

Sygn. akt.

POSTANOWIENIE

Dnia 2 marca 2011r.

Sąd Rejonowy w Działdowie w Wydziale II Karnym w składzie

Przewodniczący: SSR Artur Andrysewicz

Protokolant ---

przy udziale Prokuratora ---

po rozpoznaniu w sprawie o czyn z art.231§1 kk popełniony na szkodę H

K

zażalenia pokrzywdzonej na postanowienie prokuratora Prokuratury Okręgowej w

K z sprawie w przedmiocie umorzenia śledztwa

na podstawie art.193 Konstytucji RP i art.3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997r. o

Trybunale Konstytucyjnym, art.22§1 kpk

postanawia

I. przedstawić Trybunałowi Konstytucyjnemu następujące pytanie prawne:

„Czy art.28 ustawy z dnia 9 czerwca 2006r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym jest zgodny z art.2, art.7, art.45 ust. 1 w zw. z art.31 ust.3 Konstytucji RP oraz z art.13 w zw. z art.8 ust.2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności?”

II. zawiesić postępowanie w sprawie do czasu rozstrzygnięcia pytania prawnego.

Uzasadnienie

Stan faktyczny:

Postanowieniem z dnia listopada 2009r. prokurator Prokuratury Okręgowej w G odmówił wszczęcia śledztwa w sprawie sygn. akt o podejrzenie popełnienia przestępstwa z art.231§1 kk na szkodę H K wobec stwierdzenia, że czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego (art.17§1 pkt 2 kpk).

W uzasadnieniu wskazano, że twierdzenia H K o rzekomych przestępstwach popełnionych przez funkcjonariuszy CBA nie zostały poparte żadnymi dowodami. Opisane przez nią zachowania nie wyczerpują znamion przestępstwa z art.231§1 kk. Zdaniem prokuratora analiza całości zgromadzonego materiału dowodowego nie pozwalała na stwierdzenie, iż zachowanie funkcjonariuszy Centralnego Biura Antykorupcyjnego nosiło znamiona czynu zabronionego.

Postanowienie powyższe zostało zaskarżone przez pokrzywdzoną. W zażaleniu zarzuciła, że prokuratura nie podjęła żadnych działań zmierzających do ewentualnego zweryfikowania otrzymanych informacji mimo wskazania jej potencjalnych świadków. Ponadto wskazała, że błędnie ustalono obowiązki i kompetencje CBA, powołała się przy tym na art.47 Konstytucji RP. Zarzuciła, że nie ustalono, na jakiej podstawie prawnej i w jakim celu prowadzono czynności operacyjne w R , powiat

Na skutek zażalenia H.K Sąd Rejonowy w D postanowieniem z dnia marca 2010r. w sprawie uchylił zaskarżone postanowienie. Sąd nie zaakceptował stanowiska prokuratora, według którego działania funkcjonariuszy CBA wykonywane na terenie miejscowości R zostały podjęte i prowadzone w oparciu o obowiązujące przepisy, gdyż materiał zgromadzony i przedstawiony Sądowi nie pozwalał odpowiedzieć na to pytanie ani pozytywnie ani negatywnie. W toku czynności sprawdzających poprzestano na dwóch pismach urzędowych z Prokuratury Okręgowej w W i od Szefa CBA. Jakkolwiek czynności prowadzone przez CBA mają charakter niejawnny, poprzestając na tych ustaleniach kontrola legalności działań funkcjonariuszy CBA miałyby charakter iluzoryczny. Sąd uchylając postanowienie Prokuratury Okręgowej w G wskazał na konieczność poczynienia następujących ustaleń:

1. Czy działania funkcjonariuszy CBA w na terenie R miały związek z zadaniami wyznaczonymi ustawą? (poprzez przesłuchanie wskazanych przez skarżącą osób, a także pracowników urzędów w R , na okoliczności będące przedmiotem „rozpytania”, co pozwoli na ustalenie kierunku działań funkcjonariuszy i ocenę, czy pokrywają się z ustawową właściwością działań CBA);

2. Czy istniały okoliczności niecierpiące zwłoki wymagające zwracania się ustnie o pomoc do osób i urzędów na terenie R ? W tym zakresie konieczne są informacje od właściwego funkcjonariusza CBA, gdyż zgodnie z §5 rozp. Rady Ministrów z dnia 4 sierpnia 2006r. *w sprawie udzielania funkcjonariuszom CBA niezbędnej pomocy przez instytucje państwowe, organy administracji rządowej i samorządu terytorialnego, przedsiębiorców, jednostki organizacyjne, organizacje społeczne oraz obywateli* o skorzystaniu z pomocy, jej rodzaju i zakresie oraz podmiocie lub osobie udzielającej pomocy funkcjonariusz informuje swojego bezpośredniego przełożonego;
3. Czy funkcjonariusze CBA wykonujący czynności postępowali zgodnie z zasadami określonymi w §2-4 rozporządzenia; w szczególności co do pouczenia o możliwości złożenia zażalenia do prokuratora?

W dniu marca 2010r. Prokuratura Okręgowa w G wszczęła śledztwo (sygn. akt) w sprawie przekroczenia uprawnień oraz niedopełnienia obowiązków w okresie od r. do r. w R przez funkcjonariuszy Centralnego Biura Antykorupcyjnego na szkodę H K (art.231§1 kk). Wykonanie części czynności śledztwa powierzono Samodzielnemu Wydziałowi Inspekcji CBA.

Z-ca Dyrektora Zarządu Operacyjno - Śledczego CBA w piśmie z dnia kwietnia 2010r. do Z-cy Dyrektora Samodzielnego Wydziału Inspekcji CBA poinformował, że:

1. w dniach wskazani imiennie funkcjonariusze CBA w ramach operacyjnego rozpracowania nr rej. wykonywali czynności operacyjno-rozpoznawcze w miejscowości R ;
2. czynności wykonywane były z osobistego polecenia Z-cy Szefa CBA oraz Dyrektora Zarządu Operacyjno - Śledczego CBA i miały związek z zadaniami określonymi w art.2 ustawy o CBA;
3. dokumentacja objęta jest klauzulą „ściśle tajne” i po zakończeniu czynności, jak wynika z oświadczenia funkcjonariuszy, została przekazana Z-cy Szefa CBA za pośrednictwem Dyrektora Zarządu Operacyjno -

Śledczego CBA ; dokumentacja nie została zarejestrowana w Dzienniku Ewidencji Wykonanych Dokumentów i nie została zwrócona Wydziałowi Zarządu Operacyjno - Śledczego CBA [podkr. – SR].

Następnie śledztwo przekazano Prokuraturze Okręgowej w K (sygn. akt). W jego toku przesłuchano osoby, które w r. w R były rozpytywane przez funkcjonariuszy CBA. Przesłuchano też funkcjonariuszy CBA na okoliczność czynności podejmowanych w sprawie operacyjnej nr . Odpowiedzi na kilkadziesiąt pytań związanych z czynnościami na terenie R kończyły się odmową zeznań z powołaniem na tajemnicę państwową, w tym na takie pytanie jak: czy funkcjonariusz okazał legitymację służbową i pouczył o rodzaju i zakresie oczekiwanej pomocy oraz możliwości odwołania do prokuratora, jakiego przestępstwa z art.2 ustawy o CBA dotyczyły działania, czy w jakimkolwiek zakresie dotyczyły H.K i jej najbliższych.

W piśmie z dnia lipca 2010r. Szef CBA odpowiadając na pismo Prokuratury poinformował, że Sprawa Operacyjnego Rozpracowania nr rej. objęta jest klauzulą „ściśle tajne”, powołał się także na treść art.24 ust.1 ustawy o CBA. Ponadto poinformował, że czynności wykonywane dnia r. w R przez wskazanych funkcjonariuszy nie dotyczyły J i H K oraz nie dały podstaw do wszczęcia postępowania przygotowawczego.

W powyższej sytuacji prokurator pismem z dnia lipca 2010r. zwrócił się do Szefa CBA z wnioskiem o udzielenie informacji i materiałów niejawnych oraz o zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy państwowej funkcjonariuszy CBA. Prokurator wnosił o udostępnienie: niejawnej dokumentacji wytworzonej w CBA, na podstawie której podjęto czynności operacyjno-rozpoznawcze, dokumentacji sporządzonej przez funkcjonariuszy po przeprowadzeniu czynności, kopii zarządzenia nr Szefa CBA z dnia , a także wskazanie danych bezpośredniego przełożonego agentów przeprowadzających czynności oraz zwolnienie go z obowiązku zachowania tajemnicy państwowej.

Pismem z dnia lipca 2010r. Szef CBA odmówił udostępnienia wnioskowanych materiałów, jak też zwolnienia funkcjonariuszy z obowiązku

zachowania tajemnicy państwowej w zakresie wszystkich punktów wniosku prokuratora.

Postanowieniem z dnia września 2010r. prokurator Prokuratury Okręgowej w K _____ umorzył śledztwo z powodu braku danych dostatecznie uzasadniających popełnienie przestępstwa. W uzasadnieniu wskazano między innymi, że wprowadzenie nie można wykluczyć, iż realizując czynności o charakterze rozpoznawczym funkcjonariusze CBA swoim zachowaniem przekroczyli swoje uprawnienia lub nie dopełnili obowiązków i działali na szkodę H.K _____, lecz brak jest obiektywnego dowodu na potwierdzenie tej tezy, a wyczerpano możliwości wykrywcze i dowodowe. Wobec stanowiska Szefa CBA w piśmie z dnia lipca 2010r. brak jest możliwości poczynienia obiektywnych, a w zasadzie jakichkolwiek ustaleń faktycznych w zakresie kwestii wskazanych w uzasadnieniu postanowienia Sądu Rejonowego w D _____ z dnia marca 2010r. Prokurator podkreślił, że stanowisko Szefa CBA wyrażone w piśmie z dnia lipca 2010r. jest ostateczne i nie podlega zaskarżeniu, co wprost wynika z treści art.28 ustawy o CBA [podkr. – SR].

Na postanowienie o umorzeniu śledztwa zażalenie złożył pełnomocnik H.K _____ – adw. Mieczysław Hebel, który zarzucił dowolną ocenę dowodów z zeznań świadków, nieprzeprowadzenie z urzędu dowodu z zeznań byłego Szefa CBA Mariusza Kamińskiego, jego zastępcy Ernesta Bejdy, jak i obecnego szefa CBA Pawła Wojtunika. Ponadto wskazał na obrazę art.303 kpk przez niewszczęcie z urzędu śledztwa odnośnie braku zarejestrowania dokumentacji w Dzienniku Ewidencji Wykonywanych Dokumentów jak i jej niezwrócenia Wydziałowi Zarządu Operacyjno - Śledczego CBA. W uzasadnieniu podniósł między innymi, że niedopuszczalnym jest w demokratycznym państwie prawa, by to służby specjalne dyktowały prokuraturze warunki poprzez odmowę współpracy. Na tej zasadzie prokuratura nigdy nie będzie w stanie ustalić, czy funkcjonariusze służb specjalnych popełnili przestępstwo, bo będą chronieni przez swego szefa, co będzie akceptacją ewentualnych bezprawnych działań, które będą wychodziły [na jaw] tylko i wyłącznie w przypadkach zmian politycznych.

Uzasadnienie prawne pytania:

I. Odpowiedź na pytanie prawne skierowane do Trybunału Konstytucyjnego ma zasadnicze znaczenie dla toku postępowania przed Sądem Rejonowym. Kluczową kwestią, podniesioną już w uzasadnieniu postanowienia o umorzeniu śledztwa, jest prawna niemożliwość weryfikacji działań funkcjonariuszy CBA wobec odmowy dostępu do w zasadzie wszelkich kwestii związanych ze sprawą operacyjną. Niczym nieuzasadniona odmowa Szefa CBA, przy poprzestaniu na obowiązującym stanie prawnym, oznacza, że prokuratura jak i sąd nie mają żadnych instrumentów prawnych do realizacji podstawowego zadania prokuratury w zakresie ścigania przestępstw. Szerokie i pozbawione mechanizmu kontrolnego objęcie ochroną informacji niejawnych zgromadzonych w sprawie operacyjnej stawia pod znakiem zapytania sens działań prokuratury, jak i możliwość rzetelnej kontroli sądowej. Stwierdzenie niekonstytucyjności wskazanych przepisów może otworzyć drogę do rzeczywistej kontroli działań CBA w sytuacji powzięcia podejrzenia przestępstwa popełnionego przez funkcjonariuszy tej służby. Przede wszystkim chodzi o możliwość zwolnienia lub uzasadnionej odmowy zwolnienia funkcjonariuszy z zakazu ujawniania informacji niejawnych. W tym Sąd upatruje koniecznej dla skierowanego pytania przesłanki funkcjonalnej - wpływu pytania do Trybunału na rozstrzygnięcie postępowania karnego (art.193 Konstytucji i art.32 ust.3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997r. o Trybunale Konstytucyjnym). Negatywna odpowiedź na skierowane do TK pytanie w zasadzie zamyka możliwości podjęcia dalszych skutecznych czynności procesowych związanych z informacjami niejawnymi będącymi w gestii Szefa CBA.

II. Analiza przepisów ustawy o CBA w kontekście prowadzonej sprawy skłoniła Sąd do podważenia konstytucyjności całego art.28 ustawy. Artykuł ten bowiem w kilku ustępach tworzy etapowy, piętrowy mechanizm dostępu do informacji niejawnych na potrzeby toczącego się postępowania karnego, który w skrócie można opisać następująco:

1. upoważnienie dla Szefa CBA do zezwolenia na udzielenie informacji niejawnej (ust.1);

2. zakaz zezwolenia na ujawnienie pewnych informacji (ust.2);
3. wyłączenie ww. zakazu w przypadku żądania prokuratora lub sądu, zgłoszonego w celu ścigania karnego za przestępstwo, którego skutkiem jest śmierć człowieka, uszczerbek na zdrowiu lub szkoda w mieniu (ust.3);
4. wyłączenie ww. zakazu w przypadku żądania prokuratora lub sądu uzasadnionego podejrzeniem popełnienia przestępstwa ściganego z oskarżenia publicznego w związku z wykonywaniem czynności operacyjno-rozpoznawczych (ust.4);
5. szczególny tryb ujawnienia informacji w drodze przedstawienia materiałów do rozstrzygnięcia Pierwszemu Prezesowi Sądu Najwyższego w przypadku odmowy żądaniu prokuratora lub sądu, zgłoszonemu w związku z postępowaniem karnym o zbrodnie przeciwko pokojowi, ludzkości i przestępstw wojennych oraz godzących w życie ludzkie albo o występki przeciwko życiu lub zdrowiu, gdy jego następstwem była śmierć człowieka (ust.5).

Pięć wskazanych ustępów art.28 ustawy o CBA tworzy całość i nie sposób rozpatrywać konstytucyjność pojedynczego przepisu w oderwaniu od innych, z którymi pozostaje w relacji reguła-wyjątek.

III. Art.2 i 7 Konstytucji – zasada poprawnej (przyzwoitej) legislacji, zasada ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa i zasada legalizmu.

W sprawie, która stała się podstawą skierowania pytania do Trybunału aż nadto widoczny jest brak instrumentów po stronie prokuratora, by skutecznie zweryfikować legalność działań funkcjonariuszy CBA. Konstrukcja art.28 ust.1 ustawy wprowadza daleko idącą uznaniowość Szefa CBA w udzielaniu dostępu do dokumentów wytworzonych przez Biuro, jak i do informacji dostępnych funkcjonariuszom, a mogących stanowić o treści ich zeznań w postępowaniu karnym. Ogólne upoważnienie zawarte w tym przepisie („może zezwalać na udzielenie informacji niejawnej”) pozbawione jakichkolwiek kryteriów podejmowania takiej decyzji stwarza możliwość wydania odmowy całkowicie arbitralnej i nie mającej oparcia w przepisach, podczas gdy jednym z fundamentów demokratycznego państwa jest działanie organów władzy publicznej na podstawie i w granicach prawa (art.7

Konstytucji). Ma to tym większe znaczenie, im bardziej dany organ państwa może wkraczać w sferę chronionych konstytucyjnie praw obywatela czyniąc to niejawnie. Ustawodawca z jednej strony tworzy przepis umożliwiający prokuratorowi i sądowi uzyskanie dostępu do niejawnych materiałów CBA w związku z podejrzeniem popełnienia przestępstwa przez funkcjonariusza, a z drugiej pozostawia dowolność Szefowi CBA w jej udostępnianiu nie wskazując żadnych kryteriów prawnych podejmowania decyzji przez ten organ. W tym należy upatrywać niezgodności tego przepisu z zasadą legalizmu wyrażoną w art.7 Konstytucji.

Art.2 Konstytucji, jako podstawa kontroli, ma znaczenie w sytuacji, gdy wywodzona z niego zasada nie została odrębnie wyrażona w Konstytucji, a mieści się w zasadzie demokratycznego państwa prawnego. W kanonie tym sytuuje się zasadę ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa i wynikający z niej obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa prawnego, ochrony praw nabytych i interesów w toku, zakaz wstecznego działania prawa, nakaz przestrzegania reguł przyzwoitej legislacji, w tym przestrzeganie zasady dostatecznej określoności przepisów prawa (wyroki TK z 13 kwietnia 1999r., K 36/98, 10 kwietnia 2006r., SK 30/04). Zasada państwa prawnego wymaga stanowienia norm nienaganych z punktu widzenia techniki legislacyjnej. Niewątpliwie realizacji dyrektyw wynikających z zasad przyzwoitej legislacji należy wymagać od ustawodawcy zwykłego zwłaszcza przy reglamentacji prawnej tych sfer, które zostały uznane za szczególnie newralgiczne przez samego ustrojodawcę (wyroki TK z: 7 stycznia 2004r., K 14/03, 21 kwietnia 2009r., K 50/07). Art.28 ust.3 i 4 ustawy o CBA umożliwiają (podkreślić należy - czysto teoretycznie) prokuratorowi i sądowi dostęp do informacji niejawnych w najwyższym stopniu chronionych (ust.2), jeśli ścigane jest przestępstwo, którego skutkiem jest śmierć człowieka, uszczerbek na zdrowiu lub szkoda w mieniu albo w sytuacji uzasadnionego podejrzeniem popełnienia przestępstwa ściganego z oskarżenia publicznego w związku z wykonywaniem czynności operacyjno-rozpoznawczych. Jednocześnie konstrukcja ust.5 w sposób oczywisty wyłącza możliwość ścigania czynu opisanego w ust.4, gdy nie godzi on w życie ludzkie i nie stanowi występku przeciwko życiu lub zdrowiu, którego następstwem była śmierć człowieka. Ustawodawca, pozostawiając w takiej sytuacji ujawnienie informacji niejawnej

dotyczącej działań CBA do arbitralnej decyzji Szefa CBA, wyłącza tym zabiegiem możliwość ścigania szeregu przestępstw, których może dopuścić się funkcjonariusz publiczny. Dla przykładu znajdują się tu czyny z art.190§1 kk, art.191 kk, art.193 kk, art.231§1 kk. Mimo złożenia przez obywatela zawiadomienia z uzasadnionym podejrzeniem popełnienia takiego czynu, prokurator może nie uzyskać od Szefa CBA ani informacji o prowadzonych czynnościach ani danych funkcjonariuszy, którzy potencjalnie naruszyli prawo.

Zasada poprawnej legislacji wymaga pewnego stopnia precyzji i „dopasowania” regulacji prawnej do sytuacji faktycznych, których ma ona dotyczyć, aby z góry nie prowadzić do tworzenia „fikcji prawnej” (wyrok TK z 27 kwietnia 2004r., K 24/03). Taka fikcja jest wpisana w konstrukcję art.28 ustawy o CBA tworząc pozorny mechanizm dostępu prokuratora i sądu do informacji niejawnych w związku z podejrzeniem popełnienia przestępstwa przez funkcjonariusza CBA.

Z tej samej przyczyny wskazana regulacja sprzeczna jest z zasadą ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa, wywodzoną z art.2 Konstytucji i stanowiącą jeden z fundamentów demokratycznego państwa prawnego. Obywatele mają prawo pozostawać w przekonaniu, że państwo tworzy jasne i skuteczne mechanizmy kontroli organów mających ustawowe kompetencje do wkraczania w sferę ich prywatności. Zgodnie z tą zasadą uprawnienia przyznane obywatelom przez państwo nie mogą mieć charakteru uprawnień pozornych czy też niemożliwych do realizacji ze względów prawnych lub faktycznych albo z uwagi na niejasne określenie warunków korzystania z uprawnień. Wprawdzie w art.28 ustawy o CBA nie są zawarte uprawnienia jednostki wobec organów państwa, jednak może ona swoje prawa realizować (jak choćby prawo do sądu) poprzez działalność organów szeroko rozumianego wymiaru sprawiedliwości, którego obowiązkiem jest także rozstrzyganie sporów między obywatelem a państwem. Konieczność respektowania zasady ochrony zaufania do państwa obejmuje zakaz tworzenia prawa wprowadzającego pozorne instytucje prawne. Oznacza to konieczność wyeliminowania sytuacji, gdy adresaci normy prawnej (tutaj prokurator lub sąd) nigdy nie mogą z danej regulacji skorzystać, a tym samym rozstrzygnąć, czy doszło do naruszenia praw jednostki. Ustawodawca nie może tworzyć takich konstrukcji normatywnych, które są niewykonalne, stanowią

złudzenie prawa i w konsekwencji jedynie pozór ochrony prawnej przed nadużyciem ze strony organów państwa.

IV. Art.31 ust.3 i art.45 ust.1 Konstytucji – zasada proporcjonalności w ograniczaniu praw przyznanych w Konstytucji w kontekście prawa do sądu.

Naruszenie zasady poprawnej legislacji w niektórych sprawach może pociągać za sobą nie tylko niezgodność kwestionowanej regulacji z art. 2 Konstytucji, ale również z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Związek taki może mieć miejsce w wypadku, gdy chodzi o przepisy odnoszące się wprost do praw i wolności obywateli. Istotna ingerencja w sferę prywatności jednostki winna uwzględnić nie tylko ogólne zasady poprawnej legislacji (w tym wymóg określoności i konkretności), ale także proporcjonalność zastosowanego środka (wyrok TK w sprawie K 4/04). Zgodność z prawem działań organów władzy publicznej podlega kontroli, przy czym ważnym jej elementem jest także wyrażona w art.10 Konstytucji zasada trójpodziału władz i ich równowagi. Kontrola legalności działań poszczególnych organów państwa nabiera szczególnego znaczenia, gdy swoje działania wykonują one niejawnie i znacząca ich część nie może zostać ujawniona ze względu na ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa (art.61 ust.3 Konstytucji). Są to zazwyczaj organy, które w zakresie swoich uprawnień mogą w istotny sposób wkraczać w sferę życia prywatnego jednostki, jej podstawowych praw i wolności osobistych chronionych konstytucyjnie, wśród których naruszone mogą być takie jak prawo do ochrony życia prywatnego i rodzinnego (art.47 Konstytucji), wolność i ochrona tajemnicy komunikowania się (art.49 Konstytucji) czy autonomia informacyjna jednostki oznaczająca ochronę każdej informacji osobowej i przejawiająca się w przyznaniu podstawowego znaczenia zgodzie osoby zainteresowanej na udostępnienie informacji o niej (art.51 Konstytucji). Na konflikt czynności operacyjnych z tymi wartościami konstytucyjnymi zwracał uwagę Trybunał w sprawie K 32/04 jednocześnie konstatuując, że jest on powszechny we wszystkich demokratycznych państwach prawnych. Trybunał wskazywał też w tym wyroku na zagrożenia, gdy *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.

W Polsce funkcjonuje obecnie dziesięć służb (Policja, Straż Graniczna, Biuro Ochrony Rządu, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencja Wywiadu, Centralne Biuro Antykorupcyjne, Służba Wywiadu Wojskowego, Służba Kontrwywiadu Wojskowego, Żandarmeria Wojskowa, kontrola skarbową), których działania w większym lub mniejszym stopniu objęte są ochroną jako niejawne. Służby te funkcjonują w ramach kompetencji przyznanych władzy wykonawczej i podległe są odpowiedniemu ministrowi lub wprost Prezesowi Rady Ministrów. Ich kontrolą zajmuje się władza ustawodawcza (komisje sejmowe właściwe danym resortom i komisja ds. służb specjalnych). Co do skuteczności tej kontroli wielokrotnie zgłaszane są zastrzeżenia z uwagi na polityczne powiązania między przedstawicielami władzy ustawodawczej i wykonawczej, w szczególności przy dominacji w ustawodawczych organach kontrolnych przedstawicieli opcji politycznej sprawującej władzę wykonawczą.

W tym kontekście istotnego znaczenia nabiera możliwość kontroli sądowej, przy czym z woli ustawodawcy w wielu aspektach funkcjonowania wskazanych służb kontrola sądowa ma charakter incydentalny. Kontrola ta możliwa jest natomiast w przypadku skierowania do sądu aktu oskarżenia w związku z przekroczeniem uprawnień bądź niedopełnieniem obowiązku przez funkcjonariusza publicznego. Etap sądowy poprzedzić musi jednak postępowanie przygotowawcze, którego celem podstawowym jest wykrycie przestępstwa, a następnie sprawcy oraz zebranie dowodów i postawienie zarzutu. To zaś możliwe jest, o ile prokuratura ma wystarczające instrumenty prawne do sprawdzenia, czy w działalności służb doszło do czynu noszącego znamiona przestępstwa. Obecne usytuowanie Prokuratury w systemie organów prawnych w Polsce, zwiększenie jej niezależności od władzy wykonawczej zbliża ją w większym stopniu niż poprzednio do funkcji kontrolnych sprawowanych przed sądy.

Istotą unormowania zawartego w art. 31 ust. 3 Konstytucji jest określenie przesłanek, których spełnienie jest koniecznym warunkiem dopuszczalności wprowadzenia ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności jednostki (wyrok TK z 21

kwietnia 2009r., K 50/07). Model państwa demokratycznego wymaga respektowania zasady proporcjonalności w regulowaniu (ograniczaniu) swobody zachowań jednostek. Zasada ta jest spełniona, gdy:

1) wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków,

2) regulacja jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana,

3) efekty wprowadzonej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (wyrok TK w sprawie K. 54/07).

Niezbędność regulacji w postaci arbitralnej decyzji Szefa CBA o dostępie prokuratora lub sądu do informacji niejawnych dla ochrony działań tej służby, podjętych w zakresie zwalczania korupcji, jest wielce wątpliwa. Nie negując wagi problemu korupcji w Polsce, zauważyć trzeba, że dla jej ścigania przyznano CBA kompetencje właściwe dla służb ścigających dużo poważniejsze przestępstwa. Już sam katalog przestępstw wskazany w art.2 ust.1 pkt 1 ustawy o CBA dotyczy czynów, których górna granica kary pozbawienia wolności to (biorąc pod uwagę typ podstawowy, kwalifikowany i wypadek mniejszej wagi – z pominięciem kodeksu karnego skarbowego): 12 lat (2 przestępstwa), 10 lat (10), 8 lat (17), 5 lat (18), 3 lata (10), 2 lata (16), 1 rok (6). Jedyne zbrodnie w rozumieniu kodeksu karnego to czyny z art.258§4 kk (kierowanie grupą terrorystyczną) i art.310§1 kk (falszowanie pieniędzy). Poza tym są to przestępstwa zagrożone w kodeksie karnym skarbowym w większości grzywną, a maksymalna kara pozbawienia wolności to 5 lat. Rozpoznawanie i wykrywanie takich przestępstw związane jest w głównej mierze z pracą analityczną, sprawdzaniem dokumentów finansowych, przepływów pieniężnych, kontaktów między urzędnikami i przedsiębiorcami. Wprawdzie czynności operacyjne wymagają zachowania w tajemnicy personaliów osób je podejmujących czy osób pomagających CBA, jednak skala zagrożeń związanych z ujawnieniem takiej tajemnicy jest bez porównania i nieproporcjonalnie mniejsza niż w przypadku Policji, która zajmuje się takimi przestępstwami jak zabójstwa, handel ludźmi, handel narkotykami i bronią, przestępczość zorganizowana, gdzie następuje bezpośredni styk z najbardziej brutalnym światem przestępczym, który też sam szuka w służbach policyjnych

kontaktów dla ochrony swoich interesów, a dekonspiracja operacji i tajnego agenta może nieść tragiczne skutki. Jednocześnie obie służby (CBA i Policja) mając tak różne zadania (a Policja nie jest zwolniona od ścigania przestępstw, do których ścigania powołano CBA), mają niemal taką samą ochronę informacji niejawnych mimo żądania prokuratora lub sądu (art.20b i art.21 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990r. o Policji i art.9 ustawy z dnia 21 czerwca 1996r. *o niektórych uprawnieniach pracowników urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw wewnętrznych oraz funkcjonariuszy i pracowników urzędów nadzorowanych przez tego ministra*). Identyczne rozwiązanie w zakresie dostępu do informacji niejawnych jak w ustawie o CBA istnieje w ustawie z dnia 24 maja 2002r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (art.39), które to służby podejmują także operacje o znacznym stopniu zagrożenia dla ich funkcjonariuszy. Niezależnie od ewentualnej konstytucyjności regulacji przyjętej w ustawie o Policji i innych ustawach, co nie jest przedmiotem tego postępowania, poprzez ten dysonans widoczne jest przyznanie Szefowi CBA ogromnej arbitralnej władzy w ochronie informacji niejawnych gromadzonych przez tę służbę. W regulacji art.28 ustawy o CBA jak i całej ustawie trudno doszukać się tego, jaki interes publiczny wymaga aż takiej ochrony, by ujawnienie informacji niejawnych prokuratorowi i sądowi musiało pozostać wyłączną i uznaniową decyzją Szefa CBA. Regulacja ta nie zdaje więc testu „konieczności w demokratycznym państwie prawnym”.

Ponadto w sposób nieproporcjonalny do efektów działań CBA (wykrycia korupcji na różnych szczeblach życia społecznego) ustawa ogranicza obywateli w możliwości uzyskania skutecznej ochrony sądowej w przypadku podejrzenia i konieczności ścigania nadużyć tego organu. Ograniczenie takie nie jest konieczne w demokratycznym państwie prawnym dla bezpieczeństwa tego państwa ani porządku publicznego ani ochrony innych wartości wskazanych w art.31 ust.3 Konstytucji. W sprawie K. 32/04 Trybunał Konstytucyjny wskazał, że *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 tych 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.

Również efekt tej grupy przepisów nie pozostaje w rozsądnej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela. Z jednej strony bowiem obywatel musi się liczyć z ograniczeniem swoich konstytucyjnych praw i wolności (prawa do ochrony życia prywatnego, tajemnicy komunikowania się, prawa do autonomii informacyjnej), z drugiej zaś - nie ma zapewnionej skutecznej drogi prawnej do ochrony przed nadużyciem związanym z gromadzeniem informacji o nim. Wskazana regulacja pozostawiając Szefowi CBA, będącą poza efektywną kontrolą, decyzję co do ujawnienia informacji niejawnych w praktyce w sposób niczym nie uzasadniony ogranicza prawo do sądu i dochodzenia naruszonych wolności lub praw (art.45 ust. 1 Konstytucji). Brak jest mechanizmu kontrolnego, który w rzetelny sposób pozwalałby weryfikować zasadność odmowy ujawnienia informacji niejawnej przez Szefa CBA. To zaś znacząco ogranicza prawo do sądu rozumianego jako prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd (art.45 ust.1 Konstytucji). Sprawiedliwe rozpoznanie sprawy nie wchodzi w grę, gdy sąd ograniczony jest w możliwości uzyskania kluczowych informacji z punktu widzenia koniecznego do wydania rozstrzygnięcia, a dane te są dostępne organom państwa. Tak daleko idące ograniczenie jak w art.28 ustawy o CBA narusza istotę prawa do sądu (art.31 ust.1 zd.2 Konstytucji). Prawo do sądu to nie tylko formalna możliwość zwrócenia się do sądu o ochronę swoich praw, ale także prawo do uzyskania rozstrzygnięcia, które będzie oparte na prawdziwych danych, rzetelnie zgromadzonych i ocenionych. Szczególnego znaczenia nabiera ono, gdy strona postępowania sama nie może dostarczyć danych podlegających osądowi, lecz musi liczyć na pomoc organów państwowych. Regulacja ustawowa chroniąca tajemnice państwa przed prokuratorem, a także sądem weryfikującym decyzje prokuratora, w sytuacji konfliktu między jednostką a państwem, narusza konstytucyjnie gwarantowane prawo do sądu. Taki stan nierównowagi nie znajduje uzasadnienia w szczególności wtedy, gdy ocenie ma

podlegać zgodność z prawem działań funkcjonariuszy państwowych. Pośrednio sankcjonuje możliwość bezkarnej ingerencji państwa w sferę podstawowych praw i wolności człowieka i obywatela.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreślano dotychczas konieczność wyważenia kompromisu między regulacją materialnoprawną (określającą granice stawiane przez system prawa wkroczeniu przez władzę w poszczególne sfery prywatności jednostki) a gwarancjami proceduralnymi, towarzyszącymi temu wkroczeniu (konieczność zgłoszenia kontroli organowi pozapolicyjnemu i jej legalizacji przez ten organ, przesłanki i procedury legalizacji - przez organ zewnętrzny i poprzez udostępnienie zainteresowanemu wiedzy o kontroli i jej rezultatach, środki kontroli na wypadek ekscesu organu przeprowadzającego kontrolę). Nie można mówić o osiągnięciu właściwego kompromisu wówczas, gdy poziom ochrony materialnoprawnej będzie wprowadził wysoki, jednak na poziomie proceduralnym będzie brakowało efektywnych, a więc "dających się uruchomić" przez poszkodowanego, procedur i środków umożliwiających realizację ochrony zagwarantowanej w przepisach materialnoprawnych, a także - dostępnej dla zainteresowanego - ochrony przed ekscesami i szykanami (wyrok w sprawie K 32/04). Im bardziej drastyczne (co do przedmiotu, zakresu, sposobu czy skutków) jest wkroczenie władzy w materię konstytucyjnie chronionych praw podstawowych, tym bardziej rygorystycznym przesłankom powinna podlegać procedura, stanowiąca gwarancję tego wkroczenia (L.Garlicki, uwagi do art. 31 ust. 3 Konstytucji, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. III, red. L. Garlicki, Warszawa 2003). Art.28 ustawy o CBA nie daje takich gwarancji. Marginalnie pozwala na ujawnienie na potrzeby postępowania karnego informacji niejawnych, jeśli żądanie zgłoszono w związku postępowaniem karnym o zbrodnie przeciwko pokojowi, ludzkości i przestępstw wojennych oraz godzących w życie ludzkie albo o występki przeciwko życiu lub zdrowiu, gdy jego następstwem była śmierć człowieka. Zasadnym więc wydaje się, by Trybunał zwrócił się do Pierwszego Prezesa SN o udzielenie informacji, ile takich przypadków związanych z działalnością CBA miało miejsce od początku jej funkcjonowania, choć można przypuszczać, że liczba ta jest bliska zeru. Z kolei ilość postępowań karnych wszczynanych rocznie przeciwko funkcjonariuszom

Policji wskazuje, że służby stosujące niejawne techniki wkraczające w sferę konstytucyjnych praw obywatela nie są wolne od nadużyć. Paradoksalnie więc procedura przewidziana w art.28 ustawy o CBA wobec całkowicie dowolnej decyzji Szefa CBA uniemożliwi sprawdzenie, czy wbrew przepisom ustawy nie zwerbowano do tajnej współpracy osób wyłączonych z takiej możliwości (art.26 ust.1 ustawy o CBA), czy czynności operacyjne dotyczyły celów i zadań ustawowo określonych dla CBA (art.1 ust.1 i art.2 ust.1 ustawy o CBA) lub czy nie zbierano refleksowo („przy okazji”) i nie użyto dla celów pozaprawnych danych wrażliwych (art.22a ust.10 ustawy o CBA). To samo dotyczy ewentualnego postępowania karnego związanego z niedopełnieniem obowiązków związanych z obiegiem dokumentów sprawy operacyjnej. Na gruncie sprawy będącej przedmiotem pytania jest to szczególnie ważne w ustalonych okolicznościach braku (zaginięcia?) stosownych dokumentów i konieczności oparcia się na osobowych źródłach dowodowych.

V. Art.13 w zw. z art.8 ust.2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (zwana dalej Konwencją).

W myśl art.13 Konwencji każdy, czyje prawa i wolności zawarte w niniejszej konwencji zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka odwoławczego do właściwego organu państwowego także wówczas, gdy naruszenia dokonały osoby wykonujące swoje funkcje urzędowe. Z kolei prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego oznacza, 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 i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób (art.8 ust.2 Konwencji).

Standardy wypracowane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka na gruncie wskazanych przepisów w ogromnej mierze zostały przyjęte w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego i stanowiły podstawę rozstrzygnięć w cytowanych wyżej orzeczeniach. Art.8 ust.2 Konwencji dopuszcza ingerencję w prawo do życia prywatnego ograniczając ją do przypadków przewidzianych przez ustawę i

koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na inne chronione wartości. W sprawie **Khan v. Wielka Brytania** stwierdzono, że „pojęcie „w wypadkach przewidzianych ustawą” nie tylko wymaga, by stosowane środki miały podstawę prawną w prawie krajowym, lecz także nawiązuje do jakości tego prawa, wymagając by było ono zgodne z zasadą praworządności. W kontekście niejawnnej kontroli ze strony władz publicznych, w tym przypadku policji, prawo krajowe musi udzielać ochrony przeciw arbitralnej ingerencji w prawa jednostki gwarantowane art. 8 Konwencji. Co więcej, norma prawna musi być wystarczająco wyraźna w swoim brzmieniu, tak aby dać jednostce stosowne wskazania co do okoliczności i zasad, na jakich organy władzy państwowej są uprawnione do skorzystania z takich środków” (wyrok z dnia 12 maja 2000r., sprawa nr 35394/97; *cytaty orzeczeń ETPC na podstawie tłumaczenia Redakcji Wolters Kluwer Polska*). Podobnie orzeczono w sprawie **Amann v. Szwajcaria** (wyrok z dnia 16 lutego 2000r., sprawa nr 27798/95), sprawie **Mentes i inni v. Turcja** (wyrok z dnia 28 listopada 1997r., sprawa nr 23186/94) oraz w sprawie **Malone v. Wielka Brytania** (wyrok z dnia 2 sierpnia 1984r., sprawa nr 8691/79). W tej ostatniej sprawie wskazano, że zwłaszcza gdy działania władz są realizowane w tajemnicy, ryzyko arbitralności jest oczywiste.

W kluczowym w tej materii orzeczeniu **Rotaru v. Rumunia** uznano, że „aby systemy niejawnnej 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 2000r., sprawa nr 28341/95). W tym samym orzeczeniu podniesiono, że „organ” w rozumieniu art.13 nie musi koniecznie we wszystkich instancjach być organem sądowym w ścisłym znaczeniu.

Pomimo to, uprawnienia i gwarancje procesowe, które organ posiada, są istotne przy rozstrzygnięciu, czy środek odwoławczy jest skuteczny.

W sprawie **Yöyler v. Turcja** ETPC uznał, że środek wymagany przez art. 13 musi być „skuteczny” w praktyce tak samo jak w prawie, w szczególności w tym sensie, iż stosowanie go nie może być w sposób nieuzasadniony utrudniane przez działania bądź zaniechania organów pozwanego państwa. Art. 13 wymaga, oprócz zapłaty ewentualnego odszkodowania, możliwości przeprowadzenia szczegółowego i efektywnego postępowania będącego w stanie zidentyfikować i ukarać osoby odpowiedzialne za ten czyn [zniszczenie mienia przez funkcjonariuszy państwowych] oraz zapewniającego skuteczny dostęp skarżącego do prowadzonego śledztwa (wyrok z dnia 24 lipca 2004r., sprawa nr 26973/95).

Z kolei w sprawie **Klass i inni v. Niemcy** podniesiono kwestię, że „potencjalne pole do nadużyć (przy stosowaniu kontroli niejawnej) w indywidualnych przypadkach jest tak duże i mogłoby przynieść tak dojmujące skutki dla demokratycznego społeczeństwa jako całości, że co do zasady pożądanym jest, aby poddać jej stosowanie nadzorowi sędziemu (wyrok z dnia 6 września 1978r., sprawa nr 5029/71). Po tym wyroku ustawodawca niemiecki znowelizował ustawę z 13 sierpnia 1968r., ograniczającą tajemnicę korespondencji i rozmów telefonicznych (tzw. ustawa G-10) i wprowadził obowiązek powiadamiania *ex post* osoby, względem której prowadzono czynności operacyjne na podstawie ustawy G-10, o tym, że taką kontrolę wobec niej prowadzono.

Ustawa o CBA w istotny sposób odbiega od standardów konwencyjnych w zakresie ochrony jednostki przed naruszeniem prawa do prywatności. Brak jest możliwości skutecznej kontroli działań CBA w przypadku podejrzenia popełnienia przestępstwa przez jego funkcjonariuszy. Art.28 ustawy o CBA stanowi przeszkodę do „skutecznego” w rozumieniu art.13 Konwencji środka odwoławczego dla jednostki, której prawa zostały naruszone. Jakość tej regulacji, na co kładzie nacisk orzecznictwo ETPC, daje wątpliwość możliwości skutecznego ścigania ewentualnych nadużyć stanowiących ingerencję w prywatność jednostki. Nie zakazując wprost możliwości ścigania takich czynów konstrukcja art.28 ustawy uzależnia jego skuteczność od arbitralnej decyzji szefa instytucji, której działalność ma podlegać kontroli. *Osobie,*

wobec której władze interweniują ze względów bezpieczeństwa państwa, należy zapewnić możliwość kontroli takiej interwencji przez niezależny i bezstronny organ, który oceniłby wszystkie istotne kwestie faktyczne i prawne, stwierdził zgodność ingerencji z prawem i ukarał za ewentualne nadużycia. Musi istnieć procedura umożliwiająca takiej osobie przedstawienie własnego punktu widzenia i odrzucenie argumentów władz (Komentarz do art.8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, M.A.Nowicki, Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, Oficyna, 2009).

Kwestia dostępu do materiałów będących tajemnicą państwową była przedmiotem badań i studiów o charakterze międzynarodowym. Jednym z nich jest raport Davida Banisara dotyczący sytuacji w krajach OBWE (Legal Protections and Barriers to the Right to Information, State Secrets and Protection of Sources in OSCE Participating States' London May 2007; idsps.org/option,com_docman/task,doc_download/gid,138/Itemid,15/). Wśród rekomendacji autor, po analizie rozwiązań prawnych w różnych państwach OBWE, wskazuje, że granice w dostępie do informacji niejawnych (*state secrets*) powinny być proporcjonalne i nie powinny ograniczać dostępu urzędnikom pochodzącym z wyboru (*elected officials*), sędziom i innym osobom mającym potrzebę dostępu do informacji w celu prowadzenia spraw.

Z tych względów Sąd Rejonowy przedstawia Trybunałowi Konstytucyjnemu do rozstrzygnięcia pytanie prawne podnosząc, że istnieją pełne podstawy do udzielenia odpowiedzi negatywnej.

Z powyższych względów konieczne jest zawieszenie postępowania w sprawie do czasu rozstrzygnięcia pytania prawnego (art.22§1 kpk i §106 ust.1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 lutego 2007r. - Regulaminu wewnętrznego urzędowania sądów powszechnych).

