

Krzysztof Domagała\*

## **Wiadomość tekstowa(sms) i treść e-maila, jako dowód w postępowaniu cywilnym, a obowiązek zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej.**

Wraz z wprowadzaniem do powszechnego użytku nowych systemów łączności teleinformatycznej, powstał zarazem problem ochrony przekazywanych informacji przed dostępem osób nieuprawnionych w zakresie ich treści. Z drugiej strony Państwo musiało sobie zapewnić w szczególnych sytuacjach, w sposób prawem przewidziany, możliwość uzyskiwania określonych informacji w sposób jawny, czy też niejawni dla potrzeb stosownych postępowań prowadzonych na podstawie ustawy, przez jego organy.

W tej sytuacji ustawodawca musiał dokonać pewnego wartościowania norm Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej chroniących odmienne dobra; dobra jednostki rozumianego jako osoby fizycznej, czy też osoby prawnej lub innej jednostki organizacyjnej nie posiadającej takiej osobowości, zaś z drugiej strony dobra rozumianego w kategoriach bezpieczeństwa Państwa oraz jego obywateli.

W związku z tym do określonych ustaw wprowadzono sukcesywnie zapisy umożliwiające odstępnie pod pewnymi warunkami od bezwzględnej ochrony poufności informacji przekazywanych za pośrednictwem systemów łączności teleinformatycznej.

Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U.2004.,Nr 171. poz. 1800, z późn. zm.), (zwanej dalej Prawem telekomunikacyjnym) w art. 1 ust. 1 pkt 2 określiła prawa i obowiązki przedsiębiorców telekomunikacyjnych, zaś w art. 1 ust. 1 pkt 3 prawa i obowiązki użytkowników oraz użytkowników urządzeń radiowych.

W Dziale VII wymienionej ustawy Prawo telekomunikacyjne określone zostały zasady postępowania z tajemnicą telekomunikacyjną i ochroną danych użytkowników końcowych. Art. 159 ust. 1 tejże ustawy określił zakres danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną, rozumianą jako tajemnicę prawnie chronioną. Ową tajemnicą telekomunikacyjną objęto między innymi dane dotyczące użytkownika oraz treści indywidualnych komunikatów. W tym pojęciu mieszczą się krótkie informacje tekstowe tzw. sms-y, jak i informacje przesyłane drogą elektroniczną tzw. e-maile.

Zgodnie z ustawą Prawo telekomunikacyjne zakazane jest zapoznawanie się, utrwalanie, przechowywanie, przekazywanie lub inne wykorzystywanie treści lub danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną przez osoby inne niż nadawca i odbiorca komunikatu, chyba że:

- 1) będzie to przedmiotem usługi lub będzie to niezbędne do jej wykonania;
- 2) nastąpi za zgodą nadawcy lub odbiorcy, których dane te dotyczą;
- 3) dokonanie tych czynności jest niezbędne w celu rejestrowania komunikatów i związanych z nimi danych transmisyjnych, stosowanego w zgodnej z prawem praktyce handlowej dla celów zapewnienia dowodów transakcji handlowej lub celów łączności w działalności handlowej;
- 4) będzie to konieczne z innych powodów przewidzianych ustawą lub przepisami odrębnymi.

Poza wyjątkami określonymi ustawą, ujawnianie lub przetwarzanie treści albo danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną narusza obowiązek zachowania tajemnicy telekomunikacyjnej. Szczególny wyłom od zasady ochrony tajemnicy telekomunikacyjnej wprowadził art. 159 ust. 4. Prawa telekomunikacyjnego stanowiący, że zasad ochrony tajemnicy telekomunikacyjnej nie stosuje się do komunikatów i danych ze swojej istoty jawnych, z przeznaczenia publicznych lub ujawnionych postanowieniem sądu, postanowieniem prokuratora lub na podstawie odrębnych przepisów.

Czyniąc rozważania na gruncie Prawa telekomunikacyjnego, określającego zasady i zakres ochrony tajemnicy telekomunikacyjnej, koniecznym jest odniesienie się do przepisów kodeksu postępowania cywilnego, w zakresie jakim reguluje on postępowanie dowodowe w sprawach cywilnych( w tym np. o rozwód, czy w toku procesów gospodarczych).

Analizując ów problem, należy odnieść się do pojęcia dokumentu rozumianego jako środka dowodowego. Otóż przepis art.244 kodeksu postępowania cywilnego nie definiując pojęcia dokumentu, za dokumenty urzędowe uważa, sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe w zakresie ich działania i stanowią one dowód tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone.

Wprowadzony przez ustawodawcę podział dokumentów na urzędowe (art. 244) i prywatne (art. 245) opiera się na kryterium jego wystawcy i zakresu mocy dowodowej(por. Tadeusz Demendecki, Komentarz aktualizowany do art. 244 kodeksu postępowania cywilnego, stan prawny 23.10.2011 r., podobnie Krzysztof Knoppek Komentarz do art. 244

kodeksu postępowania cywilnego, stan prawny 15.03.2011r.).

Podkreślić należy, że w przeciwieństwie do kodeksu postępowania cywilnego, definicja „dokumentu” zawarta jest w art. 115 § 14 kodeksu karnego, który za który za dokument uważa każdy przedmiot lub inny zapisany nośnik informacji, z którym jest związane określone prawo, albo który ze względu na zawartą w nim treść stanowi dowód prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mającej znaczenie prawne. To pojęcie dokumentu może być wykorzystywane jedynie na płaszczyźnie prawa karnego procesowego i materialnego, nie powinno zaś mieć zastosowania dla definiowania pojęcia dokumentu na gruncie postępowania cywilnego.

Analiza przepisów art. 244 i 245 oraz art. 248 § 1 kodeksu postępowania cywilnego prowadzi do wniosku, że na gruncie praktyki orzeczniczej jawią się problemy związane z ewentualnym wykorzystaniem treści sms i e-mail w postępowaniu dowodowym cywilnym, w tym postępowaniu rozwodowym, czy też gospodarczym itp.

Otóż art. 248 § 1 kodeksu postępowania cywilnego stanowi, że każdy obowiązany jest przedstawić na zarządzenie sądu w oznaczonym terminie i miejscu dokument znajdujący się w jego posiadaniu i stanowiący dowód faktu istotnego dla rozstrzygnięcia sprawy, chyba że dokument zawiera informacje niejawne. Zgodnie z § 2 cytowanego przepisu, od powyższego obowiązku może uchylić się ten, kto co do okoliczności objętych treścią dokumentu mógłby jako świadek odmówić zeznania albo kto posiada dokument w imieniu osoby trzeciej, która mogłaby z takich samych przyczyn sprzeciwić się przedstawieniu dokumentu. Jednakże i wówczas nie można odmówić przedstawienia dokumentu, gdy jego posiadacz lub osoba trzecia obowiązani są do tego względem chociażby jednej ze stron albo gdy dokument wystawiony jest w interesie strony, która żąda przeprowadzenia dowodu. Strona nie może ponadto odmówić przedstawienia dokumentu, jeżeli szkoda, na którą byłaby przez to narażona, polega na przegraniu procesu.

W tej sytuacji uzasadnionym jest poczynienie rozważań, czy treść sms, czy e-maila jest dokumentem w rozumieniu art. 244 lub 245 kodeksu postępowania cywilnego? Podobne pytanie można postawić, gdy chodzi o wykazy połączeń telefonicznych tzw. „bilingi”.

Jak uprzednio wspomniano, wobec braku formalnej definicji dokumentu na gruncie prawa cywilnego (procesowego i materialnego), kwestia ta pozostawiona została w zasadzie doktrynie. Należy zatem przyjąć, że dokumentem w rozumieniu przepisów kodeksu postępowania cywilnego jest każda myśl ludzka wyrażona w formie pisemnej i opatrzona

podpisem wystawcy. Dokument ponadto powinien zostać sporządzony w sposób trwały, nadający się do zwielokrotnienia, do włączenia lub załączenia do akt sądowych i przez to nadający się do przeprowadzenia z niego dowodu (szerzej o pojęciu dokumentu - K. Knoppek, *Dokument w procesie cywilnym*, Poznań 1993, s. 29-35 i Krzysztof Knoppek Komentarz do art.244 Kodeksu postępowania cywilnego, stan prawny 2011.03.15.).

Odnosząc się do zapisów ustawy Prawo telekomunikacyjne, a zwłaszcza do art.159 określającego zakres tajemnicy telekomunikacyjnej, bezspornym jest, że treść sms, i treść e-maili, czy też bilingi stanowią ową tajemnicę prawnie chronioną, a odstępstwa od niej muszą być jasno określone w aktach prawnych ustawowych.

Tak to zostało uczynione w art. 218 § 1 i art. 218a § 1 kodeksu postępowania karnego, w których to przepisach, w sposób nie budzący wątpliwości określone zostały konkretne obowiązki ciążące na urzędach, instytucjach i podmiotach prowadzących działalność telekomunikacyjną, sprowadzające się do niezwłocznego zabezpieczenia, na żądanie sądu lub prokuratora danych zawartych w postanowieniu.

Nieco inne unormowania prawne zamieszczone w kodeksie postępowania cywilnego, w szczególności art. 248 i art. 251, nie mogą być stosowane przez sądy w toku postępowania cywilnego, w celu zobowiązania operatora sieci telekomunikacyjnej do ujawnienia danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną, zgodnie z art. 159 Prawa telekomunikacyjnego.

W przedmiotowej kwestii zarówno w literaturze, jak i orzecznictwie sądów wskazana problematyka, nie jest przedmiotem szczególnego zainteresowania, a z uwagi na jej skąpość, jako wysoce cenne jawi się trafne stanowisko Sądu Apelacyjnego w Białymstoku, który w postanowieniu z dnia 06 kwietnia 2011 r., sygnatura akt I A Cz 279/11 stwierdził, że „ani prawo telekomunikacyjne, ani przepisy Kodeksu postępowania cywilnego nie stwarzają podstawy uzasadniającej wydanie przez sąd w sprawie cywilnej postanowienia dowodowego obligującego operatora do przetworzenia i przekazania temu sądowi danych objętych tajemnicą telekomunikacyjną (orzecznictwo Sądów Apelacji Białostockiej 1/2011 Kwartalnik). W dalszej części rzonego postanowienia Sąd Apelacyjny w Białymstoku wywodzi, iż wprowadzenie przez ustawodawcę ochrony tajemnicy telekomunikacyjnej powoduje natomiast, że odjęta została możliwość pozyskania danych dotyczących użytkownika numeru i danych tzw. transmisyjnych w postępowaniu w sprawach cywilnych jedynie na podstawie imperium przysługującego organowi procesowemu. Dowód taki, może natomiast być przeprowadzony w oparciu o zgodę strony, lub osoby, której te dane dotyczą

(art. 159 ust. 2 pkt 2). Natomiast artykuły 248 i 251 kodeksu postępowania cywilnego odnoszą się do dowodów z dokumentów i nie mogą być stosowane wprost do dowodów z informacji, a szczególnie dotyczących danych odnośnie rozmów wychodzących i przychodzących oraz sms wychodzących i przychodzących z określonych numerów telefonów (tzw. dane transmisyjne), jak też danych dotyczących użytkownika w/w numerów.

Problematyka związana z wykorzystaniem w procesie cywilnym dowodów z treści sms i e-maili jest przedmiotem częstych dyskusji internautów, bez należytego odniesienia się do obowiązujących w tym zakresie przepisów. Problem jest jeszcze bardziej złożony, albowiem oferujące swoje usługi niektóre kancelarie prawne ( np. w zakresie spraw rozwodowych) w pewnym sensie wprowadzają w błąd potencjalnego mocodawcę, który analizując zamieszczoną w internecie ofertę ( informację o zakresie i sposobie świadczonych usług) pozostaje w błędnym przekonaniu, że treści sms lub treści e-mail mogą być udostępnione na żądanie sądu cywilnego przez operatora sieci telekomunikacyjnej.

W obecnym stanie prawnym taka możliwość istnieje tylko w toku procesu karnego. Podkreślić jednak należy, że treści sms i e-maila mogą zostać dopuszczone jako inne środki dowodowe w rozumieniu art. 309 kodeksu postępowania cywilnego, wszakże pod jednym warunkiem, że udostępni je nadawca lub odbiorca, a nie zaś operator sieci telekomunikacyjnej. Podobnie rzecz się ma z wykazem połączeń telefonicznych.

Należy ponadto zauważyć, że w przypadku dopuszczenia dowodu z wykazu bilingów, treści smsów, czy e-maili, może powstać zarazem problem ich wiarygodności w sytuacji, gdy zostanie ona podważona przez strony lub stronę procesu cywilnego.

Wówczas wiarygodnej odpowiedzi mógłby udzielić operator sieci, która została wykorzystana do transmisji, pod jednakże bardzo istotnym warunkiem, a mianowicie wyrażenia zgody nadawcy lub odbiorcy komunikatu w formie smsa, emaila.

W dobie wysokiego poziomu cyfryzacji przekazów, smsy lub e-maile mogą być wysyłane między innymi za pośrednictwem komputerów, gdzie jest możliwe wygenerowanie fikcyjnego adresu e-mail, z wykorzystaniem nawet szeregu serwerów zagranicznych. Taka sytuacja może utrudnić, a niejednokrotnie uniemożliwić zweryfikowanie autentyczności treści smsa , czy e-maila.

Zdaniem specjalistów, jest technicznie możliwe sfałszowanie treści smsa wysłanego za pośrednictwem operatora sieci komórkowej, ale nie jest to technicznie łatwe, a tym samym powszechne.

Niewątpliwym jest jednak, że sądy w procesach cywilnych coraz częściej spotykają się z dowodami cyfrowymi(elektronicznymi) i bezspornie będzie to tendencja rosnąca. Wobec tego dokonywanie ustaleń faktycznych w oparciu o kwestionowany dowód elektroniczny może w praktyce rodzić pewne trudności, zwłaszcza gdy ilość i rodzaj innych dowodów będzie ograniczona, a ponadto będą to dowody prowadzące do skrajnie odmiennych wniosków.

W takiej sytuacji dowód elektroniczny, może mieć kapitalne znaczenie dla dokonania rzetelnych ustaleń faktycznych, z tym jednak zastrzeżeniem, że nie będzie wątpliwa jego autentyczność.

\* Krzysztof Domagała jest prokuratorem Prokuratury Okręgowej w Jeleniej Górze delegowanym do pełnienia obowiązków w Prokuraturze Generalnej w Warszawie

Prokuratura Okręgowa w Zielonej Górze

Prokuratura Okręgowa w Zielonej Górze