



PG VII G 025-224/15

Pan
Piotr Zientarski
Przewodniczący
Komisji Ustawodawczej Senatu RP

Stanisław Poni Przewodniczący

W nawiązaniu do pisma z dnia 26 czerwca 2015 r., nr BPS/KU-034/967/4/15, dotyczącego *projektu ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (druk senacki nr 967)*, przekazanego Prokuratorowi Generalnemu do wyrażenia opinii w trybie art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze (Dz. U. z 2011 r. Nr 270, poz. 1599, z późn. zm.), uprzejmie przedstawiam następujące stanowisko.

I. Zmiany proponowane w projekcie ustawy są konsekwencją wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r., w sprawie o sygn. akt K 23/11, zatem w tej części stanowiska ocenie poddano poprawność projektowanych regulacji w aspekcie zachowania standardów konstytucyjnych, czy realizują one wskazany wyrok Trybunału Konstytucyjnego.

W orzeczeniu tym Trybunał orzekł o niezgodności z Konstytucją RP szeregu unormowań ustawy o Policji, ustawy o Straży Granicznej, ustawy o kontroli skarbowej, ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego i o Służbie Wywiadu Wojskowego, ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, jak również o Służbie Celnej, dotyczących między innymi

prowadzenia przez te służby kontroli operacyjnej, pozyskiwania danych telekomunikacyjnych, ochrony tajemnicy zawodowej oraz niszczenia zbędnych lub objętych zakazami dowodowymi danych pozyskanych przez te służby (vide: OTK ZU Nr 7/A/2014, poz. 80, s. 1179 - 1181).

Umarzając w części omawiane postępowanie, zainicjowane połączonymi wnioskami Prokuratora Generalnego oraz Rzecznika Praw Obywatelskich, Trybunał Konstytucyjny powołał się na własne orzecznictwo, zgodnie z którym, jeśli Trybunał stwierdza niekonstytucyjność kwestionowanej regulacji chociażby z jednym ze wskazanych wzorców kontroli, postępowanie w zakresie badania zgodności tej regulacji z pozostałymi wzorcami kontroli może zostać umorzone na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK ze względu na zbędność wyrokowania. Mając to na uwadze, Trybunał postanowił umorzyć na tej podstawie badanie zgodności niektórych przepisów, co do których orzekł o niekonstytucyjności przynajmniej z jednym ze wskazanych wzorców kontroli. Takie rozstrzygnięcie, uwarunkowane ekonomią postępowania, nie może być jednak odczytane jako aprobata zakwestionowanych przepisów ingerujących w konstytucyjne prawo do ochrony prywatności, autonomię informacyjną i ochronę tajemnicy komunikowania się z punktu widzenia wzorców, wobec których postępowanie zostało umorzone na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK. Ustawodawca zobowiązany jest - konstruując nowe unormowania w zakresie kontroli operacyjnej oraz udostępniania i przetwarzania danych telekomunikacyjnych - uwzględnić standard konstytucyjny dotyczący czynności operacyjno-rozpoznawczych, przedstawiony w powołanym wyroku (por. op. cit., s. 1277 oraz powołane tam orzecznictwo).

Trybunał Konstytucyjny podkreślił również, że mając na uwadze cele omawianego postępowania, a także ekonomię procesową, Trybunał, uwzględniając argumentację zawartą we wszystkich wnioskach Rzecznika Praw Obywatelskich oraz Prokuratora Generalnego dotyczących gromadzenia i przetwarzania danych telekomunikacyjnych, postanowił najpierw poddać kontroli art. 20c ust. 1 ustawy o Policji, art. 10b ust. 1 ustawy o SG, art. 36b ust. 1 pkt 1 ustawy o kontroli skarbowej, art. 30 ust. 1 ustawy o ŻW, art. 28 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW, art. 18 ust. 1 pkt 1 ustawy o CBA, art. 32 ust. 1 pkt 1 ustawy o SKW z punktu widzenia ich zgodności z art. 49

w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także art. 75d ust. 1 ustawy o S.C. - z art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Stwierdzenie niekonstytucyjności tych przepisów w całości uczyniłoby bowiem zbędnym rozpoznawanie szczegółowych zarzutów Prokuratora Generalnego, ujmujących je w związku z konkretnymi przepisami innych ustaw (por. op. cit., s. 1255).

Jednocześnie Trybunał Konstytucyjny stanął na stanowisku, że oceniając konstytucyjność przepisów kompetencyjnych, które upoważniają organy władzy publicznej do wykorzystywania danych telekomunikacyjnych w pracy operacyjno-rozpoznawczej, Trybunał nie może ignorować otoczenia normatywnego, w jakim zaskarżone przepisy funkcjonują oraz sposobu ich stosowania przez właściwe organy. Nie może również pominąć znaczenia wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 8 kwietnia 2014 r. o sygn. C - 293/12, który orzekł o nieważności dyrektywy 2006/24/WE (vide: ibidem).

Trybunał Konstytucyjny przyjął, że wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 8 kwietnia 2014 r. w sprawie sygn. C - 293/12 ma charakter ostateczny. Wiąże nie tylko instytucje i organy UE, ale również wszystkie organy państw członkowskich, w tym sądy i organy stosujące przepisy regulujące dostęp do danych telekomunikacyjnych. W związku z tym, że TSUE nie ograniczył w wyroku jego skutków w czasie, należałoby przyjąć, iż w zakresie nieważności dyrektywy w sprawie zatrzymywania danych wyrok wywiera skutek *ex tunc* (por. op. cit., s. 1220).

Zgodnie ze wspomnianym wyrokiem z dnia 8 kwietnia 2014 r., sygn. C 293/12, jednym z powodów stwierdzenia nieważności dyrektywy retencyjnej Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej z dnia 15 marca 2006 r. nr 2006/24/WE był fakt, że dyrektywa ta nie tylko nie wyznaczała ogólnych granic zakresu jej stosowania, ale także nie przewidywała żadnego obiektywnego kryterium, które pozwoliłoby zagwarantować, że właściwe organy krajowe będą miały dostęp do danych i będą mogły je wykorzystywać wyłącznie w celu zapobiegania, wykrywania i ścigania przestępstw, które, z uwagi na zakres i wagę ingerencji w prawa podstawowe ustanowione w art. 7 i art. 8 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, można uznać za wystarczająco poważne, by taką ingerencję uzasadnić. Przeciwnie, dyrektywa 2006/24/WE

ograniczała się do ogólnego odesłania, w art. 1 ust. 1, do pojęcia „poważnych przestępstw” określonych w ustawodawstwie każdego państwa członkowskiego.

Z kolei sam Trybunał Konstytucyjny stanął na stanowisku, że w ustawie muszą być sprecyzowane przesłanki niejawnego pozyskiwania informacji o osobach, którymi to przesłankami są wykrywanie i ściganie wyłącznie poważnych przestępstw oraz zapobieganie im, ustawa powinna wskazywać rodzaje takich przestępstw (por. wyrok z dnia 30 lipca 2014 r., op. cit., s. 1230 oraz powołane tam orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka).

Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że to ustawa ma precyzować przedmiotowe przesłanki zarządzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych. Aby zachować standard konstytucyjny, nie wystarcza odwołanie się do ogólnych zagrożeń dóbr prawnie chronionych, zwłaszcza przez zwroty niedookreślone. Ustawodawca zobowiązany jest wobec tego zdefiniować zamknięty i możliwie wąski katalog poważnych przestępstw, uzasadniających tego rodzaju ingerencję w status jednostki (vide: ibidem, s. 1225).

Analiza proponowanych w projekcie ustawy unormowań, określających dopuszczalny zakres pozyskiwania danych telekomunikacyjnych przez poszczególne służby mundurowe oraz specjalne uprawnienia do wysnucia wniosku, że projektodawca w sposób zróżnicowany i niekonsekwentny uregulował uprawnienia tychże służb, nierzadko ignorując wymogi stawiane w wyrokach: Trybunału Konstytucyjnego - z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11 oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 8 kwietnia 2014 r., sygn. C - 293/12/WE.

Przykładowo, proponowana regulacja art. 20c ust. 1 pkt 1 ustawy o Policji, o czym w dalszej części opinii, stanowi, że w celu rozpoznawania, zapobiegania, zwalczania, wykrywania albo uzyskania i utrwalania dowodów przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego albo w celu ratowania życia lub zdrowia ludzkiego bądź wsparcia działań poszukiwawczych, Policja może mieć udostępniane dane, o których mowa w art. 180c i 180d ustawy - Prawo telekomunikacyjne. Z kolei, zgodnie z proponowaną regulacją art. 30 ust. 1 pkt 1 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych „[w] celu rozpoznawania, zapobiegania, zwalczania, wykrywania przestępstw, w tym przestępstw skarbowych albo uzyskania i utrwalenia dowodów popełnionych przez osoby, o których mowa w art. 3 ust. 2 pkt 1,

3, 5 i 6 albo w celu ratowania życia lub zdrowia ludzkiego bądź wsparcia działań poszukiwawczych i ratowniczych Żandarmeria Wojskowa, może mieć udostępniane dane, o których mowa w art. 180c i art. 180d ustawy - Prawo telekomunikacyjne”.

Ewentualne przyjęcie obu wskazanych wyżej propozycji regulacji, w kontekście omawianych wyroków Trybunału Konstytucyjnego (z dnia 30 lipca 2014 r.) oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (z dnia 8 kwietnia 2014 r.) należy uznać za niedopuszczalne. Pogląd, że wszystkie stypizowane przez ustawodawcę przestępstwa (w tym skarbowe), czy chociażby tylko wszystkie przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego są przestępstwami „poważnymi”, należałoby uznać za pogląd całkowicie niezasadny. Natomiast działania ratownicze lub poszukiwawcze (*per se*) nie mogą zostać zakwalifikowane jako wykrywanie lub zwalczanie przestępstw, choć w określonych warunkach mogą uzasadniać wkroczenie w prawa i wolności obywatelskie.

Podobnie wadliwie zredagowano proponowany art. 10b ust. 1 pkt 1 ustawy o Straży Granicznej (art. 2 pkt 2 projektu), stanowiący, że w celu rozpoznawania, zapobiegania, zwalczania, wykrywania albo uzyskania i utrwalania dowodów przestępstw określonych w art. 1 ust. 2 pkt 4 oraz ust. 2a Straż Graniczna może mieć udostępniane dane, o których mowa w art. 180c i 180d ustawy - Prawo telekomunikacyjne. Art. 1 omawianej ustawy (nienowelizowany) w ust. 2 pkt 4 oraz w ust. 2a wymienia, przy różnym stopniu uszczegółowienia, czyny zabronione pod groźbą kary, do ścigania których jest właściwa Straż Graniczna. Przykładowo, w przepisie tym wskazano również przestępstwa wymienione w art. 134 § 1 pkt 1 Kodeksu karnego skarbowego, w tym określone w art. 95 § 1 Kodeksu karnego skarbowego (nieprzechowywanie dokumentów mających znaczenie dla kontroli celnej), które, trudno zakwalifikować do kategorii „przestępstw poważnych”. Tym samym, proponowana regulacja nie zasługuje na ocenę pozytywną.

Kolejnym problemem, wymagającym podniesienia w kontekście wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, jest określenie rodzaju środka technicznego, za pomocą którego mają być pozyskiwane w toku kontroli operacyjnej informacje i dowody dotyczące jednostki. W omawianym wyroku Trybunał orzekł, że art. 19 ust. 6 pkt 3 ustawy o Policji, art. 9e ust. 7 pkt 3 ustawy o Straży

Granicznej, art. 36c ust. 4 pkt 3 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 7 pkt 3 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ust. 6 pkt 3 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 31 ust. 4 pkt 3 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego oraz art. 17 ust. 5 pkt 3 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, rozumiane w ten sposób, że właściwy organ zarządzający kontrolę operacyjną wskaże określony w prawie rodzaj środka technicznego uzyskiwania informacji i dowodów oraz ich utrwalania stosowany w indywidualnej sprawie, są zgodne z powołanymi w sprawie wzorcami kontroli konstytucyjnej (wyrok K 23/11, op. cit., s. 1180).

Jednocześnie Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że ustawodawca nie sprecyzował elementów, jakie ma zawierać postanowienie sądu o zarządzeniu kontroli operacyjnej, w przeciwieństwie do wymagań odnoszących się do wniosku pochodzącego od szefa właściwej służby. Trybunał Konstytucyjny w toku rozpoznawania niniejszej sprawy ustalił, że w orzecznictwie sądowym istnieje rozbieżna praktyka dotycząca wskazywania w postanowieniu o zarządzeniu kontroli operacyjnej rodzaju środka technicznego, o którym mowa w art. 19 ust. 6 pkt 3 ustawy o Policji, art. 9e ust. 7 pkt 3 ustawy o SG, art. 36c ust. 4 pkt 3 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 7 pkt 3 ustawy o ŻW, art. 27 ust. 6 pkt 3 ustawy o ABW, art. 17 ust. 5 pkt 3 ustawy o CBA oraz art. 31 ust. 4 pkt 3 ustawy o SKW. Co do zasady, sądy nie wskazują w postanowieniu środka technicznego, ograniczając się jedynie do zdefiniowania, że chodzi o środek techniczny (por. *ibidem*, s. 1252).

Trybunał Konstytucyjny stwierdził ponadto, że pożądane jest określenie w ustawie rodzajów środków niejawnego pozyskiwania informacji, a także rodzajów informacji pozyskiwanych za pomocą poszczególnych środków (*vide: ibidem*, s. 1230). Wydaje się więc, że skoro Trybunał Konstytucyjny posłużył się w wyroku konstrukcją tak zwanego orzeczenia interpretacyjnego, a postanowienia sądu nie można skorygować w drugiej instancji na skutek środka odwoławczego (ani prokuratora, ani osoby zainteresowanej), to ustawodawca winien w sposób pozytywny określić, jakie elementy, w omawianym zakresie, powinno zawierać postanowienie sądu o zarządzeniu kontroli operacyjnej. W szczególności, ustawodawca powinien przyjąć regulację określającą obowiązek wskazania przez właściwy organ zarządzający kontrolę operacyjną

określonego w prawie rodzaju środka technicznego uzyskiwania informacji i dowodów oraz ich utrwalania stosowanego w konkretnej sprawie.

Jak już sygnalizowano, Trybunał Konstytucyjny zastrzegł w wyroku z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, iż ustawodawca zobowiązany jest - konstruując nowe unormowania w zakresie kontroli operacyjnej oraz udostępniania i przetwarzania danych telekomunikacyjnych - uwzględnić standard konstytucyjny dotyczący czynności operacyjno-rozpoznawczych, przedstawiony w tymże wyroku (por. op. cit., s. 1277). Takiego wymogu nie spełnia opiniowany projekt ustawy, pozostawiając w obrocie prawnym regulacje ewidentnie sprzeczne z ustalonym przez Trybunał Konstytucyjny standardem.

Zgodnie z analizowanym wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 23/11, niejawnie pozyskiwanie przez organy władzy publicznej informacji o jednostce wymaga zachowania daleko idących gwarancji proceduralnych. Przede wszystkim powinien istnieć obowiązek poinformowania jednostki o podjętych wobec niej działaniach operacyjno-rozpoznawczych oraz pozyskaniu informacji na jej temat, i to bez względu na to, czy były to osoby podejrzane o naruszenie prawa, czy osoby postronne, które przypadkowo stały się obiektem kontroli. Powiadomienie jednostki na etapie wykonywania działań operacyjno-rozpoznawczych i gromadzenia informacji, co oczywiste, narażałoby te czynności na nieskuteczność. Dlatego ustawodawca powinien zagwarantować późniejsze poinformowanie o tym fakcie. Obowiązek informacyjny w powyższym zakresie ma eliminować ryzyko niekontrolowanego tworzenia oraz utrzymywania zbiorów danych nieprzydatnych dla postępowań prowadzonych przez organy państwa, lecz potencjalnie wartościowych z punktu widzenia przyszłych, bliżej nieokreślonych czynności (por. op. cit., s. 1229 oraz powołane tam orzecznictwo).

Trybunał Konstytucyjny zaliczył tym samym do standardu konstytucyjnego unormowanie procedury informowania jednostek o niejawnym pozyskaniu informacji na ich temat, w rozsądnym czasie, po zakończeniu działań operacyjnych i zapewnienie - na wniosek zainteresowanego - poddania sądowej ocenie legalności zastosowania tych czynności (vide: *ibidem*, s. 1230). Trybunał zastrzegł równocześnie, że ma świadomość, iż w pewnych sytuacjach może być również uzasadnione odstępianie od wspomnianego

obowiązku informacyjnego. Kwestie te musi rozstrzygnąć jednak sam ustawodawca (por. *ibidem*, s. 1229).

Mimo takiego stanowiska Trybunału Konstytucyjnego, ustawodawca nie poczynił żadnych modyfikacji w zakresie obowiązujących unormowań, ustanawiających regułę w postaci zakazu udostępniania materiałów zgromadzonych podczas trwania kontroli operacyjnej osobie, wobec której kontrola operacyjna była stosowana (art. 19 ust. 16 ustawy o Policji, art. 9e ust. 17 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 13 ustawy o kontroli skarbowej, jak również art. 31 ust. 17 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych. Nie wprowadzono również żadnych stosownych uregulowań do art. 27 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 31 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, jak również art. 17 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym.

W tym miejscu wypada odnotować, że jedynie pozytywny wynik kontroli operacyjnej, polegający na uzyskaniu spodziewanych dowodów i prowadzący w rezultacie do wniesienia oskarżenia, może pośrednio, w trybie art. 321 Kodeksu postępowania karnego, doprowadzić do ujawnienia faktu prowadzenia takiej kontroli. Negatywny wynik kontroli operacyjnej (kiedy nie uzyska się w jej toku dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego) w praktyce wyklucza realizację wskazanego przez Trybunał obowiązku informacyjnego. Warto również zaznaczyć, że negatywny wynik kontroli operacyjnej może wynikać z wadliwej prognozy, dotyczącej pozyskania materiałów pozwalających na zapobieżenie, wykrycie, ustalenie sprawców, a także uzyskanie i utrwalenie dowodów przestępstw, poczynionej przez służbę składającą wnioski o zarządzenie takiej kontroli, albo błędnej decyzji sądu w zakresie potrzeby podjęcia kontroli operacyjnej. W opisanej sytuacji, obowiązujące rozwiązanie prawne uniemożliwia podjęcie skutecznych czynności kontrolnych wobec wadliwie działającej służby.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego istotne znaczenie, z punktu widzenia konstytucyjnych standardów dopuszczalności czynności operacyjno-rozpoznawczych, ma zapewnienie osobie zainteresowanej poddania sądowej ocenie legalności

zastosowania wobec niej działań operacyjnych (por. wyrok z dnia 30 lipca 2014 r., op. cit., s. 1230). Trybunał stanął na stanowisku, że ustawodawca, konstruując nowe unormowania w zakresie kontroli operacyjnej oraz udostępniania i przetwarzania danych telekomunikacyjnych, obowiązany jest uwzględnić standard konstytucyjny zapewniający osobie zainteresowanej poddanie sądowej ocenie legalności zastosowana wobec niej działań operacyjnych. Trybunał nie wskazał przy tym możliwości odstępstw od przedstawionej zasady.

Projektodawca w omawianym zakresie nie uwzględnił orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, pozostawiając bez zmian obowiązujące regulacje art. 19 ust. 20 i art. 20 ust. 8 ustawy o Policji, art. 9e ust. 19 oraz art. 10c ust. 7 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 4 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 19 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ust. 11a ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, jak również art. 17 ust. 17 oraz 23 ust. 7 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, które to przepisy przyznają środek odwoławczy od postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej oraz w przedmiocie zgody na udostępnienie informacji i danych wskazanego podmiotu jedynie organowi służby, który o takie postanowienie sądu występował, przy pominięciu przyznania takiego uprawnienia osobie zainteresowanej oraz prokuratorowi.

Projektodawca w opiniowanym projekcie ustawy zaproponował natomiast poszerzenie uprawnień służb poprzez przyznanie im podobnych uprawnień w zakresie możliwości wnoszenia zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie zgody na pozyskanie danych dotyczących osoby wykonującej zawód lub funkcję, o których mowa w art. 180 § 2 Kodeksu postępowania karnego, poprzez zamieszczenie w projekcie nowych regulacji art. 20cb ust. 4 ustawy o Policji, art. 10bb ust. 4 ustawy o Straży Granicznej, art. 36bc ust. 4 ustawy o kontroli skarbowej, art. 30c ust. 4 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych służbach porządkowych, art. 28 ust. 2 pkt 4 i art. 28b ust. 4 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 32b ust. 4 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, art. 18b ust. 4 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, jak również art. 75db ust. 4 ustawy o Służbie Celnej. Projektodawca przyznając, wbrew

stanowisku Trybunału Konstytucyjnego, powyższe uprawnienie organom służb, takiego uprawnienia nie przyznał osobom zainteresowanym, jak również możliwości wnoszenia zażalenia nie przyznano prokuratorowi.

W związku z takim zabiegiem legislacyjnym polegającym na pozostawieniu w obrocie prawnym wymienionych wyżej regulacji i wprowadzenie do obrotu prawnego unormowań analogicznych, nie tylko nie prowadzi do dostosowania systemu prawa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, ale będzie kolidowało również z art. 2 i art. 45 ust. 1 w związku z art. 78 Konstytucji oraz z art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, prawo do sądu obejmuje cztery podstawowe elementy: prawo dostępu do sądu, prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności, prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd oraz prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawy. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wyjaśniał znaczenie konstytucyjnych standardów sprawiedliwego postępowania sądowego. Sprawiedliwość proceduralna należy do istoty konstytucyjnego prawa do sądu, albowiem prawo do sądu bez zachowania standardu rzetelności postępowania byłoby prawem fasadowym (vide - wyroki: z dnia 21 lipca 2009 r., sygn. K 7/09, OTK ZU Nr 7/A/2009, poz. 113, s. 1186 - 1187 oraz powołane tam orzecznictwo, jak również z dnia 14 stycznia 2014 r., sygn. SK 25/11, OTK ZU Nr 1 /A/2014, poz. 1, s. 13 oraz powołane tam orzecznictwo).

Z kolei zakres podmiotowy prawa do sądu został wyznaczony przez konstytucyjne pojęcie „sprawy”. Trybunał Konstytucyjny ustalając znaczenie tego terminu wielokrotnie wyrażał pogląd, że urzeczywistnienie konstytucyjnych gwarancji prawa do sądu obejmuje wszystkie sytuacje, bez względu na szczegółowe regulacje proceduralne, w których pojawia się konieczność rozstrzygnięcia o prawach danego podmiotu (w relacji do innych równorzędnych podmiotów lub w relacji do władzy publicznej), a jednocześnie natura danych stosunków prawnych wyklucza arbitralność rozstrzygnięcia o sytuacji prawnej podmiotu przez drugą stronę tego stosunku (por. wyroki: z dnia 18 maja 2004 r, sygn. SK 28/03, OTK ZU Nr 5/A/2004, poz. 45, s. 629

i z dnia 11 czerwca 2002 r., sygn. SK 5/02, OTK ZU Nr 4/A/2002, poz. 41, s. 554 oraz powołane tam orzecznictwo).

Ustawodawca kształtując uprawnienia stron postępowania, musi wziąć pod uwagę także ogólne cele postępowania oraz inne wartości, takie jak sprawność postępowania, wyważywszy kolidujące interesy. Trybunał Konstytucyjny zwracał w związku z tym uwagę na granice swobody regulacyjnej przy stanowieniu ustaw normujących postępowania sądowe. Swoboda ustawodawcy kształtowania odpowiednich procedur nie oznacza dopuszczalności wprowadzania rozwiązań arbitralnych, które ponad miarę, a więc bez wystąpienia istotnych racji, ograniczają prawa procesowe strony, których realizacja stanowi przesłankę prawidłowego i sprawiedliwego rozstrzygnięcia sprawy. Jeżeli ograniczenie uprawnień procesowych strony jest zbędne, z punktu widzenia zamierzonych przez ustawodawcę celów, takich jak zapewnienie większej efektywności postępowania i jego szybkości, a jednocześnie wypacza pozycję stron, uniemożliwia właściwe zrównoważenie ich pozycji procesowej, a tym samym łamie podstawowy postulat sprawiedliwości proceduralnej, czy wreszcie prowadzi do arbitralnego rozstrzygnięcia sprawy - to w tego rodzaju wypadkach dochodziłoby do naruszenia gwarancji konstytucyjnych związanych z prawem do sądu (vide - wyrok z dnia 21 lipca 2009 r., sygn. K 7/09, op. cit., s. 1187 oraz powołane tam orzecznictwo).

Trybunał Konstytucyjny przypominał także funkcje społeczne sprawiedliwej procedury sądowej. Procedura taka ma szczególne znaczenie dla kształtowania zaufania obywateli do wymiaru sprawiedliwości i poczucia poszanowania ich praw. Nierzetelne procedury sądowe, nawet jeśli nie muszą prowadzić wprost do faktycznego zawieszenia obowiązywania konstytucyjnego prawa do sądu, a pośrednio do unicestwienia innych praw i wolności konstytucyjnych, których ochronę gwarantuje prawo do sądu (np. godność osobista, życie, wolność, prawo własności), to jednak przez naruszenie zaufania, jakie winna wytwarzać rzetelna procedura sądowa, budzą zastrzeżenia (por. ibidem, s. 1187 oraz powołane tam orzecznictwo).

Trybunał Konstytucyjny stanął również na stanowisku, że sprawiedliwa procedura sądowa powinna zapewniać stronom uprawnienia procesowe stosowne do przedmiotu prowadzonego postępowania. W każdym wypadku ustawodawca powinien

zapewnić jednostce prawo do wysłuchania. Jednostka musi uzyskać w szczególności możliwość przedstawienia swoich racji oraz zgłaszania wniosków dowodowych. Istotny element sprawiedliwej procedury sądowej stanowi prawo strony do osobistego udziału w czynnościach procesowych (vide - wyrok z dnia 19 września 2007 r., sygn. SK 4/06, OTK ZU Nr 8/A/2007, poz. 98, s. 1224 oraz powołane tam orzecznictwo).

Trybunał Konstytucyjny zaakcentował także pogląd, że konieczność ochrony w demokratycznym państwie takich wartości jak: bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób nie może uzasadniać zamknięcia drogi sądowej w odniesieniu do praw objętych zakresem zastosowania art. 77 ust. 2 Konstytucji, może natomiast, co najwyżej, uzasadniać pewne ograniczenia ochrony sądowej, przejawiające się w odmiennym ukształtowaniu zasad postępowania sądowego w stosunku do ogólnych reguł proceduralnych (por. wyrok z dnia 10 maja 2000 r., sygn. K. 21/99, OTK ZU Nr 4/2000, poz. 109, s. 558).

Nadto wypadałoby odnotować, iż w literaturze przedmiotu przyjmuje się, że art. 78 Konstytucji RP wyraża generalną zasadę aksjologiczną: drugoinstancyjna kontrola orzeczeń i decyzji jest istotnym elementem ochrony praw jednostki bo, stwarzając możliwość weryfikacji pierwszego rozstrzygnięcia, przeciwdziała arbitralności i ułatwia unikanie pomyłek i krzywd. W tym sensie stanowi ona komponent demokratycznego państwa prawnego. Tak rozumiany art. 78 Konstytucji wykazuje bliskie związki logiczne z tymi przepisami konstytucyjnymi, które - z jednej strony - formułują prawo do sądu (art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2), a - z drugiej strony - ustanawiają nakaz dwuinstancyjnego postępowania sądowego (art. 176 ust. 1). Niemniej art. 78 Konstytucji nie może być traktowany jako kolejne - po art. 77 ust. 2 - przypomnienie, że każdemu przysługuje prawo do sądu, czy jako element ogólnego prawa do sądu. Jest to raczej wskazanie szczególnej gwarancji „sprawiedliwości proceduralnej”, odnoszącej się do wszystkich typów postępowań, więc wykraczającej poza zakres postępowań toczących się przed sądami. W odniesieniu do postępowań sądowych prawo do zaskarżania pierwszoinstancyjnych orzeczeń traktowane jest jako środek wzmacniający prawo do sądu i urealnijający jego prawidłowe urzeczywistnienie. Oczywiście prawo zaskarżania pierwszoinstancyjnych rozstrzygnięć rzutuje w sposób

zasadniczy na sposób realizacji prawa do sądu (por. Leszek Garlicki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz, V Tom*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2007, tezy do art. 78, s. 2 oraz powołane tam poglądy doktryny).

Zakres podmiotowy art. 78 Konstytucji odniesiony do stron, powiązano więc z podmiotami uczestniczącymi w postępowaniu, które doprowadziło do wydania orzeczenia lub decyzji. Pojęciu strony należy natomiast przypisywać autonomiczne znaczenie: nie musi ono pokrywać się ze sposobem jego rozumienia w przepisach poszczególnych procedur. Za „stronę” należy więc uznać każdego uczestnika postępowania, w którym wydano orzeczenie lub decyzję, tzn. każdego, kto formalnie został dopuszczony do udziału w tym postępowaniu, jako dotyczącym jego praw, obowiązków czy sytuacji prawnej. Każdej, tak rozumianej, stronie postępowania art. 78 Konstytucji gwarantuje prawo zaskarżania poszczególnych, podejmowanych w tym postępowaniu rozstrzygnięć. Zarazem prawo to może przysługiwać tylko stronie, więc (poza sytuacjami szczególnymi) nie może rozciągać się na podmioty, które nie mają interesu prawnego w sprawie i, które nie uczestniczyły w pierwszoinstancyjnej procedurze. Prawo to powinno przysługiwać wszystkim „stronom” postępowania na równych zasadach, wynika to zarówno z ogólnych konsekwencji zasady równości, jak i z zasady „równości broni” (por. Leszek Garlicki, op. cit., s. 4 oraz powołane tam poglądy doktryny).

W doktrynie podnosi się, że „[p]rawo do zaskarżenia odnosi się do rozstrzygnięć o wszelkim charakterze: zarówno kończących postępowanie (orzekających o istocie sprawy), jak i najróżniejszych rozstrzygnięć wypadkowych. (...) Prawo do zaskarżenia odnosi się do rozstrzygnięć wydawanych we wszelkiego typu postępowaniach, chyba że zostanie ono wyłączone szczególnym przepisem konstytucyjnym” (vide - ibidem, s. 5 - 6).

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, do koniecznych uprawnień stron w sprawiedliwej procedurze sądowej należą m.in. odpowiednie środki zaskarżenia. Trybunał przypominał przy tym, że przy określaniu uprawnień przysługujących stronom niezbędne jest takie ukształtowanie środków proceduralnych, aby umożliwić właściwe zrównoważenie pozycji procesowej każdej ze stron (vide -

wyrok z dnia 21 lipca 2009 r., sygn. K 7/09, op. cit., s 1187 oraz powołane tam orzecznictwo).

Trybunał Konstytucyjny niejednokrotnie prezentował stanowisko, że obowiązywanie zasady dwuinstancyjnego postępowania nie musi ograniczać się do głównego nurtu postępowania sądowego. Zasada ta ma zastosowanie także wobec kwestii rozstrzyganych incydentalnie, wпадkowo, poza nurtem postępowania „głównego”, jeżeli dotyczą praw lub obowiązków danego podmiotu (por. wyroki: z dnia 22 października 2013 r., sygn. SK 14/13, OTK ZU Nr 7/A/2013, poz. 100, s. 1403 oraz powołane tam orzecznictwo, jak również z dnia 12 kwietnia 2012 r., sygn. SK 21/11, OTK ZU Nr 4/A/2012, poz. 38, s. 376 oraz powołane tam orzecznictwo).

Szczególnie istotne znaczenie ma konstatacja Trybunału Konstytucyjnego, który stwierdził że, określając podmiot prawa do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji, prawodawca konstytucyjny posłużył się terminem „każda ze stron”. Przez stronę, w rozumieniu art. 78 Konstytucji, należy rozumieć każdy podmiot, którego praw lub obowiązków dotyczy rozstrzygnięcie wydane w pierwszej instancji, nawet jeżeli prawo nie przewiduje udziału tego podmiotu w postępowaniu prowadzącym do wydania tego rozstrzygnięcia (vide - wyrok z dnia 19 września 2007 r., sygn. SK 4/06, op. cit., s. 1225 oraz powołane tam orzecznictwo, jak również wyrok z dnia 14 marca 2006 r., sygn. SK 4/05, OTK ZU Nr 3/A/2006, poz. 29, s. 292).

Trybunał Konstytucyjny podkreślał niejednokrotnie, że celem reguły instancyjności jest zapobieganie pomyłkom i arbitralności w pierwszej instancji. Brak możliwości zaskarżenia do sądu wyższej instancji ogranicza zainteresowanym prawo do sądu, co jest sprzeczne z zasadą demokratycznego państwa prawnego (por. wyrok z dnia 12 czerwca 2002 r., sygn. P 13/01, OTK ZU Nr 4/A/2002, poz. 42, s. 569 oraz powołane tam orzecznictwo, jak również z dnia 25 lipca 2013 r., sygn. SK 61/12, OTK ZU Nr 6/A/2013, poz. 84, s. 1165 oraz powołane tam orzecznictwo).

Postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej niewątpliwie stanowią rozstrzygnięcia o wolnościach i prawach osoby poddawanej takiej kontroli. Tym samym, wyczerpują one konstytucyjne pojęcie „sprawy” w rozumieniu przytoczonego wyżej orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, co przesądza, że ustawodawca jest obowiązany unormować wspomnianą kwestię, respektując konstytucyjne gwarancje

prawa do sądu. Prawo do sądu bez zachowania standardu rzetelności postępowania byłoby jedynie prawem fasadowym. Przytoczone orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego przesądza, że nawet jeśli podmiot, o którego prawach lub obowiązkach rozstrzyga sąd w pierwszej instancji, nie bierze udziału w postępowaniu prowadzącym do wydania tego rozstrzygnięcia (jak ma to miejsce w przypadku postanowień w przedmiocie kontroli operacyjnej), to i tak podmiotowi temu przysługuje prawo do zaskarżenia takiego orzeczenia.

Obowiązujące procedury wydawania przez sąd postanowień w przedmiocie kontroli operacyjnej, w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych, nie przewidują żadnego udziału zainteresowanego, którego ta kontrola dotyczy. Innymi słowy, procedury te nie gwarantują zainteresowanemu ani prawa do wysłuchania, wskazywanego przez Trybunał Konstytucyjny jako podstawowy standard sprawiedliwej procedury, ani realizacji wymienionych w orzecznictwie Trybunału, jako koniecznych do zagwarantowania, uprawnień strony do zgłaszania wniosków dowodowych oraz osobistego udziału w czynnościach procesowych. Nierespektowanie przez ustawodawcę wymienionych wyżej standardów ukształtowania procedury sądowej usprawiedliwia się niejawnym charakterem czynności operacyjno-rozpoznawczych i koniecznością podejmowania takich czynności w tajemnicy przed zainteresowanym. Jednakże w takiej sytuacji szczególnego znaczenia nabiera konieczność rygorystycznego przestrzegania pozostałych standardów sprawiedliwości proceduralnej, w tym prawidłowego ukształtowania postępowania odwoławczego w sprawach, w których zapadły postanowienia sądu w przedmiocie kontroli operacyjnej. Analiza tak obowiązujących, jak i projektowanych przepisów zawartych w ustawach instytucjonalnych poszczególnych służb mundurowych oraz służb specjalnych uprawnia do wniosku, że konstytucyjna zasada, iż każda ze stron ma prawo do zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji (art. 78 ustawy zasadniczej), w zakresie czynności operacyjno-rozpoznawczych stała się w polskim systemie prawnym wyjątkiem ograniczonym do tak zwanych podsłuchów procesowych oraz, w pewnym zakresie, podsłuchów realizowanych przez SKW (art. 31 ust. 10 ustawy o SKW). Regułą jest natomiast, że w przypadku podsłuchów realizowanych podczas kontroli operacyjnej przez Policję, Straż Graniczną, wywiad skarbowy, Żandarmerię

Wojskową, ABW, jak również CBA, zażalenie na postanowienie sądu w tym zakresie przysługuje jedynie organom służb, przy jednoczesnym pozbawieniu tego prawa osoby, wobec której podsłuch jest stosowany (prawa odroczonego w czasie).

Konsekwencją tej niezgodnej z Konstytucją RP zasady są zawarte w senackim projekcie ustawy propozycje kolejnych, wymienionych przypadków przyznania środka odwoławczego wyłącznie organom służb, przy pominięciu osoby zainteresowanej. Niejako na marginesie należałoby w tym miejscu odnotować, że ustawodawca pozbawił tego prawa (i zamierza to uczynić w projektowanych regulacjach) również prokuratora, co jednak wymagałoby przedstawienia odrębnych wywodów, wykraczających poza ramy niniejszej oceny projektu ustawy.

Przechodząc do oceny kwestionowanych regulacji w kontekście art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, należy odnotować poglądy doktryny, iż próba najbardziej ogólnego określenia zakresu pojęciowego prawa do rzetelnego postępowania, wynikającego z powołanego art. 6 ust. 1 Konwencji, sprowadza się do wymienienia dwóch podstawowych elementów standardu, to jest prawa do kontradyktoryjnego postępowania i zasady równości broni (por. Piotr Hofmański i Andrzej Wróbel, Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Komentarz do artykułów 1 - 18, Tom I, pod redakcją Leszka Garlickiego, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 329 oraz powołane tam orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka). W literaturze przedmiotu, jak również w orzecznictwie definiuje się, że „równość broni” oznacza, iż każda strona procesu musi mieć zapewnioną taką samą możliwość prezentowania swojej sprawy (także dowodów) w warunkach, które nie stawiają jej w sytuacji gorszej niż ta, w której znajduje się oponent (por. Piotr Hofmański i Andrzej Wróbel, op. cit., s. 335 oraz powołane tam orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, jak również Krystyna Kowalik - Bańczyk, Zasada równości broni, [w:] Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych w kierunku unifikacji standardów proceduralnych w Unii Europejskiej)

Przedstawiciele nauki podkreślają również, że biorąc pod uwagę zakres stosowania art. 6 ust. 1 Konwencji, wymóg rzetelności postępowania należy odnieść do wszystkich jego stadiów, także do postępowania poprzedzającego wniesienie

oskarżenia do sądu, jak i do postępowań odwoławczych (por. Piotr Hofmański i Andrzej Wróbel, op. cit., s. 332 oraz powołane tam orzecznictwo ETPCz).

Zgodnie z orzecznictwem ETPCz, podstawowym aspektem prawa do rzetelnego procesu jest kontradiktoryjność postępowania karnego, włącznie z elementami postępowania związanymi z procedurą karną, oraz równość broni pomiędzy oskarżeniem a obroną (por. wyroki: z dnia 16 lutego 2000 r., Rowe i Davis v. Wielka Brytania, sygn. 28901).

Europejski Trybunał Praw Człowieka podkreślał również wielokrotnie, że pojęcie „rzetelnego procesu”, gwarantowanego przez art. 6 ust. 1 Konwencji, obejmuje poszanowanie zasady równości broni. Zasada ta, która stanowi jeden z elementów szerszego pojęcia rzetelnego procesu w rozumieniu art. 6 ust. 1, wymaga zachowania sprawiedliwej równowagi pomiędzy stronami: każdemu winna zostać dana rozsądna możliwość przedstawienia swojej sprawy w warunkach, które nie stawiają tej osoby w mniej korzystnej sytuacji niż strony przeciwnej. Należy jednocześnie wskazać, iż to do organów władzy krajowej należy zapewnienie w danym przypadku poszanowania warunków „rzetelnego procesu” (por. wyroki: z dnia 12 kwietnia 2012 r., Legerdere v. Francja, sygn. 18851/07, z dnia 15 stycznia 2008 r., Luboch v. Polska, sygn. 37469/05, z dnia 5 lipca 2005 r., Lomaseita Oy i inni v. Finlandia, sygn. 45029/98 oraz z dnia 16 lutego 2000 r., Jasper v. Wielka Brytania).

Trybunał przypominał również, że na podstawie zasady równości broni, jako jednego z elementów szerszej koncepcji słusznego procesu, każdej ze stron należy zapewnić rozsądną sposobność przedstawienia jej sprawy na warunkach, które nie umieszczają jej w położeniu niekorzystnym vis-a-vis jej przeciwnika (por. wyrok z dnia 22 lutego 1996 r., BULUT v. Austria, Orzecznictwo Strasburskie, Zbiór orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka 1990 — 1997, Tom I, Toruń 1998, s. 290, z dnia 23 października 1996 r., Ankeler v. Szwajcaria, Orzecznictwo Strasburkie, Zbiór orzeczeń..., op. cit., s. 303 oraz z dnia 27 października 1993 r., Dombo Beheer B.V. v. Holandia, Orzecznictwo Strasburskie, Zbiór orzeczeń..., op. cit. s. 225).

ETPCz niejednokrotnie prezentował również stanowisko, że nawet jeżeli podstawowym celem art. 6 Konwencji, w odniesieniu do spraw karnych, jest zapewnienie sprawiedliwego procesu przed „sądem” właściwym do rozstrzygnięcia

w przedmiocie „każdego oskarżenia”, nie wynika stąd, iż artykuł ten nie ma zastosowania do postępowania poprzedzającego postępowanie sądowe. Art. 6 znajduje więc zastosowanie zanim sprawa jest wniesiona do sądu, jeżeli i tak dalece, jak rzetelność postępowania sądowego może zostać poważnie naruszona przez uprzedni brak zgodności z wymogami tego artykułu (por. wyroki: z dnia 6 czerwca 2000 r., *Magee v. Wielka Brytania*, sygn. 45029/98 oraz z dnia 23 czerwca 1981 r., *le Comte, Van Leuven i De Meyere v. Belgia*, sygn. 6878/75).

W kontekście przytoczonego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, nie ulega wątpliwości, że Trybunał przykłada wielką wagę do zasady równości broni, jako fundamentalnego warunku rzetelnego procesu. Co więcej, zasada ta musi być respektowana również w toku realizacji procedur poprzedzających postępowanie sądowe, jak i w postępowaniu odwoławczym. Z omawianego orzecznictwa ETPCz wynika wprost, iż rzetelny proces wymaga zachowania sprawiedliwej równowagi między stronami oraz, że żadnej ze stron nie wolno postawić w sytuacji mniej korzystnej niż sytuacja strony przeciwnej.

Analiza aktualnie obowiązujących, jak i proponowanych w projekcie unormowań dotyczących środków odwoławczych od postanowień sądu w przedmiocie czynności operacyjno-rozpoznawczych prowadzi do wniosku, że polski ustawodawca, przyjmując te unormowania i proponując unormowania nowe, nie respektuje zasady równości broni. Służby mundurowe oraz specjalne zostały postawione przez ustawodawcę w sytuacji prawnej wyraźnie uprzywilejowanej w stosunku do osób, wobec których stosowane są podsłuchy oraz, wobec których zbierane są dane i informacje, nawet po zakończeniu owych czynności.

Jak już sygnalizowano, osobie, wobec której podejmowane są omawiane czynności operacyjno-rozpoznawcze, z samej natury niejawnych procedur nie gwarantuje się ani prawa do wysłuchania, ani prawa do zgłaszania wniosków dowodowych, ani prawa do osobistego udziału w czynnościach przed wydaniem przez sąd stosownego postanowienia w przedmiocie kontroli operacyjnej lub w przedmiocie pozyskiwania i wykorzystywania danych i informacji, ale nie ma uzasadnienia dla utrzymywania takiego stanu rzeczy już po zakończeniu owych czynności, i to nawet w czasie, gdy ujawnienie faktu ich prowadzenia nie może już w żaden sposób zagrozić

realizacji nadrzędnych celów procesu lub innym wartościom chronionym konstytucyjnie.

Poniżej przedstawiam bardziej szczegółowe odniesienie się do projektowanych zmian, proponowanych w poszczególnych ustawach kompetencyjnych, wskazując na najbardziej istotne wątpliwości, jak również poddaję pod rozagę następujące uwagi.

II. Uregulowania proponowane w art. 1 projektu - obejmujące zmiany w ustawie z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2015 roku, poz. 355)

Art. 1 pkt 1 lit b projektu - zmieniający art. 19 ust. 6 ustawy o Policji

Przepis jest eklektyczny, razi niekonsekwencją i pozostaje w sprzeczności z normami gwarantowanymi konstytucyjnie. Jego treść wskazuje się, że kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie i polega na „podśluchu rozmów prowadzonych przy użyciu środków technicznych”, ale podkreślić należy, iż nie każdy przekaz informacji (np. treść wiadomości sms, mms) jest „rozmową” podlegającą kontroli operacyjnej. Pewna zatem część przekazów pozostawałaby poza dopuszczalną możliwością kontroli, wypaczając jej ustalenia.

Projektowany przepis, z uwagi na interpretację przez Trybunał Konstytucyjny pojęcia „korespondencji” ma bardzo szeroki zakres, albowiem zdaniem Trybunału, wyrażenie „kontrola treści korespondencji” nie zawęży się jedynie do tradycyjnej formy wymiany informacji, lecz obejmuje każdy sposób przekazywania informacji pomiędzy jednostkami, bez względu na formę (tradycyjna poczta, e-mail, SMS, MMS itp.).

W projektowanym art. 19 ust. 6 pkt 1 wymieniono jedynie podsłuch rozmów prowadzonych przy użyciu środków technicznych. Wątpliwości budzi to, czy w przypadku przepisu, wskazującego enumeratywnie na czym polega kontrola operacyjna i braku możliwości stosowania wykładni rozszerzającej, możliwe będzie objęcie kontrolą operacyjną także sms i mms. W punkcie pierwszym przepisu wskazuje się, że kontrola operacyjna polega na podsłuchu rozmów prowadzonych przy użyciu

„środków technicznych”. Nasuwa się więc pytanie czy pozostałe formy kontroli operacyjnej polegające na:

- podsłuchu i podglądzie pomieszczeń i osób poza miejscami publicznymi,
- nadzorze elektronicznym osób, miejsc i przedmiotów oraz środków transportu nie będą prowadzone przy użyciu środków technicznych. Charakter czynności wskazanych w ust. 6 pkt 2 i 4 jednoznacznie wskazują, że mają one być wykonywane przy użyciu takich środków. Przepis wymaga więc przeredagowania w taki sposób, by odpowiadał rzeczywistości charakterowi dozwolonych czynności operacyjnych.

W przepisie brak jest dookreślenia rodzajów użytych środków technicznych, co stanowiło dla Trybunału Konstytucyjnego wyznacznik poszanowania konstytucyjnej zasady legalizmu, zgodnie z którą wszystkie organy władzy publicznej mają działać na podstawie i w granicach prawa (art. 7 Konstytucji RP). Nie chodzi oczywiście o to, by w akcie rangi ustawowej specyfikować rodzaje możliwych do użycia środków technicznych, gdyż miałyby to negatywny wpływ na efektywność czynności operacyjnych. Nie byłoby też wskazane ze względu na dokonujący się postęp techniczny i związane z nim poszerzanie możliwości kontroli operacyjnej. Chodzi natomiast o to, by wnioskując o zastosowanie środka technicznego, a w szczególności podejmując decyzję o jego zastosowaniu odnosić się do konkretnego, zindywidualizowanego rodzaju użytego środka technicznego. W związku z tym, przepisy zmienianych ustaw w zakresie odnoszącym się do użycia środków technicznych winny wskazywać, że chodzi o „określone”, względnie „wskazane” we wniosku środki techniczne.

Zasadnym byłoby więc doprecyzowanie przepisu (chyba, że sms i mms mogłyby zostać uznane za korespondencję, wymienioną art. 19 ust. 6 w pkt 3 ustawy, ale brak regulacji w tym zakresie mógłby powodować odmienne interpretacje i odmienną praktykę).

Ponadto przepis, który określa na czym polega kontrola operacyjna, należałoby również uzupełnić poprzez wskazanie, że uprawniony organ może nie tylko stosować podsłuch rozmów, ale również rejestrować ich treść, poprzez dodanie wyrazów: „i utrwalanie ich treści”. Uzupełnienie przepisu o proponowaną treść konieczne jest również z tego powodu, iż w literaturze nie są odosobnione poglądy nakazujące

prowadzenie kontroli operacyjnej „na bieżąco”, bez utrwalania treści rozmów, co ma umożliwić natychmiastowe reagowanie na zaistniałe zdarzenia, a przede wszystkim zapobiegać utrwalaniu treści osobistych, intymnych i nie mających znaczenia dla sprawy. Ostatnim i być może najistotniejszym argumentem uzasadniającym uzupełnienie proponowanego przepisu o wskazane „i utrwalanie ich treści” są kwestie dotyczące różnych interpretacji dotyczącej instytucji zgody następczej i terminów wystąpienia o zgodę następczą.

Podobne zmiany należałoby wprowadzić odpowiednio do:

- 1) art.2 pkt 1 „b” projektu ustawy, zmieniającego art. 9e ustawy o Straży Granicznej;
- 2) art. 3 pkt 3 lit. b projektu ustaw, zmieniającego art.36c ustawy z dnia 28 września 1991 roku o kontroli skarbowej;
- 3) art. 6 pkt 3 lit. b projektu ustawy zmieniającego art. 31 ust.7 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych;
- 4) art. 7 pkt 2 lit. a projektu ustawy, zmieniającego art.27 ust.6 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu;
- 5) art. 9 pkt 1 lit. b projektu ustawy zmieniającego art. 31 ust.4 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz o Służbie Wywiadu Wojskowego;
- 6) art. 10 pkt 1 lit. a projektu ustawy, zmieniającego art. 17 ust. 5 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym.

W związku z tą uwagą pozwolę sobie w tym miejscu poddać pod rozagę zasadność dokonania we wszystkich ustawach kompetencyjnych ujednoczenia i doprecyzowania przepisów odnoszących się do terminów kierowania wniosków o wyrażenie zgody następczej, poprzez wskazanie, że organ „policyjny” nie później niż w terminie 2 miesięcy od zakończenia kontroli przekazuje materiały prokuratorowi, który nie później niż miesiąc od dnia ich otrzymania skieruje wniosek do sądu. Aktualne brzmienie tego przepisu budzi bowiem wątpliwości, czy wprowadzony w niej dwumiesięczny termin dotyczy przekazania materiałów kontroli operacyjnej prokuratorowi, czy też jest terminem, w którym to prokurator musi już skierować wniosek do sądu.

Art. 1 pkt 1 lit. c – dodawany art. 19 ust. 6a i 6b ustawy o Policji

Zastosowana w projekcie konstrukcja prawna przewiduje stosowanie wszelkich środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawną informacji i zakłada równocześnie, że tą drogą może być pozyskany każdy dowód i każda informacja o osobie.

Trybunał Konstytucyjny w przywołanym na wstępie wyroku uznał za spełniające gwarancje konstytucyjne przyjęcie praktyki, w myśl której, organ zarządzający kontrolę operacyjną jest obowiązany do zindywidualizowania w każdej sprawie środka technicznego, jaki ma być stosowany. Z punktu widzenia wymagań konstytucyjnych dopuszczalne jest zastosowanie tylko takiego środka, który przewidziany został przez prawo i może być stosowany przez organ wnoszący o zarządzenie kontroli operacyjnej. Obowiązujące prawo musi precyzować dopuszczalne dla każdej ze służb „sposoby stosowania kontroli operacyjnej”, spośród których organ składający wniosek o taką kontrolę ma dopiero wskazać rekomendowany w danej sprawie sposób kontroli.

Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę, że ustrojowa pozycja sądów, jako organów niezależnych od władzy wykonawczej oraz postawionych na straży konstytucyjnych wolności i praw podmiotowych (art. 10, art. 77 ust. 2 Konstytucji) predestynuje je do przeprowadzania kompleksowej oceny wniosków o zarządzenie kontroli operacyjnej, a w konsekwencji także do precyzyjnego wyznaczenia jej zakresu oraz sposobów pozyskiwania informacji. Z tego powodu, zarówno wniosek jak i postanowienie sądu musi wskazywać „konkretny” rodzaj środka technicznego, za pomocą którego mają być pozyskiwane informacje i dowody dotyczące jednostki.

Art. 1 pkt 1 lit. d projektu, w którym nadaje się nowe brzmienie art. 19 ust. 9 ustawy o Policji.

W projektowanym przepisie przewidziano jednokrotną możliwość wydania postanowienia o przedłużeniu kontroli operacyjnej na czas oznaczony, jednak nie

dłuższy niż 12 miesięcy, po upływie okresów, o których mowa w ust. 8 (tj. 6 miesiącach).

Pozytywny aspekt proponowanej zmiany polega na ograniczeniu prawa do przedłużenia kontroli operacyjnej do „jednokrotnego” wydania postanowienia w tym przedmiocie przez sąd okręgowy. Należy jednak zwrócić uwagę, że w zestawieniu z czasem trwania kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych określonym w art. 238 § 1 k.p.k., które mogą być wprowadzone najwyżej na okres 3 miesięcy, z możliwością przedłużenia, w szczególnie uzasadnionym wypadku, na okres najwyżej dalszych 3 miesięcy - przewidziany w art. 19 ust. 9 ustawy o Policji okres wykonywania kontroli operacyjnej jest niewspółmiernie długi, może bowiem łącznie wynosić aż 18 miesięcy. Wynika to z możliwości przedłużenia pierwotnego okresu kontroli operacyjnej na mocy postanowienia sądu o dalsze 3 miesiące i możliwości kolejnego, jednokrotnego przedłużenia tej kontroli na mocy postanowienia sądu na okres nieprzekraczający 12 miesięcy. Wskazany dysonans wynikający ze zróżnicowania długości terminów prowadzenia kontroli potęguje okoliczność, że kontrola operacyjna, prowadzona jest pod zdecydowanie mniejszym nadzorem sądu niż podsłuch procesowy.

Ponadto wydaje się, że konstrukcja „jednorazowego” wydawania takiego postanowienia może rodzić w praktyce wątpliwości ze stosowaniem tego przepisu i jego wykładnią. Z jednej strony - w przypadku przedłużenia kontroli operacyjnej np. o 3 miesiące norma wskazana w tym przepisie może spowodować „utrata” pozostałego okresu, z drugiej strony - jednorazowe przedłużenie na zbyt długi okres mieszczący się w 12 miesiącach (włącznie) prowadzić może do sytuacji, gdy kontrola taka będzie prowadzona do końca tego okresu pomimo ustania ku temu przesłanek.

Powyższa uwaga dotyczy również projektowanych zmian analogicznych przepisów w pozostałych ustawach kompetencyjnych (poza ustawą o ABW i AW oraz ustawą o SKW i SWW, w odniesieniu do których nie przewidziano w ogóle maksymalnego terminu prowadzenia kontroli operacyjnej, co również budzi wątpliwości, z uwagi na możliwość permanentnego „kontrolowania” danej osoby. Wydaje się więc zasadne precyzyjne uregulowanie, w jakich sytuacjach kontrola operacyjna może być prowadzona bez ograniczenia terminu.

Analogiczna uwaga odnosi się do tożsamej treści art. 9e ust. 10 ustawy o Straży Granicznej, a także art. 36c ust. 7 ustawy o kontroli skarbowej oraz art. 31 ust. 10 ustawy o Żandarmerii Wojskowej, które zawierają wskazany maksymalny okres 18 miesięcy stosowania kontroli operacyjnej.

Przejawem niekonsekwencji projektodawcy jest okoliczność, że w początkowym okresie limituje okres stosowania kontroli operacyjnej wprowadzając okresy 3 miesięczne, a następnie w sposób nieproporcjonalny zezwala na wydłużenie okresu kontroli czterokrotnie w stosunku do podstawowego okresu stosowania kontroli, wynoszącego 3 miesiące.

Art. 1 pkt 1 lit. e projektu – w którym w art. 19 dodaje się ust. 15f- 15i ustawy o Policji

Podstawowy zarzut do proponowanego przepisu dotyczy braku określenia terminu, w którym Komendant Główny Policji, Komendant CBŚP albo komendant wojewódzki Policji przekazuje prokuratorowi materiały mogące zawierać informacje stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji, o których mowa w art. 180 § 2 k.p.k. Wskazany brak manifestuje się w sposób szczególny w zestawieniu z proponowanym w projekcie dalszym trybem procedowania z takimi materiałami. Mianowicie w art. 19 ust. 15g wskazuje się, że „prokurator niezwłocznie po otrzymaniu materiałów, kieruje je do sądu”.

Projekt w art. 19 ust. 15h obliguje również sąd do wydania zarządzenia w przedmiocie zniszczenia materiałów w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku przez prokuratora. W konsekwencji w myśl projektu tylko organy Policji nie są limitowane terminem przekazania materiałów zawierających tajemnice, o których mowa w art. 180 § 2 k.p.k.

Projektowane art. 19 ust. 15f — 15i ustawy o Policji nie rozwiązują kwestii dotyczących możliwości wykorzystania materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej, zawierających okoliczności związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji, o których mowa w art. 180 § 1 k.p.k. Zasadnym byłoby więc wprowadzenie uregulowań w tym zakresie, celem wyeliminowania wątpliwości mogących występować w praktyce.

Ponadto w projektowanym ust. 15f nie uwzględniono zakazu dowodowego wynikającego z art. 178a kpk (dotyczącego mediatora), który to przepis wszedł w życie w dniu 1 lipca 2015 r., w związku z tym należałoby przepis ten odpowiednio uzupełnić.

Również w przypadku projektowanego ust. 15h nie wskazano jednoznacznie, jakie są przesłanki podejmowania przez sąd decyzji w przedmiocie stwierdzenia dopuszczalności wykorzystania w postępowaniu karnym materiałów mogących zawierać informacje stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji, o których mowa w art. 180 § 2 k.p.k. oraz, czy na przewidziane w nim rozstrzygnięcie dotyczące zarządzenia zniszczenia materiałów przysługuje zażalenie (przy czym zasadnym byłoby przyznanie prokuratorowi prawa do wniesienia takiego zażalenia, z uwagi na to, iż wykonanie takiego rozstrzygnięcia będzie prowadziło do nieodwracalnej utraty takich materiałów - w celu wyeliminowania wątpliwości w tym zakresie należałoby dodać klauzulę dotyczącą odpowiedniego stosowania uregulowań art. 180 § 2 -5 k.p.k.

Przepis art. 19 ust. 15f pkt 2 w zakresie, w jakim dotyczy przekazania wymienionych materiałów przez Policję należałoby więc uzupełnić o zwrot „niezwłocznie”.

Na marginesie należy zauważyć zbędną dychotomię określenia terminów, w jakich poszczególne organy podejmują działania „14 dni” i „niezwłocznie”, co z uwagi na ugruntowane orzecznictwo prowadzi, mimo odmienności użytych określeń do tożsameskiego skutku w określeniu zakładanego w projekcie terminu.

Powyższe uwagi dotyczą również projektowanych zmian analogicznych przepisów w pozostałych ustawach kompetencyjnych.

Analogiczne braki w zakresie wymogu „niezwłoczności” działania organów uprawnionych do stosowania kontroli operacyjnej zawierają przepisy:

- art. 36d ust. 1f pkt 2 ustawy o kontroli skarbowej,
- art. 30b ust. 1 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych,
- art. 27 ust. 15h pkt 2 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. 2010 r. Nr 29, poz. 154 ze zm.),
- art. 75da ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o Służbie Celnej,

- art. 18a ust. 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym.

Art. 1 pkt 2, w którym proponuje się nowe brzmienie art. 20c ustawy o Policji

Zgodnie z projektem Policja „może mieć udostępniane dane” telekomunikacyjne, jak również może je przetwarzać w celu nie tylko - jak dotychczas - zapobiegania lub wykrywania przestępstw, ale także ich rozpoznawania i zwalczania, albo uzyskania i utrwalenia dowodów przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego albo w celu ratowania życia lub zdrowia ludzkiego bądź wsparcia działań poszukiwawczych lub ratowniczych, (art. 20c ust. 1 ustawy o Policji, art. 10b ust. 1 ustawy o Straży Granicznej oraz art. 36b ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej).

Wydaje się, że projektodawca nadal bardzo ekstensywnie zamierza określać zakres udostępnienia Policji danych telekomunikacyjnych. W tym kontekście należy więc mieć na uwadze, że ingerencja w konstytucyjne prawo do ochrony prywatności (art. 47 Konstytucji RP) i tajemnicę komunikowania się (art. 49 Konstytucji RP) może mieć miejsce nie tylko w wypadku zapoznawania się organów władzy publicznej z samą treścią komunikatów przekazywanych między jednostkami, ale również w sytuacji pozyskania przez władze informacji towarzyszących temu procesowi. Oznacza to, że udostępnienie Policji danych, o których mowa w art. 180c i art. 180d prawa telekomunikacyjnego, stanowi ingerencję w prawo do ochrony prywatności i ochrony tajemnicy komunikowania się. Mimo, że tego rodzaju ingerencję można uzasadnić, z uwagi na potrzebę zapewnienia efektywnego zwalczania przestępczości, to jednak dopuszczalność tego środka uzależniona jest od spełnienia wymagań wynikających z zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji). Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na niedostateczne gwarancje proceduralne, związane z brakiem efektywnej zewnętrznej kontroli udostępniania danych telekomunikacyjnych.

Przepisy ustawowe, upoważniające Policję do pozyskiwania danych telekomunikacyjnych powinny więc zawierać mechanizm niezależnej kontroli, skoro pozyskiwanie tych danych dokonuje się w sposób niejawny, bez wiedzy i woli podmiotów, o których informacje są przez Policję gromadzone, a zarazem przy

ograniczonej kontroli społeczeństwa, brak niezależnej kontroli organów państwa nad tym procesem stwarza ryzyko nadużyć. Wskazana regulacja może przyczyniać się do nieuzasadnionej ingerencji w wolności lub prawa człowieka.

Wymóg unormowania w ustawie proceduralnych mechanizmów przeciwdziałających arbitralności podczas pozyskiwania danych telekomunikacyjnych jest tym silniejszy, im szerszy jest zakres kompetencji organów państwa do niejawnego pozyskiwania informacji.

Art. 1 pkt 3 projektu, w którym proponuje się dodanie art. 20ca - 20cc ustawy o Policji

Projektowane przepisy nie określają przesłanek decyzji podejmowanych przez sąd w przedmiocie stwierdzenia dopuszczalności wykorzystania w postępowaniu karnym materiałów mogących zawierać informacje stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji, o których mowa w art. 180 § 2 k.p.k. oraz nie wskazują, czy na przewidziane w przepisie rozstrzygnięcie dotyczące zarządzenia zniszczenia materiałów przysługuje zażalenie - odnosi się również do projektowanego art. 20ca ust. 3 (oraz projektowanych zmian analogicznych przepisów w pozostałych ustawach kompetencyjnych).

Zobowiązanie organu Policji (art. 20cc ust. 2) do przedstawiania zbiorczych, uogólnionych informacji o liczbie kontroli danych telekomunikacyjnych lub pocztowych, podstawach prawnych ich uzyskania jak i rodzaju przestępstw, w związku z zaistnieniem których wystąpiono o wskazane dane - nie stanowi rzeczywistej kontroli zasadności występowania o wskazane dane.

Nadto, należy zauważyć, że proponowana w projekcie kontrola ma charakter następczy, dotyczy bowiem udostępnionych danych telekomunikacyjnych i ma być związana ze sporządzanym przez organy Policji sprawozdaniem. Nie przewiduje się natomiast kontroli na etapie przystępowania przez organy Policji, Żandarmerii Wojskowej, wywiadu skarbowego, Straży Granicznej, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Służby Kontrwywiadu Wojskowego i Centralnego Biura Antykorupcyjnego do pozyskiwania danych telekomunikacyjnych i pocztowych. W szczególności projekt nie przewiduje zgody sądu lub prokuratora na uzyskanie

dostępu do wskazanych danych oraz danych identyfikujących podmiot korzystający z usług pocztowych, o których mowa w art. 20c ust. 1 pkt 2 projektu. Uprawnienia sądu ograniczone zostały w projekcie do kontroli uprzednio zgromadzonych danych telekomunikacyjnych:

III. Uregulowania proponowane w art. 2 projektu obejmujące zmiany ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 2014 roku, poz. 1402)

Art. 2 pkt 1 projektu

W projektowanym art. 9e ust. 1 pkt 4 ustawy o Straży Granicznej zastrzeżenia budzi wybiórcze wskazanie - spośród przestępstw przeciwko mieniu - wyłącznie tych spenalizowanych w art. 278 § 1 kk i art. 291 § 1 kk, co pozwoli na stosowanie kontroli operacyjnej wobec sprawcy kradzieży i każdego pasera - jeżeli przestępstwa te będą pozostawać w związku z przemieszczaniem przedmiotów przestępstwa przez granicę państwową, ale już nie kradzieży z włamaniem (art. 279 § 1 kk) czy rozboju (art. 280 kk).

Art. 2 pkt 2 projektu

Straż Graniczna, zgodnie z projektem ma uzyskać uprawnienie dostępu do danych telekomunikacyjnych także w celu rozpoznawania, zwalczania i utrwalenia dowodów przestępstw. Należy więc zauważyć, że projekt poszerza w art. 10b ust. 1 ustawy o Straży Granicznej zakres dostępu do danych telekomunikacyjnych w przypadku podejmowania czynności związanych z „rozpoznawaniem” przestępstw skarbowych w odniesieniu, do których wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznoprawnej przekracza w dacie popełnienia czynu zabronionego pięćdziesięciokrotną wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę.

W odróżnieniu jednak od regulacji zawartej w art. 20c projektu ustawy o Policji, art. 1 ust. 2 pkt 4 ustawy o Straży Granicznej definiuje rodzaje przestępstw, których rozpoznawanie oraz wykrywanie i którym zapobieganie, a także ściganie ich sprawców należy do właściwości Straży Granicznej.

Projekt ustawy dotyczący tej służby powiela procedurę kontrolną sądu okręgowego zawartą w art. 20cc projektu, dotyczącą organów Policji - co aktualizuje podniesione wyżej zastrzeżenia dotyczące przyjęcia formy kontroli następczej oraz braku zindywidualizowanej procedury kontroli legalności i zasadności dostępu do danych telekomunikacyjnych.

Zastrzeżenia należy podnieść również do treści art. 10b ust. 5 oraz art. 10ba ust. 1 ustawy o Straży Granicznej, które nie przewidują w stosunku do funkcjonariuszy Straży Granicznej obowiązku „niezwłocznego” przekazania prokuratorowi materiałów mających znaczenie dla postępowania karnego oraz materiałów zawierających dane dotyczące bezpośrednio osoby wykonującej zawód lub funkcję. Podobnie jak w przypadku ustawy o Policji niewytłumaczalne jest, z jakich powodów w projekcie zakreśla się termin do procedowania ze wskazanymi materiałami prokuratorowi (art. 10ba ust. 2) i sądowi (art. 10ba ust. 3), a w stosunku do organu Straży Granicznej nie przewiduje się w projekcie takiego wymogu.

Należy wskazać, że proponowane zmiany w ustawie o Straży Granicznej nie gwarantują realnej ochrony życia prywatnego obywateli oraz wolności i ochrony tajemnicy komunikowania się.

IV. Uregulowania zawarte w art. 3 projektu – obejmujące zmiany ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (Dz. U. 2011 r. Nr 41, poz. 214 ze zm.).

Zgodnie z projektem wywiad skarbowy ma uzyskać uprawnienie dostępu do danych telekomunikacyjnych także w celu rozpoznawania, zwalczania i utrwalenia dowodów przestępstw skarbowych.

Jako pozytywną zmianę należy odnotować propozycję ograniczenia katalogu sytuacji uprawniających wywiad skarbowy do pozyskiwania danych telekomunikacyjnych do przypadków dotyczących przestępstw skarbowych, w odniesieniu, do których wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznoprawnej przekracza w dacie popełnienia czynu zabronionego pięćdziesięciokrotną wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę, określonego na podstawie odrębnych przepisów (art. 36b ust. 1 ustawy o kontroli skarbowej).

Dotychczasowy brak jakichkolwiek ograniczeń w tym zakresie, nawet obejmujących przestępstwa skarbowe o relatywnie niskim ładunku społecznej szkodliwości, nasuwał uzasadnione zastrzeżenia.

V. W zakresie regulacji zawartych w art. 6 projektu, dotyczących nowelizacji ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz. U. z 2013 r. poz. 568 i 628 oraz z 2014 r. poz. 1055) pod rozwagę poddaję następujące kwestie:

- w art 6 pkt 2 projektu ustawy, w którym dodaje się *min. art. 30b ust. 1* - w brzmieniu projektowanego przepisu odwołano się do nieistniejącej w tym przepisie jednostki redakcyjnej „art. 30b ust. 5”;

- *art. 6 pkt 3 lit a projektu*, w którym nadaje się nowe brzmienie *art. 31 ust. 1 w pkt 4* w katalogu wymienionych przestępstw należałoby wskazać również art. 263 § 1 i 2 k.k. (nielegalne posiadanie, wyrabianie i handel bronią), które to przestępstwo aktualnie stanowi podstawę stosowania przez Żandarmerię Wojskową kontroli operacyjnej i określone jest w aktualnym brzmieniu nowelizowanej ustawy w art. 31 ust. 1 pkt 12;

- *art. 6 pkt 3 lit a - zmieniający art. 31 ust. 1 ustawy* - w projektowanym art. 31 ust. 1 poszerzono katalog przestępstw, w odniesieniu do których można stosować kontrolę operacyjną np. art. 286 § 1 kk, art. 299 § 1 - 6, art. 305, art. 310 § 1, 2, i 4, nie wskazując w uzasadnieniu argumentów dla takiej regulacji;

- *art 6 pkt 3 lit. e* – wątpliwości budzi odrębna procedura uzyskiwania zgody sądu na wykorzystanie w postępowaniu karnym materiałów mogących zawierać informacje stanowiące tajemnice związane z wykonywaniem zawodu lub funkcji, o których mowa w art. 180 § 2 k.p.k. Podnoszone wątpliwości (sformułowane przez Naczelną Prokuraturę Wojskową) dotyczą sposobu uzyskiwania zgody sądu. Wątpliwości nie budzi samo występowanie prokuratora do sądu z wnioskiem o wyrażenie zgody na wykorzystanie w postępowaniu karnym omawianych materiałów,

jeżeli nie będzie wymagana tzw. „zgoda następcza” sądu, określona w art. 31 ust. 16c ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, jednakże w przypadku konieczności wystąpienia do sądu z wnioskiem wskazanym w art. 31 ust. 16c ustawy Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (w terminie 2 miesięcy od zakończenia kontroli), dodatkowe wcześniejsze (niezwłoczne) przekazywanie materiałów i sporządzanie wniosku do sądu, wydaje się zbędne. Powodować to będzie konieczność dodatkowego selekcjonowania materiałów, sporządzania wniosków i przekazywania ich do sądu. Wydaje się, że wyłączenie i podzielenie materiałów może utrudniać sądowi podjęcie decyzji, bowiem sąd zostanie pozbawiony możliwości kompleksowego zapoznania się z całością materiałów, z uwagi na odrębnie wysłany wniosek w oparciu o regulacją proponowaną w art. 6 pkt 3 lit. e projektu - dodawane w art. 31 ust. 16f-16i.

VI. Uwagi przedstawione wyżej odnoszą się również do analogicznych procedur proponowanych w art. 9 projektu – w zakresie ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego i Służbie Wywiadu Wojskowego.

Zasadnym wydaje się jest rozważenie rozszerzenia katalogu przestępstw, do których rozpoznawania, zapobiegania i zwalczania uprawniona jest ta służba.

Służba Kontrwywiadu Wojskowego, jako służba specjalna, właściwa jest, zgodnie z treścią art. 1 wskazanej ustawy w sprawach ochrony przed zagrożeniami wewnętrznymi dla obronności Państwa, bezpieczeństwa i zdolności bojowej Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej oraz innych jednostek organizacyjnych podległych lub nadzorowanych przez Ministra Obrony Narodowej, także w sprawach ochrony przed zagrożeniami ekonomicznymi, którą realizuje Zarząd Ochrony Ekonomicznych Interesów Sił Zbrojnych SKW.

Aby zadania postawione przed tą służbą mogły być realizowane w sposób pełny i właściwy realizowane, niezbędne wydaje się uzupełnienie katalogu przestępstw wskazanych w art. 5 ust. 1 lit. d ustawy określonych w art. 228-230 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, poprzez wskazanie również przestępstw z art. 231 § 2 k.k. i art. 305 k.k., jeżeli mogą one zagrażać bezpieczeństwu, zdolności bojowej SZ

RP lub innych jednostek organizacyjnych MON. Pozwoli to na skuteczniejsze i efektywniejsze realizowanie czynności operacyjno-rozpoznawczych, wymienionych w art. 31 ustawy. Wobec obowiązku realizacji stawianych przed wymienioną służbą zadań związanych z monitorowaniem zamówień publicznych, brak możliwości kontroli operacyjnej łączącej się z powyższymi przestępstwami, zdecydowanie utrudnia, a często uniemożliwia właściwe zabezpieczenie, istotnych z punktu widzenia bezpieczeństwa i obronności, zamówień publicznych realizowanych przez Ministerstwo Obrony Narodowej.

VII. Uregulowania proponowane w art. 7 projektu - obejmujące zmiany w ustawie z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2010 r. Nr 29, poz. 154, z późn. zm.)

W projekcie proponuje się między innymi zmianę zakresu zadań Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego poszerzając zakres właściwości rzeczowej tej służby.

W wątpliwość należy podać wprowadzenie w projekcie kompetencji tej służby do ścigania przestępstwa z art. 266 § 2 k.k, polegającego na ujawnieniu osobie nieuprawnionej informacji niejawnej o klauzuli „zastrzeżone” lub „poufne”, zagrożonego przez ustawę karną karą pozbawienia wolności do lat 3. Założeniem ustawowym winno być powierzanie wyodrębnionej służbie postępowań o zdecydowanie większej wadze. Określając w art. 5 ust. 1, pkt 2 lit. a katalog przestępstw, których rozpoznawanie, zapobieganie im, wykrywanie oraz ustalanie i ściganie ich sprawców pozostaje we właściwości Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego ustawodawca nadal posługuje się niedookreślonym pojęciem: „jeżeli ich popełnienie zagraża bezpieczeństwu państwa”. Pojęcie: „przestępstwo zagrażające bezpieczeństwu państwa” nie nawiązuje ani do potocznych, ani do ustawowych nazw poszczególnych typów przestępstw, nie wykazuje również związku z systematyką przestępstw przyjętą w Kodeksie karnym.

Podobne sformułowanie „przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu wewnętrznemu lub zewnętrznemu Rzeczypospolitej Polskiej” - występuje jedynie w art. 112 pkt 1 k.k. przy określeniu podstaw do stosowania Kodeksu karnego. Przepis ten

wymaga jednak dopełnienia przepisami, w których określone są znamiona poszczególnych czynów zabronionych, gdyż art. 112 pkt 1 k.k. samodzielnie nie konstytuuje typu przestępstwa.

VIII. Pozwalam sobie zwrócić również uwagę na błąd zawarty w treści art. 18a ust. 2 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (**art. 10 pkt 3 projektu ustawy**) nakazujący wystąpić do Sądu Okręgowego w Warszawie z wnioskiem o wykorzystanie w postępowaniu karnym materiałów zawierających dane dotyczące osoby wykonującej zawód lub funkcje, o których mowa w art. 180 § 2 k.p.k. nie Prokuratorowi Generalnemu, lecz prokuratorowi wojskowemu. W związku z tym wyrazy „prokurator wojskowy” należy zastąpić wyrazami „Prokurator Generalny”, gdyż to właśnie Prokurator Generalny ma podejmować określone w tym przepisie czynności.

IX. W odniesieniu do zawartego w **art. 13 ust. 2 projektu przepisu intertemporalnego**, który stanowi, że „po zakończeniu kontroli operacyjnej, o której mowa w art. 12 ust. 2, wskutek upływu terminu może zostać jednokrotnie zarządzona kontrola operacyjna na podstawie art. 19 ust. 9 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, art. 9e ust. 10 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej, art. 36c ust. 7 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej i art. 31 ust. 10 ustawy z dnia z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą.”. Wskazany przepis budzi wątpliwości bowiem zezwala na powtórzenie przeprowadzenia kontroli operacyjnej, mimo, że kontrola operacyjna została już raz przeprowadzona na podstawie dotychczas obowiązujących przepisów.

Reasumując powyższe, wyrażam pogląd, że analiza rozwiązań proponowanych w *senackim projekcie ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (druk senacki 967)* nasuwa uwagi i wątpliwości, które uniemożliwiają pozytywne zaopiniowanie tego projektu, który wbrew deklaracji zawartej w uzasadnieniu, nie realizuje w pełni celu w postaci dostosowania systemu prawa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K. 23/11, a zawarte w nim regulacje

nierzadko kolidują z pozostałym, wskazanym w niniejszej opinii, orzecnictwem Trybunału Konstytucyjnego, Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, jak również Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Wydaje się, że w projektowanych przepisach brak jest efektywnej regulacji gwarancyjnej, mogącej chronić jednostkę przed ewentualną, potencjalną dowolnością lub arbitralnością decyzji podejmowanych przez służby w zakresie wkraczania w konstytucyjne i konwencyjne prawa i wolności jednostki, co w kontekście orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka należy uznać za niedopuszczalne.

Z poważaniem

br
PIERWSZY ZASTĘPCA
PROKURATORA GENERALNEGO
Marek Jamrogowicz