko stanowi pozytywny bodziec do dążenia do osiągnięcia takiego statusu, ale może też oddziaływać na pozostałych adresatów, wskazując im pozytywny wzór do naśladowania. Dzięki temu może przyczyniać się do rozwoju zarówno kompetencji, jak i motywacji wśród ogółu adresatów.

Optymalnym z punktu widzenia refleksyjnej regulacji rozwiązaniem jest korzystanie przez regulatora ze zróżnicowanej piramidy wsparcia i nagród, na wzór piramidy sankcji. Co za tym idzie, nagrody mogą mieć zarówno charakter nieformalny, jak i formalny.

6. Warunkowanie samoregulacji (metaregulacja)

Metaregulacja, jak była już mowa, polega na „regulowaniu procesu samoregulacji", które najczęściej dokonuje się przez określanie wymogów o charakterze proceduralnym (obowiązek przyjęcia i wdrożenia określonych polityk lub procedur przez adresatów)

lub celowościowym (obowiązek osiągnięcia określonych skutków lub niedopuszczenia do zaistnienia skutków). Przykładem pierwszego rozwiązania może być obowiązek wprowadzenia w przedsiębiorstwie zasad obiegu dokumentów zawierających informacje niejawne lub procedury ewakuacji budynku; przykładem drugiego rozwiązania będzie nakaz redukcji emisji toksycznych gazów do określonego poziomu.

7. Nadzór nad samoregulacją

W pewnych przypadkach procesy samoregulacji mogą podlegać nadzorowi ze strony regulatora w ten sposób, że regulator posiada kompetencję do konsultowania lub zatwierdzania standardów przyjmowanych przez adresatów w ramach samoregulacji. Zapewnia to zwiększoną publiczną kontrolę nad ustanawianiem reguł przez prywatne podmioty, co może przyczyniać się nie tylko do większej efektywności takich reguł, ale także ich transparentności i spójności. Tego rodzaju nadzór jest zazwyczaj powiązany z warunkowaniem procesów samoregulacyjnych, o którym mowa była w poprzednim punkcie. Należy je jednak uznać za odrębne formy działania regulatora.

8. Samokontrola i raportowanie naruszeń

Tak jak działalność kontrolna pozostaje istotnym elementem całego systemu regulacyjnego, tak też samokontrola stanowi ważną składową samoregulacji po stronie adresatów. Aby reżim oparty na samo- i metaregulacji działał w sposób efektywny, adresaci muszą być zdolni do kontrolowania i oceny własnych działań pod kątem przestrzegania standardów i realizacji celów (*single-* i *double-loop learning*). Dodatkowo w systemie metaregulacji mogą być oni zobowiązani do raportowania stwierdzonych naruszeń regulatorowi. Z jednej strony zapewnia to efektywne egzekwowanie obowiązujących standardów, z drugiej zaś pozwala regulatorowi gromadzić informacje o skuteczności całego systemu (*triple-loop learning*).

9. Stosowanie i promowanie metod analizy ryzyka i zarządzania ryzykiem

Dodatkowych narzędzi regulacyjnych dostarcza podejście oparte na ryzyku. Obejmuje to zarówno stosowanie metod zarządzania ryzykiem przez samego regulatora (*risk-based regulation*), jak i promowanie korzystania z tego rodzaju metod przez adresatów regulacji (*risk-defined regulation*). W tym pierwszym przypadku analiza ryzyka jest wykorzystywana do podejmowania decyzji o interwencji regulacyjnej lub jej braku; od regulatora oczekuje się tu określania poziomu ryzyka naruszeń lub braku realizacji założonych celów.

Na czym polega taka *risk-based regulation* pisaliśmy już częściowo w podrozdziale 5.3. W praktyce regulator może np. wprowadzić system „świateł drogowych" dla oceny ryzyka związanego z działalnością poszczególnych regulowanych branż czy podmiotów (ryzyko niskie – kolor zielony, ryzyko średnie – żółty, ryzyko wysokie – czerwony) i skoncentrować swoje działania tam, gdzie identyfikuje największe ryzyko.

W drugim przypadku (*risk-defined regulation*) ryzyko staje się elementem metaregulacji, a od adresatów oczekuje się zarządzania określonymi rodzajami ryzyka w ramach prowadzonej przez nich działalności. Takie oczekiwanie może przyjmować formę prawnego obowiązku lub też prowadzić do korzystniejszego traktowania adresatów aktywnie korzystających z promowanych metod.

10. Trójstronna partycypacja

Trójstronna partycypacja (*tripartism*) zakłada rozszerzenie relacji regulacyjnych poza regulatora i adresatów regulacji przez aktywne włączanie w nie podmiotów sektora społecznego (organizacje pozarządowe i branżowe). Podmioty te mogą być włączane w proces konsultowania lub bardziej sformalizowanego uczestnictwa na każdym etapie działalności regulacyjnej: ustanawiania standardów, kontroli i egzekwowania. Ich uczestnictwo wnosi kilka istotnych korzyści do systemu regulacyjnego, m.in.: (a) zapewnia regulatorowi oraz adresatom regulacji dostęp do dodatkowych źródeł informacji, których zdobycie w innym przypadku mogłoby być utrudnione lub kosztowne; (b) zwiększa transparentność i społeczną legitymizację całego systemu regulacyjnego poprzez społeczną kontrolę nad regulacją; dzięki temu także (c) zapobiega niektórym patologiom regulacji, jak „przejmowanie" (*capture*) systemu przez grupy interesu prywatnego; wreszcie (d) podnosi zaangażowanie i świadomość nt. regulowanej aktywności (np. ochrony danych osobowych) w społeczeństwie.

5.6. Potencjalne korzyści z refleksyjnej regulacji ryzyka

Refleksyjna regulacja ryzyka, jeśli jest umiejętnie wprowadzona w sprzyjającym temu otoczeniu regulacyjnym, może przynieść szereg korzyści (Baldwin, Cave, Lodge, 2012, s. 147–148; Black, 2010c, s. 331–332). Do najważniejszych z nich, które są przywoływane przez zwolenników tego typu podejścia regulacyjnego, należą:

1. *Skuteczność.* Skuteczność refleksyjnej regulacji jest wciąż przedmiotem dyskusji (van der Heijden, 2020). Jak jednak wynika z badań empirycznych, pod pewnymi warunkami jest ona podejściem, które pozwala osiągać założone przez regulatorów cele (w tym odpowiedni poziom ochrony istotnych dóbr) skuteczniej od alternatywnych strategii, takich jak regulacja nakazowo-kontrolna.
2. *Elastyczność i dopasowanie.* Refleksyjna regulacja, przez cedowanie części działalności regulacyjnej na poziom danej branży lub nawet pojedynczego przedsiębiorstwa, pozwala na lepsze dopasowanie reguł do specyfiki ich działania. Dzięki temu reguły są bardziej precyzyjne i efektywne w porównaniu z tradycyjnymi, powszechnie obowiązującymi standardami, które często są zbyt ogólne lub za bardzo skomplikowane.
3. *Autonomia.* Poprzez przekazanie części zadań i odpowiedzialności związanych z regulacją w ręce samych adresatów refleksyjna regulacja uznaje i wzmacnia ich autonomię. Omawiana strategia ma zatem także swój wymiar etyczny i polityczny, co dodatkowo może przyczyniać się do jej większej legitymizacji.
4. *Koszty.* Dzięki elastyczności i otwartości na samoregulację adresatów system refleksyjnej regulacji jest tańszy w utrzymaniu w porównaniu z tradycyjnym systemem nakazowo-kontrolnym. Część kosztów związanych z ustanawianiem standardów oraz monitorowaniem działalności jest przerzucana na samych adresatów regulacji.
5. *Optymalizacja.* Podejmując świadome decyzje o alokacji zasobów (kontrole, postępowania administracyjne i in.) tam, gdzie jest to najbardziej potrzebne, regulator może bardziej efektywnie wykorzystywać posiadane zasoby do osiągania założonych celów regulacyjnych.
6. *Edukacja i motywacja.* Zarówno dzięki przyznaniu adresatom prawa do autonomicznej samoregulacji, jak i dzięki korzystaniu z narzędzi miękkiego oddziaływania (*soft enforcement*), refleksyjna regulacja przyczynia się do wzrostu kompetencji i poprawy motywacji adresatów do osiągania założonych celów. Dochodzi do zastępowania motywacji „zewnętrznej", związanej z obawą przed sankcją (*deterrence*), motywacją „wewnętrzną" (*compliance*). Już samo skłonienie podmiotów regulowanych do podjęcia działań samoregulacyjnych może przyczyniać się do wzrostu ich świadomości co do ciążącej na nich odpowiedzialności.
7. *Legitymizacja.* Dzięki zwiększonej efektywności systemu oraz rozwojowi kompetencji i motywacji u adresatów rośnie zaufanie do regulatora i legitymizacja zarówno jego działań, jak i całego systemu w otoczeniu społecznym i wśród adresatów regulacji.

Przedstawiona lista korzyści jest oczywiście idealizacją: opisem optymalnej realizacji omawianego podejścia do regulacji. Wystąpienie wskazanych korzyści nie jest w żadnym razie konieczne ani oczywiste, a powodzenie regulacji zależy od spełnienia różnorodnych warunków. Najważniejsze spośród nich wskazujemy poniżej.

5.7. Warunki powodzenia refleksyjnej regulacji ryzyka

Aby refleksyjny system regulacyjny mógł spełnić pokładane w nim oczekiwania, spełnione muszą być konkretne warunki. Bez nich, jak pisze jeden z komentatorów, „jest mało prawdopodobne, aby faktyczna aplikacja [refleksyjnej – MP, KG] regulacji dorównała teoretycznym obietnicom" (van der Heijden, 2020, s. 22). Na podstawie literatury przedmiotu wyróżniamy pięć podstawowych warunków powodzenia refleksyjnej regulacji.

1. *Warunki normatywne.* Zgodnie z obowiązującą w państwie prawa zasadą legalizmu działania organów władzy i administracji publicznej mogą być podejmowane jedynie na podstawie i w granicach prawa, co zostało zagwarantowane wprost w art. 7 Konstytucji RP (Florczak-Wątor, 2021). Zasada ta obejmuje także wszelką działalność publicznego regulatora w ramach systemu publicznej regulacji. Jeśli więc system taki ma realizować strategię refleksyjnej regulacji, obowiązujące normy prawne muszą tworzyć taką możliwość, wyposażając regulatora w odpowiednie kompetencje do korzystania z refleksyjnych narzędzi regulacyjnych.
2. *Warunki systemowe.* Warunki te dotyczą relacji między regulatorem a innymi podmiotami w jego społecznym i politycznym otoczeniu, w tym zwłaszcza jego politycznymi patronami. Strategia refleksyjnej regulacji zakłada w szczególności znaczny stopień władzy dyskrecjonalnej po stronie regulatora, co wymaga m.in. pewnego poziomu niezależności i uznania ze strony otoczenia (Gilad, 2010, s. 503). Gwarancje niezależności mogą mieć charakter zarówno formalny, jak i nieformalny, jednak uznanie jest w głównej mierze kwestią nieformalnej pozycji i autorytetu, który – w dostępnych mu ramach – zdoła sobie wypracować regulator. Skuteczne i spójne wdrażanie regulacji refleksyjnej w dłuższej perspektywie czasowej wymaga także stabilności: regulator musi mieć pewność, że nie będzie zaskakiwany zmieniającymi się oczekiwaniami i naciskami ze strony politycznych patronów (tu gwarantem jest przede wszystkim polityczna niezależność regulatora) czy też zmianami personalnymi „na szczycie" (istotnym czynnikiem jest tu kadencyjność stanowiska organu regulacyjnego).
3. *Warunki organizacyjne.* Aby regulacja miała charakter refleksyjny w rzeczywistości (a nie tylko na papierze, wyrażającym życzenia twórców systemu), regulator musi mieć w dyspozycji odpowiednie zasoby i kompetencje, umożliwiające efektywne korzystanie z narzędzi refleksyjnej regulacji. Wymaga to zwłaszcza:
   a) odpowiednio licznego i wyszkolonego personelu, który będzie chciał i potrafił korzystać z przysługujących mu zróżnicowanych narzędzi regulacyjnych i przypisanej do refleksyjnej regulacji władzy dyskrecjonalnej. Szeregowi pracownicy merytoryczni powinni mieć dostęp do odpowiednich materiałów i szkoleń podnoszących ich kompetencje w tym zakresie;

b) odpowiedniej organizacji pracy, zapewniającej w szczególności niezakłóconą komunikację między poszczególnymi pracownikami i jednostkami organizacyjnymi regulatora, tak aby całość działań podejmowanych wobec adresatów regulacji odznaczała się spójnością;
c) nie sposób wyobrazić sobie obecnie skutecznej i spójnej działalności regulatora bez odpowiednich systemów informatycznych ją wspierających.

4. *Warunki kulturowe.* Refleksyjna regulacja wymaga, aby personel (od stanowisk kierowniczych po szeregowych inspektorów) oprócz umiejętności posiadał także odpowiednią motywację do jej wdrażania. Wymaga, innymi słowy, wykształcenia i rozwijania odpowiedniej kultury regulacyjnej, w której pracownicy regulatora będą wiedzieć, po co podejmują określone działania regulacyjne, i będą widzieć ich rezultaty. Motywacje i kompetencje etyczne personelu powinny być więc rozwijane i wspierane w ramach świadomego, systematycznego zarządzania zasobami etycznymi w organizacji[25].
5. *Warunki dotyczące relacji z adresatami.* Postrzeganie relacji między regulatorem a adresatami różni się dość znacznie między poszczególnymi wariantami refleksyjnej regulacji, jak zauważyliśmy w podrozdziale 5.4. Wszystkie one przyjmują jednak, że skutecznej regulacji sprzyjają co najmniej:
   a) Posiadanie przez adresatów kompetencji i zasobów umożliwiających im działanie w sposób refleksyjny i dostosowywanie się do takiego działania regulatora. Podejście refleksyjne sprawdza się więc lepiej w przypadku względnie dużych podmiotów. „Drobni" adresaci (np. małe przedsiębiorstwa i mikroprzedsiębiorstwa) mogą mieć trudności ze spełnieniem związanych z tym sposobem regulacji wymogów (Fairman, Yapp, 2005).
   b) Istnienie względnie trwałych relacji między regulatorem a adresatami, które pozwalają na „uczenie się" siebie nawzajem i wypracowywanie takich sposobów działania, które są zrozumiałe i akceptowalne dla obu stron (van der Heijden, 2020, s. 16).
   c) Regulator powinien w sposób zrozumiały, jednoznaczny i jasny komunikować się z adresatami. Dotyczy to w szczególności przyjętego przez niego sposobu rozumienia obowiązków ciążących na adresatach i związanych z tym oczekiwań. Nieporozumienia i niejasności w tym względzie są stosunkowo częste i szkodzą skuteczności refleksyjnej regulacji (Etienne, 2013; Heimer, 2011).
   d) Korzystne jest, jeśli grupa adresatów charakteryzuje się pewnym stopniem wzajemnej integracji, jeśli istnieją podmioty zdolne reprezentować tę grupę wobec regulatora. Jest to możliwe przede wszystkim w przypadku regulacji podmiotów z jednej branży, w której istnieją struktury samoorganizacji, np. w postaci samorządu zawodowego lub stowarzyszeń branżowych. Ułatwia to zarówno komunikację z adresatami, jak i wypracowywanie jednolitego podejścia regulacyjnego.

25 Na temat pojęcia zarządzania zasobami etycznymi zob. np. Menzel, 2007.

CZĘŚĆ DRUGA
REFLEKSYJNOŚĆ SYSTEMU OCHRONY DANYCH OSOBOWYCH

Rozdział 6

Uwagi metodologiczne do badań empirycznych

6.1. Wprowadzenie

W rozdziale kończącym część teoretyczną wskazaliśmy m.in. potencjalne korzyści, jakie wynikają z przyjęcia w praktyce strategii refleksyjnej regulacji ryzyka. Wymieniliśmy wśród nich takie zalety, jak skuteczność, elastyczność, optymalizacja i legitymizacja regulacji. Refleksyjna, oparta na ryzyku regulacja – pod warunkiem że jest implementowana prawidłowo i w umożliwiającym to otoczeniu społecznym – może istotnie przyczynić się do poprawy jakości polityk publicznych i działania administracji publicznej. Nie dziwi zatem, że znajduje ona zastosowanie do kolejnych obszarów podległych publicznej regulacji. W tej części pracy stawiamy i poddajemy weryfikacji hipotezę, zgodnie z którą do takich obszarów należy również ochrona danych osobowych.

Poprzednim podstawowym aktem normatywnym w zakresie ochrony danych osobowych, jaki obowiązywał w przestrzeni prawnej Unii Europejskiej, była dyrektywa 95/46/WE. Zarówno dyrektywa, jak i implementująca ją do polskiego porządku prawnego ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych[1] w dużej mierze realizowały założenia nakazowo-kontrolnego modelu regulacji. Jednakże z upływem czasu zauważono, że wysiłki w zakresie stanowienia, stosowania i egzekwowania prawa w tym zakresie nie przynoszą oczekiwanych rezultatów. Wdrożenie i egzekwowanie narzuconego bezpośrednio prawodawstwa wydawało się w pewnym stopniu niezdolne do osiągnięcia akceptowalnego stopnia zgodności (zob. Gaczoł 2020, s. 32). W konsekwencji zastępujące dyrektywę 95/46/WE rozporządzenie 2016/679 dokonało zasadniczej zmiany filozofii ochrony danych. W naszej ocenie – którą staramy się zweryfikować w dalszych badaniach – zmiana

1 Dz. U. z 2016 r. poz. 922, z 2018 r. poz. 138, 723.

ta polega na odejściu od modelu nakazowo-kontrolnego i zastąpieniu go modelem regulacji refleksyjnej i opartej na ryzyku.

Efektem przyjęcia rozporządzenia 2016/679 w porządku krajowym jest m.in. zastąpienie dotychczasowej ustawy z 1997 r. nową ustawą z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (u.o.d.o.)[2], która jednak – wobec bezpośredniego charakteru obowiązywania rozporządzenia – pełni jedynie rolę uzupełniającą, dookreślając kwestie pozostawione do rozstrzygnięcia państwom członkowskim. Dotychczasowy organ nadzoru, którym był Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych (GIODO), został zastąpiony przez Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych (Prezes UODO), zaś Biuro Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych zostało przekształcone w Urząd Ochrony Danych Osobowych.

Ochrona danych osobowych jest zatem wartościowym polem badawczym nie tylko z uwagi na praktyczną doniosłość zagadnienia w dzisiejszym, opartym na informacji świecie, ale także ze względu na fenomen strategicznej zmiany sposobu regulacji związanych z nią aktywności. Możemy obserwować na jej przykładzie, w jaki sposób publiczne organy regulacyjne dostosowują swoją działalność do istotnie nowej perspektywy i jak w ślad za tym zmienia się cały system regulacyjny.

Nie w każdym kraju zmiany wymuszone rozporządzeniem 2016/679 miały charakter rewolucyjny – niektóre z krajowych organów nadzoru już wcześniej wykorzystywały elementy podejścia refleksyjnego i opartego na ryzyku w odniesieniu do ochrony danych osobowych. Wydaje się jednak, że w Polsce, gdzie filozofia systemu ochrony oparta była na podejściu nakazowo-kontrolnym, zmiana miała charakter radykalny. Jednocześnie cztery lata, które minęły od momentu wejścia w życie rozporządzenia 2016/679, to czas wystarczająco długi, aby zbudować fundamenty pod nową strategię regulacyjną i pozwolić im okrzepnąć. Można więc założyć, że okres przejściowy – związany z dostosowaniem się instytucji i jej personelu, ale także adresatów regulacji do nowego podejścia – już minął i organ nadzorczy zdążył wypracować względnie stabilne zasady funkcjonowania. Jest to zatem dogodna chwila na przyjrzenie się jego działalności.

6.2. Cel badania i pytania badawcze

Podstawowe pytanie, na jakie staramy się odpowiedzieć w naszych badaniach, dotyczy tego, w jakim zakresie w praktyce działalności Prezesa UODO realizowane są założenia refleksyjnej regulacji ryzyka. Jest to pierwsze badanie przeprowadzone w tym przedmiocie, z uwzględnieniem specyfiki funkcjonowania polskiego organu nadzorczego.

2 Dz. U. z 2019 r. poz. 1781.

Ujmując to bardziej szczegółowo, celem badania było dokonanie oceny systemu ochrony danych osobowych w Polsce pod kątem:

1) spełnienia warunków normatywnych, systemowych, organizacyjnych, kulturowych oraz dotyczących relacji z adresatami regulacji, które są niezbędne dla refleksyjnej regulacji;
2) obecności w systemie i realnego wykorzystania w praktyce metod i narzędzi typowych dla wariantu responsywnego oraz proceduralnego refleksyjnej regulacji, a także regulacji opartej na ryzyku;
3) sposobu kształtowania przez organ nadzorczy relacji z adresatami regulacji (w zakresie oceny współpracy adresata z organem).

W tym zakresie stawiamy dwie podstawowe hipotezy. Zgodnie z pierwszą rozporządzenie 2016/679 wraz z u.o.d.o. oparte zostały na modelu refleksyjnej, bazującej na ryzyku regulacji i realizują podstawowe założenia tego modelu. Druga hipoteza stwierdza, że w związku z dominującym wcześniej modelem nakazowo-kontrolnym, jak i formalistyczną kulturą prawną i administracyjną w Polsce, w działalności krajowego organu nadzorczego (Prezesa UODO) ten nowy model nie jest realizowany lub jest realizowany w minimalnym stopniu.

Przyjęta metodologia częściowo bazuje na rozwiązaniach stosowanych we wcześniejszych badaniach dla oceny i pomiaru refleksyjności systemów regulacyjnych: czy to z zakresu ochrony danych osobowych (Binns, 2017; Greenleaf, 2016; Raghavan, Chugh, Kumar, 2019), czy też innych obszarów regulacji (Nielsen, 2006; Nielsen, Parker, 2009). W odróżnieniu jednak od większości dotychczasowych badań przyjmujemy szerszy sposób rozumienia refleksyjności, a co za tym idzie, uwzględniamy większą liczbę czynników decydujących o stopniu refleksyjności (urefleksyjnienia) systemu regulacji. Większość badaczy, mimo uznania na poziomie teoretycznym, że refleksyjna regulacja ma charakter holistyczny i systemowy (powinna zatem w założeniu kształtować cały system regulacyjny), w badaniach empirycznych mających za zadanie ocenę stopnia refleksyjności systemu ogranicza się do funkcjonowania piramidy regulacyjnej (*tit-for-tat strategy*, czyli regulacja typu „wet za wet"). Tymczasem, jak wskazaliśmy w Rozdziale 5, piramida regulacyjna stanowi istotny, ale tylko jeden z wielu elementów składowych refleksyjnej regulacji. Dodatkowo, przywoływane badania zazwyczaj nie uwzględniają warunków koniecznych dla funkcjonowania refleksyjnej regulacji, które zostały częściowo uwzględnione w niniejszym opracowaniu.

Nie oznacza to oczywiście, że pomijamy dotychczasowy dorobek w analizowanym obszarze. Dla prezentowanych badań stosunkowo najbardziej użyteczna jako punkt wyjścia jest metodologia przyjęta przez Grahama Greenleafa: po pierwsze dlatego, że autor stosuje ją bezpośrednio do oceny refleksyjności systemów ochrony danych osobowych, po drugie ze względu na szersze niż w większości innych badań ujęcie refleksyjności systemu regulacyjnego. Greenleaf wskazuje na sześć czynników mających wpływ na refleksyjność regulacji (2016, s. 242):

1) szeroki wachlarz dostępnych środków regulacyjnych i egzekucyjnych, w tym środków umożliwiających podmiotom, których dane są przetwarzane, samodzielne podjęcie działań mających na celu ich ochronę;
2) zarówno reaktywne, jak i systemowe środki egzekucyjne;
3) dostępność sankcji o zróżnicowanym stopniu dolegliwości;
4) środki wspierające przestrzeganie prawa (*compliance*), obok narzędzi reagowania na naruszenia;
5) korzystanie przez regulatora w sposób widoczny z wszystkich dostępnych sankcji i wszystkich stopni ich dolegliwości;
6) transparentność systemu, z uwzględnieniem przejrzystego sposobu stosowania sankcji przez regulatora.

Tę listę istotnych zmiennych uzupełniamy dalszymi, odnoszącymi się do kolejnych aspektów refleksyjnej regulacji jako całościowego reżimu regulacyjnego.

6.3. Zakres i organizacja badań

Badaniu poddana została aktywność regulacyjna Prezesa UODO jako krajowego organu nadzorczego w rozumieniu rozporządzenia 2016/679 w okresie od wejścia w życie rozporządzenia 2016/679, tj. 25 maja 2018 r., do końca 2021 r. Szczególną uwagę poświęciliśmy decyzjom wydawanym przez Prezesa UODO w sprawach indywidualnych. Koncentrujemy się na decyzjach z trzech zasadniczych powodów:

1) są one jednym z trzech głównych obszarów aktywności organu, obok rozpatrywania skarg oraz przyjmowania zgłoszeń naruszeń;
2) dostępne w ramach wydawania decyzji środki naprawcze obejmują całą piramidę regulacyjną, dając dużą swobodę organowi w wyborze właściwej reakcji;
3) wybrane decyzje podlegają publikacji, jeśli zdaniem Prezesa UODO przemawia za tym interes publiczny (art. 73 ust. 1 u.o.d.o.). Fakt ten czyni z decyzji jedną z głównych form komunikowania się organu z adresatami i kształtowania ich zachowań. Przyjmujemy, że dokonując wyboru decyzji do publikacji, organ decyduje o tym, jakie treści chce zakomunikować otoczeniu społecznemu, zwłaszcza zaś adresatom regulacji[3].

W badaniu uwzględniono decyzje wydane w okresie od 25 maja 2018 r. do 31 grudnia 2021 r., które zostały opublikowane na stronie internetowej UODO[4] (łącznie 344 decyzji).

3 Przypomnijmy, że adresatami rozporządzenia są przede wszystkim administratorzy danych lub podmioty przetwarzające oraz – gdy ma to zastosowanie – ich przedstawiciele.

4 https://uodo.gov.pl/pl/p/decyzje

Dodatkowym źródłem danych do analizy były roczne sprawozdania z działalności Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych za lata 2018, 2019 i 2020[5], a także informacje uzyskane na wniosek (odpowiedź na wniosek: DO.0150.71.2022.AKa), bezpośrednio od Urzędu Ochrony Danych Osobowych w trybie art. 2 ust. 1 i art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej[6]. Część informacji zaczerpnięto ze strony internetowej UODO (www.uodo.gov.pl). Z tych źródeł pozyskano przede wszystkim informacje o pozostałych formach aktywności organu, takich jak wezwania do złożenia wyjaśnień, kontrole, odpowiedzi na pytania prawne, zatwierdzanie kodeksów postępowania i inne.

W ramach badań planowane było także przeprowadzenie wywiadów lub badań ankietowych z pracownikami wybranych departamentów merytorycznych UODO (Departament Skarg, Departament Kontroli i Naruszeń oraz Departament Kar i Egzekucji). Ta część badań miała przede wszystkim na celu stwierdzenie zgodności oficjalnie przyjętej strategii regulacyjnej ze sposobem myślenia i działania personelu merytorycznego organu, a także funkcjonowania w strukturach Urzędu odpowiedniej dla refleksyjnej regulacji kultury regulacyjnej. Z uwagi jednak na dwukrotną odmowę wyrażenia zgody zarówno na udział pracowników Urzędu w wywiadach, jak i w badaniu ankietowym (Sygn. sprawy: DWME.702.1.2021) realizacja tej części badań okazała się niemożliwa.

Aktywność Prezesa UODO została poddana badaniom ilościowym oraz jakościowym. W ramach pierwszej grupy wszystkie uwzględnione w badaniu decyzje zostały zakodowane z uwzględnieniem 17 kategorii. W arkuszu zakodowane zostały także dane dotyczące innych form działalności organu. Ponieważ w badaniu istotne było uchwycenie zmian w działalności organu w perspektywie diachronicznej, powyższe dane zostały zakodowane z podziałem na sześciomiesięczne okresy (tam, gdzie było to niemożliwe, zastosowano okresy dwunastomiesięczne).

Do badania jakościowego wyselekcjonowane zostały te decyzje Prezesa UODO, w których dokonywał on oceny współpracy adresata regulacji z organem. W tym celu treść uzasadnień wszystkich uwzględnionych w badaniu decyzji została przeszukana przy pomocy słów kluczowych. Dało to w rezultacie liczbę 38 decyzji uwzględnionych w tej części badania.

5 Dostępne na stronie internetowej UODO pod adresem https://uodo.gov.pl/437. Na dzień skierowania książki do druku sprawozdanie za 2021 r. nie zostało jeszcze opublikowane.

6 Dz. U. z 2020 r. poz. 2176, z 2021 r. poz. 1598, 1641.

Rozdział 7

System ochrony danych osobowych w Polsce w świetle założeń refleksyjnej regulacji

7.1. System ochrony danych osobowych jako refleksyjna regulacja ryzyka

Rozporządzenie 2016/679 traktuje przetwarzanie danych osobowych (a więc informacji o zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej) jako proces, który z samej definicji stwarza pewne ryzyko dla praw lub wolności osób, których dane dotyczą. Jednocześnie ryzyko w ochronie danych osobowych wymyka się statycznym ocenom i innym ustandaryzowanym formom, trudno więc, aby adresaci regulacji byli w stanie odpowiednio nim zarządzać za pomocą sztywno narzuconych regulacji. Wyzwaniem było znalezienie takiej praktyki regulacyjnej, która byłaby w stanie zapewnić lepsze wyniki – zwłaszcza te publiczne. Dzięki podejściu, jakie wprowadza regulacja refleksyjna, tak administratorzy danych, jak i podmioty przetwarzające mogą opracowywać i wdrażać procedury ograniczające ryzyko, które będą w możliwie pełnym stopniu dostosowane do kontekstu ich działalności.

Rozporządzenie 2016/679 przede wszystkim ujednoliciło zasady ochrony danych osobowych w całej Unii Europejskiej, zniosło formalizm w zakresie posiadania wymaganej dokumentacji oraz położyło kres obowiązkowi rejestracji zbiorów danych osobowych, uelastyczniając przy tym nowe, analogiczne procedury, a ponadto przyznało podmiotom danych cały wachlarz uprawnień związanych z przetwarzaniem ich danych osobowych. Co więcej, nowa filozofia w zakresie ochrony danych osobowych wprowadza również bezpośrednią odpowiedzialność administratorów danych połączoną z obowiązkiem zgłaszania naruszeń w określonych przypadkach, nakłada na niektórych administratorów obowiązek wyznaczenia

Inspektora Ochrony Danych (dawniej funkcjonował Administrator Bezpieczeństwa Informacji, którego powołanie w świetle art. 36 ust. 1 ustawy z 1997 r. było fakultatywne), wprowadza podejście oparte na ryzyku (obowiązek przeprowadzenia analizy ryzyka oraz – w niektórych przypadkach – przeprowadzenia obowiązkowej oceny skutków planowanych operacji przetwarzania dla ochrony danych, o której mowa w art. 35 RODO), czy też kładzie większy nacisk na ochronę prywatności, wprowadzając zasady *privacy by design* oraz *privacy by default.*

W Rozdziale 5 opisaliśmy refleksyjną regulację jako strategię regulacyjną, która zakłada proaktywne, elastyczne i wielorako uwarunkowane kontekstem korzystanie z różnorodnych narzędzi oddziaływania na adresatów regulacji. Chodzi tu zarówno o narzędzia bardziej, jak i mniej restrykcyjne (*„hard" vs. „soft" regulation*), a także o nadzór nad samodzielnie dokonywaną przez adresatów samoregulacją w zakresie pozostawionej im swobody decyzji (metaregulacja), w ramach której funkcjonowanie systemu regulacyjnego jest systematycznie monitorowane i modyfikowane stosownie do zmieniających się okoliczności. Wśród cech wyróżniających regulację refleksyjną spośród innych form regulacji wskazaliśmy przede wszystkim na: (1) uznanie ograniczeń po stronie regulatora, (2) korzystanie z „pośrednich form oddziaływania" na adresatów regulacji, (3) założenie o refleksyjności podmiotów zaangażowanych w regulację: tak regulatorów, jak i adresatów, (4) fakt, że kompetencje regulacyjne, jakimi rozporządza regulator względem adresatów, realizowane są w sposób interakcyjny i negocjacyjny oraz (5) specyficzne instrumenty, za pomocą których regulacja jest sprawowana. Uprzedzając wnioski z dalszych analiz: w naszej ocenie fundamentalne elementy nowego systemu ochrony danych osobowych wprowadzonego rozporządzeniem 2016/679 realizują wszystkie kluczowe cechy regulacji refleksyjnej. Tezę tę uzasadniamy szczegółowo w kolejnych podpunktach.

7.1.1. Uznanie ograniczeń po stronie regulatora

Zarówno regulator unijny, jak i krajowy świadomi są własnych ograniczeń poznawczych, które uniemożliwiają sztywne, uprzednie określenie najbardziej adekwatnego sposobu ochrony danych osobowych. Świadczy o tym fakt, że – w porównaniu do poprzedniej regulacji – zdecydowanie zmieniło się podejście obu regulatorów do kwestii wykazania zgodności z przepisami z zakresu ochrony danych osobowych. W poprzednim stanie prawnym nie dość, że obowiązywały sztywno określone i narzucone odgórnie ramy ochrony prywatności, to postanowienia dyrektywy 95/46/WE były bardzo ściśle i literalnie interpretowane, szczególnie na poziomie krajowym. Jeżeli chodzi o dokumentację, to jednoznacznie określono, z jakich dokładnie dokumentów powinna się ona składać. Odpowiednie rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji[7] dokładnie

7 Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie dokumentacji przetwarzania danych osobowych oraz warunków technicznych

określało też strukturę poszczególnych dokumentów oraz wskazywało, jakie informacje powinny one zawierać. Co więcej, w załączniku do wspomnianego rozporządzenia określono również odpowiednie – zdaniem prawodawcy – środki bezpieczeństwa, jakie powinien wdrożyć administrator danych w zależności od zidentyfikowanego poziomu bezpieczeństwa przetwarzania danych osobowych w systemie informatycznym (podstawowy, podwyższony, wysoki).

W porównaniu z poprzednio obowiązującym stanem prawnym aktualnie obowiązujące przepisy nie zawierają już praktycznie żadnych wytycznych – tak w zakresie sposobu prowadzenia, jak i zawartości dokumentacji przetwarzania danych osobowych. Nie oznacza to jednak, że od dnia 25 maja 2018 r. administrator danych nie jest w żaden sposób zobligowany do prowadzenia odpowiedniej dokumentacji. Rozporządzenie 2016/679 i inne właściwe przepisy pozostawiają adresatom regulacji dużą swobodę w tym zakresie, koncentrując się przede wszystkim na celu, jaki ma zostać osiągnięty (minimalizacja ryzyka oraz zgodność działań adresatów regulacji z przepisami o ochronie danych osobowych).

7.1.2. Korzystanie z „pośrednich form oddziaływania" na adresatów regulacji

Druga z cech, wiążąca się z pierwszą, w praktyce oznacza przede wszystkim posługiwanie się metodami metaregulacji, czyli regulacji procesów samoregulacji, jaką w ramach swojej działalności podejmują adresaci. Tym samym regulator „prowokuje" adresatów regulacji do samodzielnej regulacji prowadzonej działalności, wyznaczając przy tym zwykle pewne warunki ramowe, które taka samoregulacja winna spełniać. I tak, w nowym systemie ochrony danych osobowych administrator danych, działając w ramach samoregulacji, może „w większości obszarów dowolnie kształtować i opisywać rozwiązania dotyczące przyjętych zasad i procedur przetwarzania" (UODO, 2018a). Przy czym wśród obszarów, w odniesieniu do których zostały jednak nakreślone pewne wymagania formalne dotyczące zakresu dokumentowania, należy wskazać w szczególności:

1) obowiązek wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, które w razie potrzeby powinny być poddawane przeglądom i uaktualniane; środki te (jeżeli jest to proporcjonalne w stosunku do czynności przetwarzania) obejmują wdrożenie przez administratora odpowiednich polityk ochrony danych (art. 24 ust. 1 i 2 RODO);
2) obowiązek administratora danych w zakresie prowadzenia rejestru czynności przetwarzania danych osobowych oraz obowiązek podmiotu przetwarzającego w zakresie prowadzenia rejestru wszystkich kategorii czynności przetwarzania dokonywanych w imieniu administratora danych (art. 30 ust. 1 i 2);

---

i organizacyjnych, jakim powinny odpowiadać urządzenia i systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych (Dz. U. Nr 100, poz. 1024).

3) obowiązek zgłaszania naruszenia ochrony danych do organu nadzorczego (art. 33 ust. 3) oraz obowiązek dokumentowania wszelkich zaistniałych naruszeń ochrony danych osobowych w zakresie okoliczności naruszenia, jego skutków oraz podjętych działań zaradczych (art. 33 ust. 5 RODO);
4) obowiązek przeprowadzenia oceny skutków planowanych operacji przetwarzania dla ochrony danych osobowych, jeżeli dany rodzaj przetwarzania z dużym prawdopodobieństwem może powodować wysokie ryzyko naruszenia praw lub wolności osób fizycznych (art. 35 ust. 1 RODO) oraz przygotowanie raportu dokumentującego wyniki przeprowadzonych ocen skutków (art. 35 ust. 7 RODO).

Warto jednak zwrócić uwagę, że nawet te obowiązki zostały w większości określone w sposób możliwie ogólny, pozostawiając administratorom znaczną swobodę, natomiast szczegółowy tryb postępowania winni oni ustalić na drodze samoregulacji (np. wybór odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych, określenie kategorii czynności przetwarzania, przeprowadzenie oceny skutków). Najważniejsze, aby – zgodnie z zasadą rozliczalności (art. 5 ust. 2 RODO) – administrator danych był w stanie wykazać, że przestrzega zasad ochrony danych osobowych[8].

7.1.3. Założenie o refleksyjności podmiotów zaangażowanych w regulację

Refleksyjna regulacja zakłada refleksyjność podmiotów w nią zaangażowanych: tak regulatorów, jak i adresatów regulacji. Założenie to wiąże się z aktywną postawą adresatów, którzy w ramach samoregulacji są odpowiedzialni za stworzenie, monitorowanie i ciągłe udoskonalanie własnych procedur w zakresie ochrony danych osobowych, zwłaszcza jeżeli chodzi o mechanizmy regulacji i kontroli ryzyka (zob. art. 32 i art. 35 RODO) oraz udowodnienie, że działają zgodnie z przepisami rozporządzenia 2016/679. Analogicznie rzecz ma się w stosunku do regulatora, który również powinien działać refleksyjnie, a więc powinien w pełni świadomie włączać się w proces zdobywania wiedzy o adresatach regulacji, branżach i sektorach, w jakich działają, oraz problemach, z jakimi się spotykają, aby móc stale weryfikować skutki własnej działalności i – w świetle wyników swoich obserwacji – dostosowywać oraz ulepszać swoje strategie regulacyjne do konkretnych uwarunkowań.

8 Zob. art. 5 ust. 1 RODO – chodzi tutaj o następujące zasady: zgodności z prawem, rzetelności i przejrzystości, zasadę ograniczenia celu przetwarzania danych, zasadę minimalizacji danych, zasadę prawidłowości przetwarzanych danych, zasadę ograniczenia przechowywania danych, zasadę integralności i poufności przetwarzania danych.

7.1.4. Założenie o interakcyjno-negocjacyjnym charakterze relacji między regulatorem a adresatem regulacji

Rozporządzenie 2016/679 wprowadza konstrukcje normatywne, które wpisują się w założenie o interakcyjnym i negocjacyjnym charakterze relacji między regulatorem a adresatem regulacji. Można tutaj przykładowo wymienić:

1) obowiązek zgłoszenia naruszenia ochrony danych osobowych organowi nadzorczemu (art. 33 RODO), w powiązaniu z obowiązkiem współpracy administratora danych i podmiotu przetwarzającego oraz – gdy ma to zastosowanie – ich przedstawicieli z organem nadzorczym (art. 31 RODO), m.in. w zakresie udzielania organowi informacji i wyjaśnień potrzebnych do rozpatrzenia sprawy, uzyskiwania dostępu do wszelkich danych osobowych czy uzyskiwanie dostępu do wszystkich pomieszczeń, w tym do sprzętu i środków służących do przetwarzania danych (o czym stanowi odpowiednio art. 58 ust. 1 lit. a, lit. e oraz lit. f RODO); zgłoszenie naruszenia jest w tym przypadku często działaniem inicjującym proces wzajemnych interakcji i konsultacji między administratorem a organem nadzorczym;
2) praktykę uprzednich konsultacji (art. 36 RODO); w ramach konsultacji administrator i organ powinni wspólnie wypracować efektywny sposób ochrony danych w przypadku wysokiego ryzyka naruszenia praw lub wolności;
3) sporządzanie branżowych kodeksów postępowania, mających pomóc we właściwym stosowaniu rozporządzenia 2016/679 – z uwzględnieniem specyfiki różnych sektorów dokonujących przetwarzania oraz szczególnych potrzeb mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw (art. 40 RODO); kodeksy postępowania przygotowywane są wprawdzie przez przedstawicieli danej branży, jednak dokonuje się to w bliskiej współpracy z organem nadzorczym, a ostateczny tekst kodeksu podlega zatwierdzeniu przez organ.

Co do sankcji wynikających z rozporządzenia 2016/679 należy wziąć pod uwagę, że nie podlegają one negocjacjom, ani co do rodzaju, ani surowości. Niemniej jednak, jak pokazujemy w Rozdziale 9, organ nadzorczy podczas korzystania ze swoich uprawnień naprawczych bierze pod uwagę niektóre działania podejmowane przez administratorów danych oraz ich postawę w trakcie prowadzonego postępowania, które to zachowanie można następnie potraktować np. jako okoliczność łagodzącą w sprawie, mającą wpływ na rozstrzygnięcie lub wysokość administracyjnej kary pieniężnej.

7.1.5. Instrumenty, za pomocą których regulacja jest sprawowana

Chodzi tu w szczególności o instrumenty służące do stanowienia standardów, monitorowania i egzekwowania, opisane w podrozdziale 5.5. W przypadku ustanawiania standardów znaczna część obowiązków adresatów określana jest za pomocą otwartych tekstowo zasad (*principles*) lub norm celowościowych

(*policies*). Przykładem pierwszego rozwiązania może być ustanowienie zasad przetwarzania danych osobowych określonych w art. 5 RODO (np. zgodność z prawem, rzetelność i przejrzystość przetwarzania). Celowościowy charakter ma z kolei np. obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa przetwarzanych danych i zapobiegania przetwarzaniu niezgodnemu z rozporządzeniem 2016/679, określony w art. 32 RODO, dotyczący m.in. właściwego oszacowania i minimalizacji ryzyka (motyw 77 i 83 RODO). Co równie istotne, znaczna część stanowienia standardów powinna być – według rozporządzenia 2016/679 – przeprowadzona w ramach samoregulacji, nad którą regulator sprawuje jedynie nadzór. Samoregulacja może być podejmowana zarówno przez pojedyncze podmioty w postaci przeprowadzania analizy ryzyka i oceny skutków planowanych operacji przetwarzania (art. 35 RODO), jak i przez ich zrzeszenia. W tym ostatnim przypadku przyjmuje ona formę kodeksów postępowania, zatwierdzanych przez krajowy organ nadzorczy (art. 40 RODO). Jednocześnie zatwierdzanie kodeksów postępowania oraz ustanawianie mechanizmów certyfikacji może być uznane za przykład wspierania dobrych praktyk w obszarze samoregulacji. W tym kontekście warto jednak odnotować, że niestety Prezesowi UODO nie udało się jeszcze wykorzystać możliwości, jakie dają wspomniane rozwiązania, o czym szerzej piszemy w podrozdziale 8.4.

Zauważmy przy tym, że samoregulacja łączy w sobie elementy stanowienia standardów oraz monitorowania, nie jest bowiem możliwa bez obserwacji własnej działalności przez adresata regulacji. Wprowadzając mechanizmy samoregulacyjne, rozporządzenie 2016/679 ustanawia tym samym obowiązek stosowania pętli obserwacyjnych typu *double-loop learning*. Innymi przejawami tak rozumianej samoobserwacji mogą być:

1) obowiązek samodzielnego raportowania naruszeń – zarówno w ramach prowadzenia dokumentacji naruszeń (art. 33 ust. 5 RODO), jak i w ramach procedury zgłaszania naruszeń do organu nadzorczego (art. 33 RODO) czy też zawiadamianie osoby, której dane dotyczą, o naruszeniu ochrony danych osobowych (art. 34 RODO);
2) obowiązek dokonania oceny skutków planowanych operacji przetwarzania dla ochrony danych osobowych, tzw. *DPIA* (*Data Protection Impact Assessment*) (art. 35 ust. 1 RODO).

RODO oraz nowa ustawa o ochronie danych osobowych wprowadzają także mechanizmy monitorowania należące do *triple-loop learning*, przy pomocy których regulator obserwuje własną działalność i skuteczność przyjętego reżimu regulacji. W tej kategorii mieszczą się takie narzędzia jak:

1) przygotowywanie przez organ nadzorczy corocznych sprawozdań ze swojej działalności, które są udostępniane publicznie na stronie internetowej UODO (art. 59 RODO oraz art. 50 ust. 1 i 2 u.o.d.o);
2) dokonywanie przeglądu udzielonych certyfikacji (art. 42 ust. 7 RODO);

3) opracowywanie rocznych planów kontroli sektorowych na podstawie zidentyfikowanych uprzednio istotnych kategorii naruszeń.

Co do egzekwowania, charakterystyczne jest tutaj przede wszystkim łączenie miękkich i twardych narzędzi oddziaływania (*soft enforcement* i *hard enforcement*). Przewidziane w rozporządzeniu 2016/679 uprawnienia naprawcze krajowego organu nadzoru (art. 58 ust. 2 RODO) można w typowy dla piramidy regulacyjnej sposób uporządkować od najbardziej miękkich do tych o zdecydowanie restrykcyjnym charakterze. Do pierwszej grupy należeć będą np. wydawanie ostrzeżeń administratorowi lub podmiotowi przetwarzającemu dotyczących możliwości naruszenia przez nich przepisów rozporządzenia poprzez planowane operacje przetwarzania czy też udzielanie upomnień administratorowi lub podmiotowi przetwarzającemu w przypadku naruszenia przepisów rozporządzenia przez operacje przetwarzania (art. 58 ust. 2 lit. a oraz b RODO). Z kolei do narzędzi typu *hard enforcement* można zaliczyć administracyjne kary pieniężne czy też zakaz przetwarzania danych (art. 58 ust. 2 lit. f oraz i RODO). Jednak oprócz tych uprawnień przewidzianych w rozporządzeniu Prezes UODO posługuje się także nieformalnymi konsultacjami i komunikuje się z administratorami danych w celu oceny naruszenia i merytorycznego rozpatrzenia sprawy, bez wszczynania postępowania. Takie działania traktujemy jako osobną kategorię egzekwowania, określając ją jako *super soft enforcement*. Jak wskazujemy w kolejnym rozdziale, omawiając wyniki badań ilościowych, w ten sposób kończy się zdecydowana większość spraw prowadzonych przez Prezesa UODO. W kolejnym rozdziale prezentujemy także szczegółową propozycję klasyfikacji środków naprawczych w formie piramidy regulacyjnej.

7.2. Ryzyko w nowym systemie ochrony danych osobowych

Nie ulega wątpliwości, że ryzyko stanowi jedną z kluczowych kategorii rozporządzenia 2016/679. W porównaniu z dyrektywą 95/46/WE, w której termin ten występował jedynie pięć razy, w RODO jest on wszechobecny. Istotne jest jednak ustalenie, jaką dokładnie rolę pełni to pojęcie w regulacji ochrony danych oraz jakie znaczenie jest mu nadawane.

Wydaje się, że ryzyko występuje w rozporządzeniu we wszystkich trzech rolach typowych dla regulacji, wyróżnionych przez nas w Rozdziale 5: jako przedmiot regulacji, jako kategoria definiująca obowiązki adresatów regulacji oraz jako podstawa wyboru interwencji regulacyjnych (*risk regulation*, *risk-based compliance*, *risk-based regulation*).

7.2.1. Ryzyko jako przedmiot regulacji (*risk regulation*)

Ryzyko jest przedmiotem regulacji, bowiem rozporządzenie 2016/679 powstało jako odpowiedź na ryzyko związane z przetwarzaniem danych osobowych i narzędzie zapobiegania jemu. Rozporządzenie uznaje tym samym, że przetwarzanie danych jest źródłem ryzyka dla praw i wolności. Jak wskazuje przykładowo motyw 51 RODO w odniesieniu do danych wrażliwych:

> Dane osobowe, które z racji swego charakteru są szczególnie wrażliwe w świetle podstawowych praw i wolności, wymagają szczególnej ochrony, gdyż kontekst ich przetwarzania może powodować poważne ryzyko dla podstawowych praw i wolności […].

W tym sensie ryzyko stanowi motyw i przedmiot regulacji (*risk regulation*).

7.2.2. Ryzyko jako kategoria definiująca obowiązki adresatów regulacji (*risk-defined regulation*, *risk-based compliance*)

Przede wszystkim rozporządzenie 2016/679 posługuje się kategorią ryzyka najczęściej po to, aby zdefiniować obowiązki adresatów regulacji (*risk-defined regulation* lub *risk-based compliance*). Dokonuje się to na dwa sposoby: po pierwsze, na adresatów nałożony zostaje wprost obowiązek oceny ryzyka (np. art. 35 ust. 1 RODO, motyw 76 i 83 RODO); po drugie, adresaci powinni uwzględniać te oceny, podejmując decyzję, jakie dokładnie należy podjąć działania i spełnić obowiązki. Podstawowe znaczenie w tym zakresie ma art. 32 ust. 1 RODO dotyczący bezpieczeństwa przetwarzania danych, a także art. 24 ust. 1 RODO i art. 25 ust. 1 RODO odnoszące się do ogólnych obowiązków administratora danych, tj. wdrożenia odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych oraz uwzględniania ochrony danych w fazie projektowania oraz domyślnej ochrony danych. To uwzględnianie ryzyka przy określaniu szczegółowego zakresu i treści obowiązków określane jest jako „kalibracja" (Quelle, 2017, s. 4). Adresaci ponoszą też bezpośrednią odpowiedzialność za adekwatność działań w tym zakresie – zgodnie z wewnętrznym związkiem między ryzykiem a odpowiedzialnością, który na poziomie teoretycznym zidentyfikowaliśmy w Rozdziale 3. To właśnie na tych zagadnieniach skupia się dotychczasowa literatura poświęcona roli ryzyka w RODO (np. Gellert, 2020; Lynskey, 2015, s. 81–87).

Również polski urząd regulacyjny, posługując się pojęciem podejścia opartego na ryzyku, ma na myśli w zasadzie wyłącznie *risk-based compliance*. Jak wyjaśnia Urząd:

> Zasada podejścia opartego na ryzyku oznacza, że administratorom i podmiotom przetwarzającym nie wskazuje się ściśle określonych środków i procedur w zakresie bezpieczeństwa, np. kontroli dostępu, szyfrowania, rozliczalności czy sposobu monitorowania procesów

przetwarzania. Zamiast tego zobowiązuje się ich do samodzielnego przeprowadzania szczegółowej analizy prowadzonych procesów przetwarzania danych i dokonywania samodzielnej oceny ryzyka, na jakie przetwarzanie danych w konkretnym przypadku jest narażone. (UODO, 2018b, s. 4)

Risk-based compliance w kontekście ochrony danych osobowych niesie ze sobą własne wątpliwości, w szczególności związane z pytaniem, na ile podejście to można pogodzić z inną zmianą filozofii regulacji przyniesioną przez RODO, którą jest koncentracja na ochronie praw i wolności osób, których dane są przetwarzane. Prawa mają charakter absolutny i nieskalowalny; trudno je więc pogodzić z podejściem opartym na ryzyku, które podlega skalowaniu i „kalibracji" (zob. Gellert, 2020; Quelle, 2017). Zastrzeżenia te nie mają jednak bezpośredniego przełożenia na trzeci możliwy kontekst wykorzystania ryzyka, jakim jest *risk-based regulation*.

7.2.3. Ryzyko jako zasada organizująca działalność regulatora (*risk-based regulation*)

Ponieważ w książce przyjmujemy jako podstawową perspektywę publicznego regulatora, to właśnie regulacja oparta na ryzyku (*risk-based regulation*) ma dla nas największe znaczenie. Ten sposób odwoływania się do ryzyka pozwala bowiem klasyfikować, nadawać hierarchię ważności i selekcjonować interwencje regulacyjne w celu możliwie efektywnego wykorzystania publicznych zasobów oraz minimalizowania ryzyka dla realizacji własnych celów. Naturalne jest w tym kontekście pytanie, na ile takie podejście do działalności regulacyjnej jest reprezentowane w unijnym rozporządzeniu.

Co może zaskakiwać, rozporządzenie 2016/679 nie ustanawia takiego sposobu działania organów nadzorczych wprost. Podstawowy w tym zakresie Rozdział VI rozporządzenia, określając zasady organizacji i funkcjonowania takich organów, nigdzie nie stanowi, że powinny one opierać swoją działalność na szacowaniu i ocenie ryzyka. Wydaje się zatem, że wybór dokładnego stylu wykonywania przez organ powierzonych mu zadań – w tym korzystanie z podejścia opartego na ryzyku – leży w gestii jego samego lub krajowego prawodawcy, określającego zasady działalności organu. Oczywiście, zgodnie z zasadą legalizmu, wybór ten musi się mieścić w granicach wyznaczanych postanowieniami rozporządzenia.

Nie znaczy to jednak, że w rozporządzeniu 2016/679 nie można znaleźć podstaw dla stosowania przez organy nadzorcze podejścia *risk-based regulation*. Jako przykład takiego rozwiązania, pozwalającego organowi nadawać priorytet kontroli nad tymi działaniami adresatów, które generują większe ryzyko, wskazuje się mechanizm *DPIA* (art. 35 RODO) oraz procedurę uprzednich konsultacji z organem nadzorczym, o których stanowi art. 36 RODO (Macenaite, 2017; Quelle, 2017). Dzięki ich wykorzystaniu organ nadzorczy może koncentrować się na operacjach przetwarzania danych generujących szczególnie wysokie ryzyko,

a zdiagnozowanych przez samych administratorów danych. Rola organu nie może być tu jednak całkowicie reaktywna: aby rzeczywiście można było mówić o regulacji opartej na ryzyku, organ musi mieć pewność, że administratorzy będą identyfikować przypadki wysokiego ryzyka w sposób prawidłowy i zgodny z założeniami organu. To wymaga edukacji adresatów i popularyzacji wśród nich wspomnianych narzędzi.

W tym kontekście jest znaczące, że w przypadku Polski uprzednie konsultacje właściwie się nie odbywają, a Prezes UODO nie podejmuje widocznych działań na rzecz zrozumienia i właściwego stosowania tej instytucji przez administratorów danych. Można odnieść wrażenie, że sam Prezes UODO nie wypracował jak dotąd na własne potrzeby właściwego sposobu jej rozumienia i posługiwania się nią, który mógłby być komunikowany adresatom.

Ponadto, warto pamiętać o wymogu spójnego stosowania rozporządzenia w przestrzeni prawnej całej Unii Europejskiej (art. 57 ust. 1 lit. g RODO oraz motyw 123 RODO), do czuwania nad którą powołana jest Europejska Rada Ochrony Danych. Tymczasem niektóre z krajowych organów nadzoru już od jakiegoś czasu stosują podejście oparte na ryzyku. Przykładowo, w praktyce holenderskiego organu nadzoru priorytet przyznawany jest skargom dotyczącym jednego z pięciu rodzajów naruszeń, określanym jako: (a) poważne; (b) strukturalne; (c) dotyczące znacznej liczby osób; (d) w których organ może podjąć skuteczną interwencję; (e) należące do kategorii, która została wybrana na dany rok jako ta, na której koncentruje się uwaga organu. Wydaje się, że tego typu podejście z czasem ma szanse rozpowszechnić się w całym systemie ochrony danych w Unii Europejskiej.

7.2.4. Pojmowanie ryzyka na gruncie rozporządzenia 2016/679

Jeśli chodzi o sposób pojmowania ryzyka przyjęty w rozporządzeniu, to podlegają mu prawa lub wolności osób fizycznych, których dane są przetwarzane. Jak stanowi motyw 75 RODO: „Ryzyko naruszenia praw lub wolności osób, o różnym prawdopodobieństwie i wadze zagrożeń, może wynikać z przetwarzania danych osobowych". Ryzyko wiąże się więc z samym przetwarzaniem danych (niekoniecznie zatem chodzi o ryzyko naruszenia ochrony danych) i polega na możliwości naruszenia praw lub wolności osób, których dane dotyczą. Takie ujęcie stanowi pochodną wspomnianego zwrotu w kierunku ochrony praw podmiotowych na gruncie unijnego rozporządzenia.

W momencie tworzenia projektu rozporządzenia pojęcie ryzyka w ochronie danych (w tym danych osobowych) było już względnie dobrze opracowane (por. Macenaite, 2017). Rozporządzenie siłą rzeczy w jakimś stopniu bazuje na tym wcześniejszym dorobku. Zwraca jednak uwagę fakt, że samo pojęcie ryzyka nie zostało w nim wprost zdefiniowane. Poszczególne postanowienia sugerują jednak jego

pojmowanie w najprostszy możliwy sposób, jako iloczyn prawdopodobieństwa zdarzenia i dotkliwości skutków. Stanowi to wyraźne nawiązanie do technicznego ujęcia ryzyka. Z takim podejściem wiążą się co najmniej dwie wątpliwości. Po pierwsze, bierze się tu pod uwagę jedynie dwie najbardziej podstawowe wartości ryzyka, pomijając inne istotne wartości. Oczywiście, definiując ryzyko, nie sposób uniknąć na pewnym etapie odwołania do prawdopodobieństwa oraz dotkliwości, jednak nie musi się to do nich ograniczać. W literaturze z zakresu ochrony danych obecne są bardziej złożone propozycje (np. Gellert, 2020, s. 188–196; Vacca, 2013, s. 907). Również samo rozporządzenie daje pewne podstawy dla wypracowania bardziej złożonego ujęcia, wspominając – przykładowo – w art. 32 RODO o „charakterze, zakresie, kontekście i celu przetwarzania danych".

Po drugie, mylnie sugeruje to możliwość czysto ilościowego ujęcia ryzyka związanego z ochroną danych osobowych. Takie redukcjonistyczne i ilościowe podejście wydaje się nieadekwatne do regulowanej materii, jaką w tym przypadku stanowią prawa podstawowe, takie jak prawo do ochrony danych osobowych, prawo do prywatności czy prawo do dobrego imienia (Macenaite, 2017). Jest to zatem problem, o którym pisaliśmy w Rozdziale 2: w sposób dość sztuczny próbuje się narzucać czysto ilościowe ujęcie ryzyka w sferze, do której bardziej przystają kryteria jakościowe. Problemy z zastosowaniem ujęcia ilościowego widoczne są zresztą w samym rozporządzeniu 2016/679, które posługuje się jedynie bardzo prostym i nieprecyzyjnym, a przy tym jakościowym podziałem na „brak ryzyka", (zwykłe) „ryzyko" i „wysokie ryzyko"[9]. Rozporządzenie uznaje więc, że istnieją różne stopnie ryzyka przetwarzania danych, a adresaci regulacji powinni zapewnić poziom bezpieczeństwa odpowiedni do zidentyfikowanych stopni ryzyka.

Polski organ nadzorczy wydaje się w obu omawianych tu kwestiach powielać podstawowe rozwiązania przyjęte w rozporządzeniu. Po pierwsze, definiując ryzyko Prezes UODO ogranicza się do uwzględnienia prawdopodobieństwa i dotkliwości (powagi) naruszenia; po drugie, na potrzeby swojej działalności posługuje się jedynie podstawową, wskazaną wyżej typologią stopni ryzyka, obejmującą kategorie braku ryzyka, ryzyka i wysokiego ryzyka. Jednocześnie organ sugeruje jednak adresatom możliwość posługiwania się bardziej złożonymi typologiami na potrzeby dokonywanego przez nich szacowania ryzyka (zob. UODO, 2018b).

Wreszcie, zauważmy, że zarówno powiązanie pojęcia ryzyka z ochroną praw i wolności jednostek, jak i z działalnością poszczególnych adresatów (głównie administratorów danych lub podmiotów przetwarzających), których działania mogą naruszać ww. prawa, nadaje pojęciu ryzyka w rozporządzeniu 2016/679 zindywidualizowany charakter. Ryzyko jest tu co do zasady generowane przez jednostki i dotyka jednostek. Również w tym aspekcie ujęcie proponowane w rozporządzeniu pozostaje zbieżne z wyodrębnionym przez nas w Rozdziale 3 standardowym modelem ryzyka w nowoczesności.

9 Dodatkowo w motywie 51 preambuły rozporządzenia mowa jest o „poważnym ryzyku".

Podsumowując, ryzyko jest obecne w rozporządzeniu 2016/679 we wszystkich trzech typowych dla regulacji rolach: jako przedmiot regulacji, jako kategoria definiująca obowiązki adresatów regulacji oraz jako podstawa wyboru interwencji regulacyjnych (*risk regulation*, *risk-based compliance*, *risk-based regulation*). Najszerzej wykorzystywane jest podejście typu *risk-based compliance*, w ramach którego adresaci odwołują się do ocen ryzyka, podejmując decyzję o kalibracji własnych obowiązków. Postanowienia unijnego rozporządzenia dają jednak również podstawy dla stosowania *risk-based regulation* jako strategii określania priorytetów w działalności publicznego regulatora.

Postanowienia rozporządzenia dość konsekwentnie realizują standardowy model ryzyka w nowoczesności. Obejmuje to zarówno dominację technicznego, ilościowego ujęcia ryzyka, jak i nadanie ryzyku charakteru jednostkowego.

7.3. Warunki powodzenia refleksyjnej regulacji ryzyka w ochronie danych osobowych

W Rozdziale 5 wskazaliśmy na pięć grup warunków, od których spełnienia będzie zazwyczaj zależeć możliwość i powodzenie strategii refleksyjnej regulacji ryzyka. Przedstawiamy tutaj krótką analizę tego, na ile warunki te są spełnione w przypadku nowego systemu ochrony danych osobowych. Jak wskazujemy, o ile niektóre z nich (np. warunki normatywne, w znacznym stopniu także organizacyjne) w pełni znajdują zastosowanie, o tyle przy innych (zwłaszcza dotyczących relacji między regulatorem a adresatami) trudno mówić o ich spełnieniu. Nie wyklucza to zastosowania strategii refleksyjnej regulacji, wymaga jednak jej świadomej adaptacji i modyfikacji, jeśli ma ona przynieść sukces.

7.3.1. Warunki normatywne

O warunkach normatywnych była już mowa w podrozdziale 7.1. W świetle przeprowadzonej analizy nie ulega wątpliwości, że unijne rozporządzenie, a także powiązana z nim u.o.d.o., tworzą podstawy normatywne do refleksyjnej regulacji w obszarze ochrony danych osobowych. Krajowy organ nadzorczy został więc wyposażony w kompetencje i narzędzia prawne niezbędne do wdrożenia tego typu strategii regulacyjnej.

7.3.2. Warunki systemowe

Przy warunkach systemowych kluczowe znaczenie ma niezależność organu nadzorczego i jego pozycja w obrębie systemu władzy. Niezależność organu i jej gwarancje były przedmiotem kilku rozstrzygnięć Trybunału Sprawiedliwości UE jeszcze pod rządami poprzedniej dyrektywy 95/46/WE[10]. W swoim orzecznictwie Trybunał dokonał m.in. rozróżnienia na niezależność funkcjonalną – polegającą na braku wpływu podmiotów zewnętrznych na działalność organu regulacyjnego – oraz niezależność jako trwałość kadencji (zob. Jabłoński, 2019). Oba te rodzaje niezależności powinny być, zdaniem Trybunału, efektywnie zagwarantowane. Wymóg niezależności został wprost potwierdzony w rozporządzeniu 2016/679, które wprowadziło też szereg gwarancji w tym zakresie. Polska ustawa (u.o.d.o.) realizuje podobne założenia. Zawarte w niej gwarancje niezależności Prezesa UODO obejmują m.in.: udział obu izb Parlamentu w procedurze powoływania, kadencyjność, zasadę *incompatibilitas*, wymóg apolityczności i odpowiednich kwalifikacji merytorycznych piastuna organu, immunitet, gwarancje tajemnicy funkcyjnej i inne (Abu Gholeh, 2019; Ciechanowska, 2020; Jabłoński, 2019).

Należy więc stwierdzić, że w wymiarze systemowym pozycja i niezależność Prezesa UODO jako krajowego organu nadzorczego (i zarazem mającego działać refleksyjnie regulatora) posiada należyte gwarancje, przynajmniej na poziomie formalnym. Jeśli zaś chodzi o faktyczną pozycję i autorytet Prezesa UODO, należy pamiętać o wątpliwościach, jakie pojawiły się w związku z wyborem na to stanowisko w maju 2019 r. obecnego Prezesa, Jana Nowaka, zarówno co do jego kompetencji, jak i niezależności (Sobczak, Matłacz, 2019; Wirtualne Media, 2019). Szczególnie przedstawiciele organizacji społecznych podnosili, po pierwsze, brak wykształcenia prawniczego, po drugie zaś fakt przynależności do partii politycznej (Jan Nowak pełnił funkcję radnego jednej z warszawskich dzielnic z ramienia partii Prawo i Sprawiedliwość i był członkiem tej partii). Niewątpliwie tego rodzaju zastrzeżenia pod adresem piastuna rzutują na prestiż organu, niezależnie od tego, czy stanowiłyby rzeczywistą przeszkodę w rzetelnym wypełnianiu obowiązków. Jednak ocena, czy mają one wpływ na jego szerszą społeczną wiarygodność, szczególnie w oczach administratorów danych, wymagałaby dalszych badań.

7.3.3. Warunki organizacyjne

Również warunki organizacyjne niezbędne dla skutecznej realizacji przez organ nadzorczy powierzonych mu zadań znajdują częściowe gwarancje ustawowe. Przepisy u.o.d.o. zapewniają UODO m.in. odrębny budżet, którego wysokość określana

10 Np. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 16 października 2012 r., Komisja Europejska przeciwko Republice Austrii, C-614/10, ECLI:EU:C:2012:631; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 8 kwietnia 2014 r., Komisja Europejska przeciwko Węgrom, C-288/12, ECLI:EU:C:2014:237.

jest w ustawie budżetowej, i własny personel. Przyznają również Prezesowi UODO kompetencję do samodzielnego powoływania swoich zastępców, co odróżnia treść ustawy od jej wcześniejszego projektu, zgodnie z którym kluczową rolę miał odgrywać w tym procesie Prezes Rady Ministrów (zob. Jabłoński 2019, s. 142–143).

Zarówno budżet, jak i personel UODO sukcesywnie rosną od momentu wejścia w życie rozporządzenia 2016/679[11]. Największy procentowo wzrost budżetu w stosunku do poprzedniego roku odnotowano w 2018 r., czyli w momencie wejścia w życie rozporządzenia (wzrost zrealizowanych wydatków o 27,4% w stosunku do 2017 r.). Kolejne lata przyniosły dalsze, choć już nie tak spektakularne wzrosty (odpowiednio o 22,2% i 11,2%). Za mniejszy wzrost w 2020 r. odpowiada jednak w znacznej mierze wprowadzenie stanu epidemii COVID-19, na skutek której nastąpiło zmniejszenie planowanego wcześniej budżetu Urzędu. W kontekście istotnej modyfikacji priorytetów i związanych z tym zmian budżetowych jakikolwiek wzrost zrealizowanych wydatków należy uznać za osiągnięcie. Należy także odnotować zdecydowaną poprawę skuteczności wykonania planowanych wydatków: o ile w przejściowym dla Urzędu 2018 r. wynosiła ona jedynie ok. 68%, w kolejnych latach kształtowała się na poziomie 98–99%. Szczegółowe dane odnośnie do budżetu planowanego i wykonanego przedstawia tabela 3.

Tabela 3. Budżet Urzędu Ochrony Danych Osobowych za lata 2018–2020

Rok budżetowy	2018	2019	2020
planowany (w PLN)	37 580 000	31 985 000	35 228 000
wykonany (w PLN)	25 681 000	31 390 000	34 898 000
procent wykonania	68,3	98,1	99
procentowy wzrost wobec roku poprzedniego (wykonanie)	27,4	22,2	11,2

Źródło: opracowanie własne na podstawie UODO, 2019; UODO, 2020; UODO, 2021a.

W ostatnich latach stale rośnie także liczba osób zatrudnionych w UODO[12]. Ponownie, rekordowy pod tym względem był 2018 r. (wzrost zatrudnienia w ciągu roku o 42,4%). Ogólnie zatrudnienie w urzędzie na koniec 2020 r. wynosiło 277 osób i było o 67,8% wyższe w porównaniu do początku 2018 r. Największy wzrost zatrudnienia miał miejsce w Departamencie Skarg, który też jest najliczniejszym kadrowo departamentem w ramach Urzędu. Stabilny pozostaje natomiast odsetek pracowników z wykształceniem wyższym (ok. 90%) oraz z wykształceniem prawniczym (ok. 50%). Szczegółowe dane na temat zatrudnienia przedstawia tabela 4.

11 Bazujemy w tym zakresie na danych dostępnych w rocznych sprawozdaniach Prezesa UODO za lata 2018–2020.

12 Posługujemy się liczbą osób zatrudnionych, a nie etatów, jednak obie te wartości liczbowe pozostają w kolejnych latach niemal równe.

Tabela 4. Liczba osób zatrudnionych w Urzędzie Ochrony Danych Osobowych w latach 2018–2020 (dane na koniec roku)

Rok kalendarzowy	Początek 2018	2018	2019	2020
Ogółem	165	235	246	277
stanowiska merytoryczne	–	194	216	245
stanowiska pomocnicze	–	39	30	30
wykształcenie wyższe	–	210	225	246
wykształcenie prawnicze	–	122	133	148
procent osób z wykształceniem wyższym	–	89	91	89
procent osób z wykształceniem prawniczym	–	52	54	53
procentowy wzrost zatrudnienia w stosunku do roku poprzedniego	–	42,4	4,6	12,6

Źródło: opracowanie własne na podstawie UODO, 2019; UODO, 2020; UODO, 2021a.

W 2019 r. nastąpiła także głęboka reorganizacja struktury Urzędu, mająca w założeniu służyć większej skuteczności jego działania. Budżet i kadry to oczywiście nie jedyne istotne czynniki w tym kontekście. Można jednak stwierdzić, że przez czas od wejścia w życie rozporządzenia 2016/679 udało się zdecydowanie wzmocnić podstawy organizacyjne działalności organu nadzorczego.

7.3.4. Warunki kulturowe

Z powodu dwukrotnej odmowy wyrażenia zgody zarówno na przeprowadzenie wywiadów, jak i badanie ankietowe wśród pracowników UODO, nie sposób odpowiedzieć na pytanie, czy panująca wewnątrz Urzędu kultura regulacyjna odpowiada warunkom refleksyjnej regulacji, a jeżeli tak, to w jakim dokładnie zakresie założenia regulacji refleksyjnej są realizowane w praktyce działalności Urzędu. Sam brak woli współpracy w tym zakresie, manifestujący się w decyzjach odmownych, jest swoistą przesłanką negatywną w tym względzie, zwłaszcza że wyniki takich badań mogłyby przyczynić się do poprawy jakości pracy Urzędu. Mamy jednak świadomość, że odmowa ta dotyczy specyficznego rodzaju współpracy, jakim jest udział w badaniu naukowym, i nie musi się przekładać na postawy wobec adresatów regulacji, w szczególności wśród szeregowego personelu Urzędu.

7.3.5. Warunki dotyczące relacji z adresatami regulacji

Najbardziej problematyczny wydaje się warunek dotyczący kształtu relacji między regulatorem a adresatami regulacji. Jak wskazywaliśmy w Rozdziale 5, refleksyjna regulacja ryzyka ma szansę rozwijać się najlepiej w środowisku trwałych relacji (opartych np. na cyklicznym raportowaniu lub kontrolach) łączących regulatora ze względnie jednorodną i dobrze zorganizowaną grupą adresatów, którzy posiadają zasoby i kompetencje niezbędne do refleksyjnego działania. Żaden z tych warunków nie wydaje się spełniony w systemie ochrony danych osobowych. Kontakty między regulatorem a adresatami mają w tym przypadku zazwyczaj charakter sporadyczny i incydentalny – ograniczają się do jednorazowej kontroli lub postępowania. W takich warunkach w bardzo ograniczonym stopniu da się na przykład stosować metody eskalacji/deeskalacji interwencji (tj. korzystać z kolejnych uprawnień naprawczych wobec jednego podmiotu, przesuwając się „w górę" lub „w dół" piramidy). Znacznie trudniej też o efektywną komunikację, która pozwalałaby na wzajemne zrozumienie postaw i intencji między regulatorem a adresatem. Interwencja podejmowana przez regulatora, mając charakter jednorazowy, musi „od razu" wykazać się skutecznością i jednoznacznością. Nie ma tu miejsca na ewaluację i ewentualną korektę własnych działań podejmowanych wobec konkretnego adresata w przyszłych postępowaniach.

Kolejnym uwarunkowaniem utrudniającym stosowanie strategii refleksyjnej regulacji – i wymuszającym pewne jej modyfikacje – jest znaczne rozproszenie i zróżnicowanie adresatów regulacji. Grupa ta obejmuje ogromną liczbę bardzo różnych podmiotów: od lokalnych oddziałów międzynarodowych korporacji, przez wielkie przedsiębiorstwa działające w formie spółek Skarbu Państwa, całą gamę małych przedsiębiorstw i mikroprzedsiębiorstw, po organizacje pozarządowe czy instytucje sektora publicznego. Każdy z tych podmiotów ma oczywiście swoją specyfikę i odmienne możliwości w zakresie zabezpieczenia przetwarzania danych, analizy i zarządzania ryzykami z tym związanymi itp. W szczególności od mniejszych graczy trudno oczekiwać kompetencji niezbędnych do w pełni refleksyjnego uczestnictwa w systemie ochrony danych. Jak sugerują badania, w odniesieniu do takich podmiotów często lepiej sprawdza się tradycyjna strategia regulacji bezpośredniej metodą *Command & Control* (Fairman, Yapp, 2005).

Wszystko to nadaje refleksyjności systemu ochrony danych nieco paradoksalny charakter, a z pewnością utrudnia jej implementację i wymaga pewnych modyfikacji w praktyce. Uprzedzając nieco dalsze rozważania, możemy zdradzić, że w wyniku przeprowadzonych badań zidentyfikowaliśmy dwie takie kluczowe modyfikacje w działalności Prezesa UODO. Po pierwsze, zamiast budować relacje z adresatami w sposób ciągły lub „od sprawy do sprawy", organ musi ukształtować je w trakcie rozpatrywania pojedynczej sprawy. W konsekwencji organ zazwyczaj postrzega zgłaszaną do niego sprawę nie jako pojedynczy incydent, ale jako złożony i rozciągnięty w czasie proces, obejmujący różne stadia: od zgłoszenia,

przez czynności wyjaśniające, aż po ewentualne wszczęcie postępowania administracyjnego, wymierzenie sankcji i egzekucję. W takim procesie organ dąży do nawiązania relacji i dwustronnej komunikacji z adresatem w trakcie postępowania. Omawiane w kolejnych dwóch rozdziałach badania ukazują, jak taka postawa przekłada się na konkretne działania organu.

Po drugie, w obliczu niepełnej refleksyjności adresatów i braku trwałych kanałów komunikacyjnych organ nadzorczy stoi przed dylematem dotyczącym optymalnej polityki karania: czy, jak proponują niektórzy autorzy (Daigle, Kahn, 2020; Greenleaf, 2016, s. 240–241), należy w takich warunkach „wzmocnić" komunikaty płynące do adresatów przez stosowanie surowej polityki karania (surowe kary będą bardziej widoczne dla adresatów i będą stanowić dla nich czytelny komunikat, jakie działania są nieakceptowane), czy też przeciwnie: uwzględniając potencjalne ograniczenia co najmniej części adresatów, traktować ich ewentualne uchybienia łagodnie. Jak sugerują przeprowadzone przez nas badania, polski organ nadzorczy przyjmuje dość konsekwentnie to drugie podejście.

Rozdział 8

Podstawowe formy aktywności Prezesa UODO (analiza ilościowa)

8.1. Uwagi wstępne

Jak wskazaliśmy w rozdziale 6, w badaniach ilościowych uwzględniono decyzje Prezesa UODO wydane w sprawach indywidualnych w okresie od 25 maja 2018 r. do 31 grudnia 2021 r., które zostały upublicznione (łącznie 344 decyzji). Dodatkowe dane zostały pozyskane z corocznych sprawozdań Prezesa UODO oraz z odpowiedzi Urzędu uzyskanej na wniosek w trybie dostępu do informacji publicznej.

Reżim ochrony danych osobowych wprowadzony przez rozporządzenie 2016/679 z dniem 25 maja 2018 r. jest wciąż zjawiskiem stosunkowo nowym, będącym na etapie kształtowania i dynamicznego rozwoju. Dlatego też w badaniu zastosowano podejście diachroniczne, dzieląc badany okres na 6-miesięczne przedziały czasowe (z wyjątkiem przedziału pierwszego); tam jednak, gdzie było to niemożliwe ze względu na brak danych, przyjęto okresy 12-miesięczne. Dzięki temu możliwe było obserwowanie zmian oraz identyfikowanie „punktów zwrotnych" w postawie zarówno regulatora, jak i adresatów.

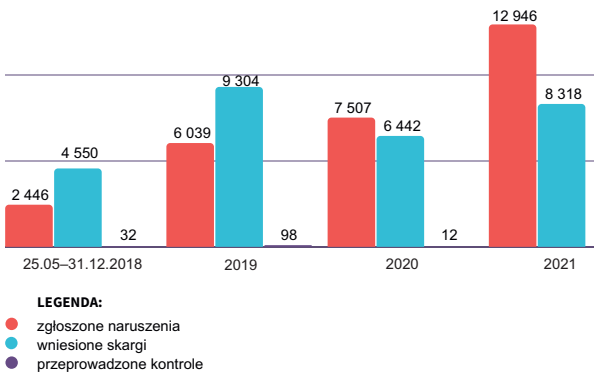
Tabela 5. Przedziały czasu wyodrębnione na potrzeby przeprowadzenia badania ilościowego decyzji Prezesa UODO w okresie od 25 maja 2018 r. do 31 grudnia 2021 r.

Oznaczenie przedziału czasu	Od	Do
I	25.05.2018	31.12.2018
II	01.01.2019	30.06.2019
III	01.07.2019	31.12.2019
IV	01.01.2020	30.06.2020
V	01.07.2020	31.12.2020
VI	01.01.2021	30.06.2021
VII	01.07.2021	31.12.2021

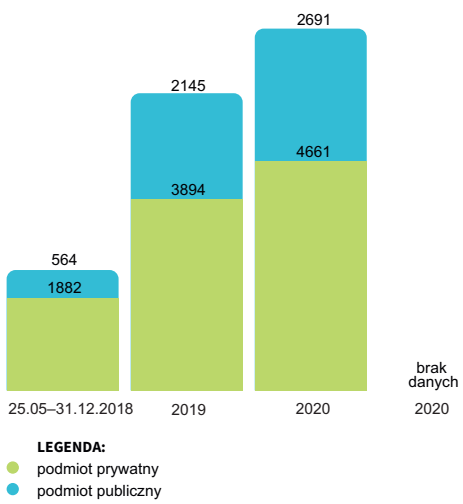
Źródło: opracowanie własne.

8.2. Zdarzenia inicjujące aktywność organu nadzorczego: zgłoszenia naruszeń skargi, kontrole

Do zainicjowania działań po stronie organu, których celem jest ustalenie, czy nastąpiło naruszenie ochrony danych osobowych, może dojść w trzech podstawowych sytuacjach: w przypadku samodzielnego zgłoszenia stwierdzonego naruszenia przez administratora danych, skargi lub w wyniku prowadzonej przez organ kontroli.



Wykres 1. Zdarzenia inicjujące aktywność Prezesa UODO
Źródło: opracowanie własne.



Wykres 2. Liczba przeanalizowanych przez Prezesa UODO naruszeń z podziałem na naruszenia w obrębie sektora prywatnego i publicznego.
Źródło: opracowanie własne.

1 **Zgłoszenia naruszenia** dokonuje administrator danych zgodnie z art. 33 ust. 1 RODO:

> W przypadku naruszenia ochrony danych osobowych, administrator bez zbędnej zwłoki – w miarę możliwości, nie później niż w terminie 72 godzin po stwierdzeniu naruszenia – zgłasza je organowi nadzorczemu właściwemu zgodnie z art. 55, chyba że jest mało prawdopodobne, by naruszenie to skutkowało ryzykiem naruszenia praw lub wolności osób fizycznych. Do zgłoszenia przekazanego organowi nadzorczemu po upływie 72 godzin dołącza się wyjaśnienie przyczyn opóźnienia.

Liczba zgłaszanych naruszeń przepisów z zakresu ochrony danych osobowych z roku na rok stale rośnie (wykres 1). W pierwszym półroczu obowiązywania rozporządzenia 2016/679 zgłoszonych zostało 2446 naruszeń (w tym 1882 przez podmioty sektora prywatnego i 564 przez podmioty sektora publicznego). W latach 2019–2020 liczba ta rosła w nieznacznym tempie do poziomu 7507 naruszeń, natomiast w 2021 r. zgłoszono aż 12 946 naruszeń ochrony danych (a więc blisko dwa razy tyle, co w roku poprzednim).

Gwałtowny wzrost liczby zgłoszonych naruszeń w 2021 r. może wynikać z dwóch czynników: po pierwsze, ogólnokrajowych lockdownów wprowadzonych w wyniku stanu epidemii COVID-19 oraz czasowej dezorganizacji działania struktur wielu administratorów danych (konieczność redukcji etatów, przejście na pracę zdalną, brak pełnej kontroli nad działalnością organizacji i stałego monitorowania incydentów). Po drugie jednak, stały trend wzrostowy zgłaszanych naruszeń może także oznaczać, że administratorzy danych są coraz bardziej świadomi swoich obowiązków, zwłaszcza jeżeli chodzi o obowiązek notyfikacji naruszeń z art. 33 ust. 1 RODO. Biorąc pod uwagę rosnącą liczbę nakładanych administracyjnych kar pieniężnych (która i tak jest wciąż stosunkowo mała), wzrost liczby zgłaszanych naruszeń może być również efektem obaw administratorów danych przed konsekwencjami, o których mowa w art. 58 czy 83 RODO.
Wyraźnie zmniejszyła się także znacząca dysproporcja pomiędzy naruszeniami zgłaszanymi przez podmioty prywatne i publiczne, z jaką mieliśmy do czynienia w pierwszym okresie obowiązywania rozporządzenia 2016/679.

2 Liczba **skarg wnoszonych do Prezesa UODO** w przedmiocie nieprawidłowości w procesie przetwarzania danych osobowych w pierwszym półroczu obowiązywania rozporządzenia 2016/679 wynosiła 4 550, co oznacza gwałtowny wzrost w porównaniu do lat poprzednich. Taka liczba skarg przy jednoczesnym wpłynięciu ponad 2 tysięcy powiadomień o naruszeniu ochrony danych osobowych uczyniły z Polski jednego z liderów wśród krajów Europy Środkowo-Wschodniej (Deloitte, 2019). W kolejnych latach obserwujemy trend falujący, w którym liczba zgłoszeń na zmianę rośnie i spada.

Można przypuszczać, że szum medialny, jaki towarzyszył wejściu w życie rozporządzenia 2016/679, stanowił katalizator do wnoszenia skarg i bynajmniej nie było to równoznaczne ze wzrostem świadomości społeczeństwa, a raczej z niezrozumieniem przepisów i nowej rzeczywistości. Taka liczba zgłoszeń spowodowała konieczność reorganizacji struktury UODO w 2019 roku, w celu zapewnienia lepszej efektywności Urzędu w zakresie obsługi skarg i prowadzonych spraw. Z kolei spadek liczby wnoszonych w 2020 roku skarg był najprawdopodobniej spowodowany wybuchem pandemii COVID-19.

3 **Kontrole Prezesa UODO** mogą być przeprowadzane zarówno w ramach rocznego planu kontroli (kontrole sektorowe), jak i na skutek powzięcia przez Prezesa UODO informacji o występujących nieprawidłowościach (kontrole doraźne). Kontrole doraźne są najczęściej inicjowane bądź skargami obywateli, bądź przesyłanymi przez administratorów danych osobowych zgłoszeniami naruszeń ochrony danych osobowych czy doniesieniami medialnymi. Łączna liczba kontroli przeprowadzonych od momentu wejścia w życie rozporządzenia 2016/679 do końca 2021 r. wyniosła 164, co biorąc pod uwagę trzyipółletni okres badania, wydaje się liczbą uderzająco niską. Również w tym przypadku zaobserwowano trend falujący, ze zdecydowanym wzrostem szczególnie w 2019 r. (98 kontroli) i drastycznym spadkiem w 2020 r. (12 kontroli).

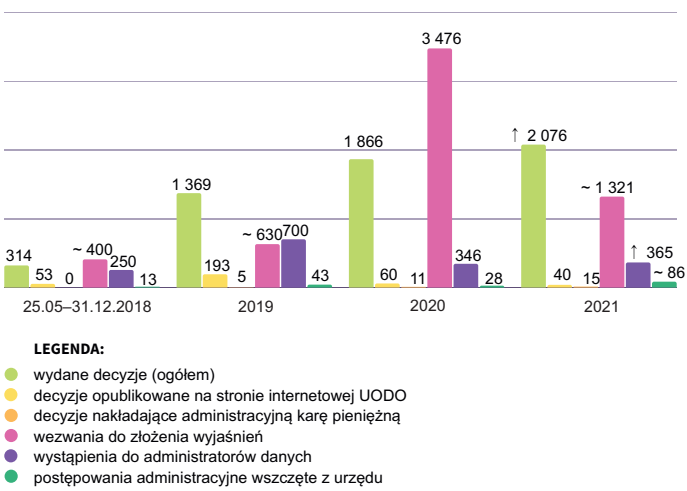
Znikoma skala aktywności kontrolnej Prezesa UODO uwidacznia się najlepiej, jeśli porównać ją z analogiczną aktywnością innych organów administracji publicznej. Przykładowo, choć od kilku lat obserwujemy trend związany z malejącą liczbą kontroli podatkowych, w 2020 r. przeprowadzono 15 034 tego typu kontroli, a w pierwszym półroczu 2021 r. – 6 532 kontrole (Goj, 2021). Oczywiście trudno porównywać ze sobą wprost te dwa obszary aktywności państwa, jednak widoczna dysproporcja skłania do zastanowienia.

Wyjątkowo niska liczba przeprowadzonych kontroli wskazuje, że są one traktowane w roli „listka figowego" i stanowią marginalny aspekt działalności organu. Tym samym, w Polsce brakuje rozwijania bardziej proaktywnych form ochrony danych osobowych. Organ nadzorczy działa głównie w trybie skargowym, w niewielkim stopniu podejmując działania z urzędu. Trudno również orzec, co może być przyczyną niskiej liczby przeprowadzonych kontroli – o ile znikomą ich liczbę w 2020 r. możemy łączyć z sytuacją epidemiczną w kraju oraz związanymi z nią obostrzeniami, które determinowały tak liczbę, jak i sposób prowadzenia kontroli (UODO, 2021a, 94), to ciężko znaleźć wytłumaczenie dla niskiej liczby kontroli w pozostałych okresach. Problemem może być brak odpowiednich zasobów kadrowych po stronie Urzędu, ale także to, że plan kontroli sektorowych zdaje się tworzony na podstawie dosyć intuicyjnych ocen organu nadzorczego (brakuje jasnej metodologii oceny ryzyka dla doboru podmiotów lub branż objętych planem kontroli).

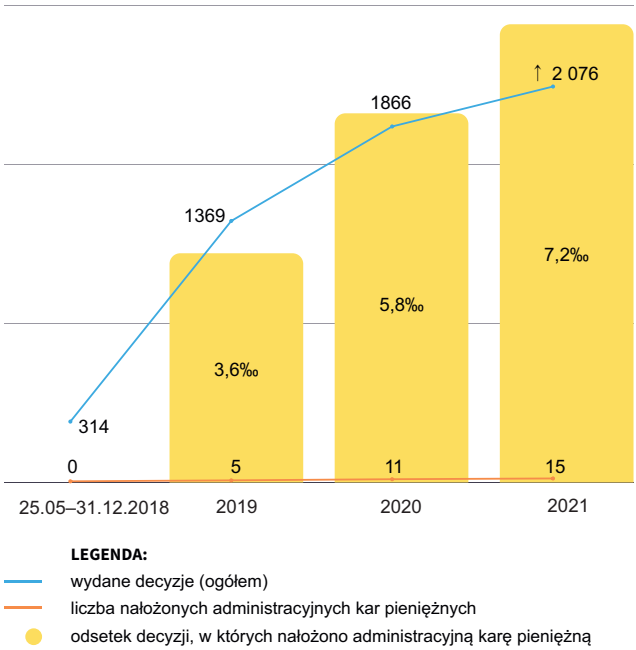
8.3. Działania Prezesa UODO w sprawach indywidualnych

1 W badanym okresie systematycznie rośnie liczba **wydawanych decyzji** oraz liczba nakładanych przez Prezesa UODO **administracyjnych kar pieniężnych** (wykres 3 oraz wykres 4), choć ta ostatnia nadal utrzymuje się na bardzo niskim poziomie (zob. też Czub-Kiełczewska, 2021). Rośnie również odsetek decyzji, w których nałożono administracyjne kary pieniężne (wykres 4): między 2019 a 2021 r. podwoił on swoją wartość (pomijając pierwszy badany okres, w którym Prezes UODO nie zdecydował o nałożeniu żadnej kary pieniężnej). Systematycznie rośnie też liczba tego typu decyzji. Mimo obserwowanego wzrostu oba wskaźniki pozostają na bardzo niskim poziomie, odpowiednio 7,2‰ i 15 kar w (rekordowym) 2021 r. W całym badanym okresie spośród łącznej liczby ponad 28,5 tysiąca rozpoznanych skarg i blisko 29 tysięcy rozpoznanych zgłoszeń naruszeń (wykres 1) jedynie w 31 przypadkach nałożona została kara pieniężna (wykres 3). W pozostałych sprawach organ sięgał po mniej restrykcyjne środki naprawcze (jak upomnienia, nakazy określonego postępowania i in.) bądź zadowalał się wyjaśnieniami złożonymi przez administratorów.

W Polsce wciąż mamy do czynienia z wyjątkowo łagodną polityką egzekwowania. Zdecydowana mniejszość spraw kończy się formalnym wydaniem decyzji, a spośród tych zaledwie ok. siedem na tysiąc skutkuje nałożeniem kary pieniężnej. Takie podejście charakteryzuje większość organów nadzorczych w regionie, w odróżnieniu od ich odpowiedników w krajach Europy Zachodniej (zob. Daigle, Khan, 2020).



Wykres 3. Podstawowe formy aktywności Prezesa UODO w sprawach indywidualnych.
Źródło: opracowanie własne.



Wykres 4. Stosunek wszystkich decyzji wydanych przez Prezesa UODO do decyzji nakładających administracyjne kary pieniężne oraz odsetek decyzji nakładających administracyjne kary pieniężne
Źródło: opracowanie własne.

2 Od początku obowiązywania rozporządzenia 2016/679 rośnie również liczba **wezwań administratorów danych do składania wyjaśnień** w związku z odnotowanymi przypadkami naruszeń ochrony danych osobowych (wykres 3). W rekordowym pod tym względem 2020 r. liczba wezwań wzrosła ponad pięciokrotnie (3476 wezwań) w porównaniu do roku poprzedniego. Zwraca jednak uwagę znaczny spadek liczby wezwań w 2021 r.

Wzrost liczby wezwań może oznaczać, że Prezes UODO coraz wyraźniej dostrzega korzyści, jakie wiążą się ze zwiększeniem liczby kontaktów z administratorami danych przed wszczęciem postępowania administracyjnego. W tym przypadku chodzi przede wszystkim o szybkość w załatwieniu sprawy i uzyskaniu niezbędnych dla organu informacji, mniejsze koszty oraz mniejszy formalizm. Taki sposób działania wiąże się również z tym, że zdecydowana większość spraw jest załatwiana po otrzymaniu przez organ stosownych wyjaśnień, co jednocześnie oznacza, że stwierdzone nieprawidłowości są usuwane w sposób niejako nieformalny, bez konieczności korzystania przez organ z uprawnień naprawczych wskazanych w art. 58 ust. 2 RODO.

Znaczny spadek liczby wezwań w 2021 r. na pierwszy rzut oka jest niepokojący. Z drugiej strony, nie przekłada się on na istotny wzrost wydawanych decyzji. Widać więc, że nie jest on wyrazem rosnącej formalizacji po stronie organu. Obserwowane w latach 2020 i 2021 skokowe zmiany mogą więc oznaczać, że administratorzy danych po czasowej dezorganizacji związanej z wybuchem pandemii COVID-19 i koniecznością pracy zdalnej, oswoili się z nowym trybem funkcjonowania i nauczyli się lepiej zarządzać incydentami, zwłaszcza jeżeli chodzi o notyfikowanie naruszeń organowi nadzorczemu i przekazywanie mu szczegółowych informacji już na etapie zgłoszenia.

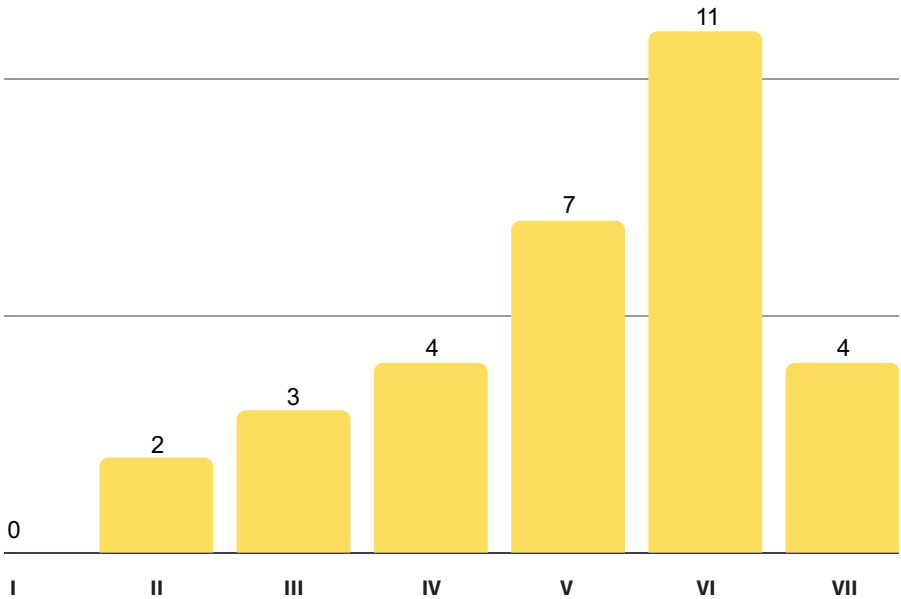
3 Jeśli chodzi o **wystąpienia do administratorów danych** w trybie art. 34 ust. 4 RODO z żądaniem zawiadomienia osoby, której dane osobowe zostały naruszone, a także **postępowania wszczęte z urzędu**, to wykazują one zbliżone tendencje, z wyraźnym spadkiem w pandemicznym 2020 r. i raczej powolnym wzrostem w roku kolejnym. Ich stosunkowo niewielka reprezentacja liczbowa nakazuje przypuszczać, że Prezes UODO nie widzi potrzeby bardziej intensywnego korzystania z tych instrumentów.

Na wysokim poziomie ponad dwóch tysięcy pism rocznie utrzymuje się za to liczba **pytań prawnych** kierowanych do Prezesa UODO, choć widać tu pewną tendencję spadkową (2019 r. – 2812 pism; 2020 r. – 2774 pism; 2021 r. – ponad 2141 pism). Zarówno adresaci regulacji, jak i interesariusze zewnętrzni wciąż jednak zgłaszają liczne problemy związane z interpretacją i stosowaniem przepisów prawa z zakresu ochrony danych osobowych. W konsekwencji udzielanie odpowiedzi na pytania prawne stanowi istotną część działalności organu.

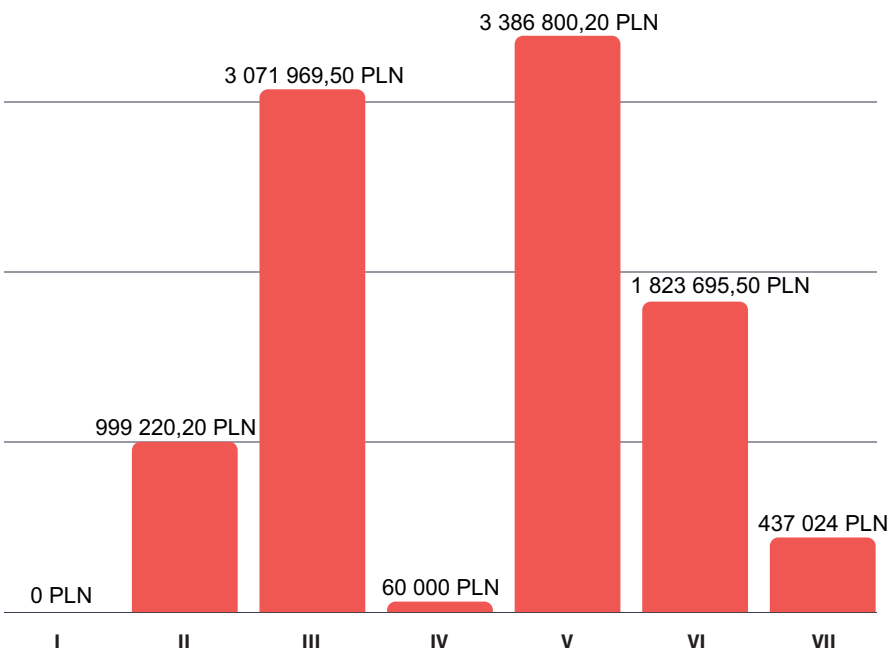
8.4. Administracyjne kary pieniężne

Liczba nakładanych przez organ administracyjnych kar pieniężnych konsekwentnie rosła aż do pierwszego półrocza 2021 r., natomiast w drugiej połowie tego roku zdecydowanie spadła (wykres 5). Na dzień dzisiejszy trudno określić, czy zarysowana tendencja spadkowa jest chwilowym odchyleniem, czy też będzie miała charakter trwały.

Zestawiając liczbę nakładanych kar z ich łączną wartością w danym przedziale czasu (wykresy 5 i 6), widzimy, że początkowo organ decydował o nałożeniu niewielkiej liczby stosunkowo wysokich kar, co jednak uległo wyraźnej zmianie w pierwszej połowie 2020 r. (przedział IV).

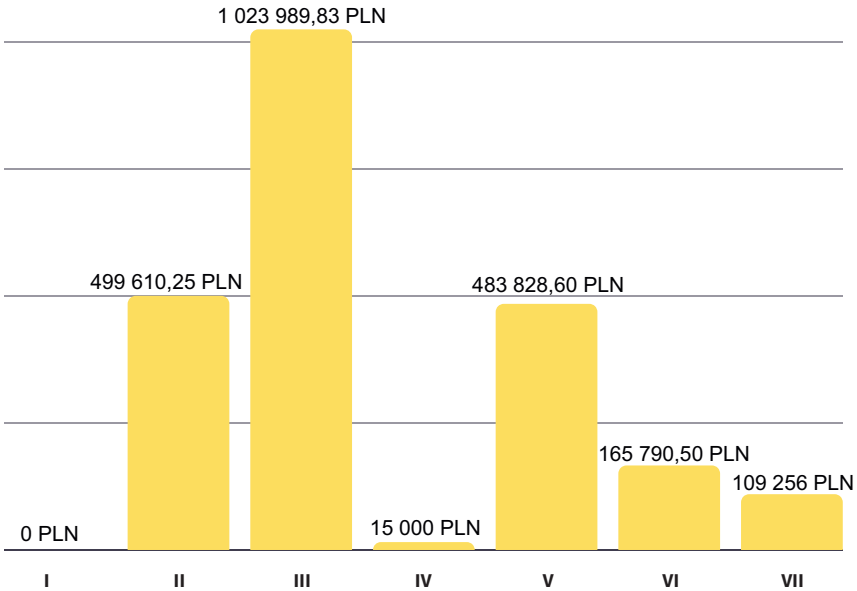


Wykres 5. Liczba nałożonych administracyjnych kar pieniężnych (podział na okresy półroczne)
Źródło: opracowanie własne.



Wykres 6. Łączna wartość nałożonych administracyjnych kar pieniężnych
Źródło: opracowanie własne.

Średnią wysokość nałożonych administracyjnych kar pieniężnych dla danego przedziału czasu przedstawia natomiast wykres 7. Jak widać, w przedziale IV wartość ta była wręcz symboliczna. Również w ostatnim czasie utrzymywała się na dość niskim poziomie.

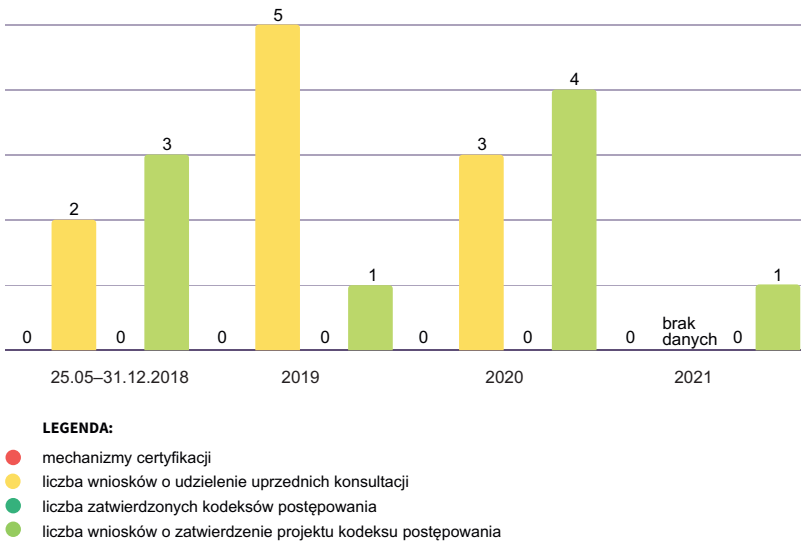


Wykres 7. Średnia wysokość nałożonych administracyjnych kar pieniężnych
Źródło: opracowanie własne.

Generalnie rzecz biorąc, pomijając wspominaną wcześniej łagodną politykę egzekwowania, trudno dopatrzeć się jakichś wyraźnych, spójnych tendencji zarówno co do liczby, jak i wartości nakładanych kar pieniężnych. Może to świadczyć o braku jasnej strategii i pewnej przypadkowości w podejmowaniu tego typu decyzji przez organ nadzorczy.

8.5. Mechanizmy zakładające samoregulację przez administratorów danych lub ich zrzeszenia

Nowy system ochrony danych osobowych wprowadził również mechanizmy, które zakładają bardziej zaawansowaną i aktywną samoregulację adresatów regulacji, tj. administratorów danych i podmiotów przetwarzających lub ich zrzeszenia. Chodzi tu głównie o takie mechanizmy jak certyfikacje, kodeksy postępowania oraz uprzednie konsultacje (wykres 8).



Wykres 8. Mechanizmy zakładające bardziej zaawansowaną i aktywną samoregulację przez administratorów danych osobowych lub ich zrzeszenia
Źródło: opracowanie własne.

Z wszystkich tych instrumentów prace trwają jedynie nad **kodeksami postępowania** w kilku branżach. W kolejnych latach złożono odpowiednio: 3[13], 1[14], 4[15] i 1 wniosek[16]. Prace nad nimi idą jednak z trudem i wciąż nie doczekaliśmy się zatwierdzenia żadnego kodeksu[17]. Jednocześnie w kolejnych latach organizowano po ok. dwadzieścia spotkań informacyjnych z autorami kodeksów postępowania.

13 Były to następujące organizacje: Federacja Związków Pracodawców Ochrony Zdrowia Porozumienie Zielonogórskie – Kodeks postępowania dotyczący ochrony danych osobowych przetwarzanych w małych placówkach medycznych, Związek Banków Polskich – Kodeks dobrych praktyk w zakresie przetwarzania danych osobowych przez banki i rejestry kredytowe oraz Polska Federacja Szpitali – kodeks postępowania dla sektora ochrony zdrowia wydany zgodnie z art. 40 RODO dotyczący podmiotów wykonujących działalność leczniczą i podmiotów przetwarzających.

14 Wniosek dotyczył Kodeksu dobrych praktyk w zakresie przetwarzania danych osobowych przez spółdzielnie mieszkaniowe zrzeszone w Związku Rewizyjnym Spółdzielni Mieszkaniowych RP.

15 Były to następujące organizacje: Polska Rada Centrów Handlowych – Kodeks postępowania dla sektora handlu, Stowarzyszenie Bibliotekarzy Polskich – Kodeks dla bibliotek, Krajowa Rada Doradców Podatkowych – Kodeks postępowania Krajowej Izby Doradców Podatkowych w zakresie ochrony danych osobowych, Związek Pracodawców Organizacja Firm Badania Opinii i Rynku – Kodeks postępowania dotyczący przetwarzania danych osobowych przez prywatne agencje badawcze.

16 Wniosek dotyczył Kodeksu postępowania w sprawie przetwarzania danych osobowych dla celów badań naukowych przez biobanki w Polsce i został złożony przez Sieć Badawczą Łukasiewicz – PORT Polski Ośrodek Rozwoju Technologii.

17 Zob. Rejestr zatwierdzonych kodeksów postępowania: https://uodo.gov.pl/pl/426/1110

Ponownie wyjątkiem jest tu 2020 r., w którym „ze względu na stan pandemii przez większość roku sprawozdawczego nie było możliwości organizowania spotkań" (UODO, 2021a, s. 158), wobec czego Prezes UODO ograniczył się wyłącznie do udzielenia wyjaśnień zainteresowanym podmiotom przygotowującym kolejne kodeksy postępowania[18]. Jak wskazano w opublikowanych sprawozdaniach z działalności Prezesa UODO, trudność w opracowaniu kodeksu jest związana również z koniecznością przyjęcia odpowiedniego (skutecznego) modelu monitorowania danego kodeksu, „który będzie akceptowalny dla członków z punktu widzenia organizacji działalności i jej finansowania" (UODO, 2021a, s. 159), oraz określeniem wymogów akredytacji podmiotów monitorujących, które to wymogi muszą zostać zaopiniowane przez Europejską Radę Ochrony Danych (EROD). Finalnie, po uzyskaniu wymaganej opinii Prezes UODO opublikował w styczniu 2021 r. Wymogi akredytacji podmiotów monitorujących kodeksy postępowania (UODO, 2021b).

Do tej pory organ pozytywnie zaopiniował dwa projekty kodeksów postępowania: dotyczący ochrony danych przetwarzanych w małych placówkach medycznych (Porozumienie Zielonogórskie) oraz kodeks postępowania dla sektora ochrony zdrowia dotyczący podmiotów wykonujących działalność leczniczą i podmiotów przetwarzających (Polska Federacja Szpitali). Kodeksy nie zostały jeszcze jednak ostatecznie zatwierdzone.

Wydaje się, że zarówno organowi nadzorczemu, jak i administratorom danych wciąż brakuje doświadczenia i kompetencji dla skutecznego korzystania z tego typu rozwiązań. Problem wykorzystywania mechanizmów zakładających bardziej zaawansowaną i aktywną samoregulację adresatów zdaje się jednak domeną nie tylko polskiego systemu ochrony. Dostępny na stronie internetowej Europejskiej Rady Ochrony Danych Osobowych (EROD) rejestr kodeksów postępowania[19] wskazuje, że od początku obowiązywania unijnego rozporządzenia zostały zatwierdzone jedynie 4 kodeksy postępowania w innych państwach członkowskich, co również jest liczbą znikomą w skali całej Unii Europejskiej.

Jednym z zadań Prezesa UODO jest również udzielanie administratorom danych zaleceń na wniosek w ramach procedury **uprzednich konsultacji**, która została uregulowana w art. 36 RODO i w art. 57 u.o.d.o. Mimo i tak wyjątkowo niewielkiej, wręcz znikomej liczby wniosków w tym zakresie (w 2020 r. do UODO wpłynęły 3 wnioski o przeprowadzenie uprzednich konsultacji, w 2019 r. wpłynęło ich 5, zaś w 2018 r. – 2), Prezes UODO ani razu nie udzielił konsultacji. Jak wyjaśniono w Sprawozdaniach z działalności Prezesa UODO za rok 2018, 2019 i 2020, w latach

18 Wyjaśnienia dotyczyły następujących projektów: Kodeksu postępowania dla jednostek oświatowych, mającego na celu doprecyzowanie stosowania rozporządzenia 2016/679, Kodeksu postępowania dla Regionalnych Izb Obrachunkowych, Kodeksu postępowania dla fotografów, Kodeksu postępowania dla przedsiębiorców działających na rynku skupu i przetwarzania złomu.

19 https://edpb.europa.eu/our-work-tools/accountability-tools/register-codes-conduct-amendments-and-extensions-art-4011_pl

2018–2019 problem polegał na tym, że wnioski nie spełniały wymogów formalnych, natomiast w 2020 r. dotyczyły one wątpliwości, które powinny zostać rozstrzygnięte na podstawie aktualnie obowiązujących regulacji z zakresu ochrony danych osobowych. Niejednokrotnie też administratorzy danych, powołując się na tryb uprzednich konsultacji, zwracali się do Prezesa UODO z pytaniami prawnymi.

Prezes UODO najwyraźniej dostrzega problem nieprawidłowego rozumienia przez administratorów danych instytucji uprzednich konsultacji, co wskazuje wprost w swoich sprawozdaniach, jednakże na przestrzeni ostatnich 3 lat nie widać, aby podjął on dodatkową działalność edukacyjną w tym zakresie, która byłaby w stanie przełamać ten impas.

Jeżeli natomiast chodzi o **mechanizm certyfikacji**, to jak dotąd nie tylko żaden podmiot nie uzyskał od Prezesa UODO certyfikatu zgodności działania z rozporządzeniem 2016/679, ale także żaden podmiot nie został wskazany jako zatwierdzona jednostka certyfikująca na poziomie krajowym[20]. Powyższe wynika ze złożoności całej procedury oraz podejścia w tym zakresie na poziomie całej Unii Europejskiej. Choć 4 czerwca 2019 r. EROD, po publicznych konsultacjach, przyjęła Załącznik 2 do Wytycznych 1/2018 w sprawie certyfikacji i określenia kryteriów certyfikacji zgodnie z art. 42 i 43 rozporządzenia[21], oraz Załącznik 1 do Wytycznych 4/2018 w sprawie akredytacji podmiotów certyfikujących na podstawie art. 43 ogólnego rozporządzenia o ochronie danych (2016/679)[22], to Prezes UODO nadal nie prowadzi prac nad mechanizmem certyfikacji.

Trudności z wykorzystaniem omawianych tu narzędzi mają złożone przyczyny. Wskazać należy na takie możliwe powody jak:

- skomplikowana procedura; w świetle niemal martwego charakteru instytucji zatwierdzania kodeksów postępowania i mechanizmu certyfikacji należy zastanowić się nad funkcjonalnością sposobu ich dotychczasowego uregulowania;
- brak odpowiedniego doświadczenia i kompetencji po stronie administratorów i ich zrzeszeń; nawet w tych sektorach, w których istnieją silnie zorganizowane i ustrukturyzowane zrzeszenia (np. w postaci samorządów zawodowych), brakuje doświadczeń w refleksyjnej regulacji ochrony danych osobowych;
- brak umiejętności (a być może również dostrzegania potrzeby) bardziej zaawansowanej współpracy ze strony organu nadzorczego.

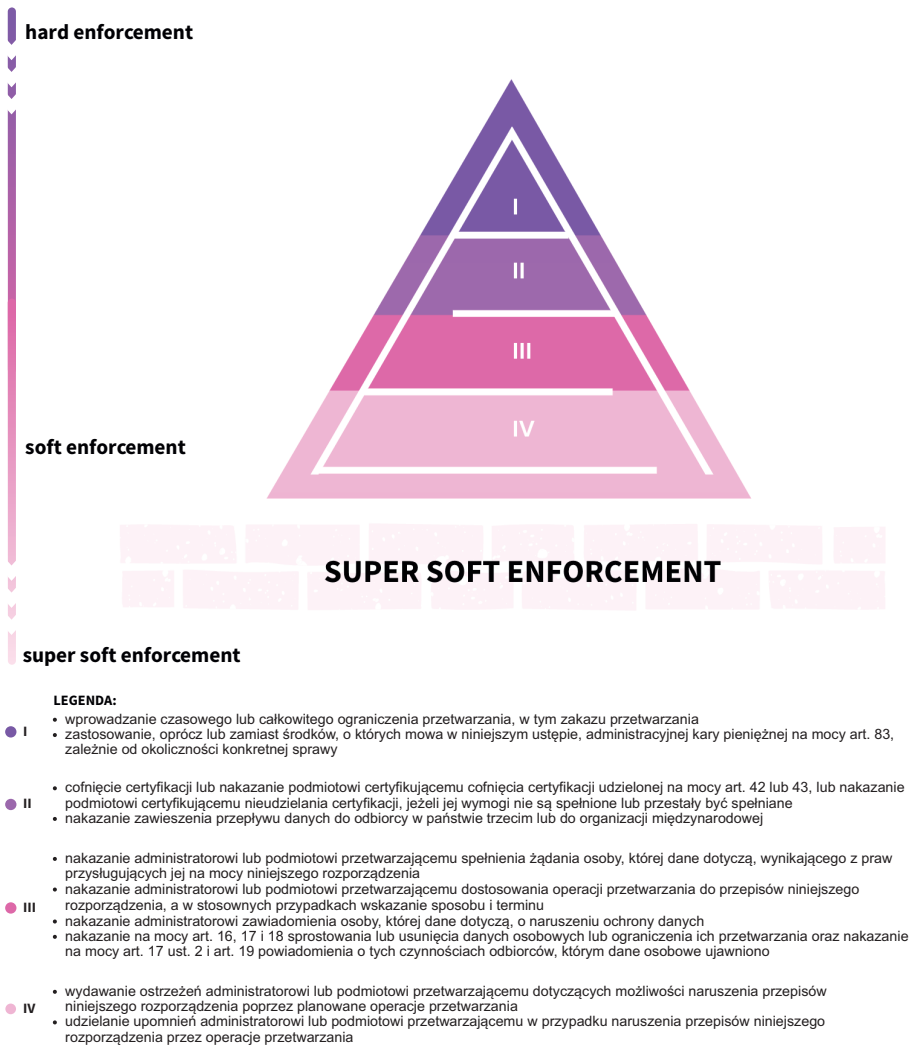
20 Art. 2 ust. 5 RODO wskazuje, że certyfikacji może udzielać zarówno podmiot certyfikujący, o którym mowa w art. 43 RODO, jak i bezpośrednio organ nadzorczy, który zajmuje się ochroną danych osobowych w danym państwie członkowskim (w Polsce jest to Prezes UODO). Potwierdza to również u.o.d.o. (zob. Rozdział 3 i 4 ustawy). Uzyskanie certyfikatu jest dobrowolne i świadczy o tym, że dany podmiot (administrator danych osobowych lub podmiot przetwarzający) przestrzega przepisów rozporządzenia.

21 Zob. https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-12018-certification-and-identifying_en

22 Zob. https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-42018-accreditation-certification-bodies-under_en

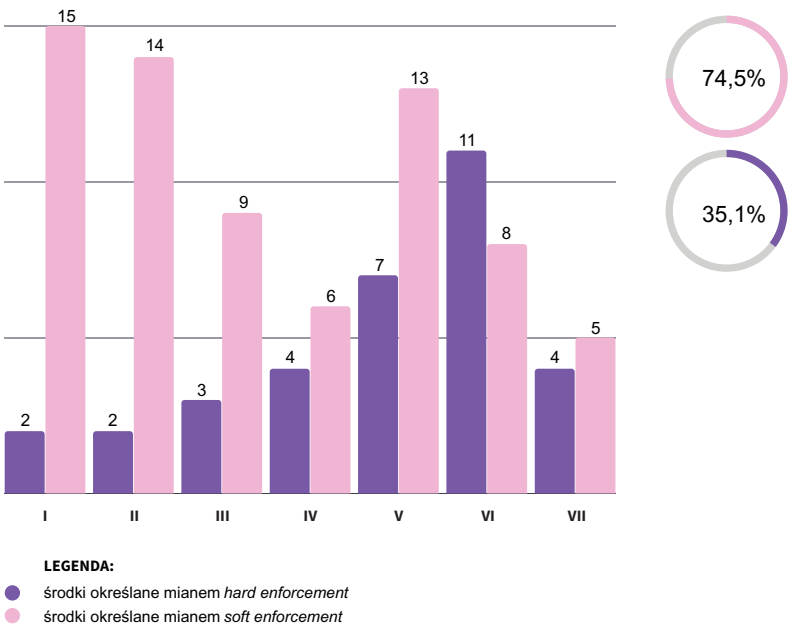
8.6. Uprawnienia naprawcze typu *soft enforcement* i *hard enforcement*

Jak wskazywaliśmy w podrozdziale 7.1, uprawnienia naprawcze organu nadzorczego przewidziane w rozporządzeniu 2016/679 można uporządkować w postaci typowej piramidy regulacyjnej. Naszą propozycję w tym zakresie przedstawia rysunek 2.



Rysunek 2. Piramida klasyfikująca uprawnienia naprawcze organu nadzorczego w ramach środków określanych jako *soft enforcement* i *hard enforcement*
Źródło: opracowanie własne.

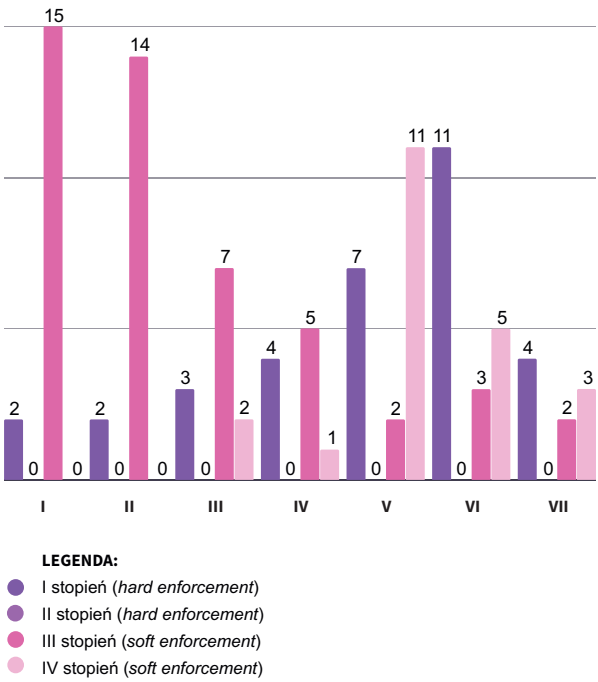
Próbując określić tendencje w zakresie wykorzystywania przez organ uprawnień naprawczych typu *hard enforcement* lub *soft enforcement*, należy mieć na względzie kilka zastrzeżeń. Po pierwsze, zrealizowane badania obejmują jedynie decyzje opublikowane przez Prezesa UODO. O ile publikacji podlegały jak dotąd wszystkie decyzje obejmujące środki typu *hard enforcement* (I i II stopień piramidy), o tyle pozostałe publikowane decyzje stanowią pewien wybór. Dodatkowo spośród opublikowanych decyzji uwzględniamy jedynie te, w których zostało stwierdzone naruszenie przepisów z zakresu ochrony danych osobowych, z tej prostej przyczyny, że tylko w ich przypadku można mówić o stosowaniu uprawnień naprawczych. Ujawniające się w badaniu prawidłowości dotyczą więc nie bezpośrednio polityki egzekwowania, ale ewentualnej polityki komunikacyjnej organu. Ukazują, jaki przekaz w kwestii korzystania z uprawnień naprawczych organ kieruje do adresatów regulacji. Co do samej polityki egzekwowania stwierdziliśmy już wcześniej, że jest ona wyjątkowo łagodna.



Wykres 9. Liczba i odsetek spraw, w których Prezes UODO stwierdził naruszenie i zdecydował się skorzystać ze środków określanych jako *soft enforcement* i *hard enforcement* (procenty nie sumują się do 100%, ponieważ decyzje, w których zastosowano zarówno środki *hard enforcement*, jak i *soft enforcement*, liczone są podwójnie)
Źródło: opracowanie własne.

Wyraźnie rośnie liczba podejmowanych i publikowanych decyzji, w których organ skorzystał ze środków klasyfikowanych jako *hard enforcement*, choć drugie półrocze 2021 r. przynosi odwrócenie tej tendencji. Wykres 9 oraz wykres 10

wprost też pokazują, że Prezes UODO w początkowym okresie obowiązywania rozporządzenia 2016/679 zdecydowanie eksponował te przypadki, w których skorzystano ze środków określanych jako *soft enforcement* (kolor ciemno- i jasnoróżowy). Począwszy od pierwszego półrocza 2020 r. proporcje ujawnianych spraw ulegają większemu wyrównaniu. W całym badanym okresie wyraźna jest jednak przewaga spraw, w których skorzystano z *soft enforcement*. Ta proporcja wynosi 70 do 33, co przekłada się odpowiednio na 74,5% oraz 35,1% decyzji (przy czym wartości procentowe nie sumują się do 100, ponieważ w niektórych decyzjach zastosowano zarówno środki typu *hard*, jak i *soft enforcement*).



Wykres 10. Stopień piramidy *enforcement* wg klasyfikacji uprawnień naprawczych organu nadzorczego na podstawie rysunku 2
Źródło: opracowanie własne.

Początkowe ograniczone korzystanie ze środków „twardych" i jednoczesne ujawnianie znacznej liczby spraw zakończonych zastosowaniem środków „miękkich" było prawdopodobnie skutkiem tego, że – mimo 2-letniego *vacatio legis*, jakie zostało przewidziane dla nowych regulacji – organ nadzorczy dał administratorom danych więcej czasu na edukację i przygotowanie się do stosowania unijnego rozporządzenia. Innym powodem takiego działania może być fakt, że Prezes UODO jest prawnym kontynuatorem Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych, co między innymi wiąże się z tym, że przejął on wszczęte przez GIODO postępowania.

23 Zob. art. 159–171 u.o.d.o.

Nie oznacza to oczywiście, że Prezes UODO całkowicie zrezygnował w tamtym czasie ze środków określanych jako *hard enforcement* – korzystanie z nich w początkach obowiązywania rozporządzenia 2016/679 należało jednak do ostateczności.
Przy interpretacji tych wyników należy jednak pamiętać, że zdecydowana większość spraw rozpatrywanych przez organ nie prowadzi do wszczęcia postępowania, a co za tym idzie – do wydania decyzji. Sprawy te rozwiązywane są na poziomie nieformalnych konsultacji między organem nadzorczym a administratorem danych osobowych; można je więc zakwalifikować jako osobną kategorię *super soft enforcement.* Dokładna liczba tego typu spraw nie jest możliwa do ustalenia, ale stanowią one zdecydowanie najliczniejszą grupę (zob. podrozdział 8.3). Można powiedzieć, że tworzą one szeroki „fundament" piramidy regulacyjnej.

Jeśli chodzi o środki typu *soft enforcement*, organ ujawnia przypadki wykorzystania środków zakwalifikowanych do III stopnia piramidy (różnorodne nakazy wobec adresatów), jak i najłagodniejszy środek stopnia IV, czyli udzielanie upomnień administratorowi danych lub podmiotowi przetwarzającemu.

W zakresie środków typu *hard enforcement* organ korzysta w zasadzie jedynie z nałożenia administracyjnej kary pieniężnej na mocy art. 83 RODO, zależnie od okoliczności konkretnej sprawy; tylko dwa razy organ zdecydował się sięgnąć po inne rozwiązanie i nakazać podmiotowi zaprzestanie przetwarzania danych osobowych[24]. Według dostępnych danych do tej pory organ ani razu nie zdecydował się natomiast na skorzystanie ze środków II stopnia, do których zaliczyliśmy: cofnięcie certyfikacji lub nakazanie podmiotowi certyfikującemu cofnięcia certyfikacji udzielonej na mocy art. 42 lub 43; nakazanie podmiotowi certyfikującemu nieudzielania certyfikacji, jeżeli jej wymogi nie są spełnione lub przestały być spełniane (art. 58 ust. 2 lit. h); nakazanie zawieszenia przepływu danych do odbiorcy w państwie trzecim lub do organizacji międzynarodowej (art. 58 ust. 2 lit. j).

Brak przypadków cofnięcia certyfikacji wynika oczywiście z faktu, że żaden mechanizm certyfikacji w Polsce nie został jeszcze opracowany. Natomiast zawieszenie przepływu danych do odbiorcy w państwie trzecim lub do organizacji międzynarodowej nie było dotychczas przedmiotem rozstrzygnięcia przez organ nadzorczy. Może to jednak wkrótce ulec zmianie w związku z zatwierdzonym przez organ nadzorczy i opublikowanym na stronie internetowej urzędu Planem kontroli sektorowych na 2022[25] rok oraz aktywnością organizacji NOYB[26], która

24 Sprawa ZSPR.440.854.2018 oraz ZSPR.440.195.2018.

25 Zob. Komunikat w sprawie Planu kontroli sektorowych na rok 2022, https://uodo.gov.pl/pl/138/2250. Kontrolą zostaną objęte m.in. podmioty przetwarzające dane przy użyciu aplikacji mobilnych, bowiem organ (w związku z licznymi skargami, zgłoszeniami naruszeń oraz pytaniami prawnymi) uznał, iż „sprawdzenie procesów zabezpieczenia i udostępniania danych osobowych przetwarzanych przez podmioty przetwarzające w związku z użytkowaniem aplikacji mobilnych" jest niezbędne z punktu widzenia zadań przez niego realizowanych oraz zapewnienia odpowiedniego poziomu ochrony danych osobowych w Polsce.

26 NOYB – My Privacy is None of Your Business, to Europejskie Centrum Praw Cyfrowych (European Centre for Digital Rights) będące organizacją non-profit z siedzibą w Austrii, działające z inicjatywy Maxa Schremsa.

złożyła 101 skarg[27] przeciwko administratorom danych wykorzystującym na swoich stronach internetowych narzędzia analityczne umożliwiające przekazywanie danych osobowych na linii UE/EOG – USA, co zdaniem wspomnianej organizacji narusza wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 16 lipca 2020 roku (sygn. C-311/18[28]).

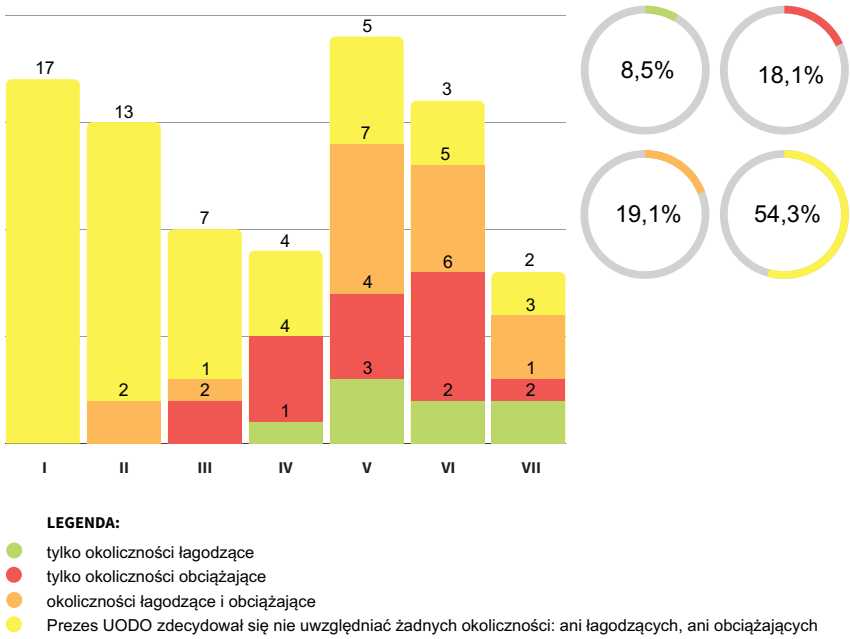
8.7. Okoliczności łagodzące lub obciążające

Rozporządzenie 2016/679 w art. 83 ust. 2 lit. k przyznaje krajowym organom nadzorczym możliwość uwzględniania zarówno okoliczności łagodzących, jak i obciążających podczas korzystania ze swoich uprawnień naprawczych. Dodatkowo Prezes UODO wprost wskazuje w swoich decyzjach, że wszystkie czynniki, o których mowa w art. 83 ust. 2 lit. a–j RODO, również ocenia przez pryzmat okoliczności tak łagodzących, jak i obciążających.

Odsetek publikowanych spraw, w których stwierdzono naruszenie przepisów z zakresu ochrony danych osobowych i organ zdecydował się uwzględnić tylko okoliczności łagodzące, wynosi w badanym okresie 8,5%, a w odniesieniu do okoliczności obciążających – 18,1%, natomiast w odniesieniu do okoliczności łagodzących i obciążających (uwzględnionych jednocześnie) – 19,1%. Jednak w większości spraw (54,3%), w których stwierdzono naruszenie przepisów z zakresu ochrony danych osobowych, organ nie zdecydował się uwzględnić żadnych okoliczności: ani łagodzących, ani obciążających (wykres 11). Z perspektywy diachronicznej można jednak zauważyć, że w pierwszym półroczu po wejściu w życie rozporządzenia 2016/679 organ nie uwzględniał żadnych okoliczności, ani łagodzących ani obciążających (sprawy oznaczone kolorem żółtym) i w tym czasie nie została nałożona również żadna administracyjna kara pieniężna. Ta tendencja stopniowo słabnie, co jest widoczne zwłaszcza w okresach IV–VII. Zdecydowanie rośnie liczba spraw, w których uwzględnione zostały okoliczności łagodzące lub obciążające, a maleje tych, w których organ nie zdecydował się uwzględnić żadnych okoliczności – ani łagodzących, ani obciążających.

27 Zob. Lista 101 skarg https://noyb.eu/en/eu-us-transfers-complaint-overview (skargi złożone do Prezesa UODO znajdują się na pozycjach 26–29 oraz 101, co oznacza, że 5 skarg dotyczy bezpośrednio podmiotów działających w Polsce. Te podmioty to: TVN Spółka Akcyjna, Telewizja Polska Spółka Akcyjna, Grupa Interia.pl, PKO BP, Onet-RAS Polska Group).

28 Zob. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62018CJ0311



Wykres 11. Liczba i odsetek spraw, w których Prezes UODO stwierdził naruszenie przepisów i uwzględnił okoliczności łagodzące lub obciążające, bądź nie zdecydował się uwzględniać żadnych okoliczności w sprawie
Źródło: opracowanie własne.

Oznacza to, że organ coraz częściej dostrzega i uwzględnia okoliczności różnego rodzaju, zarówno te przemawiające za łagodniejszym, jak i surowszym rozstrzygnięciem. Świadczy to o rosnącej refleksyjności i złożoności procesów decyzyjnych (organ jest zdolny do uwzględnienia rosnącej liczby czynników) co, jak można przypuszczać, powinno się przekładać na bardziej adekwatne decyzje.

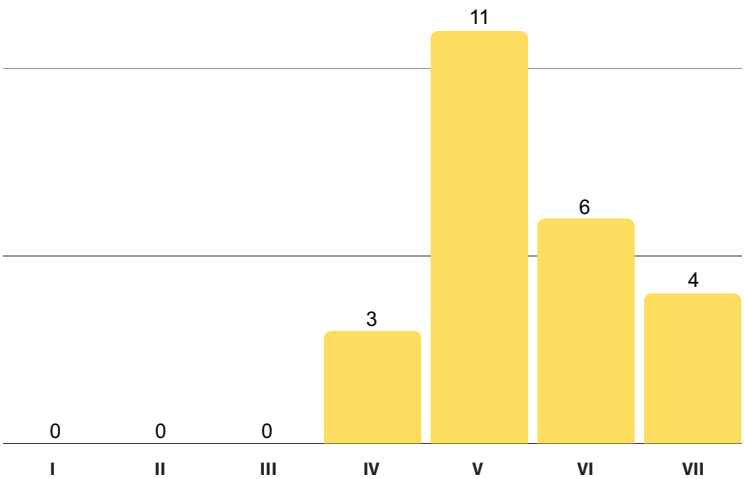
8.8. Współpraca z organem nadzorczym

Zgodnie z art. 31 RODO:

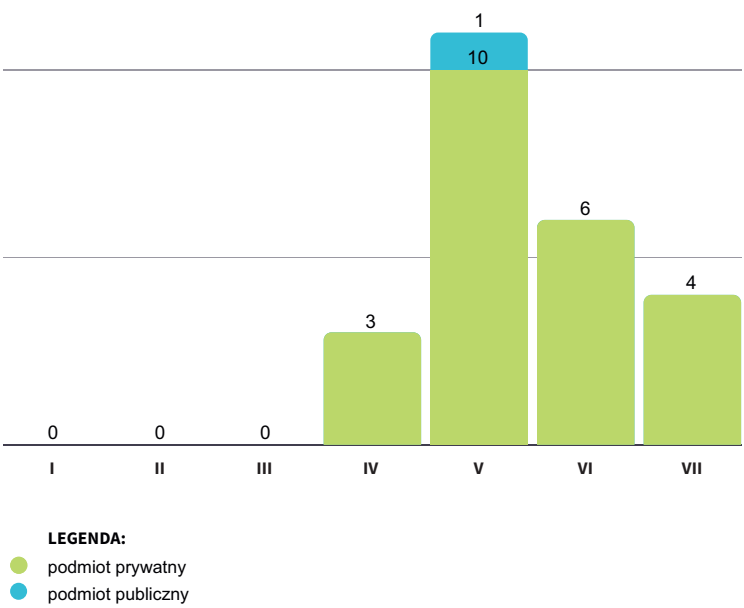
> Administrator i podmiot przetwarzający oraz – gdy ma to zastosowanie – ich przedstawiciele na żądanie współpracują z organem nadzorczym w ramach wykonywania przez niego swoich zadań.

Przez pierwsze półtora roku obowiązywania rozporządzenia 2016/679 nie została ujawniona ani jedna decyzja, w której organ stwierdzałby naruszenie art. 31 RODO

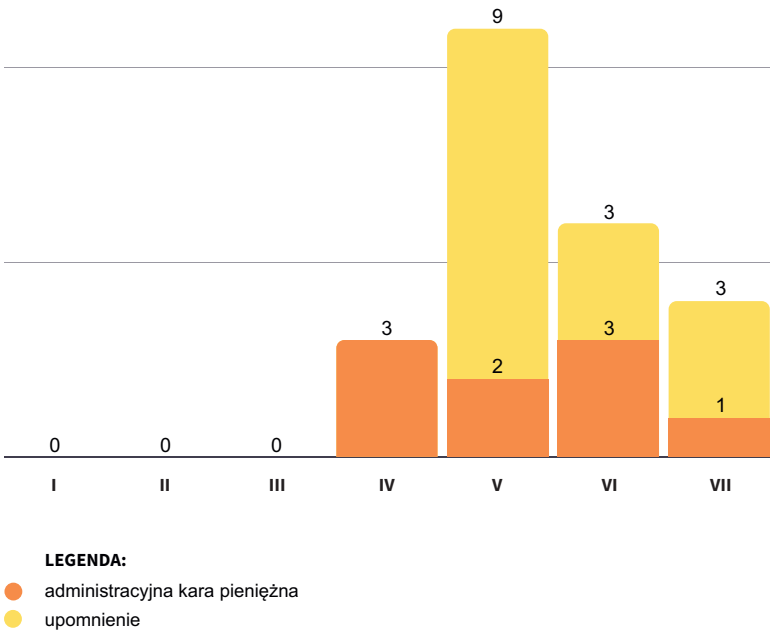
i tym samym organ nadzorczy ani razu nie skorzystał ze swoich uprawnień naprawczych, tj. nie została nałożona ani kara pieniężna, ani upomnienie na administratora danych za naruszenie w tym przedmiocie (wykres 12 oraz wykresy 13 i 14).



Wykres 12. Liczba stwierdzonych naruszeń art. 31 RODO
Źródło: opracowanie własne.



Wykres 13. Naruszenia art. 31 RODO z podziałem na naruszenia w obrębie sektora prywatnego i publicznego
Źródło: opracowanie własne.



Wykres 14. Naruszenia art. 31 RODO z podziałem na rozstrzygnięcie sprawy.
Źródło: opracowanie własne.

Widać jednak, że po tym czasie organ nadzorczy zaczął zwracać uwagę na brak współpracy i jednocześnie zaczął stawiać coraz większe wymogi administratorom danych w tym zakresie. Rosnąca świadomość Prezesa UODO przekłada się również na oficjalną retorykę organu, ujawnianą tak w oficjalnych komunikatach Urzędu, jak i w wydawanych przez organ decyzjach administracyjnych, wedle której dobra współpraca z organem nadzorczym w celu usunięcia naruszenia oraz złagodzenia jego ewentualnych negatywnych skutków może – zgodnie z art. 83 ust. 2 lit. f RODO[29] – zostać potraktowana jako okoliczność łagodząca i tym samym może pozytywnie wpłynąć na wymiar kary, znacząco go obniżając (zob. Rozdział 9).

Wykres 14 przedstawia, w jaki sposób były rozstrzygane sprawy, w których stwierdzono naruszenie art. 31 RODO. I tak, okres IV to 3 stwierdzone naruszenia (we wszystkich tych sprawach Prezes UODO zdecydował o nałożeniu administracyjnej kary pieniężnej); okres V to z kolei 11 stwierdzonych naruszeń (w 2 sprawach nałożono administracyjne kary pieniężne, w pozostałych 9 sprawach Prezes UODO udzielił upomnień administratorom); okres VI przyniósł 6 stwierdzonych naruszeń (w 3 sprawach nałożono administracyjną karę pieniężną,

29 Jak stanowi przywołany artykuł, „Decydując, czy nałożyć administracyjną karę pieniężną, oraz ustalając jej wysokość, zwraca się w każdym indywidualnym przypadku należytą uwagę na: […] stopień współpracy z organem nadzorczym w celu usunięcia naruszenia oraz złagodzenia jego ewentualnych negatywnych skutków".

a w pozostałych 3 sprawach zdecydowano się na udzielenie upomnienia); natomiast w okresie VII organ stwierdził 4 naruszenia wspomnianego przepisu (w 1 sprawie Prezes UODO zdecydował o nałożeniu administracyjnej kary pieniężnej, a w 3 pozostałych sprawach zostało udzielone upomnienie). Wykres 13 pokazuje natomiast, że problem braku współpracy z organem nadzorczym w zasadzie nie istnieje w sektorze publicznym i dotyczy on wyłącznie sektora prywatnego (23 naruszenia sektor prywatny, 1 naruszenie sektor publiczny).

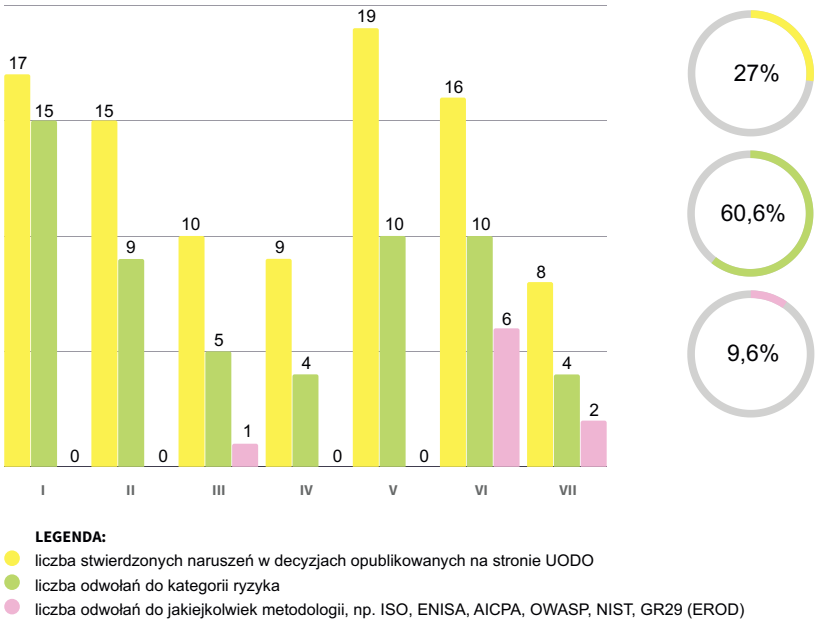
Problem jednak polega na tym, że trudno w przepisach rozporządzenia 2016/679 znaleźć szczegółowe wytyczne co do tego, jak rozumieć (dobrą, pełną) współpracę z organem nadzorczym. Z pomocą przychodzą w zasadzie tylko motyw 82 i motyw 86 RODO, więc *a contrario* brak współpracy będzie wiązał się z niepodjęciem wskazanych w tych motywach działań. Analiza jakościowa decyzji administracyjnych, w których Prezes UODO ocenia współpracę adresatów regulacji z organem nadzorczym, zawiera bardziej szczegółowe spostrzeżenia w tym przedmiocie (zob. Rozdział 9).

8.9. Ryzyko i metodologia ryzyka w decyzjach organu nadzorczego

Zgodnie z przyjętym podejściem opartym na ryzyku (*risk-based compliance*) w swoich decyzjach Prezes UODO cały czas odwołuje się do kategorii ryzyka. Odsetek decyzji zawierających takie odwołania w każdym z okresów nie spadł poniżej 50% spośród tych publikowanych spraw, w których organ nadzorczy stwierdził naruszenie przepisów (średnio w badanym okresie utrzymywał się on na poziomie 60,6%, wykres 15). Obserwowane w wybranych przedziałach czasu spadki w tym zakresie wiążą się każdorazowo z mniejszą liczbą stwierdzonych naruszeń w decyzjach opublikowanych na stronie UODO.

Wyjaśnieniem obniżonej aktywności organu nadzorczego w okresie III może być zmiana na stanowisku Prezesa UODO[30], zaś w okresie IV możemy wiązać ją z przypadającym na ten okres początkiem pandemii COVID-19. Trudno jednak znaleźć racjonalne przyczyny kolejnego spadku w ostatnim uwzględnionym przedziale czasu.

30 Kadencja dr Edyty Bielak-Jomaa rozpoczęła się 22 kwietnia 2015 r. (do 24 maja 2018 r. pełniła funkcję GIODO), a dobiegła końca 16 maja 2019 r. Od dnia 16 maja 2019 r. funkcję Prezesa UODO pełni Jan Nowak.



Wykres 15. Liczba spraw, w których organ nadzorczy stwierdził naruszenie przepisów z zakresu ochrony danych osobowych i odwołał się do kategorii ryzyka lub metodologii
Źródło: opracowanie własne.

Organ nadzorczy zaczął również z czasem odwoływać się do metodologii analizy ryzyka (po raz pierwszy uczynił to w jednej decyzji z drugiej połowy 2019 r.[31], a następnie dopiero w 2021 r.). Odsetek decyzji, w których Prezes UODO stwierdził naruszenie przepisów z zakresu ochrony danych osobowych i odwołał się do jakiejkolwiek metodologii, wciąż jest jednak znikomy (9,6%).

Powyższe może świadczyć o tym, że Prezes UODO chce świadomie wspierać procesy samoregulacji administratorów danych i podmiotów przetwarzających. Jednocześnie jednak organowi zdaje się brakować konsekwencji i odpowiednich umiejętności dla skutecznego komunikowania swoich intencji wobec adresatów oraz prowadzenia efektywnej działalności edukacyjnej poprzez publikowane decyzje.

Przez odwołanie się do metodologii rozumiemy tutaj wszelkie normy, wytyczne i metodyki dotyczące analizy ryzyka, na które powołuje się organ nadzorczy. Chodzi tutaj więc przede wszystkim o normy ISO oraz metodyki i wytyczne takich organizacji, agencji unijnych i stowarzyszeń, jak ENISA[32], AICPA[33],

31 Sprawa spółki Morele.net, ZSPR.421.2.2019.
32 The European Union Agency for Cybersecurity (Agencja Unii Europejskiej ds. Cyberbezpieczeństwa).
33 American Institute of Certified Public Accountants.

OWASP[34], NIST[35], GR29 (EROD)[36]. Prezes UODO w publikowanych materiałach edukacyjnych wskazuje na wielość dostępnych metodologii i podkreśla, że wybór konkretnej metody „powinien odpowiadać specyfice danego podmiotu, uwzględniać zakres i cele przetwarzania oraz rodzaj danych, a także wielkość, strukturę oraz możliwości organizacyjne, techniczne i finansowe danej jednostki" (UODO, 2018b). Wydaje się, że sami administratorzy danych, jeśli sięgają po konkretną metodologię, to najczęściej po normy i wytyczne ISO lub ENISA[37], które można uznać za najnowocześniejsze dostępne standardy.

Prezes UODO wydaje się zatem oczekiwać od adresatów identyfikacji i oceny swoich potrzeb oraz opracowania strategii działania i systemów kontroli wewnętrznej, a także ciągłego monitorowania przyjętych wewnątrz danej organizacji rozwiązań związanych z analizą i oceną ryzyka (*single-loop learning*). Działanie takie pozwala natomiast na systematyczne i cykliczne przeprowadzanie oceny wdrożonych rozwiązań w ramach audytów wewnętrznych i – w konsekwencji – na ulepszanie przyjętych procedur w zakresie przetwarzania danych zgodnie z założeniami unijnego rozporządzenia (*double-loop learning*).

Takie podejście organu zasługuje na aprobatę, bowiem szersze korzystanie przez adresatów z konkretnych metodologii – i uwzględnianie tego faktu przez organ nadzorczy – nie tylko przyczynia się do wzrostu refleksyjności systemów ochrony danych osobowych, ale także służy zwiększeniu efektywności ochrony prywatności osób, których dane dotyczą.

Przypomnijmy przy tym, że możliwość wykorzystania pętli uczenia się nie kończy się na tym. Organy regulacyjne powinny świadomie angażować się w zdobywanie wiedzy o branżach i problemach związanych z regulacją w określonych sektorach, aby móc oceniać i ulepszać swoje strategie regulacyjne (*triple-loop learning*).

34 The Open Web Application Security Project.

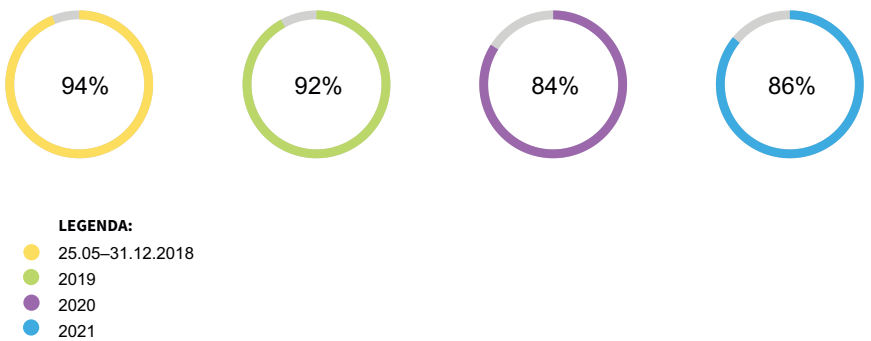
35 National Institute of Standards and Technology.

36 Grupa Robocza Art. 29 (teraz: Europejska Rada Ochrony Danych, European Data Protection Board).

37 Zob. np. sprawa Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A. (DKN.5131.3.2021), gdzie Spółka wdrożyła metodykę oceny naruszenia opracowaną na podstawie metodyki ENISA, czy sprawa ENEA S.A. (DKN.5131.7.2020), gdzie Spółka wskazała, że analizy incydentu zostały przeprowadzone na podstawie wytycznych ENISA (ENISA, 2013). W przypadku Virgin Mobile Polska Sp. z o.o. (DKN.5112.1.2020) Spółka złożyła do akt sprawy kopię uzyskanych certyfikatów: ISO/IEC 27001:2013, poświadczającego wdrożenie i utrzymywanie przez Spółkę systemu zarządzania bezpieczeństwem informacji w zakresie usług świadczonych przez operatora telekomunikacyjnego; ISO/IEC 27701:2019, poświadczającego wdrożenie i utrzymywanie przez Spółkę systemu zarządzania danymi osobowymi jako rozszerzenie ISO/IEC 27001:2013; oraz ISO/IEC 27002:2013 o zarządzanie prywatnością w zakresie usług świadczonych przez operatora telekomunikacyjnego.

8.10. Egzekucja administracyjna decyzji organu nadzorczego

Choć efektywność działań egzekucyjnych – rozumiana jako stosunek decyzji wyegzekwowanych do decyzji przekazanych do egzekucji (por. UODO, 2019; UODO, 2020; UODO, 2021a) – w okresie od początku obowiązywania rozporządzenia 2016/679 do końca 2021 r. spadła o 8 punktów procentowych, to wciąż utrzymuje się na wysokim poziomie. W pierwszym okresie obowiązywania unijnego rozporządzenia, tj. od 25 maja do 31 grudnia 2018 r., skuteczność egzekucji administracyjnej wynosiła aż 94%, w 2019 r. – 92%, w 2020 r. – 84%, natomiast w 2021 r. – 86% (wykres 16). Zauważmy, że takie wyniki znacznie przewyższają wskaźniki skuteczności dla egzekucji administracyjnej na zasadach ogólnych, która w badanym okresie wynosiła ok. 40% (Najwyższa Izba Kontroli, 2020, s. 74).

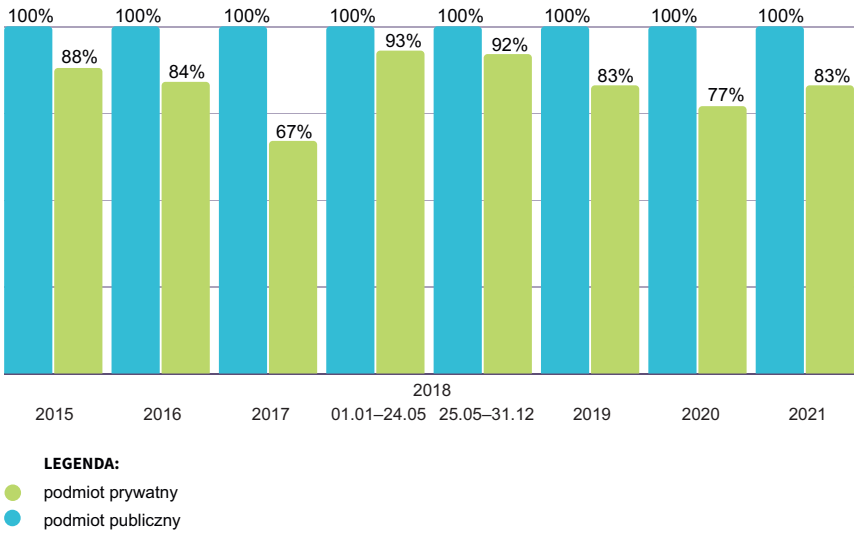


Wykres 16. Procentowy wskaźnik efektywności działań egzekucyjnych w odniesieniu do wszystkich decyzji administracyjnych przekazanych do egzekucji w okresie od 25 maja 2018 r. do 31 grudnia 2021 r.
Źródło: opracowanie własne.

Może to oznaczać, że rozwiązanie polegające na skupieniu w gestii jednego organu, jakim jest Prezes UODO, kompetencji kontrolnych, wydawania decyzji oraz egzekucji, sprawdza się w praktyce.

Od 2015 r. skuteczność prowadzonych działań egzekucyjnych w odniesieniu do podmiotów z sektora publicznego utrzymuje się na stałym poziomie, wynoszącym niezmiennie 100%. Pewne wahania obserwujemy za to w odniesieniu do podmiotów z sektora prywatnego. W latach 2015–2017, zatem jeszcze przed wejściem w życie rozporządzenia 2016/679, skuteczność egzekucji administracyjnej wydanych decyzji sukcesywnie malała, aż do poziomu 67%. Rok 2018 przynosi istotny i jednocześnie nagły wzrost skuteczności egzekucji w odniesieniu do podmiotów sektora prywatnego. Jeszcze w okresie przed wejściem w życie unijnego

rozporządzenia (od 1 stycznia do 24 maja 2018 r.) współczynnik ten wyniósł 93%, dla całego roku osiągając wartość ponad 90%. Również w latach kolejnych, 2019–2021, poziom skuteczności pozostaje wysoki, jednak widać w tym okresie ponowną tendencję spadkową, która może niepokoić (wykres 17).



Wykres 17. Zestawienie efektywności prowadzonych działań egzekucyjnych w odniesieniu do podmiotów z sektora publicznego i sektora prywatnego w latach 2015–2021
Źródło: opracowanie własne.

Przyczyn opisanego stanu rzeczy i nagłego „skoku skuteczności" w 2018 roku można upatrywać w dwóch czynnikach: wzroście świadomości społeczeństwa oraz administratorów danych, a także szumie medialnym towarzyszącym wejściu w życie rozporządzenia 2016/679. Tendencja spadkowa może zaś sugerować, że adresaci regulacji bardzo szybko oswoili się z nową filozofią ochrony danych osobowych, w efekcie czego uznali, że nowe podejście do ochrony prywatności nie stanowi aż takiej rewolucji, jak się spodziewano, a UODO nie przeprowadza masowych kontroli wśród administratorów danych. Tym samym, początkowy brak adekwatnych zasobów ludzkich w Urzędzie oraz konieczność reorganizacji struktury organu nadzoru mogła wzbudzić u adresatów regulacji mylne przekonanie, że mogą oni po prostu wrócić do dawnych praktyk. Ponowny wzrost skuteczności działań egzekucyjnych w 2021 r. daje jednak nadzieję, że po ponad 3 latach obowiązywania unijnego rozporządzenia organ nadzorczy dostosował swoją strukturę i działania do nowych okoliczności. Dotyczy to zarówno wzrostu zatrudnienia, jak i reorganizacji pracy w Urzędzie (zob. podrozdział 7.3).

8.11. Wnioski ogólne z analizy ilościowej

Z analizy podstawowych form aktywności Prezesa UODO wyłania się obraz systemu ochrony danych, który jest coraz skuteczniejszy, coraz bardziej refleksyjny i coraz bardziej świadomie modernizowany. Wobec tak częstych i w znacznej mierze zasadnych narzekań na stan administracji publicznej w naszym kraju warto docenić sukces, jakim okazało się dostosowanie systemu ochrony danych osobowych do nowych wymogów.

1 Liczba nakładanych administracyjnych kar pieniężnych stale rośnie, ale wciąż mamy do czynienia z łagodną polityką egzekwowania.

W całym objętym badaniem okresie administracyjna kara pieniężna została nałożona w ok. 0,5 promila rozpatrywanych przez organ spraw. Zgadza się to z wynikami innego badania, którego autorka stwierdza, że organ „traktuje karę administracyjną jako ostateczne narzędzie służące dyscyplinowaniu administratora danych" (Czub-Kiełczewska, 2021). Podejście, jakie prezentuje Prezes UODO do polityki egzekwowania, jest charakterystyczne również dla organów w innych państwach Europy Środkowo-Wschodniej. Organ zdecydowanie częściej sięga po mniej restrykcyjne środki naprawcze, klasyfikowane jako środki z grupy *soft enforcement* (zwłaszcza upomnienia czy nakazy określonego zachowania), jeszcze częściej zaś zadowala się wyjaśnieniami złożonymi przez administratorów danych. Trudno jest określić dokładną liczbę spraw załatwianych przez organ nadzorczy na etapie nieformalnych konsultacji i wyjaśnień w trybie art. 58 ust. 1 lit. a i e RODO, a więc bez konieczności wszczęcia postępowania administracyjnego (*super soft enforcement*). Taka praktyka pozwala jednak działać natychmiastowo wszystkim podmiotom zaangażowanym w sprawę, a więc:

- Prezesowi UODO (szybka reakcja na incydent, wydanie zaleceń administratorowi danych);
- administratorom danych (jeżeli sytuacja tego wymaga – zawiadomienie osób, których dane dotyczą, o naruszeniu na podstawie art. 34 ust. 1 RODO oraz niezwłoczne zastosowanie dodatkowych środków bezpieczeństwa w celu ograniczenia rozmiaru naruszenia);
- osobom, których dane dotyczą (świadomość ryzyka i możliwość podjęcia działań w celu zaradzenia negatywnym skutkom naruszenia lub ich zminimalizowania).

Tym samym działania należące do grupy *super soft enforcement*, z uwagi na ich odformalizowany charakter, znacznie przyspieszają proces przywrócenia stanu zgodnego z prawem i bezpośrednio przyczyniają się do poprawy bezpieczeństwa przetwarzanych danych osobowych.

2 Stale rośnie liczba spraw, w których uwzględnione zostały okoliczności łagodzące lub obciążające.

Rosnąca liczba spraw, w których uwzględnione zostały okoliczności łagodzące lub obciążające świadczy o rosnącej zdolności organu do podejmowania złożonych procesów decyzyjnych. To jednocześnie oznacza, że organ jest zdolny do uwzględnienia rosnącej liczby czynników w prowadzonych postępowaniach a to, jak można przypuszczać, powinno się przekładać na bardziej adekwatne decyzje.

3 Wyjątkowo niska liczba przeprowadzonych kontroli świadczy o tym, że brakuje rozwijania bardziej proaktywnych form ochrony i nadzoru.

Prezes UODO działa w przeważającej mierze reaktywnie, w trybie skargowym lub w odpowiedzi na zgłoszenia naruszeń, w bardzo ograniczonym zakresie podejmując działania z urzędu, co wiąże się z dramatycznie wręcz niską liczbą przeprowadzanych kontroli. Rozwijanie działalności kontrolnej wydaje się niezbędne dla aktywnej i systematycznej realizacji powierzonych organowi zadań. Wymagałoby to jednak nie tylko zwiększania zasobów, przede wszystkim kadrowych, ale także opracowania jasnej metodologii oceny ryzyka dla doboru podmiotów lub branż do rocznych planów kontroli.

4 Słabo wykorzystywane są mechanizmy, które zakładają bardziej aktywną i zaawansowaną samoregulację dokonywaną przez administratorów danych lub ich zrzeszenia.

Powodem takiego stanu rzeczy może być złożoność procedur związanych z wdrożeniem tych rozwiązań (co każe zastanawiać się nad funkcjonalnością przyjętego sposobu ich uregulowania). Przyczyny wydają się jednak wynikać z braku odpowiedniego doświadczenia i umiejętności – tak po stronie adresatów, jak i organu nadzorczego. Na wczesnym etapie obowiązywania nowych rozwiązań taki stan rzeczy nie zaskakuje, warto jednak podjąć bardziej aktywne działania na rzecz jego zmiany.

5 Prezes UODO przywiązuje coraz większą uwagę do współpracy administratorów danych z organem nadzorczym.

Coraz większe znaczenie współpracy administratorów danych na etapie prowadzonego postępowania ujawnia się, paradoksalnie, w rosnącej liczbie stwierdzanych naruszeń art. 31 RODO. Nie bez znaczenia jest też wzrost liczby kontaktów

z administratorami danych przed formalnym wszczęciem postępowania administracyjnego, co może oznaczać dostrzeganie przez organ korzyści płynących z takiej formy komunikacji z administratorami danych, która umożliwia bliższą i szybszą współpracę.

6 Na wysokim poziomie utrzymuje się skuteczność egzekucji wydanych decyzji.

Pozwala to uznać, że rozwiązanie polegające na skupieniu w gestii jednego organu kompetencji kontrolnych, wydawania decyzji oraz egzekucji sprawdza się w praktyce. Niepokojące jest jednak, że po skokowym wzroście skuteczności wspomnianych działań w roku wejścia w życie rozporządzenia 2016/679 nastąpił ponowny stopniowy spadek skuteczności działań egzekucyjnych w odniesieniu do podmiotów z sektora prywatnego.

7 W praktyce działalności Prezesa UODO dominują metody refleksyjnej regulacji charakterystyczne dla jej wariantu responsywnego.

Fakt, że organ nadzorczy w widoczny sposób chętnie korzysta m.in. z piramidy regulacyjnej, a także przywiązuje dużą wagę do możliwie mało sformalizowanej komunikacji i uzgodnień z adresatami regulacji oraz do współpracy adresatów z organem – wszystko to wskazuje na istotną rolę responsywnego podejścia do regulacji. Jednocześnie problemy z zastosowaniem bardziej zaawansowanych narzędzi metaregulacyjnych, jak również ograniczona rola systematycznej analizy ryzyka (zarówno w organizacji własnej aktywności regulatora, jak i w formułowanych wobec adresatów oczekiwaniach) wskazuje na stosunkową słabość alternatywnych ujęć refleksyjnej regulacji. Polski organ nadzorczy wydaje się zatem realizować dość wiernie wzorzec regulatora responsywnego, dążącego do zbudowania wspólnoty regulacyjnej z podległymi jego nadzorowi podmiotami.

Rozdział 9

Ocena współpracy adresata regulacji z organem nadzorczym przez Prezesa UODO (analiza jakościowa)

9.1. Uwagi wstępne

Jak wielokrotnie wskazywaliśmy, relacja między regulatorem a adresatami ma fundamentalne znaczenie dla skuteczności refleksyjnej regulacji ryzyka. Stąd też w obecnym rozdziale poddajemy badaniu, w jaki sposób postrzega i kształtuje te relacje Prezes UODO. W tym celu poddajemy analizie te decyzje, w których Prezes dokonuje oceny współpracy adresata z organem – niezależnie, czy ocena taka wypada korzystnie, czy nie. Pozwoli to odpowiedzieć na pytanie, jakie oczekiwania organ nadzorczy wysuwa wobec adresatów i jakimi sposobami dąży do spełnienia przez nich tych oczekiwań.

Podstawowy obowiązek współpracy adresatów z organem nadzorczym został sformułowany w art. 31 RODO. Jego naruszenie zagrożone jest sankcją w postaci administracyjnej kary pieniężnej na podstawie art. 83 ust. 4 lit. a RODO. Co ciekawe, obowiązek ten nie był wyrażony *expressis verbis* w poprzednio obowiązującym stanie prawnym na gruncie dyrektywy 95/46/WE. Z obowiązkiem tym jest powiązany także szereg innych postanowień rozporządzenia, które uszczegóławiają jego zakres. Ich analiza dogmatyczna wykracza jednak poza obszar niniejszego badania.

Tabela 6 przedstawia wykaz spraw, w których Prezes UODO stwierdził naruszenie obowiązku współpracy, o którym mowa w art. 31 RODO. Łącznie opublikowano 24 decyzje administracyjne dotyczące tego typu spraw, przy czym:

- w 15 sprawach organ nadzorczy zdecydował o udzieleniu administratorowi danych upomnienia,
- w 9 sprawach na administratorów danych zostały nałożone administracyjne kary pieniężne na łączną kwotę 237 905,70 PLN (średnia wysokość kar wynosi 26 433,96 PLN, jest więc niższa od średniej dla wszystkich kar pieniężnych).

Tabela 6. Wykaz spraw, w których Prezes UODO stwierdził naruszenie art. 31 RODO (w okresie od 25 maja 2018 r. do 31 grudnia 2021 r.).

Numer decyzji	Data decyzji	Podmiot ukarany	Naruszony artykuł	Okoliczności łagodzące	Okoliczności obciążające	Rozstrzygnięcie	Wysokość kary, jeżeli nałożono
1	2	3	4	5	6	7	8
DKE.561.16.2021	01.12.2022	Pactum Poland Sp. z o.o.	31, 58.1 e	Nie	Tak	K	18 192 PLN
DKE.561.12.2021	07.09.2021	JDG	31, 58.1 a, e	Tak	Nie	U	–
DKE.561.22.2021	06.09.2021	D. Sp. z o.o.	31, 58.1 a, e	Tak	Nie	U	–
DKE.561.28.2020	01.09.2021	M Sp. z o.o.	58.2 g[38]	Nie	Nie	U	–
DKE.561.23.2020	27.04.2021	PNP S.A.	31, 58.1 e	Nie	Tak	K	22 739 PLN
DKE.561.3.2021	15.04.2021	N Sp. z o.o.	31, 58.1 a, e	Tak	Nie	U	–
DKE.561.25.2020	19.03.2021	Funeda Sp. z o.o.	31, 58.1 a, e	Nie	Tak	K	22 739,50 PLN
DKE.561.22.2020	19.03.2021	JDG	31, 58.1 a, e	Nie	Nie	U	–
DKE.561.8.2020	01.03.2021	E Sp. z o.o.	31, 58.1 a, e	Nie	Nie	U	–
DKE.561.16.2020	05.01.2021	Anwara Sp. z o.o.	31, 58.1 a	Nie	Tak	K	21 397 PLN
DKE.561.17.2020	18.12.2020	JDG	31, 58.1 e	Tak	Nie	U	–
DKE.561.24.2020	16.12.2020	Z Sp. z o.o.	31, 58.1 e	Tak	Tak	U	–
DKE.561.13.2020	09.12.2020	Smart Cities Sp. z o.o.	31, 58.1 e	Nie	Tak	K	12 838,20 PLN
DKE.561.9.2020	04.12.2020	K S.A.	31, 58.1 e	Nie	Nie	U	–

38 W decyzji błędnie wskazano art. 58 ust. 1 lit. g RODO.

1	2	3	4	5	6	7	8
DKE.561.12.2020	04.12.2020	P. Sp. z o.o. sp. k.	31, 58.1 e	Tak	Tak	U	–
DKE.561.14.2020	04.12.2020	P. G. Sp. z o.o.	31, 58.1e	Tak	Tak	U	–
DKE.561.15.2020	04.12.2020	P. G. Sp. z o o. Sp. k.	31, 58.1 e	Tak	Tak	U	–
DKE.561.20.2020	26.11.2020	Z Sp. J.	58.1 a, e	Tak	Nie	U	–
DKE.561.21.2020	19.11.2020	K Sp. z o.o.	31, 58.1 a	Nie	Nie	U	–
DKE.561.6.2020	09.09.2020	S Sp. z o.o.	31, 58.1 a	Nie	Nie	U	–
DKE.561.3.2020	02.07.2020	Główny Geodeta Kraju	31, 58.1 e, f	Nie	Tak	K	100 000 PLN
DKE.561.2.2020	03.06.2020	Przedsiębiorca prowadzący niepubliczne żłobek i przedszkole	58.1 e	Nie	Tak	K	5 000 PLN
DKE.561.1.2020	29.05.2020	East Power Sp. z o.o.	58.1 e	Nie	Tak	K	15 000 PLN
ZSPR.421.19.2019	09.03.2020	Vis Consulting Sp. z o.o.	31, 58.1.e, f	Nie	Tak	K	20 000 PLN

Legenda: K – administracyjna kara pieniężna; U – upomnienie.
Źródło: opracowanie własne.

9.2. Sprawy, w których organ nadzorczy udzielił administratorowi danych upomnienia

Przypadki, w których Prezes UODO decydował się na udzielenie upomnienia administratorowi danych niewspółpracującemu z organem nadzorczym, można zaklasyfikować w następujący sposób:

1) brak odpowiedzi na wezwanie organu w wyznaczonym terminie;
2) udzielenie niesatysfakcjonującej odpowiedzi na wezwanie organu, a następnie złożenie dodatkowych, pełnych wyjaśnień w sprawie;
3) niezawiadomienie organu o naruszeniu ochrony danych w oparciu o art. 33 RODO, a następnie dokonanie prawidłowego zgłoszenia;
4) niekompletne zawiadomienie organu o naruszeniu ochrony danych w oparciu o art. 33 RODO, a następnie uzupełnienie zgłoszenia;
5) naruszenie obowiązku przestrzegania nakazu orzeczonego przez organ nadzorczy na podstawie art. 58 ust. 2 RODO.

Prezes UODO decyduje się na udzielenie administratorowi danych upomnienia z powodu początkowego braku współpracy przede wszystkim w tych przypadkach, gdy administrator nie udziela oczekiwanych przez organ odpowiedzi i wyjaśnień w terminie lub kiedy udzielane przez administratora danych odpowiedzi są niewystarczające do oceny zaistniałego naruszenia. Takie zachowanie administratora, w ocenie organu, utrudnia wnikliwe rozpatrzenie sprawy, a także prowadzi do przedłużania postępowania, co stoi w sprzeczności z podstawowymi zasadami postępowania administracyjnego: zasadami wnikliwości i szybkości postępowania. Jednakże, zdaniem organu, z uwagi na krótkotrwały charakter braku współpracy w takich przypadkach, działanie administratora danych nie może być uznane za godzące w cały system ochrony danych osobowych. Finalnie, administrator danych wyraża bowiem chęć współpracy z Prezesem UODO w celu usunięcia zaistniałego naruszenia.

W tym przypadku chodzi zarówno o sytuacje, w których administrator danych sam zgłosił naruszenie danych[39], przypadki, w których do wiadomości Prezesa UODO wpłynęło zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa, ale administrator nie zgłosił organowi nadzorczemu naruszenia[40] lub zgłoszone naruszenie zawierało braki[41], a także – w przeważającej większości – przypadki, w których wezwania do złożenia wyjaśnień były inicjowane skargą osoby, która zgłaszała nieprawidłowości w procesie przetwarzania danych osobowych jej dotyczących[42].

39 Zob. DKE.561.6.2020, DKE.561.20.2020.
40 Zob. DKE.561.21.2020.
41 Zob. DKE.561.20.2020.
42 Zob. DKE.561.12.2020, DKE.561.14.2020, DKE.561.15.2020, DKE.561.9.2020, DKE.561.24.2020, DKE.561.17.2020, DKE.561.8.2020, DKE.561.22.2020, DKE.561.3.2021, DKE.561.22.2021, DKE.561.12.2021, DKE.561.28.2020.

W sprawach, w których Prezes UODO zdecydował się na udzielenie administratorowi danych upomnienia, organ wprost wskazuje, że zachowanie administratora polegające na późniejszym wyrażeniu woli współpracy nie zwalnia go z odpowiedzialności za zaniechanie czy zaniedbanie leżące po jego stronie. Oznacza to, że fakt początkowego niewywiązywania się z obowiązku współpracy nie pozostaje bez znaczenia dla sprawy, ale następcza, aktywna postawa administratora danych wskazująca na gotowość do dalszego współdziałania z organem nadzorczym jest przez organ zdecydowanie pożądana. Oznacza to, że współpraca jest postrzegana przez Prezesa UODO jako proces, który niekoniecznie musi trwać od pierwszego wezwania skierowanego przez organ do administratora danych. Zaistnienie woli współpracy po stronie administratora danych sprowadza się natomiast najczęściej do udzielenia Prezesowi UODO żądanych informacji, nadesłania szczegółowych wyjaśnień, zapewnienia dowodów niezbędnych do dalszego prowadzenia postępowania, usunięcia skutków naruszenia czy wywiązania się ze swoich obowiązków (np. dokonania zgłoszenia naruszenia ochrony danych[43] czy wykonania nakazu orzeczonego przez organ nadzorczy na podstawie art. 58 ust. 2 RODO[44]), a także samego faktu usprawiedliwienia swojego postępowania.

K. Sp. z o.o. (DKE.561.21.2020)

Do Prezesa UODO wpłynęło „zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa złożone przez K. Sp. z o.o. […] do Komendy Wojewódzkiej Policji […]. Zawiadomienie to dotyczyło awarii serwera obsługującego w Spółce system rezerwacji i sprzedaży usług hotelowo gastronomicznych. Awaria polegała na zaszyfrowaniu plików baz danych znajdujących się na ww. serwerze poprzez złośliwe oprogramowanie".

Z uwagi na fakt niedokonania zgłoszenia naruszenia ochrony danych osobowych organowi nadzorczemu, Prezes UODO zdecydował o wszczęciu postępowania wyjaśniającego, a następnie zwrócił się do Spółki o udzielenie informacji w sprawie. Organ trzykrotnie wzywał Spółkę do złożenia wyjaśnień (wszystkie wezwania zostały prawidłowo doręczone, choć osoba reprezentująca Spółkę, w rozmowie telefonicznej z pracownikiem Urzędu twierdziła, iż żadnego wezwania nie otrzymała), jednakże pozostały one bez odpowiedzi. Wobec powyższego Prezes UODO zdecydował o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w przedmiocie nałożenia na Spółkę administracyjnej kary pieniężnej.

„W reakcji na pismo informujące o wszczęciu postępowania w przedmiocie nałożenia na Spółkę administracyjnej kary pieniężnej, Prezes Zarządu Spółki w sposób zgodny z art. 33 rozporządzenia 2016/679 dokonał zgłoszenia naruszenia ochrony danych osobowych" oraz „złożył szczegółowe wyjaśnienia uzasadniające krótkotrwały brak współpracy z Prezesem UODO", co też pozwoliło organowi nadzorczemu na prowadzenie dalszego postępowania.

Zdaniem organu nadzorczego „działania Spółki z pewnością skutkowały krótkotrwałym brakiem dostępu do dowodów wskazujących na obowiązek zgłoszenia naruszenia ochrony danych osobowych". Niemniej jednak, w ocenie organu „naruszenie miało charakter nieumyślny, można mówić o zaniedbaniu. Po stronie Spółki zaistniała wola współpracy w zapewnieniu organowi wszelkich informacji (dowodów) niezbędnych do dalszego prowadzenia postępowania […]".

43 Zob. DKE.561.21.2020.
44 Zob. DKE.561.28.2020.

M. Sp. z o.o. (DKE.561.28.2020)

„Spółka początkowo nie odbierała kierowanej do niej korespondencji, jednakże Prezes Zarządu Spółki […] poinformował o przeszkodach, które uzasadniały niemożność sprawnego jej wykonania, tj. długoletni brak administrowania serwisem […] oraz zaginięcie haseł dostępu do panelu administracyjnego. […] Spółka bezspornie przez okres 11 miesięcy nie wywiązała się z ciążącego na niej na mocy art. 58 ust. 2 lit. g) w związku z art. 17 ust. 1 lit. c) Rozporządzenia 2016/679 obowiązku usunięcia danych. Spółka ostatecznie – pomimo znacznego opóźnienia – wykonała nakaz decyzji administracyjnej Prezesa UODO […]".

W ramach toczących się postępowań administratorzy danych wskazywali najróżniejsze przyczyny opóźnień w złożeniu wyjaśnień, uzasadniające tym samym początkowy brak współpracy z organem nadzorczym. Wśród nich można wskazać przykładowo:

- trudną sytuację rodzinną, sytuację zdrowotną osoby prowadzącej jednoosobową działalność gospodarczą lub osoby uprawnionej do reprezentacji Spółki[45];
- sytuację związaną z pandemią COVID-19, w tym: redukcja etatów, zmiany organizacyjne w pracy biurowej, konieczność pracy w formie zdalnej[46];
- błąd w adresie do korespondencji wskazanym w CEIDG, którego administrator danych nie był świadomy[47];
- problemy techniczne, długoletni brak administrowania serwisem oraz zaginięcie haseł[48];
- nieefektywną organizację obiegu korespondencji, pisma trafiały do nowo zatrudnionych osób[49];
- pisma trafiały do domowników, którzy nie przekazali administratorowi wezwań[50].

Co szczególnie istotne, Prezes UODO w trakcie postępowania nie podchodzi do wskazywanych przez administratorów danych przyczyn braku współpracy w sposób bezrefleksyjny. Za każdym razem organ ocenia, czy w świetle zaistniałych faktów należy dać wiarę wyjaśnieniom składanym przez administratora, podkreślając przy tym, że wyjaśnienia te i tak nie zdejmą z administratora danych odpowiedzialności za nieudzielanie odpowiedzi na wezwania organu.

Usprawiedliwiając swoje postępowanie, administratorzy danych w sprawach, które zakończyły się udzieleniem upomnienia, niejednokrotnie wyrażają również skruchę czy żal z powodu zaistniałej sytuacji i braku należytej współpracy z Prezesem UODO od samego początku. Fakt ten zdaje się również uwzględniany przez

45 Zob. DKE.561.21.2020, DKE.561.17.2020, DKE.561.8.2020.
46 Zob. DKE.561.21.2020, DKE.561.24.2020, DKE.561.17.2020, DKE.561.3.2021, DKE.561.12.2020, DKE.561.14.2020, DKE.561.15.2020, DKE.561.24.2020, DKE.561.3.2021.
47 Zob. DKE.561.12.2021.
48 Zob. DKE.561.28.2020.
49 Zob. DKE.561.12.2020, DKE.561.14.2020, DKE.561.15.2020, DKE.561.20.2020.
50 Zob. DKE.561.22.2020.

organ nadzorczy, bowiem Prezes UODO niejednokrotnie zwraca na niego uwagę w swoich uzasadnieniach[51], jednakże trudno uznać go za mający podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia.

D. Sp. z o.o. (DKE.561.22.2021)

„Zdaniem Prezesa UODO, działania Spółki z pewnością skutkowały brakiem dostępu do dowodów wskazujących na legalność i zgodność z prawem przetwarzania przez Spółkę danych osobowych Skarżącego. Przedstawione przez Spółkę uzasadnienie braku odpowiedzi na wezwania Prezesa UODO nie zdejmuje z niego odpowiedzialności za stwierdzone zaniechanie. Jednakże wskazane przez Spółkę przyczyny braku współpracy z organem nadzorczym[52] należało uwzględnić, jako wiarygodne oraz mające istotny wpływ na ocenę zachowania tej Spółki, w kontekście wyboru zastosowanej wobec niej w niniejszym postępowaniu sankcji".

Prezes UODO podkreśla w swoich uzasadnieniach także znaczenie nieumyślności dla rodzaju zastosowanej sankcji (upomnienia). Problem polega na tym, że czasami organ ocenia tę kategorię w sposób niedostatecznie jasny i jednocześnie – wysoce dyskusyjny. Przykładem może być tutaj sprawa, w której korespondencja urzędowa kierowana do administratora danych była odbierana przez jego domowników, w efekcie czego – zdaniem administratora – nie miał on możliwości złożenia wyjaśnień, bo nie wiedział, że toczy się postępowanie w jego sprawie. Trudno uznać takie wyjaśnienie za wiarygodne.

Powyższe pozwala uznać, że najważniejsze dla organu nadzorczego jest nie tyle to, aby brak współpracy ze strony administratora danych nie miał charakteru umyślnego (tzn. aby nie był celowy), ale przede wszystkim to, aby administrator – choćby na ostatnim etapie postępowania – podjął współpracę z organem. Drugorzędne znaczenie zdaje się mieć jednak kwestia wskazywanych przez administratora przyczyn braku współpracy z organem nadzorczym.

We wszystkich sprawach, w których organ nadzorczy zdecydował o udzieleniu administratorowi danych upomnienia, Prezes UODO podkreśla również, że jest to uzasadnione tak w świetle obowiązujących przepisów prawa, jak i w związku z zaistniałym stanem faktycznym. Jednocześnie zaznacza, że w przypadku dopuszczenia się przez administratora danych podobnego naruszenia w przyszłości fakt udzielania upomnienia będzie brany pod uwagę przy ocenie przesłanek przemawiających za ewentualnym wymierzeniem administracyjnej kary pieniężnej. Tym samym, pierwsze upomnienie w tej samej sprawie może zostać potraktowane jako okoliczność obciążająca administratora, zgodnie z zasadami określonymi w art. 83 ust. 2 RODO.

51 Zob. DKE.561.21.2020, DKE.561.22.2020, DKE.561.12.2021.

52 Wspólnik Spółki uprawniony do odbioru korespondencji za pośrednictwem elektronicznej Platformy Usług Administracji Publicznej (ePUAP) został zatrzymany i osadzony w Areszcie Śledczym, w charakterze osoby podejrzanej na podstawie postanowienia prokuratora.

9.3. Sprawy, w których organ nadzorczy zdecydował o nałożeniu na administratora danych administracyjnej kary pieniężnej

Przypadki, w których organ nadzorczy decydował się na nałożenie administracyjnej kary pieniężnej na administratora danych, który nie współpracował z Prezesem UODO, można zaklasyfikować w następujący sposób:

1) brak odpowiedzi na wezwanie organu;
2) udzielenie niesatysfakcjonującej odpowiedzi na wezwanie organu;
3) brak współpracy z organem w postępowaniu kontrolnym:
   a) uniemożliwienie przeprowadzenia kontroli w zakresie objętym upoważnieniami pracowników UODO;
   b) niezapewnienie dostępu do danych osobowych i innych informacji oraz pomieszczeń, skutkujące całkowitym uniemożliwieniem przeprowadzenia czynności kontrolnych (kiedy kontrola w ogóle nie została przeprowadzona).

Prezes UODO decyduje się na nałożenie na administratora danych kary pieniężnej z powodu braku współpracy przede wszystkim w tych przypadkach, **gdy administrator nie udziela oczekiwanych przez organ odpowiedzi i wyjaśnień w sprawie**, niezbędnych do oceny zaistniałego naruszenia. Takie zachowanie administratora, w ocenie organu, uniemożliwia bowiem wnikliwe rozpatrzenie sprawy, a także prowadzi do nadmiernego i nieuzasadnionego przedłużania postępowania, co stoi w sprzeczności z podstawowymi zasadami postępowania administracyjnego – zasadami wnikliwości i szybkości postępowania.

Chodzi tu o dwojakiego rodzaju sytuacje:

- Sprawy, w których administrator danych sam zgłosił naruszenie danych i – zdaniem organu – powinien oczekiwać na kontakt ze strony Urzędu[53]. W ocenie Prezesa UODO samo zgłoszenie naruszenia nie kończy bowiem sprawy, a jest jedynie zdarzeniem inicjującym dialog między organem a podmiotem zgłaszającym.
- Wezwania do złożenia wyjaśnień były inicjowane skargą osoby, która zgłaszała nieprawidłowości w procesie przetwarzania danych osobowych jej dotyczących[54]. W tych sprawach organ nie dokonywał oceny naruszenia arbitralnie, a chciał wysłuchać również wyjaśnień drugiej strony, a więc administratora danych. Organ nadzorczy podkreśla jednocześnie, że administratorzy danych, jako „podmioty profesjonalnie uczestniczące w obrocie prawno-gospodarczym, powinni mieć świadomość ciążących na nich obowiązków”[55].

53 Zob. DKE.561.2.2020.
54 Zob. DKE.561.16.2020, DKE.561.25.2020, DKE.561.23.2020, DKE.561.16.2021.
55 Zob. DKE.561.16.2020.

Przedsiębiorca prowadzący niepubliczne żłobek i przedszkole (DKE.561.2.2020)

Przedsiębiorca prowadzący niepubliczny żłobek i przedszkole zgłosił do organu nadzorczego naruszenie ochrony danych osobowych. Incydent polegał na utracie przez Przedsiębiorcę dostępu do danych osobowych przechowywanych w siedzibie prowadzonej przez niego placówki.

Zdaniem organu nadzorczego, w zgłoszeniu brakowało informacji niezbędnych do oceny tego naruszenia, wobec czego Prezes UODO trzykrotnie skierował do Przedsiębiorcy wezwanie do złożenia stosownych wyjaśnień i przedstawienia zanonimizowanej treści zawiadomienia skierowanego do osób, których dotyczy naruszenie (wezwanie było trzykrotnie nieodebrane, mimo iż – jak uznał organ nadzorczy – Przedsiębiorca zgłaszający naruszenie powinien spodziewać się kontaktu ze strony organu). W związku z nieudzieleniem przez Przedsiębiorcę informacji niezbędnych do rozstrzygnięcia sprawy, organ nadzorczy wszczął z urzędu postępowanie w przedmiocie nałożenia na Przedsiębiorcę administracyjnej kary pieniężnej.

Administracyjna kara pieniężna może zostać nałożona również w sytuacji, w której **organ uzna udzielone wyjaśnienia za niesatysfakcjonujące** lub nawet lekceważące tak organ, jak i sprawę, w toku której Prezes UODO zażądał wyjaśnień[56]. Taka postawa zdaniem organu również może wskazywać na brak woli współpracy oraz prowadzić do nadmiernego i nieuzasadnionego przedłużania postępowania.

East Power Sp. z o.o. (DKE.561.1.2020)

Prezes UODO trzykrotnie wzywał Spółkę do udzielenia wyjaśnień oraz ustosunkowania się do treści skargi. Pierwsze pismo, prawidłowo doręczone, pozostało bez odpowiedzi; odpowiedź Spółki na drugie wezwanie została uznana przez organ nadzorczy za „dalece niepełną (brak wyczerpującej odpowiedzi na żadne z trzech szczegółowych pytań zadanych w piśmie Prezesa UODO), wewnętrznie sprzeczną (Spółka z jednej strony stwierdziła, że uzyskała dane osobowe Skarżącego z sieci Internet, a z drugiej oświadczyła, że «nie przetwarzała, ówcześnie ani aktualnie, danych osobowych Skarżącego») i – w ocenie Prezesa UODO – lekceważącą zarówno organ jak i sprawę, w toku której organ zażądał wyjaśnień".

W ocenie organu postępowanie Spółki jest celowe i „wskazuje na brak woli współpracy z Prezesem UODO w ustaleniu stanu faktycznego sprawy i prawidłowym jej rozstrzygnięciu lub co najmniej rażące lekceważenie swoich obowiązków dotyczących współpracy z Prezesem UODO".

Organ w toku prowadzonego postępowania zwraca również uwagę na to, czy administrator danych w jakikolwiek sposób próbował usprawiedliwić swoje postępowanie (brak odpowiedzi lub odpowiedź uznaną przez organ za dalece niepełną) lub czy chociaż kontaktował się z Urzędem Ochrony Danych Osobowych, aby zasygnalizować swoje wątpliwości w związku z zakresem żądanych przez Prezesa UODO informacji. Co więcej, organ wskazuje również, że pytania, które kieruje do administratorów danych w swoich wezwaniach, są „niezbyt skomplikowane i niewymagające specjalistycznej wiedzy z zakresu ochrony danych osobowych"[57],

56 Zob. DKE.561.1.2020, DKE.561.13.2020.

57 Zob. np. DKE.561.13.2020.

co dodatkowo sugeruje, że Prezes UODO stara się odpowiednio prowadzić komunikację z administratorami danych, tak aby była ona dla nich w pełni zrozumiała.

Nie oznacza to jednak, że jakiekolwiek usprawiedliwienie jest przez organ automatycznie przyjmowane: czasami uznaje za nieusprawiedliwione okoliczności, które są bardzo zbliżone do sytuacji omówionych w podrozdziale 9.2 i które w tamtych sprawach zostały uznane za dostateczne (np. nieodbieranie awizowanych wezwań). Również ocena umyślności bądź nieumyślności postępowania w sprawach zakończonych nałożeniem kary pieniężnej rodzi wątpliwości, podobnie jak w sprawach kończących się upomnieniem. Wydaje się, że w niektórych sprawach ocena umyślności postępowania jest podporządkowana temu, czy dany podmiot podjął ostatecznie współpracę, a w konsekwencji czy w ocenie organu zasługuje jedynie na upomnienie, czy karę pieniężną. Nie zawsze też nawet brak umyślności będzie skutkować zwolnieniem z kary.

PNP S. A. (DKE.561.23.2020)

Prezes UODO trzykrotnie wzywał Spółkę do złożenia wyjaśnień oraz ustosunkowania się do treści skargi osoby, która zgłosiła, że Spółka przekazała jej dane osobowe – bez jej zgody – do innego podmiotu. Wszystkie wezwania organu pozostały bez odpowiedzi (pisma dwukrotnie awizowane, niepodjęte w terminie przez Spółkę), wobec czego Prezes UODO zdecydował o wszczęciu z urzędu postępowania administracyjnego w przedmiocie nałożenia na Spółkę administracyjnej kary pieniężnej.

Warto również wskazać, że „w ocenie Prezesa UODO dokonane przez Spółkę naruszenie miało charakter nieumyślny, jednakże w związku z tym, że było ono następstwem rażącego i długotrwałego zaniedbania przez Spółkę swojego podstawowego obowiązku (zapewnienia takiej organizacji odbioru pism, aby przebieg korespondencji urzędowej odbywał się w sposób ciągły i niezakłócony), okoliczność ta winna być oceniona negatywnie i uznana za obciążającą w kontekście ustalenia wysokości orzeczonej kary".

Prezes UODO decyduje się na nałożenie kary pieniężnej na administratora danych również w sytuacji **braku współpracy w postępowaniu kontrolnym**. Tym samym nie godzi się on z sytuacjami, w których adresaci regulacji, poprzez udaremnienie działań kontrolnych, uniemożliwiają organowi realizację jego zadań ustawowych. W tym przypadku możemy mówić zasadniczo o dwóch sytuacjach, które miały miejsce w badanym okresie. Pierwsza z nich polega na uniemożliwieniu przeprowadzenia kontroli w zakresie objętym upoważnieniami pracowników UODO. Oznacza to, że kontrola co prawda zostaje przeprowadzona, jednakże z uwagi na odmowę administratora danych na przeprowadzenie czynności kontrolnych w odniesieniu do niektórych czynności przetwarzania organ nie jest w stanie uzyskać pełnych i wiążących wyjaśnień administratora w przedmiocie objętym zakresem kontroli. Druga sytuacja polega zaś na niezapewnieniu dostępu do danych osobowych i innych informacji oraz odpowiednich pomieszczeń, w tym sprzętu i środków służących do przetwarzania danych, które skutkuje całkowitym uniemożliwieniem przeprowadzenia czynności kontrolnych.

Główny Geodeta Kraju (DKE.561.3.2020)

Prezes UODO, w związku z ustaleniami poczynionymi podczas kontroli prowadzonej w Starostwie Powiatowym, zdecydował o konieczności przeprowadzenia kontroli przetwarzania danych osobowych, w zakresie udostępniania za pośrednictwem portalu GEOPORTAL2 danych osobowych z ewidencji gruntów i budynków także u Głównego Geodety Kraju. Zaplanowana kontrola odbyła się zgodnie z ustaleniami, jednakże jej zakres został znacząco ograniczony w związku z niewyrażeniem przez GGK zgody na przeprowadzenie czynności kontrolnych w zakresie przedstawionego upoważnienia. W toku kontroli kontrolujący nie dokonali oceny wdrożonych środków technicznych mających na celu zapewnienie bezpieczeństwa danych objętych ochroną oraz nie uzyskali pełnych i wiążących, mających skutek prawny, wyjaśnień kontrolowanego w przedmiocie objętym zakresem kontroli.

W związku z uniemożliwieniem przeprowadzenia kontroli w planowym zakresie, Prezes UODO zdecydował o wszczęciu z urzędu postępowania w przedmiocie nałożenia na GGK administracyjnej kary pieniężnej. Organ nadzorczy uznał, iż działania GGK polegające na świadomym i celowym braku współpracy z Prezesem UODO oraz działania mające na celu udaremnienie przeprowadzenia kontroli (brak zgody na przeprowadzenie czynności kontrolnych został sformułowany w sposób jednoznaczny i stanowczy, a w toku postępowania był wielokrotnie podtrzymywany) należy uznać za godzące w cały system ochrony danych osobowych oraz uprawnienia organu nadzorczego.

Zarówno współpraca, jak też jej brak są postrzegane przez organ nie jako jednorazowy incydent, ale jako stan trwający w czasie. W swoich uzasadnieniach organ nadzorczy niejednokrotnie zaznacza, że „wagę naruszenia zwiększa dodatkowo okoliczność, że dokonane przez Spółkę naruszenie nie było zdarzeniem incydentalnym. Działanie Spółki było ciągłe i długotrwałe. Trwa od upływu 7-dniowego terminu wyznaczonego w pierwszym piśmie na złożenie wyjaśnień […] – do dnia wydania niniejszej decyzji”[58]. Co równie istotne, organ przed formalnym wszczęciem postępowania w sprawie nałożenia administracyjnej kary pieniężnej dodatkowo poucza administratora danych o konsekwencjach braku współpracy. Pismo informujące o wszczęciu postępowania zawiera zaś także wezwanie do przedstawienia danych finansowych (sprawozdania finansowego za dany rok lub oświadczenia o wysokości obrotu i wyniku finansowego osiągniętego w danym roku) celem ustalenia podstawy wymiaru kary.

Dla organu nadzorczego nie bez znaczenia jest również to, czy naruszenia dopuścił się podmiot prywatny, czy publiczny. Prezes UODO wyraźnie podkreśla, że w przypadku organów publicznych należy oczekiwać większego poszanowania dla działań podejmowanych przez inne organy publiczne oraz większego stopnia współpracy w realizacji ich zadań. Tym samym, organ nadzorczy nie znajduje usprawiedliwienia dla podmiotów publicznych, które swym zachowaniem uniemożliwiają realizację zadań ustawowych innym podmiotom publicznym.

58 Zob. DKE.561.25.2020.

We wszystkich uzasadnieniach decyzji nakładających administracyjne kary pieniężne Prezes UODO podkreśla również funkcje, jakie ma spełniać nałożona przez niego kara. Początkowo organ nadzorczy wskazywał na jej represyjny i prewencyjny charakter[59]. Takie stanowisko nie korespondowało jednak w pełni z postanowieniami art. 83 ust. 1 RODO, zgodnie z którym: „Każdy organ nadzorczy zapewnia, by stosowane na mocy niniejszego artykułu za naruszenia niniejszego rozporządzenia administracyjne kary pieniężne […] były w każdym indywidualnym przypadku skuteczne, proporcjonalne i odstraszające".

W kolejnych uzasadnieniach uległo to zmianie i nakładając administracyjne kary pieniężne, organ nadzorczy koncentrował się już wyłącznie na wskazaniu tych funkcji kary, które są bezpośrednio wskazane w cytowanym przepisie[60], dodatkowo podkreślając ich niezbędność wobec postępowania administratora danych oraz fakt, że w danym przypadku administracyjna kara pieniężna jest jedynym środkiem znajdującym się w dyspozycji Prezesa UODO, który umożliwi uzyskanie dostępu do informacji niezbędnych w prowadzonym postępowaniu[61]. Nakładanie kar stanowi więc dla organu jednocześnie jeden ze sposobów komunikacji z adresatami regulacji.

Funeda Sp. z o.o. (DKE.561.25.2020)

„Kara […] będzie jasnym sygnałem zarówno dla Spółki jak i dla innych podmiotów zobowiązanych na mocy przepisów Rozporządzenia 2016/679 do współpracy z Prezesem UODO, że lekceważenie obowiązków związanych ze współpracą z nim (w szczególności utrudnianie dostępu do informacji niezbędnych do realizacji jego zadań) stanowi naruszenie o dużej wadze i jako takie podlegać będzie sankcjom finansowym".

9.4. Decyzje, w których Prezes UODO stwierdził dobrą współpracę adresata regulacji z organem nadzorczym

Organ stosunkowo rzadko wydaje się odnosić do „dobrej współpracy" z administratorem danych. Jedynie w 7 sprawach zakończonych decyzją organu nadzorczego, które zostały opublikowane na stronie internetowej UODO, Prezes UODO odniósł się do dobrej współpracy z administratorem danych w trakcie postępowania, a tylko w 5 z nich zdecydował się potraktować dobrą współpracę jako okoliczność łagodzącą, mającą wpływ na wymiar kary (tabela 7).

59 ZSPR.421.19.2019.

60 Zob. DKE.561.16.2021, DKE.561.23.2020, DKE.5.61.25.2020, DKE.561.16.2020, DKE.561.13.2020, DKE.561.3.2020, DKE.561.2.2020, DKE.561.1.2020.

61 DKE.561.25.2020.

Tabela 7. Wykaz spraw, w których Prezes UODO potraktował dobrą współpracę adresata regulacji z organem nadzorczym jako okoliczność łagodzącą, mającą wpływ na wymiar administracyjnej kary pieniężnej

Numer decyzji	Data decyzji	Podmiot ukarany	Naruszony artykuł	Dobra współpraca jako okoliczność łagodząca	Rozstrzygnięcie	Wysokość kary, jeżeli nałożono [PLN]
DKN.5131.22.2021	13.07.2021	Prezes Sądu Rejonowego w Zgierzu	5.1, 24.1, 25.1, 32.1, 32.2	Tak	K	10 000
DKN.5130.1354.2020	17.12.2020	ID Finance Poland Sp. z o.o. (w likwidacji)	5.1, 25.1, 32.1, 32.2	Nie	K, UP	1 069 850
DKN.5112.1.2020	03.12.2020	Virgin Mobile Polska Sp. z o.o.	5.1, 5.2, 25.1, 32.1, 32.2	Tak	K	1 968 524
ZSOŚS.421.25.2019	21.08.2020	Szkoła Główna Gospodarstwa Wiejskiego w Warszawie	5.1, 5.2, 25.1, 32.1, 32.2, 38.1, 39.1, 39.2	Tak	K, UP	50 000
ZSPR.421.7.2019	16.10.2019	Click Quick Now Sp. z o.o.	5.1, 6.1, 7.3, 12.2, 17.1, 24.1	Nie	NDOP, K	201 559,50
ZSPR.421.2.2019	10.09.2019	Morele.net Sp. z o.o.	5.1, 5.2, 6.1, 7.1, 24.1, 25.1, 32.1, 32.2	Tak	K	2 830 410
ZSPR.440.43.2019	25.04.2019	Dolnośląski Związek Piłki Nożnej z siedzibą we Wrocławiu	5.1, 32.1, 32.2	Tak	K	55 750,50

Legenda: K – administracyjna kara pieniężna; NDOP – nakaz dostosowania operacji przetwarzania; UP – umorzenie postępowania.
Źródło: opracowanie własne.

Sprawy, w których Prezes UODO określił współpracę z administratorem danych jako „dobrą", ale nie potraktował jej jako okoliczności mającej wpływ na rozstrzygnięcie[62], pozwalają stwierdzić, że dla organu fakt wywiązywania się przez

62 ZSPR.421.7.2019, DKN.5130.1354.2020.

administratora danych ze swoich podstawowych obowiązków z zakresu ochrony danych osobowych (tj. np. umożliwienie przeprowadzenia kontroli oraz zebranie dowodów niezbędnych do prowadzenia postępowania, przesyłanie Prezesowi UODO wyjaśnień w wyznaczonym terminie, udzielanie wyczerpujących odpowiedzi na pytania organu) nie zasługuje na szczególne wyróżnienie. Współpraca z organem nadzorczym w ramach wykonywania przez niego swoich zadań jest więc czymś, czego regulator z założenia wymaga od adresatów regulacji.

ID Finance Poland Sp. z o.o. (w likwidacji) (DKN.5130.1354.2020)

„Żadnego wpływu na fakt nałożenia, jak i sam wymiar administracyjnej kary pieniężnej nie miały inne, wskazane w art. 83 ust. 2 rozporządzenia 2016/679, okoliczności:

[…] Dobra współpraca ze strony Spółki, która w wyznaczonym terminie przesyłała wyjaśnienia i udzielała wyczerpujących odpowiedzi".

Z kolei sprawy, w których „dobra współpraca" administratora danych z organem nadzorczym została potraktowana jako okoliczność łagodząca, mająca wpływ na wysokość administracyjnej kary pieniężnej[63], zawierają bardziej szczegółowy opis zachowania administratora, który pokazuje, że administrator nie tylko wywiązał się ze swoich podstawowych obowiązków, ale także podjął dodatkowe działania, w szczególności mające na celu usunięcie naruszenia lub złagodzenie jego ewentualnych negatywnych skutków.

Takie zachowanie, w ocenie organu, należy zdecydowanie docenić i potraktować jako okoliczność łagodzącą, mającą wpływ na wysokość wymierzonej administracyjnej kary pieniężnej. Prezes UODO docenia w ten sposób proaktywną postawę adresatów regulacji. Organ jednocześnie podkreśla, że dobra współpraca nie stanowi okoliczności łagodzącej dla samego przyznania kary, bowiem współpraca z organem nadzorczym jest po prostu wymagana przepisami prawa. Może jednak stanowić okoliczność łagodzącą, którą organ uwzględni podczas ustalania wysokości wymierzanej kary pieniężnej.

Dolnośląski Związek Piłki Nożnej we Wrocławiu (ZSPR.440.43.2019)

„Samodzielne zgłoszenie przez Z. naruszenia ochrony danych osobowych oraz fakt, że aktualnie Z. na swojej stronie internetowej nie przetwarza danych osobowych osób, którym przyznano licencje sędziowskie w roku 2015 nie stanowi okoliczności łagodzącej dla przyznania kary, ponieważ działania takie są wymagane przepisami prawa; W trakcie trwania niniejszego postępowania Z. współpracował z Prezesem UODO, w wyznaczonym terminie Z. przesłał wyjaśnienia i udzielił odpowiedzi na wystąpienie Prezesa UODO, zatem stopień tej współpracy należy ocenić jako pełny".

63 DKN.5131.22.2021, DKN.5112.1.2020, ZSPR.421.2.2019, ZSPR.440.43.2019, ZSOŚS.421.25.2019.

„Przy ustalaniu wysokości kary Prezes UODO wziął pod uwagę następujące czynniki mające zastosowanie do okoliczności niniejszej sprawy łagodzące wymiar kary:
[…] dobrą współpracę Z. z Prezesem UODO w trakcie trwania niniejszego postępowania".

O tym, że współpraca administratora danych z organem nadzorczym była dobra i miała charakter pełny[64], a więc zasługuje na potraktowanie jej jako okoliczność łagodzącą w sprawie, świadczyć może dodatkowo fakt, że administrator:

- podjął konkretne i szybkie działania, których efektem było usunięcie naruszenia;
- w pełnym zakresie zrealizował zalecenia Prezesa UODO;
- wyeliminował zidentyfikowane podatności na naruszenia przetwarzania danych osobowych lub przynajmniej podjął działania mające na celu ich wyeliminowanie (np. podatności o charakterze systemowym, sprzętowym, organizacyjnym czy osobowym);
- wdrożył dodatkowe zabezpieczenia (np. normy ISO gwarantujące wysoki poziom bezpieczeństwa przetwarzanych danych osobowych);
- zaktualizował swoje procedury w zakresie przetwarzania danych osobowych (np. wprowadził regularne przeglądy procedur, audyty zabezpieczeń, audyty funkcjonowania systemów, ewidencjonowanie i szyfrowanie pamięci przenośnych).

Virgin Mobile Polska Sp. z o.o. (DKN.5112.1.2020)

„Należy w tym miejscu wskazać, że poza prawidłowym wywiązywaniem się z ciążących na Spółce obowiązków procesowych zarówno w trakcie postępowania kontrolnego jak i w postępowaniu administracyjnym zakończonym wydaniem niniejszej decyzji, Spółka w pełnym zakresie zrealizowała zalecenia Prezesa Urzędu dotyczące uzupełnienia powiadomienia osób, których dane dotyczą, o zaistniałym naruszeniu. Spółka podjęła również konkretne i szybkie działania, których efektem było usunięcie naruszenia. W szczególności Spółka usunęła z systemu informatycznego wykorzystaną przez osobę lub osoby nieuprawnione jego podatność na naruszenie ochrony przetwarzanych w systemie danych osobowych. Spółka wdrożyła również normy ISO gwarantujące na przyszłość wysoki poziom procedur regulujących m.in. przetwarzanie danych osobowych w Spółce, w tym przewidujące również regularne przeglądy i audyty zabezpieczeń i funkcjonowania systemów zarządzania danymi osobowymi i bezpieczeństwa informacji".

Powyższe ustalenia pokazują, że nie każda współpraca administratora danych z organem nadzorczym jest uznawana przez organ za „dobrą" i nie każda dobra współpraca, w ocenie organu, zasługuje na uwzględnienie jako okoliczność łagodząca, mająca wpływ na obniżenie wysokości wymierzonej administracyjnej kary pieniężnej.

64 Zob. DKN.5112.1.2020, DKN.5131.22.2021.

9.5. Decyzje, w których Prezes UODO uznał współpracę adresata regulacji z organem nadzorczym za niezadowalającą

Niezadowalająca współpraca z Prezesem UODO oznacza natomiast (co pokazują sprawy omawiane w tej części), że administrator co prawda wykazał wolę współpracy i podjął w tym kierunku działania wymagane przepisami prawa, jednakże działania te nie były pozbawione mankamentów. O tym, że współpraca administratora danych z organem nadzorczym miała, w ocenie organu, charakter niezadowalającej, może świadczyć następujące zachowanie administratora danych:

- brak całościowego odniesienia się do wskazanych przez organ naruszeń, jakie zaistniały po stronie administratora danych[65];
- mimo możliwości zaistnienia wysokiego ryzyka naruszenia praw lub wolności osób, których dane dotyczą, administrator:
  - nie podjął prawidłowych działań wymaganych przepisami prawa, nawet po wszczęciu postępowania administracyjnego w sprawie[66],
  - działania te podjął, ale dopiero po wszczęciu przez Prezesa UODO postępowania administracyjnego w sprawie[67],
  - działania te podjął, ale w sposób nienależyty, z dużym opóźnieniem[68],
  - co dotyczy działań takich, jak np. zgłoszenie naruszenia Prezesowi UODO i zawiadomienie o nim osób, których dotyczyło naruszenie;
- całkowite zlekceważenie nakazu, który nałożył na administratora uprzednio organ nadzorczy, tj. zlekceważenie wystąpienia Prezesa UODO oraz niewykonanie wydanej przez organ decyzji[69].

65 ZSPU.421.3.2019.
66 DKN.5131.6.2020, DKN.5131.16.2021, DKN.5131.3.2021, DKN.5131.11.2020.
67 DKN.5131.5.2020.
68 DKN.5131.11.2020.
69 DKE.561.11.2020.

Tabela 8. Wykaz spraw, w których Prezes UODO uznał współpracę adresata regulacji z organem nadzorczym za niezadowalającą i potraktował ją jako okoliczność obciążającą, mającą wpływ na rozstrzygnięcie sprawy i wymiar administracyjnej kary pieniężnej

Numer decyzji	Data decyzji	Podmiot ukarany	Naruszony artykuł	Niezadowalająca współpraca jako okoliczność obciążająca	Rozstrzygnięcie	Wysokość kary, jeżeli nałożono [PLN]
DKN.5131.16.2021	14.10.2021	Bank Millennium S.A.	33.1, 34.1, 34.2	Tak	K, NZO	363 832
DKN.5131.11.2020	30.06.2021	Fundacja Promocji Mediacji i Edukacji Prawnej Lex Nostra	33.1, 34.1	Tak	K, NZO	13 644
DKN.5131.3.2021	21.06.2021	Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A.	33.1, 34.1	Tak	K, NZO	159 176
DKN.5131.6.2020	05.01.2021	Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach	33.1, 34.1	Tak	K, NZO	25 000
DKE.561.11.2020	05.01.2021	Przedsiębiorca prowadzący placówkę medyczną	34.1, 34.2, 58.2	Tak	K	85 588
DKN.5131.5.2020	09.12.2020	TUiR WARTA S.A.	33.1, 34.1	Tak	K	85 588
ZSPU.421.3.2019	18.10.2019	Burmistrz Aleksandrowa Kujawskiego	5.1, 5.2, 28.3, 30.1, 32.1	Tak	K, NDOP	40 000

Legenda: K – administracyjna kara pieniężna; NDOP – nakaz dostosowania operacji przetwarzania; NZO – nakazanie zawiadomienia osoby, której dane dotyczą.
Źródło: opracowanie własne.

Fakt niezadowalającej współpracy nie stanowi przy tym naruszenia art. 31 RODO i sam w sobie nie jest podstawą odpowiedzialności administratora danych z tego tytułu, a jedynie okolicznością mającą wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, a więc okolicznością stanowiącą o konieczności zastosowania w sprawie określonej sankcji i wpływającą obciążająco na wymiar administracyjnej kary pieniężnej.

Oceniając współpracę jako niezadowalającą, Prezes UODO bierze również pod uwagę to, ile nakładu pracy wymagało z jego strony wyegzekwowanie od administratora danych oczekiwanego przez organ zachowania, oraz to, czy wysiłki organu odniosły zamierzone skutki[70]. Tym samym Prezes UODO, kilkukrotnie informując administratora o ciążących na nim obowiązkach, wzywając go do udzielenia wyjaśnień (czy też do uzupełnienia i sprecyzowania już przekazanych Prezesowi UODO informacji), kierując do niego wystąpienia lub przykładowo, nakazując mu zawiadomienie osoby, której dane dotyczą, o naruszeniu ochrony danych, spodziewa się, że działania te doprowadzą do podjęcia przez administratora zaleconych przez organ działań. Brak reakcji, niewykonanie nałożonego na administratora danych obowiązku, opieszałość czy nieskuteczność jego działań – mimo odpowiednich wskazówek udzielanych przez pracowników UODO – zasługują, zdaniem organu, na potraktowanie ich jako okoliczności obciążającej w sprawie.

Fundacja Promocji Mediacji i Edukacji Prawnej Lex Nostra (DKN.5131.11.2020)

„W niniejszej sprawie Prezes UODO uznał za niezadowalającą współpracę z nim ze strony Fundacji. Ocena ta dotyczy reakcji Fundacji na pisma Prezesa UODO wskazujące na obowiązki administratora wynikające z art. 33 i art. 34 rozporządzenia 2016/679. Jak wskazano wyżej […] stan naruszenia przepisu art. 34 ust. 1 został usunięty, aczkolwiek uzyskanie od Fundacji informacji odpowiadających minimalnemu zakresowi zgłoszenia określonemu w art. 33 ust. 3 rozporządzenia 2016/679 wymagało kilkukrotnego skierowania do niej pism informujących o ciążących na administratorze obowiązkach oraz wzywających do udzielenia wyjaśnień, a na dalszym etapie postępowania – do uzupełnienia i sprecyzowania już przekazanych Prezesowi UODO informacji. Natomiast w zakresie wypełnienia obowiązku zawiadomienia o naruszeniu osób, których dane dotyczą […] do chwili obecnej nie zostały przez Fundację podjęte żadne działania, pomimo formalnego wszczęcia przez Prezesa UODO postępowania administracyjnego w sprawie".

Przedsiębiorca prowadzący placówkę medyczną (DKE.561.11.2020)

„Jeszcze przed zaistnieniem naruszenia […] Przedsiębiorca zlekceważył całkowicie zastosowane wobec niego przez Prezesa UODO środki – zarówno wystąpienie Prezesa UODO […] jak i samą decyzję Prezesa UODO […]. Pomimo prawidłowego doręczenia Przedsiębiorcy obu dokumentów, nie podjął on żadnych działań celem ich wykonania. Dopiero po wszczęciu przez Prezesa UODO postępowania sprawdzającego wykonanie decyzji […] Przedsiębiorca nawiązał

70 Zob. np. DKN.5131.11.2020, DKE.561.11.2020.

korespondencję z Prezesem UODO oraz podjął pewne działania w celu wykonania nakazu decyzji. Jak wykazano to wyżej, działania te były jednak opieszałe i nieskuteczne; nie zakończyły się – pomimo odpowiednich wskazówek udzielanych pełnomocnikowi Przedsiębiorcy przez pracownika UODO pisemnie, drogą elektroniczną i telefonicznie – wykonaniem przez Przedsiębiorcę obowiązku, o którym mowa w Rozporządzeniu 2016/679, oraz wykazaniem tego faktu przed Prezesem UODO".

9.6. Wnioski ogólne z analizy jakościowej

1 Organ nadzorczy postrzega współpracę z administratorami danych jako trwający w czasie proces.

Organ nadzorczy postrzega współpracę z administratorami danych jako proces, a nie tylko jednorazowe działanie. Proces współpracy trwa w czasie (np. od żądania złożenia wyjaśnień do dnia wydania decyzji w sprawie), a jego celem jest doprowadzenie do wyjaśnienia sprawy i usunięcie naruszenia lub złagodzenie jego ewentualnych negatywnych skutków. W związku z tym komunikacja organu z administratorem danych obejmuje kilkukrotne wezwanie administratora przed wyborem ewentualnej sankcji oraz oczekiwanie na zaistnienie woli współpracy z organem po stronie administratora. Takie pojmowanie współpracy oznacza, że organ nadzorczy niejednokrotnie daje kilka szans administratorom danych na:

- odpowiedź na wezwanie i złożenie wyjaśnień lub ustosunkowanie się do treści skargi osoby, która zgłosiła nieprawidłowości w procesie przetwarzania danych jej dotyczących, oraz udzielenie informacji niezbędnych do oceny naruszenia,
- dokonanie prawidłowego zgłoszenia naruszenia ochrony danych lub jego uzupełnienia,
- wykonanie nakazu orzeczonego decyzją organu,
- a czasami również przedstawienie zanonimizowanej treści zawiadomienia skierowanego do osób, których dotyczy naruszenie.

Powyższe dotyczy zarówno sytuacji, w których: naruszenie zgłosił sam administrator danych; do wiadomości Prezesa UODO wpłynęło zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa; wezwanie do złożenia wyjaśnień było inicjowane skargą osoby, której dane dotyczą.

Prezes UODO przed formalnym wszczęciem postępowania w sprawie nałożenia na administratora danych administracyjnej kary pieniężnej kilkukrotnie (w analizowanych sprawach maksymalnie czterokrotnie) wzywa administratora do udzielenia informacji niezbędnych do realizacji jego zadań – niezależnie od

tego, czy postępowanie kończy się wymierzeniem kary, czy jedynie udzieleniem upomnienia. Jednocześnie, w większości spraw Prezes UODO czekał na reakcję administratora danych do ostatniej chwili, a więc do momentu wydania decyzji w sprawie. Jeśli postępowanie kończyło się upomnieniem, organ nadzorczy w swoich uzasadnieniach wskazywał, że wystosowane przez niego wezwania ostatecznie doczekały się odpowiedzi[71]. Kiedy zaś dochodziło do wymierzenia kary wskutek braku podjęcia współpracy, Prezes UODO podkreślał z kolei, że naruszenie, jakiego dopuścił się administrator, nie jest zdarzeniem incydentalnym i należy je ocenić jako mające charakter ciągły i długotrwały[72].

W konsekwencji samo zgłoszenie naruszenia ochrony danych przez administratora danych nie kończy sprawy, a jest jedynie zdarzeniem inicjującym dialog między podmiotami, które powinny ze sobą współpracować w celu ustalenia stanu faktycznego sprawy oraz jej prawidłowego rozstrzygnięcia[73]. W ocenie organu przeciwne zachowanie – a więc niepodjęcie przez administratora dialogu z Prezesem UODO, zwłaszcza w sytuacji, kiedy administrator może spodziewać się kontaktu ze strony organu – świadczy o celowym braku współpracy lub co najmniej rażącym lekceważeniu obowiązków przez administratora.

2 Administratorzy danych, jako podmioty profesjonalnie uczestniczące w obrocie prawno-gospodarczym, powinni mieć świadomość ciążących na nich obowiązków, w tym obowiązków z zakresu ochrony danych osobowych.

Organ wskazuje, że wobec profesjonalistów stawia się wyższe wymagania[74]. Nie bez znaczenia jest dla organu również to, czy naruszenia dopuścił się podmiot prywatny, czy podmiot publiczny[75]. Prezes UODO nie znajduje bowiem żadnego usprawiedliwienia dla organów publicznych, które swoim zachowaniem uniemożliwiają mu realizację zadań, jakie nakładają na niego przepisy rozporządzenia 2016/679, przepisy krajowej u.o.d.o. i inne właściwe.

3 Podstawowym kryterium rozróżnienia między tymi przypadkami, w których Prezes UODO zdecydował się na udzielenie administratorowi danych upomnienia, a tymi, w których organ nadzorczy zdecydował o nałożeniu administracyjnej kary pieniężnej, jest to, czy administrator danych – choćby na ostatnim etapie postępowania – podjął współpracę z organem nadzorczym.

Co do zasady, jeżeli po stronie administratora danych zaistniała wola współpracy, Prezes UODO decydował się na udzielenie upomnienia, a jeżeli do momentu

71 Zob. np. DKE.561.24.2020.
72 Zob. np. DKE.561.25.2020.
73 Zob. DKE.561.2.2020.
74 Zob. np. DKE.561.16.2020.
75 Zob. DKE.561.3.2020.

wydania decyzji w sprawie administrator danych tej woli nie wykazał – organ nadzorczy decydował o nałożeniu administracyjnej kary pieniężnej.

Drugorzędne znaczenie natomiast zdają się mieć wiarygodny sposób usprawiedliwienia przez administratora danych swojego zachowania czy też umyślny bądź nieumyślny charakter początkowego braku współpracy. Wielość przyczyn uznawanych przez organ za uzasadniające początkowy brak współpracy pozwala sądzić, że dla Prezesa UODO nie ma znaczenia, jakie *de facto* powody wskazał administrator danych, ale to, czy finalnie skontaktował się z organem nadzorczym i wykazał wolę współpracy.

Co istotne, Prezes UODO nie stawia takiej współpracy żadnych szczególnych czy dodatkowych wymagań. Nie chodzi więc tutaj o „dobrą", „pełną" czy „zadowalającą" współpracę – dla organu najważniejsze jest, aby współpraca była po prostu prawidłowa, a więc tożsama z wywiązaniem się przez administratora z obowiązków, jakie nakładają na niego przepisy rozporządzenia. Tym samym, podjęta współpraca powinna umożliwić organowi nadzorczemu realizację jego zadań, a także powinna zostać podjęta w celu usunięcia naruszenia lub złagodzenia jego ewentualnych negatywnych skutków. Pełna współpraca, w której administrator danych wykazuje proaktywną postawę celem zminimalizowania skutków naruszenia i zapobieżenia naruszeniom na przyszłość, bywa jednak traktowana przez organ jako okoliczność łagodząca.

Od pewnego momentu organ nadzorczy zaczął też wprost wskazywać w uzasadnieniach swoich decyzji, w których udzielił administratorowi danych upomnienia, że jeżeli administrator udzieli wyczerpujących wyjaśnień w sprawie oraz usprawiedliwi swoje postępowanie, to okoliczność ta może wpłynąć łagodząco na wymiar kary lub nawet spowodować odstąpienie od jej wymierzenia[76].

4 Sposób, w jaki sposób Prezes UODO ocenia umyślność i nieumyślność postępowania administratora danych, jest mało przekonujący.

Prezes UODO w niektórych swoich uzasadnieniach tłumaczy również to, jak należy rozumieć kategorię umyślności i nieumyślności naruszenia dla rodzaju zastosowanej sankcji (upomnienia *vs.* administracyjna kara pieniężna), powołując się przy tym na wytyczne Grupy Roboczej Art. 29 (Grupa Robocza Art. 29, 2017). Mało przekonujące jest jednak to, w jaki sposób Prezes UODO faktycznie ocenia umyślność lub nieumyślność postępowania administratora danych w ramach danej sprawy[77]. Można odnieść wrażenie, że organ nadzorczy niejako dopasowuje kategorię umyślności bądź nieumyślności do wydanego rozstrzygnięcia. Takie działanie Prezesa UODO potwierdza wysunięty wyżej wniosek, że dla organu nadzorczego to, czy brak współpracy administratora danych miał charakter umyślny, jest w pewnym sensie sprawą drugorzędną.

76 Zob. DKE.561.22.2021, DKE.561.28.2020, DKE.561.17.2020, DKE.561.9.2020, DKE.561.12.2020, DKE.561.14.2020, DKE.561.15.2020, DKE.561.20.2020.

77 Widać to zwłaszcza w sprawach DKE.561.23.2020 oraz DKE.561.22.2020.

5 Możemy wyodrębnić kilka stopni współpracy organu nadzorczego i administratora danych, wiążących się z odmiennym potraktowaniem administratora danych, który dopuścił się naruszenia ochrony danych osobowych.

Prezes UODO bardzo skrupulatnie i drobiazgowo podchodzi do oceny stopnia współpracy organu nadzorczego z administratorem danych, co znajduje swoje odzwierciedlenie w uzasadnieniach analizowanych decyzji. Analiza decyzji pozwala na identyfikację pięciu możliwych stopni współpracy wskazanych podmiotów, z których każdy wiąże się z odmiennym potraktowaniem administratora danych, co obrazuje tabela 9:

Tabela 9. Zidentyfikowane stopnie współpracy administratora danych z organem nadzorczym

Stopień współpracy	Opis	Skutek
1	2	3
dobra i pełna współpraca z organem nadzorczym	administrator danych wykazał się nie tylko dużą inicjatywą w zakresie usunięcia naruszenia lub złagodzenia jego ewentualnych skutków, ale także ponadprzeciętną realizacją swoich podstawowych obowiązków	współpraca, która w ocenie organu, zasługuje na **uwzględnienie jako okoliczność łagodząca**, mająca wpływ na wysokość (obniżenie wysokości) administracyjnej kary pieniężnej
dobra współpraca z organem nadzorczym	współpraca z organem nadzorczym w ramach wykonywania przez niego swoich zadań, wymagana przepisami z zakresu ochrony danych osobowych, będąca realizacją podstawowych obowiązków administratora danych	**brak wpływu** na fakt nałożenia, jak i sam wymiar administracyjnej kary pieniężnej
zaistnienie woli współpracy z organem nadzorczym po stronie administratora danych	• uzasadniony początkowy brak współpracy z organem nadzorczym, niemający charakteru celowego; • zaistnienie woli współpracy po stronie administratora danych, które może: – wpłynąć łagodząco na wymiar administracyjnej kary pieniężnej, – spowodować odstąpienie od nałożenia administracyjnej kary pieniężnej	w analizowanych sprawach zaistnienie woli współpracy poskutkowało **odstąpieniem od nałożenia administracyjnej kary pieniężnej i udzieleniem** administratorowi danych **upomnienia**

1	2	3
niezadowalająca współpraca z organem nadzorczym	administrator danych co prawda współpracuje z organem nadzorczym, jednakże robi to w sposób nienależyty (niedokładny, opieszały, wymagający od organu wielu starań, aby wyegzekwować od administratora danych pożądane działanie, zgodne z przepisami prawa)	współpraca, która w ocenie organu powinna zostać potraktowana jako **okoliczność obciążająca**, mająca wpływ na rozstrzygnięcie sprawy i wymiar administracyjnej kary pieniężnej
brak współpracy z organem nadzorczym (naruszenie art. 31 RODO)	– świadomy i celowy brak współpracy z organem nadzorczym, który godzi w cały system ochrony danych osobowych; – całkowity brak współpracy nie daje możliwości pełnego i wnikliwego rozpatrzenia sprawy lub nawet lekceważy tak organ, jak i samą sprawę	brak współpracy skutkujący **naruszeniem art. 31 RODO i nałożeniem** z tego tytułu **administracyjnej kary pieniężnej**

Źródło: opracowanie własne.

- Dobra i pełna współpraca to w ocenie organu taka współpraca, która wiąże się z dodatkową inicjatywą po stronie administratora danych, zwłaszcza w zakresie usunięcia naruszenia lub złagodzenia jego ewentualnych skutków. Niejednokrotnie organ docenia również ponadprzeciętną realizację podstawowych obowiązków przez administratora danych, przykładowo – wdrożenie dodatkowych zabezpieczeń, aktualizację wewnętrznych procedur ochrony danych, eliminację podatności na naruszenia czy pełną realizację zaleceń Prezesa UODO wydanych w sprawie.
- Dobra współpraca to taka współpraca, która jest realizowana dokładnie w taki sposób, jaki jest wymagany przepisami z zakresu ochrony danych osobowych. Stanowiąc realizację podstawowych obowiązków administratora danych, jest czymś, czego organ z założenia oczekuje i wymaga od adresata regulacji.
- Współpraca niezadowalająca to współpraca charakteryzująca się przede wszystkim niedokładnością i opieszałością w realizowaniu przez administratora danych swoich obowiązków. Co więcej, wymaga ona zazwyczaj wielu starań organu, aby wyegzekwować od administratora danych pożądane przez niego działanie, zgodne z przepisami prawa.

6 W sposobie pojmowania i kształtowania wymogu współpracy adresatów z organem nadzorczym dominują elementy responsywnego wariantu regulacji refleksyjnej.

Wyniki analizy jakościowej potwierdzają w tym względzie obserwacje poczynione w ramach badania ilościowego (zob. podrozdział 8.11). Definiując pożądany model współpracy, Prezes UODO wydaje się oczekiwać przede wszystkim bliskiej i zgodnej kooperacji ze strony adresatów regulacji. Jednocześnie zdaje się zakładać istnienie silnej wspólnoty niekwestionowanych znaczeń i wartości, w której adresaci regulacji będą podzielać przyjętą przez organ interpretację tego, czego w danych okolicznościach wymaga ochrona danych osobowych. Organ dość chętnie korzysta też z przysługującej mu dyskrecjonalności w ocenie jakości współpracy ze strony adresatów. Nie widać w tym względzie wykształcania się jakichś wyraźnych „gwarancji procesowych", które wskazywałyby na obecność proceduralnego ujęcia refleksyjnej regulacji.

Jednocześnie wydaje się, że istnieje potencjał dla szerszego niż dotąd wprowadzenia elementów wariantu proceduralnego. Jest on dostrzegalny choćby w fakcie, że podstawowe obowiązki w zakresie współpracy adresatów z organem nadzorczym zostały określone w sposób proceduralny, a nie materialny. Można więc wyobrazić sobie swoistą „proceduralizację" wymogów takiej współpracy. Realna obecność podejścia proceduralnego będzie jednak możliwa dopiero wtedy, gdy zaczną funkcjonować kodeksy postępowania i mechanizmy certyfikacji. Ich obecność w systemie wymuszałaby bowiem przedefiniowanie wymogów współpracy przez Prezesa UODO na metapoziomie.

Istnieje też być może pewien potencjał dla wprowadzania elementów konfrontacyjnego ujęcia refleksyjnej regulacji. Jest bowiem dość oczywiste, że oczekiwanie, iż adresaci zawsze bezproblemowo podzielać będą interpretacje narzucane przez organ nadzorczy, jest mało realistyczne. Możliwe są przecież sytuacje, w których dochodzi do sporu o właściwe definicje ryzyka i obowiązków związanych z ochroną danych. W tym kontekście szczególnie interesująca jest przywoływana wcześniej sprawa, w której Główny Geodeta Kraju[78], jako administrator danych i strona postępowania, kwestionował zasadność i zakres kontroli prowadzonej przez Prezesa UODO w zakresie udostępniania za pośrednictwem portalu GEOPORTAL2 danych z ewidencji gruntów i budynków. Jest to bowiem jedyny zidentyfikowany przez nas przypadek, w którym administrator danych w sposób jawny i aktywny kwestionował stanowisko organu nadzorczego. Na tym przykładzie widać jednak brak mechanizmów, które pozwalałyby artykułować i rozwiązywać tego typu spory. W zasadzie jedyną dostępną dla administratora opcją jest w takim przypadku wszczęcie postępowania sądowego, do czego doszło w omawianej sprawie.

78 Zob. DKE.561.3.2020.

Podsumowanie i rekomendacje

W podsumowaniu przedstawmy najważniejsze wnioski, jakie wynikają z niniejszej pracy dla systemu refleksyjnej ochrony danych osobowych, w szczególności zaś dla działalności organu nadzorczego.

1. Potencjał urefleksyjnienia

Refleksyjna regulacja ryzyka jest coraz popularniejszą strategią regulacyjną, która jednocześnie odzwierciedla istotne cechy współczesnego sposobu organizacji społeczeństw. Jednak kategorie użyte dla określenia istotnych cech tej strategii – szczególnie pojęcia refleksyjności oraz ryzyka – bynajmniej nie są jednoznaczne. Mogą być one interpretowane na różne sposoby, które pozwalają na sformułowanie alternatywnych wariantów refleksyjnej regulacji ryzyka. W przypadku pojęcia ryzyka wyodrębniliśmy w pracy modele: standardowy, wspólnotowy i konfrontacyjny, zaś dla refleksyjnej regulacji są to przede wszystkim modele: proceduralny i responsywny. Dotychczasowe badania pozwalają też postawić pytanie o możliwość konfrontacyjnego modelu refleksyjnej regulacji, jednak nie udzielają na nie jednoznacznej odpowiedzi.

Modele, które na poziomie teoretycznym jawią się jako alternatywne względem siebie, w praktyce mogą być łączone ze sobą. Tak też dzieje się zazwyczaj w praktycznych aplikacjach refleksyjnej regulacji ryzyka, które łączą metody i narzędzia zaczerpnięte z różnych wariantów tej strategii. Daje to być może eklektyczny, ale często skuteczny program regulacyjny.

Przeprowadzone badania pozwoliły potwierdzić pierwszą hipotezę badawczą (zob. podrozdział 6.2). Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych 2016/679 wprowadza bowiem kluczowe elementy strategii refleksyjnej regulacji ryzyka. Z jednej strony, realizuje ono podstawowe założenia refleksyjności regulacji: uznanie ograniczeń poznawczych i sprawczych po stronie regulatora, korzystanie z pośrednich form oddziaływania, refleksyjność zarówno regulatora, jak i adresatów regulacji, interakcyjny i negocjacyjny sposób korzystania z kompetencji

regulacyjnych, wreszcie szerokie wykorzystanie refleksyjnych narzędzi regulacyjnych (regulacja przez zasady i normy celowościowe, piramida regulacyjna, metaregulacja, pętle uczenia się i inne). Z drugiej strony, rozporządzenie uwzględnia wszystkie trzy formy obecności ryzyka w regulacji: jako przedmiotu regulacji, zasady organizującej działania regulatora i sposobu określania obowiązków (*risk regulation*, *risk-based regulation*, *risk-based compliance*). Rozporządzenie wnosi więc istotny potencjał urefleksyjnienia systemów ochrony danych osobowych.

2. Historia sukcesu

W przypadku Polski spełniona jest większość podstawowych warunków umożliwiających refleksyjną regulację ochrony danych osobowych, co wzmacnia wskazany przed chwilą potencjał urefleksyjnienia systemu ochrony. Pozostaje pytanie, na ile potencjał ten jest wykorzystany w praktyce.

Przeprowadzone badania doprowadziły do częściowego obalenia drugiej hipotezy badawczej (podrozdział 6.2), zgodnie z którą przyjmowaliśmy, że w działalności krajowego organu nadzorczego model refleksyjnej, opartej na ryzyku regulacji nie jest realizowany lub jest realizowany w minimalnym stopniu. Wyniki badań dowodzą czegoś odmiennego: potencjał urefleksyjnienia, jaki wykreowało rozporządzenie 2016/679, jest w istotnym stopniu wykorzystywany w praktyce działalności Prezesa UODO. Oczywiście, jak zawsze w takich przypadkach, od przyjętej perspektywy zależy, czy widzimy szklankę do połowy pełną, czy pustą. Najogólniej jednak rzecz ujmując, należy stwierdzić, że Prezesowi UODO (i wspierającemu jego działalność personelowi Urzędu) udało się we względnie niedługim czasie sprawnie implementować postanowienia rozporządzenia 2016/679, tworząc podwaliny pod skuteczny i refleksyjny system ochrony danych. Niedługa historia istnienia organu, jakim jest Prezes UODO jest w wielu aspektach historią sukcesu. Warto docenić ten fakt wobec częstych i zazwyczaj zasadnych narzekań na jakość administracji publicznej w naszym państwie.

Wśród mocnych stron działalności Prezesa UODO warto wskazać przede wszystkim:

1. Skuteczny sposób komunikowania się z adresatami na możliwie niskim stopniu formalizacji. Przykładowo, w 2020 r. jedynie 3 promile (28) przeanalizowanych zgłoszeń naruszeń skutkowały wszczęciem postępowania administracyjnego, z których mniej niż połowa (13) zakończyło się decyzją administracyjną. Wysoka jest liczba kontaktów z administratorami przed formalnym wszczęciem postępowania na podstawie art. 58 ust. 1 lit. a i lit. e RODO. Widać, że organ chętnie korzysta z tych form oddziaływania, które cechują się niższym formalizmem i stosunkowo niewielką dolegliwością,

a które pozwalają na szybkie doprowadzenie działań administratorów danych do stanu zgodnego z prawem.
2. Względnie spójna polityka egzekwowania: organ wyraźnie korzysta z możliwości, jakie stwarza metoda piramidy regulacyjnej i sięga po bardziej restrykcyjne uprawnienia naprawcze jedynie wtedy, gdy uważa to za niezbędne. W całym objętym badaniem okresie administracyjna kara pieniężna została nałożona w ok. 0,5 promila rozpatrywanych przez organ spraw. Warto jednak przy okazji odnotować, że jeśli już organ decyduje o nałożeniu kary, kryteria określania jej wysokości wydają się dość chwiejne. W każdym razie nie są one w pełni czytelne dla zewnętrznego obserwatora. W konsekwencji adresaci mogą mieć trudności z odczytaniem spójnego i zrozumiałego przekazu w tym względzie.
3. Coraz częstsze uwzględnianie okoliczności łagodzących i obciążających oraz zwracanie uwagi na jakość współpracy administratora danych z organem. Wydaje się, że organ stopniowo uczy się stosować coraz bardziej złożone i subtelne kryteria podejmowania decyzji. Z jednej strony, daje to nadzieję na coraz bardziej adekwatne, proporcjonalne i sprawiedliwe decyzje. Z drugiej, powstaje pytanie, na ile taka złożoność przyczynia się do wskazanej wyżej niejasności przekazu ze strony organu.

Generalnie rzecz ujmując, zarówno po stronie organu nadzorczego, jak i administratorów daje się zaobserwować miejscami powolny, ale stopniowy wzrost zrozumienia specyfiki nowego systemu oraz świadomości przysługujących im uprawnień i obowiązków. Pozwala to na ostrożny optymizm i zastosowanie w stosunku do obu stron pojęcia organizacji „uczących się", które jest bezpośrednio powiązane z zasadą refleksyjności. Dokładna ocena jakości tych procesów uczenia się wymagałaby dalszych badań.

3. Refleksyjność

Jeśli chodzi o wykorzystywany wariant refleksyjnej regulacji ryzyka, to w sposobie działania Prezesa UODO zdecydowanie dominuje podejście responsywne. Przejawia się ono m.in. w nacisku na intensywne i możliwie słabo sformalizowane interakcje z administratorami danych lub podmiotami przetwarzającymi, wobec których toczy się postępowanie, próby budowy wspólnoty w ramach tak podejmowanych relacji z adresatami, założenie, że przyjęty przez organ sposób definiowania ryzyka, chronionych wartości i zasad ich ochrony jest nieproblematyczny i powinien być podzielany przez adresatów.

W obliczu dominacji wariantu responsywnego możliwe są dwie – zresztą niewykluczające się wzajemnie – ścieżki rozwoju. Po pierwsze, warto sięgać po

niedostatecznie dotąd wykorzystane elementy podejścia responsywnego, takie jak np. wspieranie dobrych praktyk i wyróżnianie regulacyjnych liderów. W chwili obecnej jedynym zidentyfikowanym przez nas przejawem tego rozwiązania jest traktowanie takich wyróżniających się dobrych praktyk jako okoliczności łagodzących w rozpatrywanej sprawie. Trudno jednak uznać to za pozytywną i najlepszą formę wspierania wyróżniających się podmiotów i działań.

Po drugie, nie rezygnując z responsywnych komponentów systemu, warto starać się uzupełniać go o elementy podejścia proceduralnego i konfrontacyjnego. Podejście responsywne ma bowiem wiele istotnych zalet (m.in. elastyczność i łatwość dostosowywania postępowania do zmieniających się okoliczności, takich jak np. zmiana sposobu zachowania administratora w trakcie postępowania), wiąże się też jednak m.in. ze stosunkowo słabą realizacją funkcji gwarancyjnych postępowania; ponadto napotyka trudności tam, gdzie np. dochodzą do głosu rozbieżności perspektyw zaangażowanych w sprawę podmiotów. Taka sytuacja wymaga możliwości artykulacji i rozstrzygania rozbieżności, których nie daje wariant responsywny.

Jak wykazaliśmy, rozwój podejścia proceduralnego będzie możliwy pod warunkiem, że środowiska administratorów danych z poszczególnych branż będą w stanie skuteczniej niż dotąd organizować się i dokonywać samoregulacji, przede wszystkim w postaci kodeksów postępowania czy mechanizmów certyfikacji. To jednak zdaje się wymagać silniejszego niż dotychczas wsparcia tych procesów ze strony Prezesa UODO.

Wciąż niedocenionym instrumentem wydaje się też partycypacja społeczna w systemie regulacyjnym (*tripartism*). Metoda ta została wprawdzie sformułowana oryginalnie na gruncie koncepcji responsywnych (zob. Ayres, Braithwaite, 1992), dobrze sprawdza się jednak również w bardziej konfrontacyjnych realiach, w których pozwala na wypracowywanie kompromisów w istotnych spornych sprawach. Postulujemy więc wzmocnienie współpracy Prezesa UODO z partnerami społecznymi, zwłaszcza mając na względzie istniejące w Polsce wyspecjalizowane organizacje trzeciego sektora, których cele działania pozostają w znacznej mierze zbieżne z celami organu nadzorczego.

4. Ryzyko

Wątpliwości budzi natomiast sposób pojmowania przez organ ryzyka, będącego wszak jedną z centralnych kategorii systemu ochrony danych osobowych. Prezes UODO wydaje się bowiem definiować ryzyko w najprostszy możliwy sposób, jako iloczyn prawdopodobieństwa zdarzenia i dotkliwości skutków. Po pierwsze, sugeruje to ujęcie ilościowe, nieadekwatne do specyfiki ochrony podstawowych praw

i wolności; po drugie, jest ono zbyt redukcjonistyczne, nie uwzględnia innych potencjalnie istotnych wartości ryzyka. Ponadto, ryzyko jest pojmowane zazwyczaj przez organ w sposób jednostkowy (jako generowane przez jednostki i zagrażające jednostkom, choćby w znacznej liczbie).

W świetle przeprowadzonych badań pojęciowych i empirycznych można zatem postulować, aby organ nadzorczy poddał pogłębionej refleksji pojęcie ryzyka, uwzględniając m.in.:

1) inne potencjalnie istotne wartości (np. charakter zagrożonego dobra, latencja, dobrowolność);
2) postaci ryzyka, które nie poddają się metodom probabilistycznym, zatem niemożliwe do ujęcia w kategoriach prawdopodobieństwa (np. ryzyko złożone, niepewne lub niejednoznaczne);
3) formy ryzyka, które przekraczają horyzont jednostkowy (zwłaszcza ryzyka systemowe, współdzielone i katastrofalne).

5. „Przecedzanie komara", czyli problemy i wyzwania

O przewodnicy ślepi, którzy przecedzacie komara, a połykacie wielbłąda!
Ewangelia wg św. Mateusza

Ostatni punkt podsumowania zaczynamy od ewangelicznego cytatu nie dla zbudowania dusz, ale aby zilustrować wybrane problemy, które można zdiagnozować w sposobie działania Prezesa UODO. Nasza uwaga koncentruje się na dwóch takich niedostatkach.

Po pierwsze, brakuje rozwijania bardziej proaktywnych form ochrony i nadzoru. Prezes UODO działa w przeważającej mierze reaktywnie, w trybie skargowym lub w odpowiedzi na zgłoszenia naruszeń, w bardzo ograniczonym zakresie podejmując działania z urzędu. Najbardziej znamienna jest w tym zakresie liczba przeprowadzanych kontroli. Zrealizowane w ostatnich dwóch latach, odpowiednio, 12 i 22 kontrole mogą pełnić co najwyżej rolę listka figowego. Taki zakres z pewnością nie pozwala na uzyskanie wiarygodnego, uporządkowanego obrazu aktywności administratorów danych. Rozwijanie tej działalności jest więc niezbędne dla systematycznej realizacji powierzonych Prezesowi UODO zadań. Kontrole nie są oczywiście jedynym możliwym proaktywnym instrumentem w gestii organu. O innych, takich jak edukacja, wspieranie samoregulacji i dobrych praktyk, już wspominaliśmy. Nie są też narzędziem specyficznym dla podejścia refleksyjnego,

są bowiem wykorzystywane także w ramach reżimu nakazowo-kontrolnego czy dowolnej innej strategii regulacyjnej. Nie sposób jednak wyobrazić sobie bez nich efektywnego systemu regulacji w dowolnym przyjętym modelu.

Po drugie, w działalności Prezesa UODO niedostatecznie wykorzystano *risk-based regulation*, czyli systematyczną identyfikację i analizę ryzyk związanych z ochroną danych osobowych, które służyłyby organizacji i hierarchizowaniu własnych działań. Organ oczekuje przy tym od adresatów – zgodnie z postanowieniami rozporządzenia 2016/679 – dokonywania oceny ryzyka (*risk-based compliance*). Sam jednak nie wykorzystuje dostatecznie analogicznego narzędzia w swojej działalności.

Wracając jeszcze do przykładu kontroli, roczne plany kontroli sektorowych wydają się tworzone w sposób intuicyjny, bez widocznej spójnej metodologii pozwalającej na selekcję podmiotów lub branż. Prezes UODO nigdzie też nie wskazuje, że angażuje się w identyfikację ryzyk o charakterze systemowym, nie mówiąc o przeciwdziałaniu im. Nie są także, jak się zdaje, identyfikowane tzw. SIP (systemowo istotne podmioty, ang. *systemically imporant entities*), tj. administratorzy, których działania lub zaniedbania mogą potencjalnie prowadzić do „katastrofy prywatności". Przykładami SIP mogą być: administrator bazy PESEL, administrator systemu Internetowe Konto Pacjenta (pacjent.gov.pl), przetwarzającego dane wrażliwe dotyczące zdrowia, administratorzy największych serwisów społecznościowych gromadzących dane milionów użytkowników itp.

Wszystko to, w połączeniu z nieadekwatnym sposobem definiowania ryzyka, może łatwo prowadzić do regulacyjnej pułapki, którą określamy jako „przecedzanie komara". Polega ona na koncentracji uwagi i zasobów regulatora na wielkiej liczbie stosunkowo mało istotnych źródeł ryzyka (które ujawniają się np. w indywidualnych skargach), a nie dostrzeganiu na czas ryzyk systemowych i ryzyk wielkiej skali. Nie zachęcamy oczywiście do lekceważenia wnoszonych przez obywateli skarg. Jednak w obliczu ograniczonych zasobów, z jakimi boryka się każdy organ regulacyjny, należy postawić pytanie, czy priorytety zostały zdefiniowane w sposób świadomy i właściwy.

Można więc uznać, że Prezes UODO realizuje jedynie „minimalny" wariant regulacji opartej na ryzyku, który polega na „doborze środków egzekucyjnych w oparciu o ocenę ryzyka, jakie podległa regulacji osoba lub firma stwarza dla celów regulatora" (Black, Baldwin, 2010, s. 181). Brakuje natomiast bardziej systematycznego wykorzystania oceny ryzyka dla określania systemowych priorytetów i strategii działalności organu – czyli tego, co można określić mianem dojrzałej wersji podejścia opartego na ryzyku. W obliczu wskazanych wcześniej sukcesów w dotychczasowej działalności Prezesa UODO można zasadnie oczekiwać postawienia dalszych kroków w stronę proaktywnej, refleksyjnej i opartej na ryzyku regulacji systemu ochrony danych osobowych.

Bibliografia

Aalders, M., Wilthagen, T. (1997). Moving Beyond Command-and-Control: Reflexivity in the Regulation of Occupational Safety and Health and the Environment. *Law and Policy*, *19* (4), s. 415–443.

Abu Gholeh, M. (2019). Pozycja ustrojowa organu nadzorczego ochrony danych osobowych na przykładzie Polski. *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, *4* (50), s. 163–181.

Arnoldi, J. (2011). *Ryzyko*. Tłum. B. Reszuta. Warszawa: Wydawnictwo Sic!

Aven, T. (2012). *Foundations of Risk Analysis*. Chichester: John Wiley & Sons.

Aven, T., Renn, O. (2010). *Risk Management and Governance*. Heidelberg: Springer.

Ayres, I., Braithwaite, J. (1992). *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. New York, Oxford: Oxford University Press.

Baldwin, R., Cave, M., Lodge, M. (2010). Introduction: Regulation – the Field and the Developing Agenda. W: R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge (red.), *The Oxford Handbook of Regulation* (online). Oxford: Oxford University Press.

Baldwin, R., Cave, M., Lodge, M. (2012). *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice* (wyd. 2). Oxford: Oxford University Press.

Baldwin, R., Scott, C., Hood, C. (1998). *A Reader on Regulation*. Oxford: Oxford University Press.

Bartle, I. (2008). Risk-based regulation and better regulation in the UK: towards what model of risk regulation? Paper prepared for presentation at the 2nd Biennial Conference of the ECPR Standing Group on Regulatory Governance, Utrecht University, June 5th–7th, 2008. Pobrane ze strony internetowej: http://www.regulation.upf.edu/utrecht-08-papers/ibartle.pdf

Bauman, Z. (2000). *Liquid Modernity*. Cambridge, Malden, Mass.: Polity Press.

Beck, M., Kewell, B., Asenova, D. (2007). *BSE Crisis and Food Safety Regulation: A Comparison of the UK and Germany* (The York Management School Working Papers, no. 38). Pobrane ze strony internetowej Department of Management Studies, University of York: https://eprints.whiterose.ac.uk/3477/1/beckm32007.pdf

Beck, U. (1986). *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Beck, U. (1992). *Risk Society: Towards a New Modernity*. Tłum. M. Ritter. London, Newbury Park: Sage Publications.
Beck, U. (2002). *Społeczeństwo ryzyka: W drodze do innej nowoczesności*. Tłum. S. Cieśla. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.
Beck, U. (2006). *The Cosmopolitan Vision*. Tłum. C. Cronin. Cambridge, Malden, Mass.: Polity Press.
Beck, U. (2009a). Critical Theory of World Risk Society: A Cosmopolitan Vision. *Constellations*, *16* (1), s. 3–22.
Beck, U. (2009b). Ponowne odkrycie polityki: przyczynek do teorii modernizacji refleksywnej. W: U. Beck, A. Giddens, S. Lash, *Modernizacja refleksyjna. Polityka, tradycja i estetyka w porządku społecznym nowoczesności* (s. 11–78). Tłum. J. Konieczny. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
Beck, U. (2012). *Społeczeństwo światowego ryzyka. W poszukiwaniu utraconego bezpieczeństwa*. Tłum. B. Baran. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.
Beck, U. (2016). *The Metamorphosis of the World*. Cambridge, Malden, Mass.: Polity Press.
Beck, U., Giddens, A., Lash, S. (1994). *Reflexive Modernization: Politics, Tradition and Aesthetics in the Modern Social Order*. Stanford: Stanford University Press.
Beck, U., Giddens, A., Lash, S. (2009). *Modernizacja refleksyjna. Polityka, tradycja i estetyka w porządku społecznym nowoczesności*. Tłum. J. Konieczny. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
Bernstein, P. L. (1996). *Against the Gods: The Remarkable Story of Risk*. New York: John Wiley & Sons.
Binns, R. (2017). Data Protection Impact Assessments: A Meta-regulatory Approach. *International Data Privacy Law*, *7* (1), s. 22–35.
Black, J. (1996). Constitutionalising Self-Regulation. *The Modern Law Review*, *59* (1), s. 24–55.
Black, J. (2000). Proceduralizing Regulation: Part I. *Oxford Journal of Legal Studies*, *20* (4), s. 597–614.
Black, J. (2001). Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a 'Post-Regulatory' World. *Current Legal Problems*, *54* (1), s. 103–146.
Black, J. (2002). Critical Reflections on Regulation. *Australian Journal of Legal Philosophy*, *27*, s. 1–35.
Black, J. (2008). Forms and paradoxes of principles-based regulation. *Capital Markets Law Journal*, *3* (4), s. 425–457.
Black, J. (2010a). Risk-based Regulation: Choices, Practices, and Lessons being Learnt. W: OECD (red.), *OECD Reviews of Regulatory Reform. Risk and Regulatory Policy. Improving the Governance of Risk* (s. 185–224). Paris: OECD Publishing.

Black, J. (2010b). *The Rise, Fall and Fate of Principles Based Regulation* (LSE Legal Studies Working Paper Series no. 17/2010). London. Pobrane ze strony internetowej London School of Economics: https://ssrn.com/abstract=1712862

Black, J. (2010c). The Role of Risk in Regulatory Processes. W: R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge (red.), *The Oxford Handbook of Regulation* (online). Oxford: Oxford University Press.

Black, J., Baldwin, R. (2010). Really Responsive Risk-Based Regulation. *Law & Policy*, *32* (2), s. 181–213.

Bleeker, T., Fransen, R. (2017). Looking at Law Differently: A Legal, Sociological and Moral Perspective to the Dutch Shell Nigeria Cases. W: U. de Vries, J. Fanning (red.), *Law in the Risk Society* (s. 187–211). Utrecht: Eleven International Publ.

Bocheński, M. (2015). Populizm penalny w polskim wydaniu – rzecz o kryminologicznej problematyce ustawy o postępowaniu wobec osób stwarzających zagrożenie. *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, *XIX* (1), s. 127–144.

Boom, H. (2017). Contractual Externalities in the Risk Society: How to Argue for a More Reflexive Contract Law. W: U. de Vries, J. Fanning (red.), *Law in the Risk Society* (s. 213–232). Utrecht: Eleven International Publ.

Braithwaite, J. (2002). *Restorative Justice & Responsive Regulation*. New York: Oxford University Press.

Braithwaite, J. (2003). Meta Risk Management and Responsive Regulation for Tax System Integrity. *Law and Policy*, *25* (1), s. 1–16.

Braithwaite, J. (2008). *Regulatory Capitalism: How it Works, Ideas for Making it Work Better*. Cheltenham, Northampton, Mass.: Edward Elgar.

Braithwaite, J. (2011). The Essence of Responsive Regulation. *UBC Law Review*, *44* (3), s. 475–520.

Brzozowska, K. (2012). Ryzyko na rynkach finansowych: zarządzanie ryzykiem kredytowym w sektorze bankowym w Polsce. *Zeszyty Naukowe SGGW – Ekonomika i Organizacja Gospodarki Żywnościowej*, *96*, s. 89–99.

Bystranowski, P. (2014). O nieefektywności regulacji ryzyka z punktu widzenia behawioralnej ekonomicznej analizy prawa i kulturowej teorii ryzyka. *Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ*, *2* (15), s. 5–26. Pobrane ze strony internetowej: http://www.tbsp.wpia.uj.edu.pl/documents/4137545/33421780/IPP%2015%20%281%29.pdf

Caplan, P. (2000). Introduction: Risk Revisited. W: P. Caplan (red.), *Risk Revisited* (s. 1–28). London, Sterling: Pluto Press.

Cassirer, E. (2010). *Filozofia oświecenia*. Tłum. T. Zatorski. Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego.

Castel, R. (1991). From Dangerousness to Risk. W: G. Burchell, C. Gordon, P. Miller (red.), *The Foucault Effect. Studies in Governmentality* (s. 281–298). Chicago: University of Chicago Press.

Castells, M. (1996). *The Rise of the Network Society: (The Information Age: Economy, Society and Culture, Vol. 1)*. Oxford: Blackwell.

Ciechanowska, J. (2020). Independence of the President of the Personal Data Protection Office as a Guarantee for the Personal Data Protection System. *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, *6* (58), s. 261–274.

CNIL. (2015). *Privacy Impact Assessment (PIA). Methodology (how to carry out a PIA)*. Pobrane ze strony internetowej CNIL: https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/CNIL-PIA-1-Methodology.pdf

CNIL. (2018). *Privacy Impact Assessment (PIA). Methodology*. Pobrane ze strony internetowej CNIL: https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil-pia-1-en-methodology.pdf

Coglianese, C., Mendelson, E. (2010). Meta-Regulation and Self-Regulation. W: R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge (red.), *The Oxford Handbook of Regulation* (online). Oxford: Oxford University Press.

Cummings, W. (2019). 'The World Is Going to End in 12 Years If We Don't Address Climate Change,' Ocasio-Cortez Says. Pobrane ze strony internetowej: https://eu.usatoday.com/story/news/politics/onpolitics/2019/01/22/ocasio-cortez-climate-change-alarm/2642481002/

Czyżewski, M. (2008). Wprowadzenie do wydania polskiego. W: J. Habermas, *Strukturalne przeobrażenia sfery publicznej*. Tłum. M. Łukasiewicz, W. Lipnik. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.

Daigle, B., Khan, M. (2020). The EU General Data Protection Regulation: An Analysis of Enforcement Trends by EU Data Protection Authorities. *Journal of International Commerce and Economics*, s. 1–38.

Deloitte. (2019). *Living One Year with GDPR: Practitioner Perspective*. Pobrane ze strony internetowej Deloitte: https://www2.deloitte.com/pl/pl/pages/doradztwo-prawne/articles/ochrona-danych-osobowych/Living-one-year-with-GDPR.html

Dingwall, R. (1999). "Risk Society": The Cult of Theory and the Millennium? *Social Policy & Administration*, *33* (4), s. 474–491.

Domingo, R. (2010). *The New Global Law*. New York: Cambridge University Press.

Douglas, M. (1985). *Risk Acceptability According to the Social Sciences*. New York: Russell Sage.

Douglas, M. (1992). *Risk and Blame: Essays in Cultural Theory*. London, New York: Routledge.

Douglas, M., Wildavsky, A. (1982). *Risk and Culture: An Essay on the Selection of Technological and Environmental Dangers*. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press.

Dunlop, C. A., Radaelli, C. M. (red.). (2016). *Handbook of Regulatory Impact Assessment*. Cheltenham, Northampton, Mass.: Edward Elgar Publishing.

Eeckhoudt, L., Loubergé, H. (2012). The Economics of Risk: A (Partial) Survey. W: S. Roeser, R. Hillebrand, P. Sandin, M. Peterson (red.), *Handbook of Risk*

Theory. Epistemology, Decision Theory, Ethics, and Social Implications of Risk (s. 113–133). Dordrecht: Springer.
Etienne, J. (2013). Ambiguity and Relational Signals in Regulator-regulatee Relationships. *Regulation & Governance*, *7* (1), s. 30–47.
Ewald, F. (1991). Insurance and Risks. W: G. Burchell, C. Gordon, P. Miller (red.), *The Foucault Effect. Studies in Governmentality.* Chicago: University of Chicago Press.
Fairman, R., Yapp, C. (2005). Enforced Self-Regulation, Prescription, and Conceptions of Compliance within Small Businesses: The Impact of Enforcement. *Law and Policy*, *27* (4), s. 491–519.
Fajgielski, P. (2022). Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz (wyd. 2). Warszawa: Wolters Kluwer.
Fanning, J. (2017). 'Risk Society' and the Duty of Care in English Law. W: U. de Vries, J. Fanning (red.), *Law in the Risk Society* (s. 115–141). Utrecht: Eleven International Publ.
Ferrari, M. (2016). *Risk Perception, Culture, and Legal Change: A Comparative Study on Food Safety in the Wake of the Mad Cow Crisis*. London: Routledge.
Findlay, M. (2013). *Contemporary Challenges in Regulating Global Crises*. „International Political Economy Series". Basingstoke: Palgrave Macmillan.
Florczak-Wątor, M. (2021). Art. 7. W: P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer (LEX).
Ford, C. (2008). New Governance, Compliance, and Principles-Based Securities Regulation. *American Business Law Journal*, *45* (1), s. 1–60.
Foucault, M. (2010). *Bezpieczeństwo, terytorium, populacja*. Tłum. M. Herer. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
Francot, L., Vries, U. de (2009). No Way Out? Contracting About Modern Risks. *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, *95* (2), s. 199–215.
Franklin, J. (red.). (1998). *The Politics of Risk Society*. Cambridge, Malden, Mass.: Polity Press.
Franzen, J. (8 września 2019). What if We Stopped Pretending? *The New Yorker*. Pobrane ze strony internetowej: https://www.newyorker.com/culture/cultural-comment/what-if-we-stopped-pretending
Gaczoł, K. (2020). Regulacja refleksyjna jako meta-regulacja. *Studia Prawno-Ekonomiczne*, *115*, s. 31–47.
Garland, D. (2003). The Rise of Risk. W: R. V. Ericson, A. Doyle (red.), *Risk and Morality* (s. 48–86). Toronto, Buffalo, London: University of Toronto Press.
Gellert, R. (2020). *The Risk-Based Approach to Data Protection*. Oxford: Oxford University Press.
Giddens, A. (1990). *The Consequences of Modernity*. Cambridge: Polity Press.
Giddens, A. (1991). *Modernity and Self-identity: Self and Society in the Late Modern Age*. Cambridge: Polity Press.

Giddens, A. (1998). Risk Society: the Context of British Politics. W: J. Franklin (red.), *The Politics of Risk Society* (s. 23–34). Cambridge, Malden, Mass.: Polity Press.
Giddens, A. (1999). Risk and Responsibility. *The Modern Law Review*, *62* (1), s. 1–10.
Giddens, A. (2006). *Nowoczesność i tożsamość. „Ja" i społeczeństwo w epoce późnej nowoczesności*. Tłum. A. Szulżycka. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
Giddens, A. (2008). *Konsekwencje nowoczesności*. Tłum. E. Klekot. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
Giddens, A. (2009). Życie w społeczeństwie posttradycyjnym. W: U. Beck, A. Giddens, S. Lash, *Modernizacja refleksyjna. Polityka, tradycja i estetyka w porządku społecznym nowoczesności* (s. 79–144). Tłum. J. Konieczny. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
Giddens, A. (2010). *Klimatyczna katastrofa*. Tłum. M. Głowacka-Grajper. Warszawa: Prószyński i S-ka.
Gilad, S. (2010). It Runs in the Family: Meta-regulation and its Siblings. *Regulation & Governance*, *4* (4), s. 485–506.
Gizbert-Studnicki, T., Dyrda, A., Grabowski, A. (2016). *Metodologiczne dychotomie: Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer.
Godman, M., Hansson, S. O. (2009). European Public Advice on Nanobiotechnology – Four Convergence Seminars. *Nanoethics*, *3* (1), s. 43–59.
Goj, M. (2021). *Kontrole podatkowe – organy podatkowe stawiają na ich efektywność, a nie na ilość*. Pobrane ze strony internetowej Ernst & Young Polska: https://www.ey.com/pl_pl/tax/kontrole-podatkowe-efektywnosc-nie-ilosc
Greenleaf, G. (2016). Responsive Regulation of Data Privacy: Theory and Asian Examples. W: D. Wright, P. de Hert (red.), *Enforcing Privacy. Regulatory, Legal and Technological Approaches* (s. 233–259). Cham: Springer International Publishing.
Gromski, W. (2000). *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*. Wrocław: Kolonia Ltd.
Habermas, J. (2005a). *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego.* Tłum. A. Romaniuk, R. Marszałek. Warszawa: Scholar.
Habermas, J. (2005b). *Filozoficzny dyskurs nowoczesności*. Tłum. M. Łukasiewicz. Kraków: Universitas.
Hacking, I. (1990). *The Taming of Chance*. Cambridge: Cambridge University Press.
Hampton, P. (2005). *Reducing Administrative Burdens: Effective Inspection and Enforcement*. London. Pobrane ze strony internetowej HM Treasury: http://news.bbc.co.uk/nol/shared/bsp/hi/pdfs/bud05hampton_150305_640.pdf
Hansson, S. O. (1996). Decision Making under Great Uncertainty. *Philosophy of the Social Sciences*, *26* (3), s. 369–386.

Hansson, S. O. (2012). A Panorama of the Philosophy of Risk. W: S. Roeser, R. Hillebrand, P. Sandin, M. Peterson (red.), *Handbook of Risk Theory. Epistemology, Decision Theory, Ethics, and Social Implications of Risk* (s. 27–54). Dordrecht: Springer.

Hansson, S. O. (2013). *The Ethics of Risk*. London: Palgrave Macmillan.

Hansson, S. O. (2018). Risk. W: E. Zalta (red.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Pobrane ze strony internetowej: https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/risk/

Harremoës, P. (red.). (2002). *Late Lessons from Early Warnings: The Precautionary Principle 1896–2000*. Copenhagen: European Environmental Agency. Pobrane ze strony internetowej: http://www.eea.europa.eu/publications/environmental_issue_report_2001_22

Heijden van der, J. (2020). Responsive Regulation in Practice: A Review of the International Academic Literature. *SSRN Electronic Journal* (artykuł w czasopiśmie internetowym).

Heijden van der, J. (2021). Risk as an Approach to Regulatory Governance: An Evidence Synthesis and Research Agenda. *SAGE Open*, *11* (3).

Heimer, C. A. (2011). Disarticulated Responsiveness: The Theory and Practice of Responsive Regulation in Multi-Layered Systems. *UBC Law Review*, *44* (3), s. 663–693.

Hermans, M. A., Fox, T., van Asselt, M. B. A. (2012). Risk Governance. W: S. Roeser, R. Hillebrand, P. Sandin, M. Peterson (red.), *Handbook of Risk Theory. Epistemology, Decision Theory, Ethics, and Social Implications of Risk* (s. 1093–1117). Dordrecht: Springer.

Hoff, W. (2005). Recepcja pojęcia regulacji i organu regulacyjnego na przykładzie prawa polskiego. *Państwo i Prawo*, *5*, s. 37–54.

Honoré, T. (1999). *Responsibility and Fault*. Oxford, Portland, Or.: Hart Publishing.

Hood, C., Rothstein, H., Baldwin, R. (2001). *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes*. Oxford: Oxford University Press.

Hudson, B. (2003). *Justice in the Risk Society: Challenging and Re-affirming Justice in Late Modernity*. London, Thousand Oaks, New Delhi: Sage Publications.

Hutter, B. M. (2005). *The Attractions of Risk-based Regulation: Accounting for the Emergence of Risk Ideas in Regulation*. CARR Discussion Papers: no. 33. London: CARR. Pobrane ze strony internetowej: http://www.lse.ac.uk/accounting/Assets/CARR/documents/D-P/Disspaper33.pdf

IRGC. (2017). *Introduction to the IRGC Risk Governance Framework: Revised Version*. Lausanne: EPFL International Risk Governance Center. Pobrane ze strony internetowej: https://irgc.org/risk-governance/irgc-risk-governance-framework/

Ivec, M., Braithwaite, V. (2015). *Applications of Responsive Regulatory Theory in Australia and Overseas: Update*. Canberra: Regulatory Institutions Network, Australian National University.

Jabłoński, M. (2019). Specyfika systemowych gwarancji niezależności funkcjonowania organów na przykładzie krajowego organu ochrony danych osobowych w Polsce. W: M. Jabłoński, M. Abu Gholeh (red.), *Specyfika organizacji i funkcjonowania organów władzy publicznej. Analiza porządków prawnych państw współczesnych* (s. 131–148). Wrocław: Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

Jarvis, D. (2007). Risk, Globalisation and the State: A Critical Appraisal of Ulrich Beck and the World Risk Society Thesis. *Global Society*, *21* (1), s. 23–46.

Jebari, K., Hansson, S. O. (2013). European Public Deliberation on Brain Machine Interface Technology: Five Convergence Seminars. *Science and Engineering Ethics*, *19* (3), s. 1071–1086.

Kahneman, D. (2012). *Pułapki myślenia: O myśleniu szybkim i wolnym*. Poznań: Media Rodzina.

Kahneman, D., Slovic, P., Tversky, A. (red.). (1982). *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Cambridge, New York: Cambridge University Press.

Kant, I. (2005). Odpowiedź na pytanie: czym jest Oświecenie? W: I. Kant, *Rozprawy z filozofii historii* (s. 44–49). Tłum. D. Pakalski i in. Kęty: Antyk.

Kasiewicz, S. (2015). Ryzyko regulacyjne w koncepcji Risk-based Regulation (RbR). *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, Sectio H (Oeconomia)*, *XLIX* (4), s. 195–203.

Kasiewicz, S. (2016). *Teoria i praktyka zarządzania ryzykiem regulacyjnym w sektorze finansowym*. Warszawa: Fundacja Warszawski Instytut Bankowości.

Kemshall, H. (2002). *Risk, Social Policy and Welfare*. Buckingham, Philadelphia: Open University Press.

King, M., Thornhill, C. (2003). *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*. Basingstoke, New York: Palgrave Macmillan.

Klein, N. (2016). *To zmienia wszystko: Kapitalizm kontra klimat*. Tłum. H. Jankowska, K. Makaruk. Warszawa: Muza.

Klinke, A., Renn, O. (2019). The Coming of Age of Risk Governance. *Risk Analysis*, *99* (1), s. 1–14.

Kmieciak, Z. (2009). Niezależne organy regulacyjne (aspekt prawnoporównawczy). W: J. Boć, A. Chajbowicz (red.), *Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego* (s. 15–24). Wrocław: Kolonia Limited.

Knight, F. H. (1921). *Risk, Uncertainty and Profit*. Boston, New York: Houghton Mifflin Company.

Komierzyńska, E., Zdyb, M. (2016). Klauzula interesu publicznego w działaniach administracji publicznej. *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio G (Ius)*, *LXIII* (2), s. 161–179.

Koop, C., Lodge, M. (2017). What is Regulation?: An Interdisciplinary Concept Analysis. *Regulation & Governance*, *11* (1), s. 95–108.

Krygier, M. (2012). *Philip Selznick: Ideals in the World*. Stanford: Stanford University Press.

Lidskog, R., Sundqvist, G. (2012). Sociology of Risk. W: S. Roeser, R. Hillebrand, P. Sandin, M. Peterson (red.), *Handbook of Risk Theory. Epistemology, Decision Theory, Ethics, and Social Implications of Risk* (s. 1001–1027). Dordrecht: Springer.

Lubasz, D. (2018a). Art. 1. W: E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.). *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer (LEX).

Lubasz, D. (2018b). Art. 31. W: E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.). *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer (LEX).

Lubasz, D. (2018c). Art. 32. W: E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz (red.). *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer (LEX).

Luhmann, N. (1993). *Risk: a Sociological Theory*. New York: de Gruyter.

Luhmann, N., Fuchs, S. (1988). Tautology and Paradox in the Self-Descriptions of Modern Society. *Sociological Theory*, *6* (1), s. 21–37.

Lupton, D. (1999). *Risk*. London, New York: Routledge.

Lyng, S. (red.). (2005). *Edgework: The Sociology of Risk-Taking*. New York, Abingdon: Routledge.

Lynskey, O. (2015). *The Foundations of EU Data Protection Law*. Oxford: Oxford University Press.

Macenaite, M. (2017). The "Riskification" of European Data Protection Law through a two-fold Shift. *European Journal of Risk Regulation*, *8* (3), s. 506–540.

Majone, G. (1994). The Rise of the Regulatory State in Europe. *West European Politics*, *17* (3), s. 77–101.

Majone, G. (1997). From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance. *Journal of Public Policy*, *17* (2), s. 139–167.

March, J. G., Olsen, J. (2005). *Instytucje: organizacyjne podstawy polityki*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.

Meadows, D. H., Meadows, D. L., Randers, J., Behrens, W. W. (1972). *The Limits to Growth: A report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind*. New York: Universe Books. Pobrane ze strony internetowej: https://www.dartmouth.edu/library/digital/publishing/meadows/ltg/?mswitch-redir=classic

Menzel, D. C. (2007). *Ethics Management for Public Administrators: Building Organizations of Integrity*. Armonk, N.Y.: M.E. Sharpe.

Möller, N. (2012). The Concepts of Risk and Safety. W: S. Roeser, R. Hillebrand, P. Sandin, M. Peterson (red.), *Handbook of Risk Theory. Epistemology, Decision Theory, Ethics, and Social Implications of Risk* (s. 56–85). Dordrecht: Springer.

Morgan, B. (2003). The Economization of Politics: Meta-Regulation as a Form of Nonjudicial Legality. *Social & Legal Studies*, *12* (4), s. 489–523.

Morgan, B., Yeung, K. (2007). *An Introduction to Law and Regulation: Text and Materials*. Cambridge: Cambridge University Press.

Mythen, G. (2004). *Ulrich Beck: A Critical Introduction to the Risk Society*. London, Sterling, VA: Pluto Press.

Nielsen, V. L. (2006). Are Regulators Responsive? *Law & Policy*, *28* (3), s. 395–416.
Nielsen, V. L., Parker, C. (2009). Testing Responsive Regulation in Regulatory Enforcement. *Regulation & Governance*, *3* (4), s. 376–399.
Nonet, P., Selznick, P. (1978). *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*. New York: Harper & Row.
NOYB. (2020). *EU–US Transfers Overview.* Pobrane ze strony internetowej NOYB: https://noyb.eu/en/eu-us-transfers-complaint-overview
O'Malley, P. (1992). Risk, Power and Crime Prevention. *Economy and Society*, *21* (3), s. 252–275.
O'Malley, P. (2010). *Crime and Risk*. Los Angeles: Sage Publications.
O'Malley, P. (2016). Governmentality and the Analysis of Risk. W: A. Burgess, A. Alemanno, J. O. Zinn (red.), *Routledge Handbook of Risk Studies* (s. 109–116). London, New York: Routledge.
Ostrom, E. (1986). An Agenda for the Study of Institutions. *Public Choice*, *48* (1), s. 3–25.
Parker, C. (2002). *The Open Corporation: Effective Self-regulation and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
Parker, C. (2013). Twenty Years of Responsive Regulation: An Appreciation and Appraisal. *Regulation & Governance*, *7* (1), s. 2–13.
Perez, O. (2011). Responsive Regulation and Second-Order Reflexivity: On the Limits of Regulatory Intervention. *UBC Law Review*, *44* (3), s. 743–778.
Pichlak, M. (2019). *Refleksyjność prawa: Od teorii społecznej do strategii regulacji i z powrotem*. Jurysprudencja 12. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
Pichlak, M. (2022, w druku). Ryzyko jako kategoria polityki prawa. Porównanie modeli ryzyka. W: S. Wojtczak, J. Wyporska-Frankiewicz (red.), *Wyzwania współczesnej polityki prawa. Pani Profesor Małgorzacie Król uczniowie i przyjaciele.* Warszawa: C.H. Beck.
Pichlak, M. (2023, forthcoming). Organized Irresponsibility and Communities of Risk in a Pandemic: The Case for Legal Metamorphosis. *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*.
Poel van de, I., Nihlén Fahlquist, J. (2012). Risk and Responsibility. W: S. Roeser, R. Hillebrand, P. Sandin, M. Peterson (red.), *Handbook of Risk Theory. Epistemology, Decision Theory, Ethics, and Social Implications of Risk* (s. 877–907). Dordrecht: Springer.
Powell, W. W., DiMaggio, P. J. (2004). Introduction. W: W. W. Powell, P. J. DiMaggio (red.), *The New Institutionalism in Organizational Analysis* (s. 1–38). Chicago: University of Chicago Press.
Quelle, C. (2017). The 'Risk Revolution' in EU Data Protection Law: We Can't Have Our Cake and Eat It, Too. W: R. Leenes, R. van Brakel, S. Gutwirth, P. de Hert (red.), *Data Protection and Privacy. The Age of Intelligent Machines*. Oxford: Hart Publishing. Pobrane ze strony internetowej: http://ssrn.com/abstract=3000382

Raghavan, M., Chugh, B., Kumar, N. (2019). *Effective Enforcement of a Data Protection Regime: Model for Risk-Based Supervision Using Responsive Regulatory Tools* (Dvara Research Working Paper Series no. WP-2018-01). Pobrane ze strony internetowej: https://www.dvara.com/research/wp-content/uploads/2019/12/Effective-Enforcement-of-a-Data-Protection-Regime.pdf

Randall, A. (2011). *Risk and Precaution*. Cambridge, New York: Cambridge University Press.

Reichardt, I. (2011). Ewaluacja jako narzędzie analizy polityk publicznych. *Zarządzanie Publiczne*, *1* (13), s. 11–23.

Renn, O. (2008a). *Risk Governance: Coping with Uncertainty in a Complex World*. London, Sterling, VA: Earthscan.

Renn, O. (2008b). White Paper on Risk Governance: Toward an Integrative Framework. W: O. Renn, K. D. Walker (red.), *Global Risk Governance. Concept and Practice Using the IRGC Framework* (s. 3–73). Dordrecht: Springer.

Riesch, H. (2012). Levels of Uncertainty. W: S. Roeser, R. Hillebrand, P. Sandin, M. Peterson (red.), *Handbook of Risk Theory. Epistemology, Decision Theory, Ethics, and Social Implications of Risk* (s. 87–110). Dordrecht: Springer.

Rothstein, H., Borraz, O., Huber, M. (2013). Risk and the Limits of Governance: Exploring Varied Patterns of Risk-based Governance across Europe. *Regulation & Governance*, *7* (2), s. 215–235.

Sadowski, I. (2014). Współczesne spojrzenie na instytucje: ewolucja pojęć, problem modelu aktora i poziomy analizy instytucjonalnej. *Przegląd Socjologiczny*, *63* (3), s. 89–114.

Schmitz, S. (2019). *Giving up False Hope: Why Climate Fatalism is Hard to Swallow, but Necessary*. Pobrane ze strony internetowej: https://www.iass-potsdam.de/en/blog/2019/09/giving-false-hope-why-climate-fatalism-hard-swallow-necessary

Schwarcz, S. L. (2009). The 'Principles' Paradox. *European Business Organization Law Review*, *10*, s. 175–184.

Scott, A. (2000). Risk Society or Angst Society? Two Views of Risk, Consciousness and Community. W: B. Adam, U. Beck, J. van Loon (red.), *The Risk Society and Beyond: Critical Issues for Social Theory* (s. 33–46). London, Thousand Oaks, New Delhi: Sage Publications.

Selznick, P. (1980). *Law, Society, and Industrial Justice*. New York: Transaction Books.

Selznick, P. (1985). Focusing Organizational Research on Regulation. W: R. G. Noll (red.), *Regulatory Policy and the Social Sciences* (s. 363–367). Berkeley: University of California Press.

Selznick, P. (1992). *The Moral Commonwealth: Social Theory and the Promise of Community*. Berkeley: University of California Press.

Selznick, P. (1995). *Threshold Definitions, Normative Theory, and Sociology of Law*. Annual Meeting of the ISA Research Committee on Sociology of Law „Legal Culture: Encounters and Transformations", Tokyo.

Selznick, P. (2008). *A Humanist Science: Values and Ideals in Social Inquiry*. Stanford: Stanford University Press.

Short Jr., J. F. (1992). Defining, Explaining, and Managing Risk. W: J. F. Short Jr., L. Clarke (red.), *Organizations, Uncertainties, and Risk* (s. 3–23). Boulder: Westview Press.

Siemek, M. J. (2012). *Wykłady z filozofii nowoczesności*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.

Simon, F. C. (2017). *Meta-Regulation in Practice: Beyond Normative Views of Morality and Rationality*. London: Routledge.

Skąpska, G. (1999). Neoinstytucjonalizm. W: W. Kwaśniewicz (red.), *Encyklopedia socjologii. T. 2* (s. 323–327). Warszawa: Oficyna Naukowa.

Slovic, P. (2000). *The Perception of Risk*. Abingdon, New York: Earthscan Taylor & Francis.

Sobczak, K., Matłacz, A. (16 maja 2019). Nowy prezes Urzędu Ochrony Danych Osobowych złożył ślubowanie w Sejmie. *Prawo.pl*. Pobrane ze strony internetowej: https://www.prawo.pl/biznes/jan-nowak-nowym-prezesem-uodo,395979.html

Sroka, J., Podgórska-Rykała, J. (2021). *Planowanie i ewaluacja polityk publicznych*. Warszawa: Wydawnictwo C. H. Beck.

Steele, J. (2004). *Risks and Legal Theory*. Oxford, Portland, Or.: Hart Publishing.

Sunstein, C. R. (2002). *Risk and Reason: Safety, Law, and the Environment*. Cambridge, New York: Cambridge University Press.

Szafrańska, M. (2015). *Penalny populizm a media*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Szydło, M. (2005). *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*. Warszawa: Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza.

Szydło, M. (2010). *Prawo konkurencji a regulacja sektorowa*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Śliwa, R., Żaba-Nieroda, R. (2017). Ocena skutków regulacji jako element procesu regulacyjnego. *Rocznik Administracji Publicznej*, *3*, s. 364–379.

Taekema, S. (2003). *The Concept of Ideals in Legal Theory*. Hague: Kluwer Law International.

Teubner, G. (1983). Substantive and Reflexive Elements in Modern Law. *Law & Society Review*, *17* (2), s. 239–285.

Teubner, G. (1984). After legal instrumentalism?: strategic models of post-regulatory law. *International Journal of the Sociology of Law*, *12* (4), s. 375–400.

Teubner, G. (1987). Juridification – Concepts, Aspects, Limits, Solutions. W: G. Teubner (red.), *Juridification of Social Spheres. A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law* (s. 3–48). Berlin: W. de Gruyter.

Teubner, G. (1993). *Law as an Autopoietic System. The European University Institute Press series*. Oxford, Cambridge, Mass.: Blackwell.

Teubner, G. (2012). *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press.
Thlon, M. (2013). Charakterystyka i klasyfikacja ryzyka w działalności gospodarczej. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie 902*, s. 17–36.
Thompson, K. (1998). *Moral Panics. Key Ideas*. London, New York: Routledge.
Tickner, J., Raffensperger, C., Myers, N. (1999). *The Precautionary Principle in Action. A Handbook*. Science and Environmental Health Network.
Tosza, S. (2019). *Criminal Liability of Managers in Europe: Punishing Excessive Risk*. Oxford: Hart Publishing.
Tully, J. (1995). *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*. Cambridge: Cambridge University Press.
UODO. (2018a). *Dokumentacja przetwarzania danych osobowych zgodnie z RODO*. Pobrane ze strony internetowej UODO: https://uodo.gov.pl/pl/138/273
UODO. (2018b). *Jak rozumieć podejście oparte na ryzyku? Poradnik RODO. Podejście oparte na ryzyku: Część 1*. Warszawa.
Vacca, J. R. (2013). *Computer and Information Security Handbook* (wyd. 2). Amsterdam: Morgan Kauffmann.
Valverde, M., Levi, R., Moore, D. (2005). Legal Knowledges of Risk. W: Law Commission of Canada (red.), *Law and Risk* (s. 86–120). Vancouver, Toronto: UBC Press.
Vaughan, E. J., Vaughan, T. M. (2014). *Fundamentals of Risk and Insurance* (wyd. 11). Hoboken: John Wiley & Sons.
Veitch, S. (2007). *Law and Irresponsibility: On the Legitimation of Human Suffering*. Abingdon, New York: Routledge Cavendish.
Veitch, S. (2017). Law in the Risk Society: Challenging Legal Concepts. W: U. de Vries, J. Fanning (red.), *Law in the Risk Society* (s. 39–59). Utrecht: Eleven International Publ.
Wallace-Wells, D. (2019a). *The Uninhabitable Earth: Life after Warming*. New York: Tim Duggan Books.
Wallace-Wells, D. (2019b). Time to Panic. *The New York Times*. Pobrane ze strony internetowej: https://www.nytimes.com/2019/02/16/opinion/sunday/fear-panic-climate-change-warming.html
Walters, D. (2022, forthcoming). The Administrative Agon: A Democratic Theory for a Conflictual Regulatory State. *Yale Law Journal*.
Webster, F. (2006). *Theories of the Information Society* (wyd. 3). London, New York: Routledge.
Wilczyńska, A. (2009). Interes publiczny w prawie stanowionym i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. *Przegląd Prawa Handlowego*, *6*, s. 48–55.
Wirtualne Media (4 maja 2019). Jan Nowak wybrany przez Sejm na nowego prezesa UODO. „Powinien odciąć się od członkostwa w PiS". *Witrualnemedia.pl*. Pobrane ze strony internetowej: https://www.wirtualnemedia.pl/artykul/

jan-nowak-prezes-urzedu-ochrony-danych-osobowych-powinien-odciac-sie-od-czlonkostwa-w-pis-dlaczego
Zinn, J. O. (2008). Introduction: The Contribution of Sociology to the Discourse on Risk and Uncertainty. W: J. O. Zinn (red.), *Social Theories of Risk and Uncertainty: An Introduction* (s. 1–17). Malden, Mass., Oxford, Carlton: Blackwell.
Zwitter, A., Hazenberg, J. (2020). Decentralized Network Governance: Blockchain Technology and the Future of Regulation. *Frontiers in Blockchain*, *3* (12), s. 1–12.
Zybała, A. (2012). *Polityki publiczne*. Warszawa: Krajowa Szkoła Administracji Publicznej.

Dokumenty urzędowe

ENISA. (2013). *Recommendations for a methodology of the assessment of severity of personal data breaches.* Pobrane ze strony internetowej ENISA: https://www.enisa.europa.eu/publications/dbn-severity
Grupa Robocza Art. 29. (2017). *(WP253) Wytyczne w sprawie stosowania i ustalania administracyjnych kar pieniężnych do celów rozporządzenia nr 2016/679*. Pobrane ze strony internetowej UODO: https://uodo.gov.pl/pl/file/21
ISO. (73:2009). *Risk management – Vocabulary*.
ISO. (31000:2018). *Risk management – Guidelines*.
ISO/IEC. (27001:2013). *Information technology – Security techniques – Information security management systems – Requirements*.
ISO/IEC. (27002:2013). *Information technology – Security techniques – Code of practice for information security controls*.
ISO/IEC. (27701:2019). *Security techniques – Extension to ISO/IEC 27001 and ISO/IEC 27002 for privacy information management – Requirements and guidelines*.
Komisja Europejska. (2009). *Commission Impact Assessment Guidelines* (no. SEC (2009) 92).
Komisja Europejska. (2017). *COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT: Better Regulation Guidelines* (no. SWD (2017) 350). Pobrane ze strony internetowej Komisji Europejskiej: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-guidelines.pdf
Komisja Europejska. (2018). (WP253) *Guidelines on the application and setting of administrative fines*. Pobrane ze strony internetowej Komisji Europejskiej: https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/611237/en
Komitet Rady Ministrów ds. Cyfryzacji. (2015). *Metodyka zarządzania ryzykiem cyberprzestrzeni w systemach zarządzania bezpieczeństwem informacji podmiotów rządowych.* Pobrane ze strony internetowej KRMC: http://krmc.mc.gov.pl/krm/

tryb-obiegowy/rok-2015/pazdziernik-2015r/3034,Ministerstwo-Administracji-i-Cyfryzacji.html
Ministerstwo Gospodarki. (2006). *Wytyczne do Oceny Skutków Regulacji (OSR)*. Pobrane ze strony internetowej: http://www.mg.gov.pl/files/upload/8668/publikacja_6.pdf
Ministerstwo Gospodarki. (2013). *Program „Lepsze Regulacje 2015"*. Załącznik do uchwały nr 13/2013 Rady Ministrów z dnia 22 stycznia 2013 r. Warszawa.
Najwyższa Izba Kontroli. (2020). *Skuteczność i efektywność administracji skarbowej w poborze podatków*. Informacja o wynikach kontroli. KBF.430.003.2020; Nr ewid. 36/2020/P/19/011/KBF.
OECD. (1995). *Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation, 9.03.1995*. Paris: OECD Publishing.
OECD. (2008). *Summary of discussions on risk and regulation at the meeting of the group on regulatory policy. The group on regulatory policy*. Pobrane ze strony internetowej OECD: https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/44806674.pdf
OECD. (2012). *Recommendation Of The Council On Regulatory Policy And Governance*. Paris. Pobrane ze strony internetowej OECD: http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/49990817.pdf
OECD. (2020). *Regulatory Impact Assessment. OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy*. Paris: OECD Publishing.
UODO. (2019). *Sprawozdanie z działalności Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych w roku 2018*. Pobrane ze strony internetowej UODO: https://uodo.gov.pl/pl/file/2356
UODO. (2020). *Sprawozdanie z działalności Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych w roku 2019*. Pobrane ze strony internetowej UODO: https://uodo.gov.pl/pl/file/3082
UODO. (2021a). *Sprawozdanie z działalności Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych w roku 2020*. Pobrane ze strony internetowej UODO: https://uodo.gov.pl/pl/file/3752
UODO. (2021b). *Wymogi akredytacji podmiotów monitorujących kodeksy postępowania. 13 stycznia 2021. Wersja 3.0*. Pobrane ze strony internetowej UODO: https://uodo.gov.pl/pl/138/1861
UODO. (2022). Komunikat w sprawie Planu kontroli sektorowych na rok 2022. Pobrane ze strony internetowej UODO: https://uodo.gov.pl/pl/138/2250

Akty prawne

Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 202, 7.06.2016).
Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych) (Dz. Urz. UE L 119, 4.05.2016).
Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz. Urz. WE L 281 z 23.11.1995).
Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2016 r. poz. 922, z 2018 r. poz. 138, 723).
Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2020 r. poz. 2176, z 2021 r. poz. 1598, 1641).
Ustawa z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnych innych osób (Dz. U. z 2014 r. poz. 24).
Ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1781).
Ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2021 r. poz. 2095 z późn. zm.).
Rozporządzenie 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 osobowych (Dz. U. Nr 100, poz. 1024).

Orzeczenia

Trybunał Sprawiedliwości, 16 października 2012, C-614/10. (Komisja Europejska przeciwko Republice Austrii). ECLI:EU:C:2012:631.
Trybunał Sprawiedliwości, 8 kwietnia 2014, C-288/12. (Komisja Europejska przeciwko Węgrom). ECLI:EU:C:2014:237.
Trybunał Sprawiedliwości, 16 lipca 2020, C-311/18. (Facebook Ireland Ltd. przeciwko Maximillian Schrems). ECLI:EU:C:2020:559.

Źródła internetowe

https://edpb.europa.eu/our-work-tools/accountability-tools/register-codes-conduct-amendments-and-extensions-art-4011_pl
https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-12018-certification-and-identifying_en https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-42018-accreditation-certification-bodies-under_en
https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-12019-codes-conduct-and-monitoring-bodies-0_pl
https://uodo.gov.pl/427
https://uodo.gov.pl/pl/426/1110
https://uodo.gov.pl/pl/file/3391
https://uodo.gov.pl/pl/p/decyzje