

Kraków, 25.08.2022 r.

dr Adam Behan
Katedra Prawa Karnego
Uniwersytetu Jagiellońskiego

Opinia prawna

dotycząca kontroli nad służbami specjalnymi Rzeczypospolitej Polskiej

Niniejsza opinia prawna została sporządzona celem udzielenia odpowiedzi na poniższe pytania, skierowane w dniu 8 sierpnia 2022 r. przez Komisję nadzwyczajną do spraw wyjaśnienia przypadków nielegalnej inwigilacji, dotyczące wpływu nielegalnej inwigilacji na proces wyborczy w Rzeczypospolitej Polskiej oraz reformy służb specjalnych.

1. Czy system udzielania zgód na kontrolę operacyjną służb wyłącznie przez wydział I warszawskiego Sądu Okręgowego jest słuszny? Jeśli nie, jak należy go zmienić?
2. Czy wystarczająca jest kontrola parlamentarna nad służbami w postaci sejmowej Komisji ds. Służb Specjalnych? Jeśli nie, jak powinna być zmieniona lub rozbudowana?
3. Czy wystarczający jest funkcjonujący dziś w Polsce system nadzoru i kontroli nad służbami specjalnymi oparty głównie na działaniach rządu RP oraz – ograniczonych – zadaniach sądów, Najwyższej Izby Kontroli i Sejmu RP? Jeśli nie – czy należy wzmocnić funkcje nadzorcze i kontrolne któregoś z tych organów, ich wszystkich, czy też powołać osobny, niezależny organ?
4. Jeśli, Pana zdaniem, należy powołać nowy organ do kontroli służb specjalnych, to jaka powinna być jego struktura, zadania, skład i zasady jego powoływania?
5. Niezależnie od tego, jakie ciało (sądy, parlament, nowy powołany organ kontrolny) miałyby sprawować kontrolę, czy konieczny jest stały, poza rządem, nadzór i/lub kontrola służb,

zwłaszcza w zakresie wykonywania przez nie czynności operacyjno-rozpoznawczych, przede wszystkim używania podsłuchów oraz wyrafinowanych narzędzi typu Pegasus?

6. Jeżeli odpowiedź na powyżej postawione pytanie jest twierdząca, czy takim nadzorem i/lub kontrolą powinny zostać objęte w równym stopniu wszystkie służby uprawnione do czynności operacyjnych? Czy powinien on dotyczyć czynności dokonywanych zarówno w kraju, jak i za granicą?

7. Czy należy, wzorem niektórych innych państw demokratycznych, zwłaszcza z UE, wprowadzić instytucję skargi na działania służb, zwłaszcza użycia przez nie podsłuchów oraz wyrafinowanych narzędzi typu Pegasus? Czy do składania skargi mieliby prawo tylko obywatele polscy? Kto miałby te skargi rozpatrywać? W jaki sposób?

8. Czy należy, wzorem niektórych innych państw demokratycznych, zwłaszcza z UE, wprowadzić prawny obowiązek informowania osób, wobec których stosowano środki kontroli operacyjnej, ale wobec których te działania okazały się bezzasadne i wykluczono, by te osoby brały udział w działalności przestępczej? Jeśli tak, czy taką możliwość należy wprowadzić tylko wobec obywateli RP? Jaki urząd byłby ew. zobowiązany do weryfikacji i informowania tych osób?

9. Jakie jeszcze, niewymienione wyżej, działania należy podjąć, by usprawnić nadzór i kontrolę nad służbami specjalnymi?

Odpowiedzi na poszczególne pytania przedstawione zostaną z zastrzeżeniem, iż część kwestii poruszanych w odpowiedziach na poszczególne pytania może być odniesiona także do innych pytań. Z uwagi na zastrzeżenie, wyrażone przez pytającego, o konieczności związłego ujęcia odpowiedzi wątki te nie będą powtarzane. Przedstawiona opinia, zwłaszcza w aspektach rozwiązań systemowych, tj. obszarach i kwestiach, którym poświęcono niejedno opracowanie monograficzne czy kompleksowy raport, odwoływać się będzie do szczegółowych rozwiązań tam zawartych. Trzeba bowiem zaznaczyć, że całościowe i wieloaspektowe opracowanie przedstawionych pytań wymagałoby setek stron szczegółowych analiz, w dużej mierze już opracowanych przez innych badaczy.

Pytanie 1

Czy system udzielania zgód na kontrolę operacyjną służb wyłącznie przez wydział I warszawskiego Sądu Okręgowego jest słuszny? Jeśli nie, jak należy go zmienić?

Rozważając odpowiedź na pierwsze z postawionych pytań, należy doprecyzować jego brzmienie i nie do końca ścisłą tezę leżącą u jego podstaw, tj. założenie jakoby zgodę na kontrolę operacyjną wszystkich **służb** wydawał wyłącznie wydział I Sądu Okręgowego w Warszawie. W istocie jest to tylko częściowo trafne stwierdzenie, którego doprecyzowaniu poświęcony zostanie poniższy akapit. Celem uściślenia zwrócić należy uwagę, że na gruncie obowiązujących przepisów uprawnienie do stosowania kontroli operacyjnej ma 11 różnych służb.

Są nimi:

- Policja (art. 19 ustawy o Policji),
- Centralne Biuro Antykorupcyjne (art. 17 ustawy o CBA)
- Straż Graniczna (art. 9e ustawy o SG)
- Żandarmeria Wojskowa (art. 31 ustawy o ŻW),
- Krajowa Administracja Skarbowa (art. 118 ustawy o KAS),
- Służba Ochrony Państwa (art. 42 i 43 ustawy o SOP)
- Biuro Nadzoru Wewnętrznego (art. 11n ustawy z Ustawa z dnia 21 czerwca 1996 r. o szczególnych formach sprawowania nadzoru przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2073 z późn. zm.)
- Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencja Wywiadu (art. 27 ustawy o ABW oraz AW)¹,
- Służba Kontrwywiadu Wojskowego i Służba Wywiadu Wojskowego (art. 31 ustawy o SKW oraz SWW)².

¹ Mając na uwadze, iż zgodnie z art. 6 ust 3 ustawy o ABW oraz AW: „Działalność AW na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej może być prowadzona wyłącznie w związku z jej działalnością poza granicami państwa, a realizacja czynności operacyjno-rozpoznawczych, o których mowa w art. 27, 29 i 30, jest dopuszczalna wyłącznie za pośrednictwem Szefa ABW.”

² Analogiczne unormowanie znalazło się w art. 6 ust 3 ustawy o SKW oraz SWW: „Działalność SWW na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej może być prowadzona wyłącznie w związku z jej działalnością poza granicami państwa,

Ustawowe pojęcie „służb specjalnych”, stworzone na potrzeby ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu³ obejmuje: „ABW, AW, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego i Centralnego Biura Antykorupcyjnego”. Wliczenie w ten krąg CBA odrywa jednak charakterystykę służb specjalnych od tradycyjnego wyróżnika – zadań wywiadowczych i kontrwywiadowczych – wprowadzając trudny do zaakceptowania podział, za którym jednocześnie podąża inny model nadzoru czy immanentnie z nim związany poziom przejrzystości działań. Konsekwentnie – w odpowiedzi na tak niejasny podział kompetencji – w piśmiennictwie stosuje się rozróżnienie na służby specjalne (CBA, ABW, SKW) i służby policyjne (Policja, SG, ŻW, Służba Celno-Skarbowa (SCS) działająca w ramach KAS)⁴.

Regulacje modelu uzyskiwania zgody na prowadzenie kontroli operacyjnych różnią się dla wymienionych powyżej podmiotów w wielu aspektach, wśród których wskazać należy przedmiot 1. pytania, tj. właściwość organu sądowego udzielającego zgodę na ich stosowanie. Rozwiązania ustawowe dotyczące tego zagadnienia przedstawia poniższa tabela.

Służba	Podstawa prawna właściwości sądu	Sąd zarządzający kontrolę operacyjną
Policja	Art. 19 ust. 2 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1882 z późn. zm.)	Sąd okręgowy właściwy miejscowo ze względu na siedzibę składającego wniosek organu Policji
Centralne Biuro Antykorupcyjne (CBA)	Art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1671 z późn. zm.)	Sąd Okręgowy w Warszawie
Straż Graniczna (SG)	Art. 9e ust. 3 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1061 z późn. zm.)	Sąd okręgowy właściwy miejscowo ze względu na siedzibę organu Straży Granicznej składającego wniosek
Żandarmeria Wojskowa (ŻW)	Art. 31 ust. 3 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej	Wojskowy sąd okręgowy właściwy miejscowo ze względu na siedzibę

a realizacja czynności, o których mowa w art. 29, art. 31 ust. 1, art. 33 ust. 1 oraz art. 34 ust. 1 dopuszczalna jest wyłącznie za pośrednictwem SKW albo Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, odpowiednio do ich kompetencji”.

³ Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 557 z późn. zm.).

⁴ Biuro Nadzoru Wewnętrznego (BNW), będące jednostką organizacyjną MSWiA oraz SOP, trudno zaliczyć do którejkolwiek z tych grup.

	i wojskowych organach porządkowych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1214 z późn. zm.)	organu Żandarmerii Wojskowej składającego wniosek
Krajowa Administracja Skarbowa (KAS)	Art. 118 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 813 z późn. zm.)	Sąd Okręgowy w Warszawie
Służba Ochrony Państwa (SOP)	Art. 42 ust. 1 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Służbie Ochrony Państwa (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 575 z późn. zm.)	Sąd Okręgowy w Warszawie
Biuro Nadzoru Wewnętrznego (BNW)	Art. 11n ust. 1 ustawy z dnia 21 czerwca 1996 r. o szczególnych formach sprawowania nadzoru przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 2073 z późn. zm.)	Sąd Okręgowy w Warszawie
Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego (ABW) i Agencja Wywiadu (AW)	Art. 27 ust. 2 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 557 z późn. zm.)	Sąd Okręgowy w Warszawie
Służba Kontrwywiadu Wojskowego (SKW) i Służba Wywiadu Wojskowego (SWW)	Art. 31 ust. 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 502 z późn. zm.)	Sąd Okręgowy w Warszawie

Nie jest zatem tak, jak sugerować może treść pytania, że wydział I warszawskiego Sądu Okręgowego jest jedyną jednostką odpowiedzialną za wydawanie postanowień w przedmiocie zgody na stosowanie kontroli operacyjnej, o którą wnoszą **służby**. Dotyczy to wyłącznie służb specjalnych *sensu stricto*⁵, Krajowej Administracji Skarbowej oraz trudnych do skategoryzowania Służby Ochrony Państwa i Biura Nadzoru Wewnętrznego. Jakkolwiek to Policja jest służbą, która odpowiada za zdecydowaną większość (ponad 80%) składanych rokrocznie wniosków o kontrolę operacyjną, co – mając na względzie brzmienie art. 19 ust. 2

⁵ W brzmieniu ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu.

ustawy o Policji – powinno sprawiać, iż rzeczywista kontrola sądowa prowadzona będzie w rozproszony sposób, na terenie całego kraju, szacunki wskazują, że i tak zdecydowana większość wniosków kierowana jest do wskazanej w pytaniu jednostki, jako iż większość wniosków procedowana jest za pośrednictwem Komendanta Głównego Policji⁶.

Ocena takiego modelu i odpowiedź na postawione pytanie nie jest jednoznaczna. Wydaje się bowiem, że nie tu leży istota problemu. Nie chodzi bowiem o arbitralne wskazanie, czy decyzje w przedmiocie stosowania kontroli operacyjnej będą dokonywane w sądzie A, czy sądzie B, ale jak ukształtowane zostaną całe ramy prawne kontroli operacyjnej, gwarancje systemowe i organizacyjne, które finalnie zapewnią sędziom realny, a nie iluzoryczny nadzór na spływającymi wnioskami przy poszanowaniu praw gwarantowanych przez Konstytucję RP i akty prawa międzynarodowego⁷. Powyższe, ogólnikowe zdanie wymaga skonkretyzowania oraz wskazania aspektów, które są kluczowe dla zapewnienia lepszej kontroli nad działaniami służb. Należy zwrócić uwagę, iż kontrola operacyjna ma charakter **subsydiarny**, co oznacza, że może być ona zarządzana tylko, „**gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne**”⁸. Nakłada to, w pierw na daną służbę, a następnie na sąd rozpoznający taki wniosek, konieczność rzeczywistego zbadania, czy mniej ingerujące w prawa obywatelskie środki nie będą wystarczające do zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów przestępstw z katalogów przewidzianych dla każdej ze służb (tzw. przestępstwa katalogowe).

Problem 1 – możliwość faktycznej oceny wniosku

Wniosek o kontrolę operacyjną przedstawia się do właściwego sądu okręgowego wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę jej zastosowania, co w teorii powinno umożliwić sądowi gruntowne rozpoznanie wniosku i zagwarantować bezstronny i niezależny nadzór *ex ante* nad takim ograniczeniem konstytucyjnych praw i wolności. Brzmienie przepisu prowadzić może jednak do licznych nadużyć. Nakazuje bowiem wskazać we wniosku wyłącznie materiały (informacje), które będą uzasadniały potrzebę stosowania wniosku, a nie całość materiałów dostępnych na danym etapie sprawy. Innymi słowy, pozwala służbom „ominąć” niewygodne

⁶ Nie są dostępne statystyki wskazujące, jak prezentuje się rozkład wniosków z KGP czy komend wojewódzkich.

⁷ Art. 19 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych; art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności; art. 12 Powszechnej deklaracji praw człowieka.

⁸ Art. 19 ust. 1 ustawy o Policji i analogiczne rozwiązania w innych aktach prawnych.

dla siebie fakty czy kontekst, czy wręcz okoliczności, które uprawniają do braku związku danej osoby ze sprawą, a które – gdyby znalazły się w przedłożonych dokumentach – mogłyby spowodować, iż zgoda nie zostanie wydana. Daje to olbrzymią władzę służbom składającym taki wniosek i niezwykle ogranicza możliwość rzeczywistej kontroli przez niezawisły sąd.

W tym kontekście szczególnej mocy nabierają standardy wypracowane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej jako „ETPC”, „Trybunał”), w szczególności wynikający z art. 8 ust. 2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁹ test „zgodności z prawem” (ang. *in accordance with the law*) oraz „konieczności w demokratycznym społeczeństwie” (ang. *necessary in a democratic society*). Minimalne zabezpieczenia, których spełnienia wymaga Trybunał, a które wyrażone zostały w pkt 95 w decyzji ETPC z dnia 29 czerwca 2006 r.¹⁰, stanowią, iż:

minimalne zabezpieczenia, które powinny być określone w prawie stanowionym w celu uniknięcia nadużycia władzy: charakter przestępstw, które mogą stanowić podstawę do wydania nakazu przechwytywania; definicję kategorii osób, które mogą być narażone na podsłuch; ograniczenie czasu trwania podsłuchu telefonicznego; procedurę, którą należy stosować przy badaniu, wykorzystywaniu i przechowywaniu uzyskanych danych; środki ostrożności, które należy podjąć przy przekazywaniu danych innym stronom; oraz okoliczności, w których nagrania mogą lub muszą zostać usunięte lub taśmy zniszczone.

Rozwinięte zostały one w wyroku ETPC z dnia 9 czerwca 2022 r. w sprawie Zakharov v. Rosja¹¹:

260. Co się tyczy zakresu kontroli organów wydających upoważnienie [do przechwytywania komunikacji], Trybunał powtarza, że muszą być w stanie zweryfikować istnienie uzasadnianego podejrzenia przeciwko danej osobie, w szczególności, czy są faktycznie wskazania do podejrzenia osoby o planowanie, popełnianie lub popełnienie czynu zabronionego lub innych czynów (np. czynów zagrażających bezpieczeństwu narodowemu), które dają podstawę do zastosowania środków tajnego nadzoru. Należy również potwierdzić, czy wnioskowane przechwytywanie spełnia wymogi “konieczności

⁹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284 z późn. zm., dalej jako „Konwencja”).

¹⁰ Decyzja ETPC z dnia 29 czerwca 2006 r., 54934/00, Weber i Saravia v. Niemcy, LEX nr 282129.

¹¹ Wyrok ETPC z dnia 9 czerwca 2022 r., 2331/14, Zakharov v. Rosja, LEX nr 523445284.

w demokratycznym społeczeństwie”, o której mowa w Artykule 8 § 2 Konwencji, w tym także, czy jest ono proporcjonalne w stosunku do zakładanego celu, a więc należy zbadać, czy możliwe byłoby jego osiągnięcie poprzez mniej restrykcyjne środki.

263. (...) Z opracowań wydanych przez sądy rejonowe wynika, że wnioski o przechwytywanie komunikacji z reguły nie są podpierane żadnymi materiałami, a **sędziowie sądów rejonowych nigdy nie żądają od organów przechwytyjących złożenia takich materiałów** [wyróżnienie A.B.], oraz że zaledwie odniesienie do istnienia informacji o przestępstwie lub czynnościach zagrażających bezpieczeństwu narodowemu, militarnemu, gospodarczemu lub ekologicznemu bywa uznawane za wystarczające do udzielenia upoważnienia. **Wniosek o upoważnienie zostaje odrzucony tylko wtedy, jeżeli nie jest podpisany przez właściwą osobę lub nie zawiera odniesienia do przestępstwa, w stosunku do którego przechwytywanie jest dozwolone na gruncie prawa krajowego** [wyróżnienie A.B.] (zob. par. 193 wyroku). Tym samym opracowania sądów rejonowych rozpatrywane łącznie z informacją statystyczną z okresu od 2009 do 2013 dostarczoną przez skarżącego (zob. par. 194 powyżej) wskazują na to, że w **codziennej praktyce sądy rosyjskie nie weryfikują, czy wystąpiło „uzasadnione podejrzenie” przeciwko danej osobie, oraz nie stosują testu „konieczności” ani „proporcjonalności”** [wyróżnienie A.B.].

Sprawa zawisła przed Trybunałem dotyczyła putinowskiej Rosji, jednak trzeba zwrócić uwagę na pewne podobieństwa, które należy choćby zasygnalizować, zwłaszcza w kontekście pojęć „przewidywalności” (ang. *foreseeability*) stanowionego prawa oraz „ścistej konieczności” (ang. *strict necessity*). Pozwala to również z szerszej perspektywy analizować szczerkowe dane statystyczne dotyczące materii szeroko pojętej kontroli operacyjnej publikowane na podstawie art. 19 ust. 22 ustawy o Policji, art. 11n ust. 29 ustawy o szczególnych formach sprawowania nadzoru przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych oraz art. 55 ustawy o Służbie Ochrony Państwa. Zgodnie z informacją za 2021 rok na temat działalności Policji, Biura Nadzoru Wewnętrznego, Służby Ochrony Państwa (druk sejmowy nr 2433) – datowaną na 30 czerwca 2022 r.¹² – organy policji zarejestrowały 11074 wnioski o kontrolę operacyjną, z których tylko 162 (1,4%) nie uzyskało zgody prokuratora (155) bądź sądu (7). Dla podkreślenia – na 11074 wniosków tylko 7 nie uzyskało zgody sądu¹³. Taka statystyka nie jest

¹² Informacja za 2021 rok na temat działalności Policji, Biura Nadzoru Wewnętrznego, Służby Ochrony Państwa, druk sejmowy nr 2433, <https://perma.cc/29QF-8DTF>

¹³ Dodać także należy, że analogiczną skalę skuteczności, przekraczającą 97%, posiadają pozostałe służby.

bynajmniej jednostkowym przypadkiem czy anomalią na przestrzeni ostatnich lat. Odsetek zgód (oscylujący w okolicach 95–98%) wydawanych także w latach poprzednich pokazuje wadliwie skonstruowany system ich uzyskiwania, w którym sąd staje się niejako listkiem figowym przykrywającym liczne naruszenia praw obywatelskich. Jednocześnie badania prowadzone przez Profesor Dobrosławę Szumiło-Kulczycką wskazywały, że znaczny odsetek odmów akceptacji ze strony sędziów/właściwych prokuratorów wynikał właśnie z błędów formalnych samych wniosków (np. analogicznie jak w cytowanym wyroku ETPC w sprawie Zakharov v. Rosja), a nie z samej pogłębionej analizy składanych wniosków. Również i ten aspekt funkcjonowania systemu naszego kraju stoi w oczywistej sprzeczności z wypracowanym przez Trybunał standardem dotyczącym jakości oceny samych wniosków. Pogląd ten wyrażono w wyroku ETPC z dnia 10 lutego 2009 r. w sprawie Lordachi i inni v. Mołdawia¹⁴, którego uzasadnienie po zmianie „mołdawskie” na „polskie” w doskonały sposób opisywałoby obecne w naszym kraju standardy:

Trybunał zauważył ponadto, że w 2007 r. sądy mołdawskie zatwierdziły praktycznie wszystkie wnioski o podsłuch złożone przez organy ścigania (zob. pkt 13 powyżej¹⁵). Ponieważ jest to niezwykle wysoka liczba zezwoleń, Trybunał uważa za konieczne podkreślić, że podsłuch telefoniczny stanowi bardzo poważną ingerencję w prawa osoby i że jedynie bardzo poważne powody oparte na uzasadnionym podejrzeniu, że dana osoba jest zaangażowana w poważną działalność przestępczą, powinny stanowić podstawę do wydania zezwolenia. Trybunał zauważył, że mołdawskie przepisy nie określają szczegółowo stopnia zasadności podejrzenia wobec danej osoby w celu zezwolenia na przechwycenie. Nie zawiera również innych gwarancji niż ta przewidziana w sekcji 6 ust. 1, a mianowicie, że przechwytywanie powinno mieć miejsce tylko wtedy, gdy osiągnięcie celów jest niemożliwe w inny sposób. Zdaniem Trybunału jest to powód do niepokoju, gdy spojrzeć się na bardzo wysoki odsetek zezwoleń wydawanych przez sędziów śledczych. Zdaniem Trybunału można to w sposób uzasadniony uznać za oznakę, że sędziowie śledczy nie zajmują się kwestią istnienia istotnego uzasadnienia dla wydania zezwolenia na środki tajnego nadzoru¹⁶.

¹⁴ Wyrok ETPC z dnia 10 lutego 2009 r., 25198/02, Lordachi i inni v. Mołdawia, LEX nr 479516.

¹⁵ W pkt. 13 Wyroku wskazano, że wskaźnik wyrażonych zgód oscylował wokół 97%–98% (wyjaśnienie A.B.)

¹⁶ Wyrok ETPC z dnia 10 lutego 2009 r., 25198/02, Lordachi i inni v. Mołdawia, LEX nr 479516.

Trybunał w przedmiotowej sprawie uznał, że mołdawskie prawo nie zapewnia odpowiedniej ochrony przed nadużyciem władzy przez państwo w dziedzinie przechwytywania komunikacji telefonicznej. Ingerencja w prawa skarżących wynikająca z art. 8 Konwencji nie była zatem „zgodna z prawem”. Biorąc to pod uwagę, Trybunał uznał, że nie jest w ogóle konieczne dalsze rozważanie, czy ingerencja spełniała pozostałe wymogi art. 8 ust. 2 Konwencji.

Należy także zwrócić uwagę na zawartą w przywołanym druku sejmowym nr 2433 informację, z której wynika, iż tylko w 1672 przypadkach przeprowadzonej kontroli operacyjnej uzyskano dowody do procesu karnego¹⁷. Mając na względzie, że w 2021 r. dokonano także 1503 przedłużeń kontroli operacyjnych, widać, że tylko ok. 10% najbardziej ingerujących w prawa obywatelskie działań służb zakończyło się zdobyciem **jakiegokolwiek dowodu** wykorzystanego później w procesie karnym. Każde to podać w wątpliwość tak częste i szerokie stosowanie tych inwazyjnych środków.

Jakkolwiek podnosić można, że w polskim prawie znajdują się wszystkie z zabezpieczeń wyrażonych przez Trybunał w przywołanych standardach minimalnych, to fakt, iż tylko ok. 10% zarządzonych kontroli kończy się uzyskaniem jakiegokolwiek dowodu, a akceptowane są niemal wszystkie wnioski, wskazywać może, że sądy w niewystarczająco drobiazgowy sposób badają przedkładane prośby, a służby – wiedząc, jaka jest praktyka sądowa w tym zakresie – nie muszą traktować tego sposobu pozyskania informacji jako prawdziwie subsydiarnego. Także i na tę okoliczność zwracał uwagę Trybunał, np. w wyroku z dnia 11 stycznia 2022 r. w sprawie *Ekimdzhiev i inni v. Bułgaria*¹⁸. Trybunał badał w tej sprawie również stosunek prowadzonych kontroli operacyjnych do liczby przypadków, gdy:

inwigilacja przyniosła informacje, które doprowadziły do wytworzenia materiału dowodowego wykorzystanego później – a więc ujawnionego – w postępowaniu karnym. W ciągu ostatniej dekady przypadki inwigilacji, które doprowadziły do wytworzenia takiego materiału dowodowego, wahały się od około 24% do około 60% (...). I wcale nie jest pewne, czy we wszystkich tych przypadkach taki materiał dowodowy doprowadził później do

¹⁷ Informacja za 2021 rok na temat działalności Policji, Biura Nadzoru Wewnętrzny, Służby Ochrony Państwa, druk sejmowy nr 2433, <https://perma.cc/29QF-8DTE>, s. 5.

¹⁸ Wyrok ETPC z dnia 11 stycznia 2022 r., 70078/12, *Ekimdzhiev i inni v. Bułgaria*, LEX nr 3285011.

postawienia zarzutów, a zatem został ujawniony osobom zainteresowanym w kontekście postępowania karnego¹⁹.

Trybunał wskazał takie proporcje jako jeden z dowodów nieskuteczności efektywnego nadzoru, a tym samym – jeden z powodów naruszania art. 8 Konwencji²⁰. Jednocześnie zwrócić należy uwagę, iż w wyroku tym Trybunał uznał za niewystarczające mechanizmy zawarte w prawie bułgarskim, służące informowaniu osób fizycznych o przeprowadzonej kontroli operacyjnej z uwagi na to, iż prawo bułgarskie przewiduje takie powiadomienia jedynie w przypadku stwierdzenia, że nadzór był bezprawny. Podkreślając, iż także te regulacje – dotyczące praw obywateli Bułgarii – stały u podstaw stwierdzenia naruszenia art. 8 Konwencji, przypomnieć trzeba, że w Polsce nie obowiązują nawet takie, kwestionowane przez Trybunał jako „zbyt wąskie” (ang. *too narrow*), regulacje. W omawianym wyroku Trybunał stwierdził jednogłośnie, że przepisy i praktyki nie spełniają wymogu jakości prawa, tj. nie zapewniają, że tajny nadzór oraz zasady przetwarzania danych z zakresu łączności elektronicznej do celów egzekwowania prawa są ograniczone do tego, co „niezbędne w społeczeństwie demokratycznym”. Stanowi to zatem naruszenie art. 8 Konwencji. Mając na uwadze, iż Polskie regulacje są, *in minus*, bliźniaczo podobne, można odpowiedzieć na pytanie o spełnianie przezeń standardów Konwencji.

Przyczyn takiego odsetka wyrażonych w Polsce zgód na przeprowadzenie kontroli operacyjnej jest kilka. Zostaną one tylko zasygnalizowane z uwagi na ograniczony charakter niniejszej opinii i doskonałą świadomość Szanownej Komisji ich występowania. Biorąc pod uwagę liczbę wniosków, szcątkowy charakter przekazywanych przez służby informacji oraz tak prozaiczne przyczyny, jak konieczność rozpatrywania przez sędziów spraw w kancelariach tajnych czy ogromną presję czasu, trudno bez zmian systemowych oczekiwać innego rezultatu. Tyleż prozaicznym, co istotnym powodem omawianej sytuacji jest konieczność uzasadniania decyzji w razie odmowy zarządzenia/przedłużenia kontroli operacyjnej przy równoczesnym braku takiej konieczności w przypadku zgody na wnioskowaną kontrolę. Nie można pominąć - ze względu na ludzka naturę - tego, iż ma to wpływ na proces decyzyjny obciążonego nadmierną liczbą spraw w referacie sędziego. Należy zasygnalizować, iż ciężar argumentacyjny – ze względu na to, że treść tegoż konkretnego postanowienia oznaczać będzie ingerencję

¹⁹ *Ibidem*, pkt 266.

²⁰ *Ibidem*, pkt 356–361.

w fundamentalne prawa obywatelskie – skierowany powinien być w drugą stronę. To wyrażenie zgody na stosowanie środka tak ingerującego w prawa konstytucyjne winno być warunkowane wydaniem uzasadnienia, a nie odwrotnie. W obecnym stanie prawnym to sędzia musi uzasadniać, czemu nie przekonały go materiały przedłożone przez służbę. Proponowana zmiana wymusiłaby wnikliwszą analizę wniosku przez sąd, a co za tym idzie – lepsze jego przygotowanie przez służby – przez likwidację jednej z przesłanek, która zachęcać może sąd do „przyklepywania” wniosków bez ich wnikliwej analizy.

Problem 2 – skład sądu

Wnioski o zarządzenie kontroli rozpoznawane są przez sądy jednoosobowo. Teoretycznie, losowość sędziów z danego wydziału, którzy rozpoznawać będą dany wniosek, gwarantować powinna bezstronność jego rozpoznania. W praktyce jednak – jak wynika z docierających z sądu informacji – wnioski kierowane są do akurat dyżurujących sędziów. Łatwość uzyskania przez służby informacji, który z sędziów akurat jest na dyżurze, stwarza możliwość wyboru sędziego, który „przychylniej” odnosi się do takich wniosków.

Nakłada się na to problem połączenia roli Ministra Sprawiedliwości i Prokuratora Generalnego, który obsadzając na stanowisku Prezesa Sądu Okręgowego konkretnego sędziego (np. „zawdzięczającego mu karierę”), może kształtować skład poszczególnych wydziałów (w tym wydziału I Sądu Okręgowego w Warszawie) i sędziów w nich zasiadających. Tym samym może pośrednio wpływać na działania służb podporządkowanych władzy wykonawczej. Jak pokazały ostatnie lata, problem taki nie jest jedynie czysto teoretyczny, ale stanowi realną konsekwencję instrumentalnego stosowania prawa oraz połączenia funkcji Ministra Sprawiedliwości i Prokuratora Generalnego.

Mając na uwadze powyższe, odpowiedź na pytanie, czy właściwe jest uregulowanie kompetencji Sądu Okręgowego w Warszawie jako jednostki rozpoznającej niemal wszystkie zgody na prowadzenie kontroli operacyjnych, nie da się prosto odpowiedzieć „tak” lub „nie”. Trafność tego rozwiązania powinna być rozpatrywana przez pryzmat równowagi ustawowego zabezpieczenia praw jednostki i skuteczności działania instytucji państwowych. Marginalny wpływ na nią ma norma mówiąca o samej właściwości sądowej w tego rodzaju sprawach, gdyż ocena ta zależy od całościowych ram prawnych i wynikającej z nich praktyki. Niestety, jak pokazują dane statystyczne, obecny kształt rozwiązań nie odpowiada na wyzwania, jakie

stawiają normy konstytucyjne czy gwarancje – polskim obywatelom zapewnia je choćby Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności – które w obecnym stanie prawnym wydają się iluzoryczne.

Można bowiem wybrać dowolny inny sąd okręgowy w Polsce lub rozproszyć właściwość na inne sądy okręgowe w kraju czy stworzyć nowy, dedykowany wydział Sądu Okręgowego w Warszawie lub w dowolnym innym mieście, ale w żaden sposób nie naprawi to wadliwie funkcjonujących fundamentów, na których posadowiony jest ów system. Za Sądem Okręgowym w Warszawie przemawiają chyba wyłącznie względy logistyczne i bliskość do siedzib wszystkich służb, co umożliwia prostszy transport okluzulowanych materiałów. Problem ograniczonego czasu na rozpoznanie wniosków, niedoborów kadrowych czy braków lokalowych pozostanie i nie rozwiąże go wybór innej jednostki. Wymaga on nakładów finansowych i zorganizowania pracy sędziów w taki sposób, aby mogli w realny sposób oceniać zasadność składanych wniosków. Wydaje się, że zasadne byłoby stworzenie dedykowanych jednostek w strukturach sądów okręgowych (przy zachowaniu obecnej właściwości – zwłaszcza w Sądzie Okręgowym w Warszawie), ze specjalnie w tym kierunku wybranymi sędziami²¹, którzy ze wsparciem odpowiedniego aparatu urzędniczego realnie staliby na straży wolności obywatelskich, przy zachowaniu uzasadnionego interesu państwa.

Nie można jednocześnie nie dostrzegać, że takie zmiany mogłyby nie być w interesie Prokuratora Generalnego (a tym samym Ministra Sprawiedliwości, który z walki z przestępcami uczynił platformę wyborczą) i samych służb, którym nie zależy na wnikliwej analizie, lecz zdecydowanie bardziej odpowiada im automatyzm wydawania zgód na składane przez nich wnioski. Taka sytuacja ewidentnie zaburza równowagę pomiędzy uczestnikami omawianego postępowania.

²¹ Oczywiście, wszystkie te zasady nie miałyby żadnej mocy sprawczej w razie obsadzania w tym wydziale sędziów z klucza przychylności Ministrowi Sprawiedliwości.

Pytanie 2,3,4 – wstęp

2. Czy wystarczająca jest kontrola parlamentarna nad służbami w postaci sejmowej Komisji ds. Służb Specjalnych? Jeśli nie, jak powinna być zmieniona lub rozbudowana?

3. Czy wystarczający jest funkcjonujący dziś w Polsce system nadzoru i kontroli nad służbami specjalnymi oparty głównie na działaniach rządu RP oraz – ograniczonych – zadaniach sądów, Najwyższej Izby Kontroli i Sejmu RP? Jeśli nie – czy należy wzmocnić funkcje nadzorcze i kontrolne któregoś z tych organów, ich wszystkich, czy też powołać osobny, niezależny organ?

4. Jeśli, Pana zdaniem, należy powołać nowy organ do kontroli służb specjalnych, to jaka powinna być jego struktura, zadania, skład i zasady jego powoływania?

Rozważaniom nad modelem ukształtowania cywilnej kontroli nad służbami specjalnymi poświęcone zostały liczne monografie i opracowania naukowe²², a problem z jego optymalnym ukształtowaniem z pewnością nie jest tylko problemem Polski. W pytaniu tym ścierają się bowiem fundamentalne interesy zasad demokratycznego państwa prawa z pragnieniem maksymalnej efektywności nadzoru służb, która powinna służyć wyłącznie interesom państwa i zapewnieniu jego bezpieczeństwa. W praktyce jednak bardzo często uprawnienia te są wykorzystywane instrumentalnie przez same służby czy sterujących nimi polityków, w celu zapewniania sobie kontroli przez zdobywanie informacji dotyczących potencjalnie każdego obywatela.

Trudno odpowiedzieć na pytania o zakres kontroli służb specjalnych, bo doświadczenia ponad 30 lat demokracji w Polsce, na przestrzeni których rządziły naprzemiennie wszystkie opcje polityczne, wskazuje, że skala zainteresowania tym zagadnieniem jest nieodłącznie związana z przynależnością danego polityka do „obozu” większości parlamentarnej. Zainteresowanie to maleje drastycznie w przypadku objęcia władzy i po uzyskaniu realnego wpływu na kierownictwo służb, a ponownie wzrasta w sytuacji przegranych wyborów parlamentarnych.

²² Zob. zwłaszcza M. Kolaszyński, *Budowa systemu nadzoru i kontroli jako warunek efektywnego działania służb specjalnych w demokratycznym państwie* [w:] *Raport Fundacji Instytut Bezpieczeństwa i Strategii. Wyzwania dla bezpieczeństwa współczesnej Polski*, Warszawa 2019; P. Dobrzycki, *Istota demokratycznego nadzoru i kontroli nad służbami specjalnymi*, „Wiedza Obronna” 2020, t. 271, nr 2; S. Zalewski, *Kontrola służb specjalnych w Polsce*, Warszawa 2021.

Nie można bowiem nie zauważyć, iż od 1989 r. każda z rządzących partii miała możliwość dokonania gruntownej reformy służb specjalnych, która powinna zostać zrealizowana zwłaszcza po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r.²³ Ustawy wprowadzone „w celu implementacji” tego jego judykatu²⁴ są jednomyślnie krytykowane przez instytucje międzynarodowe, organizacje pozarządowe czy Rzecznika Praw Obywatelskich jako niespełniające wskazanych w tym wyroku wytycznych.

Mając to na uwadze, należy stwierdzić, iż obecny model kontroli cywilnej – sprawowany fragmentarycznie m.in. przez władze wykonawczą, ustawodawczą czy przede wszystkim sądową – nie jest wystarczający, co szerzej zostanie omówione w odpowiedziach na poszczególne pytania.

²³ Wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 80, dalej jako „wyrok K 23/11”.

²⁴ Ustawa z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 147) oraz ustawa z dnia 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych (Dz.U. z 2016 r. poz. 904 z późn. zm.).

Pytanie 2

Czy wystarczająca jest kontrola parlamentarna nad służbami w postaci sejmowej Komisji ds. Służb Specjalnych? Jeśli nie, jak powinna być zmieniona lub rozbudowana?

Komisja do spraw Służb Specjalnych (dalej jako „KSS”), mająca charakter stałej, wyspecjalizowanej komisji, uregulowanej w rozdziale 12 Regulaminu Sejmu²⁵ oraz załączniku do tego Regulaminu, gdzie w pkt 2 wskazano zakres działania KSS, jest – w teorii – głównym instrumentem, za pomocą którego sejm realizować może (i powinien) funkcję kontrolną określoną w art. 95 ust. 2 Konstytucji RP. Niestety ogólne sformułowania w załączniku do Regulaminu Sejmu, określającego przedmiotowy zakres działania KSS, nie znajdują odzwierciedlenia w ustawach kompetencyjnych poszczególnych służb czy innych aktach rangi ustawowej.

W praktyce, jak pokazują lata funkcjonowania KSS, komisja ta jest bardzo ograniczona w swoich możliwościach kontrolnych, na co zwracano już uwagę w poprzednich opiniach²⁶.

Fundamentalny jest podnoszony w piśmiennictwie argument o braku realnej możliwości uzyskania informacji od służb, które mają być kontrolowane. Powtórzyć tylko można za cytowaną opinią:

przyjąć należy, że do kontroli sejmowej nad służbami specjalnymi zastosowanie mają przede wszystkim art. 39 ust. 1 ustawy o ABW i AW oraz analogicznie sformułowane przepisy ustaw dotyczących innych służb specjalnych (art. 28 ust.1 ustawy o CBA, art. 43 ust. 1 ustawy o SKW oraz SWW), zgodnie z którym szef właściwej służby w zakresie swojego działania może zezwalać (...) na udzielenie informacji niejawnej określonej osobie lub instytucji. Przepis ten dotyczy również samych szefów służb i oznacza, że udostępnienie jakichkolwiek informacji zaklasyfikowanych jako informacje niejawne osobom (instytucjom) trzecim – w tym również sejmowej Komisji ds. Służb Specjalnych – wymaga odrębnej zgody. (...) KSS nie ma odpowiednich instrumentów prawnych (ustawowych) pozwalających zweryfikować zasadność odmowy udzielenia jej określonych informacji,

²⁵ Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 30 lipca 1992 r. Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. M.P. z 2021 r. poz. 483 z późn. zm.).

²⁶ P. Czarny, *Opinia prawna w sprawie zakresu działania Komisji ds. Służb Specjalnych*, „Zeszyty Prawnicze BAS” 2011, nr 1 (29). <https://perma.cc/76WN-6PJK>

zwłaszcza z powołaniem się na ochronę informacji niejawnych i bezwzględne zakazy udzielania informacji, które obowiązują w tym zakresie. Będące w jej dyspozycji środki głównie w postaci dezyderatu do Prezesa Rady Ministrów nie zapewniają „obiektywnego” rozstrzygnięcia kolizji między funkcją kontrolną Sejmu a ochroną informacji niejawnych²⁷.

To zatem szefowie służb, nadzorowani przez Prezydium Rady Ministrów czy Ministerstwo Obrony Narodowej decydują, czy i jakie informacje prześlą komisji, a do dzisiaj nie uregulowano ustawowych instrumentów, jakimi mogłaby się posługiwać komisja w wykonywaniu swoich obowiązków kontrolnych. Regulamin Sejmu, określając zakres kompetencji KSS, posługuje się – zasadniczym – sformułowaniem:

zapoznavanie się z informacjami służb specjalnych o szczególnie istotnych wydarzeniach z ich działalności, w tym dotyczących podejrzeń występowania nieprawidłowości w działalności służb specjalnych oraz podejrzeń naruszenia prawa przez te służby, poprzez dostęp i wgląd do informacji, dokumentów i materiałów uzyskanych w wyniku wykonania zadań ustawowych, zgodnie z przepisami ustawy o ochronie informacji niejawnych oraz **ustaw regulujących działalność służb specjalnych** (wyróżnienie A.B.).

Ustawy te (art. 39 ustawy o ABW oraz AW, art. 43 ustawy o SKW oraz SWW, art. 28 ustawy o CBA) jednolicie przyznają szefom odpowiednich służb kompetencję do samodzielnego decydowania o udzieleniu informacji niejawnych określonej osobie lub instytucji (w tym także KSS), nie wprowadzając żadnego obowiązku ich udzielania (ustawy posługują się sformułowaniem „mogą zezwalać”). Decyzje te są ostateczne i niezaskarżalne, nie są też poddawane jakiegokolwiek weryfikacji, co przeczy idei funkcji, jaką pełnić ma w strukturach parlamentu KSS. Co więcej, każda z tych ustaw przewiduje – w dalszej części wymienionych jednostek redakcyjnych – uregulowania zawierające enumeratywnie wymieniony katalog informacji całkowicie wyłączonych spod zakresu informacji, które mogą być udostępniane. O ile postanowienie takie co do zasady jest uzasadnione – ze względu na charakter działania służb, które mają dbać o bezpieczeństwo Państwa i pewne informacje, obejmujące najbardziej poufny charakter ich działalności, nie powinny być w dyspozycji nawet ich szefów – o tyle wydaje się zupełnie niezrozumiałe w przypadku konstytucyjnego organu, mającego ich działania kontrolować. Należy bowiem pamiętać o tym, że zakaz udzielania tej szczególnej kategorii informacji doznaje wyłomu w przypadku „żądania prokuratora albo sądu,

²⁷ *Ibidem*, s. 47.

zgłoszonego w celu ścigania karnego za czyn zabroniony, stanowiący zbrodnię lub występki, którego skutkiem jest śmierć, lub przeprowadzenia postępowania sprawdzającego na podstawie przepisów o ochronie informacji niejawnych”. Mając zatem na uwadze, iż nie jest to przepis bezwzględny, wydaje się, że docelowa regulacja systemu kontroli sprawowanej przez KSS, powinna obejmować także i tę niewielką grupę wybranych i uprzednio gruntownie zweryfikowanych posłów, którzy wszakże mają dostęp do informacji niejawnych, o klauzulach „tajne” i „ściśle tajne”. Z wypowiedzi prasowych członków KSS ze stycznia 2022 r., którzy w ramach swoich uprawnień nadzorczych pytali obecnych na posiedzeniu szefów służb o wykorzystywanie Pegasus w Polsce, dowiedzieć się możemy, iż:

Każdy z nich indywidualnie stwierdził, że w ogóle nie będzie mówił o Pegasusie. Podkreślali, że ani nie potwierdzają, ani nie zaprzeczają, że służby korzystają z tej technologii. Kiedy poprosiłem o odpowiedź na pytanie, czym w ogóle jest Pegasus, usłyszałem, że służby nie będą mówiły o działaniach operacyjnych²⁸.

Dowodzi to braku jakiegokolwiek władztwa, zwłaszcza posłów klubów opozycyjnych, do uzyskania żądanych informacji, co bez względu na aktualny skład większości parlamentarnej prowadzi do fasadowości tego nadzoru.

Dodatkowo skutkiem zmiany Regulaminu Sejmu z 2015 r.²⁹ było zlikwidowanie – przez uchylene art. 138 ust. 1a – kadencyjności przewodniczącego KSS (co stanowiło wynik konsensusu politycznego wypracowanego w 1995 r.), a tym samym istotne ograniczenie znaczenia opozycji, która co do zasady powinna odgrywać wiodącą rolę kontrolną w tej komisji (szczególnie z uwagi na coraz częstsze głosy o wykorzystywaniu służb do bieżącej walki politycznej z jej przedstawicielami). Obecnie zatem rola KSS sprowadzona jest do quasi-fasadowego organu, który w zasadzie ma znacząco zawężone możliwości działania – ogranicza się do aprobowania przedkładanych przez służby informacji bądź tworzenia własnych opinii, sprawozdań, rezolucji czy innych dokumentów niemających żadnego wiążącego (realnego) skutku.

²⁸ Wywiad z Posłem Markiem Biernackim, byłym koordynatorem ds. służb specjalnych, 16 stycznia 2022 r. <https://perma.cc/U99E-VYTF>

²⁹ Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 13 listopada 2015 r. w sprawie zmiany Regulaminu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej (M.P. z 2015 r. poz. 1130).

Zmiana obecnego stanu prawnego wymaga *de facto* zgody większości parlamentarnej do poszerzenia zakresu uprawnień opozycji, co – biorąc pod uwagę obecny w Polsce poziom zaufania polityków wobec siebie – każe podać w wątpliwość możliwość jej realnego wprowadzenia. Gdyby jednak pokusić się o przedstawienie kierunków takich zmian, to niewątpliwie ich celem powinno być uchwalenie dedykowanej ustawy o sejmowej kontroli służb specjalnych, która kompleksowo regulowałaby uprawnienia komisji i jej członków, dając wymaganą brzmieniem art. 112 Konstytucji RP podstawę wykonywania obowiązków przez sejm. Obejmować ona powinna co najmniej zakres materialnej treści obowiązków szefów służb wobec komisji, procedurę udostępniania członkom komisji informacji dotyczących ich działalności – z prawem żądania wszystkich dokumentów czy wyjaśnień związanych z działalnością służb, także tych objętych w obecnie obowiązującym stanie prawnym wyłączeniem (o którym była mowa powyżej). Alternatywnie znowelizować można poszczególne ustawy kompetencyjne, uzupełniając ich brzmienie o tożsame rozwiązania. Bardziej optymalne wydaje się jednak odesłanie w każdej z tych ustaw do odrębnego aktu prawnego rangi ustawowej, który kompleksowo regulowałby status i zakres uprawnień KSS i jej członków. Jedynie celem przypomnienia – taki projekt pojawił się w 2013 r., jednakże wciąż nie doczekał się dalszego procedowania³⁰.

³⁰ Zob. Projekt ustawy o Komisji Kontroli Służb Specjalnych, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/181401> (dostęp: 18.08.2022).

Pytanie 3

Czy wystarczający jest funkcjonujący dziś w Polsce system nadzoru i kontroli nad służbami specjalnymi oparty głównie na działaniach rządu RP oraz – ograniczonych – zadaniach sądów, Najwyższej Izby Kontroli i Sejmu RP? Jeśli nie – czy należy wzmocnić funkcje nadzorcze i kontrolne któregoś z tych organów, ich wszystkich, czy też powołać osobny, niezależny organ?

Jak wynika z odpowiedzi na wcześniejsze pytania, w których wskazywano na niedoskonałość, nieefektywność czy wręcz wadliwość obecnie obowiązujących rozwiązań prawnych, a także praktyki ich stosowania, oczywiste jest, iż obecny system nie jest „wystarczający”. Należy także zauważyć, że wadliwe nie są wyłącznie przepisy – to praktyka ich stosowania budzi najpoważniejsze wątpliwości. W konsekwencji system nie funkcjonuje właściwie.

Nic nie stoi wszakże na przeszkodzie, aby sądy, w ramach już istniejących kompetencji i przepisów, wnikliwie analizowały przedstawione wnioski o stosowanie kontroli operacyjnej, a w razie wątpliwości do niepełnego charakteru przedstawionych danych wydawały postanowienie o odmowie ich stosowania, zmuszając służby do składania rzetelniej przygotowanych wniosków. To kształt modelu wydawania takich zgód, by nie powiedzieć automatyzm w ich przyznawaniu, jawić się musi jako jeden z kluczowych elementów wadliwości całego systemu.

Jednocześnie próby (sygnalizowane przez przedstawicieli adwokatury) uzyskania przez obrońców informacji, na podstawie jakich materiałów zastosowano wobec danego oskarżonego kontrolę operacyjną, które to materiały przedstawione zostały w toku postępowania przygotowawczego/sądowego – co wszakże ma kluczowe znaczenie dla

kontroli stosowania samej instytucji – spotykały się z decyzjami odmownymi³¹, mimo iż taki obowiązek wynika wprost ze standardów wypracowanych przez Trybunał³².

Warto zwrócić uwagę, że w sprawie Zakharov v. Rosja, zawisłej przed Trybunałem, za naruszenie przez Rosję art. 8 Konwencji, uznano następujący stan prawny:

osoby, których komunikacja była niejawnie kontrolowana, nie są powiadamiane o tym fakcie na żadnym etapie ani w żadnych okolicznościach. Stąd wynika, iż jeżeli przeciwko osobie kontrolowanej niejawnie nie zostało wszczęte postępowanie karne, w którym przechwycone dane nie zostały wykorzystane w charakterze dowodów, lub jeżeli nie miał miejsca wyciek informacji, zachodzi niewielkie prawdopodobieństwo, iż osoba ta kiedykolwiek dowie się o niejawnym kontrolowaniu jej komunikacji.

Polskie ustawodawstwo nie dość, że nie przewiduje jakichkolwiek uprawnień dla tej kategorii osób³³, to praktyka sądowa zdaje się – zwiększając poziom naruszeń Konwencji – odmawiać takich uprawnień również osobom, wobec których materiały uzyskane w ramach kontroli operacyjnej przedłożone zostały w czasie postępowania karnego. Czyni to kontrolę następczą już nie tylko iluzoryczną, ale i niemalże niemożliwą.

Niepodobna jednak nie dostrzec braku uwarunkowań organizacyjnych (lokalowych, osobowych), o których była mowa we wcześniejszych częściach opracowania, a które niewątpliwie rzutują na możliwość realizowania przez sędziów swoich obowiązków. Mając na

³¹ Np. zarządzenie Prezesa Sądu Okręgowego w Warszawie (VIII K2/RPKOGP/2016 oraz XII K262/RPKOKGP/2015), które odmawiało takiej informacji z uwagi na fakt, iż **podśłuchiwany: „(...) nie jest stroną postępowania o wyrażenie zgody na zarządzanie i na przedłużenie kontroli operacyjnej (...) dokumenty, których udostępnienia żąda Wnioskodawca, opatrzone są klauzulami niejawności, wobec tego dokumenty te są chronione przed ujawnieniem przepisami ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 o ochronie informacji niejawnych (...) postanowienie Sądu w przedmiocie przedłużenia kontroli operacyjnej stanowi o legalności gromadzenia materiałów o osobie w toku tej kontroli, zatem nie można twierdzić, że nieudostępnienie materiałów, które były podstawą do podjęcia takiej decyzji przez Sąd, narusza prawa obywatela określone w art. 51 ust 4 Konstytucji w zakresie uzyskania informacji”**. Zarządzenie uzupełnione zostało informacją, iż „na zarządzenie Prezesa Sądu Okręgowego w Warszawie nie służy środek zaskarżenia”.

³² Zob. wyrok ETPC z dnia 4 grudnia 2015 r., 47143/06, Zakharov v. Rosja, LEX nr 522022886, w którym Trybunał, stwierdzając naruszenie Konwencji przez Rosję podniósł: „Jeżeli chodzi o etap trzeci, po zakończeniu kontroli niejawniej, kwestia późniejszego powiadomienia o środkach kontroli niejawniej jest nierozzerwalnie związana ze skutecznością środków przysługujących przed sądami, a tym samym z **istnieniem skutecznych gwarancji chroniących przed nadużywaniem kompetencji w zakresie monitorowania**. Co do zasady istnieją niewielkie możliwości wniesienia przez zainteresowaną osobę skargi do sądu, jeżeli **osoba ta nie została powiadomiona o środkach stosowanych bez jej wiedzy, a tym samym nie może zaskarżyć ich legalność retrospektywnie**, lub, alternatywnie, jeżeli osoba, która podejrzewa, że jej komunikacja jest przechwytywana, nie może zwrócić się do sądu, tak iż jurysdykcja sądowa nie zależy od powiadomienia osoby, względem której stosuje się środek kontroli niejawniej, o przechwytywaniu jej komunikacji”.

³³ Nie zostały wykonane także w tym aspekcie postanowienia wyroku K 23/11.

uwadze realia polityczne i brak zainteresowania Ministra Sprawiedliwości zmniejszeniem odsetek wyrażanych zgód, nie wydaje się realnym założeniem, iż sytuacja ta ulegnie poprawie w najbliższej przyszłości.

Kwestia nadzoru sejm nad służbami specjalnymi i możliwe sposoby urealnienia tej roli omówiona została w odpowiedzi na pytanie 2, wraz ze wskazaniem już istniejących projektów aktów prawnych, które zajmują się poruszonymi problemami.

Pytanie 4

Jeśli, Pana zdaniem, należy powołać nowy organ do kontroli służb specjalnych, to jaka powinna być jego struktura, zadania, skład i zasady jego powoływania?

Obecne ramy prawne, w obrębie których działają sądy, KSS czy Najwyższa Izba Kontroli, wymagają zmian zasygnalizowanych we wcześniejszej części opracowania. Oczywiście optymalne byłoby powoływanie niezależnego organu prowadzącego kompleksowy nadzór nad działalnością służb specjalnych. Założenia tego konceptu zostały przedstawione przez zespół pod kierownictwem Rzecznika Praw Obywatelskich³⁴. Należy się w pełni zgodzić z postawionymi tam tezami. Mając jednak w pamięci realia polityczne ostatnich lat, trzeba zwrócić uwagę na prawdopodobną sytuację, gdy partia rządząca posiada bezwzględną większość w obu izbach parlamentu, co *de facto* daje możliwość „obsadzenia” tego urzędu sprzyjającymi sobie członkami. Co w przypadku, gdy jedna z izb kontrolowana jest przez większość rządzącą, a druga przez kluby opozycyjne? Czy obstrukcja sejmu wskazującego kandydatów, którzy nie byłiby do zaakceptowania przez senat, sprawiałaby, że urząd nie mógłby funkcjonować po wygaśnięciu kadencji członków? Pytania takie jeszcze kilka lat temu mogłyby zostać odebrane jako niepoważne i abstrakcyjne rozważania naukowe. Obserwując jednak, jak niszczone są kolejne instytucje i standardy demokratycznego państwa, trzeba budować kolejne regulacje oraz mechanizmy już z tą świadomością, co oczywiście nie zapobiegnie nowelizacji w ciągu jednej nocy nawet najskrupulatniej przygotowanego aktu prawnego.

Biorąc pod uwagę realia polityczne, tworzenie nowej instytucji nie wydaje się pragmatycznym rozwiązaniem z obawy na to, iż będzie ona kolejnym fasadowym organem, sprawującym rzekomą kontrolę działalności służb. Rozsądniejsze zdaje się naprawienie w pierwszej kolejności wadliwie lub nieefektywnie działających już od lat elementów systemu nadzoru nad służbami specjalnymi. Nie wyklucza to, rzecz jasna, równoległych prac na wprowadzeniem takiego rozwiązania – wszystko zależy będzie od zakresu jego umocowania i założeń leżących

³⁴ A. Bodnar, T. Borkowski, J. Cichoński, W. Klicki, P. Kładoczny, A. Rapacki, Z. Rudzińska-Bluszcz, „Osiodłać Pegaza”. *Przestrzeganie praw obywatelskich w działalności służb specjalnych – założenia reformy*, 2019, <https://perma.cc/64NU-5AE5>

u jego podstaw. Doświadczenia ostatnich dekad pozwalają nam z dużą dokładnością wskazać obszary, które wymagają naprawy, dodatkowych czy uszczegółwiających regulacji. Co więcej, nie jest to ani materia szczególnie skomplikowana, by ją zmienić, ani nieznaną wszystkim zainteresowanym stronom. Liczne opracowania, badania czy raporty w dużej mierze wskazywały na wszystkie poruszone w niniejszym opracowaniu aspekty. Głównym problemem, jaki stoi na drodze ich wprowadzenia (zarówno zmian w obecnym systemie, jak i wprowadzenia nowego organu), jest fakt, iż dokonać by go musiała większość parlamentarna, która jednocześnie – za pośrednictwem „swojego” rządu – owe służby kontroluje. Tym samym owa większość parlamentarna musiałaby się zgodzić na znaczne ograniczenie arbitralnego wykorzystywania kontrolowanych przez siebie służb, o które to organicznie zawsze najgorliwiej postulują politycy opozycji.

Organem, którego powołanie byłoby nie tylko wskazane, ale także konieczne, jest niezależny organ, jaki mógłby rozpatrywać skargi obywateli na stosowaną wobec nich inwigilację (zarówno kontrolę operacyjną, jak i uzyskiwanie dotyczących ich danych telekomunikacyjnych, internetowych i pocztowych). Oczywiście jego utworzenie poprzedzać by musiały gruntowane zmiany wprowadzające do naszego prawodawstwa model następczego informowania obywateli o fakcie takiej ingerencji w konstytucyjne prawa i wolności jednostki. Konieczność wprowadzenia takiego obowiązku informacyjnego była już sygnalizowana m.in. przez Trybunał Konstytucyjny, Rzecznika Praw Obywatelskich, organizacje społeczne czy przedstawiciele doktryny.

Można oprzeć się w tym zakresie na doświadczeniach kilkunastu krajów unijnych, które posiadają tego typu niezależne organy, a których struktura czy model działania zostały omówione dokładnie w ponad 400-stronicowym opracowaniu przygotowanym dla Parlamentu Europejskiego³⁵. Szczegółowej struktury, zakresu kompetencji czy modelu działania nie da się jednak przygotować *in abstracto* – gdyż ma to być część komplementarnego systemu nadzoru nad służbami, gdzie uprawnienia i obowiązki poszczególnych członków systemu muszą być ze sobą kompatybilne i połączone siecią wzajemnych, nierozzerwalnych zależności. W sieć tych współzależnych instytucji wpleść trzeba uprawnienia wspomnianego organu. Nie da się tego uczynić bez całościowego ukształtowania

³⁵ A. Wills, M. Vermeulen, H. Born, M. Scheinin, M. Wiebusch, *Parliamentary Oversight of Security and Intelligence Agencies in the European Union*, Brussels 2011, <https://perma.cc/J94Y-EW7G>

systemu nadzoru nad służbami. Z pewnością podstawą dla powołania nowego organu może być już przywoływany raport „Osiodłać Pegaza”. *Przestrzeganie praw obywatelskich w działalności służb specjalnych – założenia reformy*, ale bez pozostałych elementów systemu, zwłaszcza poprawnego uregulowania składania i rozpatrywania wniosków przez sąd, o których mowa w niniejszym opracowaniu, będzie to znów nie w pełni funkcjonalny model. Do tego jednak konieczna jest przede wszystkim wola polityczna wykraczająca poza deklaracje, o których zapomina się zaraz po wygranych wyborach.

Pytanie 5

Niezależnie od tego, jakie ciało (sądy, parlament, nowy powołany organ kontrolny) miałoby sprawować kontrolę, czy konieczny jest stały, poza rządem, nadzór i/lub kontrola służb, zwłaszcza w zakresie wykonywania przez nie czynności operacyjno-rozpoznawczych, przede wszystkim używania podsłuchów oraz wyrafinowanych narzędzi typu Pegasus?

Problematyka bezprawnego wykorzystywania systemu Pegasus była już przedmiotem opinii³⁶ przygotowanej dla Szanownej Komisji, toteż dla zachowania zwięzłości, o którą proszono w zapytaniu, pozwolę sobie odesłać do jej treści.

Niewątpliwie wykorzystywanie takich narzędzi wymagałoby zmiany szeregu aktów prawnych, począwszy od rozszerzenia katalogu samych kategorii kontroli operacyjnej przez zawężenie ich wykorzystywania do najcięższych z przestępstw – w szczególności przestępstw o charakterze terrorystycznym – na samych prawnych ramach możliwości ich wykorzystania skończywszy, mając na względzie choćby obecne brzmienie ustaw kompetencyjnych i Kodeksu karnego³⁷. Nie jest tu mowa, rzecz jasna, o sanowaniu wykorzystywania narzędzia Grupy NSO, z uwagi na podniesione w przywoływanej opinii zastrzeżenia co do bezpieczeństwa przechwytywanych danych, ale o kolejnych narzędziach, które już wytworzone np. przez ABW, lub pod jej nadzorem, spełniać będą wymogi bezpieczeństwa informatycznego samego systemu. Pojawienie się narzędzi, takich jak Pegasus czy jego następcy (np. Reign), potwierdza konieczność istnienia wyższego standardu dla stosowania tego rodzaju środków wykorzystujących tzw. „luki dnia zerowego” (ang. *0-day*), które umożliwiają uzyskanie dostępu do urządzeń elektronicznych i pełną nad nimi kontrolę, łącznie z możliwością sterowania elementami takiego urządzenia (np. włącznie mikrofonów, kamer bez wiedzy użytkownika, zmiana danych informatycznych na urządzeniu), wyłamując się z obecnego katalogu rodzajów kontroli operacyjnej. Nie można jednocześnie nie dostrzegać, że częstokroć wykorzystywanie takich luk będzie jedyną możliwością uzyskania informacji np. o zamachu terrorystycznym (ze względu na powszechność szyfrowania danych, których algorytmy przy zastosowaniu

³⁶ A. Barczak-Oplustil, M. Małecki, S. Tarapta, A. Behan, W. Zontek, *Dopuszczalność nabycia i używania w ramach kontroli operacyjnej określonego typu programów komputerowych (casus Pegasus)*, ekspertyza KIPK z dnia 15 lutego 2022 r., <https://perma.cc/SPA8-5F3R>

³⁷ *Ibidem*.

odpowiednio długiego hasła nie mogą być przełamane z powodu braku wystarczającej mocy obliczeniowej nawet wszystkich komputerów na świecie). Nie wydaje się zatem właściwe – przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności – zakazywanie wykorzystywania takich narzędzi czy technik *a priori*. Nie oznacza to jednak, że ich stosowanie nie powinno być poddane bardzo ścisłemu nadzorowi. Jednym z warunków powinna być zgoda na stosowanie takich narzędzi wyrażona przez skład 3 sędziów, ze szczególnym nadzorem wszystkich pobranych, uzyskanych czy edytowanych danych.

Pytanie 6

Jeżeli odpowiedź na powyżej postawione pytanie jest twierdząca, czy takim nadzorem i/lub kontrolą powinny zostać objęte w równym stopniu wszystkie służby uprawnione do czynności operacyjnych? Czy powinien on dotyczyć czynności dokonywanych zarówno w kraju, jak i za granicą?

Tak, nadzorem powinny być objęte wszystkie służby, które mają możliwość stosowania kontroli operacyjnej. Biorąc pod uwagę, że Policja odpowiada za przeważającą liczbę wszystkich kontroli i pozyskiwanych danych, nie wydaje się właściwe, aby wyłączyć tę służbę (nie mającą *lege artis* statusu „służby specjalnej”) z reżimu takiego nadzoru. Wszakże – parafrazując wielokrotnie powtarzane przez polityków stwierdzenie – **uczciwa służba nie ma się czego bać.**

Pytania 7 i 8

7. Czy należy, wzorem niektórych innych państw demokratycznych, zwłaszcza z UE, wprowadzić instytucję skargi na działania służb, zwłaszcza użycia przez nie podsłuchów oraz wyrafinowanych narzędzi typu Pegasus? Czy do składania skargi mieliby prawo tylko obywatele polscy? Kto miałby te skargi rozpatrywać? W jaki sposób?

8. Czy należy, wzorem niektórych innych państw demokratycznych, zwłaszcza z UE, wprowadzić prawny obowiązek informowania osób, wobec których stosowano środki kontroli operacyjnej, ale wobec których te działania okazały się bezzasadne i wykluczono, by te osoby brały udział w działalności przestępczej? Jeśli tak, czy taką możliwość należy wprowadzić tylko wobec obywateli RP? Jaki urząd byłby ew. zobowiązany do weryfikacji i informowania tych osób?

Rzeczona kwestia była już sygnalizowana we wcześniejszej części opinii. Podkreślić należy, że na gruncie polskiego prawa powinna być wprowadzona nie tylko instytucja skargi na działania służb, ale przede wszystkim system informowania osób, wobec których stosowano środki

kontroli operacyjnej lub których dane telekomunikacyjne pocztowe czy internetowe były pozyskiwane i przetwarzane.

O konieczności wprowadzenia mechanizmów informowania o przeprowadzonym „nadzorze komunikacyjnym” wypowiedziała się Rada Praw Człowieka ONZ³⁸, stanowiąc:

Osoby fizyczne powinny mieć prawo do otrzymania powiadomienia, że zostały poddane nadzorowi komunikacyjnemu lub że do ich danych komunikacyjnych uzyskało dostęp państwo. Uznając, że wcześniejsze lub równoczesne powiadomienie może zagrozić skuteczności nadzoru, osoby fizyczne powinny być jednak powiadomione po zakończeniu nadzoru i miały możliwość dochodzenia roszczeń w odniesieniu do wykorzystania środków nadzoru łączności w następstwie ich zastosowania³⁹.

Wypowiadał się Trybunał w cytowanych już w niniejszej opinii wyrokach w sprawach Zakharov v. Rosja oraz Ekimdzhiev i inni v. Bułgaria, wypowiedział się też Komisarz Praw Człowieka Rady Europy⁴⁰:

Komisarz podziela pogląd (...), iż zawiadomienie jest wymogiem, aby osoby, które zostały poddane inwigilacji, zostały powiadomione o tym po fakcie, z zastrzeżeniem, że powiadomienie nie zaszkodzi trwającym operacjom⁴¹. (...) Komisarz opowiada się za systemem powiadamiania o tym, że dana osoba była przedmiotem nadzoru. Jak potwierdził Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawie Szabó i Vissy v. Węgry (2016); „Tak szybko, jak tylko powiadomienie może być przeprowadzone bez narażania na szwank celu ograniczenia po zakończeniu stosowania środka nadzoru, informacja powinna być dostarczona osobom zainteresowanym”⁴².

W istocie problem nie powinien polegać na tym, czy należy wprowadzić taki obowiązek, ale dlaczego Polska go jeszcze nie wprowadziła.

Za rozpatrywanie takich skarg w obecnym systemie prawnym musiałyby odpowiadać sądy, jako iż nie mamy niezależnej apolitycznej instytucji, która mogłaby takie skargi rozpoznawać.

³⁸F. La Rue, Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression*, A/HRC/17/27/Add.1,] <https://perma.cc/LQ2Q-5V57>

³⁹ *Ibidem*, pkt 82.

⁴⁰ Commissioner for Human Rights, *Council of Europe, Memorandum on Surveillance and Oversight Mechanisms in the United Kingdom*, CommDH(2016)20, Strasbourg 2016, <https://perma.cc/MXK2-BK3J>

⁴¹ *Ibidem*, pkt 13.

⁴² *Ibidem*, pkt 25.

Nie jest wykluczone stworzenie takiego organu, co było przedmiotem odpowiedzi na 4. pytanie, ale do czasu kompleksowego uregulowania tego obszaru sądy są jedynym niezależnym organem władnym to czynić⁴³.

⁴³ Na temat przeszkód z tym związanych zob. zwłaszcza postulat 5 w odpowiedzi na pytanie 9.

Pytanie 9

Jakie jeszcze, niewymienione wyżej, działania należy podjąć, by usprawnić nadzór i kontrolę nad służbami specjalnymi?

Poruszone w niniejszej opinii kwestie, dotyczące nadzoru nad służbami specjalnymi czy – szerzej – służbami stosującymi na gruncie polskiego prawa kontrolę operacyjną, skłaniają do przedstawienia następujących postulatów i uwag *de lege ferenda*, które zbliżałyby polskie prawo do standardów państwa demokratycznego.

1. Należy zobowiązać służby do przedkładania wraz z wnioskiem całości zgromadzonych (i zanonimizowanych) w danej sprawie materiałów, ze szczególnym uwzględnieniem materiałów niebędących „na korzyść” osoby objętej wnioskiem. *Explicite* wskazany powinien być również we wniosku konkretny policjant/agent⁴⁴, który poświadcza pod odpowiedzialnością karną kompletność posiadanych i przedkładanych w sprawie dokumentów.
2. W razie wprowadzenia następczej kontroli, w czasie której wykazano by „ominięcie” istotnych materiałów będących w dyspozycji na etapie składania wniosku, mogących mieć wpływ na podjętą decyzję, kluczowe byłoby rzeczywiste wyciągnięcie konsekwencji wobec takich osób, co jednocześnie stanowiłoby samoistną zaporę przed składaniem takich niekompletnych/wadliwych wniosków w przyszłości.
3. Należy zmienić model akceptacji bądź odrzucenia wniosku przez sąd – przez nałożenie obowiązku uzasadniania decyzji o jej zastosowaniu, przy braku uzasadnienia decyzji odmownej lub bądź wprowadzenia przynajmniej równoważnego obowiązku względem obu kategorii decyzji.
4. Należy wprowadzić obowiązek publikowania przez służby bardzo **szczegółowych** statystyk na temat zakresu działań podejmowanych w ramach kontroli operacyjnej i pozyskiwana danych telekomunikacyjnych, dostosowując polskie prawo do standardów wynikających z orzeczenia ETPC z dnia 25 czerwca 2013 r. w sprawie Youth Initiative For Human Rights v. Serbia⁴⁵ oraz wyroku K 23/11, w którym Trybunał Konstytucyjny zwrócił uwagę na

⁴⁴ W zależności od służby.

⁴⁵ Wyrok ETPC z dnia 25 czerwca 2013 r., 48135/06, Youth Initiative For Human Rights v. Serbia, LEX nr 1324408.

„konieczność wprowadzenia prawnego obowiązku podawania do publicznej wiadomości zagregowanych danych statystycznych o liczbie i rodzaju stosowanych czynności operacyjno-rozpoznawczych ingerujących w konstytucyjne wolności i prawa człowieka. Wymóg ten wynika z zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji)”.

5. Na gruncie obecnie obowiązujących przepisów istnieje obowiązek przesyłania do sądu wraz z wnioskiem o zarządzenie kontroli operacyjnej materiałów uzasadniających potrzebę zastosowania takiej kontroli. Jednocześnie rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 8 lipca 2022 r. w sprawie kontroli operacyjnej prowadzonej przez Policję⁴⁶, nie przewiduje zachowywania kopii tych materiałów po ich zniszczeniu (obecny mechanizm zakłada niszczenie wszystkich materiałów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej, które nie zawierają dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania), a zwłaszcza nie przechowuje ich sąd zgodnie z brzmieniem § 3 ust. 6: „Sąd okręgowy przechowuje pierwsze egzemplarze wydanych postanowień, pisemnych zgód prokuratora, wniosków o zarządzenie lub przedłużenie kontroli i zarządzeń kontroli, a także zażaleń organów Policji”. Innymi słowy, **następcza kontrola zasadności wniosku o stosowanie kontroli operacyjnej będzie w istocie niemożliwa**, bo sam wniosek nie będzie zawierać tych informacji – kluczowych dla oceny zasadności jego stosowania. Warto dla potwierdzenia wagi tych materiałów odwołać się do odpowiedzi Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości, który w odpowiedzi na interpelację 788 stwierdził:

Wskazaną ustawą wprowadzono ponadto wyraźną regulację nakładającą na Policję oraz służby specjalne obowiązek przesyłania do sądu wraz z wnioskiem o zarządzenie kontroli operacyjnej materiałów uzasadniających potrzebę zastosowania takiej kontroli. Powyższe rozwiązanie w założeniu ustawodawcy ma bezpośrednio przeciwdziałać zarządzaniu przez sądy kontroli operacyjnej wyłącznie na podstawie wniosków opracowanych przez Policję bądź służby specjalne. W obecnym stanie prawnym sąd ma obowiązek zapoznania się nie tylko z wnioskiem o zarządzenie takiej kontroli, ale przede wszystkim z materiałami, które od strony faktycznej uzasadniają potrzebę jej przeprowadzenia⁴⁷.

⁴⁶ Dz.U. z 2022 r. poz. 1458.

⁴⁷ Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości – z upoważnienia ministra – na interpelację nr 788 w sprawie niezgodności z konstytucją przepisów umożliwiających zakładanie obywatelom podsłuchów, 3 lutego 2012 r., <https://perma.cc/8HXQ-CCNP>

6. Należy wprowadzić większe gwarancje dotyczące prowadzenia kontroli operacyjnej względem osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej (art. 180 § 2 k.p.k.), np. przez warunkowanie wyrażenia zgody połączone z badaniem przesłanek opisanych w tej jednostce redakcyjnej, oraz wprowadzenia bezwzględnego zakazu przeglądania/odsłuchiwania materiałów uzyskanych w efekcie prowadzenia kontroli operacyjnej względem tej grupy osób przez inny niż niezawisły sąd organ. W stosunku do tej szczególnej grupy ryzyko, iż w czasie analizowania pozyskiwanych materiałów dojdzie do zapoznania się policjanta/agenta z informacjami np. objętymi tajemniczą obrończą, jest zdecydowanie wyższe niż w przypadku kontroli prowadzonej względem osoby nieposiadającej tego statusu. Założenie, iż w sytuacji następczego objęcia dyspozycją art. 178 k.p.k. przez daną służbę takich materiałów agent konkretnej służby bądź policjant zapomni, że słyszał te informacje i nie będzie ich nigdy wykorzystywał, nie wydaje się przekonujące.

Należy też zwrócić uwagę, iż obecna regulacja przewidziana np. w art. 19 ust. 15f pkt 2 Ustawy o Policji oznacza, że w przypadku niejasnego kryterium dotyczącego pozyskanych materiałów (które nie zawierają, ale „mogą zawierać” informacje, o których mowa w art. art. 178a i art. 180 § 3 k.p.k.) przekazywane są one prokuratorowi, który fizycznie może się z nimi zapoznać. Oczywiście można zarzucić takiemu stanowisku, że prokurator w żadnym razie nie zapoznałby się z takimi informacjami bez wyraźnego zezwolenia wyrażonego w ustawie. W takim przypadku należy jednak zadać pytanie, po co te materiały w ogóle przekazywane są prokuratorowi? Czynność przekazania może odbywać się bezpośrednio pomiędzy daną służbą a sądem.

7. Należy uchwalić ustawę o czynnościach operacyjnych, która zawierałaby katalog dopuszczalnych sposobów prowadzenia kontroli operacyjnych przez wszystkie służby do tego uprawnione, precyzując bardzo ogólne sformułowania przewidziane w ustawach kompetencyjnych, a dotyczące zakresu i sposobu prowadzenia takiej kontroli.

To zagadnienie poruszył już Trybunał Konstytucyjny w wyroku K 23/11, wskazując, że: „Z punktu widzenia zasady określoności prawa istotne jest natomiast sprecyzowanie w przepisach prawa zamkniętego rodzajowo katalogu środków i metod działania, za pomocą których władze publiczne mogą w sposób niejawni gromadzić informacje o jednostkach”. Pomimo uchwalenia nowelizacji, która zmodyfikowała ów katalog, wprowadzając 5 rodzajów prowadzenia takiej kontroli, to problem nadal jawi się jako

niezwykle ważki⁴⁸ z uwagi na bezprawne stosowanie przez polskie służby narzędzi typu *spyware*, których funkcjonalności łamią podział wyznaczony przez katalog rodzajów środków technicznych służących do niejawnego pozyskiwania informacji i dowodów. Nie tylko ze względu na fakt, że agregują je wszystkie w ramach jednego narzędzia informatycznego, ale także zawierają nieokreślone w ustawach funkcjonalności, w swej istocie działania naruszając szereg przepisów prawa⁴⁹.

Przykład bezprawnego wykorzystywania z Polsce systemu Pegasus wymaga zbadania także tego, jak zostały sformułowane wnioski, na podstawie których zgodę na prowadzenie kontroli operacyjnej wydał sąd. Czy służby wniosły o „uzyskiwanie i utrwalanie danych zawartych w informatycznych nośnikach danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, systemach informatycznych i teleinformatycznych” i na podstawie zgody na tak brzmiący wniosek, bez informowania sądu, stosowały program zasadzający się na przełamaniu i omijaniu zabezpieczeń informatycznych? Czy może wnioski zawierały informację, że kontrola prowadzona będzie za pomocą programu, który przekazuje uzyskane dane do służb wywiadowczych innego państwa, ale ich uzyskanie jest niezbędne dla realizacji jakichś celów politycznych? Odpowiedzi na te pytania są niezbędne dla stworzenia właściwego standardu, gwarantującego, iż w przyszłości nie będzie dochodziło do takich naruszeń.

Przypomnieć należy także, iż Trybunał Konstytucyjny w wyroku K 23/11 wskazywał:

Europejski Trybunał Praw Człowieka wskazywał konieczność zachowania surowszych wymagań odnoszących się do jakości regulacji podsłuchów oraz przechwytywania informacji stanowiących integralny element porozumiewania się za pomocą sieci teleinformatycznych, tj. szeroko rozumianego przechwytywania obrazu i dźwięku, niż

⁴⁸ Zob. uwagi Urzędu Komunikacji Elektronicznej do projektu senackiego, DP—0330-7/14, 14 lipca 2015 r., <https://perma.cc/AF6S-QG97> czy opinię Profesora Marka Chmaja, *Opinia prawna w przedmiocie zgodności z konstytucją senackiego projektu ustawy o zmianie ustawy o policji oraz niektórych innych ustaw (druk nr 3765) oraz uwzględnienia przez przepisy projektu wskazań zawartych w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt. k 23/11), 24 lipca 2015 r., [http://orka.sejm.gov.pl/RexDomk7.nsf/0/21A3A7B05C4DD1F8C1257E990045F738/\\$file/i1783-15A.rtf](http://orka.sejm.gov.pl/RexDomk7.nsf/0/21A3A7B05C4DD1F8C1257E990045F738/$file/i1783-15A.rtf) (dostęp: 19.08.2022), w której zwracano uwagę, iż katalog ten (obecnie obowiązujący) nie spełnia wymogów nałożonych przez Trybunał Konstytucyjny: „Tak niedookreślone brzmienie przepisów prawa upoważnia służby do podejmowania szerokich działań ingerujących w prawa i wolności jednostek, uniemożliwiając kontrolę tych działań przez organy zewnętrzne. Powyższe może stanowić podstawę do stwierdzenia, że kwestionowane przepisy naruszają art. 2 i art. 7 Konstytucji (zasada demokratycznego państwa prawa i zasada legalizmu) oraz art. 47 i art. 49 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji. W konsekwencji, nie można uznać, iż projektowana nowelizacja należycie realizuje wskazania Wyroku co do konieczności zachowania precyzji regulacji”.*

⁴⁹ Zob. A. Barczak-Oplustil, M. Małecki, S. Tarapta, A. Behan, W. Zontek, *Dopuszczalność nabycia..., op. cit.*

w wypadku monitorowania aktywności jednostek w przestrzeni publicznie dostępnej za pomocą urządzeń lokalizacyjnych (zob. orzeczenie ETPC z 2 września 2010 r. w sprawie Uzun przeciwko Niemcom, § 66 uzasadnienia).

Co sygnalizowano już w odpowiedzi na 5. pytanie, pojawienie się narzędzi, takich jak Pegasus czy jego następcy (np. Reign), potwierdza konieczność istnienia wyższego standardu dla stosowania tego rodzaju środków wykorzystujących luki *0-day*, które umożliwiają uzyskanie dostępu do urządzeń elektronicznych i pełną nad nimi kontrolę, łącznie z możliwością sterowania elementami takiego urządzenia (np. włączanie mikrofonów, kamer, zmiana danych informatycznych na urządzeniu – bez wiedzy użytkownika). Zgoda na stosowanie takich narzędzi powinna być wyrażana przez skład 3 sędziów, ze szczególną następczą kontrolą wszystkich pobranych, uzyskanych czy edytowanych na urządzeniu końcowym danych.

8. Odwołując się do uwag dotyczących pytań 7 i 8, a także ponownie cytując wyrok K 23/11, należy wprowadzić:

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 je na nieskuteczność. Dlatego ustawodawca powinien zagwarantować późniejsze poinformowanie o tym fakcie. Tego wymagania nie uchyla wprowadzenie innych, zastępczych rozwiązań, jak choćby pełnomocnika osoby kontrolowanej. Na konieczność ustanowienia takiego obowiązku informacyjnego zwracał już uwagę TK w postanowieniu z 25 stycznia 2006 r., sygn. S 2/06).

9. Przekracza to ramy niniejszej opinii, ale obszarem, który wymaga także pilnej interwencji ustawodawczej, jest kwestia w dużej mierze niekontrolowanego udostępniania służbom danych telekomunikacyjnych i danych internetowych, która sprawowana wyłącznie *ex post* przez sądy okręgowe, tylko na podstawie szczątkowych, głównie tabelarycznych zestawień, nie ma nic wspólnego z rzetelnym procesem kontroli. Na problem zwrócił także uwagę Rzecznik Praw Obywatelskich, który po wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii

Europejskiej z 2 marca 2021 r. wydanego w sprawie H.K.⁵⁰ zwrócił się do Prezydium Rady Ministrów o zainicjowanie odpowiednich zmian legislacyjnych, które dostosowałyby polskie prawo do wymogów wynikających z prawa Unii Europejskiej. Po ponad roku, jak sygnalizował Rzecznik, otrzymał on odpowiedź, iż: „W ocenie MSWiA obecne przepisy nie naruszają wymogu proporcjonalności ingerencji w prawo do prywatności, wolności komunikowania się oraz autonomii informacyjnej”. Aby nie powtarzać argumentów podniesionych przez Rzecznika, należy odesłać do analizy oraz dokumentów zamieszczonych na jego stronie internetowej⁵¹.

⁵⁰ Wyrok TSUE z 2 marca 2021 r., C-746/18, postępowanie karne przeciwko H.K., ECLI:EU:C:2021:152.

⁵¹ Zob. <https://perma.cc/SF3D-M68K>