



RZECZPOSPOLITA POLSKA

Warszawa, dnia 17. 02. 2012 r.

PROKURATOR GENERALNY

PG VII G 025-34/12

**Pan**

**Piotr Zientarski**

**Przewodniczący**

**Komisji Ustawodawczej Senatu RP**

*Stanowcy Komisji Przewodniczący*

W nawiązaniu do pisma z dnia 27 stycznia 2012 r., nr BPS/KU-034/44/3/12, dotyczącego, przygotowanego przez Komisję Ustawodawczą Senatu RP, *senackiego projektu ustawy o zmianie ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (druk senacki nr 44)*, przekazanego Prokuratorowi Generalnemu do wyrażenia opinii, na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze (Dz. U. z 2011 r. Nr 270, poz. 1599), pozwalam sobie wyrazić następujące stanowisko.

Projekt ustawy stanowi wykonanie obowiązku dostosowania systemu prawa do uwag Trybunału Konstytucyjnego przekazanych Sejmowi Rzeczypospolitej Polskiej, zawartych w postanowieniu sygnalizacyjnym z dnia 15 listopada 2010 r. (sygn. akt S 4/10), stwierdzającym uchybienia w przepisach ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu.

Trybunał Konstytucyjny zwrócił się do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej o podjęcie prac legislacyjnych, celem usunięcia uchybień dotyczących art. 5 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, a także ustalenia konsekwencji, jakie powoduje normatywne powiązanie tego przepisu z innymi przepisami wymienionej ustawy.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, wymieniony przepis narusza standardy demokratycznego państwa prawnego, wynikające z Konstytucji RP i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego.

Zgodnie z przepisami i wspomnianymi wyżej standardami, sąd, zarządzając kontrolę operacyjną, winien wskazać konkretną osobę oraz typ przestępstwa określonego

w ustawie karnej, którego ma dotyczyć kontrola operacyjna. W przypadku zarządzenia przez sąd kontroli operacyjnej w zakresie przestępstw określonych w art. 5 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy o ABW, jako „godzących w podstawy ekonomiczne państwa”, nie jest to możliwe, bowiem pojęcie „przestępstwa godzące w podstawy ekonomiczne państwa” uniemożliwia identyfikację typów przestępstw, określonych przez ustawę karną. Niemożność identyfikacji typów przestępstw, określonych przez ustawę karną, cechująca przepis art. 5 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy o ABW, powoduje w konsekwencji uchybienia dotyczące art. 27 ust. 1 nowelizowanej ustawy.

Projektodawca wymienia wprawdzie w projektowanym brzmieniu art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. d, e, f - bardzo szeroko zakreślony - zakres typów czynów zabronionych, to jednak posługuje się, co prawda zawężającym, lecz jednak nadal niezdefiniowanym, pojęciem „przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa” oraz „godzących w podstawy ekonomiczne państwa”. Powoduje to, że nadal niemożliwa byłaby identyfikacja typów czynów (*in concreto*), co do których sąd mógłby zarządzić kontrolę operacyjną, na przykład w odniesieniu do „godzącego w bezpieczeństwo państwa” czynu z art. 231 § 1 k.k., polegającego na przekroczeniu uprawnień przez funkcjonariusza publicznego lub „godzącego w podstawy ekonomiczne państwa” czynu z art. 271 § 1 i 3 k.k. (poświadczenie nieprawdy). Projektodawca podjął wprawdzie próbę doprecyzowania tego ostatniego pojęcia poprzez odwołanie się w projektowanym art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. e do wysokości szkody określonej w art. 115 § 6 k.k., to jednak trudno przyjąć, aby szkoda w wysokości wskazanej w tym przepisie mogła istotnie godzić w podstawy ekonomiczne państwa.

Analiza unormowań dotyczących prowadzenia kontroli operacyjnej przez funkcjonariuszy ABW, dokonana w kontekście poglądów doktryny oraz orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, uprawnia do stwierdzenia, iż unormowania te w znacznie szerszym zakresie kolidują ze standardami konstytucyjnymi, jak i konwencyjnymi.

Prokurator Generalny przedstawił taki pogląd między innymi w swoim stanowisku z dnia 6 lutego 2012 r., nr PG VIII TK 101/11 (sygn. akt TK – K 34/11), sformułowanym w związku z wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 15 listopada 2011 r., jak również w stanowisku z dnia 28 października 2011 r., nr PG VIII TK 62/11 (sygn. akt TK – K 23/11), sformułowanym w związku z wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 25 czerwca 2011 r. W szczególności, Prokurator Generalny zwrócił się do Trybunału Konstytucyjnego o uznanie, iż:

- 1) przepis art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu – w zakresie, w jakim odnosi się do zwrotu „i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa” jest niezgodny z art. 2, art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz z art. 8 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, z późn. zm.),
- 2) przepis art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz c ustawy, o której mowa w pkt 1, jest niezgodny z art. 2, art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz z art. 8 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, z późn. zm.),
- 3) przepis art. 27 ust. 6 pkt 3 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu jest niezgodny z art. 2 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Zgodnie z normą zawartą w art. 2 Konstytucji, Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej. Z kolei art. 47 Konstytucji RP stanowi, że każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym, a norma zawarta w art. 49 zapewnia wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się. Ograniczenie tych wolności może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony. W końcu, art. 31 ust. 3 Konstytucji RP stanowi, że ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie, i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób, a ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

W nauce prawa konstytucyjnego podkreśla się wymóg nakazu kompletności ustawowej regulacji ograniczeń praw jednostki. Nakaz kompletności unormowania ustawowego wymaga, aby ustawa samodzielnie określała wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danego prawa i wolności (kompletny zarys ograniczenia), bez przekazywania swobody w tym zakresie organom administracji rządowej i samorządowej (por. Jerzy

Oniszczyk, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego na początku XXI w., Zakamycze 2004, s. 419).

Prawo do prywatności w systemie konstytucyjnej ochrony praw i wolności uwidacznia m. in. art. 233 ust. 1 Konstytucji – zgodnie z którym, prawo to jest nienaruszalne nawet w ustawach ograniczających inne prawa, wydawanych w stanie wojennym i wyjątkowym. Oznacza to, że nawet warunki tak wyjątkowe i ekstremalne nie zezwalają ustawodawcy na złagodzenie przesłanek, przy spełnieniu których można wkroczyć w sferę życia prywatnego, nie narażając się na zarzut niekonstytucyjnej arbitralności (por. wyrok z dnia 20 czerwca 2005 r., sygn. K 4/04, OTK ZU Nr 6/A/2005, poz. 64, s. 813 oraz powołane tam orzecznictwo).

Problematyka wzajemnych relacji pomiędzy unormowaniami dotyczącymi czynności operacyjno – rozpoznawczych, stosowanych przez poszczególne służby (z natury rzeczy niejawnych i dających służbom szeroki margines uznaniowości), a konstytucyjnymi wolnościami i prawami jednostki, zwłaszcza w kontekście gwarancji dla osób poddanych tym czynnościom, a także ograniczonej kontroli zewnętrznej, stanowiła przedmiot rozważań Trybunału Konstytucyjnego.

Trybunał Konstytucyjny, delegalizując między innymi niektóre regulacje zawarte w art. 19 ustawy o Policji, podkreślił, iż „doświadczenia współczesnych państw demokratycznych wskazują, że władza wykonawcza odpowiedzialna za bezpieczeństwo i porządek publiczny, w tym podległe jej podmioty prowadzące czynności operacyjno – rozpoznawcze, dysponują środkami, których zastosowanie – w imię obrony porządku publicznego – może doprowadzić do zniszczenia instytucji demokratycznych i redukcji praw obywatelskich. Dzieje się tak zarówno dlatego, że poufność i brak zewnętrznej kontroli może prowadzić do nadmiernej autonomizacji czy subiektywizacji samego celu działalności operacyjnej oraz niezachowania w niej należytej wstrzemięźliwości przy wkraczaniu w prawa i wolności obywatelskie. Niekiedy zaś sytuacja taka może wynikać z nadmiernie eksponowanych względów ideologicznych czy politycznych w działaniu egzekutywy. Inaczej mówiąc, cecha niejawności kontroli operacyjnej czyni ją podatną na nadużycia. Bezpieczeństwo publiczne, jako dobro co do zasady usprawiedliwiające ograniczenie przez legislatora korzystania z wolności obywatelskich, wymaga więc zachowania proporcjonalności dopuszczalnego wkroczenia w imię ochrony bezpieczeństwa oraz sprawnego systemu kontroli zachowania tej proporcjonalności w praktyce. W przeciwnym razie środki ochrony tego bezpieczeństwa, w postaci legalnie dopuszczalnej działalności

operacyjnej, same w sobie stwarzają zagrożenie dla wolności. Będzie tak wtedy, gdy – po pierwsze – wprowadzane ograniczenia będą arbitralne, nieproporcjonalne do ewentualnych zagrożeń i – po drugie – gdy będą one wyłączone (czy to prawnie, czy faktycznie) spod kontroli sprawowanej przez instytucje demokratyczne. Konflikt między koniecznością istnienia legalnej, prawnie umocowanej działalności operacyjnej i zagrożeniem dla konstytucyjnych wolności i praw jednostki wymaga więc przede wszystkim wyważenia właściwej proporcji w prawnej ochronie obu sfer, pozostających w konflikcie (...). Instrumentarium prawne, umożliwiające wyważenie stosownego kompromisu obejmuje: – z jednej strony, regulację materialnoprawną (określającą granice stawiane przez system prawa wkroczeniu przez władzę w poszczególne sfery prywatności jednostki); - z drugiej zaś – gwarancje proceduralne, towarzyszące temu wkroczeniu, tj. konieczność zgłoszenia kontroli organowi pozapolicyjnemu i jej legalizacji przez ten organ, przesłanki i procedury legalizacji – przez organ zewnętrzny i poprzez udostępnienie zainteresowanemu (choćby w pewnym zakresie i od pewnego momentu czasowego) wiedzy o kontroli i jej rezultatach, środki kontroli na wypadek ekscesu organu przeprowadzającego kontrolę” (wyrok z dnia 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04, OTK ZU Nr 11/A/2005, poz. 132, s. 1494).

W przypadku konkurencyjności chronionych konstytucyjnie dóbr – która występuje jako konflikt pomiędzy konstytucyjnym prawem do prywatności, tajemnicą porozumiewania się oraz ochroną autonomii informacyjnej, a względami bezpieczeństwa publicznego – konieczne jest zachowanie przez ustawodawcę czytelnej równowagi między interesami pozostającymi w kolizji.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, ustawodawca, ograniczając wskazane prawa i wolności konstytucyjne, winien jednocześnie stworzyć gwarancje prawne i instytucjonalne, pozwalające stosować określone działania tylko w zakresie koniecznym dla realizacji konstytucyjnych celów i w sposób charakteryzujący się jak najmniejszym stopniem dolegliwości dla obywateli oraz z zastosowaniem określonych procedur. Nakaz ten jest funkcjonalnie związany z zasadami pewności i bezpieczeństwa prawnego oraz ochrony zaufania do państwa i prawa.

Zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji, ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych praw i wolności mogą być ustanawiane tylko w ustawie. Oznacza to nie tylko konieczność wskazania w akcie normatywnym tej rangi zakresu, w jakim konstytucyjne wolności lub prawa doznają ograniczenia i z tych względów niedopuszczalne jest odsyłanie w tej materii do aktów wykonawczych

Jako naruszenie wymagań konstytucyjnych oceniać należy tak niejasne i nieprecyzyjne formułowanie przepisu, które powoduje niepewność jego adresatów co do ich praw i obowiązków. Powoduje to bowiem stworzenie nazbyt szerokich ram dla organów stosujących ten przepis, które w istocie muszą zastępować prawodawcę w zakresie tych zagadnień, które uregulował on w sposób niejasny i nieprecyzyjny. Ustawodawca, poprzez niejasne formułowanie treści przepisów, nie może pozostawiać nadmiernej swobody organom mającym stosować te przepisy.

Stosowanie kontroli operacyjnej przez służby mundurowe oraz specjalne, w tym Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego, zawsze stanowi głęboką ingerencję w konstytucyjne prawa i wolności jednostki, w tym w prawo do prywatności oraz w prawo do komunikowania się i ochronę tajemnicy komunikowania się, a także w określonych sytuacjach, w autonomię informacyjną i nienaruszalność mieszkania. Tym samym, w świetle przytoczonych wyżej poglądów doktryny i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, regulacje prawne dotyczące wkraczania w wymienione wyżej prawa osobiste jednostki muszą odpowiadać szczególnie surowym standardom, tym bardziej że czynności operacyjno – rozpoznawcze, z natury swojej, mają charakter niejawnny, a tym samym, w przeciwieństwie do czynności procesowych, nieporównanie trudniej zapewnić stosowną kontrolę ich stosowania.

Opiniowany senacki projekt ustawy o zmianie ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu zdaje się konwalidować jedynie część, zakwestionowanych przez Prokuratora Generalnego, uchybień stwierdzonych w art. 5 ust. 1 nowelizowanej ustawy, nie ingeruje natomiast w inne, ewidentnie wadliwe (z analogicznych przyczyn) unormowania art. 27 ustawy o ABW. Tym samym, jak się wydaje, przedstawiony do oceny projekt nie prowadzi do pełnej zgodności z wymogami Konstytucji RP oraz z Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności unormowań dotyczących kontroli operacyjnej sprawowanej przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego.

Reasumując, analiza projektu pozwala na stwierdzenie, że projekt nowelizowanej ustawy nie w pełni odpowiada na zarzuty sformułowane przez Trybunał pod adresem regulacji zawartych w ustawie o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, w zakresie zgodności z Konstytucją RP oraz z Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności zakwestionowanych unormowań ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu.

  
wł  
PIERWSZY ZASTĘPCA  
PROKURATORA GENERALNEGO  
*Marek Jamrogowicz*