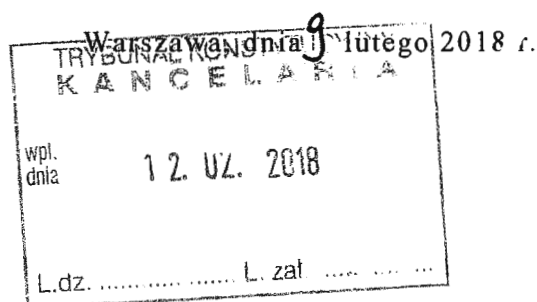




RZECZPOSPOLITA POLSKA
PROKURATOR GENERALNY



PK VIII TK 100.2016
(K 35/16)

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku z wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich „o stwierdzenie niezgodności:

- art. 2 pkt 7 ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych (Dz. U. poz. 904 [...]) z art. 2 Konstytucji,
- art. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z art. 2, art. 47, art. 51 ust. 2, 3 i 4 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także z art. 8 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 zm. wynikającymi z protokołów [...]) oraz art. 7 i 8 w zw. z art. 52 ust. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz. U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569 [...]),
- art. 6 ust. 3 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z art. 51 ust. 5 i art. 93 ust. 2 Konstytucji,
- art. 9 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych – w zakresie, w jakim przewidziana w nim możliwość stosowania niejawnych czynności operacyjno-rozpoznawczych stanowi zbyt daleko idącą i nieuzasadnioną ingerencję w prawa i wolności jednostki, a także w zakresie, w jakim różnicuje sytuację prawną osób, które nie są

- obywatelami Rzeczypospolitej Polskiej i obywateli RP oraz w zakresie, w jakim nie ustanawia mechanizmu kontroli stosowania przewidzianych w nim czynności - z art. 2, art. 47 i art. 51 Konstytucji RP w związku z art. 37 i 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz z art. 8 EKPCz,
- art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z art. 2, art. 47 oraz art. 51 Konstytucji w zw. z art. 37 i art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także z art. 8 w zw. z art. 14 EKPCz oraz z art. 7 i 8 w zw. z art. 20 oraz art. 52 ust. 1 KPP UE,
 - art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z art. 2, art. 47 oraz art. 51 ust. 2 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 EKPCz, a także z art. 7 i 8 w zw. z art. 52 ust. 1 KPP UE,
 - art. 26 ust. 2 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z art. 2 i art. 41 ust. 1 Konstytucji RP oraz z art. 5 EKPCz,
 - art. 38 pkt 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych w zakresie, w jakim dodaje art. 32c w ustawie z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2015 r., poz. 1929 ze zm. [...]), z art. 2 i art. 54 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 6 i 10 EKPCz,
 - art. 48 ustawy o działaniach antyterrorystycznych w zakresie, w jakim dodaje art. 73c w ustawie z dnia 14 lipca 2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin (Dz. U. z 2014 r., poz. 1525 ze zm. [...]) z art. 2, art. 52 ust. 1 i 3 oraz art. 45 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 77 ust. 2 oraz z art. 37 i z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 13 EKPCz w zw. z art. 2 Protokołu nr 4 do EKPCz (Dz. U. z 1995 r., Nr 36, poz. 175 [...]), a także z art. 45 oraz art. 47 w zw. z art. 52 ust. 1 KPP UE,

- art. 57 ustawy o działaniach antyterrorystycznych w zakresie, w jakim dodaje art. 329a w ustawie z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (Dz. U. poz. 1650 ze zm. [...]) z art. 2, art. 52 ust. 1 i 3 oraz art. 45 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 77 ust. 2 oraz z art. 37 i z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 13 EKPCz w zw. z art. 2 Protokołu nr 4”

– na podstawie art. 42 pkt 7 i art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U., poz. 2072) w związku z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 13 grudnia 2016 r. - Przepisy wprowadzające ustawę o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym oraz ustawę o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego (Dz. U., poz. 2074) –

przedstawiam następujące stanowisko:

- 1) art. 2 pkt 7 ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych (Dz. U., poz. 904 ze zm.) jest zgodny z zasadą określoności przepisów prawa wywodzoną z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej;**
- 2) art. 6 ust. 1 i 2 ustawy powołanej w punkcie 1 są zgodne z zasadą określoności przepisów prawa wywodzoną z art. 2 Konstytucji oraz są zgodne z art. 47, art. 51 ust. 2 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także z art. 8 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 zm.);**

- 3) art. 6 ust. 3 ustawy powołanej w punkcie 1 jest zgodny z art. 51 ust. 5 i art. 93 ust. 2 Konstytucji;
- 4) art. 10 ustawy powołanej w punkcie 1 jest zgodny z zasadą określoności przepisów prawa wywodzoną z art. 2 Konstytucji, a także jest zgodny z art. 47 Konstytucji oraz art. 51 ust. 1 i 5 Konstytucji w zw. z art. 37 ust. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz art. 8 w zw. z art. 14 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności;
- 5) art. 10 ustawy powołanej w punkcie 1 nie jest niezgodny z art. 51 ust. 2 Konstytucji;
- 6) art. 11 ustawy powołanej w punkcie 1 jest zgodny z zasadą określoności przepisów prawa wywodzoną z art. 2 Konstytucji, a także jest zgodny z art. 47 oraz art. 51 ust. 2 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności;
- 7) art. 32c ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2015 r., poz. 1929 ze zm.) w zw. z art. 38 pkt 6 ustawy powołanej w punkcie 1 jest zgodny z zasadą określoności przepisów prawa wywodzoną z art. 2 Konstytucji, art. 54 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności;

- 8) art. 73c ustawy z dnia 14 lipca 2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin (Dz. U. z 2014 r., poz. 1525 ze zm.) w zw. z art. 48 ustawy powołanej w punkcie 1 jest zgodny z zasadą określoności przepisów prawa wywodzoną z art. 2 Konstytucji;
- 9) art. 329a ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (Dz. U., poz. 1650 ze zm.) w zw. z art. 57 ustawy powołanej w punkcie 1 jest zgodny z zasadą określoności przepisów prawa wywodzoną z art. 2 Konstytucji;
- 10) w pozostałym zakresie postępowanie podlega umorzeniu na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym – wobec niedopuszczalności wydania wyroku;

UZASADNIENIE

Stanowisko wnioskodawcy

Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej również: Rzecznik, RPO lub Wnioskodawca) wniósł do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności przepisów ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych (Dz. U., poz. 904 ze zm.) z powołanymi w *petitum* wniosku wzorcami kontroli.

Wnioskodawca poprzedził szczegółową analizę kwestionowanych przepisów m.in. stwierdzeniem, że Jego zdaniem we wszystkich wskazanych we wniosku przypadkach zachodzi sytuacja objętego kognicją Trybunału Konstytucyjnego pominięcia ustawodawczego, przedstawiając we wstępnej części wniosku ogólne rozważania dotyczące różnic między pominięciami a zaniechaniami prawodawczymi. RPO zastrzegł, że Jego ocena odnosi się do wszystkich podniesionych przez niego przypadków, w których wskazywane będą braki poszczególnych regulacji.

Rzecznik zauważył, że w przypadku art. 2 pkt 7 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, w związku z tym, że zamieszczona w tym przepisie zakwestionowana definicja dotyczy różnych aspektów zaskarżonej ustawy, nie sposób jest wskazać szczegółowej normy konstytucyjnej, stanowiącej właściwy wzorzec kontroli tego przepisu. Ponieważ definicja „zdarzenia o charakterze terrorystycznym” ma charakter horyzontalny i jest stosowana w całej ustawie oraz w ustawach zmienianych ustawą o działaniach antyterrorystycznych, wyłącznym wzorcem kontroli w tym zakresie powinien, zdaniem Rzecznika, stać się art. 2 Konstytucji. Wnioskodawca stwierdził przy tym, że pozbawiona precyzji definicja „zdarzenia o charakterze terrorystycznym” pozwala na jej bardzo szeroką interpretację, zwłaszcza w zakresie pojęcia „zagrożenia zaistnienia” przestępstwa o charakterze terrorystycznym. W ocenie RPO, ten brak precyzji szczególnie widoczny i istotny jest w zakresie występujących w art. 2 pkt 7 ustawy pojęć „podejrzenia” oraz „zagrożenia” zaistnienia zdarzenia o charakterze terrorystycznym. Brak jest bowiem wskazania, że sytuacje objęte tymi pojęciami muszą mieć charakter uzasadniony okolicznościami faktycznymi.

Wnioskodawca zauważył, iż już w kontekście dotychczasowej definicji przestępstwa o charakterze terrorystycznym zwracano uwagę, że w przypadku

pojedynczego sprawcy cele, jakimi kieruje się w swoich działaniach, często możliwe są do rozpoznania dopiero *ex post*. To oznacza, że organy ścigania skazane są na intuicyjne i uznaniowe określanie, czy dany czyn zabroniony posiada rys terrorystyczny, czy też w konkretnym przypadku go brak. To z kolei oznacza, że w wielu przypadkach to właściwa służba będzie samodzielnie i arbitralnie oceniać, czy doszło (lub może dojść) do przestępstwa o charakterze terrorystycznym, a w konsekwencji do zdarzenia o charakterze terrorystycznym.

Rzecznik podniósł, że pojęcie z art. 2 pkt 7 kwestionowanej ustawy jest m.in. przesłanką do wprowadzenia określonych stopni alarmowych (art. 15 ustawy), zaś wprowadzenie trzeciego lub czwartego stopnia alarmowego oznaczać może ograniczenie prawa do zgromadzeń (art. 21 ustawy). Podobnie, w dodawanym w ustawie z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2015 r., poz. 1929 ze zm.; dalej jako: ustawa o ABW) art. 32a uregulowano zasady dokonywania przez ABW tzw. oceny bezpieczeństwa „w celu zapobiegania i przeciwdziałania oraz zwalczania zdarzeń o charakterze terrorystycznym”, polegającej m.in. na uzyskaniu dostępu do systemów przy legalnym wykorzystaniu tzw. programów hakerskich (por. dodawany art. 32a ust. 5 i ust. 7 ustawy o ABW). Jak zauważył RPO, takie działania stanowią poważną ingerencję w prawa i wolności jednostki, które mogą być uzasadnione koniecznością podejmowania działań zmierzających do zwalczania niepożądanych zjawisk, jednak ustawodawca w świetle art. 2 Konstytucji zobowiązany jest tak skonstruować definicję zdarzenia o charakterze terrorystycznym, by niemożliwe były nadużycia i wykorzystanie jej do realizacji innych celów organów państwa. Tymczasem, przyjęte szerokie rozumienie pojęcia „zdarzenia o charakterze terrorystycznym” może skutkować rozszerzonym zakresem stosowania ustawy o działaniach antyterrorystycznych i tym samym większą – i nieprzewidywalną dla człowieka

i obywatela – ingerencją w podstawowe prawa i wolności. Z tego względu, w ocenie RPO, ustawowa definicja zdarzenia o charakterze terrorystycznym nie spełnia wymogów, jakie stawiane są przepisom ograniczającym podstawowe prawa i wolności, a zatem nie spełnia wymogów zasady zaufania do państwa oraz zasady przyzwoitej legislacji, wywodzonej z art. 2 Konstytucji.

W odniesieniu do art. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, Rzecznik stwierdził, że przy jego konstrukcji posłużono się tym właśnie niejasnym i nieprecyzyjnym pojęciem „zdarzenia o charakterze terrorystycznym”. Użyto je zarówno w art. 6 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych (poprzez odesłanie do art. 3 ust. 1 ustawy określającego ogólnie zadania Szefa ABW), jak i bezpośrednio w art. 6 ust. 2 oraz pośrednio w art. 6 ust. 3, w którym przewidziano delegację do wydania zarządzenia przez Szefa ABW, w którym określone zostaną określone elementy związane ze sposobem i zakresem prowadzenia wykazu. Tym samym, stosownie do wspomnianej już argumentacji dotyczącej art. 2 pkt 7 omawianej ustawy, art. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych jest w całości niezgodny z art. 2 Konstytucji ze względu na posłużenie się w nim nieprecyzyjnym pojęciem „zdarzenia o charakterze terrorystycznym”, co narusza zasadę zaufania do państwa oraz zasadę poprawnej legislacji, wywodzone z art. 2 Konstytucji. W tym przypadku jednak art. 2 Konstytucji nie stanowi wyłącznej podstawy oceny, ponieważ, według RPO, cały art. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych jest niezgodny również z art. 47 oraz art. 51 ust. 2, 3 i 4 Konstytucji.

Rzecznik zauważył, że w art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy o działaniach antyterrorystycznych ustawodawca posłużył się przesłanką ocenną, tj. uzasadnionym podejrzeniem, że określone osoby mogą prowadzić działania zmierzające do popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym, w tym

stanowiące zagrożenie bezpieczeństwa lotnictwa cywilnego, i to przesuniętą na przedpole możliwości popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym. Ustawodawca wskazuje więc na uzasadnione podejrzenie możliwości prowadzenia przez określone osoby działań zmierzających do popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym, a nie chociażby uzasadnionego podejrzenia prowadzenia przez określone osoby takiej działalności. Zdaniem Rzecznika, to drugie określenie byłoby nie tylko węższe, lecz także pozwalałoby zobiektywizować i urealnić uzasadnione podejrzenie prowadzenia działań zmierzających do popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym. Tymczasem na ustawodawcy ciąży obowiązek tworzenia przepisów prawa możliwie najbardziej określonych w danym wypadku pod względem zarówno ich treści, jak i formy. Wnioskodawca zauważył, że jak wspomniano wyżej w odniesieniu do pojęcia „zdarzenia o charakterze terrorystycznym”, przepisy ustawowe ograniczające konstytucyjne wolności lub prawa muszą być sformułowane w sposób pozwalający jednoznacznie ustalić, kto i w jakiej sytuacji podlega ograniczeniom przez organy państwa; muszą być na tyle precyzyjne, by je stosowano i interpretowano w jednolity sposób; wreszcie muszą być tak ujęte, by zakres ich zastosowania obejmował wyłącznie sytuacje, w których racjonalny ustawodawca zamierzał wprowadzić regulację ograniczającą korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw (zob. wyrok TK z 30 października 2001 r. w sprawie K 33/00). Zdaniem RPO, art. 6 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych w odniesieniu do przesłanki, o której mowa w punkcie 3 nie czyni zadość powyższym wymogom, co oznacza, że nie jest zgodny z art. 2 Konstytucji również w tym aspekcie.

Zdaniem Rzecznika, pozostałe grupy osób, wymienione w art. 6 ust. 1 w punktach 1, 2 i 4 kwestionowanej ustawy, określone są z większą precyzją, tym niemniej zakwestionowanie również tych przesłanek we wniosku Rzecznika

wiąże się z dalszymi zarzutami dotyczącymi tego przepisu, odnoszonymi do art. 47 oraz art. 51 ust. 2, 3 i 4 Konstytucji. Jak stwierdza Rzecznik, nie ma wątpliwości, że gromadzenie informacji o osobach – zarówno obywatelach polskich, jak i osobach nieposiadających polskiego obywatelstwa, z zachowaniem wymogów dotyczących ochrony informacji niejawnych – stanowi ingerencję w prawa określone w art. 47 oraz w art. 51 ust. 2 Konstytucji. Rzecznik zauważył, iż Trybunał Konstytucyjny podkreślał, że art. 51 Konstytucji ustanawia szczególny środek ochrony tych samych wartości, które chronione są za pośrednictwem art. 47 Konstytucji (wyrok TK z 12 listopada 2002 r. w sprawie SK 40/01). Powołanie obu przepisów konstytucyjnych jako wzorca kontroli w odniesieniu do art. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych Rzecznik uzasadnił tym, że art. 51 ust. 2 Konstytucji ograniczony jest w zakresie podmiotowym wyłącznie do obywateli polskich, co jednocześnie jednak nie oznacza, że analogiczne prawo nie przysługuje osobom, które nie posiadają polskiego obywatelstwa, w oparciu o art. 47 Konstytucji. Z istoty gwarancji określonej w art. 47 Konstytucji, z jej ścisłego związku z godnością człowieka oraz z użytego pojęcia „każdy” wynika zatem jasno, że dotyczy ona wszystkich osób fizycznych. Rzecznik uznał, że analogiczne prawa, które dotyczą obywateli polskich w oparciu o art. 51 ust. 2 Konstytucji, przysługują na mocy art. 47 ustawy zasadniczej również osobom, które nie posiadają polskiego obywatelstwa, stąd też RPO uznał za konieczne łączne powołanie obu wzorców kontroli. Wnioskodawca zauważył, że Konstytucja, określając elementy prawa do prywatności, zobowiązuje władze publiczne do nieingerencji w określony przez nie zakres życia (aktywności) jednostki i zapewnia stosowną ochronę przed wszelkimi działaniami w niego godzącymi. Tymczasem, jak zauważył RPO, art. 6 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych zezwala Szefowi ABW na gromadzenie informacji

o osobach, a następnie na udostępnianie tych informacji podmiotom wymienionym w art. 6 ust. 2 ustawy, określonym bardzo szeroko, zawężonym wyłącznie przez pojęcie „zakresu ich właściwości”. Ponadto, dopiero akt wewnętrzny Szefa ABW, jakim będzie zarządzenie Szefa ABW wydane na podstawie art. 6 ust. 3 ustawy o działaniach antyterrorystycznych w istocie określi, jakie szczegółowe informacje będą gromadzone w wykazie. Art. 6 w całości stanowi więc ingerencję w prawa określone w 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 zm.; dalej jako: EKPCz) oraz w art. 7 i 8 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz. U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569; dalej jako: KPP UE), mającej w ocenie Rzecznika na mocy art. 6 Traktatu z dnia 7 lutego 1992 r. o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864 ze zm.) moc prawną równą traktatom. Obydwa te akty, zdaniem RPO, nie przewidują możliwości zróżnicowania sytuacji prawnej obywateli państwa oraz osób, które nie posiadają obywatelstwa, znajdujących się pod jurysdykcją tego państwa.

Wnioskodawca zauważył, że ustalając konstytucyjność ograniczeń wprowadzonych przez ustawodawcę, Trybunał Konstytucyjny stara się udzielić odpowiedzi na następujące pytania: 1) czy wprowadzona regulacja ustawodawcza służy i jest konieczna dla ukształtowania ładu prawnego w danej sferze stosunków społecznych; 2) czy zamierzony przez ustawodawcę cel jest możliwy do osiągnięcia bez naruszenia podstawowych standardów prawnych wyrażających istotę praw, których dotyczy; 3) czy regulacja ustawowa jest niezbędna dla ochrony interesu, wartości konstytucyjnej, z którą jest powiązana; 4) czy efekt wprowadzonej regulacji pozostaje w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela.

Rzecznik stwierdził następnie, że określony w art. 31 ust. 3 Konstytucji (a także w art. 8 ust. 2 EKPCz oraz art. 52 ust. 1 KPP UE) wymóg konieczności w demokratycznym państwie prawnym jako jeden z warunków ograniczenia wolności lub prawa może być uzasadniony, bowiem celem całej ustawy jest zapewnienie bezpieczeństwa i porządku publicznego w państwie. Wnioskodawca podkreślił jednak, że ocena pozostałych przesłanek dopuszczalności ograniczenia jest trudna z tego względu, że projektodawca nie wyjaśnił, czemu w istocie ma służyć gromadzenie informacji i jakie działania będą podejmowane w odniesieniu do osób, których dane znajdują się w wykazie. Tym samym, według RPO nie można ocenić, że regulacja w istocie służy celowi, do jakiego została przyjęta. Ocenę utrudnia również to, że większość informacji, która mogłyby służyć pogłębionej analizie, została przeniesiona do zarządzenia Szefa ABW, przyjmowanego w trybie niejawnym. Tym samym, jak twierdzi Rzecznik, niemożliwa jest również pozytywna odpowiedź na drugie i trzecie pytanie. Jak zauważył, w ocenie Trybunału Konstytucyjnego, wyrażonej w wyroku z dnia 23 czerwca 2009 r., sygn. K 54/07 (OTK ZU nr 6/A/2009, poz. 86), nie jest zakazane zbieranie informacji, nawet bez wiedzy osoby, której te informacje dotyczą, aczkolwiek sposób i zakres pozyskiwanych informacji musi sprostać testowi „konieczności w demokratycznym państwie prawnym”. Tymczasem, jak argumentuje Wnioskodawca, z uchwalonego aktu prawnego wynika, że dane mogą być zbierane przez Szefa ABW w sposób określony w ustawie tylko z tego względu, że tak będzie najprościej. Według Niego, ustawa o działaniach antyterrorystycznych – nie określając sposobu wykorzystania tych danych – dopuszcza do tego, by dane zbierane były „na wszelki wypadek”, a być może również w przyszłości wykorzystywane do stosowania technik analizy danych.

Rzecznik zauważył, iż na gruncie Konstytucji przyjmuje się zasadę uznaną powszechnie w prawie konstytucyjnym państw demokratycznych, głoszącą że ustalenie granic praw i wolności może być „dokonane tylko w ustawie”. Zwrot ten zarówno w nauce prawa, jak i w orzecznictwie TK rozumiany jest w ten sposób, że obejmuje nie tylko przypadki, w których ustawa stanowi jedyne źródło ograniczeń, ale także i takie sytuacje, w których ustawodawca formułuje jedynie podstawowe elementy ograniczeń, zaś ich rozwinięcie czy uzupełnienie może być już dokonane w innym akcie (podustawowym). Zdaniem Rzecznika, w przypadku art. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych wymóg ustawowego określenia przesłanek dopuszczalności ograniczenia praw jednostki nie jest spełniony z tego względu, że co prawda w ustawie sformułowane są podstawowe grupy osób, w stosunku do których zbierane i przetwarzane będą informacje, tym niemniej, zakres informacji, które mają być gromadzone, został przekazany do uregulowania w niejawnym zarządzeniu Szefa ABW. Już samo to stwierdzenie uzasadnia w ocenie RPO wskazanie, że ograniczenie prawa do prywatności, czy prawa do autonomii informacyjnej, nie jest uzasadnione ze względu na przesłanki, o których mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Zdaniem Wnioskodawcy nie spełnia to również wymogów wskazanych w art. 8 ust. 2 EKPCz, czy art. 52 ust. 2 KPP UE.

Wnioskodawca twierdzi, że art. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych jest również niezgodny z art. 51 ust. 3 i 4 Konstytucji z tego względu, że zawiera pominięcia ustawodawcze – regulując zasady zamieszczania informacji w wykazie nie przewiduje żadnych procedur umożliwiających kontrolę zasadności zamieszczenia danej osoby w wykazie, co może oznaczać, że znajdą się tam osoby, które nie powinny się tam znaleźć i którym nie będą przysługiwały żadne środki prawne w tym zakresie. Ponadto,

przepis art. 6 ustawy nie przewiduje mechanizmu weryfikacji przydatności przetwarzanych informacji przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego na wzór np. art. 22a ust. 8 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. z 2014 r., poz. 1411 ze zm.). Rzecznik stwierdził, że żaden organ państwowy nie będzie też odpowiedzialny za weryfikację prawidłowości ustaleń Szefa ABW. Żaden też przepis nie przewiduje, by Szef ABW zobowiązany był do dokonywania weryfikacji potrzeby dalszego przetwarzania zebranych danych osobowych. Jak podnosi Rzecznik, oczywistym jest, że prawa określone w art. 51 ust. 3 i 4 Konstytucji mogą być ograniczone na podstawie ustawy, tym niemniej to ograniczenie nie może prowadzić do całkowitego pozbawienia możliwości weryfikacji prawidłowości ustaleń Szefa ABW przez jakikolwiek organ niezależny. Wnioskodawca stwierdził, że ustawa nie tylko nie wprowadziła żadnej możliwości zapoznania się przez podmiot, którego dane znalazły się w wykazie z tym faktem, nie przyznała żadnych uprawnień do żądania sprostowania czy usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych czy zebranych w sposób sprzeczny z ustawą, ale też nie przewidziała żadnej innej możliwości kontroli – nawet bez wiedzy podmiotu zainteresowanego.

Rzecznik powołał się przy tym na treść uzasadnienia postanowienia TK z 25 stycznia 2006 r. w sprawie S 2/06 (OTK ZU nr 1/A/2006, poz. 13), w którym Trybunał Konstytucyjny, odnosząc się do treści art. 51 ust. 3 Konstytucji, stwierdził, że ten *„przepis zapewnia jednostce dostęp do dotyczących jej urzędowych dokumentów i zbiorów danych – z tym, że dostęp ten mogą ograniczać ustawy zwykłe (w tym np. ustawa o Policji). Ustawa zwykła nie może jednak tego dostępu całkowicie wyłączać, ponieważ wówczas uległoby zniweczeniu prawo gwarantowane konstytucyjnie, wynikające z art. 51 ust. 3*

Konstytucji". To, zdaniem Rzecznika, oznacza, że konstrukcja przyjęta w art. 6 ustawy jest niezgodna z art. 51 ust. 3 Konstytucji.

W ocenie Rzecznika pominięcie ustawodawcze polegające na nieuregulowaniu praw osób, których dane znajdują się w wykazie, stanowi również naruszenie art. 47 Konstytucji. W razie naruszenia wartości określonych w art. 47 Konstytucji na organach władzy publicznej ciąży obowiązek zapewnienia odpowiedniego remedium. Jeżeli przepisy prawne nie przewidują sądowej ochrony prywatności jednostki, są one uznawane za niezgodne z Konstytucją (wyrok TK z 18 lipca 2011 r. w sprawie K 25/09, OTK ZU nr 6/A/2011, poz. 57). Rzecznik stwierdził, że w przypadku art. 6 ustawy nie ma wątpliwości, że sytuacja prawna jednostki, która znajdzie się w wykazie będzie kształtowana w ten sposób, że będą podejmowane działania przez właściwe organy, których ustawa nie określa, co też oznacza, że osoba się nigdy o tym nie dowie i nie będzie mogła podjąć żadnych środków prawnych, również w celu weryfikacji prawidłowości umieszczenia jej w wykazie.

Uzasadniając niekonstytucyjność art. 6 ust. 3 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, Rzecznik podniósł, że rozwiązanie przewidzianego w tym przepisie nie sposób pogodzić z art. 51 ust. 5 Konstytucji, który wskazuje, że zasady i tryb gromadzenia oraz udostępniania informacji określa ustawa, oraz z art. 93 ust. 2 zd. 2 Konstytucji, z którego wynika, że zarządzenie nie może stanowić podstawy decyzji wobec obywateli, osób prawnych oraz innych podmiotów, ponieważ w analizowanym układzie regulacje dotyczące prowadzenia wykazu osób, o których mowa w art. 6 ust. 1 ustawy, znajdują się w niejawnym zarządzeniu Szefa ABW. Wnioskodawca ponownie zauważył, że – w Jego ocenie – takie przyjęte rozwiązanie pozostaje w opozycji także do art. 31 ust. 3 Konstytucji, który stanowi, że ograniczenia konstytucyjnie chronionych praw i wolności mogą być ustanawiane tylko w ustawie.

Przedstawiając argumentację dotyczącą art. 9 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, RPO stwierdził, że rozwiązanie to budzi wątpliwości natury konstytucyjnej przede wszystkim ze względu na brak jakiegokolwiek – zarówno uprzedniej, jak i następcej – kontroli sądu bądź innego niezależnego organu. Jak zauważył, w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz) ustanowienie odpowiednich mechanizmów, chociażby następcej kontroli nad prowadzeniem czynności operacyjno-rozpoznawczych, jest uważane za fundamentalny warunek funkcjonowania demokratycznego państwa prawnego (por. wyrok ETPCz w sprawie *Zakharov przeciwko Rosji*, skarga nr 47413/06, czy *Szabó i Vissy przeciwko Węgrom*, skarga 37138/14). W ocenie Rzecznika, brak jest jednakże racjonalnych argumentów przemawiających za odrzuceniem możliwości ustanowienia następcej kontroli sądowej, która nie wpłynęłaby w żaden sposób na skuteczność czynności operacyjno-rozpoznawczych. W tym kontekście rozwiązanie, wyłączające przewidziane w art. 9 ust. 1 zaskarżonej ustawy czynności operacyjno-rozpoznawcze spod kontroli sądowej, pozostaje w sprzeczności z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP i tym samym nie spełnia konstytucyjnego wymogu proporcjonalności. O ile bowiem nie ulega wątpliwości, że czynności operacyjno-rozpoznawcze przewidziane w tym przepisie stanowią środek mogący skutecznie doprowadzić do zakładanego przez ustawodawcę celu, o tyle nie wydaje się, aby były one niezbędne dla ochrony interesu, z którym zostały powiązane, a ponadto ich efekty nie pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych na jednostki, w których sferę praw i wolności następuje ingerencja.

Ponadto, Rzecznik zauważył, że przepis ust. 1 art. 9 zaskarżonej ustawy posługuje się pojęciem „obawy co do możliwości” prowadzenia działalności terrorystycznej. Nie chodzi więc o uprawdopodobnienie prowadzenia przez daną

jednostkę działalności terrorystycznej, lecz o jeszcze bardziej wysuniętą na przedpole naruszenia jakiegokolwiek dobra prawnego obawę co do możliwości mającą charakter wysoce prognostyczno-prewencyjny. Według RPO, tak abstrakcyjnie określona dyspozycja przedmiotowego przepisu, stwarzająca szerokie pole do nieuzasadnionej ingerencji w prawa i wolności jednostki, budzi poważne wątpliwości konstytucyjne z punktu widzenia zasad określoności i jasności prawa, czy też, szerzej rzecz ujmując, z punktu widzenia zaufania obywateli do organów państwa.

Ponadto, Wnioskodawca stwierdził, że przepis ten narusza postanowienia Konstytucji RP w zakresie, w jakim różnicuje sytuację prawną osób, które nie są obywatelami Rzeczypospolitej Polskiej oraz osób, które są obywatelami RP. Rzecznik przytoczył fragment orzeczenia, w którym Sąd Konstytucyjny odniósł się do treści art. 37 ust. 1 w relacji do art. 51 Konstytucji RP, przyjmując, że: *„[u]strojodawca w art. 51 ust. 2 Konstytucji wyraźnie odniósł wyrażony w nim zakaz do pozyskiwania informacji o »obywatelach«.* *Mogłoby to sugerować możliwość pozyskiwania, gromadzenia i przechowywania przez władze publiczne informacji o innych podmiotach (np. niemających obywatelstwa polskiego) w znacznie szerszym zakresie niż wobec obywateli, a więc także informacji niekoniecznych w demokratycznym państwie. Konsekwencją przyjęcia tego stanowiska byłoby zróżnicowanie ochrony prawnej prywatności jednostek z uwagi na ich status obywatelski. Trybunał Konstytucyjny nie wyklucza takiego zróżnicowania, jakkolwiek nie może być ono traktowane jako zasada, a w każdym wypadku - nie może prowadzić do arbitralnego różnicowania podmiotów tych konstytucyjnych wolności oraz praw, których sam ustrojodawca nie scharakteryzował jako obywatelskich. Mając na uwadze przede wszystkim art. 30 i art. 37 ust. 1 Konstytucji trzeba przyjmować - jako założenie wyjściowe - jednakowy standard*

ingerencji w konstytucyjne wolności oraz prawa, bez względu na to, czy ich podmiot ma obywatelstwo polskie. Każdy znajdujący się pod władzą Rzeczypospolitej, tj. podlegający polskiemu prawu (wyrok TK z 15 listopada 2000 r., sygn. P 12/99, OTK ZU nr 7/2000, poz. 260) - niezależnie od statusu obywatelskiego - może zatem zasadnie oczekiwać ochrony przed nieuzasadnioną ingerencją w przysługujące mu wolności i prawa”.

Rzecznik podzielił przy tym pogląd Trybunału wyrażony w powyższym wyroku, w myśl którego art. 37 ust. 2 Konstytucji RP nie może być traktowany jako przepis o charakterze *legi specialis* wyłączający zastosowanie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Jak stwierdził, odmienna interpretacja doprowadziłaby bowiem do sytuacji, w której osoby nie będące obywatelami Rzeczypospolitej Polskiej nie miałyby faktycznie żadnych praw konstytucyjnie zagwarantowanych. W tym kontekście w cytowanym wyroku Trybunał wyraźnie podkreślił, że ograniczenia praw i wolności, które nie zostały przyznane przez ustrojodawcę wyłącznie obywatelom Rzeczypospolitej Polskiej, powinny mieć charakter proporcjonalny w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji, a ponadto nie mogą naruszać istoty tych praw i wolności.

Uzasadniając niezgodność art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z normami wyższego rzędu, Rzecznik podniósł, że chociaż – jak wynika z treści art. 10 ust. 1 ustawy – gromadzenie danych ma dotyczyć zasadniczo osób, które nie posiadają polskiego obywatelstwa, to jednak może oznaczać również gromadzenie danych obywateli polskich, skoro jedną z przesłanek do gromadzenia danych jest wątpliwość co do tożsamości osoby. Ponadto, zauważył, że art. 10 ust. 1 ustawy określa uprawnienia i obowiązki funkcjonariuszy do pobrania i przetwarzania danych osobowych. Przepisy te stanowią więc ingerencję w prawo do prywatności i zasadę ochrony autonomii informacyjnej, wyrażone w art. 47 i art. 51 ust. 1 Konstytucji, a także

w art. 8 ust. 1 EKPCz, czy też – w odniesieniu do KPP UE – również w wyrażone odrębnie prawo do ochrony danych osobowych (art. 7 i 8 KPP UE).

Rzecznik rozpoczął od analizy celowości uchwalenia art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych. Podkreślił, że rozwiązania prawne dotyczące ustalania tożsamości osób oraz uprawnienia służb przysługujące im w tym zakresie zawierają ustawy pragmatyczne, tj. ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (t.j.: Dz. U. z 2017 r., poz. 2067), ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (t.j.: Dz. U. z 2017 r., poz. 2365), ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (t.j.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1920), choć sam Wnioskodawca zauważył, że zakres normowania tych ustaw jest węższy niż ustawy o działaniach antyterrorystycznych.

Rzecznik przedstawił pogląd, że art. 10 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych nie tylko nie posługuje się żadną kategorią kodeksową, co umożliwiłoby zastosowanie gwarancji proceduralnych, lecz odwołuje się do bardzo ogólnych i nieprecyzyjnych pojęć „istnienia podejrzenia” lub „istnienia wątpliwości”. Już samo to, zdaniem Rzecznika - w świetle przywołanych w poprzednich punktach wniosku twierdzeń dotyczących wymogu precyzyjności przepisów ograniczających prawa i wolności człowieka - stanowi naruszenie zasady zaufania do państwa i zasady przyzwoitej legislacji, wywodzonych z art. 2 Konstytucji. Użycie podwójnie nieprecyzyjnych i ocennych pojęć (np. w przypadku art. 10 ust. 1 pkt 4 ustawy - „podejrzenia” związku osoby ze „zdarzeniem o charakterze terrorystycznym”) uzasadnia przyjęcie, że przepis art. 10 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych narusza art. 2 Konstytucji.

Następnie Wnioskodawca zakwestionował zgodność art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z art. 47 i 51 Konstytucji. Zauważył bowiem, że na mocy art. 51 ust. 1 Konstytucji regułą jest prawo do nieujawniania

informacji o charakterze danych osobowych, a wyjątkiem od tej reguły – zobowiązanie do ich ujawniania, które może zostać nałożone wyłącznie w drodze ustawy. Tak sformułowana reguła dotyczy każdego, a więc nie wyłącznie obywatela polskiego. Stanowisko to potwierdzone jest w wyroku TK z 19 lutego 2002 r. w sprawie U 3/01, gdzie Trybunał podkreślił, że obowiązek ujawnienia informacji o osobie stanowi ograniczenie autonomii informacyjnej jednostki. Po drugie, podniósł Rzecznik, w art. 51 ust. 2 Konstytucji wskazano ograniczenie uprawnienia władz publicznych do pozyskiwania, gromadzenia i udostępniania innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawa. Chociaż przepis ten wprost odwołuje się do obywateli, to – jak wskazano w poprzednich punktach wniosku – analogiczne ograniczenia możliwości ingerencji władz publicznych w prawa i wolności osób, które nie posiadają polskiego obywatelstwa, wynika z art. 47 Konstytucji. Po trzecie, zgodnie z art. 51 ust. 3 Konstytucji każdy (a zatem również osoba, która nie posiada polskiego obywatelstwa) ma prawo dostępu do dotyczących go urzędowych dokumentów i zbiorów danych, zaś ewentualne ograniczenia może określić ustawa. Wreszcie, zgodnie z art. 51 ust. 4 Konstytucji, każdy ma prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Wnioskodawca odwołał się przy tym do argumentów przedstawionych podczas omawiania niezgodności art. 9 ustawy o działaniach antyterrorystycznych ze wskazanymi przez niego wzorcami kontroli, w szczególności dotyczących relacji między art. 37 ust. 2 Konstytucji a art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz możliwości rozróżniania poziomu ochrony prawa do prywatności w zależności od przynależności państwowej z perspektywy zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (art. 14 w zw. z art. 8 EKPCz oraz art. 20 KPP UE). Zauważył następnie, iż z punktu widzenia ogólnego celu ustawy, czyli zapewnienia

bezpieczeństwa publicznego - wątpliwa jest konieczność koncentrowania się przez ustawodawcę wyłącznie na danych osobowych osób, które nie posiadają polskiego obywatelstwa. Całkowicie pomija się bowiem w ten sposób zagrożenie, jakie może wynikać z działań obywateli Polski. Tym samym, wprowadzone rozróżnienie, które dodatkowo łączy się z szerokimi i nieostryimi przesłankami może być uznane za mające charakter arbitralny i nieuzasadniony w świetle art. 31 ust. 3 w zw. z art. 37 Konstytucji. Nie ma powodów, by prawo osób, które nie posiadają polskiego obywatelstwa do ochrony danych osobowych, czy prawa do prywatności, było ograniczone w sposób dalej idący niż prawa obywateli polskich. Dopuszczalność pobierania danych od osób, które nie posiadają polskiego obywatelstwa, uregulowana w art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, musi być zatem oceniona przez pryzmat art. 31 ust. 3 Konstytucji. Zdaniem Rzecznika, projektodawcy nie uzasadnili wystarczająco, by zaproponowane ograniczenia praw osób nieposiadających polskiego obywatelstwa były konieczne w demokratycznym państwie prawnym dla ochrony jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego. Przesłanki wskazane w art. 10 ust. 1 mają charakter ocenny, opierają się głównie na „podejrzeniach” i „wątpliwościach” i nie wskazują żadnej procedury stwierdzającej ich spełnienie, ani tym bardziej kontroli prawidłowości ich zastosowania. Rozwiązania proponowane w art. 10 ustawy Wnioskodawca uznał za niedopuszczalne w zaproponowanym kształcie również dlatego, że nie przewidziano żadnych środków prawnych przysługujących osobie, której dane zostały pobrane oraz żadnych środków kontroli zewnętrznej, umożliwiających weryfikację prawidłowości działań funkcjonariuszy ABW, Policji i Straży Granicznej.

Ponadto, Rzecznik podniósł, że art. 10 ustawy należy zakwestionować też z tego względu, że nie zawiera klauzuli subsydiarności gromadzenia

i przetwarzania danych biometrycznych osób nieposiadających polskiego obywatelstwa, przez co otwiera możliwość pozyskiwania tych danych nie tylko wówczas, gdy jest to rzeczywiście konieczne do wykrywania lub zapobiegania działaniom terrorystycznym, ale także wtedy gdy jest to po prostu najprostsze i najwygodniejsze (por. wyrok z 12 grudnia 2005 r. w sprawie K 32/04, OTK ZU, nr 11/A/ 2005, poz. 132; wyrok TK z 30 lipca 2014 r. w sprawie K 23/11, OTK ZU 7/A/2014, poz.80). Wnioskodawca podkreślił, że konstytucyjnie dopuszczalne jest wyłącznie zastosowanie środków niezbędnych (koniecznych) w tym sensie, że będą one chronić określone wartości w sposób bądź w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków, a jednocześnie winny to być środki jak najmniej uciążliwe dla podmiotów, których prawo bądź wolność ulegają ograniczeniu. Tymczasem, w Jego ocenie, ustawowy wymóg niezbędności ograniczenia praw i wolności w zakresie art. 0 ustawy o działaniach antyterrorystycznych nie został wykazany.

Wnioskodawca zaznaczył, że w ustawodawstwie polskim istnieją już przepisy zezwalające na pobieranie danych biometrycznych, ale obwarowane gwarancjami proceduralnymi. W zaskarżonym przepisie ustawodawca nie przedstawił natomiast żadnej przekonującej argumentacji przemawiającej za wprowadzeniem odstępstw od ogólnych reguł pobierania tych danych oraz – dodatkowo – za uregulowaniem możliwości pobierania i przetwarzania materiału biologicznego. Zdaniem Rzecznika należy więc uznać, że art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych nie spełnia kryterium niezbędności w demokratycznym państwie prawnym i nie jest proporcjonalny do zakładanego celu.

W ocenie Wnioskodawcy również fakt, że sposób i tryb pobierania danych i przekazywania ich do Komendanta Głównego Policji ma być uregulowany w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów (art. 10 ust. 6 ustawy

o działaniach antyterrorystycznych), a nie w ustawie, oznacza niezgodność tego przepisu z art. 51 ust. 1 w zw. z art. 51 ust. 5 Konstytucji. Rzecznik zauważył, że w przypadku ochrony danych osobowych, stanowiącej element zasady autonomii informacyjnej, Trybunał zwrócił uwagę, iż w myśl art. 51 ust. 5 Konstytucji zasada wyłączności ustawy obejmuje zasady i tryb gromadzenia oraz udostępniania informacji. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego, termin „gromadzenie informacji”, użyty w wymienionym przepisie, obejmuje nie tylko wąsko rozumiane czynności zbierania informacji dotyczących jednostki, ale również różnego rodzaju operacje przetwarzania tych danych. Określenie warunków dopuszczalności przetwarzania danych osobowych wymaga regulacji ustawowej, a szczególna precyzja wymagana jest dla określenia warunków przetwarzania danych odnoszących się do sfery intymności jednostki. W drodze rozporządzenia mogą natomiast podlegać regulacji jedynie niektóre sprawy szczegółowe i techniczne związane z przetwarzaniem danych. Tymczasem, na mocy art. 10 ust. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych w rozporządzeniu uregulowane mają być m.in. sposób i tryb pobierania danych i ich przekazywania innym podmiotom, a zatem materia, która w świetle art. 51 ust. 5 Konstytucji powinna znaleźć się w ustawie. Jak stwierdził RPO, ponieważ gromadzenie informacji, o których mowa w art. 10 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, nie będzie wiązało się z żadnym postępowaniem, którego osoba nieposiadająca polskiego obywatelstwa będzie stroną, łatwo jest przewidzieć, że pobieranie danych będzie musiało wiązać się z użyciem środków przymusu, co nie może zostać uregulowane w drodze rozporządzenia.

Według Rzecznika, ustawa o działaniach antyterrorystycznych w art. 10 zawiera również pominięcia ustawodawcze – nie przewiduje bowiem żadnych zasad usuwania zgromadzonych danych w wypadku, gdy staną się one już zbędne dla realizacji któregoś z zadań danej służby lub jeśli zostały

zgromadzone na skutek omyłki. Nie przewidziano również żadnych możliwości, które realizowałyby wymóg określony w art. 51 ust. 4 Konstytucji, a mianowicie prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Z tego względu za niezgodne z przywołanym wzorcami Konstytucji (art. 47 oraz art. 51) Rzecznik uznał nie tylko art. 10 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, ale również art. 10 ust. 2-5 tej ustawy, które dotyczą przekazywania pobranych danych Komendantowi Głównemu Policji oraz włączania pobranych danych do baz danych Policji. Za nieuzasadnione Rzecznik uznał także to, że art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych nie przewiduje żadnych środków prawnych przysługujących osobie, której dane zostały pobrane oraz żadnych środków kontroli zewnętrznej, umożliwiających weryfikację prawidłowości działań funkcjonariuszy ABW, Policji i Straży Granicznej.

W odniesieniu do art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych Rzecznik stwierdził, że uprawnienie Szefa ABW do dostępu do rejestrów publicznych ma bardzo szeroki zakres. W istocie, w art. 11 punkty a-l ustawy o działaniach antyterrorystycznych, wymienione są w zasadzie wszystkie podmioty publiczne na szczeblu centralnym, które prowadzą jakiegokolwiek rejestry oraz ewidencje, a ponadto uwzględnia się również jednostki organizacyjne podległe i nadzorowane. Po drugie, uzyskanie dostępu do obrazu zdarzeń rejestrowanego przez urządzenia rejestrujące obraz, umieszczonych w obiektach użyteczności publicznej, przy drogach publicznych i innych miejscach publicznych również oznacza szeroką ingerencję w prawo do prywatności osób, wobec których ustawa nie przewiduje żadnych uprawnień informacyjnych. Rzecznik zauważył, że przepis art. 20 ust. 15 ustawy o Policji dużo precyzyjniej określa cel, w jakim dane są pozyskiwane, a także sposób posługiwania się nimi oraz reguluje w innych przepisach zasady postępowania

za takimi danymi. Ponadto, Wnioskodawca wskazał, że odwołanie w art. 11 tej ustawy do zasad i trybu określonych w art. 34 ustawy o ABW oznacza również konieczność uwzględnienia dodawanego w ustawie antyterrorystycznej art. 34 ust. 2a (art. 38 pkt 7 ustawy o działaniach antyterrorystycznych), dopuszczającego udostępnianie danych ze zbiorów przez administratora danych Szefowi ABW w drodze teletransmisji bez konieczności każdorazowego przedstawiania imiennego upoważnienia wydanego przez Szefa ABW. Nadto, Rzecznik stwierdził, że cel dostępu – czyli realizacja zadania, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych – został określony bardzo szeroko, a mianowicie jako „zapobieganie zdarzeniom o charakterze terrorystycznym”. Zastrzeżenia co do zgodności tego sformułowania z art. 2 Konstytucji w związku z jego nieprecyzyjnością zostały podniesione w osobnym punkcie wniosku Rzecznika, niemniej wskazany przepis (art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych), umożliwiający Szefowi ABW dostęp do danych osobowych w tak szerokim zakresie stanowi w ocenie Wnioskodawcy ingerencję nie tylko w prawo do prywatności, określone w art. 47 Konstytucji, ale przede wszystkim w prawo określone w art. 51 ust. 2 ustawy zasadniczej, w sposób, który nie znajduje uzasadnienia w treści art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Rzecznik stwierdził, że w związku z trudnościami związanymi z ustaleniem definicji „rejestrów publicznych” i „ewidencji” oraz relacji między tymi pojęciami, a także relacji do pojęć „baz danych”, „systemów informacyjnych”, „systemów informatycznych”, które również używane są na określenie rejestrów i ewidencji nie sposób jest określić w sposób zamknięty, do jakich konkretnie informacji Szef ABW ma dostęp na podstawie art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych. Zdaniem Rzecznika celem ustawodawcy było umożliwienie Szefowi ABW dostępu do wszystkich danych będących

w posiadaniu organów państwowych, na co wskazuje również rozszerzenie wyliczenia o „jednostki organizacyjnie im podległe lub przez nie nadzorowane”. Na podstawie brzmienia ustawy o działaniach antyterrorystycznych nie da się ustalić, na czym ma polegać uzyskanie „dostępu” przez Szefa ABW. Należy bowiem zwrócić uwagę, że brak jest jakichkolwiek przepisów regulujących sposób postępowania przez Szefa ABW z otrzymanymi informacjami. Żadnych szczegółowych zasad w tym zakresie nie przewiduje ani ustawa o działaniach antyterrorystycznych, znane Rzecznikowi zarządzenia wewnętrzne ABW, ani tym bardziej wspomniany przy analizie art. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych art. 43 ust. 2 ustawy o ochronie danych osobowych. W opinii Rzecznika Praw Obywatelskich, opisana powyżej niedookreśloność pojęcia „dostępu” danych z rejestru i brak jego operacjonalizacji w jakichkolwiek przepisach nie pozwalają określić, jaki jest zakres i cel takiej ingerencji. Tym samym, według Wnioskodawcy, art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych nie spełnia już pierwszego warunku dopuszczalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności, wynikającego z art. 31 ust. 3 Konstytucji, art. 8 ust. 2 EKPCz czy też art. 52 ust. 1 KPP UE – wymogu pełnego określenia w ustawie, na czym dokładnie ograniczenie to ma polegać.

Jak twierdzi Wnioskodawca, powyższa wada zaskarżonego przepisu ustawy o działaniach antyterrorystycznych znacznie utrudnia ocenę jego proporcjonalności, a więc ustalenie, czy „udostępnianie” danych z rejestru Szefowi ABW jest przydatne i konieczne dla realizacji przez te organy ich ustawowych zadań i niezbędne w demokratycznym państwie prawnym, a także czy nie stanowi on nadmiernej ingerencji w prawa człowieka. Biorąc pod uwagę to, że jedynym ograniczeniem w dostępie do tych wszystkich rejestrów ma być działanie w celu realizacji zadania, określonego w art. 3 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, czyli w bardzo ogólnie zarysowanym celu

zapobiegania zdarzeniom o charakterze terrorystycznym, można postawić tezę, że w istocie art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych zapewnia Szefowi ABW wygodny dostęp do wszystkich informacji znajdujących się w posiadaniu organów publicznych. W uzasadnieniu do projektu ustawy wskazuje się, że „podyktowane jest to potrzebą zapewnienia ABW dostępu do wszelkich danych i informacji przydatnych, w celu zapobiegania zdarzeniom o charakterze terrorystycznym”, co, zdaniem Rzecznika, w istocie potwierdza jedynie powyższą tezę.

Wnioskodawca stanął na stanowisku, że art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych nie spełnia również ostatniego wymogu testu proporcjonalności, jakim jest sprawdzenie, czy efekty zaskarżonej regulacji pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (zakaz nadmiernej ingerencji, zasada proporcjonalności w ścisłym tego słowa znaczeniu). Jak wskazał Rzecznik, dokonanie takiego rachunku aksjologicznego – zbadanie, czy zalety badanej regulacji przeważają nad jej wadami – wypada niepomyślnie dla art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych. Analizując dopuszczalność ograniczenia prawa do prywatności, określonego w art. 47 oraz w art. 51 ust. 2 Konstytucji oraz w art. 8 ust. 1 EKPCz, a także w art. 7 i 8 KPP UE przez pryzmat przesłanek wynikających z art. 31 ust. 3 Konstytucji, art. 8 ust. 2 EKPCz oraz art. 52 ust. 1 KPP UE Rzecznik stwierdził, że podstawową wątpliwość budzi adekwatność zapewnionego dostępu do danych do realizowanego celu. Zauważył, że w wielu rejestrach gromadzone są informacje mające charakter wrażliwy, do których dostęp zyskuje Szef ABW w bliżej nieokreślonym celu i z naruszeniem jednej z podstawowych zasad przetwarzania danych osobowych – zasady adekwatności. Ponadto, w ocenie Rzecznika, ustawa o działaniach antyterrorystycznych w art. 11 zawiera również pominięcia ustawodawcze –

w szczególności ustawa ta nie reguluje żadnych zabezpieczeń przed ingerencją w dane gromadzone w rejestrach, nie określa sposobu postępowania z danymi, które już nie będą przydatne i nie wprowadza żadnych zasad nadzoru w zakresie zasadności dostępu Szefa ABW do danych, chociażby na wzór rozwiązania, które funkcjonuje w odniesieniu do Centralnego Biura Antykorupcyjnego, gdzie na podstawie art. 22b ustawy o CBA powołuje się pełnomocnika do spraw kontroli przetwarzania przez CBA danych osobowych. Art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych nie daje gwarancji, że przepis będzie stosowany tylko wówczas, gdy jest to konieczne dla realizacji celów określonych w ustawie (nie ma mechanizmów kontrolnych i środków odwoławczych), a wobec braku regulacji sposobu wykorzystania uzyskanych informacji, rodzi to niebezpieczeństwo wykorzystywania materiałów niezgodnie z celem ustawy. Przetwarzanie i gromadzenie informacji o osobach spełni warunek konstytucyjności, jeżeli nie powstaje ryzyko wykorzystywania tych danych także do celów pozaustawowych. Informacje powinny być chronione przed niepowołanym dostępem bądź przed wykorzystywaniem w celach niezgodnych z prawem i pierwotnym celem ich pozyskania. Wnioskodawca stwierdził, że zapewnienie właściwej ochrony przed ingerencją władz w prawo do poszanowania życia prywatnego wymaga określenia w sposób jasny zakresu i warunków korzystania przez władze z uprawnień dyskrecyjnych, aby mogły spełniać wymóg przewidywalności.

Kwestionując zgodność z normami wyższego rzędu art. 26 ust. 2 ustawy o działaniach antyterrorystycznych Rzecznik stwierdził, że przepis ten, posługując się pojęciami wyjątkowo nieostrymi, stwarza podstawę do daleko idącej ingerencji w sferę praw i wolności, w szczególności w sferę nietykalności osobistej jednostki. Według Wnioskodawcy, z zaskarżonej regulacji nie wynika jednoznacznie, aby tymczasowe aresztowanie mogło być zastosowane na jej

podstawie dopiero po wydaniu postanowienia o przedstawieniu zarzutów. W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich, „uprawdopodobnienie” dokonania, usiłowania lub przygotowania czynu o charakterze terrorystycznym nie może w sposób wystarczający legitymizować tak daleko idącej ingerencji w wolność jednostki, ponieważ wprowadzenie tak niejasnych przesłanek zastosowania wysoce dolegliwego środka, jakim jest tymczasowe aresztowanie, powoduje sprzeczność z wynikającą, z art. 2 Konstytucji RP zasadą precyzyjności prawa, rozumianą jako nakaz poprawnej legislacji. Rzecznik przytoczył wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 stycznia 2000 r. w sprawie K 7/99, w którym sąd konstytucyjny podkreślił, że zasada przyzwoitej legislacji, będącej elementem demokratycznego państwa prawnego, obejmuje m.in. wymóg określoności przepisów, które powinny być tworzone w sposób jednoznaczny, precyzyjny i jasny, a standard ten wymagany jest zwłaszcza, gdy chodzi o ochronę praw i wolności.

Ponadto, jak stwierdził Wnioskodawca, treść art. 26 zaskarżonej ustawy o działaniach antyterrorystycznych należy rozpatrywać w szerszym kontekście całokształtu tej ustawy. Stanowi on bowiem przedłużenie i dopełnienie regulacji o charakterze materialnoprawnym wprowadzających ochronę pewnych dóbr (część z których ma charakter wyjątkowo abstrakcyjny - *vide* „bezpieczeństwo publiczne”, „porządek publiczny”) na bardzo dalekim przedpolu ich naruszenia. Jakkolwiek waga niebezpieczeństwa, jakie stwarzają przestępstwa o charakterze terrorystycznym pociąga za sobą konieczność swoistego „wyprzedzenia” ich skutecznego dokonania – właśnie poprzez zapewnienie odpowiednim organom możliwości podjęcia określonych działań, owym instrumentom, wyposażającym organy władzy publicznej w środki pozwalające na dolegliwą i daleko idącą ingerencję w sferę praw i wolności – powinny im towarzyszyć proporcjonalnie wzmocnione gwarancje o charakterze procesowym, w tym m.in. w zakresie

tymczasowego aresztowania. Zdaniem Rzecznika, w tym kontekście wprowadzenie tak ukształtowanej samodzielnej przesłanki tymczasowego aresztowania nie zapewnia odpowiedniego stopnia ochrony praw i wolności jednostek, w stosunku do których przepis art. 26 ustawy o działaniach antyterrorystycznych może znaleźć zastosowanie. Z tego względu zaskarżona regulacja jest w ocenie Rzecznika niezgodna z art. 41 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 5 EKPC statuującymi fundamentalne z punktu widzenia praw i wolności człowieka prawo do wolności. Rzecznik zauważył, że gwarancyjne znaczenie tych przepisów nie sprowadza się wyłącznie do formalnego wymogu określenia na szczeblu ustawowym przesłanki i trybu stosowania tymczasowego aresztowania, lecz oznacza także konieczność oparcia wszelkich ograniczeń na przejrzystych, jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych kryteriach materialnoprawnych. Powołując się na orzecznictwo ETPCz na tle art. 5 EKPCz, Rzecznik zauważył, że w rozumieniu tego przepisu podstawą ingerencji w wolność jest uzasadnione podejrzenie popełnienia czynu zabronionego. Takie przyjęcie możliwe jest wyłącznie przy istnieniu dowodów wskazujących na to że – po pierwsze, dany czyn miał miejsce i po drugie, że właśnie osoba, której wolność zostaje ograniczona była sprawcą takiego czynu. Uzasadnione podejrzenie oznacza obiektywną ocenę istniejących wiadomości (faktów) wskazujących na to, że dana osoba mogła popełnić określone przestępstwo. Wnioskodawca zauważył, że wprawdzie ETPCz w wyroku w sprawie *O'Hara p. Zjednoczonemu Królestwu* (skarga nr 37555/97) przyjął, że w przypadku przestępstw o charakterze terrorystycznym informacje będące podstawą uzasadnionego podejrzenia w rozumieniu art. 5 EKPCz mogą pochodzić także ze źródeł anonimowych, jednak na gruncie zaskarżonego przepisu art. 26 ust. 2 ustawy o działaniach antyterrorystycznych wątpliwości budzi nie tyle fakt, iż tymczasowe aresztowanie może nastąpić na podstawie

podejrzenia popełnienia przestępstwa wynikającego ze źródeł anonimowych, lecz sama niedookreśloność użytego w tym przepisie pojęcia „uprawdopodobnienie” popełnienia, usiłowania lub przygotowania do popełnienia. Z regulacji tej zdaniem Rzecznika nie wynika bowiem jednoznacznie, kto i w jakiej sytuacji może zostać poddany przewidzianym w nim ograniczeniom, co z kolei oznacza, że jest on na tyle nieprecyzyjny, że nie jest możliwe przeprowadzenie jego jednolitej wykładni, a co za tym idzie nie jest możliwe jego jednolite stosowanie.

W odniesieniu do art. 38 pkt 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, w zakresie, w jakim przepis ten dodaje art. 32c w ustawie z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, Rzecznik stwierdził, że przepis ten posługuje się albo określeniami, które nie mają definicji legalnej i w związku z tym będą powodowały trudności z ich interpretacją (jak np. dane informatyczne), albo przewiduje odwołanie do pojęcia „zdarzenia o charakterze terrorystycznym”, które pozbawione jest precyzji wymaganej przez standard poprawnej legislacji, stosownie do uwag poczynionych powyżej. Rzecznik odniósł się szerzej do pojęcia „dane informatyczne”. Ustawodawca posłużył się terminem innym niż „dane internetowe”, które to pojęcie użyte jest w art. 18 ust. 1-5 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2013 r., poz. 1422 ze zm.; dalej jako: uśude). Jednocześnie w dodawanym art. 32c ust. 1 ustawy o ABW mowa jest o usługodawcy świadczącym usługi drogą elektroniczną, a zatem odwołano się do pojęcia właśnie z tej ustawy. Skoro zatem ustawodawca posłużył się innym terminem, to oznacza, że – biorąc pod uwagę założenie jego racjonalności – uczynił to celowo po to, by nie stosować definicji danych internetowych do nowo użytego pojęcia „dane informatyczne”. Pojęcie „danych informatycznych” może być pojęciem bardzo szerokim i dotyczyć

zarówno poszczególnych treści, jak i funkcjonowania całych portali internetowych. W ocenie Wnioskodawcy, można zatem wyobrazić sobie, że blokada będzie dotyczyła zarówno pojedynczych komentarzy, jak też całych portali społecznościowych, czy elektronicznych wydań gazet. Nie jest też według Niego jasne, czy zakaz blokowania ma dotyczyć tylko uniemożliwienia dostępu do określonych informacji na konkretnej stronie internetowej, blokowania całej witryny, czy też całej domeny internetowej, a może nawet aplikacji internetowych, skoro blokowanie dotyczyć ma nie tylko danych, ale również usług teleinformatycznych. Użycie niejasnych, nieprecyzyjnych i ocennych pojęć, które w istocie są wykorzystywane przy ograniczeniu praw i wolności jednostki, musi być uznane - z tych samych powodów, o których była mowa we wcześniejszych punktach wniosku - za niezgodne z art. 2 Konstytucji. Rzecznik dodał, że brak dostatecznie szczegółowego określenia przesłanek dopuszczalności blokowania treści w Internecie był przedmiotem analizy ETPCz w wyroku w sprawie *Ahmet Yildirim przeciwko Turcji* (wyrok z dnia 18 grudnia 2012 r., skarga nr 3111/10), w którym ETPCz wyraźnie uznał, że blokowanie treści w Internecie jest dopuszczalne wyłącznie wówczas, gdy odbywa się na podstawie maksymalnie precyzyjnych przepisów prawa krajowego. Jak stwierdził Wnioskodawca, w tym przypadku wymóg ten nie jest spełniony, co skutkuje niezgodnością z art. 54 Konstytucji, bowiem wprowadzenie możliwości zarządzenia blokady dostępności oznacza ingerencję w wolność wypowiedzi, o której mowa w art. 54 ust. 1 Konstytucji, oraz oznacza ingerencję w prawo określone w art. 10 ust. 1 EKPCz. Zdaniem Rzecznika filtry włączane przez usługodawcę będą mogły – w związku z niejasnością pojęcia – stać się na wniosek ABW narzędziem, które może zostać wykorzystane również do filtrowania innego rodzaju treści. Rzecznik przywołał stanowisko Centrum Cyfrowego, które wyraziło swoją opinię na

etapie prac nad projektem ustawy w dniu 10 maja 2016 r. i wskazało, że „mechanizm blokowania danych w Internecie nie polega na usuwaniu treści, a blokowaniu dostępu do nich poprzez filtrowanie zapytań dostęp do danego adresu internetowego. Wprowadzenie takiego mechanizmu w przypadku jednego rodzaju danych, dodatkowo bez efektywnej kontroli sądowej, może skutkować chęcią blokowania różnych innych treści, np. pornograficznych czy hazardowych, ale także związanych z działalnością strażniczą czy aktywnością obywatelską polegającą na wyrażaniu sprzeciwu w debacie publicznej. Przepisy te tworzą podwaliny dla cenzury prewencyjnej i będą miały negatywny wpływ na rozwój społeczeństwa informacyjnego” (s. 77-78 wniosku).

Wobec powyższego, Wnioskodawca podniósł, że wprowadzona regulacja ustawodawcza nie jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków, nie jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, a jej efekty wprowadzanej regulacji nie pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela.

Badając możliwość doprowadzenia przez regulację wprowadzającą ograniczenia w swobodzie wypowiedzi do zamierzonych przez nią skutków Rzecznik odwołał się do stanowiska Fundacji ePaństwo, która wskazała w swojej opinii z 2 czerwca 2016 r. (opinia dostępna na stronie <http://epf.org.pl/pl/2016/06/03/opinia-o-ustawie-antyterrorystycznej/>) na fakt, że blokowanie stron internetowych nie służy w istocie pojedynczym przypadkom zagrożenia, ale powoduje lawinowy wzrost wprowadzanych blokad: „efekt wzrostu ilości zabronionych treści w Internecie potwierdzają statystyki działania angielskiego Counter Terrorism Internet Refusal Unit, która w pierwszym roku działalności zablokowała (wspólnie z administratorami) 25 tysięcy treści, a już 75 tysięcy w roku 2014” (s. 79 wniosku). Fundacja ePaństwo wskazała też, że „analiza podobnych rozwiązań w krajach UE wskazuje, że blokada treści

internetowych nie jest ponadto skutecznym środkiem do przeciwdziałania przestępczości, na co wskazuje chociażby raport przygotowany przez National Coalition Against Censorship (<http://ncac.org/resources/Internet-filters>). Projektodawcy nie uwzględnili również tzw. efektu Barbary Streisand (<http://www.bbc.com/news/uk-18458567>) polegającego na tym, że każde ocenzurowanie treści w Internecie powoduje, że jest powielana na dużej ilości innych stron i jeszcze szerzej rozpowszechnia się w sieci. Dotarcie do zablokowanych treści jest bez problemu możliwe również za pośrednictwem stron takich jak <https://archive.org/web/>, a obejście blokady operatora internetowego jest możliwe poprzez korzystanie z sieci za pośrednictwem powszechnie dostępnych narzędzi jak np. <http://newipnow.com>” (s. 79 wniosku). Z kolei Centrum Cyfrowe w przywoływanym już stanowisku z 10 maja 2016 r. dodało, że „blokowanie treści w Internecie nie usuwa ich trwale z sieci, a jedynie blokuje ich dostępność. W stosunku do treści o niskiej szkodliwości, czy braku znamion przestępstwa jest to rozwiązanie nieproporcjonalne, a w stosunku do treści, które są nielegalne nie rozwiązuje ono problemu ich ogólnej dostępności po czasie trwania blokady”. Centrum Cyfrowe wskazało też, że „treści udostępniane przez organizacje terrorystyczne rzadko dostępne są w tradycyjny sposób, o wiele częściej wykorzystywany jest tzw. *darknet* (inaczej *deep net*, poziom sieci niedostępny dla przeciętnego użytkownika, wymagający korzystania z określonych narzędzi i ustawień), który wymyka się krajowym regulacjom”. Powyższe może oznaczać, że art. 32c ustawy o ABW w istocie nie będzie wpływał na realizację zamierzonego celu, jakim jest utrudnienie komunikacji osób włączonych w zdarzenia o charakterze terrorystycznym.

Wnioskodawca stwierdził, że w przypadku przepisów dotyczących przeciwdziałania finansowaniu terroryzmu dopuszczalne terminy blokad są

znacząco krótsze niż w art. 32c ustawy o ABW, co może oznaczać, że dla ustawodawcy podejrzenie finansowania terroryzmu jest czynem mniejszej wagi niż umieszczenie w Internecie informacji, w której przedstawiona zostanie np. relacja z zamachu terrorystycznego. Ponadto, zgodnie z ustawą o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu strona transakcji ma prawo uczestniczyć w każdym stadium postępowania, a w przypadku gdy zablokowanie transakcji nastąpi z naruszeniem prawa, może uzyskać odszkodowanie. Takich uprawnień nie przewidziano w dodawanym art. 32c ustawy o ABW. To również wskazuje zdaniem Rzecznika na brak proporcjonalności przyjętych przepisów ustawy o działaniach antyterrorystycznych.

Rzecznik zwrócił również uwagę, że o możliwym braku efektywności przyjętych rozwiązań świadczy też fakt, że najbardziej popularne serwisy internetowe prowadzone są za granicą, a zatem przepisy uśude nie będą miały do nich zastosowania (por. art. 3a uśude oraz definicja siedziby).

Wnioskodawca stwierdził, że ustawa o działaniach antyterrorystycznych, w dodawanym art. 32c ustawy o ABW, nie przewiduje efektywnej kontroli sądu. Rzecznik stwierdził, że ocena sądu nie będzie obejmowała wszystkich przesłanek blokowania, a także zakresu stosowania środka pod kątem jego proporcjonalności i adekwatności. Decyzja w sprawie uznania, że zaistniały przesłanki do zarządzenia blokady jest pozostawiona sądowi, który na wydanie postanowienia będzie miał 5 dni i będzie je wydawał w oparciu o przekazane przez Szefa ABW materiały „uzasadniające potrzebę zastosowania blokady dostępności” (art. 32c ust. 2 ustawy o ABW), a nie w oparciu o wszystkie materiały w sprawie. Treść wniosku Szefa ABW określona została w art. 32c ust. 6 ustawy, gdzie w szczególności wskazano, że wniosek powinien zawierać „okoliczności uzasadniające potrzebę blokady dostępności”. Z art. 32c ustawy

nie wynikają uprawnienia sądu do żądania przedstawienia dodatkowych dokumentów w sprawie, zaś w posiedzeniu – które odbywać się będzie w warunkach przewidzianych dla przekazywania, przechowywania i udostępniania informacji niejawnych – może wziąć udział wyłącznie prokurator i Szef ABW, a zatem ani usługodawca, ani żaden inny podmiot nie może przedstawić swoich argumentów. Tak zarysowana kontrola sądowa ma w ocenie RPO charakter iluzoryczny.

Zaskarżony przepis jest zdaniem Rzecznika niezgodny z art. 54 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 oraz z art. 10 EKPCz również z tego względu, że zawiera pominięcia ustawodawcze polegające na tym, że zażalenie przysługiwać będzie wyłącznie Szefowi ABW i Prokuratorowi Generalnemu. Jak zauważył Rzecznik, ustawodawca nie przewidział takiego uprawnienia ani dla usługodawcy świadczącego usługi drogą elektroniczną ani dla żadnego innego podmiotu. Ustawodawca nie wprowadził też obowiązku poinformowania usługodawcy ani żadnego innego podmiotu o zastosowaniu środka. Zdaniem Wnioskodawcy, takie pominięcia skutkują wprowadzeniem znaczącej, nieuzasadnionej nierównowagi między pozycją organów państwa a obywateli i mogą wpływać na arbitralność podejmowanych decyzji. W istocie więc to Szef ABW będzie decydował, jakie materiały przekazane zostaną sądowi, a zatem w praktyce to wyłącznie Szef ABW, za zgodą Prokuratora Generalnego, będzie decydował o spełnieniu przesłanek do zarządzenia blokady.

Oceniając art. 48 ustawy o działaniach antyterrorystycznych w zakresie, w jakim dodaje art. 73c w ustawie z dnia 14 lipca 2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin, oraz art. 57 ustawy o działaniach antyterrorystycznych w zakresie, w jakim dodaje art. 329a w ustawie z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach, Wnioskodawca

stwierdził, że kwestionowane przepisy posługują się pojęciem „działalności terrorystycznej”, podczas gdy ustawa o działaniach antyterrorystycznych używa pojęcia „zdarzenia o charakterze terrorystycznym”, omówionego powyżej. Zdaniem Rzecznika nie jest jasne, czy pojęcia te mają charakter tożsame. Rzecznik argumentuje, że skoro już samo pojęcie „zdarzenia o charakterze terrorystycznym” jest nieprecyzyjne i niejasne, tym bardziej posługiwanie się kolejnym niezdefiniowanym precyzyjnie pojęciem ustawowym, którego zakres ma ogromny wpływ dla praw i wolności jednostki, bo wiąże się z wydaleniem osoby z terytorium RP, nie spełnia kryteriów poprawnej legislacji - zasady wywodzonej z art. 2 Konstytucji.

Wnioskodawca stwierdził również, że w omawianych przepisach podstawą wydalenia osoby z terytorium RP może być wyłącznie „obawa”, że może ona prowadzić działalność terrorystyczną. Jak argumentuje Rzecznik, pojęcie „obawy” wiąże się z pewnym stanem niepokoju, ale nie jest wymagane nawet podejrzenie, a już tym bardziej żadne uzasadnienie dla jej zaistnienia. Z tego względu, użycie w dodawanym art. 73c ustawy o wjeździe oraz w art. 329a ustawy o cudzoziemcach pojęć „działalność terrorystyczna”, czy „obawa”, jest niezgodne z art. 2 Konstytucji.

Rzecznik zauważył, że w swoim orzecznictwie ETPCz stwierdził wyraźnie, iż w walce z terroryzmem państwa muszą być uprawnione do wydalenia cudzoziemców, których uważają za zagrożenie dla bezpieczeństwa narodowego, a zadaniem Trybunału nie jest ocena, czy taka osoba faktycznie stanowiła zagrożenie; Trybunał ma jedynie zbadać, czy nie doszło do naruszenia praw jednostki wynikających z Konwencji. Generalnie zatem można uznać, że możliwość zastosowania wydalenia, uzasadnionego ze względu na to, że osoba stanowi zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa w związku z działalnością terrorystyczną, może być dopuszczalnym ograniczeniem prawa pobytu

i swobody przemieszczania się, lecz nie może to mieć charakteru arbitralnego. Tymczasem, według RPO, art. 73c ustawy o wjeździe oraz art. 329a ustawy o cudzoziemcach dopuszcza możliwość natychmiastowego wydalenia, czy odpowiednio – podjęcia decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu – w przypadku zaistnienia wyłącznie „obawy”, że osoba prowadzi działalność terrorystyczną. Taka „obawa” ma uzasadniać odstępnie od normalnego trybu wydalenia, uregulowanego w rozdziale 5 ustawy o wjeździe, gdzie gwarantowane są jednostce określone prawa, w szczególności proporcjonalność (art. 68a), gwarancje dla małoletniego (art. 69), czy termin opuszczenia kraju (art. 71). Na gruncie ustawy o cudzoziemcach stosowne gwarancje uregulowane zostały w dziale VIII – art. 288 i n. Jak twierdzi Rzecznik, może to oznaczać, że decyzja podjęta wobec osoby nieposiadającej obywatelstwa polskiego będzie mieć charakter wyłącznie arbitralny, nieuzasadniony w oparciu o fakty i tym samym nie będzie spełniać wymogów dopuszczalności wydalenia.

Rzecznik zauważył, że decyzje wydane na podstawie kwestionowanych przepisów podlegają natychmiastowemu przymusowemu wykonaniu. Oznacza to, że cudzoziemiec, którego ta decyzja będzie dotyczyć, będzie mógł skorzystać z możliwości wniesienia skargi do sądu administracyjnego na decyzję o wydaleniu spoza granic Polski. Z tego względu, w ocenie Rzecznika, obydwa przepisy rodzą podstawowe wątpliwości co do prawa do skutecznego środka prawnego w kontekście prawa do sądu czy też prawa do prywatności, wynikających zarówno z Konstytucji, jak i EKPCz oraz – w odniesieniu do obywateli UE i członków ich rodzin – z KPP UE. Wnioskodawca zauważył, że osoba taka będzie miała ograniczony dostęp do akt postępowania (objętych klauzulą poufności), a także możliwości skorzystania z pomocy prawnej. Rzecznik podniósł, że choć ustawa o wjeździe oraz ustawa o cudzoziemcach nie zamykają formalnie dostępu do drogi sądowej, to jednak w praktyce

skorzystanie z tej możliwości w sytuacji znajdowania się osoby poza granicami RP może oznaczać uniemożliwienie lub znaczące utrudnienie realizacji tego uprawnienia. W związku z tym, według Wnioskodawcy, art. 73c ustawy o wjeździe narusza w jego ocenie nie tylko art. 45 ust. 1 Konstytucji, ale również art. 77 ust. 2 Konstytucji i czyni to w sposób, który nie spełnia kryteriów wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Rzecznik przytoczył przy tym argumentację odmawiającą zasadności doszukiwania się podstawy do wyłączenia prawa do sądu w art. 37 ust. 2 Konstytucji

Wnioskodawca przywołał pogląd ETPC, zgodnie z którym niedopuszczalna jest sytuacja, w której nie zapoznano ani osoby deportowanej ani jej przedstawiciela prawnego z przyczynami wydalenia, poza ogólnym wskazaniem na zagrożenie bezpieczeństwa państwa, ponieważ w konsekwencji cudzoziemiec nie może przedstawić swojego stanowiska i podjąć próby zakwestionowania ustaleń dokonanych przez władze publiczne i zostaje pozbawiony „sprawiedliwości proceduralnej”.

Rzecznik stwierdził, że art. 73c ustawy o wjeździe oraz art. 329a ustawy o cudzoziemcach nie przewidują żadnych gwarancji dla wydalanego czy deportowanego cudzoziemca i dopuszczają możliwość złożenia skargi do sądu wyłącznie spoza granic Polski, uniemożliwiając tym samym dostęp do akt, a tym samym uniemożliwiają skuteczną obronę, zaś ograniczenie to, Jego zdaniem, nie ma charakteru proporcjonalnego i nie jest niezbędne w demokratycznym państwie prawnym, co narusza art. 45 ust. 1 w zw. z art. 77 ust. 2 Konstytucji oraz w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także art. 13 EKPCz w zw. z art. 2 ust. 1 i ust. 3 Protokołu nr 4 do EKPCz. Wnioskodawca wskazał na pominięcie ustawodawcze, bowiem w polskim prawie Jego zdaniem brakuje rozwiązań proceduralnych, które zapewniałyby osobie poddanej wydaleniu (jej reprezentantowi prawnemu) podjęcie skutecznej obrony.

Kontrola formalna wniosku oraz przesłanki umorzenia

Na wstępie należy zaznaczyć, że część zarzutów Rzecznika dotyczyła przepisów ustawy o działaniach antyterrorystycznych nowelizujących obowiązujące ustawy. Z uwagi na to, że przepisy te weszły w życie, przedmiotem kontroli muszą być więc normy zawarte w obowiązujących ustawach, pozostające w związku z wprowadzającymi je przepisami ustawy o działaniach antyterrorystycznych. Jak się bowiem wydaje, w sytuacji wejścia w życie takiego unormowania, zgodnie z poglądem Trybunału Konstytucyjnego wyrażonym w wyroku z dnia 6 grudnia 2016 r., sygn. SK 7/15, „*[w]ynikająca z treści przepisu nowelizującego zmiana prawa winna być badana w ramach kontroli konstytucyjności ustawy znowelizowanej*” (OTK ZU 2016/A, poz. 100). Z tego względu, w *petitum* stanowiska należało odnieść się do już obowiązujących regulacji.

Oceniając wniosek Rzecznika, w pierwszej kolejności należy rozważyć formalną dopuszczalność wydania wyroku przez Trybunał Konstytucyjny. Trybunał na każdym etapie postępowania jest bowiem obowiązany do badania, czy nie zachodzi ujemna przesłanka wydania wyroku, skutkująca obligatoryjnym umorzeniem postępowania (*vide* – zamiast wielu postanowienia Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 6 lipca 2004 r., sygn. SK 47/03, OTK ZU nr 7/A/2004, poz. 7 i z dnia 28 października 2015 r., sygn. P 6/13, OTK ZU nr 9/A/2015, poz. 161).

Na wstępie należy zwrócić uwagę, iż wśród wskazanych przez Rzecznika wzorców kontroli znalazła się Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 188 pkt 2 Konstytucji, Trybunał Konstytucyjny orzeka w sprawach zgodności ustaw z ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi,

których ratyfikacja wymagała uprzedniej zgody wyrażonej w ustawie. Jak się wydaje, wnioskodawca przyjął, że Karta Praw Podstawowych może uchodzić za wzorzec kontroli konstytucyjności prawa w Polsce jako ratyfikowana umowa międzynarodowa. Z poglądem tym nie sposób się zgodzić. Podzielić należy stanowisko, wyrażone przez J. Podkowika i A. Mączyńskiego, zgodnie z którym Karta Praw Podstawowych nie może stanowić wzorca kontroli w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym: „KPP - jako akt stworzony i wydany przez instytucje UE - nie może zostać uznana za odrębną ratyfikowaną umowę międzynarodową ani za część traktatu podlegającego procedurze ratyfikacyjnej. Nie znajduje się ponadto, z wyjątkiem deklaracji dotyczącej jej stosowania, w oficjalnym spisie protokołów i załączników do Traktatu lizbońskiego. W tym sensie, w świetle prawa międzynarodowego, stanowi ona tzw. akt okołotraktatowy (zob. np. A. Wyrozumska, *Znaczenie prawne zmiany statusu*, s. 25 i n.; M. Muszyński, *Polska Karta Praw Podstawowych*, s. 58-59). Zmiany treści tego aktu normatywnego nie wymagają ponadto przeprowadzenia w państwach członkowskich procedur ratyfikacyjnych. Znajdują się zatem poza zakresem bezpośredniego oddziaływania państw członkowskich. Jakkolwiek w świetle art. 6 ust. 1 TUE KPP ma »taką samą moc prawną jak Traktaty«, to sformułowanie to należy odnosić raczej do określenia pozycji KPP w ramach wewnętrznego porządku prawnego UE, a nie w hierarchii systemów prawnych państw członkowskich. Wynika stąd, że nie ma podstaw do traktowania KPP jako umowy międzynarodowej w rozumieniu art. 188 pkt 2 i 3 Konstytucji RP» (J. Podkowik, A. Mączyński, komentarz do art. 188 Konstytucji RP, [w:] M. Safjan i L. Bosek (red.), *Konstytucja RP, Tom II, art.87-243*, Legalis 2017, teza 129). Wydaje się, że pogląd ten jest aprobowany w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, który w wyroku z dnia 13 grudnia 2016 r. o sygn. K 13/16 umorzył postępowanie w zakresie kontroli zgodności

kwestionowanych przez RPO przepisów z przepisami Karty Praw Podstawowych (OTK ZU seria A, poz. 2016/101).

W związku z powyższym, postępowanie w zakresie dotyczącym niezgodności kwestionowanych przez Rzecznika przepisów ustawy o działaniach antyterrorystycznych z przepisami Karty Praw Podstawowych UE należy umorzyć – z powodu niedopuszczalności wydania wyroku.

Ponadto, należy stwierdzić, co następuje.

Zgodnie z art. 47 ust. 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, wniosek złożony przez podmiot, o którym mowa w art. 191 ust. 1 pkt 1-5 Konstytucji, a więc również przez Rzecznika Praw Obywatelskich, powinien zawierać m.in. uzasadnienie zawierające, stosownie do treści art. 47 ust. 2 ww. ustawy, przywołanie treści kwestionowanego wnioskiem przepisu wraz z jego wykładnią, przywołanie treści wzorców kontroli wraz z ich wykładnią, określenie problemu konstytucyjnego i zarzutu niekonstytucyjności, wskazanie argumentów lub dowodów na poparcie zarzutu niekonstytucyjności.

Należy zauważyć, że w dniu składania wniosków przez Wnioskodawcę obowiązywała ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U., poz. 1064 ze zm.), w której wymagania formalne wniosku były uregulowane odmiennie. Zgodnie z treścią art. 61 ust. 1 tej ustawy, wniosek złożony przez podmioty, o których mowa w art. 191 ust. 1 pkt 1-5 Konstytucji, powinien być zawierać:

- 1) określenie przedmiotu kontroli;
- 2) wskazanie wzorca kontroli;
- 3) uzasadnienie zarzutu niezgodności przedmiotu kontroli ze wskazanym wzorcem kontroli, z powołaniem argumentów lub dowodów na jego poparcie.

Jednakże, stosownie do treści art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 13 grudnia 2016 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym oraz ustawę o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego (Dz. U., poz. 2074), do postępowań przed Trybunałem Konstytucyjnym, wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, stosuje się przepisy tej ustawy.

Już na wstępie rozważań dotyczących spełnienia warunków formalnych wniosku należy zauważyć, że wniosek nie spełnia wymogów uzasadnienia wniosku przewidzianych w art. 47 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, Wnioskodawca nie dokonał bowiem wykładni kwestionowanych przepisów.

Jednakże, mając na uwadze okoliczność, że Wnioskodawca w dniu składania wniosku nie mógł wiedzieć o konieczności spełnienia warunków formalnych przewidzianych w art. 47 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, należy uznać, że powyższe uchybienie nie powinno spowodować umorzenia postępowania w całości.

Niezależnie od powyższych okoliczności, już na gruncie ustawy o Trybunale Konstytucyjnym z dnia 1 sierpnia 1997 r. (Dz. U. nr 102, poz. 643 z późn. zm.) utrwalił się pogląd, zgodnie z którym sformułowanie zarzutu w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym oznacza sprecyzowanie przez skarżącego krytyki oraz nadanie ściśle określonej formy słownej jego twierdzeniu, że norma niższego rzędu jest niezgodna z normą wyższego rzędu. Istotę zarzutu stanowi zindywidualizowanie relacji między poddanym kontroli aktem normatywnym a wzorcem wskazanym przez skarżącego. Indywidualizacja ta polega na uzasadnieniu twierdzenia, że konkretny akt

normatywny jest niezgodny z tym wzorcem. Uzasadnienie zarzutu musi polegać na sformułowaniu takich argumentów, które przemawiają na rzecz niezgodności zachodzącej pomiędzy normami wynikającymi z kwestionowanych przepisów a normami zawartymi we wzorcach kontroli. Wymóg uzasadnienia należy rozumieć jako nakaz odpowiedniego udowodnienia zarzutów w kontekście każdego wskazanego wzorca kontroli. W procedurze kontroli norm ciężar dowodu, ciężar argumentacji, że zaskarżony przepis jest niezgodny z Konstytucją, spoczywa – co do zasady – na podmiocie inicjującym kontrolę przed Trybunałem Konstytucyjnym. Obowiązkiem tegoż podmiotu jest wykazanie bezpośredniego i konkretnego naruszenia wzorców kontroli, przy czym nie może się to sprowadzać do przytoczenia treści odpowiedniego przepisu Konstytucji (tak postanowienia Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 25 października 1999 r., sygn. SK 22/98, OTK ZU nr 6/1999, poz. 122; z dnia 5 czerwca 2013 r., sygn. SK 25/12, OTK ZU nr 3/A/ 2013, poz. 68; z dnia 28 lipca 2014 r., sygn. Ts 73/11, OTK ZU nr 4/B/2014, poz. 293; z dnia 1 lutego 2017 r., sygn. SK 38/14, OTK ZU 2017/A, poz. 2). Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny, przesłanka odpowiedniego uzasadnienia zarzutów nie powinna być traktowana powierzchownie i instrumentalnie. Przytaczane w piśmie procesowym argumenty mogą być mniej lub bardziej przekonujące, lecz zawsze muszą być argumentami nadającymi się do rozpoznania przez Trybunał Konstytucyjny (tak wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 października 2010 r., sygn. P 10/10, OTK ZU nr 8/A/2010, poz.78).

Niedokonanie przez RPO wykładni art. 9 ust. 1 oraz art. 26 ust. 2 ustawy o działaniach antyterrorystycznych skutkowało – jak można wnioskować w oparciu o treść uzasadnienia wniosku – błędnym zdefiniowaniem zawartości normatywnej kwestionowanych przepisów, opartym wyłącznie o wykładnię językową. Rzecznikowi umknęło bowiem, że art. 9 ust. 1 ustawy o działaniach

antyterrorystycznych należy odczytywać w kontekście przepisów art. 28a ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu (t.j.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1920, dalej: ustawa o ABW), w szczególności art. 28a ust. 1 i ust. 3 tej ustawy, zgodnie z którymi kontrolę nad uzyskiwaniem przez ABW danych telekomunikacyjnych, pocztowych lub internetowych sprawuje Sąd Okręgowy w Warszawie, a w ramach tej kontroli sąd może zapoznać się z materiałami uzasadniającymi udostępnienie ABW danych telekomunikacyjnych, pocztowych lub internetowych. Podkreślić bowiem należy, że w żadnym przepisie ustawy o działaniach antyterrorystycznych, ani też w żadnym przepisie ustawy o ABW nie znajdują się wyłączenia, które wskazywałyby na brak zastosowania art. 28a ustawy o ABW do czynności operacyjnych wykonywanych na podstawie ustawy o działaniach antyterrorystycznych. Co więcej, Rzecznik nie odniósł się w żaden sposób do art. 3 ust. 3 ustawy o ABW, zgodnie z którym działalność Szefa ABW podlega kontroli Sejmu, w szczególności Komisji ds. Służb Specjalnych, a więc ciała niezależnego, w którego obradach uczestniczy opozycja parlamentarna. Tymczasem, jak wskazuje się w piśmiennictwie, „[w] pewnych sytuacjach (np. gdy chodzi o podsłuchy telefoniczne, o których nie mogą wiedzieć zainteresowani) można więc np. zaakceptować ogólną kontrolę sprawowaną przez komisję parlamentarną (zob. wyr. ETPCz w sprawie *Klass*, par. 56; potwierdzony potem w post. ETPCz z 29 czerwca 2006 r. w sprawie *Weber i Saravia p. Niemcom*, par. 117)” [P. Hofmański, A. Wróbel, komentarz do art. 13 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Tom I, Komentarz do artykułów art.1-18*, Legalis 2017, teza 33]. Tym samym istota argumentacji Rzecznika o niezgodności art. 9 ust. 1 kwestionowanej ustawy z art. 47 i art. 51 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3

Konstytucji oraz art. 8 EKPCz, tj. twierdzenie o braku jakiegokolwiek – zarówno uprzedniej, jak i następcej – kontroli sądu bądź innego niezależnego organu, okazuje się oparta na błędnym założeniu wynikającym z niedochowania wymogu uprzedniego dokonania wykładni kwestionowanych przepisów i w związku z tym chybiona.

Z podobną sytuacją mamy do czynienia w przypadku argumentacji dotyczącej niezgodności art. 26 ust. 2 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z art. 2, art. 41 ust. 1 Konstytucji oraz art. 5 EKPC. Rzecznik upatruje źródła niekonstytucyjności kwestionowanego przepisu w fakcie, iż „z zaskarżonej regulacji nie wynika jednoznacznie, aby tymczasowe aresztowanie mogło być zastosowane na jej podstawie dopiero po wydaniu postanowienia o przedstawieniu zarzutów” (s. 70 wniosku). Jak się wydaje, całość następującej argumentacji oparta jest na tym założeniu. Tymczasem, z niezrozumiałych względów, Wnioskodawca odczytał art. 26 ust. 2 w oderwaniu od art. 26 ust. 1, do którego treści odsyła zdanie pierwsze art. 26 ust. 2, a który określa dowodowe podstawy sporządzenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Innymi słowy, z przepisów tych wprost i jednoznacznie wynika, że w przypadku, w którym podejrzenie o popełnieniu przestępstwa jest dostatecznie uzasadnione w oparciu o informacje uzyskane w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych, sąd na wniosek prokuratora może zastosować tymczasowe aresztowanie na okres nieprzekraczający 14 dni. Jak się więc wydaje, w takim stanie rzeczy argumentacja RPO w pozostałym zakresie zostaje zdezaktualizowana, ponieważ wobec powyższego nie może być wątpliwości, iż po pierwsze, przesłanki zastosowania tymczasowego aresztowania są jasno określone [dostatecznie uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa – art. 313 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (dalej: k.p.k.) w zw. z art. 26 ust. 2 ustawy o działaniach antyterrorystycznych],

a po drugie spełniają wymagania konstytucyjne i międzynarodowe (uzasadnione podejrzenie). Warto na marginesie zauważyć, iż rozwiązanie, zgodnie z którym Sąd stosuje tymczasowe aresztowanie na okres 14 dni w uproszczonej procedurze nawet wobec podejrzanych o błahe przestępstwa nie jest niczym nowym w polskim systemie postępowania karnego. Wnioskodawca nie odnotował, iż w przypadku konieczności wydania listu gończego sąd stosuje tymczasowe aresztowanie na okres 14 dni nawet w stosunku do podejrzanych o przestępstwa o niskiej górnej granicy ustawowego zagrożenia karą (np. określone w art. 209 § 1 k.k.), co więcej, nawet bez ich uprzedniego przesłuchania.

Tymczasem, stosownie do stanowiska Trybunału Konstytucyjnego przedstawionego m.in. w postanowieniu z dnia 26 kwietnia 2016 r., sygn. K 4/15, wnioskodawca powinien uzasadnić, dlaczego poprzestał na zastosowaniu językowych dyrektyw wykładni kwestionowanych regulacji bądź zupełnie zaniechał jej dokonania (OTK ZU seria A, poz. 2016/19, s. 6). Jak podkreślano w orzecznictwie Trybunału, wnioskodawca powinien w takiej sytuacji uzasadnić, na jakiej podstawie przyjął, że zaskarżony przepis musi być rozumiany w sposób budzący wątpliwości konstytucyjne, oraz dlaczego tych wątpliwości nie można usunąć w procesie stosowania prawa (tak m.in. postanowienie TK z dnia 26 kwietnia 2016 r., sygn. K 4/15, *op. cit.*, s. 7). Rzecznik zupełnie pominął systemowe umiejscowienie skarżonych przepisów wśród innych norm regulujących przedmiotową materię, pomijając art. 28a ustawy o ABW oraz art. 26 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych i art. 313 § 1 k.p.k. Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dnia 12 maja 2015 r., sygn. K 7/14, „*[z]aniechanie przez konstytucyjny organ ochrony praw człowieka rzetelnej i szczegółowej analizy obowiązujących norm prawnych o istotnym znaczeniu merytorycznym dla zaskarżonych przepisów stoi*

na przeszkodzie uznaniu, że spełnił on wymóg z art. 32 ust. 1 pkt 4 ustawy o TK [z dnia 1 sierpnia 1997 r. – przyp. własny]” (OTK ZU, nr 5/A/ 2015, poz. 67).

Mając powyższe na uwadze, postępowanie w zakresie dotyczącym niezgodności art. 9 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z art. 47 oraz art. 51 Konstytucji w zw. z art. 37 ust. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz art. 8 EKPCz, a także art. 26 ust. 2 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z art. 2 i art. 41 ust. 1 Konstytucji oraz art. 5 EKPCz należy umorzyć – z powodu niedopuszczalności wydania wyroku.

W stosunku do niektórych zarzutów musi również budzić wątpliwości realizacja wymagań art. 47 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, tj. określenia przez wnioskodawcę problemu konstytucyjnego, zarzutu niekonstytucyjności oraz wskazania argumentów lub dowodów na poparcie zarzutu niekonstytucyjności. Podkreślić przy tym należy, że treść normatywna zawarta w obecnym brzmieniu art. 47 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym jest zasadniczo tożsama z treścią normatywną zawartą w art. 61 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym, na podstawie której złożono wniosek, oraz art. 32 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym. Wymagania te pozostają w istocie niezmienione. Tymczasem, pomijając przytoczone fragmenty orzeczeń, uzasadnienie niekonstytucyjności niektórych zaskarżonych przepisów, zawarte w omawianym wniosku, w odniesieniu do niektórych wzorców kontroli jest lakoniczne.

Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dnia 12 maja 2015 r., sygn. K 7/14, „*[n]a wnioskodawcy spoczywa ciężar udowodnienia niezgodności zaskarżonego przepisu ze wskazanymi wzorcami konstytucyjnymi. Jak konsekwentnie przyjmuje Trybunał, »[c]iężar dowodu spoczywa na*

podmiocie kwestionującym zgodność ustawy z [K]onstytucją i dopóki nie powoła on konkretnych i przekonujących argumentów prawnych na rzecz swojej tezy, dopóty Trybunał Konstytucyjny uznawać będzie kontrolowane przepisy za konstytucyjne. W przeciwnym razie (...) Trybunał przekształciłby się w organ orzekający z inicjatywy własnej» (orzeczenie TK z 24 lutego 1997 r., sygn. K 19/96, OTK ZU nr 1/1997, poz. 6, zob. też np. postanowienie TK z 15 października 2009 r., sygn. P 120/08, OTK ZU nr 9/A/2009, poz. 143). Trybunał nie może wyręczać wnioskodawcy w doborze argumentacji właściwej do podnoszonych wątpliwości lub - wychodząc poza granice określone we wniosku - całkowicie modyfikować podstaw kontroli. (...) wobec respektowania generalnej zasady, jaką jest domniemanie konstytucyjności aktu normatywnego, samo wskazanie w petitum wzorca kontroli, bez szczegółowego odniesienia się w uzasadnieniu do kwestionowanej regulacji prawnej lub lakoniczne sformułowanie zarzutu niekonstytucyjności nie może zostać uznane za »uzasadnienie postawionego zarzutu, z powołaniem dowodów na jego poparcie«, w rozumieniu przepisów regulujących postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym» (OTK ZU nr 5/A/2015, poz. 67).

Tymczasem we wniosku RPO, mimo wskazania w *petitum* niektórych wzorców kontroli, w uzasadnieniu bądź brakuje omówienia relacji między nimi a kwestionowanym przepisem, bądź omówienie to jest lakoniczne.

Rzecznik wniósł o stwierdzenie, że art. 2 pkt 7 ustawy o działaniach antyterrorystycznych jest niezgodny z art. 2 Konstytucji. W uzasadnieniu wniosku stwierdził, że kwestionowany przepis jest niezgodny z zasadą zaufania do państwa i zasadą przyzwoitej legislacji wywodzonymi z art. 2 Konstytucji (s. 23 wniosku). Jednakże odniósł się wyłącznie do naruszenia zasady przyzwoitej legislacji, nie wspominając w innym miejscu, dlaczego art. 2 pkt 7 kwestionowanej ustawy miałby naruszać zasadę zaufania do państwa i prawa.

Taka sama sytuacja dotyczy postulowanej przez Rzecznika niezgodności art. 6, art. 9, art. 10 oraz art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z zasadą zaufania do państwa wywodzoną z art. 2 Konstytucji.

Mając powyższe na uwadze, postępowanie w zakresie dotyczącym niezgodności art. 2 pkt 7, art. 6, art. 9, art. 10 oraz art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z zasadą zaufania do państwa i prawa wywodzoną z art. 2 Konstytucji należy umorzyć – z powodu niedopuszczalności wydania wyroku.

W przypadku zarzutów wobec art. 9 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, Rzecznik, mimo wskazania art. 2 Konstytucji jako wzorca kontroli, uzasadnienie naruszenia „zasad określoności i jasności prawa czy też, szerzej rzecz ujmując, z punktu widzenia zaufania obywateli do organów państwa” (s. 44) Wnioskodawca ograniczył do jednego zdania. Takie uzasadnienie należy uznać za lakoniczne.

Mając powyższe na uwadze, postępowanie w zakresie dotyczącym niezgodności art. 9 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z art. 2 Konstytucji należy umorzyć – z powodu niedopuszczalności wydania wyroku.

W odniesieniu do art. 32c ustawy o ABW w zw. z art. 38 pkt 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, w *petitum* wniosku jako wzorzec kontroli został wymieniony art. 6 EKPCz, choć w uzasadnieniu Rzecznik nie odnosi się do tego przepisu, nie wymienia go również w podsumowaniu argumentacji (s. 83 wniosku).

Mając powyższe na uwadze, postępowanie w zakresie dotyczącym niezgodności art. 32c ustawy o ABW w zw. z art. 38 pkt 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z art. 6 EKPCz należy umorzyć – z powodu niedopuszczalności wydania wyroku.

Z kolei w odniesieniu do art. 73c ustawy o wjeździe w zw. z art. 48 ustawy o działaniach antyterrorystycznych oraz art. 329a ustawy

o cudzoziemcach w zw. z art. 57 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, Rzecznik powołał w *petitum* wniosku jako wzorce kontroli art. 52 ust. 1 i 3 Konstytucji oraz art. 13 EKPC w zw. z art. 2 Protokołu nr 4 do EKPC, jednak lakonicznie uzasadnił, na czym miałyby polegać ich naruszenie, przedstawiając jedynie orzecznictwo ETPCz dotyczące szerokiego problemu wydalenia cudzoziemców (s. 90-91 wniosku). W istocie, całość argumentacji Rzecznika w odniesieniu do ww. wzorców kontroli sprowadza się do stwierdzenia, że kwestionowane uregulowania mogą oznaczać, że „decyzja podjęta wobec osoby nieposiadającej obywatelstwa polskiego będzie mieć charakter wyłącznie arbitralny, nieuzasadniony w oparciu o fakty i tym samym nie będzie spełniać wymogów dopuszczalności wydalenia” (s. 91-92 wniosku). Co więcej, Rzecznik uzasadnia brak realizacji przez powyższe przepisy ustawy o działaniach antyterrorystycznych wymogów testu proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji) w odniesieniu do naruszenia art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji tym samym względem, „dla którego wyżej stwierdzone zostało, że naruszenie art. 52 ust. 2 Konstytucji również nie realizuje tych przesłanek” (s. 95 wniosku). Jednakże, takiego uzasadnienia, odwołującego się do art. 52 ust. 2 Konstytucji, we wniosku brakuje. Innymi słowy, Rzecznik nie zawarł w uzasadnieniu testu proporcjonalności, tj. uzasadnienia ograniczeń w świetle i art. 31 ust. 3 w zw. z art. 37 ust. 2 Konstytucji oraz art. 2 ust. 3 Protokołu nr 4 do EKPCz w zw. z art. 13 EKPCz.

Mając powyższe na uwadze, postępowanie w zakresie dotyczącym niezgodności art. 73c ustawy o wjeździe w zw. z art. 48 ustawy o działaniach antyterrorystycznych oraz art. 329a ustawy o cudzoziemcach w zw. z art. 57 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z art. 52 ust. 1 i 3 Konstytucji oraz art. 45 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 77 ust. 2 oraz z art. 37 ust. 2 i art. 31 ust. 3

Konstytucji oraz z art. 13 EKPCz w zw. z art. 2 Protokołu nr 4 do EKPCz należy umorzyć – z powodu niedopuszczalności wydania wyroku.

Wreszcie, należy zwrócić uwagę, iż, jak się wydaje, przedmiotem części wniosku są zaniechania prawodawcze, a nie – jak twierdzi RPO – pominięcia prawodawcze. W orzecznictwie sądu konstytucyjnego oraz piśmiennictwie rozróżnia się pominięcie prawodawcze od zaniechania prawodawczego. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, pominięcie prawodawcze jest sytuacją, w której *„integralną, funkcjonalną częścią treści jakieś normy powinien być pewien element, którego brakuje, a z uwagi na podobieństwo do istniejących unormowań należy oczekiwać jego istnienia (zob. postanowienie TK z 14 maja 2009 r., sygn. Ts 189/08, OTK ZU nr 3/B/2009, poz. 202, s. 545). Inna sytuacja występuje w przypadku zaniechania ustawodawczego, polegającego na braku uregulowania przez ustawodawcę oznaczonej materii, nawet jeśli obowiązek jej uregulowania wynika z przepisów rangi konstytucyjnej (zob. np. wyroki TK z: 9 października 2001 r., sygn. SK 8/00, OTK ZU nr 7/2001, poz. 211, s. 1033; 2 czerwca 2009 r., sygn. SK 31/08, OTK ZU nr 6/A/2009, poz. 83, s. 845). W kompetencjach Trybunału Konstytucyjnego nie leży orzekanie o tak rozumianym zaniechaniu prawodawczym. W ramach określonej konstytucyjnie jego kognicji mieszczą się bowiem jedynie istniejące akty normatywne”* (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 listopada 2010 r., sygn. K 32/09, OTK ZU nr 9/A/2010, poz. 108). Trybunał odmawia zajęcia merytorycznego stanowiska w sytuacjach, w których brak regulacji jest świadomą decyzją ustawodawcy: *„Zarzut celowego zaniechania ustawodawczego (luki prawnej) nie może być przedmiotem badania w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym. W orzecznictwie Trybunału formułowano już pogląd, że »zarzuty nie mogą polegać na wskazywaniu, że przepis nie zawiera konkretnej regulacji, której*

istnienie zadowalałoby wnioskodawcę» (zob. postanowienie z 11 maja 2009 r., sygn. SK 37/07, OTK ZU nr 5/A/2009, poz. 74 i wyrok z 19 listopada 2001 r., sygn. K. 3/00, OTK ZU nr 8/2001, poz. 251)” [postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 czerwca 2009 r., sygn. SK 12/07, OTK ZU nr 6/A/2009, poz. 95]. Z zaniechaniem prawodawczym mamy do czynienia, „gdy ustawodawca nie wykonał w jakimś zakresie swojej powinności - przykładowo - co do wydania aktu wykonawczego, albo gdy nie uregulował jakiejś sfery z przyczyn czysto aksjologicznych, czego odbiciem jest realizowana polityka legislacyjna. Takie sytuacje wymykają się spod kontroli Trybunału Konstytucyjnego. Nie ma on bowiem kompetencji do orzekania o tego rodzaju pominięciach, tworzących lukę aksjologiczną” (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 czerwca 2003 r., sygn. SK 5/03, OTK ZU nr 6/A/2003, poz. 50). Trybunał uznaje lukę w prawie za pominięcie prawodawcze podlegające rozpoznaniu w sytuacji, w której niejako przypadkowo wyłączono z zakresu normowania pewną grupę zjawisk lub osób mimo tego, iż z innych, analogicznych regulacji oraz zasad konstytucyjnych wynika, iż powinny być objęte unormowaniem. Trybunał przyjmuje, że „[p]omocniczym kryterium stosowanym niekiedy do odróżnienia zaniechania od pominięcia ustawodawczego jest przesłanka celowego i świadomego działania prawodawcy (ustawodawcy): jeżeli dane rozwiązanie zostało w zamierzony sposób pozostawione poza zakresem regulacji, należy je kwalifikować jako zaniechanie ustawodawcze (por. np. wyrok z 8 września 2005 r., sygn. P 17/04, OTK ZU nr 8/A/2005, poz. 90). (...) Ze względu na wyjątkowy charakter badania przez Trybunał Konstytucyjny pominieć prawodawczych, ewentualne wątpliwości co do zakwalifikowania konkretnych sytuacji należy zawsze rozstrzygać na korzyść zaniechań ustawodawczych («co do zasady brak regulacji oznacza, że mamy do czynienia z zaniechaniem ustawodawczym» -

por. np. postanowienie z 10 października 2012 r., sygn. Ts 38/12, OTK ZU nr 6/B/2012, poz. 535). Przy ocenie »jakościowej tożsamości« materii pominiętych i unormowanych w zaskarżonym przepisie konieczna jest daleko posunięta ostrożność: »zbyt pochopne 'upodobnienie' materii nieunormowanych z tymi, które znalazły swoją wyraźną podstawę w treści badanego przepisu, grozi bowiem każdorazowo postawieniem zarzutu o wykraczanie przez Trybunał Konstytucyjny poza sferę kontroli prawa i uzurpowanie sobie uprawnień o charakterze prawotwórczym (powołane postanowienie o sygn. SK 17/02)«» [postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 2 grudnia 2014 r, sygn. SK 7/14, OTK ZU nr 11/A/2014, poz. 123].

Co więcej, wymogi, jakie sąd konstytucyjny stawia uzasadnieniom zarzutów dotyczących pominięć prawodawczych są bardzo wysokie. Ze względu na skutki rozstrzygnięć w przedmiocie konstytucyjności pominięcia legislacyjnego, kontrola tego typu braków ma charakter wyjątkowy, a „[s]kuteczne zakwestionowanie pominięcia prawodawczego wymaga od podmiotu inicjującego postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym także wyjątkowej staranności i zaangażowania” (postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 2 grudnia 2014 r, sygn. SK 7/14, *op. cit.*; por. także postanowienie TK z 2 września 2002 r., sygn. akt K 17/02, OTK ZU nr 5/A/2002, poz. 68). Trybunał stoi na stanowisku, że „postawione zarzuty muszą być precyzyjne i nie mogą polegać na wskazaniu, że przepis nie zawiera konkretnej regulacji, której istnienie zadowalałoby wnioskodawcę. Gdyby istniała możliwość zaskarżenia przepisu pod zarzutem, iż nie zawiera on regulacji, które w przekonaniu wnioskodawcy winny się w nim znaleźć, każdą ustawę lub dowolny jej przepis można byłoby zaskarżyć w oparciu o tego rodzaju przesłankę negatywną. Gdyby ustawodawca uznał za celowe takie ukształtowanie kompetencji Trybunału Konstytucyjnego, zawarłby stosowną

normę w Ustawie Zasadniczej, istniałoby jednak wówczas niebezpieczeństwo, że Trybunał Konstytucyjny przestałby być »sędem prawa«, a stałby się quasi ustawodawcą” (wyrok TK z 19 listopada 2001 r., sygn. akt K 3/00, OTK ZU nr 8/A/2001, poz. 51). Zarzut nie może więc prowadzić do „uzupełniania” obowiązującego stanu prawnego o rozwiązania pożądane z punktu widzenia inicjatora postępowania, ponieważ wykraczałoby poza konstytucyjną rolę TK, jako „negatywnego ustawodawcy” i naruszałoby zasadę podziału władzy (*ibidem*, por. także wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 listopada 2007 r., sygn. akt P 42/06, OTK ZU, nr 10/A/2007, poz. 123). Pominięcia prawodawcze najczęściej występują w regulacjach „*sprawiających wrażenie przypadkowych (np. pozostawionych z poprzedniej wersji przepisu), absurdalnych albo oczywiście dysfunkcyjnych*” (postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 2 grudnia 2014 r., sygn. SK 7/14, *op. cit.*). Zarzut nie może również dotyczyć całego aktu normatywnego i powinien wykazywać zbyt wąski zakres zastosowania przedmiotowego przepisu (*vide* – postanowienie TK z 10 października 2012 r., sygn. akt Ts 38/12, OTK ZU nr 6/B/2012, poz. 534). Najbardziej bowiem typowe pominięcia prawodawcze to sytuacje, w których badane unormowanie nie odnosi się do wszystkich przypadków, do których – zgodnie z zasadami konstytucyjnymi – powinno się odnosić (*vide* – wyroki TK z dnia: 16 czerwca 2009 r., sygn. akt SK 5/09, OTK ZU nr 6/A/2009, poz. 84; 28 kwietnia 2009 r., sygn. akt K 27/07, OTK ZU nr 4/A/2009, poz. 54).

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, iż Wnioskodawca nie wykazał, aby w treści art. 6, 10, 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych oraz art. 32c ustawy o ABW w zw. z art. 38 pkt 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych brakowało rozwiązań, które mogłyby zostać uznane za pominięcia ustawodawcze.

W odniesieniu do zarzutu pominięcia prawodawczego w treści art. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych RPO stwierdził, że ustawa w tym zakresie jest niezgodna z art. 51 ust. 3 i 4 Konstytucji, ponieważ nie przewiduje procedur kontroli zasadności zamieszczania osoby w wykazie oraz mechanizmu weryfikacji przydatności przetwarzanych informacji po upływie określonego czasu. Należy jednak zwrócić uwagę, że tego rodzaju rozwiązania – pozbawione postulowanych przez RPO regulacji – funkcjonują od wielu lat w niezmienionej postaci w wielu przepisach regulujących funkcjonowanie służb, m.in. w art. 33 i 34 ustawy o ABW. Trybunał Konstytucyjny już w wyroku z dnia 26 października 2005 r., o sygn. K 31/04, uznał dopuszczalność i powszechność niejawnego (a więc bez wiedzy osoby, której dotyczą) zbierania i przetwarzania danych osobowych przez służby specjalne: *„System prawa polskiego zna szereg przypadków dopuszczalnego zbierania i przetwarzania informacji i danych osobowych, bez wiedzy osoby, której dotyczą, jeśli uprawnione do tego służby czynią to w celu realizacji ich zadań ustawowych oraz przy zachowaniu wyraźnie określonych ustawowo przesłanek. Tak jest w przypadku odnośnych artykułów ustaw: art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 16 marca 2001 r. o Biurze Ochrony Rządu (Dz. U. z 2004 r. Nr 163, poz. 1712 ze zm.) [obecnie art. 40 ust. 1 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Służbie Ochrony Państwa (Dz. U. z 2018 r., poz. 138) – przyp. własny], art. 6j ustawy z dnia 24 lipca 1999 r. o Służbie Celnej (Dz. U. z 2004 r. Nr 156, poz. 1641 ze zm.) [obecnie art. 47 ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (Dz. U., poz. 1947 ze zm.) - przyp. własny], art. 32 i art. 33 ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o Wojskowych Służbach Informacyjnych (Dz. U. Nr 139, poz. 1326 ze zm.) [obecnie odpowiednio art. 37 i art. 38 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego i Służbie Wywiadu Wojskowego (t.j.: Dz. U. z 2017 r. poz. 1978) – przyp. własny], art. 9 i art. 10*

ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 2002 r. Nr 171, poz. 1399 ze zm.), art. 34 ust. 1 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. Nr 74, poz. 676 ze zm.), art. 20 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2002 r. Nr 7, poz. 58 ze zm.), art. 29 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych służbach porządkowych (Dz. U. Nr 123, poz. 1353 ze zm.), a wreszcie - w przypadku art. 24 ust. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 ze zm.)” (OTK ZU nr 9/A/2005, poz.103; por. także M. Wild, komentarz do art. 51 Konstytucji RP, [w:] M. Safjan i L. Bosek (red.), *Konstytucja RP, Tom I, art.1-86*, Legalis 2017, teza 43). W szczególności podkreślić należy, że w odniesieniu do służb wywiadowczych i kontrwywiadowczych (ABW, AW, SKW, SW, a wcześniej WSI) jednolicie ustawodawca wykluczył nie tylko procedury kontroli zasadności zamieszczania osoby w wykazach tych służb, lecz również procedury mechanizmu weryfikacji przydatności przetwarzanych informacji po upływie określonego czasu. Biorąc pod uwagę specyfikę działalności wywiadowczej i kontrwywiadowczej uzasadnienie dla takich rozwiązań jest dość oczywiste. Trudno bowiem sobie wyobrazić, aby służby tego typu ujawniały nadzorowanym wrogim agentom czy kandydatom na własnych agentów, że osoby te pozostają w sferze ich zainteresowań. Z tego względu wykładnia pojęcia „urzędowy zbiór danych” zawartego w art. 51 Konstytucji nie może prowadzić do uznania, iż pojęcie to obejmuje dane zawarte w zbiorach wywiadowczych i kontrwywiadowczych. Przyjęcie odmiennej perspektywy skazałoby polskie służby wywiadowcze i kontrwywiadowcze na paraliż pracy operacyjnej, co fundamentalnie zagrażałoby nie tylko bezpieczeństwu państwa i jego obywateli, ale w ekstremalnych sytuacjach i z upływem czasu – wręcz jego bytowi. Co więcej, specyfika oraz waga działań wywiadowczych

i kontrwywiadowczych w istocie nie pozwala na określenie, kiedy dana informacja może stać się istotna w realizacji ustawowych i konstytucyjnych zadań wywiadu i kontrwywiadu, co uzasadnia przetrzymywanie ich bez terminu. Problem ten dostrzegł również Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 30 lipca 2014 r. o sygn. K 23/11: *„nie jest wykluczone zróżnicowanie intensywności ochrony prywatności, autonomii informacyjnej oraz tajemnicy komunikowania się z uwagi na to, czy dane o osobach pozyskują służby wywiadowcze i zajmujące się ochroną bezpieczeństwa państwa, czy też czynią to służby policyjne”* (op. cit., pkt III 5.3). Niezależnie od tych uwag, reasumując, typowe dla polskiego systemu bezpieczeństwa wywiadowczego i kontrwywiadowczego jest przyjęcie uregulowań funkcjonujących w art. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych. Z tego względu nie sposób przyjąć, że wskazane przez Wnioskodawcę „braki” stanowią pominięcie ustawodawcze, ani tym bardziej, że zostało to należycie wykazane. Jak się wydaje, przyjęte rozwiązania stanowią świadome, aksjologicznie uzasadnione zaniechanie prawodawcze ustawodawcy, które nie podlega kognicji Trybunału Konstytucyjnego – i z tego względu postępowanie podlega umorzeniu wobec niedopuszczalności wydania wyroku.

Mając powyższe na uwadze, postępowanie w zakresie dotyczącym niezgodności art. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z art. 51 ust. 3 i 4 Konstytucji należy umorzyć – z powodu niedopuszczalności wydania wyroku.

Uwagi te odnoszą się również do zarzutu pominięcia prawodawczych w treści art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, ponieważ RPO ograniczył uzasadnienie występowania pominięcia prawodawczych w tym przepisie do stwierdzenia, że brak wskazanych regulacji narusza wskazane przez Niego wzorce kontroli, przy czym trudno rozstrzygnąć, o które dokładnie wzorce chodzi, ponieważ Wnioskodawca przytoczył jedynie art. 51 ust. 4 oraz –

ogólnie – „art. 47 oraz art. 51” (s. 56-57 wniosku). Można jedynie podejrzewać, że wnioskodawcy chodziło o art. 51 ust. 3 i 4 Konstytucji. Tymczasem, jak wspomniano, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Konstytucyjnego, uzasadnienie zarzutu nie może ograniczać się do wskazania wzorców kontroli, w szczególności w przypadku uzasadnienia zarzutu pominięcia ustawodawczego.

Mając powyższe na uwadze, postępowanie w zakresie dotyczącym niezgodności art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z art. 47 oraz art. 5 Konstytucji – w zakresie, w jakim kwestionowana regulacja nie przewiduje postulowanych przez RPO rozwiązań – należy umorzyć z powodu niedopuszczalności wydania wyroku.

Powyższe uwagi dotyczą również zarzutu pominięcia prawodawczych w treści art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych. Należy bowiem zauważyć, że Rzecznik uzasadnił argument o występowaniu w treści tego przepisu pominięcia prawodawczego stwierdzeniem, że ustawa o działaniach antyterrorystycznych „nie reguluje żadnych zabezpieczeń przed ingerencją w dane gromadzone w rejestrach, nie określa sposobu postępowania z danymi, które już nie będą przydatne i nie wprowadza żadnych zasad nadzoru w zakresie zasadności dostępu Szefa ABW do danych, chociażby na wzór rozwiązania, które funkcjonuje w odniesieniu do Centralnego Biura Antykorupcyjnego, gdzie na podstawie art. 22b ustawy o CBA powołuje się pełnomocnika do spraw kontroli przetwarzania przez CBA danych osobowych” (s. 69 wniosku). Nie sposób jednak nie zauważyć, że wskazana przez Rzecznika instytucja pełnomocnika do spraw kontroli przetwarzania przez służbę danych osobowych jest wyjątkiem charakterystycznym dla ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, a nie regułą charakteryzującą sposób postępowania z danymi osobowymi przez służby specjalne. Co więcej, zachowują aktualność

rozważania dotyczące specyfiki zadań służb wywiadowczych i kontrwywiadowczych – CBA nie jest więc tutaj trafnym przykładem. Rzecznik nie wskazał również wzorców kontroli, jakie miałyby być naruszone brakiem postulowanych przez niego regulacji.

Mając powyższe na uwadze, postępowanie w zakresie dotyczącym niezgodności art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z normami wyższego rzędu – w zakresie, w jakim kwestionowana regulacja nie przewiduje postulowanych przez RPO rozwiązań – należy umorzyć z powodu niedopuszczalności wydania wyroku.

Analogiczne uwagi należy odnieść do zarzutu dotyczącego art. 32c ustawy o ABW w zw. z art. 38 pkt 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych. Rzecznik stwierdził, że pominięciem takim jest przyznanie prawa do zaskarżenia postanowienia Sądu Okręgowego w Warszawie jedynie Szefowi ABW i Prokuratorowi Generalnemu z wyłączeniem w szczególności usługodawcy świadczącego usługi drogą elektroniczną (s. 82 wniosku). Jednak należy zauważyć, że takie rozwiązanie jest zbliżone do wszystkich funkcjonujących w polskim systemie przepisów regulujących kontrolę operacyjną – co nie dziwi, zważywszy, że stosownie do art. 32c ust. 9 ustawy o ABW i AW wnioski w tym trybie sąd rozpoznaje w warunkach przewidzianych dla przekazywania, przechowywania i udostępniania informacji niejawnych oraz z odpowiednim zastosowaniem przepisów wydanych na podstawie art. 181 § 2 Kodeksu postępowania karnego. Warto zwrócić uwagę, że maksymalny okres takiej blokady, stosownie do kwestionowanego art. 32c ust. 7 ustawy o ABW i AW, wynosi 3 miesiące. Innymi słowy, z treści kwestionowanego przepisu jednoznacznie wynika, że blokada dostępności stanowi instrument niejawnej walki z zagrożeniami terrorystycznymi i taka jego konstrukcja była zamierzonym działaniem ustawodawcy. RPO nie uzasadnił,

dlaczego taki kształt regulacji jest powszechnie uznawany za uzasadniony konstytucyjnie w przypadku kontroli operacyjnej, natomiast w przypadku innej formy niejawnej działalności służb kontrwywiadowczych, tj. blokady dostępności, regulacja taka miałaby być nieuzasadniona i – w szczególności – stanowić pominięcie ustawodawcze. Na marginesie powyższych rozważań, warto zwrócić uwagę, że jak się wydaje, RPO błędnie również wskazał wzorce kontroli, które w tym przypadku wydają się nieadekwatne, ponieważ brak uprawnienia do zaskarżenia postanowienia Sądu Okręgowego nie pozostaje w adekwatnym merytorycznym związku z art. 54 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz art. 10 EKPCz, lecz – w razie uznania narracji Rzecznika za trafną – z art. 78 Konstytucji.

Z powyższych względów postępowanie w zakresie dotyczącym niezgodności art. 38 pkt 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych w zakresie, w jakim dodaje art. 32c w ustawie o ABW z pominięciem postulowanych przez RPO regulacji z art. 54 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 10 EKPCz – należy umorzyć z powodu niedopuszczalności wydania wyroku.

Ocena zgodności kwestionowanych przepisów z normami wyższego rzędu

Rzecznik wniósł o stwierdzenie, że art. 2 pkt 7 ustawy o działaniach antyterrorystycznych jest niezgodny z zasadą przyzwoitej legislacji, wywodzoną z art. 2 Konstytucji (s. 23 wniosku). Istotę zarzutu RPO stanowi twierdzenie, że pozbawiona precyzji definicja „zdarzenia o charakterze terrorystycznym” pozwala na bardzo szeroką interpretację, zwłaszcza w sytuacji „zagrożenia zaistnienia” przestępstwa o charakterze terrorystycznym, a pominięcie

wskazania w treści art. 2 pkt 7 ustawy, że podejrzenie oraz zagrożenie wymaga uzasadnienia takiego stanu powoduje, że nie można mieć pewności, iż środki te będą wykorzystywane wyłącznie w razie faktycznej konieczności zapobieżenia działaniom terrorystycznym.

Należy zauważyć, że Trybunał Konstytucyjny wskazywał niejednokrotnie, że „[z] zasady określoności nie wynika skierowany do ustawodawcy nakaz jednostkowego wskazywania desygnatów pojęć, których zakres znaczeniowy wskazać można jedynie przez egzemplifikację. To na organach stosujących prawo ciąży obowiązek identyfikacji treści pojęć nieostrych, z uwzględnieniem podstawowych zasad prawa, ogólnosystemowych wartości i standardów konstytucyjnie chronionych. Ilekroć ustawodawca posługuje się pojęciem nieostrym, należy założyć, iż ma świadomość, że istnieją prawem dopuszczalne możliwości jego określenia w praktyce stosowania prawa oraz że w ramach obowiązującego prawa jest możliwa identyfikacja podstawowych wyznaczników tego pojęcia. Należy podkreślić, że i historycznie, i porównawczo nie można wyobrazić sobie prawidłowo działającego systemu prawnego i społecznego, który by eliminował istnienie wyrażeń i zwrotów niedookreślonych w prawie. Taki system musiałby charakteryzować się nie tylko bardzo wysokim stopniem kazuistyki, za którą byłby odpowiedzialny ustawodawca, ale zarazem wykluczałby jakikolwiek margines swobody decydowania przy ocenie konkretnych wypadków stosowania prawa. System taki, jako nieelastyczny, musiałby prowadzić do rozstrzygnięć niesprawiedliwych. Dlatego dla stwierdzenia niezgodności z Konstytucją nie wystarcza tylko i wyłącznie abstrakcyjne stwierdzenie niejasności tekstu prawa, wynikającej z posłużenia się przez ustawodawcę wyrażeniem czy zwrotem niedookreślonym. Nie w każdym wypadku nieprecyzyjne brzmienie lub niejednoznaczna treść przepisu uzasadniają bowiem tak daleko idącą ingerencję

w system prawny, jaką jest wyeliminowanie z niego tego przepisu w wyniku orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego. Do wyjątków należą sytuacje, gdy dany przepis jest w takim stopniu wadliwy, że w żaden sposób, przyjmując różne metody wykładni, nie daje się interpretować w sposób racjonalny i zgodny z Konstytucją. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego niejasność przepisu może uzasadniać stwierdzenie jego niezgodności z Konstytucją, o ile jest tak daleko posunięta, iż wynikających z niej rozbieżności nie da się usunąć za pomocą zwyczajnych środków mających na celu wyeliminowanie niejedności w stosowaniu prawa. Pozbawienie mocy obowiązującej określonego przepisu z powodu jego niejasności winno być traktowane jako środek ostateczny, stosowany dopiero wtedy, gdy inne metody usuwania skutków niejasności treści przepisu, w szczególności przez jego interpretację w orzecznictwie sądowym, okażą się niewystarczające” (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 października 2008 r., sygn. K 16/07, OTK ZU nr 8/A/2008, poz. 136; por. także: wyrok z dnia 7 listopada 2006 r., sygn. SK 42/05, OTK ZU nr 10/A/2006, poz. 148; wyrok z dnia 3 grudnia 2002 r., sygn. P 13/02, OTK ZU nr 7/A/2002, poz. 90; wyrok z dnia 11 stycznia 2000 r., sygn. K 7/99, OTK ZU nr 1/2000, poz. 2). Zakaz formułowania przepisów niejasnych i nieprecyzyjnych nie wyklucza więc posługiwania się przez ustawodawcę zwrotami niedookreślonymi, a jak wynika z przytoczonego orzecznictwa, orzeczenie niekonstytucyjności przepisu z powodu jego niejednoznaczności stanowi *ultima ratio*.

Tymczasem należy zwrócić uwagę, że sposób zdefiniowania „zdarzenia o charakterze terrorystycznym”, określający jednocześnie przesłanki działań ABW określonych w ustawie o działaniach antyterrorystycznych, nie wydaje się niczym nowym w polskim ustawodawstwie. Nie sposób, po pierwsze, podzielić poglądu RPO, że użycie słów „podejrzenie” i „zagrożenie” wymaga w takiej

sytuacji dookreślenia ustawowego imiesłowem przymiotnikowym biernym „uzasadnione”, aby zostały spełnione wymagania poprawnej legislacji. Należy bowiem zauważyć, że w systemie postępowania karnego samo „podejrzenie” jako przesłanka daleko idącej inwazji w dobra konstytucyjnie chronione funkcjonuje w sposób niekwestionowany od wielu lat. Zgodnie z art. 209 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego (t.j.: Dz. U. z 2017 r. poz. 1904) „jeżeli zachodzi podejrzenie przestępnego spowodowania śmierci, przeprowadza się oględziny i otwarcie zwłok”. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, „okoliczności wskazujące na istnienie podejrzenia przestępnego spowodowania śmierci nie muszą być w znacznym stopniu uprawdopodobnione, bowiem w sytuacji uzyskania przez organ informacji o ujawnieniu zwłok nie dysponuje on zazwyczaj możliwościami zweryfikowania, czy śmierć była wynikiem przestępstwa. Dopiero przeprowadzone oględziny oraz otwarcie zwłok pozwalają na sformułowanie, i to nie zawsze, wniosków co do przyczyny śmierci i mechanizmu jej powstania” (D. Gruszecka, komentarz do art. 209 Kodeksu postępowania karnego, [w:] J. Skorupka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz.*, Legalis 2018, teza 3). Proporcjonalność tak szerokiego ujęcia przesłanek oględzin i otwarcia zwłok wydaje się oczywista – nie wdając się w szczegółowe rozważania dość powiedzieć, że takie ukształtowanie tego przepisu jest niezbędne dla skutecznej realizacji fundamentalnych celów postępowania karnego, które mają istotne konstytucyjne uzasadnienie (*vide* - wyrok z dnia 7 grudnia 2010 r., sygn. P 11/09, OTK ZU seria A, nr 10/A/2010, poz. 128; wyrok z dnia 11 października 2016 r., sygn. SK 28/15, OTK ZU 2016/A, poz. 79). Warto przy tym zwrócić uwagę, że takie ukształtowanie przepisów jest szczególnie uzasadnione tam, gdzie prawo karne pełni funkcję ochronną wobec prawa do życia, gwarantowanego w art. 38 Konstytucji – choć, z oczywistych

względów, w procesie karnym o zabójstwo już wyłącznie następco, w aspekcie prewencji generalnej, poprzez represję. Jednakże, skoro takie określenie przesłanek ingerencji w prawa podlegające ochronie konstytucyjnej jest uzasadnione w procesie karnym, a więc procesie m.in. pośredniej ochrony prawa do życia, to tym bardziej uzasadnienie takie jest oczywiste w sytuacji określania przesłanek czynności organów państwa mających zapobiegać zabójstwom, w szczególności masowym, które są najbardziej typowymi przestępstwami o charakterze terrorystycznym – a taką funkcję ma definicja zawarta w art. 2 pkt 7 ustawy o działaniach antyterrorystycznych. Należy przy tym zwrócić uwagę, że niebezpieczeństwo, jakiego upatruje RPO w niedookreśleniu „podejrzenia”, o jakim mowa w pierwszej części alternatywy łącznej występującej w tej definicji, jest istotnie osłabione poprzez odniesienie tego „podejrzenia” do następstw przestępstwa o charakterze terrorystycznym. Innymi słowy, zakres zastosowania tego elementu definicji ogranicza się wyłącznie do działań służb po zaistnieniu przestępstwa o charakterze terrorystycznym, co oznacza, że jest on w istocie bardzo wąski i tym bardziej uzasadniony. Przyznanie służbom szczególnych uprawnień w celu zagwarantowania należytej reakcji na zdarzenie o charakterze terrorystycznym nie jest niczym wyjątkowym w przestrzeni prawa europejskiego. Warto przypomnieć, że w następstwie takich zdarzeń w Republice Francuskiej od 13 listopada 2015 r. do 31 października 2017 r. obowiązywał stan wyjątkowy.

Co do drugiej części alternatywy łącznej występującej w kwestionowanej przez Rzecznika definicji zdarzenia o charakterze terrorystycznym, należy przede wszystkim zwrócić uwagę, że już wykładnia językowa pojęcia „zagrożenie” jednoznacznie wskazuje, że wręcz nieuzasadnione byłoby wzmocnienie tego sformułowania dodaniem imiesłowu „uzasadnione”. Słowo „zagrozić” oznacza bowiem „stać się dla kogoś lub czegoś realnym

niebezpieczeństwem [podkreślenie własne]” (*Słownik Języka Polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/zagra%C5%BCa%C4%87.html>, dostęp 19 stycznia 2017 r.). Tak więc „zagrożenie” można rozumieć jako „realne niebezpieczeństwo”. Drugą część alternatywy łącznej wprowadzonej w definicji zdarzenia o charakterze terrorystycznym należy więc odczytywać jako „realne niebezpieczeństwo zaistnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym”. Nie ulega wątpliwości, że „realne niebezpieczeństwo” oznacza niebezpieczeństwo prawdziwe, rzeczywiste, konkretne, a więc bez wątpienia takie, które jest przynajmniej uzasadnione. Z tego względu dodanie do tej definicji imiesłowu „uzasadnione” stanowiłoby *superfluum* i byłoby wadliwe z perspektywy zasad techniki prawodawczej. Nie można więc zasadnie twierdzić, że użycie sformułowania „zagrożenie” narusza zasadę przyzwoitej legislacji z powodu jego niedookreśloności. Bez wątpienia m.in. z tego powodu występuje ono m.in. w nigdy niekwestionowanej postaci w art. 165 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j.: Dz. U. z 2017 r. poz. 2204) – i to jako znamię przestępstwa, co zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, wymaga najwyższego standardu precyzji ustawodawstwa.

Mając więc na uwadze, że art. 2 pkt 7 ustawy o działaniach antyterrorystycznych nie narusza zasady określoności przepisów prawnych ani innych elementów zasady przyzwoitej legislacji, należy uznać, że jest on zgodny z art. 2 Konstytucji.

Rozważając zarzut naruszenia przez art. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych art. 2, art. 47, art. 51 ust. 2 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także z art. 8 EKPCz, należy stwierdzić, co następuje.

W zakresie podnoszonego przez Rzecznika zarzutu niezgodności art. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z zasadą poprawnej legislacji wywodzoną z art. 2 Konstytucji z powodu posłużenia się w jego treści pojęciem

„zdarzenia o charakterze terrorystycznym”, aktualne pozostają uwagi poczynione na tle analizy art. 2 pkt 7 ustawy o działaniach antyterrorystycznych.

Mając więc na uwadze, że art. 2 pkt 7 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, który zawiera definicję zdarzenia o charakterze terrorystycznym, nie narusza zasady określoności przepisów prawnych ani innych elementów zasady przyzwoitej legislacji i jest zgodny z art. 2 Konstytucji, te same argumenty przemawiają za zgodnością art. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z art. 2 Konstytucji.

Rzecznik podniósł również, iż art. 6 ust. 1 pkt 3 kwestionowanej ustawy narusza zasadę poprawnej legislacji wywodzoną z art. 2 Konstytucji, ponieważ ustawodawca posłużył się w tym przepisie przesłanką ocenną, tj. uzasadnionym podejrzeniem, że określone osoby mogą prowadzić działania zmierzające do popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym, i to przesuniętą na przedpole możliwości popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym – ustawodawca wskazał bowiem na uzasadnione podejrzenie możliwości prowadzenia przez określone osoby działań zmierzających do popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym, a nie chociażby uzasadnionego podejrzenia prowadzenia przez określone osoby takiej działalności, co w ocenie RPO umożliwiałoby zobiektywizować i urealnić uzasadnione podejrzenie prowadzenia działań terrorystycznych.

Z argumentacją RPO nie sposób się zgodzić. Należy podkreślić, że już wykładnia językowa kwestionowanego przepisu pozwala – wbrew twierdzeniom Rzecznika – na dość precyzyjne określenie kręgu osób mogących się na jego podstawie znaleźć w przedmiotowym wykazie. Słownik Języka Polskiego definiuje bowiem „móc” („mogą”) jako „być w stanie coś zrobić” (*Słownik Języka Polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/moze.html>, dostęp 23 stycznia 2018 r.). Art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy o działaniach

antyterrorystycznych nakazuje więc umieszczenie w przedmiotowym wykazie informacji o osobach, wobec których istnieje uzasadnione podejrzenie, że są w stanie prowadzić działania zmierzające do popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym. Innymi słowy, punkt ten dotyczy osób, wobec których istnieje uzasadnione podejrzenie, że są w stanie prowadzić działania przygotowawcze do przestępstwa o charakterze terrorystycznym. Należy w szczególności podkreślić, że podejrzenie to musi być uzasadnione. Z tego względu krąg tych osób będzie ograniczony ich właściwościami i warunkami osobistymi oraz dotychczasową działalnością. Takie dookreślenie tej kategorii osób jest uzasadnione faktem, że istotą działań antyterrorystycznych jest zapobieganie przestępstwom o charakterze terrorystycznym, które najczęściej bezpośrednio godzą w szczególnie chronione na mocy art. 38 Konstytucji prawo do życia, co istotnie je odróżnia od działań procesowych, które zmierzają do ukarania sprawców po dokonaniu przestępstwa. Z tego względu, jeśli ma to być narzędzie użyteczne do identyfikowania zagrożeń, z natury rzeczy zakres danych znajdujących się w wykazie musi być poszerzony. Takie ujęcie kwestionowanego przepisu wydaje się celowym i uzasadnionym zabiegiem ustawodawcy, a nie wynikiem braku precyzji. Należy przy tym mieć na uwadze pogląd Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z którym *„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”* (wyrok z dnia 7 listopada 2006 r., sygn. SK 42/05, *op.cit.*). W przedmiotowej sprawie szczególne znaczenie ma charakter adresatów ustanowionej w treści art. 6 ust. 1 pkt 3 kwestionowanej ustawy normy prawnej, waga praw tych

jednostek i interesów, których dotyczy dana regulacja. Innymi słowy, zastosowane określenie tej kategorii osób umieszczanych w wykazie jest uzasadnione koniecznością zapobiegania przestępstwom o charakterze terrorystycznym, ponieważ, jak się wydaje, precyzyjniejsze ich określenie po prostu nie jest możliwe. Należy bowiem ponownie podkreślić, że służby specjalne muszą dysponować przede wszystkim wiedzą na temat określonych podmiotów, żeby w ogóle móc diagnozować zagrożenia i podejmować wobec nich działania. Zastosowanie klauzuli proponowanej przez RPO, tj. określenie tej kategorii jako „osób, wobec których istnieje uzasadnione podejrzenie, że prowadzą działania zmierzające do popełnienia przestępstwa” oznaczałoby, że umieszczenie na temat danej osoby informacji w przedmiotowym wykazie byłoby możliwe dopiero wówczas, kiedy zostałaby ona uznana za osobę już prowadzącą działania prowadzące do dokonania przestępstwa o charakterze terrorystycznym. Wydaje się oczywiste, że umieszczanie w takim wykazie informacji o takiej osobie dopiero na tym etapie nastąpiłoby zbyt późno, aby spełnić cele regulacji, bowiem w razie identyfikacji takiej osoby należy już prowadzić działania kontrterrorystyczne, tymczasem podstawową funkcją przedmiotowego wykazu ma być właśnie identyfikowanie zagrożeń poprzez gromadzenie i analizę informacji mających umożliwić wytypowanie potencjalnego sprawcy przestępstwa celem dalszych, już ukierunkowanych, działań. Ujmując tę kwestię jeszcze inaczej, w celu zilustrowania mechanizmu działania instytucji opisanej w art. 6 kwestionowanej ustawy, należy wskazać, że w razie ujęcia tej regulacji w sposób np. proponowany przez RPO, taka osoba nie zostanie przez ABW w ogóle rozpoznana jako zagrożenie, jako osoba wobec której istnieje uzasadnione podejrzenie, że prowadzi działania zmierzające do popełnienia przestępstwa, właśnie dlatego, że nie będzie jej w tym wykazie – i, w przypadku braku innych źródeł informacji, będzie mogła go dokonać.

Wykaz ten nie ma bowiem mieć waloru dowodowego w postępowaniu karnym, lecz walor prewencyjny – ma umożliwiać ocenę i identyfikację zagrożenia oraz podjęcie ew. działań na najwcześniejszym możliwym etapie.

W tym miejscu, w nawiązaniu do powyższych rozważań, należy odnieść się do pozostałych zarzutów Rzecznika dotyczących art. 6 powyższej ustawy i ocenić przyjęte rozwiązania z perspektywy sprostania wymogom zasady proporcjonalności określonej w art. 31 ust. 3 w zw. z art. 37 ust. 2 Konstytucji wobec występującej bez wątpienia ingerencji w prawa chronione konstytucyjnie, określone w art. 47 oraz art. 51 ust. 2 Konstytucji. Poczynione rozważania, ze względu na tożsamość wzorców kontroli, będą w dużej mierze odnosić się również do zarzutów Rzecznika wobec innych przepisów ustawy o działaniach antyterrorystycznych.

Jak konsekwentnie podnoszono w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, zasada proporcjonalności ma fundamentalne znaczenia dla procesu wykładni i stosowania konstytucyjnych praw podmiotowych, ale sama nie jest prawem podmiotowym, przepis art. 31 ust. 3 Konstytucji RP nie określa bowiem wolności ani praw, ale zawiera ogólne zasady ich ograniczania (tak m.in. postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2000 r., sygn. Ts 105/00, OTK ZU nr 1/B/2002, poz. 59 oraz wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 stycznia 2010 r., sygn. SK 35/08, OTK ZU nr 1/A/2010, poz. 2). Zasada ta służy więc do oceny relacji między dobrami prawnymi w takim sensie, że proporcjonalność jest relacją między dobrem chronionym a poświęcanym.

Z ugruntowanego orzecznictwa Trybunału wynika, że wskazanymi w art. 31 ust. 3 Konstytucji przesłankami dopuszczalności ograniczenia praw i wolności są: ustawowa forma ograniczenia, istnienie w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia, funkcjonalny

związek ograniczenia z realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 wartości (bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i prawa innych osób) oraz zakaz naruszania istoty danego prawa lub wolności. Ograniczenia wolności i praw są dopuszczalne, jeżeli: 1) wprowadzona regulacja ustawowa jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków (jest przydatna); 2) regulacja ta jest wymagana (konieczna) do ochrony interesu publicznego, któremu służy (jest niezbędna); 3) jej korzyści (efekty) pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (jest proporcjonalna w ścisłym tego słowa znaczeniu) – [vide – zamiast wielu wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia: 11 kwietnia 2000 r., sygn. K 15/98, OTK ZU nr 3/2000, poz.86 oraz 4 listopada 2014 r., sygn. SK 55/13, OTK ZU, nr 10/A/2014, poz. 111].

Funkcją kwestionowanych przez Rzecznika przepisów jest zapewnienie realizacji jednego z podstawowych celów państwa, jakim jest zagwarantowanie bezpieczeństwa obywateli RP, w szczególności ochrona ich życia i zdrowia. W związku z tym należy uznać, że zaskarżony przepis realizuje wartość wskazaną w art. 31 ust. 3 Konstytucji, jaką jest ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego. Poprzez monitorowanie i zapobieganie przestępczości o charakterze terrorystycznym służy on również bezpośrednio ochronie praw i wolności innych osób, w szczególności prawa do życia (art. 38 Konstytucji).

Jak wspomniano, zarzut braku proporcjonalności wymaga przeprowadzenia testu, polegającego na udzieleniu odpowiedzi na trzy pytania dotyczące analizowanej normy: 1) czy jest ona w stanie doprowadzić do zamierzonych przez ustawodawcę skutków (przydatność normy); 2) czy jest ona niezbędna (konieczna) dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana (konieczność podjęcia przez ustawodawcę działania); 3) czy jej

efekty pozostają w proporcji do nałożonych przez nią na obywatela ciężarów lub ograniczeń (proporcjonalność *sensu stricto*). Wskazane postulaty przydatności, niezbędności i proporcjonalności *sensu stricto* składają się na treść wyrażonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji „konieczności”. Ograniczenia nie mogą przy tym naruszać istoty wolności i praw.

Trybunał Konstytucyjny nie bada pragmatycznej sprawności regulacji w zakresie realizacji celu założonego przez ustawodawcę. Przedmiotem kontroli Trybunału nie jest więc to, czy jakiś problem dałoby się uregulować „lepiej” albo „inaczej”. Trybunał natomiast bada, czy przyjęte konkretne regulacje prawne nie naruszają Konstytucji, sprzeniewierzając się zasadzie proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji). Kontrola Trybunału Konstytucyjnego obejmuje między innymi badanie adekwatności dolegliwości regulacji (odczuwalnej w zakresie chronionych konstytucyjnie dóbr i wartości) i znajdującego konstytucyjną legitymizację celu regulacji.

Odnosząc się wprost do elementów składowych tzw. „testu proporcjonalności”, interpretowanego przez Trybunał Konstytucyjny z art. 31 ust. 3 Konstytucji, należy stwierdzić, że, po pierwsze, utworzenie wykazu, w formule przyjętej w art. 6 ust. 1 i 2 ustawy o działaniach antyterrorystycznych jest „przydatne” – umożliwia doprowadzenie do zamierzonych przez ustawodawcę skutków.

W szczególności nie sposób podzielić poglądu RPO, że nie można ocenić, iż regulacja służy celowi, do jakiego została przyjęta, ponieważ „projektodawca nie wyjaśnił, czemu w istocie ma służyć gromadzenie informacji i jakie działania będą podejmowane w odniesieniu do osób, których dane znajdują się w wykazie” (s. 36 wniosku). Z uzasadnienia projektu ustawy wprost wynika, że „podstawowym celem przygotowywanej regulacji jest podniesienie efektywności polskiego systemu antyterrorystycznego, a tym samym

zwiększenie bezpieczeństwa wszystkich obywateli RP (...) W projekcie ustawy dokonano jasnego przypisania odpowiedzialności za zapobieganie terroryzmowi Szefowi Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz zapewniono temu organowi narzędzia prawno-organizacyjne, mające w założeniu umożliwić skuteczną realizację ww. zadania. (...) Wskazany wyżej wykaz osób mogących mieć związek ze zdarzeniami o charakterze terrorystycznym (prowadzony przez Szefa ABW zgodnie z art. 6 ust. 1, z zachowaniem wymogów dotyczących ochrony informacji niejawnych) stanowić będzie elementarne narzędzie pozwalające na realne działania w stosunku do tych osób. Utworzenie takiej bazy stanowi naturalną konsekwencję wzrostu zagrożenia zdarzeniami o charakterze terrorystycznym. We współczesnych realiach walki z terroryzmem **możliwość szybkiej identyfikacji osoby mającej związek ze zdarzeniem o charakterze terrorystycznym stanowi istotę sukcesu w przeciwdziałaniu, zwalczaniu oraz niwelowaniu skutków tej przestępczości** [podkreślenie własne]. Należy podkreślić, że umożliwi to również wymianę danych ze służbami państw trzecich, co przy zniesionych kontrolach granicznych w ramach porozumienia z Schengen wydaje się być w pełni uzasadnione” (uzasadnienie ustawy o działaniach antyterrorystycznych, LEX 2018). Tak więc projektodawca precyzyjnie wyjaśnił, czemu ma służyć gromadzenie przedmiotowych informacji – przeciwdziałaniu, zwalczaniu oraz niwelowaniu skutków przestępczości o charakterze terrorystycznym. Nie może więc ulegać wątpliwości, że prowadzenie przedmiotowego wykazu i umieszczenie wskazanych w nim osób w kręgu zainteresowania organów, które mają zapobiegać zdarzeniom o charakterze terrorystycznym, wraz z danymi ich dotyczącymi nie tylko jest przydatne dla tego celu, lecz jest wręcz warunkiem *sine qua non* skutecznego prowadzenia działań kontrwywiadowczych w tym zakresie. Wyjątkowa wartość danych wywiadowczych, w szczególności danych

o potencjalnych sprawcach ataków terrorystycznych, dla współczesnej walki z terroryzmem jest niekwestionowana w literaturze (*vide* – E. J. Dahl, D. Viola, *Intelligence and Terrorism*, Oxford Research Encyclopedia of International Studies, Oxford University Press USA, 2017, s. 4, <http://internationalstudies.oxfordre.com/view/10.1093/acrefore/9780190846626.001.0001/acrefore-9780190846626-e-91>, dostęp 25 stycznia 2018 r.; F. Gregory, *Intelligence-led Counter-terrorism: A Brief Analysis of the UK Domestic Intelligence System's Response to 9/11 and the Implications of the London Bombings of 7 July 2005*, Elcano Royal Institute, ARI 2005, nr 94, s. 2, <http://realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/2a2ada804f0185f7b9e2fd3170baead1/Gregory781-v.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2a2ada804f0185f7b9e2fd3170baead1>, dostęp 25 stycznia 2018 r.; R. J. Hughbank, D. Githens, *Intelligence and Its Role in Protecting Against Terrorism*, *Journal of Strategic Security* 3, 2010, nr 1, s. 31, <http://scholarcommons.usf.edu/jss/vol3/iss1/4>, dostęp 25 stycznia 2018 r.; E. Karmon, *The Role of Intelligence in Counter-Terrorism*, *The Korean Journal of Defense Analysis*, vol. XIV, spring 2002, nr 1, s. 139, https://www.researchgate.net/profile/Ely_Karmon/publication/265353872_The_Role_of_Intelligence_in_Counter-Terrorism/links/5409ae5c0cf2718acd3f8cfc/The-Role-of-Intelligence-in-Counter-Terrorism.pdf, dostęp 25 stycznia 2018 r., T. Keatinge, *Identifying Foreign Terrorist Fighters: The Role of Public-Private Partnership, Information Sharing and Financial Intelligence*, *The International Centre for Counter-Terrorism and RUSI* 6, 2015, nr 6, s. 2-5, https://www.icct.nl/wp-content/uploads/2015/07/OP-FININT_web_low-res.pdf, dostęp 25 stycznia 2018 r.).

Z tego względu, po drugie, rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę w art.6 ust. 1 i 2 ustawy o działaniach antyterrorystycznych jest „konieczne” – niezbędne dla ochrony bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego oraz wolności i praw innych osób (tu: potencjalnych pokrzywdzonych przestępstwami o charakterze terrorystycznym), a więc wartości wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Nieporozumieniem jest przy tym zarzut, że „z uchwalonego aktu prawnego wynika, że dane mogą być zbierane przez Szefa ABW w sposób określony w ustawie tylko z tego względu, że tak będzie najprościej” (s. 36 wniosku). Taka formuła regulacji jest niezbędna nie dlatego, że „tak będzie najprościej”, lecz dlatego, że gwarantuje to maksymalną, możliwą szybkość identyfikacji zagrożenia i zapobieżenia zdarzeniu o charakterze terrorystycznym, przynosi czytelne rezultaty, jest mniej inwazyjne od innych technik operacyjnych, a w określonych aspektach pracy kontrwywiadowczej jest wprost niezastąpione. Obrona niezbędności kwestionowanych rozwiązań jest o tyle trudniejsza, że dane wywiadowcze i opracowania dotyczące współczesnych metod działania służb specjalnych z natury rzeczy są bardzo trudno dostępne. Istnieje jednak jawne, cenne i niezależne źródło wiedzy o działaniu służb specjalnych na polu walki z terroryzmem – jest nim brytyjski urząd „niezależnego recenzenta ustawodawstwa dotyczącego zwalczania terroryzmu” (Independent Reviewer of Terrorism Legislation), który od lat 70. XX w. przygotowuje periodyczne raporty dotyczące realizacji brytyjskich zapisów ustawowych dotyczących walki z terroryzmem. Niezbędność i brak możliwości zastąpienia niskim kosztem kwestionowanych przez RPO form działalności służb specjalnych potwierdzają dane zebrane m.in. przez ten urząd. W odniesieniu do Masowych Zbiorów Danych Osobowych (Bulk Personal Datasets, dalej: MZDO), odpowiadających częściowo instytucji uregulowanej w art. 6 ust. 1 i 2 ustawy o działaniach

antyterrorystycznych, stwierdzono: „Analiza akt spraw wykazała, iż wykorzystanie MZDO stanowi sprawną i efektywną metodę identyfikacji potencjalnych agentów MI6 (A11/1,4), wrogich agentów (A11/2,3) oraz potencjalnych terrorystów (A11/5-15). Niektóre sprawy jednoznacznie wykazały użyteczność MZDO w ograniczeniu bardzo dużej liczby potencjalnych sprawców do liczby gwarantującej realną weryfikację. Na przykład, w sprawie A11/8 MI5 była w stanie zidentyfikować konkretną osobę z puli 27000 osób, co umożliwiło podjęcie kroków w celu zakłócenia jej działalności ekstremistycznej. MZDO były również używane zarówno do identyfikowania osób, wobec których zainteresowanie służb było uzasadnione, jak i do eliminowania z tej grupy osób, co do których podejrzenia były bezpodstawne. (...) MZDO umożliwiło MI5 sprawną identyfikację, spośród dużej liczby osób pracujących przy Olimpiadzie [w Londynie w 2012 r. – przyp. własny] tych, które powinny były zostać poddane działaniom śledczym. Niezbędna przy tym była szybkość działania” [D. Anderson, *Report of the Bulk Powers Review*, Independent Reviewer of Terrorism Legislation, Presented to Parliament by the Prime Minister by Command of Her Majesty, August 2016, s. 113, <https://terrorismlegislationreviewer.independent.gov.uk/wp-content/uploads/2016/08/Bulk-Powers-Review-final-report.pdf>, dostęp 26 stycznia 2018 r., tłum. własne]. Co istotne, D. Anderson szczegółowo również przeanalizował w przedmiotowym raporcie możliwość użycia alternatywnych technik wywiadowczych. Dla wykazania wadliwości argumentu RPO o tym, że „dane mogą być zbierane przez Szefa ABW w sposób określony w ustawie tylko z tego względu, że tak będzie najprościej”, kluczowa jest jedna z uwag poczynionych w powyższym raporcie: „Liberty [National Council for Civil Liberties (NCCL), organizacja zajmująca się ochroną praw obywatelskich w Wielkiej Brytanii – przyp. własny] argumentuje w szczególności, że nawet

»samotny wilk« musi zostać zradykalizowany, uzyskać broń oraz nawiązać kontakt z materiałami ekstremistycznymi. Jak się wydaje, Liberty zakłada, że celowane techniki obserwacji tych, z którymi samotny terrorysta nawiązuje kontakt, doprowadzą do jego identyfikacji. To może być trafne założenie w określonych przypadkach, ale jego słuszność całkowicie zależy od tego, czy służby specjalne mają wiedzę i zasoby, żeby monitorować te potencjalne kontakty (tłumaczenie własne, por. również pkt 8.19, s. 114 raportu)” [*ibidem*, s. 114]. Innymi słowy, celowana obserwacja, mająca na celu identyfikację ekstremistów, może zastąpić masową analizę danych dotyczących potencjalnych terrorystów wyłącznie wówczas, gdy służby specjalne mają z innych źródeł jakąkolwiek wiedzę o możliwości prowadzenia działalności ekstremistycznej. Tymczasem, co oczywiste, zdobycie takiej wiedzy z innych źródeł nie zawsze jest możliwe. Ramy stanowiska przekraczają szczegółowe odwołanie się do raportu D. Andersona, jednak jego treść nie pozostawia wątpliwości, że wykorzystanie MZDO i innych technik masowej analizy danych jest niezastąpione w procesie zapobiegania zdarzeniom o charakterze terrorystycznym. Autor ten odnośnie MZDO skonkludował: „Bez wahania należy podsumować, że MZDO są dla Służb Specjalnych bardzo użyteczne. Analiza akt spraw, które poddano analizie, przyniosła jednoznaczny dowód ich wartości. Ich fundamentalna użyteczność polega na identyfikacji i zdobywaniu wiedzy na temat celów, choć użycie MZDO może również umożliwić przedsięwzięcie sprawnych działań w celu przeciwdziałania zagrożeniu. (...) MZDO są używane przez Służby Specjalne w różnych celach: na przykład, w celu identyfikacji potencjalnych terrorystów i agentów, zapobiegania ich przemieszczaniu się, umożliwienia właściwego ustalenia priorytetów. W danym przypadku często jest możliwe wskazanie alternatywnej techniki operacyjnej, która mogłaby zostać użyta. Jednakże wiele takich alternatyw byłoby

wolniejszych, przynosiłoby mniej czytelne rezultaty i byłoby bardziej inwazyjnych. Wartość trafnych informacji, uzyskanych szybko, jest znacząca. (...) W pewnych dziedzinach, w szczególności w przypadku analizy wzorców oraz wykrywania anomalii [prowadzących do ujawnienia wrogiej działalności – przyp. własny, por. pkt 8.19, s. 114 raportu], nie ma realnych alternatyw dla użycia MZDO. Te aspekty pracy służb mają fundamentalne znaczenie, ponieważ zapewniają informacje o zagrożeniu w braku jakiegokolwiek innego źródła wywiadowczego. Analiza akt spraw zawiera przekonujące przykłady wartości analizy wzorców (A11/2)” [*ibidem*, s. 117-118, tłum. własne]. Warto również nadmienić, że podobne rozwiązania są powszechnie stosowane w innych państwach Unii Europejskiej, np. we Francji (*vide* – ustawa o wywiadzie z 2015 r., M. Wróblewska-Łysik, *Zaangażowanie Francji w walkę z terroryzmem po zamachu na „Charlie Hebdo”*, Bezpieczeństwo Narodowe 2015, nr 35, s. 67-90). Innymi słowy, niezbędność prowadzenia wykazu, o którym mowa w art. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych jest niezaprzeczalna.

Podobnie niezbędna jest regulacja art. 6 ust. 2 ustawy o działaniach antyterrorystycznych. W zapobieganiu zdarzeniom o charakterze terrorystycznym fundamentalnie istotne jest nie tylko rozpoznanie zagrożenia, lecz również – a może przede wszystkim – podjęcie właściwych działań, w szczególności skoordynowanych w ramach różnych służb. Dość powiedzieć, że w przypadku zamachu na wieże World Trade Center w dniu 11 września 2001 r. służby wywiadowcze USA miały pewną wiedzę o istotnych okolicznościach z nim związanych, lecz albo ją zlekceważyły, albo niewłaściwie ją redystrybuowały; podobna sytuacja miała miejsce w przypadku zamachu w Madrycie 11 marca 2004 r., kiedy służby miały pewne istotne informacje, ale nie były w stanie się nimi wymienić (F. Gregory, *op. cit.*, s. 2). Brak należytej

współpracy między służbami specjalnymi był również jednym z powodów efektywnego wykonania zamachów we Francji w 2015 r. (A. Chrisafis, *Paris attacks inquiry finds multiple failings by French intelligence agencies*, The Guardian 2016, 5 lipca, <https://www.theguardian.com/world/2016/jul/05/paris-attacks-inquiry-multiple-failings-french-intelligence-agencies>, dostęp 27 stycznia 2018 r.) oraz w Brukseli 22 marca 2016 r. (J. Brunsden, *Europe's failure to share intelligence hampers terror fight*, Financial Times 2016, 4 kwietnia, <https://www.ft.com/content/f9baf7e8-f975-11e5-b3f6-11d5706b613b>, dostęp 27 stycznia 2018 r.). Powyższe problemy zostały również dostrzeżone w instytucjach Unii Europejskiej, co doprowadziło do powstania i wzmocnienia roli Centrum Analiz Danych Wywiadowczych Unii Europejskiej (INTCEN - EU Intelligence Analyses Center, <http://eu-un.europa.eu/factsheet-on-eu-intelligence-analyses-center-intcen/>) oraz Europejskiego Centrum Działań Antyterrorystycznych (ECTC – European Counter Terrorism Centre, <https://www.europol.europa.eu/about-europol/european-counter-terrorism-centre-ectc>), które pod sztandarem Komisji Europejskiej prowadzi m.in. Program Śledzenia Finansów Terrorystycznych (Terrorist Finance Tracking Programme), nadzorujący europejsko-amerykańską wymianę danych finansowych obywateli, oraz ma koordynować współpracę międzynarodową europejskich służb wywiadowczych. Nie ulega więc wątpliwości, że specyfika współczesnych zagrożeń terrorystycznych wymaga nie tylko sprawnego zbierania i analizy informacji o zagrożeniach, lecz również sprawnej dystrybucji dostępu do tych informacji. Z tego względu rozwiązanie przewidziane w art. 6 ust. 2 ustawy jest niezbędne.

Po trzecie, omawiana regulacja jest „proporcjonalna *sensu stricto*”, tj. cel jej wprowadzenia i jej efekty pozostają w proporcji do nałożonych przez nią na obywatela bądź cudzoziemca ograniczeń.

W sytuacji przedstawionego konfliktu wartości mamy do czynienia, z jednej strony, z wartościami wynikającymi z zasady dobra wspólnego określonej w art. 1 Konstytucji, zasady prawa do życia określonej w art. 38 Konstytucji oraz normami wywiedzionymi z art. 82 i art. 83 Konstytucji, a z drugiej strony, z prawem do ochrony autonomii informacyjnej gwarantowanym w art. 47 w zw. art. 51 ust. 2 Konstytucji.

Jak wskazuje M. Piechowiak, w odniesieniu do normatywnej zawartości art. 1 Konstytucji, „rdzeń znaczeniowy terminu »dobra wspólne« wyznaczony jest przytoczonym w trakcie drugiego czytania określeniem, iż dobra wspólne to suma tych warunków życia społecznego, dzięki którym jednostki, rodziny i zrzeszenia mogą pełniej i łatwiej osiągnąć swoją własną doskonałość, i polega ono przede wszystkim na poszanowaniu przyrodzonych praw oraz obowiązków osoby ludzkiej” (M. Piechowiak, komentarz do art. 11 Konstytucji RP [w:] M. Safjan i L. Bosek (red.), *Konstytucja RP, Tom I, art. 1-86*, Legalis 2017, teza 59). Za dobra wspólne lub jego element TK uznał: byt państwa (określony także mianem interesu wspólnego; *vide* – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 marca 2000 r., sygn. K 26/98, OTK ZU nr 2000/2/57, pkt III.2), bezpieczeństwo państwa (wyrok z dnia 25 listopada 2003 r., sygn. K 37/02, OTK ZU nr 9/A/2003, poz. 96 i z dnia 3 lipca 2001 r., sygn. K 3/01, OTK ZU nr 5/2001, poz. 125, pkt III.3), bezpieczeństwo i obronność kraju (wyrok z dnia 3 lipca 2001 r., sygn. K 3/01, OTK ZU nr 5/2001, poz. 125, pkt III.3). W jednym z orzeczeń stwierdzono: „Trybunał Konstytucyjny uważa za fakt niewątpliwy, że pierwszą przyczyną, dla której prawa jednostki mogą być ograniczane jest ochrona dobra wspólnego (...). W świetle tego przepisu, któremu – zważywszy na systematykę konstytucji – została nadana najwyższa ranga, nie może budzić wątpliwości, że zapewnienie bezpieczeństwa państwa jest celem usprawiedliwiającym ograniczenia wszelkich praw i wolności

obywatelskich” (wyrok z dn. 3 lipca 2001 r., sygn. K 3/01, *op. cit.*; *vide* – także wyroki z dn. 25 listopada 2003 r., sygn. K 37/02, *op. cit.* i 16 kwietnia 2002 r., sygn. SK 23/01, OTK ZU 3/A/2002, poz. 26). Trybunał Konstytucyjny wskazał, m.in. w wyroku z dn. 6 lipca 2011 r., sygn. P 12/09 (OTK ZU nr 6/A/2011, poz. 51) takie elementy dobra wspólnego jak: prestiż organów państwa, zaufanie obywateli do RP, identyfikacja obywateli z państwem. W imię dobra wspólnego ograniczana może być wolność osobista (*vide* – wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia: 1 czerwca 1999 r., sygn. SK 20/98, OTK ZU nr 5/1995, poz. 93; 10 lipca 2000 r., sygn. SK 21/99, OTK ZU nr 5/2000, poz. 144, pkt III.8; 5 lipca 2005 r., sygn. SK 26/04, OTK ZU nr 7/A/2005, poz. 78, pkt III.3; 10 lipca 2007 r., sygn. SK 50/06, OTK ZU nr 7/A/2007, poz. 75, pkt III.3.1; 10 czerwca 2008 r., sygn. SK 17/07, OTK ZU nr 5/A/2008, poz. 78, pkt III.5.1; postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia: 22 października 2008 r., sygn. TS 231/08, OTK ZU nr 3/B/2009, poz. 205; 3 czerwca 2009 r., sygn. TS 231/08, OTK ZU, nr /3/B/2009, poz. 206; 20 listopada 2012 r., sygn. SK 3/12, OTK ZU nr 10/A/ 2013, poz. 123). Zdaniem Trybunału, dobra osobiste mogą doznawać uszczerbku ze względu na – służące ochronie dobra wspólnego – wszczęcie postępowania karnego (*vide* – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dn. 17 grudnia 2003 r., sygn. SK 15/02, OTK ZU nr 9/A/2003, poz. 103).

Powiązane z dobrem wspólnym poczucie sprawiedliwości wymaga karania przestępców i odpowiedzialności za czyny naruszające przepisy prawa karnego (*vide* – wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia: 25 maja 2004 r., sygn. SK 44/03, OTK ZU, nr 5/A2004, poz. 46, pkt IV; 15 października 2008 r., sygn. P 32/06, OTK ZU nr 8/A/2008 , poz. 138, pkt III.3). Środkiem służącym ochronie dobra wspólnego jest procedura karna i chociaż wskutek wszczęcia postępowania karnego mogą doznawać uszczerbku czyjeś dobra osobiste, to jednak ryzyko związane z uruchomieniem takiej procedury „*muszą ponosić*

wszyscy obywatele w interesie ochrony dobra wspólnego. Wynikające stąd dolegliwości, jako spowodowane legalnymi działaniami władzy publicznej, nie mogą być uważane za podstawę powstania bezwarunkowego obowiązku kompensacyjnego państwa” (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 grudnia 2003 r., sygn. SK 15/02, OTK ZU 9/A/2003, poz. 103, pkt III.7). Uwzględniając powyższą argumentację sądu konstytucyjnego, za oczywiste należy uznać, że powiązane z dobrem wspólnym poczucie sprawiedliwości wymaga nie tylko karania przestępców jako takiego, lecz tym bardziej – w razie posiadania odpowiednich środków - zapobiegania przestępstwom. Wbrew stanowisku Rzecznika, trudno o coś bardziej druzgocącego dla zaufania obywateli do państwa, prestiżu organów państwa i identyfikacji obywateli z państwem niż dopuszczenie do masowego zabójstwa, które, bądź co bądź, jest najbardziej typowym zdarzeniem o charakterze terrorystycznym.

Z zasady dobra wspólnego, określonej w art. 1 Konstytucji, stanowiącej rdzeń ustroju Rzeczypospolitej, wynika również służebna rola państwa wobec obywateli. Służebność ta musi polegać m.in. na zobowiązaniu państwa do zagwarantowania poszanowania praw obywateli również ze strony innych obywateli, którzy na mocy EKPCz oraz art. 31 ust. 2, art. 82 i art. 83 Konstytucji obowiązani są do ich realizacji i przestrzegania (tzw. horyzontalne działanie praw człowieka, tak: M. Piechowiak, komentarz do art. 82 Konstytucji RP [w:] M. Safjan i L. Bosek (red.), *Konstytucja RP, Tom I, art. 1-86*, Legalis 2017, teza 49). Jedną z form realizacji tego zobowiązania jest, jak się wydaje, przyjęcie regulacji umożliwiających skuteczne zapobieganie zdarzeniom o charakterze terrorystycznym.

Nie sposób również w tym kontekście pominąć innego fundamentu ustroju Rzeczypospolitej, tj. zasady sprawiedliwości, wynikającej zarówno z preambuły Konstytucji, jak i art. 2. Przypomnieć należy, że ustrojodawca

zapisał w treści preambuły: „ustanawiamy Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej jako prawa podstawowe dla państwa oparte na poszanowaniu (...) sprawiedliwości (...)”. Normatywny aspekt zasady sprawiedliwości społecznej, wymienionej w treści art. 2 Konstytucji, obejmuje sprawiedliwość retrybutywną (*vide* – P. Tuleja, komentarz do art. 2 Konstytucji RP [w:] M. Safjan i L. Bosek (red.), *Konstytucja RP, Tom I, art. 1-86*, Legalis 2017, teza 82). Skoro Trybunał Konstytucyjny w swoich orzeczeniach rozciągnął pojęcie sprawiedliwości społecznej, obejmując nim takie wartości jak: tworzenie warunków zdrowego i stabilnego rozwoju gospodarczego, zachowanie równowagi budżetowej, prawo obywateli i ich reprezentacji do ustalania priorytetów polityki gospodarczej i społecznej, równość praw, solidarność społeczna, zapewnienie minimum bezpieczeństwa socjalnego oraz podstawowych warunków egzystencji osobom pozostającym bez pracy nie z własnej winy (*vide* – W. Sokolewicz, M. Zubik, komentarz do art. 2 Konstytucji, [w:] L. Garlicki, M. Zubik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej – Komentarz, t. I, s. 160*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2016), to tym bardziej, jak się wydaje, należy objąć tym pojęciem obowiązek zapewnienia bezpieczeństwa fizycznego obywatelom.

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że, zestawiając wartości objęte normami konstytucyjnymi ustanawiającymi zasadę dobra wspólnego, określoną w art. 1 Konstytucji, prawo do życia określone w art. 38 Konstytucji oraz obowiązki wynikające z art. 82 i art. 83 Konstytucji z prawem do ochrony autonomii informacyjnej, gwarantowanym w art. 47 w zw. z art. 51 ust. 2 Konstytucji, efekty art. 6 ust. 1 i 2 ustawy o działaniach antyterrorystycznych trzeba uznać za pozostające w proporcji do nałożonych na adresata ograniczeń. W szczególności bowiem należy zauważyć, że przedmiotowy konflikt wartości polega w istocie na zestawieniu prawa do swego rodzaju komfortu (prawo do

prywatności) z prawem egzystencjalnym, chroniącym przede wszystkim życie i zdrowie człowieka.

Z powyższych względów należy stwierdzić, że art. 6 ust. 1 i 2 ustawy o działaniach antyterrorystycznych są zgodne z art. 47 w zw. z art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz art. 8 EKPCz.

Analizując zgodność art. 6 ust. 3 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z art. 51 ust. 5 oraz art. 93 ust. 2 Konstytucji należy stwierdzić, co następuje.

Trafnie w tym względzie Marszałek Sejmu w swoim stanowisku stwierdził, że wskazane przez RPO wzorce kontroli nie pozwalają na podzielenie stanowiska Rzecznika o zbyt szerokim zakresie delegacji ustawowej do wydania przez Szefa ABW zarządzenia, w którym uregulowany zostanie zakres informacji gromadzonych w wykazie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, sposób prowadzenia tego wykazu, a także tryb przekazywania podmiotom oraz służbom specjalnym, o których mowa w art. 5 ust. 1 ustawy, informacji z tego wykazu.

Ustawa w sposób wyraźny upoważnia Szefa ABW do wydania wspomnianego zarządzenia i wskazuje zakres przyznanej mu kompetencji prawotwórczej, co w tym kontekście czyni zadość wymaganiom wynikającym z art. 93 ust. 2 zd. 1 Konstytucji. Należy przy tym pamiętać, że z istoty zarządzenia wynika, że choć podmiot je wydający ma istotną swobodę w kształtowaniu jego treści, to jednak czynić to może wyłącznie w ramach porządku ustawowego (*vide* – A. Krzywoń, *Podstawa prawna do wydania aktu prawa wewnętrznego (na tle art. 93 ust. 2 Konstytucji)*, Przegląd Sejmowy, Nr 2(127)2015). Wydając przedmiotowe zarządzenie Szef ABW nie może więc w żadnym stopniu modyfikować sfer, które uregulowane są ustawami. Tym

samym, treści, które zgodnie z zamiarem ustawodawcy zostały przekazane do uregulowania przez Szefa ABW, ograniczają się do kwestii technicznych i organizacyjnych wynikających z potrzeby realizacji unormowań ustawy o działaniach antyterrorystycznych, a zwłaszcza jej art. 3 ust. 1 i art. 6 ust. 1 i 2.

Zarządzenie może więc dotyczyć wyłącznie gromadzenia danych osób enumeratywnie wymienionych w art. 6 ust.1 pkt 1-4 ustawy antyterrorystycznej, a zakres gromadzonych informacji musi być ograniczony jedynie do danych istotnych z uwagi zapobieganie zdarzeniom o charakterze terrorystycznym (art. 3 ust. 1). Wyraźnie wskazano też podmioty, którym mogą być udostępniane dane znajdujące się w wykazie. Materialna przesłanka przekazania informacji nie może być natomiast rozumiana inaczej jak konieczność zapobieżenia zdarzeniu o charakterze terrorystycznym. Wreszcie, sposób prowadzenia wykazu niewątpliwie jest kwestią o charakterze jedynie organizacyjnym i technicznym. Jednocześnie należy przypomnieć przedstawione już oceny, dotyczące stopnia określoności wskazanych wyżej pojęć, którymi posługuje się ustawa o działaniach antyterrorystycznych.

W istocie, błędnie Rzecznik przyjął, że podstawą decyzji (w rozumieniu art. 93 ust. 2 zd. 2 Konstytucji) podejmowanych przez polskie organy władzy publicznej wobec osób umieszczonych w wykazie będzie stanowiło wymienione zarządzenie. Jak trafnie zauważył Marszałek Sejmu, dane zawarte w wykazie są bowiem jedynie faktyczną podstawą tego rodzaju decyzji. Podstawą prawną wykorzystania tych informacji w procesie decyzyjnym organów władzy publicznej są więc przepisy rangi ustawowej, a nie zarządzenie Szefa ABW, które jest przecież aktem o charakterze li tylko wewnętrznym.

Z podanych wyżej powodów, w kontekście normatywnej treści art. 3 ust. 1 i 6 ust. 1 i 2 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, a także uwzględniając

wagę i specyfikę przedmiotu regulacji, uznać należy, że zaskarżony art. 6 ust. 3 tej ustawy jest zgodny ze wskazanymi we wniosku wzorcami kontroli.

Rzecznik stwierdził, że art. 10 ust. 1 kwestionowanej ustawy narusza zasadę przyzwoitej legislacji, ponieważ odwołuje się do bardzo ogólnych pojęć „istnienia podejrzenia” oraz „istnienia wątpliwości”, a także używa podwójnie nieprecyzyjnych i ocennych pojęć, tj. „podejrzenia” związku ze „zdarzeniem terrorystycznym”. Wnioskodawca odwołał się przy tym do argumentacji podniesionej przy omawianiu art. 2 pkt 7 ustawy o działaniach antyterrorystycznych (s. 50 wniosku). Z tego względu, w celu uniknięcia powtarzania kontrargumentów odpierających ten zarzut, należy stwierdzić, że z przytaczanych w tym kontekście powodów nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że art. 10 ust. 1 narusza zasady określoności przepisów prawnych bądź inne elementów zasady przyzwoitej legislacji, a więc należy uznać, że jest on zgodny z art. 2 Konstytucji.

Ponadto, Wnioskodawca stanął na stanowisku, że art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych narusza art. 47 oraz art. 51 Konstytucji w zw. z art. 37 i art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz art. 8 w zw. z art. 14 EKPCz. W zakresie niezgodności z art. 51 ust. 2 Konstytucji na wstępie należy podnieść, że kwestionowany przepis nie pozostaje w koniecznym merytorycznym związku z tym wzorcem kontroli, bowiem dotyczy on wyłącznie osób niebędących obywatelami Rzeczypospolitej Polskiej, gdy tymczasem z art. 51 ust. 2 Konstytucji wynika zakaz dotyczący wyłącznie obywateli polskich (*vide* – M. Wild, komentarz do art. 51 Konstytucji RP [w:] M. Safjan i L. Bosek (red.), *Konstytucja RP, Tom I, art. 1-86*, Legalis 2017, teza 21). Twierdzenie RPO, że uregulowanie to „może oznaczać również gromadzenie danych obywateli polskich, skoro jedną z przesłanek do gromadzenia danych jest wątpliwość co

do tożsamości osoby” (s. 46 wniosku), jak się wydaje, jest nietrafne. Należy bowiem zauważyć, że taka interpretacja tego przepisu oznaczałaby, że umieszczone w tym przepisie sformułowanie „osoby niebędącej obywatelem Rzeczypospolitej Polskiej” byłoby zbędne, skoro niezależnie od domniemanego obywatelstwa organy wskazane w tym przepisie mogłyby wykonać omówione w nim czynności. Z tego względu należy stwierdzić, że przepis ten dotyczy wyłącznie osób nielegitymujących się polskim dowodem tożsamości.

Mając powyższe na uwadze, należy uznać, że art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych nie jest niezgodny z art. 51 ust. 2 Konstytucji.

W zakresie niezgodności art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z art. 47 w zw. z art. 51 ust. 1 w zw. z art. 37 ust. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji należy uznać, że pogląd wyrażony we wniosku RPO jest niezasadny. Nie ulega wątpliwości, że kwestionowany przepis ingeruje w prawo do prywatności określone w art. 47 Konstytucji, jednakże ingerencja ta jest uzasadniona w świetle art. 37 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Sam Rzecznik trafnie zauważa, że zgodnie z nowszym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego „[k]onsekwencją obowiązywania art. 37 ust. 2 Konstytucji jest (...) możliwość dokonania bardziej elastycznej interpretacji poszczególnych przesłanek składających się na zasadę proporcjonalności, uzasadniającej większy poziom ingerencji w wolności i prawa osób nieposiadających polskiego obywatelstwa niż obywateli” (s. 53 wniosku). Nie sposób zgodzić się argumentacją, na której opiera swoje stanowisko Wnioskodawca, dokonując testu proporcjonalności tej regulacji. Po pierwsze, kwestionowana regulacja jest istotnie szersza od przepisów ustaw pragmatycznych, które przywołuje RPO (s. 49 wniosku), ponieważ nie ogranicza się wyłącznie do postępowania karnego – co uwzględnwszy kontrwywiadowczy charakter ustawy nie może dziwić.

Przydatność rozwiązania zawartego w art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych w kontekście rozróżnienia statusu obywateli RP i cudzoziemców wydaje się oczywista – istnieje możliwość ustalenia tożsamości obywatela polskiego oraz zweryfikowania autentyczności dokumentów, jakimi się posługuje, bez odwoływania się do metod wskazanych w treści tego przepisu. Tymczasem, w stosunku do cudzoziemców, weryfikacja ich tożsamości oraz autentyczności ich dokumentów tożsamości jest bardzo często niemożliwa, istnieje bowiem wiele państw, które pozostają w stanie wojny domowej, w których władza administracyjna nie funkcjonuje albo funkcjonuje w ograniczonym stopniu i które nie są w stanie udzielić pomocy w celu zweryfikowania tożsamości ich rzekomego obywatela. Co więcej, zbieranie takich danych o cudzoziemcach – w razie wątpliwości co do ich tożsamości – umożliwia również wymianę danych w tym zakresie ze służbami innych państw, oraz umożliwia stosowanie technik analizy MZDO, których niezbędność dla ochrony antyterrorystycznej została wykazana wyżej. Co więcej, możliwość zastosowania art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych wywiera również efekt mrozący na potencjalnych sprawców przestępstw o charakterze terrorystycznym – jest oczywiste, że dokonanie zamachu, a w szczególności uniknięcie odpowiedzialności po jego dokonaniu, dzięki instytucjom zawartym w art. 10 i innych przepisach ustawy o działaniach antyterrorystycznych jest istotnie trudniejsze. W konsekwencji, Rzeczypospolita Polska staje się mniej atrakcyjnym celem działań terrorystycznych. Należy przy tym stwierdzić, że z powyższych względów, dotyczących trudności z identyfikacją cudzoziemców i względnie łatwym sposobem identyfikacji i weryfikacji danych obywateli RP, chybiony jest argument Wnioskodawcy, iż „[c]ałkowicie pomija się (...) w ten sposób zagrożenie, jakie może wynikać z działań obywateli Polski” (s. 54 wniosku). Warto przy tym nadmienić, że kontrolowaniu zagrożenia ze strony

obywateli Polski służą inne przepisy zarówno ustawy o działaniach antyterrorystycznych, jak i niektórych innych ustaw. Ponadto, wszelkie dane wskazują, iż to zagrożenie terrorystyczne ze strony cudzoziemców, a nie obywateli polskich, jest przede wszystkim relewantne. Dla państw europejskich szczególnie dotkliwy stał się problem tzw. „zagranicznych bojowników terrorystycznych” (*foreign terrorist fighters*), tj. zagranicznych najemników, którzy zostawili codzienne życie, jakie wiedli w krajach cywilizacji zachodniej, i wsparli dżihad w szeregach tzw. Państwa Islamskiego – a po powrocie stanowią realne zagrożenie dla państw demokracji zachodniej. Należy odnotować, że choć w raporcie z 2016 r. Europol oszacował, że ponad 5000 Europejczyków wyruszyło do Syrii i Iraku w celu podjęcia walki w szeregach tzw. Państwa Islamskiego (P. Roell, *Counter-terrorism and the Importance of Intelligence*, ISPSW Strategy Series: Focus on Defense and International Security, Issue No. 447, September 2016, s. 3, http://www.ispsw.com/wp-content/uploads/2016/09/447_Roell_Oslo.pdf, dostęp 26 stycznia 2018 r.), to udział bojowników pochodzących z Polski w jego szeregach jest tak marginalny, że nie występuje w zestawieniach statystycznych (por. T. Keatinge, *Identifying Foreign Terrorist Fighters: The Role of Public-Private Partnership, Information Sharing and Financial Intelligence*, The International Centre for Counter-Terrorism and RUSI 6, 2015, nr 6, s. 9, https://www.icct.nl/wp-content/uploads/2015/07/OP-FININT_web_low-res.pdf, dostęp 25 stycznia 2018 r.). Z samych Niemiec do sierpnia 2016 r. wyruszyło do walki dla tzw. Państwa Islamskiego ponad 800 osób, z czego 120 zostało zabitych w walce. Niemiecka służba kontrwywiadu (BfV) ustaliła, że na terenie Niemiec doszło do ponad 340 przypadków prób rekrutacji uchodźców, w szczególności samotnych nieletnich, przez ekstremistów muzułmańskich. Co więcej, do sierpnia 2016 r. ustalono, iż przynajmniej 17 ekstremistów z tzw. Państwa Islamskiego dostało

się do Europy jako uchodźcy (P. Roell, *op. cit.*, s. 3-4). Jak wskazują powyższe dane, zagrożenie terrorystyczne dla Polski – w szczególności ze strony fundamentalistów muzułmańskich – może pochodzić przede wszystkim ze strony cudzoziemców.

Fundamentalną rolę danych biometrycznych i masowej analizy danych w identyfikacji potencjalnych terrorystów potwierdza również Interpol. Implementacja biometrycznych baz danych Interpolu do kontroli granicznych pozwala regularnie identyfikować potencjalnie niebezpieczne osoby. Baza danych odcisków palców Interpolu zawiera ponad 180.000 rekordów, jest przeszukiwana ponad 40.000 razy rocznie, doprowadzając do ponad 1700 pozytywnych identyfikacji w skali roku. Funkcjonująca od 2016 r. baza danych obrazów twarzy Interpolu zawiera dane ze 135 państw i w pierwszym roku działalności pozwoliła na około 50 identyfikacji. Wymiana danych wywiadowczych między państwami pozwoliła greckim władzom zidentyfikować wśród migrantów, którzy dotarli do Grecji łodzią, osobę podejrzaną o zamach terrorystyczny na Kaukazie (dane Interpolu, *Biometric data plays key role in fighting crime and terrorism*, <https://www.interpol.int/News-and-media/News/2017/N2017-170>, dostęp 30 stycznia 2018 r.). Z powyższych względów oraz mając na uwadze wcześniejszą argumentację dotyczącą niezbędności analizy MZDO dla efektywnego zapobiegania zdarzeniom o charakterze terrorystycznym, rozwiązanie zawarte w art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych należy uznać za niezbędne. Zupełnym nieporozumieniem – znowu – jest przy tym mowa o kwestionowanej regulacji w kategoriach „najprostszego” i „najwygodniejszego” rozwiązania (s. 54 wniosku). Kształt rozwiązań tego typu, mających zapewniać bezpieczeństwo osób przebywających na terytorium

Rzeczypospolitej Polskiej oraz chronić ich prawo do życia, gwarantowane w art. 38 Konstytucji, musi zapewniać również maksymalną, możliwą efektywność diagnozowania zagrożeń. W świetle przytoczonych danych, uwzględniając możliwość dokonania bardziej elastycznej interpretacji poszczególnych przesłanek składających się na zasadę proporcjonalności na mocy art. 37 ust. 2 Konstytucji, jednoznacznie należy stwierdzić, że środki przewidziane w art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych są niezbędne (konieczne) w tym sensie, że będą one chronić w szczególności prawo do życia w sposób i w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków, a jednocześnie – w relacji do praw, których ochronie służą – są najmniej uciążliwe dla podmiotów, których prawo bądź wolność ulegają ograniczeniu (stosownie do wymagań wskazanych w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04, OTK ZU nr 11/A/2005, poz. 132). Zestawienie ochrony prawa do życia osób znajdujących się na terenie RP, określonego w art. 38 Konstytucji, z komfortem wynikającym z prawa do prywatności cudzoziemców, określonym w art. 47 Konstytucji, przesądza, jak się wydaje, o proporcjonalności *sensu stricto* rozwiązania zawartego w art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych. Proporcjonalność tego rozwiązania znajduje również umocowanie w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, w którym stwierdzono: *„Trybunał Konstytucyjny nie neguje dopuszczalności dalszego przechowywania (to jest po ich analizie i stwierdzeniu ewentualnej nieprzydatności w prowadzonym postępowaniu w konkretnej sprawie) danych telekomunikacyjnych dotyczących cudzoziemców znajdujących się pod władzą Rzeczypospolitej Polskiej [a więc dalece głębszej ingerencji w prawo do prywatności niż w omawianym przypadku – przyp. wł.], w szczególności jeśli istnieją poważne i uzasadnione podejrzenia co do ich zaangażowania*

w działalność zagrażającą bezpieczeństwu państwa, w tym w terroryzm i przestępczość zorganizowaną. Takie zróżnicowanie stopnia ochrony ma swe umocowanie przede wszystkim w art. 51 ust. 2 i art. 37 ust. 2 Konstytucji” (OTK ZU nr 7/A/2014, poz. 80).

Należy przy tym zauważyć, że – wbrew twierdzeniom Wnioskodawcy – orzecznictwo ETPCz dopuszcza rozróżnienie w zakresie poziomu ochrony prawa do prywatności w zależności od przynależności państwowej osoby znajdującej się w jurysdykcji państwa, i to nawet w zakresie daleko bardziej inwazyjnej ingerencji w prawo do prywatności, jak uniemożliwienie połączenia członków rodziny bądź wydalenie – nawet z całą rodziną – z państwa strony Konwencji (*vide* - P. Hofmański, A. Wróbel, komentarz do art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Tom I, Komentarz do artykułów art.1-18*, teza 79-81, Legalis 2017; P. Hofmański, A. Wróbel, komentarz do art. 14 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Tom I, Komentarz do artykułów art.1-18*, teza 46-47, Legalis 2017). W przedmiotowej sprawie argumentem usprawiedliwiającym nierówne traktowanie cudzoziemców w sytuacjach określonych w art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych jest w szczególności wskazywane powyżej zagrożenie ekstremizmem muzułmańskim pochodzące spoza granic RP – jak podniesiono, ze względu na specyficzne uwarunkowania kulturowo-etniczne oraz dane wskazujące na marginalne zaangażowanie obywateli RP w międzynarodowy terroryzm.

W zakresie zakwestionowanej przez Rzecznika regulacji art. 10 ust. 6 ustawy, należy zwrócić uwagę, że przepis ten zawiera jedynie upoważnienie do określenia w drodze rozporządzenia sposobu i trybu pobierania danych określonych w ust. 1 oraz ich przekazywania Komendantowi Głównemu Policji, nie określa natomiast zasad i trybu gromadzenia i udostępniania informacji, które są zdefiniowane w art. 10 ust. 1-5 kwestionowanej ustawy. Innymi słowy, rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów wydane na podstawie kwestionowanego artykułu ma jedynie określać kwestie techniczne związane z realizacją postanowień art. 10 ust. 1-5 ustawy. Nie można więc podzielić poglądu o naruszeniu przez art. 10 ust. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych normy wynikającej z art. 51 ust. 1 i 5 Konstytucji.

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych jest zgodny z art. 47 w zw. z art. 51 ust. 1 i 5 Konstytucji w zw. z art. 37 ust. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz art. 8 w zw. z art. 14 EKPCz.

W zakresie niezgodności art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z art. 2, art. 47 oraz art. 51 ust. 2 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 EKPCz należy stwierdzić, co następuje.

W odniesieniu do niezgodności kwestionowanego przepisu z art. 2 Konstytucji, Rzecznik odniósł się do argumentacji dotyczącej ocenianej przez Niego jako nieprecyzyjnej definicji „zdarzenia o charakterze terrorystycznym”, znajdującej się w art. 2 pkt 7 ustawy o działaniach antyterrorystycznych (s. 61 wniosku). Z tego względu, w tym zakresie należy odwołać się do już przytoczonej argumentacji dotyczącej konstytucyjności tego przepisu, i stwierdzić, że z tych samych względów art. 11 kwestionowanej

ustawy nie narusza zasady określoności przepisów prawnych ani innych elementów zasady przyzwoitej legislacji i jest zgodny z art. 2 Konstytucji.

Nie sposób również podzielić poglądu Rzecznika o niezgodności art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z art. 47 oraz art. 51 ust. 2 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 EKPCz. Proporcjonalność ingerencji w prawo do prywatności wydaje się w przypadku kwestionowanego przepisu wręcz oczywista.

Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, że przepis ten nie tworzy w istocie nowej instytucji ani nowego zbioru danych, lecz jedynie gwarantuje Szefowi ABW dostęp do już istniejących publicznych zbiorów danych. W świetle celu, do którego kwestionowany przepis się odwołuje – zapobiegania zdarzeniom o charakterze terrorystycznym – przydatność i niezbędność takiego rozwiązania była już w niniejszym stanowisku przytaczana. Należy w szczególności podkreślić, że w przypadku dostępu do publicznych rejestrów sąd konstytucyjny przyjął obniżone standardy ochrony prawa do prywatności i autonomii informacyjnej. W wyroku z dnia 30 lipca 2014 r., sygn. K 23/11, Trybunał wprost stwierdził: *„Trybunał Konstytucyjny nie wyklucza, by ustawodawca – w pewnych okolicznościach - odstąpił od ustanowienia zewnętrznego nadzoru nad niejawnym pozyskaniem informacji o jednostce w drodze czynności operacyjno-rozpoznawczych. Dotyczyć może to pozyskiwania jedynie takich danych, które są ogólnie dostępne w publicznych rejestrach lub upublicznione dobrowolnie i świadomie przez jednostki, zwłaszcza w sieciach telekomunikacyjnych (np. w Internecie). (...) Trybunał ma świadomość, że w pewnych sytuacjach może być również uzasadnione odstąpienie od (...) obowiązku informacyjnego. Dotyczy to w szczególności takich sytuacji, gdy dane zostały pozyskane wyłącznie przypadkowo i nie podlegają dalszej analizie, czy też gdy pozyskano dane dostępne w publicznych rejestrach. Kwestie te musi*

rozstrzygnąć ustawodawca” (*op.cit.*). Należy w szczególności wskazać, że organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości mają powszechny – i konstytucyjnie niekwestionowany – dostęp do danych i informacji objętych zakresem normowania art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych nie tylko w postępowaniu karnym (art. 15 § 2 k.p.k. oraz art. 180 § 1 k.p.k.), lecz również w postępowaniu w sprawach o wykroczenia (art. 8 k.p.w. w zw. z art. 15 § 2 k.p.k. oraz art. 41 § 3 k.p.w.) – a więc postępowaniu dotyczącym najbardziej błahych czynów zabronionych, zagrożonych relatywnie niskimi karami. Nawiązując do poczynionej już argumentacji, należy podkreślić, że jeśli takie ukształtowanie uprawnień organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości jest uzasadnione w procesie karnym, a więc procesie m.in. pośredniej ochrony praw konstytucyjnych, w tym prawa do życia, a także w postępowaniu w sprawach o wykroczenia, to tym bardziej jest uzasadnione zapewnienie dostępu do kwestionowanych danych i informacji Szefowi ABW w celu umożliwienia mu zapobiegania zdarzeniom o charakterze terrorystycznym, w szczególności zagrożeniu zaistnienia masowych zabójstw, które wszakże są najbardziej typowymi przestępstwami o charakterze terrorystycznym. Nie może więc ulegać wątpliwości, że kwestionowana regulacja jest proporcjonalna *sensu stricto* i uzasadniona w świetle art. 8 ust. 2 EKPCz.

Z powyższych względów należy stwierdzić, że art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych jest zgodny z art. 47 oraz art. 51 ust. 2 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 EKPCz.

W zakresie niezgodności art. 32c ustawy o ABW w zw. z art. 38 pkt 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z zasadą przyzwoitej legislacji wywodzoną z art. 2 Konstytucji, należy stwierdzić, że argumentacji Rzecznika nie sposób podzielić. Wnioskodawca odwołał się do argumentacji podniesionej we wcześniejszych punktach wniosku, w szczególności, jak się wydaje, przy

omawianiu art. 2 pkt 7 ustawy o działaniach antyterrorystycznych (s. 75 wniosku). Z tego względu, w celu uniknięcia powtarzania kontrargumentów odpierających ten zarzut, należy stwierdzić, że z przytaczanych już w odniesieniu do pozostałych kwestionowanych przez RPO przepisów powodów nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że przepis ten narusza zasady określoności przepisów prawnych bądź inne elementów zasady przyzwoitej legislacji. W szczególności należy podnieść, że jak się wydaje, przepis ten dość precyzyjnie określa przesłanki zastosowania blokady dostępności, blokada danych może być bowiem zastosowana, gdy mają one związek ze zdarzeniem o charakterze terrorystycznym, bądź gdy blokowane usługi teleinformatyczne służą lub są/były wykorzystywane do spowodowania zdarzenia o charakterze terrorystycznym (art. 10 ust. 1 ustawy). Jak się wydaje, ze względu na specyfikę zdarzeń o charakterze terrorystycznym, w szczególności bardzo wiele form działalności terrorystycznej, precyzyjniejsze ujęcie tego unormowania przy zachowaniu jego niezbędnej skuteczności, nie byłoby możliwe. Należy również wskazać, że blokada dostępności jest instrumentem wyjątkowym, tymczasowym i podlega zastosowaniu przez niezawisły sąd. Wydaje się przy tym oczywiste, że nakaz stosowania prokonstytucyjnej wykładni prawa nakazuje stosującemu blokadę sądowi ograniczać ją zakresowo do niezbędnego minimum. Należy zwrócić uwagę, że w świetle niebudzącego konstytucyjnych wątpliwości art. 219 § 1 k.p.k. przeszukania dokonuje się m.in. „w celu znalezienia rzeczy mogących stanowić dowód w sprawie lub podlegających zajęciu w postępowaniu karnym”. Stosując sposób rozumowania RPO należałoby przyjąć, że przepis ten jest niedookreślony i pozwala na zajęcie dowolnych przedmiotów. Jednakże, Sądy badające legalność, zasadność i prawidłowość postanowienia o przeszukaniu bądź postanowienia o zatwierdzeniu przeszukania

weryfikują m.in., czy zatrzymanie danej rzeczy było uzasadnione w świetle tego przepisu.

Z powyższych względów, należy uznać, że art. 32c ustawy o ABW w zw. z art. 38 pkt 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych jest zgodny z zasadą określoności przepisów prawnych oraz innymi elementami zasady przyzwoitej wywodzonymi z art. 2 Konstytucji.

W zakresie niezgodności art. 32c ustawy o ABW w zw. z art. 38 pkt 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z art. 54 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 10 EKPCz należy stwierdzić, że nie sposób podzielić argumentacji Wnioskodawcy w tym zakresie.

Trudno w pierwszej kolejności zrozumieć, dlaczego RPO przyjął, że „[f]iltry włączane przez usługodawcę będą mogły - w związku z niejasnością pojęcia - stać się na wniosek ABW narzędziem, które może zostać wykorzystane również do filtrowania innego rodzaju treści” (s. 77 wniosku). Wszakże blokadę dostępności stosuje niezawisły Sąd, jedynie na wniosek ABW, w ustawowo określonych przypadkach, związanych z zapobieganiem i zwalczaniem zdarzeń o charakterze terrorystycznym. Trudno sobie wyobrazić, w jakich okolicznościach na podstawie kwestionowanej ustawy Sąd Okręgowy w Warszawie mógłby zastosować blokadę dostępu do „blokowania (...) treści pornograficznych czy hazardowych” (s. 77 wniosku).

Należy przy tym zwrócić uwagę, że RPO posłużył się argumentacją opartą na błędnych danych. Po pierwsze, Counter Terrorism Internet Referral Unit (a nie Counter Terrorism Internet Refusal Unit) w pierwszym roku działalności zablokował nie 25 tysięcy treści, lecz w pierwszych dwóch latach łącznie zablokował 1527 treści, w 2014 r. 51.431, a w 2015 r. 55.556 (<http://news.met.police.uk/news/250000th-piece-of-online-extremist-slash-terrorist-material-to-be-removed-208698>, dostęp 29 stycznia 2018 r.). Biorąc

pod uwagę, że CTIRU blokuje dostęp do treści promujących terroryzm i stosowanie przemocy, podżegających do dokonywania przestępstw o charakterze terrorystycznym, publikowanych przez organizacje terrorystyczne oraz zawierających nagrania ataków terrorystycznych, jak się wydaje, wzrost aktywności tej jednostki powinno być aprobowane w szczególności przez Rzecznika Praw Obywatelskich, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że CTIRU ściśle współpracuje w tym zakresie m.in. z Europol (https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/europol-joins-uk-appeal-to-report-extremist-and-terrorist-material-online-using-red-stop-button, dostęp 29 stycznia 2018 r.). Ponadto, raport National Coalition Against Censorship, na który powołał się Wnioskodawca (s. 79 wniosku), dotyczy aplikacji filtrujących dostęp do niepożądanych treści, a więc np. ustanawianych przez rodziców blokad dostępu treści dla dorosłych, a nie blokady dostępu wykonanej przez usługodawcę świadczącego usługi drogą elektroniczną, i pochodzi... z 2001 roku (*sic!*). Nie trzeba chyba dowodzić, że od 2001 r. zarówno w branży IT, jak i problematyce zwalczania terroryzmu upłynęła nie jedna, lecz kilka epok. Podobnie, efekt Streisand, na który powołał się RPO – wbrew Jego twierdzeniom – nie polega na tym, że zablokowane przez usługodawcę treści są intensywniej rozpowszechniane, lecz na tym, że próby wyciszenia rozgłosu bądź ograniczenia rozpowszechniania informacji są przeciwnie skuteczne i w razie pozostawienia dostępu do informacji powodują lawinowy wzrost zainteresowania opinii publicznej. Najlepszym dowodem na to, że blokada dostępu jest skuteczna, jest właśnie m.in. przytaczana przez RPO sprawa *Yildirim przeciwko Turcji*, która powstała na kanwie stanu faktycznego, w którym turecki sąd niejako hurtowo zablokował wszystkie witryny internetowe skarżącego zamiast jednej, która dotyczyła popełnionego przestępstwa. W efekcie, skarżący i inni użytkownicy Internetu utracili na okres

blokady dostęp do wszelkich informacji zawartych na wszystkich witrynach skarżącego.

Wreszcie, wbrew twierdzeniom RPO, nie do każdej treści można dotrzeć za pośrednictwem witryny <https://archive.org.web>, a witryny takie jak <http://newipnow.com> służą przede wszystkim do zmiany adresu IP, więc pozwalają obejść jedynie blokady celowane w określonego użytkownika, a nie blokady powszechne. Ponadto, blokada dostępu do określonych treści przez polskich usługodawców świadczących usługi drogą elektroniczną powoduje, że nawet dostęp do danych znajdujących się na zagranicznych serwerach stanie się bardzo utrudniony z terytorium RP. Oczywiście, przy użyciu odpowiednich narzędzi hakerskich wszystkie zabezpieczenia elektroniczne da się obejść. Jednakże, wymaga to specjalistycznej wiedzy dotyczącej tego rodzaju działalności. Podobnie, korzystanie z tzw. *dark netu* wymaga pewnej wiedzy i wysiłku ze strony użytkownika. Dotychczasowa działalność Counter Terrorism Internet Referral Unit potwierdza skuteczność kwestionowanych przez Rzecznika rozwiązań – od powstania tej jednostki w 2010 r. do marca 2017 r. zablokowano ponad 250.000 treści promujących terroryzm (<https://fullfact.org/crime/extremist-material/>).

Wbrew twierdzeniom Rzecznika kwestionowana regulacja jest więc w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków, a więc jest przydatna, bowiem dotychczas w polskim systemie prawnym brakowało regulacji, które umożliwiałyby jakkolwiek ingerencję organów wywiadowczych i ścigania w świadczenie usług drogą elektroniczną, w szczególności które wprost pozwalałyby zablokować dostęp do określonych treści w Internecie. Oczywiście, że może się zdarzyć, że dany serwis internetowy będzie prowadzony za granicą i zastosowanie przedmiotowej instytucji będzie miało wówczas ograniczoną skuteczność. Jednakże,

obowiązkiem ustawodawcy jest zagwarantowanie skutecznych środków walki elektronicznej przynajmniej na terytorium RP. W uzasadnieniu projektu wskazano wprost, że „[p]rojektowane rozwiązanie ma szczególne znaczenie w kontekście przeciwdziałania działalności organizacji terrorystycznych, które wykorzystują Internet do promowania swojej ideologii, zamieszczania instruktażu w zakresie sposobu przeprowadzania zamachów terrorystycznych oraz komunikowania się ze swoimi zwolennikami”. Rozwiązanie to jest więc również niezbędne – bez niego, nawet w razie utworzenia witryny internetowej w portalu mającym siedzibę w Polsce np. wprost rekrutującej najemników dla tzw. Państwa Islamskiego, organy państwa nie mogłyby takiej działalności w ogóle przeciwdziałać. Chybiona przy tym jest argumentacja Rzecznika, że instytucja ta stanowi nieproporcjonalną ingerencję w prawo konstytucyjne, ponieważ przewidziana kontrola sądowa jest iluzoryczna, jako że Sąd będzie podejmował decyzję o zastosowaniu bądź zatwierdzeniu blokady „w oparciu o przekazane przez Szefa ABW materiały »uzasadniające potrzebę zastosowania blokady dostępności« (art. 32c ust. 2 ustawy o ABW), a nie w oparciu o wszystkie materiały w sprawie” (s. 81 wniosku). Przecież jeżeli Sąd uzna materiały przekazane przez Szefa ABW za niewystarczające, nie zarządzi blokady dostępności bądź jej nie zatwierdzi. Warto przy tym zwrócić uwagę, że Szef ABW potrzebuje pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, żeby w ogóle wystąpić o blokadę dostępności, co też będzie nakładało na Szefa ABW dodatkową presję, aby przekazywane do Sądu materiały były kompletne. Z tych względów twierdzenie RPO o braku efektywnej kontroli sądu należy uznać za chybione. Co więcej, ponownie należy zwrócić uwagę, że instytucja ta ma charakter tymczasowy, a przesłanki jej stosowania są określone na pewno nie mniej precyzyjnie niż przesłanki zastosowania blokady rachunku bankowego, przewidzianej w art. 106a ust. 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo

bankowe (t.j.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1876 ze zm.), którą samodzielnie stosuje podmiot prywatny, jakim jest bank, w oparciu o uzasadnione podejrzenie banku, że zgromadzone na rachunku bankowym środki, w całości lub w części pochodzą lub mają związek z przestępstwem skarbowym lub przestępstwem innym niż przestępstwo, o którym mowa w art. 165a lub art. 299 Kodeksu karnego.

W świetle powyższego, nie może budzić wątpliwości, że korzyści (efekty) instytucji blokady dostępności pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela, a więc jest proporcjonalna w ścisłym tego słowa znaczeniu.

Tym samym ograniczenie uprawnień wynikających z art. 54 ust. 1 Konstytucji oraz art. 10 ust. 1 EKPC mieści się zarówno w ramach określonych przez art. 31 ust. 3 Konstytucji, jak i wskazanych w art. 10 ust. 2 EKPC.

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że art. 32c ustawy o ABW w zw. z art. 38 pkt 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, jest zgodny z art. 54 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 10 EKPCz.

W zakresie niezgodności art. 73c ustawy o wjeździe w zw. z art. 48 ustawy o działaniach antyterrorystycznych oraz art. 329a ustawy o cudzoziemcach w zw. z art. 57 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z zasadą przyzwoitej legislacji, wywodzoną z art. 2 Konstytucji, należy stwierdzić, że Wnioskodawca w tym przedmiocie w dużej mierze powielił argumentację przemawiającą w jego ocenie za niezgodnością innych kwestionowanych przez niego przepisów ustawy o działaniach antyterrorystycznych z powyższym wzorcem kontroli. Z tego względu, uwzględniając argumentację dotyczącą tej problematyki poczynioną w szczególności na tle art. 2 pkt 7 ustawy o działaniach antyterrorystycznych,

należy w tym miejscu jedynie stwierdzić, że zwroty niedookreślone użyte w treści kwestionowanych przez RPO przepisów nie mogą być uznane za nieprecyzyjne w stopniu, który uzasadniałby stwierdzenie ich niezgodności z art. 2 Konstytucji. W szczególności należy zauważyć, że bezzasadnie Rzecznik przyjmuje, że użycie pojęcia „działalności terrorystycznej” nie spełnia kryteriów poprawnej legislacji. Wykładnia językowa pozwala bowiem na jednoznaczne określenie znaczenia tego terminu. Zgodnie z treścią słownikowej definicji pojęcia „działalność”, słowo to oznacza „zespół działań podejmowanych w jakimś celu” (*Słownik Języka Polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/sjp/dzialalnosc;2455556.html>, dostęp 26 stycznia 2018 r.). Jak z tego wynika, wykładnia językowa tego przepisu musi prowadzić do wniosku, że sformułowanie „działalność terrorystyczna” oznacza „zespół działań zmierzających do popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym”. Jak się wydaje, choćby ze względów redakcyjnych użycie takiego sformułowania w treści kwestionowanej ustawy byłoby niecelowe z uwagi na techniczne zasady legislacji.

Z powyższych względów art. 73c ustawy o wjeździe w zw. z art. 48 ustawy o działaniach antyterrorystycznych oraz art. 329a ustawy o cudzoziemcach w zw. z art. 57 ustawy o działaniach antyterrorystycznych należy uznać za zgodne z zasadą określoności przepisów prawnych wywodzoną z art. 2 Konstytucji.

Z powyższych względów wnoszę jak w petitum.

z upoważnienia
Prokuratora Generalnego

Robert Hernand
Zastępca Prokuratora Generalnego