

Wrocław, 25 kwietnia 2020 r.

Dopuszczalność zastosowania art. 99 ustawy z dnia 16 kwietnia 2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 w celu udostępnienia danych ze spisu wyborców

I. Tezy opinii

Po przeanalizowaniu stanu faktycznego i prawnego opisanego w punkcie II. i III. niniejszej opinii, należy stwierdzić, że:

1. W obowiązującym porządku prawnym (według stanu na 25 kwietnia 2020 r.) **nie istnieje** możliwość udostępnienia operatorowi wyznaczonemu w rozumieniu art. 3 pkt 13 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz. U. z 2018 r. poz. 2188 oraz z 2019 r. poz. 1051, 1495 i 2005), tj. Poczcie Polskiej S.A. danych ze spisu wyborców na podstawie art. 99 ustawy z 16 kwietnia 2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz.U. z 2020 r. poz. 695, dalej jako "u.SzInstCoV"), zaś ewentualne udostępnienie danych osobowych wyborców rodziłoby potencjalne ryzyko karnoprawne dla personelu odpowiedzialnego za prowadzenie spisu wyborców (zob. art. 231 § 1, art. 266 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, t.j. Dz.U. 2019 poz. 1950 ze zm., dalej jako "k.k.", art. 107 z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych, t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1781¹), a także odpowiedzialność cywilną jednostek samorządu terytorialnego z tytułu bezprawnego udostępnienia danych osobowych.
2. Przepisy art. 99 u.SzInstCoV są tak ogólne, iż uniemożliwiają zrekonstruowanie normy postępowania organu administracji publicznej (dysponenta spisu wyborców), do którego został skierowany wniosek, bez jednoczesnego

¹ Należy dodać, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych - obowiązkiem pracownika samorządowego jest dochowanie tajemnicy informacji prawnie chronionych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1282).

uwzględnienia przepisów ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. Kodeks wyborczy (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 684, 1504, z 2020 r. poz. 568, dalej jako "k.w."). i przepisów wykonawczych wydanych na jego podstawie. Tymczasem aktualny kształt prawa wyborczego - pomijając fundamentalną skądinąd kwestię jego zgodności z art. 2 Konstytucji RP (obowiązek poszanowania tzw. "ciszy ustawodawczej"²) - uniemożliwia przeprowadzenie wyborów korespondencyjnych i gromadzenie danych z tym związanych, gdyż na mocy art. 102 pkt 4 u.SzInstCoV są one wyraźnie zakazane, a w zakresie przetwarzania danych osobowych wyborców nie istnieją precyzyjne podstawy prawne (zob. teza nr 3).

3. Brak spójnego, kompletnego systemu norm prawa materialnego i proceduralnego dot. głosowania korespondencyjnego, uchwalonych zgodnie z zasadami szczegółowymi wyprowadzonymi z art. 2 Konstytucji RP powoduje, że ewentualne zastosowanie się do wniosku Poczty Polskiej S.A. oznaczałoby naruszenie art. 7, art. 9, art. 51 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r. oraz art. 8 ust. 2 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. C Nr 303, s. 1 oraz Dz.Urz. UE z 2010 r. C Nr 83, s. 389), a w szczególności konkretyzującego prawo do ochrony danych osobowych artykułu 6 ust. 1 lit. "c" rozporządzenia 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) (Dz. Urz. UE L 119 z 04.05.2016, s. 1, z późn. zm., dalej jako "RODO"). W świetle tego ostatniego przepisu, nie istnieje dostatecznie precyzyjny obowiązek przetwarzania danych osobowych w przepisach prawa, który zezwalałby Poczcie Polskiej S.A. na przetwarzanie wnioskowanych danych.
4. Przy zastosowaniu najbardziej przychylnych operatorowi wyznaczonemu metod wykładni art. 99 u.SzInstCoV (wątpliwych z punktu widzenia metodyki wykładni), nie można przyjąć, że wydanie Decyzji Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 kwietnia

² Zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 3 listopada 2006 r., sygn. K 31/06 (OTK ZU nr 10/A/2006, poz. 147), wyrok z dnia 28 października 2009 r., sygn. akt Kp 3/09 ze wskazaniem na dorobek Rady Europy w pkt III.5.2. (OTK ZU 9A/2009, poz. 138), wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 lipca 2011 r., sygn. K 9/11 (OTK-A 2011/6/61).

2020 r. (znak BPRM 4820 2.3.20, dalej jako "Decyzja") powoduje zaktualizowanie się przesłanek określonych w tym przepisie i obowiązek udostępnienia danych ze spisu wyborców. Decyzja w dniu jej wydania (16 kwietnia 2020 r.) była niewykonalna i jej niewykonalność ma charakter trwały w rozumieniu art. 156 § 1 punkt 5 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 256 dalej jako "k.p.a."), ponieważ poleciła adresatowi Decyzji wykonanie zadania publicznego, do którego adresat nie uzyskał pełnego zakresu kompetencji ustawowych³. Decyzja w obecnym kształcie powinna zostać wyeliminowana z obrotu prawnego, zaś w przypadku zaniechania adresata (tzn. niezłożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy) wskazane byłoby podjęcie działań, np. przez Rzecznika Praw Obywatelskich w trybie przepisów, o których mowa art. 14 pkt 6 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (t.j. Dz.U. 2020 poz. 627).

II. Stan faktyczny

24 kwietnia 2020 r. do jednostek samorządu terytorialnego wpłynął wniosek o przekazanie danych wystosowany przez Poczta Polska S.A. Wniosek nawiązywał do wcześniejszej korespondencji elektronicznej przesłanej jednostkom samorządu terytorialnego nocą 23 kwietnia 2020 r. z adresu wybory2020@poczta-polska.pl, aczkolwiek tym razem opatrzone go podpisem elektronicznym dwóch członków zarządu spółki. Do wniosku dołączono obraz (skan) Decyzji Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 kwietnia 2020 r. (znak BPRM 4820 2.3.20). Decyzja Prezesa Rady Ministrów powołuje się na art. 11 ust. 2, w związku z art. 11 ust. 2a, ust. 3 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. 2020, poz. 374,

³ Konsekwencją braku podstawy kompetencyjnej do przetwarzania danych osobowych wyborców w niezbędnym dla przeprowadzenia wyborów zakresie jest również odpowiedzialność karna z tytułu naruszenia art. 107 ustawy o ochronie danych osobowych, co przekłada się na kolejną przesłankę nieważności decyzji (por. art. 156 § 1 pkt 6 k.p.a.: "Organ administracji publicznej stwierdza nieważność decyzji, która (...) w razie jej wykonania wywołałaby czyn zagrożony karą").

567 i 568, dalej jako "u.SzRozCoV") w związku z art. 104 k.p.a. (wiersz 1-5 Decyzji, s. 1) i poleca Poczcie Polskiej S.A. "realizację działań w zakresie przeciwdziałania COVID-19, polegających na podjęciu i realizacji niezbędnych czynności zmierzających do przygotowania przeprowadzenia wyborów Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w 2020 r. w trybie korespondencyjnym, w szczególności poprzez przygotowania struktury organizacyjnej, zapewnienie niezbędnej infrastruktury oraz pozyskanie koniecznych zasobów materialnych kadrowych" (pisownia oryginalna, wiersz 6-14 Decyzji, s. 1).

Wniosek Poczty Polskiej S.A. jednoznacznie wskazuje jako podstawę żądania art. 99 u.SzInstCoV i okoliczność wydania polecenia Prezesa Rady Ministrów w formie ww. Decyzji. Wniosek Poczty Polskiej S.A. precyzyjnie wskazuje źródło wnioskowanych danych osobowych: dane mają zostać przekazane ze spisu wyborców, o którym mowa w art. 26 § 4 k.w. sporządzanego i aktualizowanego przez gminę, jako zadanie zlecone, na podstawie rejestrów wyborców, w terminie nie dłuższym niż dwa dni robocze licząc od dnia otrzymania wniosku. Wniosek poczty zawiera 17 rekordów danych oraz określenie formatu danych (plik tekstowy o rozszerzeniu txt lub csv kodowany w formacie UTF-8) i metod ich dostarczenia (ePUAP) wyjaśniając (i to uważam za istotne w kontekście zleconej opinii), iż (cyt. "dane te są niezbędne do realizacji zadań związanych z organizacją wyborów powszechnych na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych w 2020 roku").

Mając na uwadze powyższe okoliczności, powstała zasadnicza wątpliwość, czy w obowiązującym stanie prawnym dopuszczalne jest zrealizowanie tak zwerbalizowanego żądania na podstawie art. 99 u.SzInstCoV.

II. Stan prawny

Zgodnie z art. 99 u.SzInstCoV w brzmieniu obowiązującym od 18 kwietnia 2020 r. "Operator wyznaczony w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe, po złożeniu przez siebie wniosku w formie elektronicznej, otrzymuje dane z rejestru PESEL, bądź też z innego spisu lub rejestru będącego w dyspozycji organu administracji publicznej, jeżeli dane te są potrzebne do realizacji zadań

związanych z organizacją wyborów Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej bądź w celu wykonania innych obowiązków nałożonych przez organy administracji rządowej. Dane, o których mowa w zdaniu pierwszym, przekazywane są operatorowi wyznaczonemu, w formie elektronicznej, w terminie nie dłuższym niż 2 dni robocze od dnia otrzymania wniosku. Operator wyznaczony uprawniony jest do przetwarzania danych wyłącznie w celu, w jakim otrzymał te dane". Cytowany przepis wszedł w życie 18 kwietnia (zgodnie z art. 118 u.SzInstCoV ustawa weszła w życie z dniem następującym po dniu ogłoszenia, zaś ustawę ogłoszono 17 kwietnia 2020 r.).

Podstawowym problemem związanym z cytowanym przepisem jest niezwykle poziom jego ogólności wzbudzający dość oczywistą rezerwę ze względu na ograniczenie autonomii informacyjnej jednostki oraz paradygmat poszanowania zasad prawidłowej legislacji wywiedzionych z klauzuli art. 2 Konstytucji RP i stanowiących dość istotną część zasad szczegółowych demokratycznego państwa prawnego.

Analizowany przepis, gdyby wyklądać go w izolacji⁴ od pozostałych przepisów prawa powszechnie obowiązującego (materialnych i proceduralnych), przeradza się w "supernormę" pozwalającą na retencję danych osobowych i innych informacji (niekoniecznie zawierających dane osobowe) na niespotykaną skalę⁵

⁴ Takie podejście uważam za wysoce wątpliwe ze względu na istotę wykładni systemowej, która oparta jest na przynależności wykładanego przepisu do wielopoziomego systemu prawa. Jak zostanie wykazane dalej, dyrektywy wykładni II. stopnia sugerują odejście od wykładni językowej art. 99 u.SzInstCoV w kierunku wykładni systemowej, ponieważ próby zamknięcia wykładni w obrębie tej konkretnej ustawy prowadzą do naruszania konstytucyjnych zasad ograniczania podstawowych praw jednostki. Odejście od wykładni językowej tego przepisu i ustalanie jego znaczenia z uwzględnieniem przepisów odrębnych jest zgodne z dyrektywami wykładni prawa proponowanymi przez Trybunał Konstytucyjny (zob. zwłaszcza wyrok z TK z dnia 28 czerwca 2000 r. sygn. akt K. 25/99 OTK ZU Nr 5, poz. 89). Niestety, nie rozwiązuje problemu, gdyż normy legalizujące przetwarzanie danych osobowych we wnioskowanym przez Poczta Polską S.A. zakresie nie istnieją. Gdyby poprzestać na analizowanym artykule, to w efekcie powstałaby norma pozbawiona jakiegokolwiek trybu, możliwości prewencyjnej kontroli sądowej, o pozornych unormowaniach proceduralnych (za takowe uważam lakoniczny wymóg formy elektronicznej wniosku i 2-dniowy termin na udostępnienie. Są to jedyne elementy przepisu zaliczane do aspektów proceduralnych).

⁵ Takiego poziomu ogólności nie zawierały (nieobowiązujące od 2010 r.) relatywnie ogólne przepisy materialnoprawne art. 29, art. 30 uchylonej ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. (Dz.U. Nr 133, poz. 883) dotyczące udostępnienia danych osobowych "w celach innych niż włączenie do zbioru". Zbliżone pod względem funkcjonalnym są przepisy ustawy z dnia 25 lutego 2016 r. o ponownym wykorzystywaniu

przez podmiot prowadzący działalność gospodarczą i realizujący zadania publiczne w oparciu o cel określony (z dużym stopniem uznania) przez Prezesa Rady Ministrów w trybie art. 11 u.SzRozCoV, ale i bliżej niesprecyzowany organ administracji rządowej (naczelny, centralny, terenowy zespolony lub niezespolony). Z brzmienia art. 99 u.SzInstCov wynika jasno, że operator wyznaczony sięgać do samoistnych, odrębnych spisów, rejestrów (w tym zbiorów danych osobowych) i agregować pozyskane dane w nowy zbiór o nieokreślonym w tym przepisie celu. Z tego powodu należy kategorycznie odrzucić supozycję zawartą w odpowiednio w piśmie Przewodniczącego Państwowej Komisji Wyborczej z 23 kwietnia 2020 r.⁶ oraz komunikacie Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych z 24 kwietnia 2020 r.⁷. Oba stanowiska dokonują oczywiście błędnego i kuriozalnego utożsamienia formy (postaci) wniosku z zakresem żądania zwerbalizowanym we wniosku, konkludując (moim zdaniem nieprawidłowo), że

informacji sektora publicznego (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1446, nie podlegają one zastosowaniu w opiniowanej sprawie, zob. art. 2 ust. 3 powołanej ustawy), lecz one również ustalają znacznie wyższy poziom gwarancji materialnoprawnych i proceduralnych dla podmiotów, których dotyczą wnioskowane dane. Ustawodawca mógł sięgnąć do istniejących rozwiązań legislacyjnych, natomiast z nieznanymi przyczyn pozbawił art. 99 u.SzInstCov przymiotu jasności. Nie wiadomo jak adresat wniosku miałby się zachować, gdyby ze względów faktycznych lub prawnych nie "dysponowałby" spisem bądź rejestrem, jaką administracyjnoprawną formę prawną udostępnienia danych miałby przyjąć (decyzja o udostępnieniu bądź czynność materialnotechniczna), czy wreszcie jak miałby przedstawić swoje stanowisko, gdyby sposób i postać żądania danych wnioskowanych do udostępnienia byłyby niemożliwe ze względów czysto technicznych? Należy pamiętać, że niejasność przepisu (dot. podstawowych praw jednostki) może uzasadniać stwierdzenie jego niezgodności z konstytucją, o ile jest tak daleko posunięta, że wynikających z niej rozbieżności nie da się usunąć za pomocą zwyczajnych środków mających na celu wyeliminowanie niejednorodności stosowania prawa (por. wyrok z dnia 13 września 2005 r., sygn. akt K 38/04 OTK ZU 2005, nr 8, poz. 92. wyrok z dnia 3 grudnia 2002 r., sygn. akt P 13/02, OTK ZU 2002, nr 7, poz. 90). Tymczasem sięganie po te zwyczajne środki staje się problematyczne, skoro tryb kontroli zakresu wniosku i ewentualnej odmowy jego realizacji może być kwestią sporną. Ustawodawca nie wskazał go wprost w analizowanym przepisie.

⁶ Pismo P. Sylwestera Marciniaka, Przewodniczącego Państwowej Komisji Wyborczej z dnia 23 kwietnia 2020 r. (znak: ZPOW-421-10/20) kierowane do komisarzy wyborczych w celu przekazania wyjaśnień wójtom, burmistrzom i prezydentom miast - dostępne pod adresem: <https://samorząd.pap.pl/kategoria/aktualnosci/pilne-wyjasnienia-pkw-dotyczace-przekazania-spisow-wyborcow> [dostęp: 24.04.2020 r.].

⁷ "(...) tym samym uznać należy, że istnieje podstawa prawna do udostępniania tych danych operatorowi pocztowemu, o ile wniosek operatora o udostępnienie danych spełnia wymagania co do formy określone ww. przepisem prawa", zob. Oświadczenie Prezesa UODO ws. pozyskiwania danych osobowych wyborców przez operatora pocztowego opubl. 24 kwietnia 2020 r. na stronie BIP Urzędu Ochrony Danych Osobowych <https://uodo.gov.pl/pl/138/1508> [dostęp: 24.04.2020]

wystarczającą przesłanką udostępnienia danych osobowych na podstawie art. 99 u.SzInstCoV jest wniosek opatrzony podpisem elektronicznym⁸.

Oznaczałoby to, że operator wyznaczony może zażądać od dowolnego organu administracji publicznej dowolnego zakresu informacji (także niejawnych, objętych tajemnicą ustawową prawnie chronioną, itp.) o swobodnie opisanej głębokości, szerokości oraz swobodnie zarysowanym związku z celem powierzonego zadania. Adresat wniosku - wedle sugestii płynących z powołanych stanowisk - miałby ograniczyć się jedynie do badania elektronicznej formy wniosku (czy nawet wężiej, do poświadczenia tożsamości wystawcy wniosku).

Na podstawie powołanego przepisu można zażądać zawartości dowolnego rejestru lub spisu w Polsce od organu administracji publicznej, niezależnie od tego czy jest to rejestr nazwany i utworzony w wykonaniu ustawy lub ratyfikowanej umowy międzynarodowej, czy też dowolny spis lub rejestr wprowadzony np. w ramach szeroko pojętego gospodarowania mieniem Skarbu Państwa bądź jednostki samorządu terytorialnego. Nie ma też znaczenia, pierwotny cel utworzenia spisu bądź rejestru, ponieważ o zmianie pierwotnego celu zgromadzonych danych może zdecydować organ administracji rządowej polecający wykonanie zadania i nie musi ono być wcale związane z organizacją wyborów Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej. W efekcie należy zachować otwartość na tezę, że art. 99 u.SzInstCov może prowadzić do stosowania prawa UE (w rozumieniu art. 51 ust. 1 Karty Praw Podstawowych), w szczególności w zakresie przetwarzania danych osobowych (art. 8 Karty). Jak stwierdził Trybunał w wyrok z 8.11.2012 r., (C-40/11, *Yoshikazu Iida Stadt Ulm*⁹), przy kwalifikacji działań

⁸ Jest to pogląd co najmniej dziwny i pokazujący wewnętrzną sprzeczność argumentacji. W obowiązującym stanie prawnym istnieje różnica pomiędzy dokumentem elektronicznym a podpisem elektronicznym pod takim dokumentem. Skoro Przewodniczący PKW oraz Prezes UODO uznają art. 99 u.SzczInstCov za wystarczającą podstawę prawną, to powstaje pytanie, dlaczego dodają do jej języka (wniosek w formie elektronicznej) element znany jurysdykcyjnemu postępowaniu administracyjnemu (zob. art. 63 §3a k.p.a.). Tą samą niespójność w kreśleniu podstaw prawnych udostępnienia danych ze spisu wyborców widać w stanowisku opubl. na stronie BIP UODO. Stanowisko Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych dodaje - obok podpisu elektronicznego - wymóg dołączenia do wniosku decyzji administracyjnej wydanej na podstawie art. 11 u.SzRozCoV, mimo że art. 99 u.SzczInstCov nie nakłada takiego obowiązku.

⁹ EU:C:2012:691, pkt 79.

krajowych pod kątem stosowania prawa UE w rozumieniu art. 51 ust. 1 KPP, „*należy między innymi zbadać, czy omawiane uregulowanie krajowe ma na celu wykonanie przepisu prawa Unii, jaki jest charakter tego uregulowania oraz to, czy zmierza ono ku realizacji celów innych niż te objęte prawem Unii, nawet jeżeli może ono w sposób pośredni wpływać na to ostatnie, a także to, czy istnieją przepisy prawa Unii regulujące daną dziedzinę w sposób szczególny lub mogące mieć dla niej znaczenie*”. Tymczasem art. 99 u.SzInstCoV w zakresie w jakim odwołuje się do zadań powierzonych operatorowi przez organy administracji rządowej, nie pozwala nam na określenie tych celów choćby w ogólnym zarysie. Można jednak z powodzeniem założyć, że takie cele mogą mieścić się zarówno w grupie kompetencji zastrzeżonych dla Państw Członkowskich, jak i należących do sfery zadań Unii Europejskiej.

Zadania, o których mowa w tym przepisie mogą zostać powierzone również poza granicami czasowymi stanów nadzwyczajnych. Zakres przedmiotowy u.SzInstCoV nie ogranicza zresztą zakresu zastosowania art. 99 do któregośkolwiek konstytucyjnego stanu nadzwyczajnego lub stanów zagrożenia epidemicznego i epidemii wprowadzanych na podstawie art. 46 ust. 3 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1239, 1495, z 2020 r. poz. 284, 322, 374, 567)¹⁰. Należy jednak zwrócić uwagę, że art. 99 rozpatrywany wspólnie z art. 102 u.SzInstCoV uzależnia powstanie roszczenia o dostęp do spisów i rejestrów od powierzenia zadań publicznych dozwolonych prawem. W efekcie Poczta Polska S.A. nie może wykonywać tego żądania z powołaniem się na realizację zadań publicznych (w tym zadań instrumentalnie z nich wynikających), których wykonywania zakazano w

¹⁰ Ze względu na powierzony mi zakres opinii nie odnoszę się do charakterystyki stanów opisanych w ustawie z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Poczuję się jednak do obowiązku sygnalizacji, iż w momencie, w którym stan zagrożenia epidemicznego lub epidemii zaczyna „imitować” pod względem normatywnym i funkcjonalnym konstytucyjną oraz ustawową charakterystykę stanów nadzwyczajnych z art. 228 ust. 1 Konstytucji RP, to uzasadniony jest zarzut naruszenia Konstytucji RP. Zgodnie ze wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 kwietnia 2009 r. (K 50/07) „Ustawa zasadnicza zawiera zamknięty katalog stanów nadzwyczajnych, ustanawiając tym samym zakaz wprowadzania na drodze ustawowej innych stanów nadzwyczajnych”, Opublikowano: OTK-A 2011/6/61.

trakcie stanu zagrożenia epidemicznego na podstawie w art. 102 pkt 1-6 u.SzInstCoV (do czego odnoszę się w dalszej części opinii).

Zestawienie art. 99 u.SzInstCoV z zakresem przedmiotowym ustawy ("wsparcia zasady, warunki oraz tryb oferowania przedsiębiorcom, na zasadach rynkowych, niezbędnego dla utrzymania i kontynuacji prowadzonej działalności gospodarczej" wymienione w art. 1) nakazuje postawienie tezy, że jego związek treściowy z całością ustawy jest pozorny, zwłaszcza, że Poczcie Polskiej S.A. nie udziela się wsparcia przy wykonywaniu (wolności¹¹) działalności gospodarczej, lecz traktuje się jak podmiot administracji publicznej w znaczeniu funkcjonalnym.

Należy zwrócić uwagę, że analizowany przepis operuje dwoma niezależnymi przesłankami "zadaniowymi", aktualizującymi uprawnienie operatora do wystąpienia z wnioskiem o udostępnienie danych. Artykuł 99 u.SzInstCoV wymienia "realizację zadań związanych z organizacją wyborów Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej" oraz bliżej niesprecyzowane "wykonanie innych obowiązków nałożonych przez organy administracji rządowej". Należy odnotować, że obie kategorie zadań połączono za pomocą funktora logicznego "bądź" (tożsamego z funktorem "albo"), co prowadzi do konkluzji, iż pomiędzy ww. zadaniami zachodzi relacja alternatywy rozłącznej (wykluczania). Przepis zakłada, że prawo do złożenia wniosku o dostęp do spisów lub rejestrów aktualizuje się na podstawie wyodrębnionej grupy przepisów odrębnych dot. wyłącznie wyborów Prezydenta RP albo innego zadania (niezwiązanego z wyborami prezydenckimi). Jest to ważna okoliczność, ponieważ Decyzja poleca "realizację działań w zakresie przeciwdziałania COVID-19, polegających na podjęciu i realizacji niezbędnych czynności zmierzających do przygotowania przeprowadzenia wyborów Prezydenta

¹¹ Należy zwrócić uwagę, że Poczta Polska S.A. ze swej istoty ma bardzo ograniczone możliwości sytuowania się w grupie podmiotów korzystających z wolności działalności gospodarczej (zob. szerzej M. Bernaczyk, Sfera prywatna i publiczna jako paradygmat współczesnego prawa konstytucyjnego na przykładzie spółek (z udziałem) Skarbu Państwa prowadzących działalność gospodarczą (w:) Osobowość prawna jako przesłanka wykonywania konstytucyjnych wolności i praw, red. M. Bernaczyk, M. Jabłoński, Wrocław 2019, s. 40-42). Prowadzenie działalności gospodarczej, w świetle orzecznictwa TK i standardów konstytucyjnych, nie jest tożsame z wykonywaniem wolności z art. 20 Konstytucji RP, ani nie jest wystarczającą cechą pozwalającą na zaliczenie Poczty Polskiej S.A. do podmiotów prywatnych, które stanowią podstawową grupę beneficjentów u.SzInstCoV.

Rzeczypospolitej Polskiej w 2020 r.", natomiast w chwili wydania tej Decyzji nie istniały przepisy, który zaliczały operatora wyznaczonego do podmiotów "przeprowadzających wybory" Prezydenta RP, zarówno w części ogólnej (Dział I, Rodział 6a Głosowanie korespondencyjne), jak i szczegółowej k.w. (Dział V Wybory Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej). Operator wyznaczony pełni w tym zakresie istotną, ale mimo wszystko ograniczoną, rolę usługowo-techniczną, ponieważ obsługuje grupę wyborców określonych w art. 53a § 1 i § 1a k.w. (w brzmieniu nadanym nowelą z dnia 31 marca 2020 r., wchodzącą w życie w tym samym dniu, Dz.U. z 2020 r. poz. 568). Należy stanowczo podkreślić, że w tej grupie znajdują się osoby niepełnosprawne (o znacznym lub umiarkowanym stopniu niepełnosprawności), osoby, które ukończyły 60. rok życia, a także osoby objęte kwarantanną, izolacją lub izolacją w warunkach domowych. Żadnej z tych informacji nie umieszcza się w części A spisu wyborców, który objęła swym żądaniem Poczta Polska S.A. w dniu 24 kwietnia 2020 r.

W obowiązującym stanie prawnym kompetencje związane z obsługą głosowania korespondencyjnego aktualizują się na żądanie ww. rodzaju wyborcy, więc to właśnie sam wyborca w ostatecznym rozrachunku decyduje o udostępnieniu swoich danych osobowych na potrzeby głosowania korespondencyjnego, a nie administracja wyborcza¹². Dla jasności wyводу należy podkreślić, że operator wyznaczony nie jest też zaliczany przez polską doktrynę prawa wyborczego do kategorii organów "administracji wyborczej"¹³, nawet przy jej

¹² Jeśli takowe dane zostały udostępnione bez zgłoszenia takiego zamiaru przez podmiot uprawniony, to zgodnie z art. 17 ust. 1 lit. "d" RODO w wypadku przetwarzania danych osobowych niezgodnie z prawem, osoba, której dane dotyczą, ma prawo żądać od administratora niezwłocznego usunięcia dotyczących jej danych, zaś administrator ma obowiązek bez zbędnej zwłoki dane te usunąć.

¹³ A. Sokala definiuje administrację wyborczą jako zespół organów wyborczych podejmujących działalność zmierzającą do wykonywania konstytucyjnie lub ustawowo określonego zadania państwa z dziedziny wyborów poprzez podejmowanie prawnych czynności wyborczych polegających na organizacji i przeprowadzaniu wyborów, zob. A. Sokala, *Administracja wyborcza w obowiązującym prawie polskim. Struktura organizacyjna, charakter prawny, kompetencje*, Toruń 2010, s. 13.

szerokim rozumieniu obejmującym organy wyborcze, jak i obsługujące je podmioty (urzędy)¹⁴.

Z tych powodów, żądanie Poczty Polskiej S.A. jest obarczone trzema zasadniczymi przesłankami negatywnymi uzasadniającymi odmowę:

1. Żądanie opiera się na Decyzji Prezesa Rady Ministrów z 16 kwietnia 2020 r. wydanej z rażącym naruszeniem prawa. Decyzja poleciła operatorowi wyznaczonemu realizację zadania, które w dniu jej wydania nie leżało w sferze zadań operatora publicznego ("przeprowadzanie wyborów Prezydenta RP w trybie korespondencyjnym"), ponieważ przepisy k.w. powierzają je odpowiednio komisarzowi wyborczemu, urzędnikowi wyborczemu, a także Głównemu Inspektorowi Sanitarnemu oraz Inspekcji Sanitarnej w przypadku osób poddanych kwarantannie (art. 53b k.w.). Rola operatora wyznaczonego ogranicza się jedynie do "przyjmowania, przemieszczania i doręczania przesyłek pakietów wyborczych oraz przesyłek kopert zwrotnych" (art. 53k k.w.) i tylko w takim zakresie operator wyznaczony mógłby otrzymywać polecenie Prezesa Rady Ministrów; oznacza to, że treść polecenia zobowiązała operatora wyznaczonego do przejęcia kompetencji zastrzeżonych na rzecz organów władzy publicznej, a to powoduje, że Decyzja rażąco naruszyła prawo i była dla operatora wyznaczonego niewykonalna w chwili jej wydania. W orzecznictwie przyjmuje się, że trwała niewykonalność decyzji w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 5 k.p.a. zachodzi wówczas, gdy czynności składające się na treść obowiązków i uprawnień zawartych w decyzji są niewykonalne "z przyczyn technicznych lub prawnych tkwiących w ich naturze" (zob. uzasadnienie wyroku NSA z 21.1.2009 r., II GSK 662/08¹⁵). Jeśli po stronie Prezesa Rady Ministrów istniało założenie, że operator wyznaczony stanie się w perspektywie czasu podmiotem przeprowadzającym wybory (wskutek interwencji

¹⁴ T. Gąsior stwierdza, że przez administrację wyborczą należy rozumieć zarówno organy wyborcze, jak i obsługujące je podmioty, które wykonującą funkcje administracji publicznej. Autor pisze "Oznacza to, że aparat administracyjny, rozumiany jako grupa podmiotów realizujących określony rodzaj zadań, należy postrzegać szeroko", zob. T. Gąsior, Kontrola finansowania Komitetów Wyborczych. Zagadnienia administracyjnoprawne, Warszawa 2014, s. 21 i literatura tam powołana z podaniem przykładów takich podmiotów obsługujących jak Krajowe Biuro Wyborcze i Szef tego szefa Biura.

¹⁵ Opubl. w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych (CBOSA).

ustawodawczej po 16 kwietnia 2020 r.), to i tak oznaczałoby to uzależnienie Decyzji od zdarzenia przyszłego i niepewnego (uchwalenie i wejście w życie ustawy), a to jest równoznaczne z "trwałą"¹⁶ niewykonalnością Decyzji. Wada ta powinna być usunięta przede wszystkim w toku instancji administracyjnej po uprzednim złożeniu wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy w terminie 14 dni od dnia doręczenia Decyzji. Nie jest moim obowiązkiem roztrząsanie, czy adresat dąży(ł) do zniesienia lub zmiany treści polecenia zawartego w Decyzji (podlegającej natychmiastowemu wykonaniu), natomiast uważam, że jej pośredni wpływ na stabilność systemu wyborczego oraz prawo wyborców - polskich obywateli - do ochrony danych osobowych uzasadnia podjęcie interwencji w trybie Działu IV k.p.a.

2. Nawet gdyby okazało się, że Decyzja była zgodna z prawem, acz opierała się na wyjątkowo niefortunnej werbalizacji polecenia i zobowiązywała Poczta Polska jedynie do podjęcia działań mieszczących się w zakresie kompetencji operatora wyznaczonego zgodnie ze stanem prawnym na 16 kwietnia 2020 r., to w dniu 18 kwietnia 2020 r. wszedł w życie zakaz głosowania korespondencyjnego, o którym mowa w art. 53a k.w. Zgodnie z art. 102 u.SzInstCov "W okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii przy przeprowadzaniu wyborów powszechnych na Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej zarządzonych w 2020 r. nie stosuje się przepisów ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. - Kodeks wyborczy (Dz.U. z 2019 r. poz. 684 i 1504 oraz z 2020 r. poz. 568) w zakresie:

- 1) podawania w formie obwieszczenia do wiadomości wyborców informacji, o których mowa w art. 16 § 1;
- 2) wydawania zaświadczeń o prawie do głosowania;
- 3) przekazywania wyborcom informacji, o których mowa w art. 37d § 1;
- 4) głosowania korespondencyjnego, o którym mowa w art. 53a;**
- 5) głosowania przez pełnomocnika;
- 6) ustalania przez Państwową Komisję Wyborczą wzoru karty do głosowania i zarządzania przez nią druku tych kart".

¹⁶ Zob. K. Glibowski, teza nr 10 w komentarzu do art. 156 § 1 punkt 5 k.p.a. (w:) R. Hauser (red.), Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, Warszawa 2020.

Zakaz ten oznacza nie tylko zawieszenie czynności towarzyszących czynnościom konwencjonalnym określonych w tym przepisie, ale oznacza również wygaszenie podstaw prawnych do pozyskiwania i przetwarzania danych osobowych związanych z takimi czynnościami (zob. kolejny punkt)

3. Wyznaczony operator pocztowy (Poczta Polska S.A.) jest organem administracji publicznej w znaczeniu funkcjonalnym, ale między nim a organem prowadzącym spis wyborców nie występuje żaden stosunek zależności, podległości. W efekcie organ prowadzący spis wyborców musi wszcząć postępowanie administracyjne¹⁷ i ustalić, od kogo pochodzi podanie, czy zostały spełnione przesłanki określone w art. 99 u.SzInstCoV w zw. z przepisami odrębnymi dot. powierzonego zadania, a także, czy żądanie jest zasadne w świetle zakazu z art. 102 ustawy z 16 kwietnia 2020 r. o szczególnych instrumentach (zakaz stosowania przepisów o głosowaniu korespondencyjnym) bądź bezprzedmiotowe w aspekcie przedmiotowym (brak podstawy prawnej uzasadniający umorzenie na podstawie art. 105 § 1 k.p.a.¹⁸). Ten ostatni wątek ma fundamentalne znaczenie dla oceny legalności przetwarzania danych osobowych. Mając na uwadze przepisy art. 6 ust. 1 lit. "c" RODO, przy przetwarzaniu (udostępnianiu) danych osobowych należy sprawdzić nie tylko istnienie w prawie krajowym obowiązku prawnego rangi ustawowej upoważniającej do przetwarzania danych przez operatora (z uwzględnieniem zawieszenia jego obowiązków na podstawie art. 102 pkt 4 u.SzInstCoV), ale i istnienie przepisów szczególnych określających cel i zakres przetwarzania danych. Artykuł 99 u.SzInstCoV nie stanowi samoistnej podstawy, o której mowa w art. 6 ust. 1 lit. "c" RODO. Rekonstrukcja tego obowiązku nie jest możliwa bez uprzedniej

¹⁷ Uwzględniając dotychczasową praktykę związaną z materialnymi źródłami prawa administracyjnego regulującymi dostęp do szeroko pojętych danych i informacji, aczkolwiek pozbawionych wyraźnej klauzuli wskazującej na stosowanie k.p.a., stoję na stanowisku, że do postępowania wywołanego złożeniem przez operatora wyznaczonego wniosku z art. 9u.SzInstCov stosuje się przepisy k.p.a., natomiast szerszej analizy (nieobjętej niniejszą opinią) wymagałby zakres tego stosowania.

¹⁸ Jak stwierdza M. Dyl "Bezprzedmiotowość przedmiotowa może wiązać się z brakiem możliwości ukształtowania stosunku administracyjnoprawnego, ze względu na brak przepisów prawa powszechnie obowiązującego stanowiących podstawę prawną do wydania merytorycznej decyzji", M. Dyl, teza nr III.B.4. w komentarzu do art. 105 k.p.a. (w:) R. Hauser (red.), Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, Warszawa 2020.

weryfikacji przepisów k.w. Tymczasem podniesiono już argument, że żądanie części A spisu wyborców jest całkowicie nieadekwatne do aktualnych obowiązków wyznaczonego operatora. Dodatkowo należy wskazać, że wskutek nowelizacji z dnia 31.03.2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 568) doszło do derogacji rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 8 czerwca 2018 r. w sprawie przesyłek w głosowaniu korespondencyjnym (Dz.U. z 2018 r. poz. 1232). Aktualnie brakuje przepisów wykonawczych przewidzianych na podstawie art. 53j k.w., które precyzują zakres przetwarzania sensytywnych danych osobowych wyborców głosujących w trybie korespondencyjnym.

Autor:

Dr hab. Michał Bernaczyk,

prof. nadzw. Uniwersytetu Wrocławskiego

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii UWr

Katedra Prawa Konstytucyjnego