

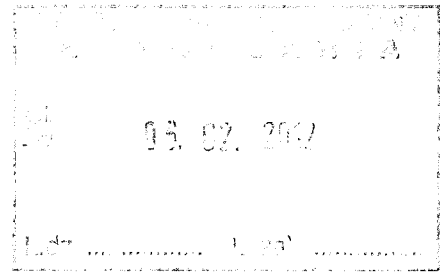


RZECZPOSPOLITA POLSKA
PROKURATOR GENERALNY

PG VIII TK 101/11

(K 34/11)

Warszawa, dnia 6 lutego 2012 r.



TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku z wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 15 listopada 2011 r. o stwierdzenie niezgodności przepisów ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2010 r. Nr 29, poz. 154 ze zmianami):

- 1) 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” – 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 ze zmianami),
- 2) art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit b oraz c – 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 ze zmianami)

– na podstawie art. 33 w związku z art. 27 pkt 5 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zmianami) –

przedstawiam następujące stanowisko:

- 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 (Dz. U. z 2010 r. Nr 29, poz. 154 ze zmianami) – 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 ze zmianami),
- 2) przepis art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz c ustawy powołanej w pkt 1 jest niezgodny z art. 2, art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz z art. 8 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

UZASADNIENIE

Rzecznik Praw Obywatelskich wystąpił do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o zbadanie zgodności przepisów ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu ze wskazanymi w *petitum* wzorcami kontroli zawartymi w ustawie zasadniczej oraz w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

Zdaniem Wnioskodawcy, zakwestionowane przepisy art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit a, b oraz c ustawy o ABW oraz AW naruszają art. 2 Konstytucji RP, zawierają bowiem zwroty niedookreślone, jak „innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa”, „przestępstwa godzące w podstawy ekonomiczne państwa” oraz „jeżeli może to godzić w bezpieczeństwo państwa”, a, tym samym, łamią wywodzony z zasady

demokratycznego państwa prawnego standard dookreśloności prawa, odnosząc się do systemu ocen bądź norm o charakterze pozaprawnym.

Rzecznik Praw Obywatelskich podniósł również, że zakwestionowane unormowania, z analogicznych przyczyn, godzą w prawo do prywatności (art. 47 ustawy zasadniczej) oraz wolność komunikowania się (art. 49 Konstytucji RP), jak również w zasadę proporcjonalności, wywodzoną z art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej, uprawniając służby do nadmiernej ingerencji w sferę praw i wolności jednostki.

Zgodnie ze stanowiskiem Wnioskodawcy, oceniane regulacje ustawy o ABW oraz AW są niezgodne również z art. 8 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, łamiąc standardy, którym winny odpowiadać unormowania uprawniające władzę do wkraczania w sferę życia prywatnego i rodzinnego jednostki.

Ocena poglądów prawnych oraz zarzutów, sformułowanych przez Rzecznika Praw Obywatelskich w omawianym wniosku, przedstawia się następująco.

Zakwestionowany we wniosku Rzecznika przepis art. 27 ust. 1 ustawy o ABW oraz AW ma następujące brzmienie:

„Art. 27. 1. 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 zgody Prokuratora Generalnego, może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną.”.

Z kolei, przepis art. 5 ust. 1 analizowanej ustawy ma następujące brzmienie:

„Art. 5. 1. Do zadań ABW należy:

- 1) rozpoznawanie, zapobieganie i zwalczanie zagrożeń godzących 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;
- 2) 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,
 - d) w zakresie produkcji i obrotu towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa,
 - e) nielegalnego wytwarzania, posiadania i obrotu bronią, amunicją i materiałami wybuchowymi, bronią masowej zagłady oraz środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi, w obrocie międzynarodowymoraz ściganie ich sprawców;
- 3) realizowanie, w granicach swojej właściwości, zadań związanych z ochroną informacji niejawnych oraz wykonywanie funkcji krajowej władzy bezpieczeństwa w zakresie ochrony informacji niejawnych w stosunkach międzynarodowych;

- 4) uzyskiwanie, analizowanie, przetwarzanie i przekazywanie właściwym organom informacji mogących mieć istotne znaczenie dla ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa i jego porządku konstytucyjnego;
- 5) podejmowanie innych działań określonych w odrębnych przepisach i umowach międzynarodowych.”.

Przechodząc do oceny kwestionowanych przez Wnioskodawcę przepisów w kontekście powołanych w *petitum* wniosku wzorców kontroli, należy odnotować, że, zgodnie z art. 2 ustawy zasadniczej, 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. Nadto, zgodnie z art. 49 ustawy zasadniczej, zapewnia się wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się, a ich ograniczenie 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 doktrynie przyjmuje się, że wolność komunikowania się, ze swej istoty, jako porozumiewanie się określonych osób, związana jest z poufnością, co tradycyjnie obejmuje się określeniem „tajemnica”. Polega ona zarówno na zakazie zmuszania adresatów do ujawniania treści otrzymywanych przekazów, jak i na zakazie adresowanym do wszystkich innych podmiotów, łącznie z organami władzy publicznej, podejmowania prób poinformowania się o tych treściach bez zgody adresata. Co więcej, obejmuje również poufność co do

faktu, że jest się w ogóle adresatem określonych przekazów. Jako wolność o charakterze osobistym, także ona potwierdza w szczególności sposób godność osoby ludzkiej. Również na adresatach korespondencji, w wielu sytuacjach, spoczywać będzie obowiązek zachowania poufności, zwłaszcza gdyby ujawnienie treści stanowiło naruszenie prawnie chronionych interesów nadawców, a w szczególności ich prawa do prywatności (por. Paweł Sarnecki, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, Tom III, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003, tezy do art. 49, s. 3).

W literaturze przedmiotu podnosi się również, że władza publiczna ma nie tylko powstrzymać się od zachowań naruszających prywatność, ale także respektować kierowany do niej nakaz wprowadzania pozytywnych mechanizmów służących jej efektywnej ochronie. Można zauważyć, że logika takich działań władzy publicznej wynika również w jakimś stopniu z samej zasady proporcjonalności, ponieważ każdej postaci ingerencji dopuszczalnej konstytucyjnie muszą towarzyszyć odpowiednie wymagania dotyczące jakości, precyzyjności odpowiednich regulacji prawnych, a więc rozwiązań pozytywnych, które umożliwiają ochronę przed arbitralnością (por. Marek Safjan, *Prawo do ochrony życia prywatnego i autonomia jednostki w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego* [w:] *Księga XX – lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Wydawnictwa Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2006, s. 436).

W nauce prawa konstytucyjnego podkreśla się również 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).

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, doniosłość prawa do prywatności (art. 47 Konstytucji) w systemie konstytucyjnej ochrony praw i wolności uwidacznia m. in. okoliczność, że prawo to jest – zgodnie z art. 233 ust. 1 Konstytucji – 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). Przejawem prawa do prywatności jest również wolność komunikowania się, która obejmuje nie tylko tajemnicę korespondencji, ale i wszelkiego rodzaju kontakty międzyosobowe – art. 49 Konstytucji (*vide - ibidem*).

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

W szczególności, 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 wstrzeźliwości 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 świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, zasada proporcjonalności pozostaje w immanentnej więzi z zakazem nadmiernej ingerencji w sferę praw i wolności konstytucyjnych jednostki. Przy ocenie, czy ingerencja była wyrazem konieczności i została przeprowadzona tylko w niezbędnym wymiarze, uwzględnia się specyfikę poszczególnych praw i wolności. Surowsze standardy dotyczą praw osobistych i politycznych niż ekonomicznych i socjalnych. W przypadku konkurencyjności chronionych konstytucyjnie dóbr – jaka 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. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego, występuje nadto ścisły związek między zagrożeniami dla godności człowieka stanowiącej podstawę konstytucyjnych wolności i praw jednostki, a wszelkimi czynnościami, które wkraczają w prywatność jednostki. W odniesieniu do prywatności (która na poziomie konstytucyjnym jest chroniona wieloaspektowo i obejmuje kilka praw oraz wolności – określonych w art. 47 – 51 Konstytucji) związek ten jest szczególny (jakkolwiek nie taki sam w wypadku każdej z tych konstytucyjnych wolności i praw). Zachowanie godności człowieka wymaga poszanowania jego sfery czysto osobistej, gdzie nie jest narażony na konieczność „bycia z innymi” czy dzielenia się z innymi przeżyciami czy doznaniem o intymnym charakterze (por. wyrok z dnia 23 czerwca 2009 r., sygn. K 54/07, OTK ZU Nr 6/A/2009, poz. 86, s. 910 oraz powołane tam orzecznictwo).

Wyrokiem z dnia 12 stycznia 2000 r., sygn. P 11/98, wydanym w pełnym składzie Trybunału Konstytucyjnego, Trybunał orzekł, że uzależnienie dopuszczalności ograniczeń praw i wolności od ich ustanowienia

„tylko w ustawie” jest czymś więcej niż tylko przypomnieniem ogólnej zasady wyłączności ustawy dla normowania sytuacji prawnej jednostek, stanowiącej klasyczny element idei państwa prawnego. Jest to także sformułowanie wymogu odpowiedniej szczegółowości unormowania ustawowego. Skoro ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności mogą być ustanawiane „tylko” w ustawie, to kryje się w tym nakaz kompletności unormowania ustawowego, które musi samodzielnie określać wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danego prawa i wolności, tak aby już na podstawie lektury przepisów ustawy można było wyznaczyć kompletny zarys (kontur) tego ograniczenia (por. OTK ZU Nr 1/2000, poz. 3, s. 42).

W końcu, 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 i 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. Z tych samych względów, dla których 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 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 (por. wyrok z dnia 20 kwietnia 2004 r., sygn. K 45/02, OTK ZU Nr 4/A/2004, poz. 30, s. 401 oraz powołane tam orzecznictwo).

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 tegoż 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 powyższe prawa osobiste jednostki muszą odpowiadać szczególnie surowym standardom, tym bardziej że czynności operacyjno – rozpoznawcze, z natury swojej, mają charakter niejawny, a tym samym, w przeciwieństwie – przykładowo – do czynności procesowych, nieporównanie trudniej zapewnić stosowną kontrolę ich stosowania. Przede wszystkim, regulacje dotyczące kontroli operacyjnej mogą być zawarte wyłącznie w aktach normatywnych rangi ustawy, przy czym muszą spełniać wymóg kompletności unormowania ustawowego, a więc, innymi

słowy, samodzielnie określać wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danego prawa.

Zakwestionowany przez Rzecznika Praw Obywatelskich przepis art. 5 ust. 1 pkt 2 lit a ustanawia otwarty katalog przestępstw, których rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie, a także ściganie ich sprawców należy do zadań ABW, a tym samym uprawnia tę służbę do podejmowania kontroli operacyjnej. Ustawodawca, po wymienieniu, w ocenianej regulacji, kilku rodzajowo określonych grup przestępstw użył również zwrotu „i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa”. Ani ustawa o ABW oraz AW, ani Kodeks karny nie zawierają ustawowej definicji, jakie konkretnie przestępstwa, z woli prawodawcy, zalicza się do powyższej kategorii. Tym samym, pozostaje wysoce niejasne, które z przestępstw określonych w Kodeksie karnym, przykładowo w rozdziałach: XVI „Przestępstwa przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstwa wojenne”, XVII „Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej”, XVIII „Przestępstwa przeciwko obronności”, XX „Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu” (lub innych), nie wspominając już o ustawach szczególnych, miałyby stanowić ewentualne uzupełnienie katalogu zawartego w omawianym przepisie.

W pełni należy również podzielić pogląd Rzecznika Praw Obywatelskich, że użycie przez ustawodawcę, w art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. c, niedookreślonego zwrotu „jeśli może to godzić w bezpieczeństwo państwa” powoduje trudności interpretacyjne w zakresie dekodowania sytuacji, w których dopuszczalna jest kontrola operacyjna ABW w celu rozpoznania, zapobiegania i wykrywania przestępstw korupcji osób pełniących funkcje publiczne, skoro popełnienie takiego przestępstwa musi jednocześnie „godzić w bezpieczeństwo państwa”.

Analogiczne zastrzeżenia musi budzić użycie przez ustawodawcę, w regulacji art. 5 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy o ABW oraz AW, zwrotu „przestępstw godzących w podstawy ekonomiczne państwa”, umożliwiające podejmowanie

kontroli operacyjnej dla rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania takich przestępstw, skoro ani we wspomnianej ustawie, ani w Kodeksie karnym nie zdefiniowano, jakie konkretnie przestępstwa należy zaliczyć do powyższej kategorii.

Użycie przez ustawodawcę zakwestionowanej wyżej aparatury pojęciowej, poprzez posłużenie się zwrotami niedookreślonymi i przesądzającymi o otwartym charakterze katalogu sytuacji uprawniających ABW do prowadzenia kontroli operacyjnej, pozostawia organom stosującym omawiane regulacje zdecydowanie zbyt szerokie ramy interpretacyjne. W konsekwencji sprzyja to – choćby potencjalnie – arbitralności decyzji podejmowanych przez te organy w zakresie wdrażania kontroli operacyjnej, a przez to, nadmiernej częstotliwości podejmowania przez ABW takiej kontroli.

Wspomniana wyżej, nadmierna swoboda interpretacyjna, pozostawiona stosownym organom ABW w określaniu przypadków stosowania kontroli operacyjnej, może, w konsekwencji, rodzić daleko idącą niepewność adresatów omawianych norm prawnych co do zakresu przysługujących im praw i obowiązków. W szczególności, obywatele nie mają możliwości uzyskania informacji, na podstawie przepisów ustawowych, w jakich konkretnie wypadkach stosowne służby mogą, w sposób niejawni, wkraczać w sferę konstytucyjnie chronionej ich prywatności oraz sferę komunikowania się.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy uznać, że analizowane rozwiązania prawne godzą w wymóg określoności oraz nakaz dochowania przyzwoitej legislacji, wywodzone z zasady demokratycznego państwa prawnego, jak również w prawo do prywatności, prawo do komunikowania się oraz konstytucyjne gwarancje dopuszczalności ograniczeń w zakresie korzystania przez jednostkę z konstytucyjnych wolności i praw. Tym samym, przepis art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu – w zakresie, w jakim odnosi się do zwrotu „i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa” – jak

również przepis art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit b oraz c tejże ustawy, są niezgodne z art. 2, art. 47 i art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej.

Przechodząc do oceny kwestionowanych przez Rzecznika Praw Obywatelskich, w uzasadnieniu jego wniosku, przepisów w kontekście art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, należy odnotować, że, zgodnie z ust. 1 wspomnianego artykułu, każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji. Z kolei, art. 8 ust. 2 Konwencji stanowi, że niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia, moralności lub ochronę praw i wolności innych osób.

W doktrynie przyjmuje się, że prawo określone w art. 8 Konwencji ma przede wszystkim chronić jednostkę przed arbitralną ingerencją ze strony władz publicznych. Artykuł 8 nie tylko jednak zmusza państwa do powstrzymania się od niej. W uzupełnieniu tego negatywnego zobowiązania mogą również ciążyć na nich pozytywne obowiązki potrzebne dla skutecznego poszanowania życia prywatnego, rodzinnego, podobnie jak domu i korespondencji (por. Marek Nowicki, *Komentarz do art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, System Informacji Prawnej Lex – Lex Omega – 39/2011).

W literaturze przedmiotu podnosi się również, że ustęp 2 art. 8 Konwencji szczegółowo wylicza sytuacje, w których dopuszczalna jest ingerencja w prawo do prywatności, dodając przy tym zastrzeżenie, że musi być ona legalna, a więc przewidziana w prawie krajowym. Tak więc ingerencja

w prawo do poszanowania prywatności, mimo iż dokonana w jednej z sytuacji przewidzianych wprost w ust. 2, uznana być może za naruszającą Konwencję, jeżeli nie ma wyraźnej podstawy ustawowej. I odwrotnie: pomimo oparcia ingerencji na prawie krajowym, może być ona uznana za pogwałcenie Konwencji, jeżeli nie jest np. konieczna w społeczeństwie demokratycznym (por. Piotr Hofmański, *Komentarz do wybranych przepisów Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności* [w:] *Standardy Prawne Rady Europy, Teksty i komentarze*, Tom III Prawo Karne, Oficyna Naukowa, Warszawa 1997, s. 99).

Nadto, przedstawiciele nauki podkreślają z całą mocą, że artykuł 8 Konwencji odnosi się do kontroli wszelkich form korespondencji, w praktyce jednak podstawowe znaczenie ma kontrola w – szeroko rozumianej – sferze telekomunikacji. Obejmuje on wszelkie formy tej kontroli, więc zarówno rejestrowanie treści prowadzonych rozmów, jak i „tylko” rejestrowanie ich adresata i czasu trwania. Ponieważ jednak kontrola taka, z natury rzeczy, zwykle przebiega bez wiedzy osób nią objętych, konieczne jest dochowanie rozbudowanego systemu wymagań i gwarancji, mających wykluczyć arbitralność działań podejmowanych przez władze publiczne. W szczególności, konieczne jest szczególnie staranne ujęcie ram prawnych kontroli korespondencji (zwłaszcza w sferze podsłuchów). Zmusiło to – w latach 90-tych XX wieku – szereg krajów zachodnioeuropejskich do zmian obowiązującego ustawodawstwa, a obecnie podobny proces zarysowuje się wobec niektórych „nowych demokracji” (por. Leszek Garlicki [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Komentarz do artykułów 1 – 18*, Tom I, Wydawnictwo C.H.BECK, Warszawa 2010, s. 543 – 544 oraz powołane tam orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka).

Zgodnie z wyrokiem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Uzun v. Niemcy*, życie prywatne jest szerokim terminem, niepodlegającym wyczerpującemu zdefiniowaniu. Art. 8 chroni między innymi

prawo do tożsamości i do rozwoju osobistego oraz prawo do nawiązywania i rozwijania związków z innymi ludźmi oraz ze światem zewnętrznym. Istnieje więc sfera interakcji osoby z innymi ludźmi, nawet w kontekście publicznym, która może wejść w zakres stosowania „życia prywatnego” (por. wyrok z dnia 2 września 2010 r., 35623/05, System Informacji Prawnej Lex – lex Omega – 39/2011, Lex Nr 599284).

W sprawie *Malone v. Wielka Brytania* ETPC orzekł między innymi, że:

„1. Ponieważ rozmowy telefoniczne są objęte pojęciami „życia prywatnego” i „korespondencji” w rozumieniu art. 8 Konwencji, środki podsłuchu stanowią „ingerencję władzy publicznej” w wykonywanie prawa zagwarantowanego w ust. 1 art. 8.

2. Sformułowanie „przypadki przewidziane prawem” nie odnosi się jedynie do samego prawa krajowego, lecz również do jakości tego prawa, wymagając od niego, by było zgodne z Konwencją. W ten sposób wyrażenie to zakłada, a wynika to z przedmiotu i celu art. 8, iż musi istnieć środek ochrony prawnej w prawie krajowym, chroniący przed arbitralną ingerencją władz publicznych w prawa zagwarantowane w ust. 1 art. 8. Zwłaszcza gdy działania władz są realizowane w tajemnicy, ryzyko arbitralności jest oczywiste. Wymóg „przewidywalności” zwłaszcza nie może oznaczać, że jednostka jest w stanie przewidzieć, kiedy władze mogą zastosować względem niej podsłuch, tak by odpowiednio dostosować swoje zachowanie. Tym niemniej, prawo musi być dostatecznie jasne w swych sformułowaniach, by dać obywatelom odpowiednie wskazówki odnośnie do okoliczności i warunków, w jakich władze publiczne są uprawnione do działania w tajemnicy i do potencjalnie niebezpiecznej ingerencji w prawo do życia prywatnego i tajemnicy korespondencji.

3. Jako że wykorzystanie w praktyce środków tajnego podsłuchu nie stanowi przedmiotu kontroli przez zainteresowane jednostki ani przez opinię społeczną jako taką, byłoby niezgodne z zasadą prawa dopuszczenie do tego, by margines swobody przyznany władzy wykonawczej w tym względzie, był

nieograniczony. W efekcie, prawo krajowe musi w sposób dostatecznie jasny określać zakres takiego uznania, przyznany właściwej władzy oraz sposób jego wykonania, uznając uzasadniony cel przyjętego środka, tak by zapewnić jednostce właściwą ochronę przeciwko arbitralnej ingerencji.

(...)

5. Ingerencja w prawa wynikające z ust. 1 art. 8 może być uznana za „konieczną w demokratycznym społeczeństwie” wtedy, gdy przyjęty szczególny system kontroli rozmów telefonicznych przez policję zawiera odpowiednie gwarancje uniemożliwiające nadużycia.”

(wyrok z dnia 2 sierpnia 1984 r., 8691/79, System Informacji Prawnej Lex – Lex Omega – 39/2011, Lex nr 80974).

Z kolei, zgodnie z wyrokiem ETPC w sprawie Bykov v. Rosja, „[j]eżeli chodzi o przechwytywanie komunikacji pomiędzy osobami dla celów dochodzenia prowadzonego przez policję, postanowienia ustawy muszą być wystarczająco jasne, aby dawać obywatelom odpowiednie wskazówki co do okoliczności i warunków, na jakich organy władzy krajowej są uprawnione do odwoływania się do tej tajnej i potencjalnie niebezpiecznej ingerencji w prawo do poszanowania życia prywatnego i korespondencji. W szczególności, ażeby spełnić wymóg „jakości prawa”, przepisy prawa przyznające [organom władzy krajowej] swobodę decyzyjną w tej dziedzinie muszą wskazywać na zakres tej swobody, mimo iż szczegółowe procedury i warunki, które należy zachować, niekoniecznie muszą się znajdować w przepisach materialnoprawnych. Stopień szczegółowości „ustawy” w tym kontekście będzie zależeć od konkretnego jej przedmiotu. Jako że stosowanie w praktyce środków niejawnego inwigilacji komunikacji [pomiędzy osobami] nie podlega kontroli ani ze strony zainteresowanych osób, ani ze strony całego społeczeństwa, wyrażenie swobody decyzyjnej w tym zakresie w postaci nieograniczonego uprawnienia przyznanego organowi władzy wykonawczej – lub sądowej – byłoby sprzeczne z zasadą praworządności. W konsekwencji ustawa musi wskazywać w sposób

wystarczająco wyraźny zakres takiej swobody decyzyjnej przyznawanej właściwym organom władzy oraz sposób jej wykorzystania, tak, aby jednostka uzyskała odpowiednią ochronę przed arbitralną ingerencją.” (wyrok z dnia 10 marca 2009 r., 4378/02, System Informacji Prawnej Lex – Lex Omega – 39/2011, Lex nr 486978).

W cytowanym wyżej wyroku Europejski Trybunał orzekł również, iż „wobec braku konkretnych i szczegółowych regulacji, stosowaniu techniki [w postaci podsłuchu przy wykorzystaniu urządzeń radiowych] jako części „eksperymentu operacyjnego” nie towarzyszyły odpowiednie gwarancje przeciwko różnym możliwym nadużyciom. W związku z tym stosowanie tego środka było podatne na arbitralność i było niezgodne z wymogami zgodności z prawem. Należy przyjąć, iż przedmiotowa ingerencja w prawo skarżącego do poszanowania życia prywatnego nie była „przewidziana przez ustawę”, czego wymaga art. 8 Konwencji.”(wyrok z dnia 10 marca 2009 r., 4378/02, *ibidem*).

Orzekając w sprawie *Kvasnica v. Słowacja*, Europejski Trybunał stanął, między innymi, na stanowisku, że sformułowanie „przewidziane przez ustawę” z art. 8 Konwencji wymaga, po pierwsze, by niejawnny środek inwigilacji miał jakąś podstawę w prawie krajowym, odnosi się ono także do jakości danej ustawy, wymagając, by ustawa taka była zgodna z zasadą praworządności oraz dostępna osobie zainteresowanej, która to osoba, ponadto, musi mieć możliwość przewidzenia jej konsekwencji dla siebie, a także zgodna z zasadą praworządności (por. wyrok z dnia 9 czerwca 2009 r., 72094/01, System Informacji Prawnej Lex – Lex Omega – 39/2011, Lex nr 504371).

W końcu, w sprawie *Rotaru v. Rumunia*, Wielka Izba Europejskiego Trybunału Praw Człowieka orzekła, między innymi: „Aby systemy niejawnej inwigilacji były zgodne z art. 8 Konwencji, muszą one zawierać gwarancje prawne stosowane do kontroli działań właściwych służb. Procedury kontrolne muszą odpowiadać wartościom demokratycznego społeczeństwa tak wiernie, jak to możliwe, a w szczególności zasadzie praworządności, która jest w sposób

wyraźny przywołana w preambule do Konwencji. Zasada rządów prawa zakłada, między innymi, iż ingerencja ze strony organów władzy wykonawczej w prawa jednostki powinna być przedmiotem skutecznej kontroli, która w normalnych warunkach powinna być przeprowadzona przynajmniej przez organy sądowe, jako że kontrola sądowa zapewnia najlepszą gwarancję niezależności, bezstronności oraz stosowania właściwej procedury (wyrok z dnia 4 maja 2000 r., 28341/95, System Informacji Prawnej Lex – Lex Omega 30/2011, Lex nr 76775).

Również Trybunał Konstytucyjny dokonywał kontroli szeregu unormowań określających uprawnienia służb mundurowych oraz specjalnych do podejmowania czynności operacyjno – rozpoznawczych.

W powoływanym we wcześniejszej części uzasadnienia niniejszego stanowiska wyroku z dnia 23 czerwca 2009 r., sygn. K 54/07, Trybunał Konstytucyjny dokonał krytycznej oceny regulacji dotyczących kontroli operacyjnej dokonywanej przez Centralne Biuro Antykorupcyjne w kontekście art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Trybunał podzielił przy tym pogląd Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, że ingerencja władzy ustawodawczej, wykonawczej lub sądowej dopuszczalna jest w sferę prywatności, o ile odpowiada określonym kryteriom. Każda ingerencja ograniczająca winna w szczególności sprostać wymogom trójstopniowego testu oceny. Dotyczą one: źródła ograniczenia, jego potrzeby oraz wartości, ze względu na które ograniczenie się wprowadza. Niezbędne jest zaistnienie:

- a) dostatecznie precyzyjnej, a zarazem konkretnej podstawy prawnej wkroczenia w sferę wolności (praw) w drodze ustawy; nie jest dopuszczalne wprowadzanie ograniczeń (tu: prywatności) aktami innej rangi;
- b) konieczności tego wkroczenia, rozważanej z punktu widzenia wymogów demokratycznego państwa prawa; niewystarczające jest odwołanie się li

tylko do czynnika celowości; niezbędne jest wykazanie konieczności, i to co do konkretnego (opisanego co do zakresu i sposobu) ograniczenia wprowadzonego w ustawie zwykłej, respektującej standard państwa oświeconego, otwartego, tolerancyjnego, dysponującego fachowym aparatem policyjnym zdolnym działać w sposób rzetelny, profesjonalny i niemałostkowy, traktujący wkroczenie w sferę chronionych praw jednostki jako zło konieczne, a nie jako czynnik usprawniający pracę policji;

- c) celu ingerencji (chronionego interesu publicznego), wymienionego w art. 8 Konwencji (tj. bezpieczeństwa państwowego, bezpieczeństwa publicznego, dobrobytu gospodarczego kraju, ochrony porządku i zapobiegania przestępstwom, ochrony zdrowia i moralności oraz wolności innych osób).

Nie wystarczy przy tym werbalne powołanie się na taki cel, aby skutecznie legitymizować ograniczenie. Konieczne jest wskazanie realnej potrzeby podjęcia środków ograniczających, i to w imię ochrony zasad demokratycznego porządku. Eksces polegający na tym, że „przy okazji” zbierania materiału operacyjnie przydatnego kontrola operacyjna zgromadzi także dane dotyczące kwestii prywatnych, oznacza działanie władzy poza zakresem dozwolonego wkroczenia w sferę prywatności (por. *op. cit.*, s. 911 – 912 oraz powołane tam orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka).

Trybunał Konstytucyjny przypomniał również, że w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka podkreśla się konieczność zbadania, czy w konkretnym przypadku ingerencji w sferę prywatności istniały podstawy uprawniające działania państwa. Działania można uznać za usprawiedliwione, gdy służą celom wymienionym w klauzulach ograniczających (art. 8 ust. 2 Konwencji). Ingerencja musi być przewidziana przez prawo, co oznacza, że stosowane środki mają mieć podstawę w prawie krajowym, przy czym prawo to

ma być dostępne osobom zainteresowanym oraz przewidywalne co do swoich skutków. Prawo musi być dostatecznie jasne w swych sformułowaniach, by dać obywatelom odpowiednie wskazówki odnośnie okoliczności i warunków, w jakich władze publiczne są uprawnione do działania w tajemnicy i do potencjalnie niebezpiecznej ingerencji w prawo do życia prywatnego i tajemnicę korespondencji (por. wyrok z dnia 20 czerwca 2005 r., sygn. K 4/04, *op. cit.*, s. 821, jak również powołane tam orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka).

Jak wywiedziono we wcześniejszej części uzasadnienia niniejszego stanowiska, zakwestionowany przez Rzecznika Praw Obywatelskich przepis art. 5 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy o ABW oraz AW ustanawia otwarty katalog przestępstw, których rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie, a także ściganie ich sprawców należy do zadań ABW, a tym samym uprawnia tę służbę do podejmowania kontroli operacyjnej. Z kolei, w przepisach art. 5 ust. 1 pkt 2 lit b oraz c użyto zwrotów niedookreślonych i budzących wątpliwości natury interpretacyjnej. Tym samym, analizowane przepisy pozostawiają ABW stosującej kontrolę operacyjną zbyt szeroki zakres swobody interpretacyjnej, poprzez sformułowanie otwartego katalogu sytuacji, w których może ta służba stosować taką kontrolę, a także poprzez posłużenie się przez ustawodawcę nieostrą aparaturą pojęciową. Wywody te w pełni zachowują swą aktualność również przy ocenie wspomnianych regulacji w kontekście art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

W szczególności, zasada poszanowania praworządności (w rozumieniu orzecznictwa ETPC) obliguje strony Konwencji do ograniczenia działań policji (jak się wydaje – również innych służb, a więc także ABW) tylko do sytuacji dozwolonych i dostatecznie uzasadnionych przez prawo krajowe. Wypełnienie takiego obowiązku powinno polegać na tym, że stosowne przepisy powinny być dostępne dla obywateli i być jasne w swoim zakresie, tak aby jednostka wiedziała, w jakich okolicznościach i na jakich warunkach władze publiczne są

uprawnione do uciekania się do działań niejawnych, ingerujących w życie prywatne obywateli.

Tym samym, możliwość wkraczania w życie prywatne i swobodę komunikowania się obywateli nie została w prawie polskim, na szczeblu ustawy, zdefiniowana w sposób wystarczająco jasny i precyzyjny. Innymi słowy, dostępne dla obywateli przepisy prawne nie pozwalają tymże obywatelom na wystarczająco pełne rozeznanie, w jakich okolicznościach i na jakich warunkach władze publiczne są uprawnione do uciekania się do działań niejawnych, ingerujących w życie prywatne jednostki.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy uznać, że przepisy: 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” – jak również art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit b oraz c ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, godzą w wynikające z prawa międzynarodowego standardy ochrony życia prywatnego i rodzinnego przed nieuprawnioną ingerencją władzy publicznej. Tym samym, zakwestionowane przez Rzecznika Praw Obywatelskich unormowania są niezgodne z art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

Z tych wszystkich względów, wnoszę jak na wstępie.



Andrzej Seremet