



Warszawa, 03-04-2025 r.

RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Marcin Wiącek

VII.716.1.2025.AK/MC

Pan

Dariusz Standerski

Sekretarz Stanu

w Ministerstwie Cyfryzacji

ePUAP

Szanowny Panie Ministrze,

w związku z trwającymi pracami nad projektem ustawy o ochronie małoletnich przed dostępem do treści szkodliwych w Internecie (druk sejmowy nr UD179; dalej: projekt ustawy), uprzejmie przedstawiam stanowisko dotyczące projektowanych zmian.

Projekt ustawy wprowadza obowiązki dla usługodawców internetowych w zakresie ochrony małoletnich przed treściami szkodliwymi, w tym pornograficznymi.

Usługodawcy świadczący usługi drogą elektroniczną (dalej: usługodawcy) będą zobowiązani do przeprowadzania i dokumentowania analizy ryzyka pod względem prawdopodobieństwa dostępu małoletnich do treści szkodliwych (art. 3 projektu ustawy), jak również do wprowadzenia i stosowania mechanizmu weryfikacji wieku przy dostępie do treści pornograficznych (art. 4 projektu ustawy). Weryfikacja wieku nie będzie mogła opierać się na deklaracji użytkownika ani metodach biometrycznych. Wprowadzony zostanie także rejestr nazw domen naruszających wymogi weryfikacji

wieku (art. 6 projektu ustawy) oraz procedura sprzeciwu wobec wpisu do tego rejestru (art. 12-13 projektu ustawy).

W ujęciu normatywnym **pierwszy** ze wskazanych **obowiązków** dotyczy zatem **usługodawcy świadczącego usługi drogą elektroniczną, z wyłączeniem usługodawcy oferującego dostęp do treści pornograficznych** (art. 3 ust. 1 projektu ustawy – dalej: usługodawca oferujący dostęp do innych treści szkodliwych, niż treści pornograficzne). **Drugi obowiązek** dotyczy **usługodawcy oferującego dostęp do treści pornograficznych, który ma stosować weryfikację wieku** uniemożliwiającą dostęp do tych treści przez małoletnich (art. 4 ust. 1 projektu ustawy).

Realizacja obu obowiązków na płaszczyźnie legislacyjnej – niezależnie od wagi oczekiwanych rozwiązań dla ochrony wartości konstytucyjnych, w szczególności zdrowia psychicznego dzieci i młodzieży – budzi pewne wątpliwości z punktu widzenia:

- 1. zasady określoności prawa** (art. 2 Konstytucji RP) – z uwagi m.in. na (1) brak definicji legalnych, jak należy przypuszczać podstawowych dla skonstruowania architektury ochrony małoletnich przed dostępem do treści szkodliwych w Internecie, która miała by być efektywnie nadzorowana w trybie administracyjnym, a więc pojęć takich jak „treści pornograficzne” oraz „treści szkodliwe”; (2) nakładanie na adresatów obowiązku w postaci weryfikacji wieku (art. 4 ust. 1 projektu ustawy), bez precyzyjnego wskazania na zakres podmiotowy i przedmiotowy tego obowiązku, który na dodatek skorelowany został z wysokimi sankcjami (art. 22 ust. 2 i 3 projektu ustawy);
- 2. prawa do prywatności** (art. 47 Konstytucji RP) – z uwagi m.in. na fakt, że weryfikacja wieku oraz konieczność identyfikacji osoby uzyskującej dostęp do określonych treści w Internecie w obecnym kształcie wiąże się z nieproporcjonalną ingerencją w życie prywatne tej osoby. Weryfikowanie wieku użytkowników, o ile będzie wiązało się z przetwarzaniem ich danych osobowych, może oznaczać przetwarzanie szczególnych kategorii danych, o których mowa w art. 9 ust. 1

rozporządzenia 2016/679¹, tj. dotyczących seksualności lub orientacji seksualnej osoby. Przewidziane w projekcie rozwiązania regulują wskazaną materię w sposób, który nie odpowiada wymogom z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz w sposób niezgodny z zasadami wynikającymi z RODO, dotyczącymi m.in. zgodności z prawem, rzetelności i przejrzystości, oraz z zasadą minimalizacji;

3. wolności słowa oraz komunikacji (art. 54 Konstytucji RP) – z uwag m.in. na to, że prawo dostępu do rozpowszechnianych w Internecie treści mieści się w zakresie tego pojęcia, natomiast przewidziane w projekcie rozwiązania regulują wskazaną materię w sposób, który nie odpowiada wymogom z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP;

4. wolności działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji RP) – z uwagi m.in. na to, że proponowany w projekcie ustawy sposób uregulowania nakładania obowiązków na usługodawców (w postaci „weryfikacji wieku” albo „analizy ryzyka”) cechuje się brakiem przejrzystości w ograniczaniu tej wolności poprzez nakładanie na usługodawców obowiązków w formie zaleceń, w których określone zostaną szczegółowe warunki wykonania tych obowiązków, a których wydawanie powierza się ministrowi właściwemu ds. informatyzacji w drodze ich publikacji w Biuletynie Informacji Publicznej (dalej: BIP) resortu cyfryzacji (art. 5 projektu ustawy).

Ograniczenia wolności i praw jednostek powinny wynikać z aktu rangi ustawy, co oznacza, że nie jest możliwa ich regulacja w akcie niższego rzędu np. rozporządzeniu, a w szczególności w inny sposób – np. w formie zaleceń publikowanych na stronie BIP danego resortu, jak ma to miejsce w przypadku projektowanych rozwiązań.

Z tych przyczyn, przedstawiając opinię do projektu ustawy, postanowiłem wskazać na zasadnicze problemy i ryzyka, jakie przede wszystkim rodzi naruszenie zasady określoności prawa, nie pozostające bez uszczerbku dla innych zasad, praw i wolności konstytucyjnych.

¹ Rozporządzenie 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 (Dz. Urz. UE L 119 z 04.05.2016, str. 1 ze zm., dalej: RODO).

I. Problem braku jasnego określenia zakresu podmiotowego projektu ustawy

Intencją projektodawcy jest objęcie regulacją „wszelkich usługodawców świadczących usługi drogą elektroniczną”. Rozwiązanie takie rodzi wątpliwości co do zgodności tak szerokiego zakresu podmiotowego z Konstytucją RP. Kluczowym wyzwaniem dla projektodawcy pozostaje zatem ustalenie, czy szeroki zakres podmiotowy projektu ustawy, obejmujący „wszelkich usługodawców świadczących usługi drogą elektroniczną”, jest zgodny z zasadą określoności prawa (art. 2 Konstytucji RP) oraz z zasadą proporcjonalności w zakresie ograniczeń wolności wypowiedzi (art. 54 Konstytucji RP).

Szerokie sformułowanie zakresu podmiotowego ustawy może bowiem m.in. prowadzić do objęcia regulacją podmiotów, których działalność nie jest bezpośrednio związana z udostępnianiem treści pornograficznych – np. strony internetowe, na których tego typu treści pojawiają się incydentalnie i mają charakter edukacyjny. Takie działanie budzi wątpliwości z punktu widzenia zasady proporcjonalności, która wymaga, aby ograniczenia wolności wypowiedzi były niezbędne w demokratycznym społeczeństwie i proporcjonalne do zamierzonego celu.

II. Ryzyka wynikające z braku definicji legalnej pojęcia „treści pornograficzne”

W opinii z dnia 7 lipca 2023 r.² dotyczącej projektu ustawy o ochronie małoletnich przed dostępem do treści nieodpowiednich w Internecie (druk sejmowy nr 3282), wyraziłem pogląd, że **przedsiębiorca nie powinien prowadzić działalności w niepewności co do tego, czy ustalony przez niego zakres znaczeniowy pojęcia „treści pornograficznych”, będącego podstawą nałożonego na niego obowiązku, będzie zbieżny z przyjętym w późniejszym czasie w toku kontroli rozumieniem**

² https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/2023-07/Do_Sejmu_internet_pornografia_ograniczenia_7.07.2023.pdf, dost.18.03.2025 r.

tego pojęcia przez organ administracji. Tym samym, w zakresie w jakim projektowana wówczas regulacja przerzucała na przedsiębiorcę ustalanie zakresu znaczeniowego pojęcia „treści pornograficzne” w kontekście wykonania określonego (zbliżonego, ale nie tożsamego z obecnie projektowanym rozwiązaniem) obowiązku – nie spełniała ona wymogów wynikających z zasady określoności przepisów prawa, mającej swoją podstawę w art. 2 Konstytucji RP.

W projektowanej ustawie próba zdefiniowania pojęcia „treści pornograficznych” znajduje się w uzasadnieniu projektu, natomiast w treści samej ustawy brak jest już jakiegokolwiek konkretyzacji.

Odnosząc się do przyczyny takiego stanu rzeczy, projektodawca wskazuje, że „pojęcie pornografii nie jest tzw. *terminus technicus* jako słowo znane w języku etnicznym. Pojęcie to podlega interpretacji ze względu na swoją niejednoznaczność komunikacyjną wywołaną często subiektywnym postrzeganiem czy określona treść może być zakwalifikowana jako pornografia. Zdefiniowanie pojęcia pornografii nie pozwoliłoby na uwzględnienie dynamicznie zmieniających się w czasie ocen społecznych”³. Zdaniem projektodawcy umieszczenie w ustawie precyzyjnej definicji odznaczałoby się „zwodniczą użytecznością”, a „ocennego z natury charakteru nie da się zamknąć w sztywny gorset definicji ustawowej”⁴.

Tymczasem, zgodnie z § 146 ust. 1 ZTP⁵, będącym punktem wyjścia dla formułowania wszelkich aktów prawnych, które mają być przygotowywane w ukierunkowaniu na spójność i kompletność systemu prawa, oraz przejrzystość tekstów normatywnych

³ Zob. uzasadnienie projektu ustawy, s.19-21.

⁴ Op. cit. Jednocześnie definicji „treści pornograficznych” Konwencji Rady Europy, do której nawiązuje projekt obywatelski, projektodawcy zarzucają, że „nie zawiera celu, jakim jest wywołanie podniecenia seksualnego”, mimo że w praktyce pornograficzny charakter dana treść może przecież posiadać nawet pomimo woli twórcy tej treści zob. <https://orka.sejm.gov.pl/Druki10ka.nsf/0/6AB76D7B388980D0C1258C2800343FEE/%24File/1006.pdf>, dost. 18.03.2025 r.

⁵ Obwieszczenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 29 lutego 2016 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. 2016 poz. 283, powołane jako: ZTP).

aktów prawnych z uwzględnieniem dorobku nauki i doświadczeń praktyki⁶ – w ustawie lub innym akcie normatywnym formułuje się definicję danego określenia, jeżeli: 1) **dane określenie jest wieloznaczne**; 2) **dane określenie jest nieostre, a jest pożądane ograniczenie jego nieostrości**; 3) znaczenie danego określenia nie jest powszechnie zrozumiałe; 4) ze względu na dziedzinę regulowanych spraw istnieje potrzeba ustalenia nowego znaczenia danego określenia.

Z tej perspektywy teza projektodawców, że jakoby definicja ustawowa miałaby być z samej swojej istoty „dysfunkcyjna”, a wystarczającymi narzędziami pozwalającymi na definiowanie „treści pornograficznych” każdorazowo były doktryna i orzecznictwo – nie wydaje się przekonująca, w szczególności z punktu widzenia potencjalnego ograniczenia ochrony wolności wypowiedzi w internecie na skutek jej wprowadzania do systemu prawa oraz z punktu widzenia braku przejrzystości terminologii w kontekście związanym z obowiązkami nakładanymi na usługodawców.

Odwołanie się do analogii polegającej na braku definicji legalnej „treści pornograficznych” w prawie karnym nie może zostać uznane za przekonujące z kilku względów.

Po pierwsze, prawo karne, do którego odwołują się projektodawcy, uzasadniając brak w projekcie pojęć treści pornograficznych, ma zupełnie odmienny charakter od postępowania przewidzianego w projekcie ustawy, które ma charakter administracyjny i w którym Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: Prezes UKE) sprawuje funkcję meta-nadzorcy.

Po drugie, postępowanie karne, z uwagi na swój charakter, obejmuje badanie strony podmiotowej czynu (zamiaru, zawinienia). Tymczasem, analizowany projekt ustawy nie wprowadza regulacji z zakresu prawa karnego, lecz ustanawia procedurę administracyjną. Istotą projektowanych regulacji nie jest karanie za popełnione przestępstwa, lecz zapobieganie rozpowszechnianiu treści szkodliwych dla

⁶ Zob. art. 14 ust. 5 ustawy z dnia 8 sierpnia 1996 r. o Radzie Ministrów (Dz. U. z 2024 r. poz. 1050 ze zm.).

małoletnich przez nakłonienie usługodawców do przestrzegania obowiązków w zakresie ochrony dzieci, administrowanie tak skonstruowanym systemem oraz zarządzanie zidentyfikowanymi ryzykami. Odpowiedzialność za naruszenie projektowanych przepisów ma zatem charakter obiektywny i administracyjny – do nałożenia sankcji wystarcza samo naruszenie przepisów, bez względu na winę usługodawcy.

Po trzecie, kompetentnym do prowadzenia postępowania w sprawach naruszenia projektowanych przepisów jest Prezes UAE, a nie organy ścigania i sądy, tak jak w przypadku postępowania karnego.

Zgodnie z projektem ustawy, Prezes UAE weryfikuje informacje zawarte w zgłoszeniu wskazującym, że nazwa domeny umożliwia dostęp do treści pornograficznych bez uprzedniej weryfikacji wieku (art. 8 ust. 1 projektu ustawy). Prezes UAE, z urzędu albo po zweryfikowaniu informacji zawartych w zgłoszeniu, dokonuje zgłoszenia do NASK w celu wprowadzenia danej domeny do rejestru domen umożliwiających dostęp do treści pornograficznych bez uprzedniej weryfikacji wieku.

W świetle powyższego należy zauważyć, że w odniesieniu do „treści pornograficznych”, **art. 8 projektu ustawy nie określa, w jaki sposób Prezes UAE weryfikuje informacje, jakie czynniki bierze pod uwagę. Tym samym Prezesowi UAE pozostawiono szeroki zakres uznaniowości w zakresie przeprowadzania kontroli i nakładania kar**⁷. Prezes UAE ma zatem samodzielnie ustalać zakres znaczenia pojęcia „treści pornograficzne” w toku weryfikacji informacji zawartych w zgłoszeniu (art. 8 ust. 1 projektu ustawy), jak również pojęcia „treści szkodliwe” w toku kontroli i ewentualnego nałożenia kary (art. 15 ust. 1 projektu ustawy w zw. z art. 20 ust. 1 pkt 1, art. 20 ust. 2 pkt 1 oraz art. 22 ust. 2 i 3 projektu ustawy).

⁷ Projekt przewiduje kary m.in. za:

- a) niewypełnienie obowiązku weryfikacji wieku;
- b) niewypełnianie albo nienależyte wypełnianie przez usługodawcę obowiązku przeprowadzenia analizy ryzyka (art. 21 pkt 1 lit. a i b projektu ustawy).

Tymczasem w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego⁸ wskazuje się, że **konieczność określoności przepisów prawa w największym stopniu dotyczy przepisów nakładających określone obowiązki lub sankcje**. Konsekwencją naruszenia projektowanych przepisów będą sankcje administracyjne o charakterze prewencyjnym i porządkującym. Katalog sankcji obejmuje kary pieniężne, nakazy usunięcia nieprawidłowości, a w skrajnych przypadkach wpis do rejestru domen naruszających przepisy, a tym samym wykluczenie z rynku. Od decyzji Prezesa UKE przysługuje skarga do sądu administracyjnego (art. 20 ust. 7 projektu ustawy).

W przypadku postępowania administracyjnego o charakterze nadzorczym, z jakim mamy do czynienia w opisanym przypadku, im większa określoność przepisów prawa regulujących przedmiot i podmiot tego postępowania, a w szczególności obowiązki nakładane na adresatów norm, których wykonywanie jest kontrolowane przez organ administracji, to tym większa jest gwarancja zabezpieczenia podstawowych praw i wolności adresatów norm prawnych. W tego typu postępowaniu (opartym o model kierowniczego typu stosowania prawa), podmiot stosujący prawo dokonując ustalenia stanu prawnego, w tym określając, jaka norma obowiązuje (decyzja walidacyjna) oraz w znaczeniu dostatecznie określonym dla potrzeb rozstrzygnięcia (decyzja interpretacyjna), a następnie dokonując subsumpcji faktu uznanego za udowodniony pod stosowną normę prawną (uznając, że określone składniki stanu faktycznego mieszczą się albo nie mieszczą się w elementach składowych normy prawnej) – powinien działać na podstawie szczegółowo określonych kompetencji i w jej granicach, co będzie trudne w sytuacji braku podstawowych pojęć definicyjnych w projekcie ustawy i może być obarczone wadą wysokiej niestabilności i nieporównywalności wydawanych rozstrzygnięć.

Pewnym sposobem na ograniczenie dyskrecjonalności Prezesa UKE w omawianym względzie mogłoby być dodanie przesłanki kwalifikacyjnej „istotnej części” w odniesieniu do „treści pornograficznych”. Pozwoliłoby to w bardziej jednoznaczny

⁸ Zob. np. wyrok TK z dnia 19 czerwca 2018 r. (sygn. SK 19/17).

sposób obciążyć nowymi obowiązkami ustawowymi wyłącznie tych usługodawców internetowych, na których stronach treści pornograficzne pojawiają się domyślnie, a nie incydentalnie (zwłaszcza w sposób sprzeczny z regulaminami tych stron). Wówczas Prezes UKE mógłby np. dokonywać badania w powyższym zakresie, czyli weryfikować, czy treści pornograficzne pojawiają się na stronie usługodawcy oferującego dostęp do treści pornograficznych domyślnie, czy incydentalnie⁹. **Jest to szczególnie istotne w przypadku treści edukacyjnych, które ze względu na swój charakter mogą być błędnie określane jako pornograficzne**¹⁰.

Powyższa uwaga nie zmienia tezy o konieczności wprowadzenia do projektu pojęć „treści pornograficznych” i „treści szkodliwych”. Błędne jest bowiem przekonanie wyrażone w uzasadnieniu projektu ustawy, w którym powołano się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie¹¹, zmierzając do wykazania, że „ostateczna decyzja co do identyfikacji i wskazania desygnatów tych pojęć należeć będzie do podmiotu oceniającego, w szczególności do sądu. Dlatego też każda definicja pornografii, czy też próba jej skonstruowania musi być traktowana nie jako uniwersalny i zobiektywizowany wzorzec, ale jedynie jako narzędzie wspomagające w procesie dokonywania ocen”.

Raz jeszcze podkreślenia wymaga w tym miejscu, że **w przypadku administracyjnego (kierowniczego) modelu stosowania prawa** (w odróżnieniu od modelu sądowego stosowania prawa) **im większa określoność definicyjna, tym mniejsza dyskrecjonalność organu administracji publicznej (Prezesa UKE) i tym pełniejszy zakres oraz głębokość kontroli sądowej wydawanych rozstrzygnięć**. W przypadku braku definicji podstawowych pojęć: „treści pornograficzne” oraz „treści

⁹ Propozycja Fundacji Instytut na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris - Uwagi z konsultacji publicznych projektu ustawy o ochronie małoletnich przed dostępem do treści nieodpowiednich w internecie (UD451), <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/DFD0223E5B48AABAC12589B9003AA2D3/%24File/3282.pdf>, strony 83-84 oraz https://ordoiuris.pl/rodzina-i-malzenstwo/porownanie-projektow-ustaw-o-ochronie-maloletnich-przed-pornografia-w-internecie#_ftn21m, dost. 21.03.2025 r.

¹⁰ Tego typu uwagi padły podczas wysłuchania publicznego w Ministerstwie Cyfryzacji w dniu 12.03.2025 r. ze strony przedstawicieli fundacji Panoptykon oraz Wikimedia Polska.

¹¹ Wyrok niepublikowany: sygn. akt. XX GC 1052/14.

szkodliwe” – wysoka swoboda decyzyjna (uznaniowość) Prezesa UKE może prowadzić do braku rzeczywistej i pełnej kontroli sądowej w postępowaniu przed sądem administracyjnym. Tymczasem – z uwagi na zakres kompetencji sądów administracyjnych – zakres tej kontroli oraz jej głębokość, nawet w pełnej procedurze administracyjnej czy podatkowej, jest dalece ograniczony dowodowo. Przypomnienia wymaga w tym kontekście, że decyzje wydane w toku postępowania administracyjnego nie mogą bowiem podlegać kontroli pozornej, „wydrążonej z treści”, w wadliwie przeprowadzonym postępowaniu administracyjnym (uchwała NSA z 12 marca 2001 r. w sprawie OPS 14/00).

III. Problemy braku określenia podstawowych elementów dotyczących sposobu przeprowadzania „weryfikacji wieku” przez usługodawcę

Zgodnie z art. 2 pkt 6 projektu ustawy „weryfikacja wieku” została określona jako „mechanizm mający na celu ustalenie pełnoletności usługobiorców, z wyłączeniem metod biometrycznych i samodzielnej deklaracji wieku”. Projektodawca ograniczył się do określenia w sposób negatywny definicji „weryfikacji wieku”, wykluczając, że nie może ono obejmować metod biometrycznych i samodzielnej deklaracji wieku. Tym samym określił przedmiot wszystkich potencjalnych mechanizmów weryfikacji wieku w sposób (w przeważającej mierze) blankietowy i zbiorczy. **Lakoniczne brzmienie tego przepisu nie zawiera elementów określających, w jaki sposób ma nastąpić stosowanie przez usługodawcę oferującego dostęp do treści pornograficznych mechanizmu weryfikacji wieku**, czyli wykonanie wskazanego obowiązku przez jego adresata.

Na podstawie tak skonstruowanej definicji mechanizmu weryfikacji wieku trudno jest określić, na czym w istocie polegać ma ten mechanizm, jak ma on funkcjonować w praktyce oraz jakie warunki powinien spełniać. Tym samym projektodawca nakłada na usługodawców zadania niezbędne dla realizacji celu

ustawy, nie określając podstawowych elementów koniecznych do ustalenia zakresu obowiązków na nich ciążących, z którymi wiąże system kontroli i kary finansowe za błędne ich wykonanie. Takie rozwiązania naruszają zasadę określoności prawa.

Po pierwsze, wymaganie określoności przepisów prawa odnosi się przede wszystkim do relacji między państwem a innymi podmiotami, które będąc adresatami danej regulacji, mają prawo oczekiwać, że będzie ona czytelna i przejrzysta¹².

Po drugie, wywodzona z zasady demokratycznego państwa prawnego zasada wyłączności ustawy zakłada monopol parlamentu w regulowaniu spraw istotnych społecznie, do jakich zaliczyć należy wskazane konstytucyjne wartości, ograniczane projektowanym rozwiązaniem weryfikacji wieku¹³. Ustawa powinna wyczerpująco regulować daną dziedzinę spraw, nie pozostawiając poza zakresem swego unormowania jej istotnych fragmentów.

Tymczasem zgodnie z projektem ustawy minister właściwy do spraw informatyzacji będzie wydawał, w porozumieniu z Prezesem UAE, i publikował BIP na swojej stronie podmiotowej zalecenia w zakresie analizy ryzyka, a także zalecenia określające warunki, jakim odpowiadać mają mechanizmy weryfikacji wieku – przy uwzględnieniu skuteczności mechanizmów, możliwości technicznych dostawców, jak i potrzeby zapewnienia ochrony danych osobowych.

Zalecenia te w szczególności mogą obejmować kryteria, które usługodawcy powinni spełnić przy projektowaniu lub wdrażaniu weryfikacji wieku, aby zapewnić jej wysoką skuteczność oraz zasady, które usługodawcy powinni wziąć pod uwagę, aby zapewnić, że proces weryfikacji wieku jest łatwy w użyciu i nie uniemożliwia osobom dorosłym dostępu do legalnych treści, jak również **przykłady okoliczności, w których można uznać, że usługodawca nie wypełnił obowiązków związanych z weryfikacją wieku.**

¹² Zob. wyrok TK z dnia 31 marca 2005 r., sygn. akt SK 26/02 (OTK ZU 3/A/2005, poz. 29).

¹³ Takie stanowisko zajmował Trybunał Konstytucyjny od najwcześniejszych orzeczeń – zob. orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1986 r. (U 1/86).

Wskazane w projektowanym art. 5 zalecenia nie będą miały charakteru wiążącego, ale będą stanowić wskazówkę odnośnie do stosowanych mechanizmów. W uzasadnieniu projektu ustawy znaleźć można również informację o tym, że: „[w]skazówką odnośnie do definiowania skutecznych mechanizmów weryfikacji wieku i sporządzenia wytycznych mogą być wytyczne brytyjskiego organu regulacyjnego Ofcom¹⁴ (...)”. Ponadto, w uzasadnieniu znaleźć można również stwierdzenie, że: „[n]iniejszy projekt ustawy opiera się na pewnych metodach weryfikacji wieku, które pozwolą na stwierdzenie pełnoletności”.

Jednocześnie z analizy samego projektu nie wynika wprost, jakie metody weryfikacji wieku mają stosować usługodawcy, na których nałożony zostanie ten obowiązek. Tym bardziej nie można zatem w uzasadniony sposób postulować czy domniemywać, że są to metody pewne¹⁵. Co więcej, w uzasadnieniu do projektu ustawy brak informacji dotyczącej tego, dlaczego projektodawca postanowił uregulować szczegółowe warunki odnoszące się do mechanizmu weryfikacji wieku oraz analizy ryzyka w formie zaleceń

¹⁴ Obejmują one m.in.:

- a) potwierdzenie ukończenia 18 roku życia za pośrednictwem otwartej bankowości; pełna data urodzenia nie powinna zostać udostępniona;
- b) dopasowanie identyfikacji zdjęcia – użytkownicy mogą przesłać dokument tożsamości ze zdjęciem, taki jak prawo jazdy lub paszport, który jest następnie porównywany ze zdjęciem użytkownika w momencie przesyłania, aby zweryfikować, czy to ta sama osoba;
- c) biometryczna ocena wieku twarzy – analizowane są cechy twarzy użytkownika w celu oszacowania jego wieku;
- d) weryfikację wieku przez operatorów sieci komórkowych;
- e) weryfikacja przy wykorzystaniu kart kredytowych;
- f) portfele tożsamości cyfrowej.

¹⁵ Z analizy uzasadnienia wynika, że prawdopodobnie projektodawca zakłada, iż pewną metodą weryfikacji wieku będzie w przyszłości EU Digital Identity Wallet, nad powstaniem którego trwają obecnie prace na poziomie Unii Europejskiej. Jednakże przyszłego zdarzenia nie można uznać za uregulowania odpowiadającego warunkom ograniczania wolności i praw jednostki.

publikowanych na stronie podmiotowej BIP resortu cyfryzacji oraz dlatego upoważnienie ustawowe odsyłające do uregulowania tych kwestii są nieprecyzyjne¹⁶.

Podniesione wątpliwości prowadzą do wniosku, że wskazane w uzasadnieniu do art. 5 projektu ustawy **podstawowe elementy odnoszące się do sposobu określenia mechanizmu weryfikacji wieku powinny znaleźć się w projekcie ustawy, ponieważ regulują obowiązki usługodawców oraz ograniczenia prawa do prywatności usługobiorców, a tym samym stanowią materię ustawową.**

Dla uzasadnienia tej tezy warto przywołać wyrok TK z dnia 19 czerwca 2018 r. (sygn. SK 19/17), w którym przesądzono, że: „[s]koro ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności mogą być ustanawiane «tylko» w ustawie, to kryje się w tym nakaz kompletności unormowania ustawowego, które musi samodzielnie określać wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danego prawa i wolności, tak aby już na podstawie lektury przepisów ustawy można było wyznaczyć kompletny zarys (kontur) tego ograniczenia. Niedopuszczalne jest natomiast przyjmowanie w ustawie uregulowań blankietowych, pozostawiających organom władzy wykonawczej (...) swobodę normowania ostatecznego kształtu owych ograniczeń, a w szczególności i wyznaczania zakresu tych ograniczeń”¹⁷.

Warto również wskazać na wyrok TK z dnia 18 grudnia 2014 r. (sygn. K 33/13) dotyczący tworzenia rejestrów medycznych w drodze rozporządzenia. Trybunał wskazał w nim m.in. że: „sprawy istotne, które muszą zostać uregulowane w ustawie, obejmują w szczególności warunki dopuszczalności przetwarzania danych osobowych. Ustawa powinna określać w sposób szczególnie precyzyjny warunki przetwarzania danych dotyczących sfery intymności jednostki”.

¹⁶ Zgodnie z § 65 ZTP, zakres spraw przekazywanych do uregulowania w rozporządzeniu określa się w sposób precyzyjny. Określenie tych spraw nie może być ogólne, w szczególności przez posłużenie się zwrotem: „... określi szczegółowe zasady ...”. Stopień szczegółowości wytycznych powinien być dostosowany do rodzaju spraw przekazywanych do uregulowania w rozporządzeniu; wytyczne powinny być bardziej szczegółowe, gdy przekazywane sprawy dotyczą sytuacji prawnej obywateli (§ 66 ust. 2 ZTP) - z taką sytuacją niewątpliwie mamy do czynienia w przypadku nakładania obowiązków na przedsiębiorców przy jednoczesnym ograniczeniu prawa do prywatności usługobiorców.

¹⁷ Zob. również wyroki TK z 12 stycznia 2000 r., sygn. P 11/98, i z 6 czerwca 2018 r., sygn. K 53/16.

Na tle powołanego orzeczenia za niedopuszczalne uznać należy ponadto dowolne określenie w rozporządzeniu zakresu danych, które mogą być przetwarzane bez podstawy ustawowej. Ustawodawca może bowiem przekazać do unormowania w drodze rozporządzenia niektóre sprawy szczegółowe i techniczne związane z przetwarzaniem danych osobowych – sprawy te nie mogą jednak wyznaczać, w oderwaniu od ustawy, podstawowych elementów określających zakres ingerencji w autonomię informacyjną jednostki. Omawiany sposób nałożenia obowiązku na usługodawców staje się w konsekwencji niewłaściwie ukształtowany z perspektywy ochrony prawa do prywatności (art. 47 oraz art. 51 Konstytucji RP), a to ze względu na brak określenia w projekcie ustawy przesłanek dotyczących sposobu ograniczenia wskazanych wyżej praw i wolności, w tym brak gwarancji ochronnych przed naruszeniem ich istoty, jak również z perspektywy zasady ograniczenia wolności gospodarczej w formie ustawy (art. 22 Konstytucji RP) – w tym wypadku ze względu na nakładanie na usługodawców (przedsiębiorców) licznych obowiązków w drodze wytycznych, które same w sobie budzą dalsze wątpliwości.

IV. Problemy braku określenia w rozporządzeniu środków techniczno-organizacyjnych związanych z obowiązkami nakładanymi na usługodawców

Zgodnie z art. 5 ust. 1 projektu, minister właściwy do spraw informatyzacji określi, w porozumieniu z Prezesem UKE i udostępni w Biuletynie Informacji Publicznej na swojej stronie podmiotowej zalecenia, w których określi szczegółowe warunki, jakie musi spełniać weryfikacja wieku, mając na względzie potrzebę zapewnienia skutecznej ochrony małoletnich przed dostępem do treści pornograficznych, uwzględniając możliwości techniczne usługodawców oraz zapewnienie ochrony danych osobowych. Z kolei zgodnie z art. 5 ust. 2 projektu, minister właściwy do spraw informatyzacji może określić, w porozumieniu z Prezesem UKE, i udostępnić w Biuletynie Informacji Publicznej na swojej stronie podmiotowej zalecenia, w których określi szczegółowe wymagania, jakie musi spełniać analiza ryzyka, o której mowa w art. 3 ust. 1, oraz

sposób dokumentowania i oceny informacji określonych w art. 3 ust. 2, mając na względzie potrzebę zapewnienia skutecznej ochrony małoletnich przed dostępem do treści szkodliwych, uwzględniając możliwości techniczne usługodawców oraz zapewnienie ochrony danych osobowych.

Po pierwsze, projektodawca nie określa katalogu środków technicznych i organizacyjnych, jakie ma stosować usługodawca w celu ograniczenia dostępu do treści pornograficznych w postaci weryfikacji wieku oraz w celu przeprowadzenia i dokumentacji analizy ryzyka związanego z umożliwieniem małoletniemu dostępu do treści szkodliwych w projekcie ustawy, ani w upoważnieniu ustawowym do wydania rozporządzenia. Zamiast tego wskazuje, że środki te „określi” lub „może określić” minister właściwy do spraw informatyzacji i to w drodze zaleceń publikowanych na BIP resortu cyfryzacji, które mają niewiążący charakter, ponieważ – w przeciwieństwie do rozporządzenia – nie należą do katalogu źródeł prawa.

Po drugie, a niezależnie od powyższego, uwagę zwraca wewnętrzna sprzeczność regulacji przewidzianej w art. 5 ust. 1 i ust. 2 projektu ustawy. W omawianym przepisie projektodawca używa sformułowań, że: „weryfikacja wieku” (wskazana w art. 4 ust. 1 projektu ustawy) lub „analiza ryzyka” (art. 3 ust. 1 projektu ustawy) „musi spełniać” szczegółowe warunki lub wymagania, które zostaną określone w przyszłości przez ministra właściwego do spraw informatyzacji.

Przepisy te jednakże nie tylko mają charakter zaleceń niewiążących, ale przede wszystkim mogą, lecz nie muszą, zostać wydane przez ministra właściwego do spraw informatyzacji (art. 5 ust. 1). Rozwiązanie to powoduje zatem rozmycie zakresu przedmiotowego ustawy i wysokie ryzyko wykonania wskazanych obowiązków przez ich adresatów w sposób nieprawidłowy, co może prowadzić do nałożenia na nich sankcji w postaci wysokich kar finansowych (art. 22 ust. 2 i 3 projektu ustawy).

W sytuacji, w której jak wynika to z art. 28 projektu ustawy, projektodawca przewiduje, że usługodawca ma obowiązek sporządzić pierwszą analizę ryzyka, w terminie 6

miesiące od dnia ogłoszenia ustawy – może zdarzyć się tak, że brak będzie nawet metodologii określającej szczegółowe wymagania, w oparciu o które miałyby zostać przeprowadzona analiza ryzyka, nie mówiąc już, że z systemowej perspektywy analizy te powinny spełniać kryteria interoperacyjności.

Biorąc pod uwagę, że niespełnienie obu wskazanych obowiązków może być podstawą nałożenia kary administracyjnej¹⁸, a także usunięcia usługodawcy z rynku na skutek wpisu domeny do rejestru na podstawie zgłoszenia Prezesa UKE, które skutkować będzie obowiązkiem blokady dostępu przez dostawców Internetu (art. 6 projektu ustawy), wątpliwości potęguje fakt, że jego dokładne określenie ma się odbyć poprzez zalecenia wydane w bliżej nieokreślonym terminie – nie w formie powszechnie obowiązującego aktu prawnego, jakim jest rozporządzenie, lecz w formie zaleceń na stronie internetowej.

Należy zauważyć w tym miejscu, że aktualnie dostępne są różne systemy mające na celu monitorowanie zachowań w sieci, których możliwości technologiczne są szerokie i zróżnicowane. **Brak sprecyzowanych kryteriów co do wdrażanych środków może w praktyce prowadzić do ingerencji w sposób nieproporcjonalny w życie prywatne obywateli, a z drugiej strony do ewentualnej nieskuteczności realizacji celów ustawy związanych z ochroną praw osób małoletnich.**

V. Problemy administrowania systemem i zarządzania ryzykiem dostępu małoletnich do treści szkodliwych w sieci

Zgodnie z art. 3 ust. 1 projektu ustawy „usługodawca przeprowadza i dokumentuje analizę ryzyka związanego z umożliwieniem małoletniemu dostępu do treści

¹⁸ Dodatkowych problemów dostarcza przyjęcie przez projektodawcę, że techniczny sposób dokumentowania przeprowadzenia analizy ryzyka nie będzie podlegał karze, lecz kara będzie mogła zostać nałożona w przypadku niewypełnienia lub nienależytego wypełnienia obowiązku przeprowadzenia analizy ryzyka, potwierdzonego w przypadku kontroli ze strony organu nadzorczego – a jednocześnie w żaden sposób nie określa w projekcie ustawy, w jakich sytuacjach należy uznać, że obowiązek ten nie został wypełniony lub został wypełniony w nienależyty sposób.

szkodliwych (dalej: analiza ryzyka), w związku ze świadczeniem przez tego usługodawcę usług drogą elektroniczną”. Przeprowadzając analizę ryzyka usługodawca bierze pod uwagę:

- 1) poziom prawdopodobieństwa wystąpienia treści szkodliwych w usłudze świadczonej drogą elektroniczną;
- 2) bazę usługobiorców usługi świadczonej drogą elektroniczną, z uwzględnieniem prawdopodobieństwa, że znajdują się wśród nich małoletni;
- 3) poziom prawdopodobieństwa uzyskania przez małoletnich dostępu do treści szkodliwych w usłudze świadczonej drogą elektroniczną.

Podstawowe elementy odnośnie do obowiązku przeprowadzania analizy ryzyka przez usługodawcę zostały określone w akcie rangi ustawowej. Jak wskazywałem powyżej, projektodawca nie zdecydował się jednakże na wprowadzenie definicji legalnej „treści szkodliwych”, do których odnosić ma się omawiana tu „analiza ryzyka”, przewidując jednocześnie, że szczegółowe wymagania, jakie spełniać musi owa analiza – może określić (ale nie ma takiego obowiązku) minister właściwy do spraw informatyzacji, w porozumieniu z Presem UKE, i udostępnić w BIP na swojej stronie podmiotowej w formie zaleceń. Z perspektywy celów systemowych, jakie wypełnić ma projektowana ustawa rozwiązanie to wydaje się dalece niewystarczające¹⁹.

Wątpliwości w tym kontekście budzi brak zdefiniowania celów, jakim ma służyć sporządzanie analizy ryzyka, brak zidentyfikowania miejsca tej analizy w architekturze bezpieczeństwa i zarządzania bezpieczeństwem małoletnich w sieci, a wreszcie brak wkomponowania wyników tej analizy, np. w system odpowiedzialności odszkodowawczej za świadczenie usług poniżej progu ryzyka,

¹⁹ Celów, jakim ma służyć sporządzanie analizy ryzyka, a którego prawidłowe zidentyfikowanie i zarządzanie miało jak się zdaje leżeć u podstaw ochrony małoletnich przed dostępem do treści szkodliwych, nie sposób bowiem wyprowadzić ze stwierdzenia zawartego w uzasadnieniu projektu ustawy, w którym wskazano, że: „[c]elem dokumentowania analizy ryzyka jest możliwość należytego wykazania, że analiza została wykonana w oparciu o określone, zgromadzone przez usługodawcę informacje”.

co umożliwić może efektywne administrowanie projektowanym systemem w oparciu o już istniejące środki prawne.

Podkreślić należy, że cele projektu pozostają bezdyskusyjne, gdyż niezbędne jest stworzenie adekwatnych instrumentów prawnych, które będą pozwalały na skuteczne ograniczenie dostępu osób małoletnich do treści szkodliwych w Internecie. Jednak realizacja tego celu wymaga ukształtowania przepisów prawa w sposób zgodny z zasadami poprawnej legislacji, konstytucyjnym systemem źródeł prawa, a także wymogami dopuszczalności wprowadzania ograniczeń wolności i praw człowieka.

Mając na względzie powyższe, przekazuję Panu Ministrowi uwagi do projektu ustawy stosownie do art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2024 r. poz. 1264 ze zm.), z uprzejmą prośbą o ich uwzględnienie w toku dalszych prac legislacyjnych.

Z poważaniem

Marcin Wiącek

Rzecznik Praw Obywatelskich

/-wydano i podpisano elektronicznie/