

Kraków, dnia 7 listopada 2018 r.

Prof. dr hab. Piotr Tuleja

Recenzja rozprawy doktorskiej Katarzyny Lakomiec

Pt. „Prawo do ochrony prywatności w kontekście informacji o stanie zdrowia”

Konstytucyjna problematyka ochrony prywatności była już wielokrotnie przedmiotem zainteresowania polskiej doktryny prawa. Całościową analizę tego prawa przedstawiła J. Braciak w monografii „Prawo do prywatności”. Brak jednak opracowania poświęconego ochronie prywatności w kontekście informacji o stanie zdrowia. Dlatego uważam, że Autorka trafnie wybrała przedmiot rozprawy doktorskiej.

Wybierając taki przedmiot K. Lakomiec sformułowała niezwykle ambitne cele rozprawy: „pochylenie się nad analizą konstytucyjnych standardów”, analiza konstytucyjnych przepisów chroniących wartości (prywatność, autonomia informacyjna jednostki), ocena standardu ochrony informacji o stanie zdrowia, odpowiedź na pytanie czy konstytucyjny zakres normowania i zastosowania, dotyczący prywatności jest adekwatny wobec zmiany obiegu informacji o jednostce w społeczeństwie oraz jaka wykładnia norm konstytucyjnych jest adekwatna wobec powyższych wyzwań? Zamiarem Autorki jest też ustalenie czy możliwe jest oparcie procesu dynamicznej wykładni na zasadzie proporcjonalności. Realizacja wskazanych celów ma doprowadzić do zweryfikowania tezy, w myśl której konstytucyjny nakaz zaprojektowania architektury obiegu informacji o jednostce na poziomie ustawowym / musi zapewnić realizację autonomii informacyjnej jednostki. Wątpliwości może budzić założenie metodologiczne ograniczenie rozważań komparatystycznych, w tym dotyczących orzecznictwa międzynarodowego. O ile rezygnacja z klasycznych rozważań komparatystycznych może być zrozumiała, o tyle nieuzasadniona wydaje się rezygnacja z szerszej analizy orzecznictwa międzynarodowego. Prawo UE i prawo systemu Rady Europy stanowi część polskiego

porządku prawnego. Orzeczenia TSUE i ETPCz rozstrzygają o zakresie prawa do prywatności. Wpływają też bezpośrednio na konstytucyjny aspekt ochrony wolności i praw.

Z punktu widzenia przyjętych założeń praca ma prawidłową strukturę. W rozdziale pierwszym przedstawione zostały różne definicje prywatności, koncepcje jej ochrony oraz wpływ nowoczesnych technologii na ochronę prywatności. W rozdziale drugim przedstawione zostały konstytucyjne podstawy prywatności informacyjnej w polskim prawie konstytucyjnym. Autorka podkreśla, że szczególny przedmiot jej zainteresowań stanowią kwestie związane z dopuszczalnością ograniczania tego prawa i zastosowanie teorii kontekstów w ocenie proporcjonalności ingerencji. Przedmiotem rozdziału trzeciego jest przedstawienie rozwiązań ustawowych w zakresie prywatności informacyjnej. Chodzi o ustawowe rozwiązania dokonujące operacjonalizacji norm konstytucyjnych, przetwarzanie danych o stanie zdrowia, tajemnicę lekarską. W rozdziale czwartym przedstawiona została analiza orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. W rozdziale piątym przedstawiona została ewolucja regulacji europejskich oraz jej znaczenie dla konstruowania standardu konstytucyjnego. Dzięki takiemu układowi pracy Autorka w sposób przejrzysty przedstawia jej podstawowe problemy, ukazuje uwarunkowania specyficzne dla analizy prywatności informacyjnej, a następnie dokonuje jej dogmatycznej analizy.

Autorka trafnie konstatuje, że określenie zakresu sfery życia prywatnego napotyka na trudności. Główną przyczyną tych trudności jest szeroki zakres wartości chronionych za pomocą prywatności. Doprecyzowaniu tego zakresu służy, przedstawiona w pracy, analiza teorii prywatności. Analiza ta obejmuje przedstawienie poglądów S. Warrena i L. Brandeisa, teorii prywatności, jako ograniczonego dostępu do jednostki, teorii kontroli nad udostępnianiem informacji. Autorka podnosi, że dla ochrony prywatności istotne znaczenie miało i ma rozróżnienie na sferę prywatną i publiczną. Analizuje to rozróżnienie odwołując się do kontekstu społecznego oraz kontekstu politycznego organizacji władzy. Inne przywoływane kryteria rozróżnienia to ze względu na charakter podmiotów, miejsce, rodzaj informacji. Żadne z proponowanych rozróżnień nie pozwala na jednoznaczne wyodrębnienie obu sfer.

Interesujące jest założenie o instrumentalnym charakterze prywatności. Uzasadnia ono, zdaniem Autorki, konieczność wskazania kontekstów, w których ochrona prywatności jest konieczna. Autorka wskazuje na indywidualny aspekt prywatności służącej do ochrony godności, wolności, tożsamości czy autonomii oraz aspekt społeczny, gdy prywatność służy do zabezpieczenia procesów demokratycznych, budowania społeczeństwa obywatelskiego.

udziału w debacie publicznej. Autorka w interesujący sposób pokazuje sposób oddziaływania i związku aspektu indywidualnego i społecznego prywatności.

Szczególnie istotny, zdaniem Autorki, jest aspekt informacji o osobie. Łączy się on, bowiem bezpośrednio z ochroną danych osobowych. Aspekt ten jest również istotny ze względu na nowe technologie i ich wpływ na przetwarzanie danych. Dotychczasowe teorie prywatności nie gwarantują, zdaniem Autorki, możliwości rozwiązania współczesnych problemów. Dlatego też wskazuje ona na współczesne teorie, uwzględniające powyższe aspekty. W szczególności na teorie D. Solowe i H. Nissenbauma. Obie teorie wskazują na aktualne zagrożenia prywatności, konteksty funkcjonowania jednostki oraz mechanizmy przetwarzania informacji. W konsekwencji istotne jest nie tyle precyzyjne definiowanie prywatności, co raczej ocena kontekstów jej ograniczania i optymalnych zabezpieczeń. Zdaniem Autorki takie ujęcie stwarza dobrą podstawę dla określenia wagi prywatności. Wskazuje ona na uwarunkowania związane z ochroną prywatności wynikające z nowych technologii, procesu płynnej inwigilacji, rozwoju medycyna i biotechnologii.

Rozdział ten stanowi najlepszą część pracy. Prezentując szeroką panoramę zagadnień związanych historycznie i współcześnie z ochroną prywatności Autorka stwarza bardzo dobrą podstawę do analizy zagadnień konstytucyjnych. W szczególności w oparciu o analizowane teorie można w sposób operatywny ustalić przedmiot i zakres ochrony konstytucyjnego prawa do prywatności. Wątpliwości budzi natomiast lakoniczne przedstawienie problematyki prywatności w orzecznictwie. W świetle art. 89 Konstytucji konwencja o ochronie podstawowych praw i wolności stanowi źródło polskiego systemu prawa. Jej normy, również w zakresie ochrony prywatności, są wiążące dla wszystkich organów władzy publicznej.

Analizując zakres podmiotowy konstytucyjnego prawa do prywatności Autorka nie rozważa szerzej czy art. 51 ust. 2 adresowany jest wyłącznie do obywateli polskich. Brak jest też szerszych wywodów dotyczących prywatności osób publicznych. Zakres przedmiotowy prawa do prywatności został przedstawiony za pomocą cytatów z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Nie do końca zrozumiała jest konstatacja, w myśl której Trybunał nie wypracował uniwersalnych reguł ważenia wolności i prywatności (s. 77). Należałoby tę kwestię rozwinąć. Z przyjętych w polskim prawoznawstwie założeń dotyczące ważenia konstytucyjnych zasad wynika, że wypracowanie takich jednoznacznych założeń jest niemożliwe. Zasady mają, bowiem charakter *prima facie*, a sposób rozstrzygnięcia ich kolizji zależy od zmiennych elementów prawnych i faktycznych.

Analiza prawa do prywatności informacyjnej, jako publicznego prawa podmiotowego prowadzi do ustalenia tylko niektórych jego elementów. Ogólna charakterystyka publicznego prawa podmiotowego stanowi podstawę do ogólnego przedstawienia zakresu przedmiotowego tego prawa – uzasadnione konstytucyjnie oczekiwanie jednostki odnośnie do zgodnej z konstytucyjnym standardem regulacji przetwarzania informacji dotyczącej jednostki, ochron przed naruszeniem sfery prywatnej oraz gwarancji dostępu do danych (s. 82). Określenie to dotyczy wertykalnego aspektu prawa do prywatności. Autorka wskazuje również na aspekt horyzontalny, jednak nie tłumaczy szerzej, na czym polega. Analiza dopuszczalnych ograniczeń prawa do prywatności przeprowadzona została wyłącznie w oparciu o orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Na podstawie tej analizy Autorka stwierdza, że dokonywani dynamicznej wykładni w odniesieniu do wolności i praw człowieka powoduje zmienność granic ingerencji w te prawa w zależności od kontekstu. Trafnie przyjmuje, że badanie kontekstu przetwarzania informacji o jednostce stanowi konieczny element przeprowadzania testu proporcjonalności (s. 101). Nie przywołuje jednak w związku z tym żadnych ustaleń teorii racjonalnej argumentacji prawniczej odnoszących się do stosowania zasady proporcjonalności. Według Autorki elementami tego kontekstu, gdy chodzi o prawo do prywatności w zakresie ochrony informacji o jednostce, są: charakter przetwarzanych danych, podmioty przetwarzające dane, podstawa prawna przetwarzania danych, struktura przetwarzanych danych, gwarancje proceduralne i techniczne przetwarzania danych. Powyższa analiza ukazuje specyfikę związaną z ograniczeniem prawa do prywatności informacyjnej.

W rozdziale trzecim Autorka przedstawia regulacje prawne tworzące konteksty przetwarzania danych o stanie zdrowia jednostki. Deklaruje, że jej celem jest przedstawienie ogólnych zasad przetwarzania danych (s. 116). Realizuje ten cel przedstawiając przepisy dotyczące m.in: RODO, ustawy o ochronie danych osobowych, ustawy o systemie informacji o ochronie zdrowia, ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, ustawy o zawodzie lekarza i lekarza dentysty. Analiza dotyczy przepisów materialnoprawnych oraz proceduralnych gwarancji. Ma ona charakter opisowy. Autorka sygnalizuje jedynie nieliczne wątpliwości związane ze stosowaniem wskazanych przepisów. Pomija niektóre istotne dla prywatności kwestie, jak chociażby zakres podmiotowy tajemnicy lekarskiej.

Przedstawiona w rozdziale czwartym analiza orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego rozpoczyna się od poszukiwania w nim elementów teorii dostępu i teorii kontroli. Autorka wskazuje w związku z tym na nieadekwatność teorii dostępu oraz występującej w orzecznictwie

ETPCz i FTK teorii kręgów. W tym ostatnim wypadku chodzi zapewne o Wesensgehaltsgarantie opartą na art. 19 ust. 2 niemieckiej ustawy zasadniczej. Bez przedstawienia założeń tej teorii, trudno stwierdzić czy nie jest ona adekwatna dla rozwiązywania współczesnych problemów prywatności i ochrony informacji o osobie. Analiza orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego rozpoczyna się od stwierdzenia, że nie wypracował on spójnej definicji prywatności, jako wartości. Równocześnie Autorka wskazuje, że w uzasadnieniach swych orzeczeń Trybunał skupia się na analizie kontekstów, w jakich przetwarzane są dane. Jest to spójne z założeniami przedstawionymi w rozdziale pierwszym teorii. Autorka prezentuje orzecznictwo Trybunału na stosunkowo wysokim poziomie abstrakcji. Nie odnosi się szczegółowo do problemów konstytucyjnych występujących w poszczególnych sprawach, sporów między uczestnikami postępowania ani argumentacji uzasadniającej rozstrzygnięcie. Autorka stara się natomiast wskazać tezy orzeczeń, które mogą składać się na konstytucyjny standard ochrony. Dostyc ogólne są również wnioski wyciągane z analizy orzecznictwa – np., że Trybunał kładzie szczególny nacisk na zapewnienie odpowiednich gwarancji przetwarzania danych (s. 168).

Ostatni rozdział pracy został poświęcony reformie ochrony danych w Unii Europejskiej oraz jej wpływie na konstytucyjne gwarancje ochrony prywatności informacyjnej. W rozdziale tym Autorka przedstawia ogólną charakterystykę systemu prawa Unii Europejskiej, a następnie system ochrony danych osobowych. Przedstawiając genezę ochrony danych osobowych w Unii Autorka podkreśla, że rozporządzenie ma przeciwdziałać nadużywaniu przewagi informacyjnej (politycznej i rynkowej) ze szkodą dla społeczeństwa. Wskazane w rozdziale piątym zagadnienia konstytucyjne związane z RODO sprowadzają się do wyliczenia klasycznych problemów występujących w relacji prawa krajowego i europejskiego: deficytu demokracji, marginalizacji roli ustawy oraz przestrzegania zasad prawidłowej legislacji. Autorka rozważa dopuszczalność badania konstytucyjności RODO, przywołując wyrok w sprawie SK 45/09. Porównuje też standard ochrony wynikający z Karty Praw Podstawowych i Konstytucji. Trafnie wskazuje na niespójność dopuszczalnych ograniczeń prawa do prywatności informacyjnej w obu aktach (s. 206). W szczególności wątpliwości w prawie polskim może wywoływać dopuszczalność tego rodzaju ograniczeń uzasadniana celami gospodarczymi.

W podsumowaniu Autorka jeszcze raz przywołuje podstawowe ustalenia pracy: Konstytucja wprowadza odrębną ochronę informacji dotyczących jednostki, ustanawia prawo dostępu i korekty, prawo do ochrony prywatności informacyjnej tworzy agregat norm, których celem jest zaprojektowanie relacji między jednostką a państwem oraz innymi podmiotami

przetwarzającymi informacje, współczesne teorie nie koncentrują się na precyzyjnym zdefiniowaniu prywatności na rzecz wyodrębnienia jej różnych kontekstów, analiza tych kontekstów nabrała znaczenia ze względu na współczesne tendencje związane z przetwarzaniem danych, przepisy Konstytucji mogą być podstawą do dynamicznej wykładni prawa do prywatności informacyjnej, w te tendencje wpisuje się orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, zastosowanie analizy kontekstowej do ochrony informacji o stanie zdrowia powinno obejmować podejście interdyscyplinarne uwzględniające perspektywę nauk medycznych i bioetyki. Przedstawiona w pracy analiza ochrony danych osobowych prowadzi, zdaniem Autorki do wniosku, że następuje odejście od systemów opartych przede wszystkim na koncepcji autonomii jednostki na rzecz systemów opartych na silnych gwarancjach odnoszących się do przetwarzania danych.

Upředzając końcową konkluzję, stwierdzam, że recenzowana praca spełnia ustawowe wymogi konieczne do nadania stopnia doktora. Autorka pracy w interesujący sposób ukazuje współczesne problemy związane z prawem do prywatności informacyjnej oraz specyfikę ochrony tego prawa. Prezentuje adekwatne do powyższych zagadnień teorie prywatności oraz jej ochrony. W tym zakresie praca oparta jest na bogatej i aktualnej literaturze anglojęzycznej. Ustalenia poczynione przez Autorkę powinny być interesujące dla kolejnych autorów zajmujących się prawną ochroną prywatności. Na aprobatę zasługuje zaprezentowana w kolejnych rozdziałach dogmatyczna analiza normatywnej treści prawa do prywatności informacyjnej oraz analiza jego dopuszczalnych ograniczeń. Czytelnik, w oparciu o tę analizę, uzyskuje informacje na temat sposobu, w jaki prawo do prywatności informacyjnej ukształtowane zostało w polskim systemie prawa. Instytucjonalny aspekt rozważań pozwala na przedstawienie wszystkich płaszczyzn kształtowania tego prawa – konstytucyjnej, ustawowej i orzeczniczej. Przeprowadzone rozważania stanowią też dobrą podstawę do końcowej weryfikacji tez postawionych na wstępie pracy oraz ocen Konstytucji, działalności prawodawczej i orzeczniczej w zakresie stopnia zagwarantowania prawa do prywatności informacyjnej. Wartościowym fragmentem pracy są rozważania o kontekstowym posługiwaniu się zasadą proporcjonalności. Stwarzają one podstawę do lepszego ważenia konstytucyjnych zasad oraz uzyskiwania bardziej przewidywalnych rozstrzygnięć dotyczących ograniczania prawa do prywatności informacyjnej.

W mojej ocenie Autorka nie zrealizowała jednak w pełni deklarowanych we wstępie pracy celów. Wskazanie na teorie dotyczące prywatności, jako podstawę dla rozważań dogmatycznych powinno uwzględniać dwie kwestie. Po pierwsze specyfikę kultury prawnej,

w której teorii te mają być aplikowane, po drugie sposób regulacji konstytucyjnej. W odniesieniu do pierwszej kwestii Autorka nie bierze pod uwagę, że prawo do prywatności w Polsce ukształtowało się przede wszystkim, jako element dóbr osobistych. Autorka cytuje wprawdzie jedną z prac A. Kopfla na ten temat, jednak nie odnosi się szerzej do jego koncepcji prywatności, które miały istotny wpływ na płaszczyznę konstytucyjną. Wpływ ten widoczny jest również w sposobie wyrażenia prywatności w obowiązującej polskiej Konstytucji (art. 47 i art. 51) oraz jej rozumieniu w orzecznictwie sądów. Przedmiotem wielu orzeczeń, w tym orzeczeń Sądu Najwyższego był i jest problem zakotwiczenia w pojęciu dóbr osobistych roszczeń związanych z ochroną danych osobowych. Autorka tych orzeczeń nie przywołuje. W konsekwencji pomija istotny problem instytucjonalizacji ochrony odszkodowawczej związanej z naruszeniami prywatności informacyjnej. W szczególności relacji zachodzących między art. 51 Konstytucji a art. 23 kodeksu cywilnego. O kontrowersjach związanych z tym problemem świadczy nie tylko orzecznictwo sądów, ale też rozbieżne poglądy doktryny.

Zbyt ogólnie charakteryzuje Autorka specyfikę wykładni przepisów Konstytucji stanowiących podstawę dla prawa do prywatności informacyjnej. Stwierdzenie, że chodzi tu o dynamiczną wykładnię norm konstytucyjnych oraz że jej elementem jest kontekstualne stosowanie zasady proporcjonalności nie wystarcza. Zasada proporcjonalności, jako podstawa ograniczania konstytucyjnych praw, stanowi element różnych teorii racjonalnej argumentacji prawnej. Teorie te formułują cały szereg założeń warunkujących poprawność ingerencji w prawa człowieka (w polskiej doktrynie prace odnoszące się do wykładni konstytucji: T. Gizberta – Studnickiego, A. Grabowskiego). Podkreślana przez Autorkę konieczność sięgania do różnych kontekstów przy ustalaniu treści konstytucyjnego prawa do prywatności stanowi element bardziej ogólnego procesu polegającego na sięganiu do wszystkich relewantnych okoliczności prawnych i faktycznych przy rozstrzyganiu kolizji konstytucyjnych zasad. Mówiąc w skrócie, procesu polegającego na przekształcaniu niekonkluzywnych zasad prawa w konkluzywne reguły (T. Gizbert - Studnicki, L. Morawski). Rozważania o kontekstach i zasadzie proporcjonalności należałoby odnieść do modeli argumentacji i wykładni. Brak takiego odniesienia powoduje, że dogmatyczno-prawne ustalenia dotyczące normatywnej treści art. 47 i 51 są zbyt ogólne. Przypisanie zasadom konstytucyjnym niekonkluzywnego charakteru nie zwalnia od ustalenia wielu elementów ich normatywnej treści: zakresu podmiotowego, przedmiotu ochrony, roszczeń wynikających z przepisów Konstytucji, których treść warunkuje przede wszystkim charakter danego prawa implikujący relację między osobą, a organami władzy publicznej.

Przedstawiona w pracy analiza zakresu podmiotowego prawa do prywatności informacyjnej powinna zostać pogłębiona o dwie kwestie. Po pierwsze o ustalenie czy brzmienie art. 51 ust. 2 Konstytucji pozwala na przyjęcie, że podmiotami tego prawa są wszyscy czy tylko obywatele polscy? Po drugie ustalenie na ile konstrukcja horyzontalnego obowiązywania prawa do prywatności pozwala nakładać obowiązki związane z realizacją tego prawa na podmioty prywatne? Autorka dopuszcza taką możliwość, m.in. w odniesieniu do administratorów danych osobowych. Odwołuje się do horyzontalnego aspektu praw, nie wyjaśnia jednak bliżej ani podstaw takich obowiązków konstytucyjnych ani ich zakresu. Tymczasem już od rozstrzygnięcia FTK sprawy Lüth toczy się w Europie dyskusja wskazująca na nierównowagę wertykalnego i horyzontalnego aspektu praw konstytucyjnych. Wskazuje ona na ograniczony charakter tego ostatniego aspektu. Wyraźny ślad tej dyskusji widoczny jest w sposobie sformułowania art. 51 ust. 2 Konstytucji.

Zbyt ogólnie przedstawione zostały niektóre zagadnienia związane z ustawową regulacją prywatności informacyjnej oraz orzecznictwo dotyczące tej kwestii. Autorka poprzestaje na opisie regulacji ustawowych nie wskazując problemów związanych z ich stosowaniem. Przykładem problem zakresu podmiotowego i przedmiotowego tajemnicy lekarskiej i jego znaczenie dla prywatności pacjenta. Praca zyskałaby z pewnością na bardziej konkretnej prezentacji orzeczeń Trybunału. W szczególności prezentacji problemów, które spowodowały wniesienie sprawy do Trybunału oraz argumentacji decydującej o przyjętym przez Trybunał rozstrzygnięciu. Praca nie zawiera szerszej prezentacji orzecznictwa sądów odnoszącego się do prywatności informacyjnej, jej podstaw obowiązywania, dopuszczalnych ograniczeń oraz środków ochrony w postaci roszczeń odszkodowawczych. Chodzi tu przede wszystkim o orzeczenia dokonujące wykładni art. 23 kodeksu cywilnego w zgodzie z art. 47 i 51 Konstytucji.

Sformułowane przeze mnie uwagi nie obniżają pozytywnej oceny pracy, na którą składają się wskazane na stronie szóstej recenzji elementy. **Recenzowana praca w pełni odpowiada wymogom ustawowym, tj. m.in postanowieniom art. 13 ust.1 ustawy z 14 marca 2003 roku o stopniach i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w dziedzinie sztuki (t.j. Dz.U z 2014, poz.1852 ze zm.).** Może ona stanowić podstawą do kontynuacji postępowania prawnego w celu nadania stopnia naukowego doktora.

Piotr Tulej

