



RZECZPOSPOLITA POLSKA
SZEFE CENTRALNEGO
BIURA ANTYKORUPCYJNEGO

Paweł Wojtunik

P-2708 /15/W

Warszawa, 15 lipca 2015 r.

**Przewodniczący
Komisji Ustawodawczej
Senatu Rzeczypospolitej Polskiej**
Pan Piotr Zientarski

Szanowny Panie Przewodniczący!

Odpowiadając na pismo z 26 ub.m., sygn. BPS/KU-034/967/18/15, przedstawiam opinię Centralnego Biura Antykorupcyjnego odnośnie do projektu ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (druk nr 967). Uwagi dotyczą proponowanych zmian w ustawie o CBA, jednak przez analogię odnieść je można także do ustaw regulujących funkcjonowanie innych służb.

Art. 17 ust. 5

Przed wszystkim należy zauważyć, że wykonanie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11, nie wymaga zmiany tego przepisu. Art. 17 ustawy o CBA (podobnie jak analogiczne przepisy innych ustaw) został uznany za niezgodny z Konstytucją wyłącznie w zakresie, w jakim nie przewidywał „gwarancji niezwłocznego, komisijnego i protokolarnego zniszczenia materiałów zawierających informacje objęte zakazami dowodowymi, co do których sąd nie uchylił tajemnicy zawodowej bądź uchylenie było niedopuszczalne”.

Niemniej jednak, odnosząc się do zawartej w projekcie definicji kontroli operacyjnej, należy wskazać, że w pkt 1 i 2 użyty w niej został termin „podsluch”, będący dotychczas raczej określeniem potocznym. Brak jego legalnej definicji niesie ze sobą ryzyko niewłaściwej, zawężającej interpretacji, ograniczającej podsluch do możliwości niejawnego zapoznania się z informacją za pomocą zmysłu słuchu, nie uwzględniającej natomiast elementu utrwalenia dźwięku. Rozważyć zatem należy zastąpienie terminu „podsluch” bardziej precyzyjnym określeniem „uzyskiwanie i utrwalanie dźwięku, w szczególności treści rozmów”. Gdyby natomiast termin „podsluch” miał w projekcie pozostać, należałoby w proponowanym art. 17 ust. 5b wskazać, że chodzi o użycie środków technicznych niezbędnych do uzyskiwania i utrwalania informacji.

Zawarta w projekcie definicja kontroli operacyjnej wymaga uzupełnienia o kontrolę zawartości przesyłek. Należy bowiem zwrócić uwagę, że termin „korespondencja” odnosi się

jedynie do wymiany informacji. Co za tym idzie, kontrola korespondencji oznaczać będzie kontrolę przesyłanych (w postaci papierowej bądź elektronicznej) informacji. Istotą kontroli zawartości przesyłek jest sprawdzenie, jakie przedmioty czy też substancje są w nich przesyłane.

Krytycznie ocenić należy włączenie do pojęcia „kontrola operacyjna” elektronicznego nadzoru osób, miejsc i przedmiotów oraz środków transportu. Należy zwrócić uwagę, że przywołane w pkt III.2.4 uzasadnienia wyroku TK orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wskazuje, że monitorowanie aktywności jednostek w przestrzeni publicznie dostępnej za pomocą urządzeń lokalizacyjnych (np. GPS) nie wymaga stosowania tak wysokich standardów odnoszących się do jakości regulacji, jak np. stosowanie podsłuchów czy pozyskiwanie treści korespondencji.

Podsumowując powyższe uwagi należy stwierdzić, że w ocenie CBA ingerencja w obecne brzmienie art. 17 ust. 5 nie jest niezbędna. Gdyby jednak przyjąć, iż istnieje potrzeba znowelizowania tego przepisu, to powinien on otrzymać następujące brzmienie:

Art. 17. 5. Kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie i polega na:

- 1) kontrolowaniu treści korespondencji lub zawartości przesyłek poprzez:
 - a) ich otwarcie lub*
 - b) wykorzystanie środków technicznych służących sprawdzeniu treści korespondencji lub zawartości przesyłek bez ich otwierania;**
- 2) uzyskiwaniu i utrwalaniu, poprzez wykorzystanie środków technicznych, treści przekazywanych przy pomocy środków łączności przewodowej lub bezprzewodowej, w szczególności treści rozmów telefonicznych lub korespondencji elektronicznej;*
- 3) uzyskiwaniu i utrwalaniu obrazu lub dźwięku, w szczególności treści rozmów, w miejscach nie będących miejscami publicznymi przy pomocy środków technicznych służących uzyskiwaniu i utrwalaniu obrazu lub dźwięku;*
- 4) uzyskiwaniu i utrwalaniu danych zawartych w systemach lub urządzeniach teleinformatycznych przy pomocy środków technicznych służących uzyskaniu dostępu i utrwaleniu tych danych.*

Art. 17 ust. 5a

Celem tego przepisu - z uwagi na szeroki charakter definicji kontroli operacyjnej - jest wskazanie, jakie czynności z tej definicji są wyłączone. W ocenie CBA winien on uwzględniać przede wszystkim dokumentowanie przez funkcjonariusza lub osobę udzielającą mu pomocy wykonywanych czynności operacyjno-rozpoznawczych poprzez rejestrację obrazu lub dźwięku. Należy podkreślić, że dokumentowane w ten sposób są czynności, w których funkcjonariusz lub osoba udzielająca mu pomocy bierze osobisty udział, a zatem zna treść rozmów czy przebieg wydarzeń, trudno jest zatem mówić o naruszeniu np. prawa do prywatności czy tajemnicy komunikowania się. Podkreślenia wymaga również to, że zasadniczym celem takiego dokumentowania jest umożliwienie wykazania funkcjonariuszowi (lub osobie udzielającej mu pomocy), iż czynności operacyjno-rozpoznawcze zostały przeprowadzone w sposób prawidłowy, a w szczególności zgodny z prawem. Należy wreszcie wskazać, że o ile zapisy utrwalone w wyniku stosowania kontroli operacyjnej mają samoistną wartość dowodową, o tyle zapisy będące efektem dokumentowania czynności operacyjno-rozpoznawczych - gdyby miały być w wyjątkowych okolicznościach wykorzystane w procesie karnym - będą miały charakter wtórny wobec dowodu pierwotnego, jakim są zeznania świadka.

Proponowany przepis powinien również jednoznacznie wskazywać, iż nie są kontrolą operacyjną:

- obserwowanie i rejestrowanie, przy użyciu środków technicznych, obrazu zdarzeń w miejscach publicznych oraz dźwięku towarzyszącego tym zdarzeniom w trakcie wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych podejmowanych na podstawie ustawy (art. 14 ust. 1 pkt 6),
- uzyskiwanie danych telekomunikacyjnych na podstawie art. 18.

Art. 17 ust. 5a powinien zatem otrzymać brzmienie:

Art. 17. 5a. Nie jest kontrolą operacyjną:

- 1) dokumentowanie przez funkcjonariusza lub osobę udzielającą mu pomocy wykonywanych czynności operacyjno-rozpoznawczych poprzez rejestrację obrazu lub dźwięku, z wyłączeniem czynności, o których mowa w art. 17 ust. 5 pkt 3 i art. 20;
- 2) realizacja czynności, o których mowa w art. 14 ust. 1 pkt 6;
- 3) uzyskiwanie danych telekomunikacyjnych na podstawie art. 18.

Art. 17 ust. 5b

Przyjęcie definicji kontroli operacyjnej zaproponowanej w uwagach do art. 17 ust. 5 czyni ten przepis zbędnym (z zastrzeżeniem wskazanym przy uwagach odnośnie do terminu „podśluch”).

Art. 17 ust. 15f-i

W ocenie CBA zaproponowany w ust. 15f tryb postępowania z materiałami, w odniesieniu do których zachodzi przypuszczenie, że mogą zawierać informacje, o których mowa w art. 178 k.p.k., nie tylko nie znajduje podstaw w uzasadnieniu wyroku TK, ale wręcz jest z nim sprzeczny.

W pkt III.11 uzasadnienia Trybunał dokonał analizy zagadnień związanych z ochroną tajemnicy zawodowej, obejmując tym określeniem także kwestie związane z informacjami, o których mowa w art. 178 k.p.k. Trybunał stwierdził, że „nie jest wykluczone umożliwienie służbom policyjnym i służbom ochrony państwa pozyskanie informacji o charakterze poufnych, przekazywanym podmiotom wykonującym zawody zaufania publicznego”. Polemizując z postulatem ogólnego wyłączenia „spod kontroli operacyjnej podmiotów zobowiązanych w ustawie do zachowania tajemnicy zawodowej”, wskazał, że „nie da się zazwyczaj abstrakcyjnie określić relacji między dobrem, którego ochronie mają służyć zakazy dowodowe (i tajemnica zawodowa), a dobrem wymiaru sprawiedliwości, bezpieczeństwem państwa i porządkiem publicznym w kategoriach „wyższe – niższe” czy „ważniejsze – mniej ważne” (zob. wyrok TK z 13 grudnia 2011 r., sygn. K 33/08, cz. III, pkt 6.4 uzasadnienia). **Takie wartościowanie można przeprowadzić *ad casum*, z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy [podkr. CBA]**”.

Konkludując tę część swych rozważań Trybunał wskazał m.in. na konieczność „ustanowienia mechanizmu prewencyjnej **sądowej** [podkr. CBA] kontroli i selekcji materiałów, co do których zachodzi prawdopodobieństwo, że stanowią tajemnicę zawodową”.

W tym kontekście trudno uznać za trafną propozycję, by Szef CBA dokonywał oceny materiałów pod kątem zbadania, czy zawierają informacje, o których mowa w art. 178 k.p.k. Oceny takiej - zarówno w opinii TK, jak i CBA - winien dokonywać sąd.

CBA za co najmniej wątpliwe - w świetle uzasadnienia wyroku TK - uważa pośrednictwo Prokuratora Generalnego w procedurze opisanej w proponowanych ust. 15f-15i. W pkt III.11.8.1 Trybunał wyraźnie wskazał, że należy dążyć do zapobieżenia, a przynajmniej zminimalizowania ryzyka wykorzystania informacji wymagających ochrony. Stwierdził, że „Mankamentem konstytucyjnym art. 19 ustawy o Policji jest niezagwarantowanie w ustawie, że w sytuacji uzasadnionego podejrzenia, że zgromadzone materiały zawierają informacje objęte tajemnicą zawodową i z tego powodu wymagają szczególnej ochrony, nastąpi dodatkowa weryfikacja tych materiałów przez sąd i ewentualne zwolnienie z tajemnicy zawodowej, zanim zostaną przekazane funkcjonariuszom służb **bądź prokuratorowi** [podkr. CBA]”.

Wydaje się zatem uzasadnione, by – w przypadku uzyskania w toku kontroli operacyjnej informacji stanowiących tajemnice zawodowe – Szef CBA kierował stosowne fragmenty materiałów z kontroli bezpośrednio do sądu. Pozwoli to na wyeliminowanie ogniwa pośredniego w procedurze i ograniczenie do minimum kręgu osób, mających dostęp do informacji wymagających ochrony.

Podsumowując powyższe uwagi, CBA proponuje, by przepisom tym należy nadać brzmienie (przy czym ust. 15i stanie się zbędny):

Art. 17. 15f. W przypadku gdy zachodzi przypuszczenie, że materiały, o których mowa w ust. 15, mogą zawierać informacje, o których mowa w art. 178 Kodeksu postępowania karnego, lub stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji, o których mowa w art. 180 § 2 Kodeksu postępowania karnego, Szef CBA przekazuje fragmenty materiałów mogące zawierać te informacje sądowi, o którym mowa w ust. 2, wraz z wnioskiem o stwierdzenie dopuszczalności ich wykorzystania w postępowaniu karnym.

15g. W terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku sąd wydaje postanowienie o stwierdzeniu dopuszczalności wykorzystania w postępowaniu karnym materiałów mogących zawierać informacje, o których mowa w art. 178 Kodeksu postępowania karnego, lub stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji, o których mowa w art. 180 § 2 Kodeksu postępowania karnego, albo zarządza ich niezwłoczne, komisyjne i protokolarne zniszczenie.

15h. O wykonaniu zarządzenia dotyczącego zniszczenia materiałów mogących zawierać informacje, o których mowa w art. 178 Kodeksu postępowania karnego, lub stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji, o których mowa w art. 180 § 2 Kodeksu postępowania karnego, Szef CBA niezwłocznie informuje sąd, o którym mowa w ust. 2.

Art. 17 ust. 16d pkt 1

Przewidziane w tym przepisie niszczenie dokumentacji materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej byłoby działaniem nieracjonalnym. Dokumentacja ta (w szczególności nośniki i ich kopie, o których mowa w proponowanym ust. 16c pkt 1 i 2) winny być przekazywane - wraz z samymi materiałami - Prokuratorowi Generalnemu. Zniszczeniu podlegać powinna jedynie ta część dokumentacji, która nie została przekazana PG.

Za przyjęciem takiego rozwiązania przemawiają z jednej strony względy prawne (nośniki, na których utrwalone zostały np. treści rozmów, mogą być dowodami w procesie karnym), jak i praktyczne (dokumenty, o których mowa w proponowanym ust. 16c pkt 3, mogą być przydatne w toku ewentualnych czynności procesowych).

Art. 17 ust. 16d pkt 1 winien zatem otrzymać brzmienie:

Art. 17. 16d. (...)

1) ust. 15 - niezwłocznie po przekazaniu prokuratorowi materiałów, które dokumentuje, w części, w jakiej nie została przekazana prokuratorowi; (...).

Art. 18 ust. 1

Zaproponowana w projekcie zmiana tego przepisu wykracza poza sentencję wyroku Trybunału. Art. 18 ustawy o CBA został uznany za niezgodny z Konstytucją wyłącznie w zakresie, w jakim nie przewiduje zniszczenia danych niemających znaczenia dla prowadzonego postępowania, zaś ust. 1 pkt 1 tego przepisu dodatkowo przez to, że nie przewiduje niezależnej kontroli udostępniania danych telekomunikacyjnych, o których mowa w art. 180c i art. 180d ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne. W pozostałym zakresie Trybunał postępowanie umorzył. W tym stanie rzeczy propozycja zmiany art. 18 ust. 1 ustawy o CBA jest zbędna i należy z niej zrezygnować.

Ponadto nowoprojektowane brzmienie tego przepisu nie uwzględnia danych identyfikujących usługobiorców w rozumieniu przepisów o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Do usług tych zalicza się między innymi udostępnianie kont poczty elektronicznej, serwisów społecznościowych czy też komunikatorów internetowych. Przepis art. 18 ust. 9 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2013 r. poz. 1422) nakłada na usługodawców obowiązek przekazywania danych identyfikujących usługobiorców organom państwowym na potrzeby prowadzonych przez nie postępowań. Jest to przepis wzorowany na rozwiązaniach przyjętych w art. 180a ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2014 r. poz. 243). Należy uznać, że brak odniesienia do przepisów o świadczeniu usług drogą elektroniczną w przepisach kompetencyjnych służb (np. art. 18 ustawy o CBA, art. 20c i 20d ustawy o Policji czy art. 28 ustawy o ABW) stanowi lukę w prawie, którą przy okazji tej nowelizacji należy usunąć. Umożliwi to jednoznaczne rozstrzygnięcie sporów interpretacyjnych pomiędzy usługodawcami a uprawnionymi służbami odnośnie do znaczenia art. 18 ust. 6 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

W związku z tym ewentualna nowelizacja przepisu art. 18 ust. 1 powinna uwzględniać dodanie pkt 3 w brzmieniu:

3) identyfikujące usługobiorców w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2013 r. poz. 1422).

Art. 18 ust. 2 pkt 4

W przepisie tym należy przewidzieć – analogicznie do rozwiązania zawartego w pkt 1 – możliwość udzielenia przez Szefa CBA upoważnienia do odebrania danych, udostępnianych przez podmiot prowadzący działalność telekomunikacyjną lub operatora świadczącego usługi pocztowe, funkcjonariuszowi Biura. Propozycja wynika zarówno z praktyki funkcjonowania CBA, jak i podmiotów prowadzących działalność telekomunikacyjną, które rygorystycznie interpretują przepisy dotyczące danych retencyjnych i kontroli operacyjnej. Trudno też sobie wyobrazić, aby każdorazowo Szef osobiście odbierał dane od przedsiębiorców. Z obecnie obowiązujących przepisów prawa oraz z praktyki ich stosowania wynika, że zasadne jest, aby dane te odbierał upoważniony przez Szefa CBA funkcjonariusz.

Co za tym idzie, przepis ten powinien otrzymać brzmienie:

Art. 18. 2. (...)

- 4) Szefowi CBA lub osobie przez niego upoważnionej w przypadku postanowienia Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażającego zgodę na pozyskanie danych w przypadkach, o których mowa w art. 18b ust. 1 lub 3.

Art. 18 ust. 3

Przepisowi należy nadać brzmienie:

Art. 18. 3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, udostępnianie danych telekomunikacyjnych lub pocztowych odbywa się bez udziału pracowników podmiotu prowadzącego działalność telekomunikacyjną lub operatora świadczącego usługi pocztowe, lub przy niezbędnym ich współudziale, jeżeli możliwość taką przewiduje porozumienie zawarte pomiędzy Szefem CBA a tym podmiotem.

Zaproponowana zmiana ma charakter redakcyjny.

Art. 18a

Przepisowi należy nadać brzmienie:

Art. 18a. 1. W przypadku gdy zachodzi przypuszczenie, że materiały, o których mowa w ust. 5, mogą zawierać informacje stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji, o których mowa w art. 180 § 2 Kodeksu postępowania karnego, Szef CBA przekazuje fragmenty materiałów mogące zawierać te informacje sądowi, o którym mowa w art. 17 ust. 2, wraz z wnioskiem o stwierdzenie dopuszczalności ich wykorzystania w postępowaniu karnym.

2. W terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku sąd wydaje postanowienie o stwierdzeniu dopuszczalności wykorzystania w postępowaniu karnym materiałów mogących zawierać informacje stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji, o których mowa w art. 180 § 2 Kodeksu postępowania karnego, albo zarządza ich niezwłoczne, komisyjne i protokolarne zniszczenie.

3. O wykonaniu zarządzenia dotyczącego zniszczenia materiałów mogących zawierać informacje stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji, o których mowa w art. 180 § 2 Kodeksu postępowania karnego, Szef CBA niezwłocznie informuje sąd, o którym mowa w ust. 2.

Uzasadnienie powyższej propozycji jest analogiczne do przedstawionego w odniesieniu do art. 17 ust. 15f-i.

Art. 18c ust. 2

W opinii CBA okres sprawozdawczy powinien wynosić 12 miesięcy.

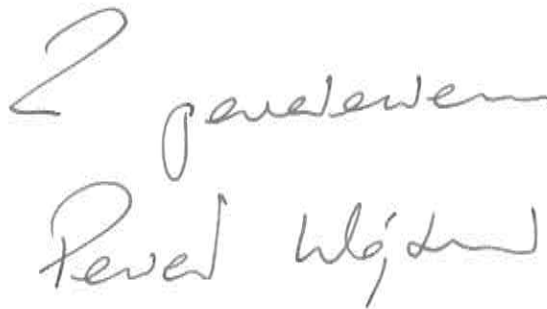
Ponadto zgłaszam uwagi do niektórych z przepisów przejściowych projektu.

Art. 12 ust. 1 projektu

Przepis ten jest zbędny, gdyż zgodnie z zasadą bezpośredniego stosowania prawa przy braku przepisów przejściowych, do wszelkich stosunków prawnych i zdarzeń, niezależnie od tego czy rozpoczęły się przed, czy też po wejściu w życie nowych przepisów, stosuje się nowe normy prawne.

Art. 14 ust. 1 projektu

Centralne Biuro Antykorupcyjne kategorycznie sprzeciwia się temu przepisowi. Należy mieć na uwadze, że pod rządami aktualnie obowiązujących przepisów trwają czynności operacyjno-rozpoznawcze i procesowe z wykorzystaniem materiałów z kontroli operacyjnej. Stanowią one materiał dowodowy mający istotne znaczenie dla ustalenia prawdy materialnej. Konsekwencją zniszczenia materiałów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej pod rządami aktualnie obowiązujących przepisów byłoby zakończenie trwających spraw operacyjnych, postępowań przygotowawczych i sądowych. Trybunał Konstytucyjny w pkt II sentencji orzekł, że uchylone przepisy utracą swoją moc dopiero po upływie 18 miesięcy od dnia ogłoszenia wyroku w Dzienniku Ustaw, a więc z dniem 7 lutego 2016 r. Do tego momentu pozostają przepisami obowiązującym i wszelkie działania podjęte na ich podstawie są legalne. Dlatego też nieuzasadnione jest wprowadzenie przepisu nakazującego zniszczenie wszelkich materiałów uzyskanych w toku kontroli operacyjnych zarządzonych na podstawie obecnie obowiązujących przepisów. Podkreślić przy tym należy, że projektodawca nie przedstawił w uzasadnieniu projektu *ratio legis* tego przepisu.


Paweł Wójcik