

**KONFERENCJA NAUKOWA
REAKCJA POLICJI NA POPEŁNIONE WYKROCZENIA**

MOŻLIWOŚĆ UZYSKANIA PRZEZ POLICJĘ BILLINGU

PODCZAS CZYNNOŚCI WYJAŚNIAJĄCYCH

W SPRAWIE O WYKROCZENIE

Czynności wyjaśniające w sprawie o wykroczenie powinny być prowadzone tak, aby sprawca czynu został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności, a osoba niewinna nie poniosła tej odpowiedzialności. Jeżeli okoliczności czynu budzą wątpliwości, cel ten może zostać osiągnięty po przeprowadzeniu odpowiednich dowodów.

W przypadku niektórych wykroczeń - art. 119 kw (np. kradzież telefonu komórkowego) i art. 107 kw (złośliwe telefoniczne niepokojenie) istotnym dowodem umożliwiającym wykrycie sprawcy takiego czynu mogłyby być dane identyfikujące abonenta, a także tzw. „billingi”.

Zgodnie z art.20 c ustawy o Policji dane identyfikujące abonenta, zakończenia sieci lub urządzenia telekomunikacyjnego, między którymi wykonano połączenie, oraz dane dotyczące uzyskania lub próby uzyskania połączenia między określonymi urządzeniami telekomunikacyjnymi lub zakończeniami sieci, a także okoliczności i rodzaj wykonywanego połączenia, mogą być ujawnione Policji oraz przetwarzane przez Policję – **wyłącznie w celu zapobiegania lub wykrywania przestępstw.**

Z literalnego brzmienia w/w przepisu, a zwłaszcza ze zwrotu „wyłącznie” wynika *expressis verbis*, że ustawodawca bardzo precyzyjnie określa sytuacje, kiedy uzyskanie przez Policję tych danych jest w ogóle dopuszczalne.

Dodatkowo art. 20c ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy o Policji wyraźnie wskazuje podmioty uprawnione do uzyskania tych informacji. Zgodnie z tym uregulowaniem ujawnienie danych identyfikujących abonenta następuje na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji lub komendanta wojewódzkiego Policji albo na ustne żądanie policjanta posiadającego pisemne upoważnienie tych osób.

Zawężenie kręgu podmiotów, na wniosek których można udostępnić te dane jest argumentem, przemawiającym za tym, że decyzja ustawodawcy o ujawnieniu danych identyfikujących abonenta wyłącznie w celu zapobiegania lub wykrywania przestępstw (a nie wykroczeń) nie jest przypadkowa.

Na podstawie art. 218 kpk wyłącznie sąd lub prokurator mają prawo żądać wydania wykazu połączeń telekomunikacyjnych lub innych przekazów informacji,

jeżeli mają one znaczenie dla toczącego się postępowania.

Jednakże przepis ten nie może mieć zastosowania w przypadku prowadzenia czynności wyjaśniających w sprawie o wykroczenie, ani też na etapie postępowania przed sądem.

Ustawodawca w §2 art. 1 kpow stwierdził w sposób niebudzący wątpliwości, iż przepisy Kodeksu postępowania karnego stosuje się do postępowania w sprawach o wykroczenia jedynie wówczas, gdy stanowi tak Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. W przypadku art. 218 kpk żaden z przepisów nie recypuje go do postępowania w sprawach o wykroczenia.

Zatem, w/w artykuł wyłącza możliwość stosowania w postępowaniu w sprawach o wykroczenia przepisów Kodeksu postępowania karnego w drodze analogii. Z ostrożności procesowej, w zasadzie w każdorazowym odesłaniu do określonego przepisu kpk mowa jest o stosowaniu go „odpowiednio”. W wielu bowiem wypadkach wymaga to różnego rodzaju zabiegów, ze względu na odrębność postępowania w sprawach o wykroczenia i jego specyfikę.

Wydaje się więc, że zwracanie się przez Policję o ujawnienie danych identyfikujących abonenta sieci telekomunikacyjnej w celu wykrycia lub zapobieżenia wykroczeniu może być uznana za próbę obejścia obowiązujących przepisów, a nawet przekroczenie uprawnień.

Z tą samą sytuacją mamy do czynienia w przypadku billingów: „Informacje zawarte w billingu telefonicznym podlegają ochronie na podstawie art. 49 Konstytucji RP, art. 67 ustawy – prawo telekomunikacyjne oraz art. 8 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności i art. 17 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych” (Stanisław Hoc – glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 22.01.2003r., I KZP 45/02. Teza nr 1).

„Prawo do tajemnicy komunikowania się obejmuje również i prawo do zachowania w tajemnicy przed innymi podmiotami faktu, że do komunikacji pomiędzy danymi podmiotami w ogóle doszło” (Antoni Bojańczyk, Palestra.2003. 1-2.45, Karnopravne aspekty ochrony prawa pracownika do tajemnicy komunikowania się, cz. I. Teza nr 2).

Stan prawny, który nie przewidywałby żadnych regulacji dotyczących zakresu oraz podmiotów uprawnionych do uzyskiwania informacji od operatorów sieci i urzędzeń telekomunikacyjnych uprawniałby do stwierdzenia, że mamy do czynienia z luką prawną.

Natomiast, w rozważanym przypadku istnieje precyzyjnie ustalony stan prawny i nie można wykluczyć, że działanie ustawodawcy było świadome oraz celowe, zgodne z „duchem” i „literą” kpow (który nie recypował z kpk przepisów art. 218, 218a i 236a), ustawą o ochronie danych osobowych, a zwłaszcza Konstytucją RP oraz przepisami prawa międzynarodowego.

Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności w art. 8 stanowi, iż każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób.

Również w art. 17 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych podkreślono, że nikt nie może być narażony na samowolną lub bezprawną ingerencję w jego życie prywatne, rodzinne, dom czy korespondencję ani też na bezprawne zamachy na jego cześć i dobre imię oraz każdy ma prawo do ochrony prawnej przed tego rodzaju ingerencjami i zamachami.

Jednym z podstawowych zadań Policji jest wykrywanie przestępstw i wykroczeń oraz ściganie ich sprawców. Obowiązek ten nie może być jednak - pod żadnym pozorem - realizowany kosztem naruszania podstawowych dóbr i wartości, jakie każdemu obywatelowi gwarantuje Konstytucja RP, stanowiąca, m.in., że „zapewnia się wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się. Ich ograniczenie może nastąpić **jedynie w przypadkach określonych w ustawie** i w sposób w niej określony” (art.49). Generalną zasadą jest, iż ingerencja w prywatność musi być usprawiedliwiona.

Wprawdzie, zgodnie z tezą nr 2 Antoniego Bojańczyka (Palestra. 2005.3-4.117, Jeszcze w sprawie konstytucyjnej dopuszczalności dowodów prywatnych w postępowaniu karnym): „W postępowaniu karnym dowodem może być nie to, co jest „sprzeczne z prawem” lecz to, co jest „niedopuszczalne” (por. art. 170 §1 pkt 1 kpk). A niedopuszczalne są te tylko dowody, na których przeprowadzenie czy wykorzystanie wyraźnie nie zezwala Kodeks postępowania karnego (zob. np. art. 171 § 7, 178 kpk). Żaden przepis ustawy karnej procesowej nie daje najmniejszego nawet asumptu do twierdzenia, iżby nie mogło być dowodem to, co zostało uzyskane w ogóle „sprzecznie z prawem” (np. karnym, konstytucyjnym, cywilnym, administracyjnym itd.). Tak samo, jak żaden przepis kodeksu nie uzależnia „prawa osób prywatnych do nieformalnego poszukiwania dowodów” do tego, by były to działania „nienaruszające praw osób trzecich”. Jednak Policja, jako organ administracji, musi przestrzegać zasady praworządności, co oznacza działanie na podstawie i w granicach prawa. Zasada ta jest ogólną zasadą postępowania administracyjnego wyrażoną w art. 6 kpa oraz zasadą konstytucyjną, o której mówi art. 7 Konstytucji RP.

Jedyną możliwością doprowadzenia do stanu, kiedy Policja będzie uprawniona do uzyskiwania danych o abonentach oraz billingów rozmów telefonicznych w toku czynności wyjaśniających w sprawach o wykroczenia jest zmiana art. 20c ustawy o Policji. Ustawodawca kierując się ważnym interesem państwa, np. w zakresie koniecznego zabezpieczenia wolności obywateli od złośliwego niepokojenia, może zdecydować o ograniczeniu sfery życia prywatnego właścicieli telefonów. Jednakże granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw i wolności konstytucyjnych muszą odpowiadać wymogom określonym w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP (ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób, ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw) oraz zasadom wynikającym z art. 8 ust. 2 Konwencji Europejskiej o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Andrzej Krasuski w artykule odnoszącym się do działalności gospodarczej napisał: „Konieczność ograniczenia swobody działalności gospodarczej jest uzasadniona, jeżeli ustanowione ograniczenia są zgodne z zasadą proporcjonalności, a więc, że:

- a) środki zastosowane przez prawodawcę muszą być w stanie doprowadzić do zamierzonych celów;
- b) muszą one być niezbędne dla ochrony interesu, z którym są powiązane;
- c) ich efekty muszą pozostawać w proporcji do ciężarów nakładanych na obywatela.

Ograniczenie swobody działalności gospodarczej nie może naruszać jej istoty. Ograniczenie swobody działalności gospodarczej może nastąpić wyłącznie w ustawie” (PUG.2003.9.20. Teza nr 2). Oczywiście jest, iż zasady te mają także zastosowanie w przypadku wolności i ochrony tajemnicy komunikowania się.

Podczas dyskusji na temat możliwości uzyskiwania przez Policję danych dotyczących abonentów i rozmów telefonicznych podnosi się, iż Policja ma trudniejszy dostęp do tajemnicy telekomunikacyjnej niż np. straż gminna/miejska, gdyż NSA w wyroku z 28.01.2003r. stwierdził, że straż miejska ma prawo do uzyskiwania informacji o abonentach TP S.A. na podstawie przepisu art. 23 ust.1 pkt 4 ustawy o ochronie danych osobowych. Argumentacja ta jest kontrowersyjna, gdyż:

Po pierwsze – orzecznictwo sądów w Polsce nie jest źródłem prawa. Innymi słowy, sądy nie tworzą prawa, w przeciwieństwie do systemu common law obowiązującego w krajach anglosaskich. Poglądy prawne wyrażone w orzeczeniach sądowych nie mają więc żadnej powszechnej mocy obowiązującej. Wiążą tylko strony procesowe w tej sprawie, w której zapadło orzeczenie.

Jedynym dopuszczonym przez prawo wyjątkiem jest art.190 ust.1 Konstytucji, który stanowi, że orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego mają moc powszechnie obowiązującą i są ostateczne. Wyrok TK jest więc źródłem prawa.

Przywołane orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego nie stanowi w świetle powyższego źródła prawa, dlatego też, wydaje się, że co do treści w nim zawartych i wywodzenia z niego określonych praw dla Policji należy podchodzić

z wyjątkową ostrożnością.

Po drugie - nadanie uprawnienia Policji do żądania udostępnienia jej danych osobowych pozostających w dyspozycji administratora mogłoby nastąpić w drodze analogii, jak w przypadku straży gminnej/ miejskiej – na podstawie normy ogólnej z art. 23 ust.1 pkt 2 i 4 ustawy o ochronie danych osobowych, art.1 ust 2 i art.15 ustawy o Policji oraz art. 8 kpw.

Problem analogii polega na tym, że stosować ją możemy tylko wtedy, gdy spotykamy się z brakiem normy prawnej, regulującej rozstrzyganą kwestię. Analogia polega bowiem na wypełnianiu luki prawnej przez stosowanie normy najbardziej zbliżonej do danej sytuacji. **Pamiętać przy tym należy, że chodzi o lukę prawną, a nie zamierzony brak przyznania określonego uprawnienia.** Na gruncie prawa karnego procesowego analogia jest w zasadzie dopuszczalna, ale pod warunkiem, że nie będzie powodować ograniczenia lub zniesienia praw obywatelskich.

Nie sposób pominąć jeszcze jednej kwestii - uzyskanie billingu rozmów przychodzących od użytkownika końcowego sieci nigdy nie będzie stanowić samoistnego dowodu umożliwiającego przypisanie danej osobie wykroczenia. Zdarzyć się bowiem może, iż powoływać się będzie ona na fakt użyczenia swojego aparatu telefonicznego osobom trzecim (lub wykorzystania aparatu bez jej wiedzy), co przecież nie jest zabronione przez prawo. Sytuacja taka wywoła konieczność wystąpienia do biegłych o dokonanie identyfikacji głosu. Należy przy tym pamiętać, że złośliwe niepokojenie przy użyciu aparatu telefonicznego może przybrać także formę tzw. „głuchych telefonów”. Natomiast w przypadku przestępstw informacje dotyczące abonenta będą wykorzystywane np. podczas kontroli operacyjnej, której także nie można stosować w przypadku wykroczeń.

Mając na względzie powyższe, można podejrzewać, że nawet uzyskanie możliwości żądania od operatorów danych o abonentach i dokonanie zmiany zapisu art. 20c ustawy o Policji nie ułatwi w rzeczywistości ścigania sprawców wykroczeń, a jedynie narazi Policję na dodatkowe koszty.

Ponadto należy zauważyć, iż ograniczenia możliwości wykorzystywania

danych uzyskiwanych od operatorów sieci telekomunikacyjnych nie odnoszą się jedynie do wykroczeń. Policja nie zawsze będzie mogła je wykorzystać, nawet w przypadku postępowań dotyczących przestępstw.

Np. zakaz wykorzystywania billingów w postępowaniu karnym będzie miał miejsce w przypadku billingu telefonu dziennikarza zawierającego dane umożliwiające identyfikację jego informatorów. Dane te stanowią tajemnicę dziennikarską i pozostają pod bezwzględną ochroną art. 226 kpk (Antoni Bojańczyk, Rzeczpospolita. 2005.1.12, Billingi jednak na specjalnych prawach. Teza nr 3).

Podsumowując należy pamiętać o tym, że organy ścigania zawsze będą ograniczane - pomimo posiadania możliwości technicznych oraz metod i form działania – w dążeniu do ustalenia sprawcy czynu zabronionego.

Im większa społeczna szkodliwość czynu, tym ograniczenia te będą mniejsze, jednakże nigdy nie zostaną zniesione całkowicie – nawet w przypadku najcięższych zbrodni.

Dlatego też, postulowanie o zmianę art. 20c ustawy o Policji jest nietrafne, gdyż w przypadku drobnych naruszeń prawa, zasada prawdy materialnej nie może ograniczyć wolności i ochrony tajemnicy komunikowania się zagwarantowanej przez ustawę zasadniczą, jak i przez prawo międzynarodowe.

KOMENDA WOJEWÓDZKA POLICJI w LUBLINIE

WYDZIAŁ PREWENCJI

podinsp. Ireneusz Wojewoda / mł.asp. Katarzyna Kiszczak