

Cytowanie

CHICAGO: K. Wygoda, *Nowelizacja art. 42 Kodeksu wyborczego, konieczność regulacji i przyjęte rozwiązania – analiza krytyczna*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2023, nr 5, s. 165–179, <https://doi.org/10.15804/ppk.2023.05.12>

APA: Wygoda, K. (2023), *Nowelizacja art. 42 Kodeksu wyborczego, konieczność regulacji i przyjęte rozwiązania – analiza krytyczna*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” nr 5, s. 165–179, <https://doi.org/10.15804/ppk.2023.05.12>

Krzysztof Wygoda

ORCID ID: 0000-0002-0997-5512

Uniwersytet Wrocławski

E-mail: krzysztof.wygoda@uwr.edu.pl

Nowelizacja artykułu 42 Kodeksu wyborczego, konieczność regulacji i przyjęte rozwiązania – analiza krytyczna

Słowa kluczowe: zasada tajności głosowania, dane osobowe, cel przetwarzania, niezbędność przetwarzania, obowiązki administratora

Keywords: principle of secrecy of voting, personal data, purpose of processing, necessity of processing, obligations of the administrator

Streszczenie

Celem artykułu jest wskazanie wątpliwości dotyczących samej potrzeby i ostatecznego uregulowania kwestii nagrywania całości procesu wyborczego. Główne problemy obejmują zarówno niejasności zawarte w znowelizowanych przepisach (w tym ich częściową nieaktualność), brak wskazania kryteriów umożliwiających podjęcie decyzji o rozpoczęciu rejestrowania przebiegu czynności wyborczych, status wykonanych nagrań, jak też praktyczne pominięcie wymogów wynikających z przepisów regulujących ochronę danych osobowych. Suma zaniedbań legislacyjnych (w tym merytorycznych) rodzi pytanie o dopuszczalność ich praktycznego stosowania w procesie wyborczym, oraz ewentualne konsekwencje jakie mogą dotknąć osoby, które zdecydują się na takie działanie.

Abstract**Amendment of Article 42 of the Electoral Code, the Indispensability of Regulation and the Adopted Solutions – Critical Analysis**

The aim of the article is to indicate doubts concerning the very need and final regulation of the issue of recording the entire electoral process. The main problems include both ambiguities contained in the amended regulations (including their partial obsolescence), lack of indication of criteria enabling a decision to be made on the commencement of registration of the course of electoral activities, the status of recordings made, as well as practical omission of requirements resulting from regulations governing the protection of personal data. The sum of legislative (including substantive) omissions raises the question of the admissibility of their practical application in the electoral process, and possible consequences that may affect persons who decide to take such action.

✱

I. Konieczność i dopuszczalność wprowadzenia regulacji „rejestrowania wyborów”

W oparciu o deklarację wynikającą z art. 2 Konstytucji RP należy przyjmować, że reguły funkcjonowania zespołu przepisów poświęconych przysługującym jednostkom prawom oraz obowiązkom, związanym z wyborami, jak i samej organizacji i przeprowadzeniu wyborów, nie powinny rodzić znaczących wątpliwości. Rozwiązania te nie powinny być również traktowane instrumentalnie – zwłaszcza w ramach bieżących sporów politycznych. Wprowadzanie do tego systemu jakichkolwiek nowych rozwiązań powinno być zatem niezwykle ostrożne, a przypisana ustawodawcy swoboda legislacyjna nie oznacza „...w żadnym wypadku przyzwolenia na ustanowienie praw wyborczych i dokonywanie ich zmian w sposób arbitralny, bez uwzględnienia uniwersalnych zasad demokratycznego państwa”¹. Proces weryfikowania po-

¹ K.W. Czaplicki, *O potrzebie stabilności prawa wyborczego. Wybrane problemy [w:] Wokół wyborów i prawa wyborczego*, red. Z. Witkowski, A. Frydrych-Depka, P. Rażny, Toruń 2017, s. 32.

trzeb, celów i środków wskazanych przez ustawodawcę powinien zatem pozwalać na obiektywne stwierdzenie konieczności dokonania ingerencji w obowiązujący system prawa wyborczego.

Regulacje, których analizie poświęcony jest artykuł dotyczą szczególnego obszaru, w którym splatają się zasady prawa wyborczego i regulacje dotyczące ochrony danych osobowych². Co jest ciekawe również z tego względu, że ogólne postulaty co do zasadności podejmowania działań w związku z legislacją³, przyjmują w tym obszarze postać nakazów normatywnych skierowanych zarówno do ustawodawcy jak i późniejszych adresatów uchwalonych przez niego przepisów.

Należy podkreślić, że obecne brzmienia art. 42 Kodeksu wyborczego (dalej k.w.) nie jest pierwszym rozwiązaniem, które zakłada dopuszczalność rejestrowania całości procesu wyborczego. Poprzednia, nieudana, próba wdrożenia rozwiązań prawnych⁴ umożliwiających rejestrację (a dodatkowo transmisję) całości procesu wyborczego odbywającego się w lokalach wyborczych miała miejsce w 2018 r. W zdecydowanej większości opinii (zwłaszcza w kontekście przepisów nakazujących monitoring lokalu i jego internetową transmisję) spotkała się z krytyką doktryny⁵, RPO oraz PKW. Ten ostatni organ podjął nawet uchwa-

² Zwłaszcza Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 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.U. UE L 119, 4 maja 2016 r.) – dalej RODO.

³ Oczywiście nie są one wyłącznie propozycjami zgłaszanymi w doktrynie, ale wynikając z wykładni prawa – zwłaszcza art. 31 Konstytucji (choćby funkcjonalnej) stanowią przedmiot wypowiedzi TK.

⁴ Ustawa z 11 stycznia 2018 r. o zmianie niektórych ustaw w celu zwiększenia udziału obywateli w procesie wybierania, funkcjonowania i kontrolowania niektórych organów publicznych (Dz.U. 2018 poz. 140).

⁵ Zob.: stanowisko zajęte przez P. Uziebłę, *Opinia w sprawie dopuszczalności przełożenia wyborów do organów stanowiących samorządu terytorialnego oraz organu wykonawczego na poziomie gminy*; czy A. Bodnara, *Stanowisko i opinia RPO skierowane do Senatu 18 grudnia 2017 r.*, sygn. VII.602.2014.JZ. Obowiązujący obecnie stan prawny umożliwiający rejestrację czynności komisji przez cały okres jej działania nie doczekał się jeszcze pogłębionej analizy. Pojawiło się jedynie kilka opinii wzmiankujących (w 2- 3 akapitach) o potencjalnych problemach (zob. przyp. 7). Samemu art. 42 k.w. (nawet w poprzednim jego brzmieniu) nie poświęca się wiele miejsca również w komentarzach do k.w., np. A. Rakowska-Trela, *Komentarz do art. 42 [w:] K. Składowski, A. Rakowska-Trela, Kodeks wyborczy. Komentarz do zmian 2018*, Warszawa 2018;

łę, w której słusznie wskazał, że „...mając na względzie art. 91 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, a także opinię Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych z 11 kwietnia 2018 r. (znak DOLIS.027.437.18), stwierdza, że nie ma możliwości stosowania w wyborach art. 52 § 7 i 7a ustawy z 5 stycznia 2011 r. — Kodeks wyborczy⁶, które są niezgodne...” z RODO⁷.

Najnowsza propozycja zmiany treści art. 42 § 5 k.w. pojawiła się dopiero w projekcie poselskim (druk nr 2897 z 22 grudnia 2022 r.). Należy podkreślić, że w uzasadnieniu zmiany wskazano lakonicznie „...zmiana wprowadzana w § 5 ma charakter wynikowy; w związku z likwidacją podziału obwodowych komisji wyborczych na ds. przeprowadzenia głosowania w obwodzie i ustalenia wyników głosowania w obwodzie, a także wprowadzeniem art. 103c”. Stwierdzenie to nie tylko w sposób oczywisty wprowadza w błąd co do meritum regulacji, ale przede wszystkim nie pozwala uznać, że spełniono podstawowe wymogi wynikające z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, związane z dopuszczalnością wprowadzenia ograniczania praw obywatelskich (wymagają one od ustawodawcy wykazania niezbędności przyjmowanych ograniczeń z uwagi na jedną z kilku wskazanych tam chronionych wartości).

Po pracach komisji, w dniach 5 i 11 stycznia 2023 r., w przedstawionym Marszałkowi Sejmu sprawozdaniu (druk nr 2030) zawierającym projekt ustawy nie znalazły się zmiany dotyczące treści art. 42 § 5 k.w. Ostatecznie to dopiero zgłoszona przez KP PiS poprawka, oznaczona w sprawozdaniu uzupełniającym komisji (druk nr 2930 – A) numerem 6, w swym pkt c), zawierała treść w postaci obowiązującego obecnie przepisu. Mimo daleko idącej krytyki przyjętych w nowelizacji rozwiązań⁸ ostatecznie nie uległy one już zmianie.

czy S. Jaworski, J. Zbieranek, *Komentarz do art. 42 [w:]* K. Czaplicki et al., *Kodeks wyborczy. Komentarz*, Warszawa 2018. Nieco poszerzoną analizę kwestii związanych z rejestracją w kontekście ochrony danych przedstawił W. Papis, *Problem ochrony danych osobowych w wyborach samorządowych w 2018 roku*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2020, nr XX, z. 3, s. 204–206.

⁶ Dz.U. 2018 poz. 754.

⁷ Uchwała Państwowej Komisji Wyborczej z 28 maja 2018 r. w sprawie braku możliwości stosowania niektórych przepisów ustawy z 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy, <https://pkw.gov.pl/aktualnosci/uchwaly/uchwala-panstwowej-komisji-wyborczej-z-dnia-28-maja-2018-r-w-sprawie-braku-mozliwosci-stosowania-niektorych-przepisow-ustawy-z-dnia-5-stycznia-2011-r-kodeks-wyborczy> (15.08.2023).

⁸ W toku prac senackich wskazywano na poważne zastrzeżenia do art. 42. Podnosili je np. RPO, OSCE, OBWE, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, jak i eksperci w swych opiniach

II. Treść art. 42 § 5 Kodeksu wyborczego a Konstytucja RP

Prima facie można zarzucić ustawodawcy nierówne traktowanie uczestników procesu wyborczego mającego miejsce w kraju i poza nim. Zgodnie z literalną wykładnią przepisu rejestracja czynności obwodowej komisji wyborczej może bowiem mieć miejsce wyłącznie w przypadku tych organów wyborczych, które działają na obszarze⁹ kraju.

Przyjmując roboczo, że ustawodawca był jednak w tym wypadku racjonalny, to uchwalone rozwiązanie powinno spełniać konstytucyjne kryteria dopuszczalności różnicowania zakresu uprawnień przysługujących obywatelowi czy ograniczeń jego praw. Należałoby więc wskazać (choćby w ramach procesu legislacyjnego) cechę relewantną – istotną z uwagi na cel regulacji, którym, jak się wydaje na podstawie ogólnych deklaracji wnioskodawców, jest zapewnienie większej transparentności procesu wyborczego – pozwalającą na różne potraktowanie uprawnień mężów zaufania w kraju i poza nim. Z drugiej strony, skoro regulacja umożliwiła ograniczenie praw uczestników wyborów (zwłaszcza członków komisji) związanych z faktem dopuszczalności rejestracji podejmowanych przez nich czynności (w kraju, ale nie zagranicą), cecha owa powinna również uzasadniać potrzebę zróżnicowania praw przysługujących osobom nawet jeśli pełnią one funkcje publiczne. Oceniając zasadność omawianego rozwiązania poza wymogiem równości (art. 32) i proporcjonalności ograniczenia wynikającym z art. 31 ust. 3 musimy też uwzględnić zasady wynikające z art. 51 ust. 1 i 2 Konstytucji RP. Rejestrowanie działań i wizerunku osoby zasiadającej w komisji niewątpliwie mieści się w pojęciu „ujawniania informacji dotyczących jego osoby”¹⁰, a z uwagi na docelowe miejsce

(np. M. Jabłoński *Opinie i ekspertyzy OE-445*). Wskazywano np., że „...rozwiązanie jest wątpliwe (...) Może ono bowiem nie tylko zniechęcać niektórych obywateli do udziału w głosowaniu, ale także prowadzić do naruszenia zasady tajności głosowania. Zgodnie z treścią tej zasady tajność nie odnosi się wyłącznie do aspektu tajności głosu, ale wymaga również zapewnienia wyborcy odpowiednich warunków do uczestniczenia w akcie wyborczym, w szczególności zagwarantowanie mu swobody podejmowania decyzji i możliwości głosowania w warunkach wyłączających jawność”; stanowisko RPO: <https://www.senat.gov.pl/prace/proces-legislacyjny-w-senacie/ustawy-uchwalone-przez-sejm/ustawy-uchwalone-przez-sejm/ustawa,1473.html> (15.08.2023).

⁹ Ten fragment przepisu nie wywołał żadnej (widocznej w uzasadnieniu) refleksji wnioskodawców i stanowi zapewne „mechaniczne” przeniesienie wcześniejszego stanu prawnego.

¹⁰ Art. 51 ust. 1 Konstytucji RP.

przechowywania zarejestrowanego materiału (dokumenty wyborcze lub *sui generis* „rejestr” pozwalający na przechowywanie materiału zawierającego zarejestrowany przebieg czynności, prowadzony przez ministra właściwego do spraw informatyzacji) przyjęte rozwiązanie należy analizować pod kątem przestrzegania zasady wskazującej, że „władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym”¹¹. Biorąc pod uwagę brak jakiegokolwiek wyartykułowanego przez ustawodawcę, przekonującego, uzasadnienia wskazującego na niezbędność (w demokratycznym państwie) podejmowania działań polegającego na samym rejestrowaniu, wskazanych w art. 42 § 5 k.w. czynności, przez mężów zaufania, trudno (w kontekście istnienia cechy relewantnej) racjonalnie rozważać jakiejkolwiek przesłanki zróżnicowania terytorialnego wynikającego z k.w. Przy czym, z uwagi na fakt, że analizowany przepis znajduje się w rozdziale 6 k.w. „Przepisy wspólne dla głosowania” i wprost (literalnie) ogranicza zasięg terytorialny dopuszczalności rejestrowania czynności komisji wyborczych, nie uda się, przynajmniej w zgodzie z regułami egzegezy tekstu aktu prawnego, inaczej zinterpretować jego znaczenia.

Przyjęte roboczo założenie racjonalności ustawodawcy generuje kolejny problem, o nieco technicznym charakterze. W k.w., wbrew aprobowanym powszechnie zaleceniom dotyczącym zasad stanowienia i wykładni aktów prawnych, pojęcie „rejestrowania” używane jest w co najmniej dwu znaczeniach. Przy czym jedno ma znaczenie od dawna ustalone (choć nie posiada definicji legalnej) i jest powiązane z działaniami podejmowanymi przez organy wyborcze (PKW i komisje).

Drugie, odmienne znaczenie, wynika wyłącznie z funkcjonalnej wykładni art. 42 k.w. przy czym częściowo (w jego § 6 i 6a) mamy do czynienia z konsekwencjami uprzednio podjętego działania polegającego na rejestrowaniu czynności obwodowej komisji wyborczej „z wykorzystaniem własnych urzędzeń rejestrujących”. Należy jednak zaznaczyć, że wspólnym rdzeniem obu znaczeń jest fakt zapisania określonych treści w sposób dający możliwość ich odczytu. Tu jednak podobieństwa się kończą.

W przypadku rejestrowania czynności z wykorzystaniem własnych urzędzeń rejestrujących nie pojawia się bowiem dokument urzędowy (przynaj-

¹¹ Art. 51 ust. 2 Konstytucji RP.

mniej początkowo – do czasu zakwalifikowania zarejestrowanego na nośniku materiału jako dokumentu z wyborów lub przekazania takiego materiału do ministra) czy urzędowy rejestr lub zbiór danych. Samego działania nie podejmuje organ wyborczy *sensu stricto* i, co chyba najistotniejsze, nie do końca znamy zakres gromadzonych (w ramach rejestrowanych materiałów) informacji. Z uwagi na funkcjonalne powiązanie art. 42 § 5 z § 6–6d można jednak usunąć niektóre niewiadome. Należy przy tym przyjmować, że wobec równorzędności rozwiązań implikujących losy zarejestrowanego materiału (wynikających z § 6 i § 6a – 6b), a zwłaszcza wynikającego z § 6c i 6d tożsamego celu przetwarzania i obowiązku usunięcia materiału nieprzekazanego, ustalenia poczynione na kanwie § 6a – 6d odnoszą się do materiału rejestrowanego na potrzeby działań wynikających z § 6 (jak też takich materiałów, które nie zostaną poddane dalszym czynnościom po zakończeniu rejestracji).

Po pierwsze urządzenie rejestrujące ma umożliwiać zapis materiału pozwalający na eksport treści w ramach komunikacji elektronicznej (w związku z brzmieniem § 6a).

Po drugie, z uwagi na to, że minister właściwy do spraw informatyzacji uprawniony jest do przetwarzania przekazanych mu wizerunków osób widocznych w materiale zawierającym zarejestrowany przebieg czynności komisji (*in fine* z § 6b), rejestracja ta dotyczy co do zasady obrazu, który może, choć nie musi, zawierać wizerunki osób fizycznych. *A contrario* z uwagi na brak uprawnienia ministra do przetwarzania głosu, przy założeniu zachowania integralności nagrania, które wydaje się być logiczną konsekwencją dążenia do wiarygodności i transparentności procesu wyborczego, jego rejestracja jest niedopuszczalna.

Po trzecie przetwarzanie (w tym zapis) rejestrowanego materiału może odbywać się na urządzeniu rejestrującym oraz dodatkowym fizycznym lub wirtualnym nośniku pamięci, którego mąż zaufania pozostaje posiadaczem. Wiąże się to z wymogiem usunięcia (po realizacji uprawnienia z § 6 lub § 6a k.w.) materiałów z urządzenia rejestrującego oraz wszelkich, zarówno fizycznych, jak i wirtualnych, nośników pamięci, na których został zapisany (*in fine* z § 6c k.w.). Założenie, że zapis może odbywać się na czymkolwiek czego posiadaczem nie jest mąż zaufania jest sprzeczny logicznie z koniecznością usunięcia go. Posłużenie się wykładnią literalną, ograniczającą wymóg usunięcia

materiałów z nośników, których mąż zaufania jest posiadaczem, przy pozostawieniu go na nośnikach, których posiadaczem nie jest nie mieści się w założeniu, że mąż zaufania posługuje się własnym urządzeniem rejestrującym (które obejmuje zarówno mechanizm umożliwiający rejestrację jak nośnik – *in fine* z § 5). Ponadto wymóg usunięcia obejmuje również materiał nieprzekazany zgodnie z § 6 lub 6a k.w. Wykładnia taka jest też oczywiście sprzeczna z zasadami ochrony danych osobowych.

Z treści art. 42 § 5 k.w. wynika ponadto, że urządzenie rejestrujące nie może być *ad hoc* udostępnione mężowi zaufania przez podmioty trzecie. Co do zasady wymóg wykorzystania „własnych urządzeń rejestrujących” wskazuje, że mąż zaufania może posługiwać się urządzeniami (może być ich więcej niż jedno), których jest właścicielem. Przyjmując nieco łagodniejszą wykładnię opierającą się na podejściu funkcjonalnym (uwzględniającym brak odesłania do definicji legalnej czy do przepisów o własności) można przyjmować, że dopuszczalne są inne formy władania urządzeniami, które w potocznym znaczeniu mogą implikować uznanie urządzenia za własne (choćby w okresie obowiązywania umowy leasingu, czy dzierżawy).

III. Mąż zaufania jako administrator w rozumieniu RODO

Należy podkreślić, że art. 42 § 5 k.w. w żadnym wypadku nie upoważnia do rejestrowania czynności wykonywanych bezpośrednio i co istotne samodzielnie przez wyborców¹². W jego zakresie, bazując na wykładni językowej i funkcjonalnej samego k.w., mieścić się jednak może (przynajmniej teoretycznie) zarejestrowanie czynności wydania karty przez komisję i złożenia podpisu potwierdzającego jej odbiór, oraz związany z tym proces weryfikacji tożsamości osoby uprawnionej do głosowania (gdyż działania te prowadzi komisja wyborcza wchodząc w interakcję z wyborcą). Niemniej dalsze czynności, prowadzone przez samego wyborcę po odebraniu karty, nie dadzą się w żaden sposób zakwalifikować jako odpowiadające stanowi faktycznemu do którego odsyła przepis. Z punktu widzenia RODO oraz ustawy o ochronie danych osobo-

¹² Jak można wnioskować z treści dyskusji prowadzonych w trakcie prac komisji fakt ten zdaje się umykać zaangażowanym w nią osobom.

wych¹³ wszelkie próby rejestracji tego typu aktywności wyborców stanowiły będą działania nielegalne, które są penalizowane w art. 107 ust. 2 uodo. Przy czym karalność jest związana z samym procesem nielegalnego przetwarzania danych (tu rejestrowania obrazu zawierającego np. wizerunek, na urządzeniu męża zaufania) i nie wymaga ich późniejszego udostępnienia. W tym kontekście nasuwa się refleksja wskazująca na potencjalną (oczywiście pozorną) kolizję pomiędzy art. 107 uodo. a art. 513c k.w. pojawiającą się w przypadku niewłaściwej interpretacji zakresu uprawnień męża zaufania. Nawet zwrócenie uwagi (np. przez członka obwodowej komisji) dotyczące wskazania nieprawidłowego ustawienia urządzenia rejestrującego (obejmującego czynności dokonywane przez wyborców) może bowiem być nadinterpretowane jako groźba bezprawna lub podstęp mający przeszkadzać osobom uprawnionym na mocy przepisów k.w. w ich czynnościach polegających na monitorowaniu lub dokumentowaniu procedur wyborczych.

Podkreślenia wymaga, że ustawodawca precyzując, w pewnym stopniu, niektóre elementy procesu przetwarzania danych osobowych (w szczególności w art. 8 i 42 § 6–6d k.w.) nie dokonał *de facto* żadnych czynności związanych z oceną skutków dla ochrony danych (w rozumieniu art. 35 ust. 10 RODO), nie wprowadził również żadnych ograniczeń związanych ze stosowaniem RODO (w rozumieniu art. 23 RODO) w zakresie procesów przetwarzania prowadzonych przez osoby rejestrujące czynności komisji. Oznacza to, że mężowie zaufania (a prawdopodobnie również międzynarodowi obserwatorzy wyborów, o których mowa w art. 50 k.w. i obserwatorzy społeczni w kontekście art. 103c § 2 k.w.) spełniają wszystkie warunki uznania ich za administratorów w rozumieniu art. 4 pkt 7 RODO i muszą być tak traktowani. Tym samym już sam zamiar podjęcia działań polegających na rejestrowaniu (nagrywaniu) czynności komisji implikuje konieczność realizacji wszystkich obowiązków przypisanych administratorowi, w tym tych związanych z realizacją praw osób, których dane podlegają przetwarzaniu. Konstatacja ta prowadzi do wniosku, że jakakolwiek próba nagrania wizerunku osoby, zwłaszcza spoza składu komisji wyborczej (nawet jedynie wchodzącej czy wychodzącej z lokalu), może prowadzić do naruszenia przepisów RODO,

¹³ Ustawa z 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (tj. Dz.U. 2019 poz. 1781) – dalej uodo.

a tym samym narazić osobę nagrywającą na odpowiedzialność wynikającą z przepisów o ochronie danych osobowych zarówno o charakterze administracyjno-prawnym, cywilnym jak i karnym.

W przypadku rejestracji działań samej komisji niebezpieczeństwo to jest znacząco zredukowane faktem ograniczenia możliwości powoływania się przez jej członków jak i organy ścigania, na naruszenia prawa do prywatności – co wynika z powszechnie stosowanej wykładni art. 5 ust. 2 u.d.p. i „wyjątku dziennikarskiego” z RODO legalizujących rejestrowanie czynności urzędowych prowadzonych przez osoby pełniące funkcje publiczne (co jednak nie obejmuje swobodnego rozpowszechniania/publikacji wizerunku tych osób) gdy wyłącznym celem rejestrowania czynności jest publiczne rozpowszechnienie informacji, opinii lub myśli (choćby w kontekście prowadzenia kontroli społecznej działalności władzy publicznej).

Należy mieć świadomość, że działania administratora, wynikające z art. 35 RODO, wymagają od niego by decydując się rozpocząć proces przetwarzania z użyciem nowych technologii (własne urządzenie rejestrujące), który ze względu na swój charakter, zakres, kontekst i cele z dużym prawdopodobieństwem może powodować wysokie ryzyko naruszenia praw lub wolności osób fizycznych (a ma to niewątpliwie miejsce w trakcie wyborów) dokonał on (co istotne przed rozpoczęciem przetwarzania) oceny skutków planowanych operacji przetwarzania dla ochrony danych osobowych. Wymaga to zastosowania adekwatnej do potrzeb metodologii a sama ocena tego, czy operacje przetwarzania (rejestrowanie obrazu) są niezbędne oraz proporcjonalne ma być realizowana *in concreto* w odniesieniu do lokalu wyborczego, w którym prowadzona będzie rejestracja czynności komisji. W mojej ocenie w przypadku normalnego przebiegu prac nie występują jednoznaczne warunki do uznania wystąpienia niezbędności rejestrowania czynności komisji. Ustawodawca co do zasady nie wymaga od męża zaufania obligatoryjnego rejestrowania czynności komisji, nie wskazuje też jakichkolwiek przesłanek rozpoczęcia rejestracji, zatem decyzja ta spoczywa wyłącznie na administratorze. Należałoby założyć, że to właśnie w ocenie skutków wskazane zostaną warunki brzegowe (w kontekście uznania niezbędności), których zaistnienie pozwałać będzie na rozpoczęcie procesu rejestracji. Jak wskazałem wyżej z góry powinno też zostać określone (przez administratora) jakie czynności komisji i w jaki sposób będą rejestrowane.

Zadbać przy tym należy w szczególności o odpowiednie skonfigurowanie urządzeń rejestrujących (np. wyłączenie opcji nagrywania głosu czy bezpośredniej transmisji nagrania do chmury – zwłaszcza znajdującej się poza EOG) oraz ich właściwe ustawienie.

Przygotowując proces przetwarzania należy też z góry określić co stanie się z zarejestrowanym materiałem po zakończeniu nagrania (z uwagi na obowiązki informacyjne). Ma to bowiem istotny wpływ na ostateczny okres jego przechowywania i możliwości udostępniania. Na marginesie warto wskazać, że sposób przesyłu, do którego odsyła się w art. 42 § 6a pkt 2) k.w., jest obecnie wątpliwy, gdyż we wskazanym odesłaniu powołano się na uchylony przepis¹⁴. W związku z zasadą rozliczalności procesu (art. 5 ust. 2 RODO) sugerować należy dokonanie owej oceny w sposób dający się łatwo udokumentować.

Bazując na ustaleniach wynikających z oceny skutków dla ochrony danych administrator powinien realizować wszystkie pozostałe obowiązki przypisane mu w RODO (w tym informacyjne) i być gotowym do udzielenia odpowiedzi na wnioski składane przez osoby, których dane dotyczą – z uwagi na podstawę legalizującą przetwarzania skuteczne mogą być nawet te obejmujące usunięcie danych z zarejestrowanego materiału. Jak wskazano wyżej, należy uznać, że powołując się na art. 42 k.w. uda się wpisać przesłanki legalizujące do grupy mieszczącej się w art. 6 ust. 1 lit. e) RODO. Obejmuje ona jednak wyłącznie możliwość przetwarzania danych zwykłych – zatem przetwarzanie (rejestracja) jakichkolwiek danych z grupy objętej zakazem przetwarzania (art. 9 ust. 1 RODO – np. ujawniających poglądy polityczne, czy przekonania światopoglądowe) jest w oparciu o nią wykluczona. Dotyczy to oczywiście sytuacji, w której komisja wchodzi w interakcję z wyborcami wydając im karty do głosowania – pamiętając o zbiegu wyborów z referendum, odebranie bądź nieodebranie drugiej karty do głosowania, bez większych problemów zakwalifikujemy jako ujawniające tego typu dane. Brak podstawy legalizującej przetwarzanie szczególnych kategorii danych osobowych wyklucza zatem rejestrowanie takich czynności komisji (tu wydanie kart), które bez kontekstu udziału w referendum mogłyby teoretycznie zostać zakwalifikowane jako przetwarzanie danych zwykłych.

¹⁴ Obowiązywał on w trakcie prac legislacyjnych, ale został uchylony przez art. 35 pkt 2 ustawy z 26 maja 2023 r. o aplikacji mObywatel (Dz.U. poz. 1234).

Jeżeli jednak wskazane wyżej działania mają zostać przeprowadzone prawidłowo administrator, przystępując do planowania procesu przetwarzania, musi właściwie określić cel przetwarzania. I tu pojawia się kolejny problem, gdyż ustawodawca, po raz kolejny utrudnił administratorom stosowanie reguł ochrony danych osobowych, „wskazując” go, w art. 42 § 6c k.w. Gdyby administratorzy przyjęli po prostu, że chodzi tu o cel przetwarzania w rozumieniu RODO nie mieliby *de facto* możliwości wypełnienia swoich obowiązków. Sygnalizowane przez ustawodawcę „cele” nie określają rzeczywistej przyczyny uzasadniającej rejestrację materiału (być może z uwagi na jej brak) a sprowadzają się do wskazania pewnych czynności o charakterze techniczno-organizacyjnym, którym podlegać ma zapisany materiał po zakończeniu jego rejestracji. Tak zdefiniowane „cele” nie pozwalają przede wszystkim na ocenę dopuszczalnego zakresu przetwarzania. Jeśli „celem” ma być zakwalifikowanie utwalonego materiału (nagrania) do kategorii dokumentu wyborczego (*in fine* z §6) lub przekazania takiegoż materiału do właściwego ministra przy użyciu określonej „usługi elektronicznej” (*in fine* §6a) nie da się właściwie w żaden sposób ocenić i uzasadnić nie tylko konieczności jego wykonania, ale również racjonalnie określić co ma on zawierać. W świetle tak zdefiniowanych „celów” w sumie obojętnym jest co nagrano byle zostało to uznane za dokument z wyborów lub wysłane do ministra. Ustawodawca daje jednak jasny sygnał (w § 6d k.w.), że nie chodziło mu o cel przetwarzania w rozumieniu RODO a jedynie „cel” funkcjonalny oznaczający dalsze losy materiałów zarejestrowanych w zgodzie z art. 42 § 5 k.w. Biorąc pod uwagę, że zarejestrowanie choćby części (a być może nawet całości) materiału, w kontekście tej regulacji, nie prowadziłyby do realizacji „wyłącznego celu” przetwarzania – zatem *de facto* nie realizowałyby żadnego celu – należałoby je uznać za nielegalne. W zgodzie z zasadami ochrony danych każdy proces przetwarzania może mieć miejsce jedynie w sytuacji, gdy dane osobowe są zbierane w konkretnych, wyraźnych i prawnie uzasadnionych celach i nieprzetwarzane dalej w sposób niezgodny z tymi celami (*in fine* z art. 5 ust. 1 lit. b) RODO).

Z reguł RODO wynika też kolejny niepokojący wniosek co do realizacji owego funkcjonalnego „celu”. W przypadku zgłoszenia mężowi zaufania niektórych żądań przez osoby, których dane dotyczą (opartych np. na art. 15, 17, 18 czy 21 RODO), do czasu ich rozpatrzenia nie będzie możliwe, bez jedno-

czesnego złamania swoich obowiązków administratora (a zatem narażenia się na odpowiedzialność z tym związaną), usunięcie materiałów czego wymaga art. 42 § 6d k.w.

IV. Konkluzje

Wszystkie powyższe uwagi skłaniają do wniosku, że przyjęte przepisy z pewnością nie są jasne czy oczywiste. Ich swobodnej interpretacji funkcjonalnej stoi zaś na przeszkodzie zasada jednoznacznego formułowania przepisów mających służyć ograniczaniu praw i zakaz domniemywania kompetencji. Jeżeli dodamy do tego daleko idące wątpliwości co do konieczności wprowadzenia, w demokratycznym państwie prawnym, wynikających z nich ograniczeń praw. Jak również nadania *de facto* dość mglistych kompetencji mężom zaufania, czyli osobom fizycznym, z założenia związanym z komitetami wyborczymi (wyznaczanymi przez pełnomocników wyborczych), oraz niepewny zakres uprawnień przysługujący obserwatorom społecznym (art. 103c § 2 k.w.) i międzynarodowym obserwatorom wyborów (art. 50 § 2 k.w.), teza o braku konstytucyjności art. 42 § 5 k.w. wydaje się być wysoce prawdopodobna.

Paradoksalnie systemowe uzupełnienie działań znajdujących oparcie w K.w. regułami ochrony danych osobowych, wynikającymi z RODO (które z uwagi na art. 91 ust. 3 Konstytucji RP stosować należy z pierwszeństwem przed ustawami), nie pozostawiając wątpliwości co do daleko idących ograniczeń uprawnień mężów zaufania (i innych osób potencjalnie umocowanych do korzystających z analogicznych uprawnień związanych z rejestrowaniem czynności komisji), może częściowo ograniczyć sygnalizowaną niekonstytucyjność. W praktyce przyjęcie założenia o możliwości wypełnienia wszelkich obowiązków administratora przez te osoby wydaje się jednak wysoce nierealistyczne. Unikanie odpowiedzialnego realizowania swoich obowiązków przez ustawodawcę, który mając wszelkie możliwości dokonania pewnych czynności ocennych (w ramach art. 35 ust 10 RODO) *in abstracto*, nie tylko nie skorzystał z tej możliwości (nie ograniczył też stosowania niektórych przepisów RODO w odniesieniu do działań podejmowanych przez mężów zaufania) ale stworzył przepisy niejasne

i spychające całość odpowiedzialności za prowadzone procesy przetwarzania na nieprzygotowane do tego osoby fizyczne, działające w newralgicznej dla demokracji sferze wyborczej, należy uznać za postępowanie łamiące zasadę zaufania obywatela do państwa. Przy czym nie jest wyjściem z sytuacji (uzasadnione przesłankami innymi niż prawne) ograniczenie egzekwowania realizacji wymogów prawa ochrony danych od osób rejestrujących czynności komisji – będzie ono bowiem prowadzić do daleko idących naruszeń praw innych osób uczestniczących w procesie wyborczym.

Literatura

- Czaplicki K.W., *O potrzebie stabilności prawa wyborczego. Wybrane problemy* [w:] *Wokół wyborów i prawa wyborczego. Wykłady im. prof. dr. Wacława Komarnickiego*, red. Z. Witkowski, A. Frydrych-Depka, P. Raźny, Toruń 2017.
- Czaplicki K. et al., *Kodeks wyborczy. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Kaczmarczyk M.P., *Implementacja Kodeksu Dobrej Praktyki w Sprawach Wyborczych w polskim prawie wyborczym* [w:] *Aktualne wyzwania prawa wyborczego*, red. nauk. M. Zubik, J. Podkowik, Warszawa 2021.
- Kozłowski K., *Zakaz wprowadzania „istotnych zmian” w prawie wyborczym w okresie poprzedzającym wybory – rozważania na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Legislacyjny” 2019, nr 2.
- Papis W., *Problem ochrony danych osobowych w wyborach samorządowych w 2018 roku*, „Roczniki Administracji i Prawa” 2020, nr XX, z. 3.
- Pyrzyńska A., *Instytucja ciszy legislacyjnej w polskim prawie wyborczym*, „Krytyka Prawa. Niezależne studia nad prawem” 2023, t. 15, nr 1.
- Rakowska-Trela A., Składowski K., *Kodeks wyborczy. Komentarz do zmian 2018*, Warszawa 2018.
- Uziębło P., *Opinia w sprawie dopuszczalności przełożenia wyborów do organów stanowiących samorządu terytorialnego oraz organu wykonawczego na poziomie gminy*, <https://www.batory.org.pl/publikacja/opinia-w-sprawie-dopuszczalnosci-przełożenia-wyborow-do-organow-stanowiacych-samorządu-terytorialnego-oraz-organu-wykonawczego-na-poziomie-gminy-2>.