

Mirosław Granat

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

Czy istnieje cyfrowy konstytucjonalizm?

Konstytucjonalizm rozumiany jako zespół poglądów na konstytucję lub jako „doktryna konstytucji” powstał w okresie oświecenia, ale od tego czasu stale podlega zmianom i modyfikacjom. Jedną z nich wynika z postępu technologicznego jaki obserwujemy i z którego korzystamy, gdyż postęp ten wpływa na nasze wolności i prawa¹. Przejawem tego, z jednej strony, jest bezprecedensowa zdolność do łatwego komunikowania się między sobą, co jeszcze kilkadziesiąt lat temu było nie do przewidzenia. Z drugiej strony, powstają źródła zagrożeń dla praw człowieka, na przykład związane z przetwarzaniem naszych danych lub z nadzwyczajną rolą, jaką uzyskały korporacje ponadnarodowe typu Microsoft, Facebook lub Google, kosztem tradycyjnych podmiotów prawa konstytucyjnego, takich jak państwa narodowe. Wobec znaczenia wymienionych okoliczności, powinienem zapytać nie tyle, czy istnieje cyfrowy konstytucjonalizm, gdyż odpowiedź na nie sama się narzuca, lecz raczej jakie są cechy tego konstytucjonalizmu.

91

1. W związku z rozwojem Internetu i jego coraz większym znaczeniem w życiu społecznym i politycznym, można postawić sobie pytanie czy istnieje „cyfrowy konstytucjonalizm”². Stawianiu takiego pytania sprzyja przede wszystkim sytuacja w zakresie praw człowieka, gdyż coraz częściej mówimy o prawach człowieka w erze cyfrowej. Czym *digital constitutionalism* różniłby się od tradycyjnego (zwykłego) konstytucjonalizmu,

¹ Artykuł nawiązuje do referatu przygotowanego na 37. Table Ronde Internationale de L’Insitut Louis Favoreu, Aix-en-Provence, Constitution, libertés et numérique, 10–11 Septembre, 2021.

² Por. E. Celeste, *Digital Constitutionalism: A New Systematic Theorisation*, „International Review of Law, Computers & Technology” 2019, t. 33, nr 1, s. 77, <https://doi.org/10.1080/13600869.2019.1562604>

który wywodzi się jeszcze z epoki oświecenia? Czy może w istocie w grę wchodzi jedynie pewna modyfikacja pojęć klasycznego konstytucjonalizmu wywołana rozwojem Internetu? Wydaje się, że bardziej zasadne jest to stanowisko, które akcentuje raczej fakt przeobrażeń, jakie zachodzą o obrębie konstytucjonalizmu. Przymiotnik „cyfrowy” może mieć znaczenie dookreślające rzeczownik, a więc nieco „techniczne”, tak jak na przykład mówimy obecnie o „liberalnym” lub „nieoliberalnym” konstytucjonalizmie. Im jednak bardziej przyglądam się zmianom, jakie następują obecnie w konstytucjonalizmie, tym moja wątpliwość, czy powinniśmy mówić jedynie o „modyfikacji” konstytucjonalizmu powiększa się. Wątpliwości te rozważam w dalszej części niniejszego artykułu, opowiadając się „za” konstytucjonalizmem cyfrowym.

2. Wyróżnianiu cech cyfrowego konstytucjonalizmu sprzyja kilka czynników. Przede wszystkim powstaje pytanie, kto jest podmiotem w *digital constitutionalism*? Są nim osoby prywatne, niekiedy silniejsze niż niejedna władza państwowa. Na przykład, jeśli spółka prawa prywatnego była w stanie „zawiesić” na Twitterze konto prezydenta Stanów Zjednoczonych Donalda Trumpa (wprawdzie na okres dwóch lat), to okoliczność ta wskazuje na to, że w przestrzeni cyfrowej można „uciszyć” każdego. Taki rodzaj „zbanowania” oznacza ograniczenie możliwości danego podmiotu do korzystania ze swobody komunikowania się, jaką daje Internet. Oprócz potężnych spółek prywatnych, w Internecie funkcjonują anonimowi uczestnicy sieci, występujący głównie jako tzw. awatary (wcielenia określonych osób). Fakt owej anonimowości jest zapewne pewnym dobrem (z punktu widzenia uczestnika), ale może ona prowadzić do bardzo negatywnych następstw, o czym wspomnę jeszcze dalej.

Po drugie, *digital constitutionalism* funkcjonuje w przestrzeni ponadnarodowej (uniwersalnej), a nie państwowej, tak jak klasyczny konstytucjonalizm. Konstytucjonalizm cyfrowy nie jest w tym znaczeniu prawem państwowym i nie działa na zasadzie terytorialności.

Wobec tego, po trzecie, Internet jest przestrzenią w której funkcjonuje inny rodzaj kontroli aniżeli w konstytucjonalizmie państwowym. Wydaje się, że dominuje w nim rodzaj kontroli, którą nazywamy algorytmiczną, tj. taką, która określone problemy (tematy) albo nazwiska z góry (arbitralnie) wyklucza z obiegu informacyjnego. Kontrola ta ma swoisty charakter: formalnie nikt niczego nie zabrania, ale pewnych określeń (słów) nie pozwala się w sieci użyć. Jest też tak, że jakiś problem lub temat można „przesunąć” w wyszukiwarce na gorszą lub lepszą pozycję do której jest trudniej lub łatwiej dotrzeć. Możliwe jest też takie zaprogramowanie sieci, że tzw. kilobajty wywołują określone preferencje w wyszukiwarce. Na przykład, w sierpniu 2021 r., gdy otwieraliśmy Google, zazwyczaj otwierał się tag „Messi w Paris

Saint-Germain". Funkcjonują różne formy tzw. tagowania, czyli ukierunkowywania naszych wyszukiwań w Internecie. Użytkownikowi Internetu wydaje się, że wystarczy nam tylko dostęp do sieci, tymczasem algorytm może blokować dostęp do określonej informacji albo przeciwnie – nakierowywać na nią. Zarazem algorytm poprzez np. pliki *cookies* zbiera także informacje o nas. Przykładowo, skoro interesuję się klubem PSG, to otrzymuję reklamy dotyczące tego klubu, jego piłkarzy i związane z tym wiadomości.

Po czwarte, w prawie epoki cyfrowej zmienia się siatka pojęć, jaką się posługujemy. Na przykład co to znaczy być właścicielem danych zgromadzonych w „chmurze cyfrowej”? Czy możliwe jest przeszukiwanie „chmury”, tak jak organy policyjne mogą przeszukać mieszkanie? Czy kradzież w Internecie oznacza to samo, co kradzież w realnym świecie? Czy haker, który atakuje adres w Polsce, działa na terytorium państwa z którego prowadzi atak, czy też traktowany jest jako działający na terytorium Polski? Pytania tego rodzaju można mnożyć.

Po piąte, kilkadziesiąt lat temu prawo wyraźnie oddzielało to, co jest „publiczne” i co jest „prywatne”. Kilkadziesiąt lat temu były to sfery wyraźnie oddzielone od siebie. Jeszcze przed 20 laty cyfrowość była raczej dodatkiem do „normalnego świata”. Obecnie zaś, w XXI w., świat realny przeplata się ze światem wirtualnym albo jest tak, że świat ten wydaje się wyprzedzać świat realny. W świecie realnym „rządzi” władza państwowa, której ingerencje w prawa człowieka możemy kontrolować za pomocą różnych środków prawnych, natomiast w świecie wirtualnym „rządzą” podmioty prywatne. Przykładowo możliwe jest skrzywdzenie drugiego człowieka w świecie realnym za pomocą środków właściwych światu wirtualnemu (np. poprzez film na YouTube). Niebezpieczeństwa, jakie wynikają z przeplatania się obu światów, można pokazać na przykładzie funkcjonowania wolności zgromadzeń w Polsce. W 2013 r. ktoś zwołał przez Internet młodych ludzi na prywatną imprezę w bardzo niebezpiecznym miejscu, nad stromym kamieniołomem w Krakowie – Zakrzówku. Zamiast kilkunastu osób, „zaprosiło się” około 23 tysiące. Jedna z nich spadła z dużej wysokości i odniosła ciężkie obrażenia. Jak się okazało, zgromadzenie nie miało organizatora, tak jak wymaga tego prawo o zgromadzeniach³. Władze miasta i policja bezradnie rozkładały ręce, twierdząc, że nie mogły zapobiec temu zgromadzeniu. Nie ustalono osoby odpowiedzialnej za zwołanie tłumu i za wypadek⁴. Wydarzenie to, można rzec, miało miejsce na pograniczu świata realnego i wirtualnego.

³ Por. obecnie obowiązujące prawo o zgromadzeniach z 24.07.2015 r., Dz.U. z 2015 r., poz. 1485.

⁴ Por. bliżej M. Warszawski, G. Skowron, *22 tysiące osób to nie zgromadzenie*, <https://dziennikpolski24.pl/22-tysiacle-osob-to-nie-zgromadzenie/ar/3241512> (dostęp: 21.09.2022).

3. Konstytucja RP nie ustanowiła kategorii „praw cyfrowych”, ale to nie oznacza, że nie istnieje proces konstytucjonalizowania środowiska cyfrowego. Z tego punktu widzenia Konstytucja powstała w „innej epoce”, choć było to ledwie 25 lat temu. Nie można byłoby jednak zarzucać prawodawcy, że jest „przestarzała”. Cóż bowiem mogą powiedzieć Koledzy z Włoch, Niemiec lub Francji, gdzie konstytucje uchwalono jeszcze wcześniej, a cyfrowy konstytucjonalizm zaszedł dalej aniżeli w Polsce? Nie jest więc tak, że Konstytucja z 1997 r. nie zna praw epoki cyfrowej, mimo że powstała jeszcze przed epoką rozwoju Internetu, o czym będzie jeszcze mowa niżej.

Zacznę od wyjaśnienia, w jaki sposób rozumiem „prawa podstawowe” człowieka. Według mnie prawami podstawowymi są zarówno te prawa, które znamy z deklaracji okresu oświecenia, jak i te, które są uregulowane w konstytucji (w przypadku Polski w Konstytucji z 1997 r.). Prawami podstawowymi są więc prawa naturalne ludzi „zakłete” w przepisach konstytucji oraz te, które z czasem prawodawca „dołożył” do tekstu konstytucji. Prawa te, mimo że są wyrażone w tekstach konstytucji, pozostają niedookreślone. Zazwyczaj są one „wyliczone” w katalogach ustaw zasadniczych, które są wyjaśnione w doktrynie i w orzecznictwie. Mimo jednak bogatego orzecznictwa (międzynarodowego, europejskiego, polskiego) jest tak, że zakres poszczególnych praw pozostaje i tak nie dookreślony.

Uważam, że prawa cyfrowe (np. prawo dostępu do Internetu, prawo do bycia zapomnianym w sieci lub inne) są w pewien sposób nadbudowane nad prawami podstawowymi. Nie są to prawa „autonomiczne” (samodzielne), ale związane z prawami człowieka, które istnieją już wcześniej. Według mnie mają status praw pochodnych, co nie oznacza, że są słabsze od praw podstawowych. Na przykład „prawo dostępu do Internetu” funkcjonuje w Polsce w taki sposób, że sądy mogą traktować je jako skorelowane z prawem obywateli dostępu do informacji publicznej (z art. 61 Konstytucji). Orzecznictwo sądowo-administracyjne ustaliło, że „prawo dostępu do Internetu obejmuje przynajmniej dwa elementy: a) dostęp do sieci, b) dostęp do zasobów sieci”⁵. Realizacja prawa dostępu do Internetu polega na tym, że dostęp ten nie musi być bezpłatny i nie musi następować z domu (może następować w odpowiednio wyposażonym miejscu publicznym). Nie mam natomiast pewności, czy inne prawa ery cyfrowej są tylko prawami pochodnymi. Jeśli przyjmujemy takie założenie, to z norm konstytucyjnych moglibyśmy derywować prawa epoki cyfrowej na tej zasadzie, jak z normy o demokratycznym państwie praw-

⁵ Por. K. Stępnia, *Prawo do Internetu jako środka zapewniającego partycypację w państwie demokratycznym*, „Studia Prawnicze i Administracyjne” 2017, nr 3, s. 68.

nym Trybunał Konstytucyjny wyprowadził szereg wolności i praw. Dzięki wykładni konstytucji jesteśmy więc w stanie wyprowadzić z niej prawa człowieka, gdyż jej normy mają ogólny charakter i są niejako „otwarte” na proces wykładni.

Prawa człowieka dzielimy na generacje podług okresów, w jakich poszczególne wolności i prawa zostały ukształtowane (zwykle wyróżniamy trzy takie generacje). Moim zdaniem w obrębie każdej generacji wyróżniamy „prawa podstawowe” oraz „prawa pochodne” od tych pierwszych. Takie rozumienie generacji praw wyjaśniałby sposób, w jaki prawa podstawowe „rozlewają się” w przepisach prawa. Jeśli mówimy, że istnieje „prawo do czystego powietrza” lub „prawo do oddychania bez smogu”, to można przyjąć, iż są to prawa pochodne zwłaszcza od *prawnej ochrony życia każdego człowieka* (art. 38). Prawa pochodne stanowiłyby ukonkretnienie praw podstawowych. Prawa pochodne są bardziej operatywne i można je stosować przed sądem łatwiej aniżeli wolność, równość lub inne prawa mające charakter zasad prawa.

Niedookreślony charakter praw podstawowych (z każdej generacji) można, moim zdaniem, porównać do statusu, jaki mają, na gruncie teorii prawa, konstytucyjne zasady prawa. Są one ogólnymi normami o znaczeniu dyrektywalnym. Wobec tego prawa pochodne, jako ukonkretnienie praw podstawowych, byłyby bliższe regułom prawa ale jako pochodne od praw podstawowych miałyby status praw konstytucyjnych.

Przypuszczalnie nie da się w pełni rozwickłać relacji prawa podstawowe – prawa pochodne. Rozważanie tej kwestii przypomina nieco znany dylemat, co było pierwsze: jajko czy kura. Przykładowo, jak rozstrzygnąć, czy prawo do ochrony przed atakami stalkera stanowi „odprysk” prawa do nietykalności osobistej, czy prawa do prywatności, czy odwrotnie – prawa te formują się na tle konkretnych naruszeń nietykalności osoby ludzkiej? Jednakże klucz do porządkowania praw pochodnych znajduje się w samej konstytucji.

Reasumując, uważam, że prawa cyfrowe jako prawa „pochodne” wyrastają z praw podstawowych i niejako wypełniają „luki”, które pojawiają się w prawach podstawowych w związku z rozwojem cywilizacyjnym. Prawa „pochodne” dookreślają prawa podstawowe i są one „nadbudowane” nad nimi.

Należy zgodzić się z założeniem, że *digital constitutionalism* wzmacnia wolności i prawa człowieka. Uwaga ta wydaje się wręcz banalna. Prawa podstawowe, oparte na wymianie informacji, takie jak wolność wypowiedzi, wolność religii, wolność zgromadzeń lub wolność prowadzenia działalności gospodarczej, uległy wzmocnieniu⁶. W dużym stopniu nastąpiło to

⁶ Por. E. Celeste, *Digital Constitutionalism...*, s. 80.

poprzez „ukonkretnienie” praw podstawowych. Wzrosło jednak także niebezpieczeństwo związane z nadużywaniem tych wolności (np. pojawienie się w sieci „mowy nienawiści”, pornografia dziecięcej, „banowania”, cenzurowania itd.). Wiele zjawisk zachodzących w Internecie ma janusowe oblicze. Znaczący jest tu problem anonimowości w sieci: ułatwia ona wypowiedzanie się, ale z tej wolności korzysta także hejter. Stąd ochrona praw człowieka w świecie cyfrowym jest nie mniej pilna jak kwestia ochrony praw „tradycyjnych”. Jak wspomniałem, w Internecie można powiedzieć więcej niż w zwykłych środkach komunikowania się, albowiem pozostajemy w nim anonimowi. Natomiast w miejscu pracy lub w pubie możemy „mówić mniej”. Tym bardziej więc wolność słowa w Internecie wymaga ochrony.

96

4. Cyfrowy konstytucjonalizm wiąże się z kwestią horyzontalnego działania przepisów Konstytucji RP o prawach człowieka. W Europie problem skutku horyzontalnego jest dyskutowany przynajmniej od lat 50. ubiegłego wieku, czego wynikiem są koncepcje horyzontalnego (pośredniego) działania przepisów konstytucji o prawach człowieka (silnego lub słabego). Moim zdaniem prawa cyfrowe człowieka i obywatela, a szerzej *digital constitutionalism* stanowią „wodę na młyn” dla wspomnianej koncepcji działania przepisów konstytucji. Jest tak dlatego, że podmioty typu Google lub Facebook są podmiotami prywatnymi (spółkami prawa prywatnego), które uczestniczą w stosunkach regulowanych przez władzę publiczną z innymi podmiotami prawa. „Społeczeństwo informatyczne” składa się głównie z podmiotów prywatnych (taka jest jego natura). Prawo w świecie cyfrowym kształtuje się w ten sposób, że same podmioty prawa prywatnego ustalają reguły swojego działania. Nie możemy twierdzić, że w Internecie „prawa nie ma”, że są to niejako „dzikie pola” wyjęte spod reguł prawa. W przestrzeni tej ma miejsce oddolne ustalanie reguł prawa. Na przykład Mark Zuckerberg określa reguły korzystania z Facebooka na podstawie milionów ankiet wypełnianych przez użytkowników tego medium. Dlatego istotny jest wpływ władzy publicznej na przepisy prawa prywatnego, które są stosowane w obrocie prawnym. Prawo konstytucyjne, poprzez swoje zasady i wartości, może wpływać na funkcjonowanie świata cyfrowego. Wielka sfera naszego życia, jaką jest *digital space*, nie może więc pozostać poza oddziaływaniem przepisów konstytucji, choć prawodawca musi tu liczyć się z „oddolnym” budowaniem reguł w tej przestrzeni przez podmioty prywatne. Taki kształt tej przestrzeni otwiera możliwość horyzontalnego stosowania przepisów konstytucji o prawach człowieka.

5. Trybunał Konstytucyjny przed 2016 r. miał możliwość odczuć przedsmak problemów jakie są typowe dla świata cyfrowego. W wyroku z dnia 30 lipca 2014 r. o sygn. akt K 23/11, dotyczącym konstytucyjności przepro-

wadzania tzw. kontroli operacyjnej ze strony służb specjalnych⁷, wypowiedział się o autonomii informacyjnej jednostki oraz o ochronie prawa do prywatności. Nie ma potrzeby przedstawiania tu całego orzeczenia, natomiast warto zwrócić uwagę na cztery kwestie.

Po pierwsze, tworzenie zbiorów danych o osobach poddanych kontroli pozostaje w konflikcie z zasadą autonomii informacyjnej jednostki i jej prawem do ochrony życia prywatnego⁸. Prewencyjne przechowywanie danych telekomunikacyjnych (tzw. danych o ruchu i lokalizacji) ma „dalekosiężne i dotkliwe skutki” dla praw jednostki. „Świadomość istnienia rejestrów, w których gromadzone są choćby tylko dane o ruchu i lokalizacji użytkowników korzystających z sieci teleinformatycznych, samo w sobie narusza prawa podstawowe. Stwarza bowiem wrażenie znajdowania się pod nieustannym nadzorem”⁹.

Po drugie, gromadzenie i przechowywanie danych w rozmaitych zautomatyzowanych bazach rodzi jeszcze inne zagrożenie konstytucyjnych wolności i praw, jakim jest niebezpieczeństwo wycieku informacji wywołane przez zachowania podmiotów odpowiedzialnych za ich gromadzenie i ograniczonymi możliwościami zabezpieczeń technicznych. W sytuacji gdy dane są zatrzymywane i przechowywane w bazach administrowanych przez prywatnych dostawców usług telekomunikacyjnych (a zatem podmiotów funkcjonujących w warunkach rynkowej presji kosztów), znacząco rośnie ryzyko niedostatecznego zabezpieczenia ich przed nieuprawnionym dostępem osób trzecich¹⁰.

Po trzecie, konstytucyjne prawo do ochrony prywatności ma „szczególny charakter w systemie wolności i praw konstytucyjnych”, gdyż jest „zakotwiczone” w godności człowieka. Świadczy o tym art. 233 ust. 1 Konstytucji, który jednoznacznie zawęża swobodę ustawodawcy w zakresie ograniczania tego prawa (nawet w stanie wojennym i wyjątkowym). Ranga tego prawa wśród konstytucyjnie gwarantowanych praw i wolności jest wyjątkowa, choć nie jest to prawo absolutne. Z takiego punktu widzenia TK oceniał regulacje oceniające wyjątki od chronionej prywatności¹¹.

Po czwarte, pozyskiwania informacji o życiu prywatnym jednostek przez organy władzy publicznej, w szczególności w niejawnym sposobie, musi być ograniczone do koniecznych sytuacji, dopuszczalnych w demokratycznym państwie wyłącznie dla ochrony konstytucyjnie uznanych wartości i zgodnie z zasadą proporcjonalności. Warunki gromadzenia

⁷ Por. wyrok TK z 30.07.2014 r., OTK ZU 2014, nr 7A, poz. 80.

⁸ Por. pkt 1.11 uzasadnienia.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Por. wyrok TK z 20.03.2006 r., K 17/05, OTK ZU nr 3 A, 2006, poz. 30 (pkt. III. 3 uzasadnienia).

i przetwarzania tych danych przez władze publiczne muszą być unormowane w ustawie w sposób wykluczający arbitralność i dowolność ich stosowania¹².

Cyfrowy konstytucjonalizm wydaje się nie tyle „atrakcyjnym pojęciem” związanym z rozwojem technologii cyfrowych, ile jest jednym z nurtów kształtowania się współczesnego prawa konstytucyjnego. Jest oczywiste, że będzie miał coraz większe znaczenie, gdyż zapewnienie ochrony naszych wolności i praw było i jest głównym celem prawa konstytucyjnego.

¹² Por. wyrok TK z 30.07.2014 r., OTK ZU 2014, nr 7A, poz. 80 (pkt 1.12 uzasadnienia).