



SEJM  
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Warszawa, dnia 2 marca 2012 r.

Sygn. akt K 34/11

BAS-WPTK-152/11

TRYBUNAŁ KONSTITUCYJNY KAN C E L A R I A	
wpl. dnia	02. 03. 2012
L.dz. ....	L. zał. ....

**Trybunał Konstytucyjny**

Na podstawie art. 34 ust. 1 w związku z art. 27 pkt 2 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.), w imieniu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej przedkładam wyjaśnienia w sprawie wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich z 15 listopada 2011 r. (sygn. akt K 34/11), jednocześnie wnosząc o stwierdzenie, że art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a, w zakresie, w jakim odnosi się do zwrotu „i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa”, oraz art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 29, poz. 154 ze zm.) są niezgodne z art. 2, art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także z art. 8 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.).

## Uzasadnienie

### **I. Przedmiot kontroli**

Przedmiotem kontroli w niniejszej sprawie są art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 29, poz. 154 ze zm.; dalej: ustawa o ABW).

Zgodnie z art. 27 ust. 1 ustawy o ABW: „Przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, podejmowanych przez ABW w celu realizacji zadań określonych w art. 5 ust. 1 pkt 2, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne, sąd, na pisemny wniosek Szefa ABW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną”.

Z kolei w myśl art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a, b i c ustawy o ABW: „Do zadań ABW należy rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie przestępstw: a) szpiegostwa, terroryzmu, bezprawnego ujawnienia lub wykorzystania informacji niejawnych i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa; b) godzących w podstawy ekonomiczne państwa; c) korupcji osób pełniących funkcje publiczne, o których mowa w art. 1 i 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (Dz. U. z 2006 r. Nr 216, poz. 1584, z 2008 r. Nr 223, poz. 1458 oraz z 2009 r. Nr 178, poz. 1375), jeśli może to godzić w bezpieczeństwo państwa”.

### **II. Zasada określoności przepisów prawa, prawo do prywatności, wolność i ochrona tajemnicy komunikowania się**

#### **1. Zarzuty wnioskodawcy**

Według Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej: RPO lub wnioskodawca) art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o ABW „w zakresie, w jakim odnosi się do zwrotu «i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa»” oraz art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy o ABW są niezgodne

z art. 2, art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także z art. 8 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.; dalej: EKPCz).

W ocenie wnioskodawcy, kwestionowane przepisy, które upoważniają Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego (dalej: ABW) do wkroczenia za pomocą kontroli operacyjnej w sferę wolności komunikowania się i prywatności, nie odpowiadają „zasadom rzetelnej legislacji, w tym należytej poprawności, precyzyjności i jasności”. Chodzi w szczególności o posługiwanie się przez art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a, b i c ustawy o ABW takimi zwrotami niedookreślonymi, jak: „i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa”, „przestępstw (...) godzących w podstawy ekonomiczne państwa” i „jeśli może to godzić w bezpieczeństwo państwa”. Zdaniem RPO zwroty te odnoszą się do „systemu ocen bądź norm o charakterze pozaprawnym”, co utrudnia precyzyjne określenie zakresu zadań (kompetencji) ABW.

Uszczegóławiając podniesione zarzuty wnioskodawca wskazuje, iż konstrukcja art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o ABW „przez to, że odnosi się do otwartego katalogu «innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa» powoduje, iż ustawodawca określając kompetencje ABW posłużył się wyrażeniem pozakodeksowym, co z kolei oznacza, iż identyfikacja «przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa» napotyka trudności”. RPO podkreśla, że żaden rozdział kodeksu karnego w swoim tytule nie mówi wprost o tego rodzaju przestępstwach. Mowa jest w nim natomiast m.in. o przestępstwach „przeciwko pokojowi, ludzkości” i wojennych (rozdział XVI), „przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej” (rozdział XVII), „przeciwko obronności” (rozdział XVIII), czy też „przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu” (rozdział XX). Taki stan rzeczy uniemożliwia skonkretyzowanie, jakie przestępstwa kryją się pod pojęciem „innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa”.

Zdaniem wnioskodawcy, analogiczny do powyższego problem ma miejsce na gruncie art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy o ABW, gdzie posłużono się pojęciem „bezpieczeństwo państwa”. Podobna sytuacja występuje też w art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy o ABW, w którym mowa jest o przestępstwach „godzących w podstawy ekonomiczne państwa”. W ocenie RPO ten ostatni zwrot również jest nieprecyzyjny i „uniemożliwia identyfikację typów przestępstw, określonych przez ustawę Kodeks karny”.

Powiązanie niedookreślonego art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a, b i c ustawy o ABW z art. 27 ust. 1 tejże ustawy prowadzi RPO do wniosku, że „z przepisów tych nie wynika, w związku z jakim typem przestępstwa, określonym przez Kodeks karny, sąd zarządza kontrolę operacyjną dokonywaną przez ABW, w celu wykonywania powierzonych jej zadań”.

Wnioskodawca podnosi dodatkowo, że posłużenie się w kwestionowanych przepisach zwrotami niedookreślonymi, które nie pozwalają na precyzyjne ustalenie „w jakich okolicznościach ABW jest uprawniona do prowadzenia czynności operacyjnych”, sprawia iż przepisy te „nie mogą pozytywnie przejść testu proporcjonalności” (art. 31 ust. 3 Konstytucji). Na ich podstawie nie można bowiem określić „celów kontroli operacyjnej”, a zatem – jak wskazuje wnioskodawca – „ocena, czy badana regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych celów jest (...) praktycznie niemożliwa”.

## **2. Wzorce kontroli**

1. Wnioskodawca, stawiając zarzut niekonstytucyjności kwestionowanych przepisów, odwołuje się m.in. do art. 2 ustawy zasadniczej, z którego wyprowadza standard „określoności przepisów prawnych”, czy też „określoności ustawowej ingerencji w sferę konstytucyjnych wolności i praw jednostki”.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Trybunału Konstytucyjnego, art. 2 Konstytucji i wyrażona w nim generalna klauzula demokratycznego państwa prawnego „stanowi swego rodzaju zbiorcze wyrażenie szeregu reguł i zasad, które wprowadzie nie zostały *expressis verbis* ujęte w pisany tekście konstytucji, ale w sposób immanentny wynikają z aksjologii oraz z istoty demokratycznego państwa prawnego. Owe reguły i zasady miały najróżniejszy charakter, odnosząc się zarówno do prawa materialnego jak i do tzw. zasad przyzwoitej legislacji (np. zakaz stanowienia przepisów z mocą wsteczną, nakaz zachowania «odpowiedniej» *vacatio legis*, nakaz poszanowania praw słusznie nabytych), a ogólną podstawą było uznanie, że demokratyczne państwo prawne wymaga poszanowania zasady zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa” (wyrok TK z 16 czerwca 1999 r., sygn. akt P 4/98; zob. też np. wyroki TK z: 25 listopada 1997 r., sygn. akt K 26/97; 10 kwietnia 2006 r., sygn. akt SK 30/04).

Jedną z zasad wyprowadzanych z art. 2 Konstytucji jest zasada określoności przepisów prawa, zwana też zasadą określoności regulacji prawnych (zob. np. wyroki TK z: 4 listopada 2003 r., sygn. akt SK 30/02; 10 listopada 2004 r., sygn. akt Kp 1/04; 2 kwietnia 2007 r., sygn. akt SK 19/06; 12 czerwca 2008 r., sygn. akt K 50/05; 30 września 2008 r., sygn. akt K 44/07; postanowienie TK z 14 grudnia 2005 r., sygn. akt SK 24/05; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, komentarz do art. 2, nb. 9; W. Sokolewicz [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. V, Warszawa 2007, komentarz do art. 2, s. 48 i n.). Wymaga ona, aby „przepisy prawne były formułowane w sposób poprawny, precyzyjny i jasny” (wyrok TK z 7 listopada 2006 r., sygn. akt SK 42/05; zob. też wyroki TK z: 11 stycznia 2000 r., sygn. akt K 7/99; 12 czerwca 2008 r., sygn. akt K 50/05; W. Sokolewicz [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, komentarz do art. 2, s. 49). Jak wskazuje Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 21 marca 2001 r. (sygn. akt K 24/00): „Z tak ujętej zasady określoności wynika, że każdy przepis prawny winien być skonstruowany poprawnie z punktu widzenia językowego i logicznego – dopiero spełnienie tego warunku podstawowego pozwala na jego ocenę w aspekcie pozostałych kryteriów. Wymóg jasności oznacza nakaz tworzenia przepisów klarownych i zrozumiałych dla ich adresatów, którzy od racjonalnego ustawodawcy oczekiwać mogą stanowienia norm prawnych nie budzących wątpliwości co do treści nakładanych obowiązków i przyznawanych praw. Związana z jasnością precyzja przepisu winna przejawiać się w konkretności nakładanych obowiązków i przyznawanych praw tak, by ich treść była oczywista i pozwalała na wyegzekwowanie” (zob. też wyrok TK z 12 czerwca 2008 r., sygn. akt K 50/05; W. Sokolewicz [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, komentarz do art. 2, s. 48).

Należy również dodać, że „ocena zgodności przepisów prawa z zasadą określoności regulacji prawnych musi uwzględniać specyfikę poszczególnych gałęzi prawa, charakter adresatów ustanowionych norm prawnych, a także wagę praw jednostki i interesów, których dotyczy dana regulacja. Mniejsza precyzja sformułowań może wynikać z konieczności uwzględnienia różnorodności sytuacji w określonej sferze życia społecznego. Szczególna precyzja i jednoznaczność norm prawnych wymagana jest natomiast w dziedzinie prawa karnego. Kwalifikowana niejasność przepisu uzasadniająca stwierdzenie niekonstytucyjności może wynikać m.in. z jego niezrozumiałości, a także z użycia pojęć o szczególnym stopniu nieostrości,

stwarzających niebezpieczeństwo arbitralnej ingerencji w sferę praw i wolności konstytucyjnych” (wyrok TK z 7 listopada 2006 r., sygn. akt SK 42/05).

2. Zgodnie z art. 47 Konstytucji, każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym. Już pobieżna analiza tego przepisu prowadzi do wniosku, że zostały w nim unormowane dwa aspekty prawa do prywatności. Pierwszy z nich wyraża się w prawie jednostki do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci, dobrego imienia i wiąże się ze stosownymi pozytywnymi obowiązkami władzy państwowej. Natomiast drugi z tych aspektów, wyrażający się w prawie do decydowania o swoim życiu osobistym, ma w istocie charakter „wolności” i polega „na wykluczeniu wszelkiej postronnej ingerencji w sferę życia osobistego jednostki” (P. Sarnecki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, komentarz do art. 47, s. 1; por. również wyroki TK z: 2 kwietnia 2001 r., sygn. akt SK 10/00; 9 lipca 2009 r., sygn. akt SK 48/05).

Jak wskazuje Trybunał Konstytucyjny: „Koncepcja prawa do prywatności zaczęła stosunkowo niedawno odgrywać poważniejszą rolę w regulacjach konstytucyjnych i orzecznictwie sądowym. Zdołała już jednak zyskać sobie trwałe miejsce we współczesnych państwach demokratycznych. Stanowią ją zasady i reguły odnoszące się do różnych sfer życia jednostki, a ich wspólnym mianownikiem jest przyznanie jednostce prawa «do życia własnym życiem układanym według własnej woli z ograniczeniem do niezbędnego minimum wszelkiej ingerencji zewnętrznej» (A. Kopff, *Koncepcje prawa do intymności i do prywatności życia. Zagadnienia konstrukcyjne*, Studia Cywilistyczne, t. XX/1972). Tak rozumiana prywatność odnosi się przede wszystkim do życia osobistego, rodzinnego, towarzyskiego i czasem jest określana jako «prawo do pozostawienia w spokoju» (zob. W. Sokolewicz, *Prawo do prywatności [w:] Prawa człowieka w Stanach Zjednoczonych*, Warszawa 1985, s. 252). Na ogół przyjmuje się, że prywatność odnosi się też do ochrony informacji dotyczących danej osoby i gwarantuje m.in. pewien stan niezależności, w ramach którego jednostka może decydować o zakresie i zasięgu udostępniania i komunikowania innym osobom informacji o swoim życiu” (orzeczenie TK z 24 czerwca 1997 r., sygn. akt K 21/96).

Prawo do prywatności nie ma charakteru absolutnego i jako takie może być limitowane. Podlega to jednak ocenie przez pryzmat art. 31 ust. 3 Konstytucji (zob.

np. P. Sarnecki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, komentarz do art. 47, s. 4; wyroki TK z: 21 października 1998 r., sygn. akt K 24/98; 11 kwietnia 2000 r., sygn. akt K 15/98; 20 listopada 2002 r., sygn. akt K 41/02; 20 marca 2006 r., sygn. akt K 17/05), który formułuje kumulatywnie ujęte przesłanki dopuszczalności ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności. Są to: 1) ustawowa forma ograniczenia; 2) istnienie w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia; 3) funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji wartości (bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób); 4) zakaz naruszania istoty danego prawa lub wolności (zob. np. wyrok TK z 30 maja 2007 r., sygn. akt SK 68/06; por. również L. Garlicki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, komentarz do art. 31, s. 14 i n.; J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008, s. 115-141).

3. Zgodnie z art. 49 Konstytucji: „Zapewnia się wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się. Ich ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony”. W przepisie tym wyeksponowano trzy zagadnienia: wolność komunikowania się (zdanie 1), ochrona tajemnicy komunikowania się (zdanie 1), ograniczenie wolności i ochrony tajemnicy komunikowania się (zdanie 2).

Wolność komunikowania się należy rozumieć jako swobodę porozumiewania się, obejmującą wszystkich uczestników tego procesu (zarówno komunikujących, jak i odbierających komunikat), którymi mogą być osoby fizyczne lub inne podmioty prawa prywatnego. Nie ma przy tym znaczenia sposób porozumiewania się (np. werbalny czy niewerbalny), użyte do tego środki (np. telefon, list, e-mail), ani też treść i charakter komunikatu (np. informacja, prośba, ostrzeżenie) – zob. np. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, komentarz do art. 49, nb. 1-2; P. Sarnecki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. III, Warszawa 2003, komentarz do art. 49, s. 1 i n.

Z kolei ochrona tajemnicy komunikowania się oznacza, że: „Treści przekazywane podczas (...) porozumienia się przeznaczone są wyłącznie dla adresata (adresatów). Osoby porozumiewające się ani nie mogą być zmuszone do ich ujawnienia, ani nawet zmuszone do ujawnienia drugiej strony (odbiorcy lub

nadawcy tych treści). Ochrona tajemnicy komunikowania się oznacza także zabezpieczenie przed każdą ingerencją w sam proces komunikowania się polegającą na zmianie przekazywanych treści lub na ich zniszczeniu. Ponadto jakkolwiek inny podmiot nie powinien mieć do nich dostępu i tym bardziej z dostępu tego czynić użytku polegającego na ich ujawnieniu publicznym lub ujawnieniu innej osobie niż adresat. Państwo powinno tutaj chronić jednostkę zarówno przed nielegalnymi działaniami własnych organów, jak i innych osób fizycznych oraz prawnych” (B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, komentarz do art. 49, nb. 3; zob. też P. Sarnecki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, komentarz do art. 49, s. 3).

Ograniczenie wolności i ochrony tajemnicy komunikowania się może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony. Jak wskazuje Trybunał Konstytucyjny: „Oznacza to, że – po pierwsze – ustawodawca zwykły może decydować o zakresie wolności komunikowania się, jeśli – po drugie – uczyni to w akcie rangi ustawy, wskazującym – po trzecie – «określone przypadki» i «sposób ograniczenia» (wymóg konkretności, wyłączenie użycia w tych zakresach otwartych klauzul generalnych)” (wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04).

Przy ustanawianiu ograniczeń wolności i ochrony tajemnicy komunikowania się należy uwzględniać także treść art. 31 ust. 3 Konstytucji (zob. np. P. Sarnecki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, komentarz do art. 49, s. 3; wyrok TK z 20 czerwca 2005 r., sygn. akt K 4/04), o którym była już mowa we wcześniejszej części niniejszego stanowiska.

4. Wnioskodawca formułując zarzut niekonstytucyjności kwestionowanych przepisów odwołał się także do art. 8 ust. 1 EKPCz, uznając go za jeden z wzorców kontroli. Odnosząc się do tego wzorca, wskazać należy, iż dotyczy on szeroko rozumianego prawa do poszanowania prywatnej (indywidualnej) sfery życia jednostki, przy czym sfera ta wykracza poza tradycyjne pojmowanie prywatności i obejmuje cztery podstawowe, nieraz zachodzące na siebie, dziedziny: życie prywatne, życie rodzinne, mieszkanie oraz korespondencję (zob. L. Garlicki [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1-18*, t. I, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 481).

Prawo do prywatności na gruncie EKPCz nie ma wymiaru absolutnego i zgodnie z art. 8 ust. 2 EKPCz dopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej



w korzystanie z tego prawa, jednakże pod warunkiem, że jest to przewidziane w ustawie i konieczne w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób. W odniesieniu do tej klauzuli limitacyjnej przyjmuje się m.in., że podstawa prawna ingerencji władzy publicznej w korzystanie z prawa do prywatności musi być ujęta w sposób odpowiadający pewnym „wymaganiom jakościowym”, w tym m.in. musi charakteryzować się dostatecznym stopniem określoności czy też precyzyjności (zob. L. Garlicki [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka...*, s. 486-487). Ponadto, w systemie prawnym powinny istnieć „gwarancje przeciwko nadużyciu uprawnień władzy publicznej do ingerowania w prawa i wolności jednostki. Gwarancje te «muszą w precyzyjny sposób wytyczać zakres uznania pozostawionego władzom publicznym i definiować okoliczności jego stosowania» (...)” (L. Garlicki [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka...*, s. 487 i przywołane tam orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – dalej: ETPCz).

W realiach niniejszej sprawy szczególnego znaczenia nabiera ten aspekt ingerencji w prawo do prywatności, który wiąże się z pozyskiwaniem przez służby informacji o obywatelach. Za punkt wyjścia w tego typu sprawach przyjmuje się, że służby „znajdują legitymowane podstawy egzystencji w społeczeństwie demokratycznym”. Ich działalność, polegająca na gromadzeniu, przechowywaniu i wykorzystywaniu niejawnych informacji o jednostkach, jest uzasadniona zwłaszcza wówczas, gdy w grę wchodzi bezpieczeństwo państwa. Jednocześnie podkreśla się, że wskazane kompetencje służb „są tolerowalne tylko w zakresie ściśle koniecznym dla ochrony demokratycznych instytucji”, zaś inwigilowanym jednostkom muszą przysługiwać określone gwarancje (L. Garlicki [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka...*, s. 509 i przywołane tam orzecznictwo ETPCz).

Podjmując próbę scharakteryzowania tendencji orzeczniczych ETPCz w sprawach dotyczących – najogólniej rzecz ujmując – pozyskiwania przez służby informacji o obywatelach, w ślad za L. Garlickim ([w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka...*, s. 510-512), wskazać należy na trzy następujące kwestie.

Po pierwsze, ETPCz „uznaje istnienie szerokiego związku gromadzenia danych z «życiem prywatnym» jednostki”. Ingerencją w sferę chronioną przez art. 8 jest nie tylko gromadzenie danych o czysto prywatnym charakterze, ale także danych

związanych z działalnością publiczną danej osoby (...), czy działalnością gospodarczą (...). Przy czym „dla pojawienia się ingerencji w «życie prywatne» wystarczy sam fakt gromadzenia danych o danej osobie, a nie ma już znaczenia sposób późniejszego wykorzystywania tych informacji, stopień ich delikatności czy negatywny wpływ na życie lub interesy zainteresowanego (...). W zasadzie więc, zawsze niejawnie gromadzenie danych przez służby specjalne wchodzi w zakres chroniony przez art. 8, a tym samym nie stanowi «naruszenia» Konwencji tylko, gdy jest przewidziane przez prawo i konieczne w demokratycznym społeczeństwie” (L. Garlicki [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka...*, s. 510 i przywołane tam orzecznictwo ETPCz).

Po drugie, ETPCz „szeroko pojmuje wymaganie, by działania służb specjalnych opierały się na dostatecznych podstawach prawnych”, kładąc szczególny nacisk na dwa elementy: tzw. przewidywalność i gwarancje przeciwko nadużyciom. W kontekście sformułowanych w niniejszej sprawie zarzutów RPO szczególną uwagę należy zwrócić na pierwszy z tych elementów, w odniesieniu do którego wywodzi się: „skoro praktyczna realizacja [gromadzenia informacji] nie jest poddana kontroli ani osoby zainteresowanej, ani opinii publicznej, sformułowanie zakresu uznania organów wykonawczych w kategoriach niczym nieskrępowanej swobody, naruszałoby zasadę rządów prawa. Oznacza to, że ustawa musi z dostateczną jasnością wytyczać zakres tego uznania przyznany poszczególnym władzom oraz sposób jego wykonywania. Brać przy tym pod uwagę należy prawowitość celu, któremu służą dane działania, tak aby jednostce zapewnić należyte gwarancje przez arbitralnymi ingerencjami” (L. Garlicki [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka...*, s. 510-511 i przywołane tam orzecznictwo ETPCz).

Po trzecie, „choć Trybunał nie ma wątpliwości, iż gromadzenie danych przez służby specjalne służy «ochronie bezpieczeństwa państwowego», to nie zawsze jest skłonny uznać, iż jest ono «konieczne w państwie demokratycznym». Nawet uznanie, że władzom krajowym przysługuje tu «szeroki margines oceny» nie przekreśla znaczenia kryterium proporcjonalności. Działania służb muszą ograniczać się do zakresu «ściśle koniecznego dla ochrony demokratycznych instytucji» (...)” (L. Garlicki [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka...*, s. 511 i przywołane tam orzecznictwo ETPCz).

### 3. Analiza zgodności

1. W pierwszej kolejności należy wskazać, że RPO trafnie odczytał zawartość normatywną kwestionowanych przepisów i relację zachodzącą między nimi. Niewątpliwie bowiem treść art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a, b i c ustawy o ABW, który wymienia zadania ABW, determinuje zakres dopuszczalnej kontroli operacyjnej, zarządzanej przez sąd na podstawie art. 27 ust. 1 ustawy o ABW. Zestawienie tych przepisów prowadzi do wniosku, że kontrola operacyjna może być zarządzona w związku z czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi ABW, polegającymi na rozpoznawaniu, zapobieganiu i wykrywaniu trzech kategorii przestępstw: a) szpiegostwa, terroryzmu, bezprawnego ujawnienia lub wykorzystania informacji niejawnych i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa; b) godzących w podstawy ekonomiczne państwa; c) korupcji osób pełniących funkcje publiczne, o których mowa w art. 1 i 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (Dz. U. z 2006 r. Nr 216, poz. 1584, z 2008 r. Nr 223, poz. 1458 oraz z 2009 r. Nr 178, poz. 1375), jeśli może to godzić w bezpieczeństwo państwa.

2. Odnosząc się do zarzutów RPO, na wstępie należy stwierdzić, że niejawną kontrolą operacyjną, polegającą na kontrolowaniu treści korespondencji i zawartości przesyłek oraz stosowaniu środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawną informacji i dowodów oraz ich utrwalanie, a w szczególności treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych (art. 27 ust. 6 ustawy o ABW), ze swej istoty stanowi ingerencję w prawo do prywatności (ingerencja ta dotyczy przede wszystkim tego aspektu prywatności, który związany jest z ochroną informacji dotyczących jednostki oraz z zapewnieniem jej autonomii w zakresie decydowania o udostępnianiu [ujawnianiu] tych informacji innym osobom czy też instytucjom) oraz w wolność i tajemnicę komunikowania się.

Fakt, iż kontrola operacyjna ingeruje w prawo do prywatności oraz w wolność i tajemnicę komunikowania się nie oznacza jednak, że Konstytucja i EKPCz kategorycznie zabraniają takich praktyk. Niekiedy bowiem niejawną wkroczenie w owe sfery jest konieczne dla realizacji celów, o których mowa w art. 31 ust. 3

ustawy zasadniczej i art. 8 ust. 2 EKPCz. W wypadku kwestionowanych w niniejszej sprawie przepisów chodzi przede wszystkim o zapewnienie bezpieczeństwa państwa (bezpieczeństwa państwowego), co ma bezpośredni związek ze skuteczną realizacją zadań przez ABW. Służba ta, jako właściwa w sprawach ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa i jego porządku konstytucyjnego (art. 1 ustawy o ABW), ma m.in. za zadanie rozpoznawać, zapobiegać i zwalczać zagrożenia godzące w bezpieczeństwo wewnętrzne państwa oraz jego porządek konstytucyjny, a w szczególności w suwerenność i międzynarodową pozycję, niepodległość i nienaruszalność jego terytorium, a także obronność państwa (art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW), a także rozpoznawać, zapobiegać i wykrywać przestępstwa mogące stwarzać zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa. Do przestępstw tych ustawodawca zaliczył m.in.: szpiegostwo, terroryzm, bezprawne ujawnienie lub wykorzystanie informacji niejawnych i inne przestępstwa godzące w bezpieczeństwo państwa (art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o ABW), przestępstwa godzące w podstawy ekonomiczne państwa (art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy o ABW) i korupcję osób pełniących funkcje publiczne, o których mowa w art. 1 i 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (Dz.U. z 2006 r. Nr 216, poz. 1584, z 2008 r. Nr 223, poz. 1458 oraz z 2009 r. Nr 178, poz. 1375), jeśli może to godzić w bezpieczeństwo państwa (art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy o ABW).

Jak już była o tym mowa przy omawianiu klauzuli limitacyjnej z art. 8 ust. 2 EKPCz, służby takie jak np. ABW „znajdują legitymowane podstawy egzystencji w społeczeństwie demokratycznym”, a ich działalność polegająca na gromadzeniu, przechowywaniu i wykorzystywaniu niejawnych informacji o jednostkach, jest uzasadniona zwłaszcza wówczas, gdy w grę wchodzi bezpieczeństwo państwa (L. Garlicki [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka...*, s. 509 i przywołane tam orzecznictwo ETPCz). Z kolei jak wynika z wielu orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, jedną z istotnych funkcji demokratycznego państwa prawnego jest skuteczne zwalczanie negatywnych zjawisk, w tym przestępczości, które w skrajnym nasileniu mogą godzić w samo istnienie państwa. Dlatego ustawodawca ma nie tylko prawo, ale i obowiązek zwalczania owych negatywnych zjawisk poprzez nadawanie takich uprawnień organom kontroli czy też służbom, które to uprawnienia będą miały bezpośredni wpływ na zwiększenie sprawności ich działań. W konsekwencji Trybunał Konstytucyjny co do zasady dopuszcza wyposażenie organów kontroli czy też służb

w specjalne uprawnienia, pozwalające na nawet daleko idące wkraczanie w sferę praw i wolności jednostki, w tym w prawo do prywatności oraz w wolność i tajemnicę komunikowania się (wyroki TK z: 13 lutego 2001 r., sygn. akt K 19/99; 20 czerwca 2005 r., sygn. akt K 4/04; 17 czerwca 2008 r., sygn. akt K 8/04; zob. także wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04, w którym w odniesieniu do pozyskiwania, w trybie czynności operacyjnych prowadzonych przez Policję, informacji i przechowywania tych informacji m.in. stwierdzono: „Czynności te są z natury rzeczy niejawnie [także wobec zainteresowanego], prowadzone w warunkach dających policji szeroki margines uznaniowości, przy ograniczonych gwarancjach dla praw osoby poddanej tym czynnościom, a także okrojonej kontroli zewnętrznej, w tym sądowej. Ten sposób działania policji jest we współczesnym państwie nieodzowny. Przejrzystość czynności operacyjnych powodowałaby ich nieskuteczność. Współczesne państwo, zobowiązane do zapewnienia bezpieczeństwa [co także jest powinnością konstytucyjną], staje przed trudnym zadaniem, ze względu na zagrożenia terroryzmem, przestępczością [w tym także zorganizowaną]. Techniczne udogodnienia, wpływające na szybkość komunikowania się i przemieszczania, w równym stopniu mogą być wykorzystywane w celu ochrony bezpieczeństwa państwa, jak i przez przestępców. Działalność operacyjna policji, regulowana w ustawodawstwie zwykłym, realizowana w warunkach niejawności, pozostaje w naturalnym, nieusuwalnym konflikcie z niektórymi prawami zasadniczymi jednostki. W szczególności dotyczy to prawa jednostki do prywatności, konstytucyjnej wolności komunikowania się i związanej z tym ochrony tajemnicy komunikowania się, ochrony autonomii informacyjnej [którą w Polsce określają art. 49 i 51 Konstytucji], a także z konstytucyjną gwarancją sądowej ochrony praw jednostki. Konflikt ten występuje powszechnie, jest znany we wszystkich demokratycznych państwach prawnych, a także na tle praktyki organów międzynarodowych”).

3. Nie powinno jednocześnie ulegać wątpliwości, że regulacje uprawniające służby do niejawnego wkroczenia w sferę prywatności (wolności i tajemnicy komunikowania się) jednostki muszą odpowiadać określonym wymogom. W realiach niniejszej sprawy szczególnego znaczenia nabiera jeden z nich, z którego wynika, że ustawodawca obowiązany jest „określić przesłanki ingerencji w sferę prywatności w sposób możliwie precyzyjny, tak aby ograniczyć zakres swobody decyzyjnej pozostawionej organom stosującym prawo (...). W sytuacji gdy chodzi o ograniczenie

konstytucyjnych wolności i praw człowieka i obywatela, przepisy muszą charakteryzować się należyłą precyzją i jasnością. Nakaz ten jest funkcjonalnie związany z zasadami pewności i bezpieczeństwa prawnego oraz ochrony zaufania do państwa i prawa” (wyrok TK z 20 czerwca 2005 r., sygn. akt K 4/04; a także wyrok TK z 17 czerwca 2008 r., sygn. akt K 8/04). Niejasne i nieprecyzyjne sformułowanie przepisu pozwalającego na ingerencję w sferę praw i wolności jednostki powoduje „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 nie może poprzez niejasne formułowanie tekstu przepisów pozostawiać organom mającym je stosować nadmiernej swobody przy ustalaniu w praktyce zakresu podmiotowego i przedmiotowego ograniczeń konstytucyjnych wolności i praw jednostki. Założenie to można określić ogólnie jako zasadę określoności ustawowej ingerencji w sferę konstytucyjnych wolności i praw jednostki. Kierując się tą zasadą Trybunał Konstytucyjny reprezentuje stanowisko, iż przekroczenie pewnego poziomu niejasności przepisów prawnych stanowić może samoistną przesłankę stwierdzenia ich niezgodności zarówno z przepisem wymagającym regulacji ustawowej określonej dziedziny (np. ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych wolności i praw, art. 31 ust. 3 zdanie 1 Konstytucji), jak z wyrażoną w art. 2 Konstytucji zasadą państwa prawnego” (wyrok TK z 30 października 2001 r., sygn. akt K 33/00; zob. też wyrok TK z 20 kwietnia 2004 r., sygn. akt K 45/02). Tak rozumiany wymóg precyzyjności i jasności przepisu pozwalającego na ingerencję w prawa i wolności jednostki niewątpliwie dotyczy zarówno ingerencji w prywatność, jak i w wolność oraz tajemnicę komunikowania się (zob. np. wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04, gdzie w odniesieniu do ustawowych podstaw ingerencji w wolność komunikowania się wskazano na wymóg konkretności i „wyłączenie użycia w tych zakresach otwartych klauzul generalnych”).

Również na gruncie EKPCz przyjmuje się, że podstawa prawna upoważniająca do ingerencji w prawo do prywatności musi być ujęta w sposób odpowiadający pewnym „wymaganiom jakościowym”, co wiąże się m.in. z dostatecznym stopniem jej „przewidywalności”. Owa „przewidywalność” to zapewnienie przepisom prawa precyzji (chodzi tu przede wszystkim o precyzję w określeniu ich znaczenia i zakresu stosowania), co w polskiej terminologii prawniczej ujmowane jest jako zasada określoności przepisów prawa (L. Garlicki

[w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka...*, s. 486-487 i przywołane tam orzecznictwo ETPCz). Należy podkreślić, że wymóg jasności i precyzyjności regulacji upoważniających do ingerencji w prawo do prywatności jest coraz bardziej eksponowany przez ETPCz w sprawach dotyczących niejawnego pozyskiwania i gromadzenia przez służby informacji. Organ ten dostrzega, że „istnienie systemu niejawnego gromadzenia informacji służących ochronie bezpieczeństwa państwa tworzy ryzyko podważenia lub nawet zniszczenia demokracji w imię jej ochrony” (L. Garlicki [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka...*, s. 509 i przywołane tam orzecznictwo ETPCz) i wywodzi – jak już wskazywano – „skoro praktyczna realizacja [gromadzenia informacji] nie jest poddana kontroli ani osoby zainteresowanej, ani opinii publicznej, sformułowanie zakresu uznania organów wykonawczych w kategoriach niczym nie skrepowanej swobody, naruszałoby zasadę rządów prawa. Oznacza to, że ustawa musi z dostateczną jasnością wytyczać zakres tego uznania przyznany poszczególnym władzom oraz sposób jego wykonywania” (L. Garlicki [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka...*, s. 510 i przywołane tam orzecznictwo ETPCz).

Jak zasadnie podnosi Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 12 grudnia 2005 r. (sygn. akt K 32/04), identyfikowane przez ETPCz konwencyjne standardy czynności operacyjno-rozpoznawczych wymagają, aby wkroczenie za ich pomocą w sferę prywatności jednostki opierało się na dostatecznie precyzyjnej i konkretnej podstawie ustawowej. Podstawa taka musi m.in. określać – co szczególnie istotne w niniejszej sprawie – rodzaj przestępstw w związku z którymi można zarządzić kontrolę operacyjną (zob. też L. Garlicki [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka...*, s. 545, który w odniesieniu do niejawnej kontroli korespondencji wskazuje na konieczność określenia w przepisach „charakteru przestępstw, przy ściganiu których dopuszczalne jest zastosowanie tego środka”). Jeszcze dalej idące wymagania w tym zakresie sformułował Trybunał Konstytucyjny w tzw. postanowieniu sygnalizacyjnym z 15 listopada 2010 r. (sygn. akt S 4/10), wydanym na podstawie art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.), w związku z pytaniem prawnym (sygn. akt P 79/08) dotyczącym m.in. tego, czy art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy o ABW, „w zakresie, w jakim nie formułują taksatywnego i konkretnego katalogu przestępstw”, jest zgodny z art. 2, art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 ust. 1 EKPCz. Z postanowienia tego wynika, że ustawa

powinna wskazywać konkretne typy przestępstw określone w prawie karnym, które uzasadniają podjęcie przez służby kontroli operacyjnej. Trybunał Konstytucyjny wskazał przy tym na art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277 ze zm.), gdzie ustawodawca dopełnił tego standardu i „zidentyfikował typy przestępstw określonych przez ustawę karną, w związku z którymi, przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych podejmowanych przez policję, Sąd Okręgowy (...) może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną”. Warto w związku z tym przypomnieć, że wskazany przez Trybunał Konstytucyjny przepis ustawy o Policji brzmi: „Przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, podejmowanych przez Policję w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów ściganych z oskarżenia publicznego, umyślnych przestępstw: 1) przeciwko życiu, określonych w art. 148-150 Kodeksu karnego; 2) określonych w art. 134, art. 135 § 1, art. 136 § 1, art. 156 § 1 i 3, art. 163 § 1 i 3, art. 164 § 1, art. 165 § 1 i 3, art. 166, art. 167, art. 173 § 1 i 3, art. 189, art. 189a, art. 200, art. 200a, art. 211a, art. 223, art. 228 § 1 i 3-5, art. 229 § 1 i 3-5, art. 230 § 1, art. 230a § 1, art. 231 § 2, art. 232, art. 245, art. 246, art. 252 § 1-3, art. 258, art. 269, art. 280-282, art. 285 § 1, art. 286 § 1, art. 296 § 1-3, art. 296a § 1, 2 i 4, art. 299 § 1-6 oraz art. 310 § 1, 2 i 4 Kodeksu karnego; 2a) określonych w art. 46 ust. 1, 2 i 4, art. 47 oraz art. 48 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz. U. Nr 127, poz. 857, z późn. zm.); 3) przeciwko obrotowi gospodarczemu, określonych w art. 297-306 Kodeksu karnego, powodujących szkodę majątkową lub skierowanych przeciwko mieniu, jeżeli wysokość szkody lub wartość mienia przekracza pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów; 4) skarbowych, jeżeli wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznoprawnej przekraczają pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów; 4a) skarbowych, o których mowa w art. 107 § 1 Kodeksu karnego skarbowego; 5) nielegalnego wytwarzania, posiadania lub obrotu bronią, amunicją, materiałami wybuchowymi, środkami odurzającymi lub substancjami psychotropowymi albo ich prekursorami oraz materiałami jądrowymi i promieniotwórczymi; 6) określonych w art. 8 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 554, z późn. zm.); 7) określonych w art. 43-46 ustawy z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu,



przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. Nr 169, poz. 1411, z 2009 r. Nr 141, poz. 1149, z 2010 r. Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 112, poz. 654); 8) ściganych na mocy umów i porozumień międzynarodowych, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne, sąd okręgowy może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, albo na pisemny wniosek komendanta wojewódzkiego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora okręgowego właściwego ze względu na siedzibę składającego wniosek organu Policji”.

4. Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że kwestionowane przez RPO przepisy nie spełniają standardu określoności regulacji upoważniających do niejawnego wkroczenia w prywatność oraz w wolność i tajemnicę komunikowania się. W art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a, b i c nie wskazano bowiem konkretnych typów przestępstw, których rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie stanowi zadanie ABW, co w konsekwencji nie pozwala mówić o wystarczająco precyzyjnych podstawach, które upoważniają do zarządzenia kontroli operacyjnej w trybie art. 27 ust. 1 ustawy o ABW.

W odniesieniu do art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy o ABW Trybunał Konstytucyjny w przywoływanym już postanowieniu z 15 listopada 2010 r. (sygn. akt S 4/10) stwierdził, że: „Sąd Okręgowy w Warszawie, zarządzając kontrolę operacyjną, winien wskazać konkretną osobę oraz typ przestępstwa określonego w ustawie karnej, którego ma dotyczyć kontrola operacyjna. Jednakże w przypadku zarządzenia przez sąd kontroli operacyjnej, w zakresie przestępstw określonych w art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy o ABW, tzn. w zakresie przestępstw «godzących w podstawy ekonomiczne państwa», nie jest to możliwe, gdyż wyrażenie «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 uchybienie dotyczące art. 27 ust. 1 ustawy o ABW. Z przepisu tego nie wynika bowiem, w związku z jakim typem przestępstwa, określonego przez ustawę karną, sąd zarządza kontrolę operacyjną, gdy powołuje się na zadania ABW – w zakresie

rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania «przestępstw godzących w podstawy ekonomiczne państwa», o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy o ABW».

Analogicznie ma się rzecz z art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a i c ustawy o ABW. W przepisach tych nie wskazuje się bowiem na konkretne typy przestępstw, lecz mówi się ogólnie o innych przestępstwach godzących w bezpieczeństwo państwa oraz o korupcji osób pełniących funkcje publiczne, jeśli może ona godzić w bezpieczeństwo państwa. Posłużenie się takimi sformułowaniami nie dostarcza wprost informacji, o jakie konkretne typy przestępstw chodzi w kwestionowanych przepisach. Wynika to przede wszystkim z tego, że część szczególna kodeksu karnego w swojej systematyce nie posługuje się pojęciem „przestępstw przeciwko bezpieczeństwu państwa” (podobnie jak nie wyróżnia kategorii „przestępstw przeciwko podstawom ekonomicznym państwa”). Wymaga przy tym wyjaśnienia, że systematyka części szczególnej kodeksu karnego polega na grupowaniu poszczególnych typów przestępstw w rozdziały, którym nadaje się tytuły wskazujące na rodzajowy przedmiot ochrony (zamachu) wspólny dla wszystkich typów przestępstw umieszczonych w danym rozdziale, co z kolei pozwala mówić o jednorodności tych przestępstw (np. umieszczenie art. 189-193 k.k. we wspólnym rozdziale XXIII zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko wolności” wskazuje, że zarówno groźba karalna z art. 190 § 1 k.k., wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta z art. 192 § 1 k.k., jak i naruszenie miru domowego z art. 193 k.k. są przestępstwami jednorodnymi godzącymi w wolność człowieka). Odwołanie się w kwestionowanych przepisach do przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa, które to przestępstwa na gruncie kodeksu karnego nie tworzą odrębnej grupy rodzajowej, powoduje że dokonanie ustaleń, jakie konkretne typy mieszczą się w tym pojęciu, wymaga bardziej skomplikowanych technik interpretacyjnych niż zbadanie zawartości danego rozdziału kodeksu karnego. W grę mogą tu wchodzić typy przestępstw zamieszczone w różnych rozdziałach części szczególnej kodeksu karnego, w tym np. we wskazywanych przez RPO rozdziałach XVI („Przestępstwa przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstwa wojenne”), XVII („Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej”), XVIII („Przestępstwa przeciwko obronności”), XX („Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu”). Należy do tego dodać, mając na uwadze brzmienie art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy o ABW, iż w tekście kodeksu karnego (zarówno w tytułach rozdziałów, jak i w poszczególnych przepisach) nie występuje

słowo „korupcja”, co może rodzić dodatkowe wątpliwości, jakie konkretne typy przestępstw mieszczą się w pojęciu korupcji osób pełniących funkcje publiczne, która może godzić w bezpieczeństwo państwa.

5. Wobec powyższego art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o ABW, w zakresie, w jakim odnosi się do zwrotu „i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa” oraz art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy o ABW **są niezgodne** z art. 2 Konstytucji.

Trzeba ponadto zauważyć, że nieprecyzyjność kwestionowanych regulacji, pozwalająca na prowadzenie kontroli operacyjnej wobec bliżej niedookreślonych przestępstw, rodzi niebezpieczeństwo niecelowej czy też nieuzasadnionej ingerencji w sferę prywatności oraz wolności i tajemnicy komunikowania się. To zaś nakazuje stwierdzić, że art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o ABW, w zakresie, w jakim odnosi się do zwrotu „i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa” oraz art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy o ABW **są niezgodne** z art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także z art. 8 ust. 1 EKPCz.

6. Sejm jednocześnie informuje, że w reakcji na tzw. postanowienie sygnalizacyjne z 15 listopada 2010 r. (sygn. akt S 4/10) Komisja Ustawodawcza uznała, że ze względu na problematykę materii – przed ewentualnym podjęciem prac legislacyjnych – niezbędnym jest zasięgnięcie opinii organów administracji rządowej. W związku z tym, pismem z 10 marca 2011 r. (w załączeniu), zwróciła się do Marszałka Sejmu z prośbą o wystąpienie do Prezesa Rady Ministrów z pytaniem dotyczącym zamierzeń prawodawczych w tym zakresie planowanych przez Radę Ministrów lub inne podległe jej organy. W odpowiedzi na stosowne wystąpienie Marszałka Sejmu Sekretarz Kolegium do Spraw Służb Specjalnych, w piśmie z 29 lipca 2011 r., stwierdził: „podzielam stanowisko Trybunału Konstytucyjnego o konieczności usunięcia z powołanej ustawy [ustawy o ABW – uwaga własna] regulacji objętej wadą, poprzez wskazanie w treści ustawy konkretnych typów przestępstw, których podejrzenie popełnienia mogłoby skutkować zarządzeniem przez sąd kontroli operacyjnej”. Jednocześnie Sekretarz Kolegium do Spraw Służb Specjalnych zaznaczył, że zasadne jest, aby ustawa o ABW „została zmieniona

w szerszym zakresie, co będzie przedmiotem prac w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów”.

7. Uwzględniając zaprezentowany przez Trybunał Konstytucyjny standard określoności przepisów, nakazujący ustawowe wskazanie konkretnych typów przestępstw, w związku z którymi dopuszczalne jest niejawne wkroczenie w prywatność oraz w wolność i tajemnicę komunikowania się, Sejm uznał, że kwestionowane regulacje jako nie spełniające tego standardu są niezgodne z przywołanymi przez RPO wzorcami kontroli. Jednocześnie jednak celowe wydaje się wyrażenie wątpliwości, czy unormowania konstytucyjne i konwencyjne rzeczywiście wymagają aż tak daleko idącego dookreślenia przepisów zawierających podstawy kontroli operacyjnej.

Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, że sam Trybunał Konstytucyjny w dotychczasowych orzeczeniach nie stawiał tak rygorystycznych wymogów regulacjom prawnym określającym podstawy czynności operacyjno-rozpoznawczych, jak uczynił to w postanowieniu z 15 listopada 2010 r. (sygn. akt S 4/10). Przykładowo w wyroku z 20 czerwca 2005 r. (sygn. akt K 4/04), m.in. w odniesieniu do art. 36c ust. 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 41, poz. 214 ze zm.), który w punkcie 1 nie wskazuje konkretnych typów przestępstw skarbowych i mówi ogólnie o przestępstwach „skarbowych, jeżeli wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznoprawnej przekracza w dacie popełnienia czynu zabronionego pięćdziesięciokrotną wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów”, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „z punktu widzenia zasady określoności przepisów art. 36c ustawy o kontroli skarbowej należy uznać za wystarczająco jasny i precyzyjny”.

Po drugie, trzeba mieć na uwadze, że stopień precyzyjności (jednoznaczności) ocenianej regulacji pozwalającej na ingerencję w prawo do prywatności zależy m.in. od „natury regulowanej materii”. Przy czym jest on mniejszy, gdy dana regulacja „dotyczy kwestii istotnych dla bezpieczeństwa państwa” (L. Garlicki [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka...*, s. 487 i przywołane tam orzecznictwo ETPCz). Natomiast, jak już była o tym mowa, kwestionowane w niniejszej sprawie przepisy służą zapewnieniu bezpieczeństwa państwa

(bezpieczeństwa państwowego), co ma bezpośredni związek ze skuteczną realizacją zadań przez ABW.

Po trzecie, nie sposób nie zwrócić uwagi, że Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z 15 listopada 2010 r. (sygn. akt S 4/10), opowiadając się za kazuistycznym określeniem typów przestępstw uzasadniających stosowanie kontroli operacyjnej, odrzuca znaną prawu represyjnemu metodę konstruowania przepisów, która polega na tym, że „oznaczenie kręgu czynów przestępnych, którego dotyczy jakieś unormowanie, następuje nie przez wyliczenie numerów przepisów (artykułów k.k. lub ustawy dodatkowej) albo nazw tych przestępstw, lecz przez wymienienie dóbr prawnych” (I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1980, s. 171). Taką metodą ustawodawca posługuje się nie tylko w kwestionowanych przepisach (wyrażenia „przestępstwa godzące w bezpieczeństwo państwa” i „przestępstwa godzące w podstawy ekonomiczne państwa” to ewidentne wskazanie na dobra prawne, które są atakowane przez dane przestępstwa), lecz również m.in. w art. 110 § 1 k.k. („czyn zabroniony skierowany przeciwko interesom Rzeczypospolitej Polskiej”), czy też w art. 112 k.k. („przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu wewnętrznemu lub zewnętrznemu Rzeczypospolitej Polskiej”, „przestępstwa przeciwko istotnym polskim interesom gospodarczym”). Oczywiście tego typu technika legislacyjna daje interpretatorowi przepisu dużo większą swobodę wykładniczą niż metoda polegająca na kazuistycznym wyliczeniu typów przestępstw, jednakże nie wydaje się, aby była to swoboda nadmierna. Trzeba bowiem mieć na uwadze, że w doktrynie i orzecznictwie wypracowano określone sposoby identyfikacji dóbr prawnych atakowanych przez poszczególne typy przestępstw (nazywa się je indywidualnym przedmiotem zamachu, zaś z perspektywy funkcji ochronnej prawa karnego – indywidualnym przedmiotem ochrony), które zazwyczaj prowadzą poszczególnych interpretatorów do zbieżnych wniosków. Przykładowo można wskazać, że w świetle wypowiedzi doktryny i orzecznictwa do „przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa” niewątpliwie należą takie przestępstwa, jak np. zamach stanu z art. 127 k.k. (bezpieczeństwo państwa uznają tu za przedmiot zamachu [ochrony] m.in. P. Kardas [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277 Kodeksu karnego*, red. A. Zoll, Kraków 1999, s. 54; M. Budyn-Kulik [w:] *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, red. M. Mozgawa, Kraków 2006, s. 264; S. Hoc [w:] *Kodeks karny – komentarz OnLine (Legalis)*, red. R.A. Stefański, komentarz do art. 127, teza 5), czy też branie udziału w zorganizowanej grupie albo

związku przestępnym z art. 258 k.k. (bezpieczeństwo państwa uznają tu za przedmiot zamachu [ochrony] m.in. M. Mozgawa [w:] *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, red. M. Mozgawa, Kraków 2006, s. 491; A. Herzog [w:] *Kodeks karny – komentarz OnLine (Legalis)*, red. R.A. Stefański, komentarz do art. 258, teza 1; Z. Ćwiąkalski [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277 Kodeksu karnego*, red. A. Zoll, Kraków 1999, s. 925). Z kolei z drugiej strony bezsporne jest, że bezpieczeństwo państwa nie jest przedmiotem zamachu (ochrony) żadnego typu przestępstwa zamieszczonego w takich rozdziałach kodeksu karnego, jak np. XIX („Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu”), XXV („Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”), XXVII („Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej”) i wielu innych.

Na koniec niniejszych rozważań należy jeszcze zdecydowanie sprzeciwić się twierdzeniom RPO, zgodnie z którym: „Użycie przez ustawodawcę zwrotów niedookreślonych w przepisach statuujących kompetencję ABW do prowadzenia kontroli operacyjnej, przesuwają w zasadzie na władzę wykonawczą możliwość określenia rzeczywistych granic wkroczenia ABW w sferę konstytucyjnie chronionej prywatności i wolności komunikowania się, skoro to ABW pozostawiono uprawnienie do wypełniania treści pojęć «przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa», «przestępstw godzących w podstawy ekonomiczne państwa» i «stwarzania zagrożeń dla bezpieczeństwa państwa w związku z pełnieniem funkcji publicznej»”. Cytowane stanowisko wnioskodawcy, wskazujące jakoby wiążąca wykładnia kwestionowanych przepisów i przez to ustalanie zakresu dopuszczalnej kontroli operacyjnej leży w kompetencji ABW, nie odpowiada aktualnemu stanowi prawnemu. Zgodnie bowiem z nim, to nie ABW ale niezależny i niezawisły sąd ocenia zaistnienie przesłanek kontroli operacyjnej, w tym dokonuje interpretacji pojęć „przestępstwa godzące w bezpieczeństwo państwa” oraz „przestępstwa godzące w podstawy ekonomiczne państwa”, i decyduje o dopuszczalności jej zarządzenia (zob. art. 27 ust. 1 ustawy o ABW). Zatem ABW na podstawie kwestionowanych przepisów w żaden sposób nie może decydować – jak twierdzi RPO – o określeniu „rzeczywistych granic wkroczenia (...) w sferę konstytucyjnie chronionej prywatności i wolności komunikowania się”.

Trzeba przy tym zauważyć, że złożona procedura dotycząca kontroli operacyjnej powoduje, że do jej zarządzenia dojdzie dopiero wówczas, gdy trzy niezależne od siebie podmioty będą przekonane o tym, że dane przestępstwo mieści

się w katalogu opisanym w art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o ABW. Jak bowiem wynika z art. 27 ust. 1 ustawy o ABW, najpierw Szef ABW musi wystąpić z pisemnym wnioskiem o zarządzenie kontroli operacyjnej, następnie konieczne jest uzyskanie pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, w końcu zaś sąd wydaje stosowne postanowienie. Przy czym rzecz jasna każdy z tych organów obowiązany jest dokonywać przypisanej mu czynności w oparciu o ustawowe przesłanki dopuszczalności kontroli operacyjnej. Jeżeli zatem chociaż jeden z tych organów uzna, że dane przestępstwo nie mieści się w katalogu z art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o ABW (bo np. nie jest przestępstwem godzącym w bezpieczeństwo państwa), to do kontroli operacyjnej dojść nie może. Taki stan rzeczy sprawia, że ryzyko dowolności przy interpretacji takich pojęć, jak „przestępstwa godzące w bezpieczeństwo państwa” czy „przestępstwa godzące w podstawy ekonomiczne państwa”, sprowadzone jest do minimum.

MARSZAŁEK SEJMU



Ewa Kopacz