

Tomasz M. Miłkowski

Czy ABW powinna korzystać ze „specjalnego” prawa do informacji?

Działania służb odpowiedzialnych za bezpieczeństwo państwa są najczęściej inicjowane chęcią uzyskania lub potwierdzenia posiadanych informacji. Truizmem przy tym jest twierdzenie, że wiarygodność, prawdziwość i kompletność tych informacji decyduje o wynikach i skuteczności działań służb. Stąd też wszelka dyskusja na ten temat – będąca standardem w państwach demokratycznych – musi być prowadzona wieloaspektowo. Nie ma też co kryć, że poza nielicznymi okresami, jak na przykład w momencie realnego zagrożenia atakami terrorystycznymi¹, wyrażane w mediach opinie na temat zakresu uprawnień służb specjalnych czy policyjnych są najczęściej krytyczne. Słychać też argumentację, że jeśli nawet służby mają prawo wiedzieć więcej, to funkcjonariusze korzystają z tych instrumentów niewłaściwie. Tym bardziej więc należy uzewnętrzniać powody, dla których służby tak naprawdę pozyskują informacje, i wyjaśniać, jak ważny jest to dla nich instrument, a także – w dopuszczalnych granicach – jak się go wykorzystuje.

Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego (dalej: ABW) z racji jej pozycji i uprawnień jest bez wątpienia w centrum tego typu dyskusji. Należy przypomnieć, że ustawodawca nałożył na tę służbę zadania o tak szerokim zakresie przedmiotowym, że w ocenie Prokuratora Generalnego (dalej: PG), a przede wszystkim Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej: RPO) trudno jednoznacznie wskazać granicę, poza którą aktywność jej funkcjonariuszy może być uznana za naruszającą prawo. To zaś oznacza, że często w tego typu spór włącza się argumenty natury ogólnej i nierzadko publicystycznej, wywodząc na tej podstawie daleko idące wnioski. „Prawo do informacji” nie może być jednak zbyt kazuistyczne i powinno uwzględniać różne poziomy dostępu w zależności od tego, czy powodem ich zbierania jest ochrona porządku konstytucyjnego, ściganie sprawców przestępstwa lub „tylko” wykroczenia, czy też realizacja obowiązków administracyjnych. Chociaż wszystkimi nimi zajmują się służby specjalne i policyjne², to jednak nie wszystkie w takim samym wymiarze. Bez wątpienia Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego powinna być traktowana w tym względzie szczególnie, nie tylko jako uprawniona do inicjowania wielu działań, lecz także jako skupiająca informacje o aktywności wielu innych służb. W *Ustawie z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu*³ (dalej: ustawa o ABW) przykładem na to są chociażby normy prawne odnoszące się do uzyskiwania, analizowania, przetwarzania i przekazywania właściwym organom informacji mogących mieć istotne znaczenie dla ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa i jego porządku konstytucyjnego (art. 5 ust. 1 pkt 4 ustawy o ABW), podejmowania innych działań określonych w odrębnych

¹ Na przykład po atakach na World Trade Center w Nowym Jorku (2001 r.) czy późniejszych – w Madrycie i Londynie (2005 r.).

² Pod tym sformułowaniem można rozumieć wszystkie formacje policyjne, fiskalne, służby specjalne itp. chroniące porządek i bezpieczeństwo państwa i jego obywateli przy użyciu zarówno środków procesowych (karnych, wykroczeń), jak i niejawnych metod i form pracy.

³ Tekst jednolity: Dz.U. z 2010 r. Nr 29, poz. 154, z późn. zm.

ustawach i umowach międzynarodowych (art. 5 ust. 1 pkt 5 ustawy o ABW), współdziałania z innymi podmiotami (art. 8, art. 10, art. 12 ust. 1 pkt 7–10, art. 18, art. 22a ustawy o ABW) czy koordynacji ich działań (art. 40 i art. 41 ustawy o ABW). W ustawie o ABW zawarte są także normy odnoszące się wprost do pozyskiwania informacji jako samoistnego celu aktywności Agencji wynikające nie tylko z treści art. 33 i 34 ustawy o ABW, lecz także do wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych (art. 21 ust. 1 ustawy o ABW), obserwowania i rejestrowania (art. 23 ust. 1 pkt 6 ustawy o ABW), kontroli operacyjnej (art. 27 ustawy o ABW), gromadzenia danych telekomunikacyjnych (art. 28 ustawy o ABW) i korzystania z pomocy innych osób (art. 36 ustawy o ABW)⁴. Już to świadczy o niemałej skali problemu dostępu ABW do danych. A ponieważ część tych przepisów jest w dużej mierze kopią rozwiązań zawartych w innych ustawach (czego najlepszym przykładem jest kontrola operacyjna i pozyskiwanie danych telekomunikacyjnych), dążenie do pozbawiania którejs z służb tych uprawnień będzie dotyczyć wszystkich z nich. Obecnie uznaje się za naturalne, że zbieżność lub pokrywanie się kompetencji służb, a tym samym rozwiązania formalno-prawne stosowane w ich pracy, są oceniane w sposób identyczny.

Powyższe jest punktem wyjścia rozważań, czy do oceny rozwiązań ustawowych nie włączyć również argumentów o różnej roli poszczególnych służb, a co za tym idzie – konieczności odmiennej oceny prawa do pozyskiwania, gromadzenia i przetwarzania informacji przez konkretną, uprawnioną do tego formację, w zależności od tego, jakie zadania ona realizuje. Nie można zapominać, że ocena ta jest dokonywana poprzez konfrontację istniejących (lub planowanych) rozwiązań ustawowych z normami konstytucyjnymi i jest oparta na założeniu, że Konstytucja⁵ nie rozróżnia wprost poziomów „organów władzy” lub samej „władzy publicznej” pod kątem ich specjalnych uprawnień, jakim jest chociażby niejawnie pozyskiwanie danych. Wiadomo jednak, że każda norma ustawy zasadniczej wraz ze zmieniającymi się realiami społecznymi lub w zależności od kontekstu i okoliczności, w której następuje jej analiza, może podlegać zmianie. Tak samo może być z dostrzeganiem w ramach formacji policyjnych różnic w wyposażeniu ich w „specjalne” uprawnienia, nawet jeśli mają one taką samą nazwę, np. kontrola operacyjna.

Przyczynkiem do zadania pytania postawionego w tytule artykułu jest analiza wniosków o kontrolę zgodności ustaw z Konstytucją, przeprowadzana – jak stanowi ustawa zasadnicza – przez Trybunał Konstytucyjny (dalej: TK) na wniosek uprawnionych podmiotów⁶. Dokładniej mówiąc, chodzi o rozpoczętą niemal dwa lata temu przez RPO, a następnie PG, batalię mającą na celu zmianę, a przynajmniej znaczną modyfikację prawa do pozyskiwania, gromadzenia i przetwarzania informacji przez służby policyjne i specjalne. Działania te mają na celu uchylenie istniejących przepisów (dotyczących procedur gromadzenia i wykorzystywania informacji) z obiegu prawnego, a więc – chociażby nie bezpośrednio – ograniczenie w bardzo istotny sposób możliwości realizacji przez służby zadań przed nimi postawionych. Niezależnie jednak od oceny tego typu aktywności pozwala to na postawienie kilku pytań

⁴ Oceniając treść przepisów ustawy o ABW, można w niej znaleźć kolejne przykłady potwierdzające znaczenie informacji jako istoty i powodu działań.

⁵ *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.* (Dz.U. Nr 78, poz. 483, z późn. zm.)

⁶ Przede wszystkim Prezydenta Rzeczypospolitej, Marszałka Sejmu, Marszałka Senatu, Prezesa Rady Ministrów, 50 posłów, 30 senatorów, Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego, Prokuratora Generalnego, Prezesa Najwyższej Izby Kontroli i Rzecznika Praw Obywatelskich (art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji).

i zarysowanie „osi sporu” między naczelnymi organami konstytucyjnymi państwa o dostęp do informacji i korzystanie z nich przez uprawnione do tego służby.

Jeżeli chodzi o ustawę o ABW, Rzecznik Praw Obywatelskich i Prokurator Generalny kwestionują normy⁷ wynikające z:

- art. 27 ust. 6 pkt 3 (wniosek RPO z 29 czerwca 2011 r., sprawa K 23/11)⁸,
- art. 28 i (odrębnie) art. 28 ust. 1 pkt 1 (wniosek RPO z 1 sierpnia 2011 r., sprawa K 29/11, połączona z 23/11),
- art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b i c (wniosek RPO z 15 listopada 2011 r., sprawa K 34/11, połączona z 23/11),
- art. 28 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a oraz art. 28 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b i c (wniosek PG z 21 czerwca 2012 r., sprawa K 28/12, połączona z K 15/12, a całość z K 23/11),
- art. 27 (wniosek PG z 13 listopada 2012 r., sprawa K 48/12, połączona z K 23/11).

Powyższe wnioski nie ograniczają się przy tym jedynie do podważania uprawnień Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, a wręcz przeciwnie – z uwagi na często analogiczne rozwiązania zarzuty w nich postawione obejmują również odpowiednie normy innych ustaw regulujących działalność Policji, Straży Granicznej, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, kontroli skarbowej, Żandarmerii Wojskowej, Służby Celnej i Centralnego Biura Antykorupcyjnego⁹. Stąd też oprócz przybliżenia i skomentowania stanowisk stron sporu w sprawach inicjowanych wymienionymi wnioskami (z przeważającym naciskiem na tę ich część, która dotyczy bezpośrednio ABW), analizie należy także poddać argumentację przedstawioną w kolejnym wniosku, kwestionującym konstytucyjność art. 20 ust. 17 w związku z art. 20 ust. 1, 2a i 2b *Ustawy z 6 kwietnia 1990 r. o Policji*¹⁰ oraz przepisów na ich podstawie wydanych (wniosek RPO z 27 czerwca 2012 r., sprawa K 20/12), dotyczących w sposób bezpośredni Krajowego Systemu Informacji Policji (dalej: KSIP), a w pośredni – o czym będzie mowa dalej – całego w istocie systemu gromadzenia i przetwarzania informacji przez służby specjalne i policyjne. I choć w tym ostatnim przypadku jest to sprawa, która nie znajduje obecnie rozstrzygnięcia (z uwagi na wycofanie przez RPO tego wniosku¹¹), nie zmniejsza to jednak potrzeby zwrócenia uwagi na istotę zarzutów tam sformułowanych, które wobec bardzo szczegółowych przepisów zawartych w ustawie o Policji, mogą być tym bardziej „użyte” w ocenie treści norm o znacznym „pojemniejszej” formule, jak chociażby zawartych w art. 33 ustawy o ABW.

Co ciekawe, chyba po raz pierwszy Trybunał Konstytucyjny, decydując o połączeniu części wniosków w jedną sprawę, spowodował, że PG jest zarówno inicjatorem, jak i – zgodnie z art. 27 *Ustawy z 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym*¹² – uczest-

⁷ Stan na pierwszą dekadę lutego 2014 r.

⁸ Wszystkie dokumenty (wnioski, stanowiska itp.) wymienione w tekście jako pochodzące z konkretnych postępowań w Trybunale Konstytucyjnym można znaleźć na stronie: www.trybunal.gov.pl, w zakładce: **Sprawy w Trybunale**, gdzie po wybraniu roku, a następnie numeru sprawy i linku, należy wybrać: **Dokumenty w sprawie**.

⁹ Rzecz jasna ustawy te różnią się między sobą, co jednak z punktu widzenia tego, że w zasadniczej części są podważane identycznie brzmiące normy różnych ustaw, nie ma zasadniczego znaczenia.

¹⁰ Tekst jednolity: Dz.U. z 2011 r., Nr 287, poz. 1687, z późn. zm.

¹¹ Wnioskiem z dnia 21 marca 2013 r. RPO zwrócił się – z uwagi na dokonaną wcześniej modyfikację i utratę mocy części zakwestionowanych przepisów – o umorzenie postępowania, co TK, postanowieniem z 9 kwietnia 2013 r., zaakceptował.

¹² Dz.U. Nr 102, poz. 643, z późn. zm.

nikiem postępowania w sprawie kontroli konstytucyjnej przepisów¹³. Tym samym z jednej strony występuje on jako „recenzent” wniosków RPO, podnosząc niekonstytucyjność norm ustawowych, a z drugiej sam kwestionuje ich część¹⁴.

Na początku należy przypomnieć, że – w pewnym uproszczeniu – podważany jako niekonstytucyjny art. 27 ustawy o ABW traktuje o kontroli operacyjnej¹⁵, art. 28 ustawy o ABW traktuje o możliwości pozyskiwania danych telekomunikacyjnych (tzw. billingów)¹⁶, a art. 5 ustawy o ABW to z kolei katalog zadań Agencji¹⁷. Tym samym ewentualny wyrok o uchyleniu tych przepisów może mieć fundamentalne znaczenia dla realizacji zadań wyznaczonych Agencji, a z pewnością dla sposobu jej funkcjonowania. Jest to o tyle istotne, że sam Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu sygnalizacyjnym z 15 listopada 2010 r. (sygn. akt S 4/10)¹⁸ wytknął już, że istnieje wątpliwość co do zgodności z Konstytucją art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy o ABW. Można więc domniemywać, że duża część argumentacji RPO i PG, w istocie podobna, może być uznana za słuszną. Niemniej jednak Sejm (w sprawach dotyczących ABW) oraz Minister Spraw Wewnętrznych (w sprawie KSIP) znaczną część – ale nie całość – tej argumentacji podważają. Samo więc orzeczenie będzie niewątpliwie wynikiem autentycznego sporu jego

¹³ Art. 27. Uczestnikami postępowania przed Trybunałem są:

- 1) podmiot, który złożył wniosek lub skargę konstytucyjną,
- 2) organ, który wydał akt objęty wnioskiem lub skargą konstytucyjną, albo Prokuratoria Generalna Skarbu Państwa, jeżeli Rada Ministrów wyznaczyła Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa do reprezentowania Rady Ministrów lub ministrów w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym (...)
- 5) Prokurator Generalny (...)
- 8) Rzecznik Praw Obywatelskich, jeżeli zgłosił udział w postępowaniu dotyczącym skargi konstytucyjnej.

¹⁴ Zob. art. 33 i 34 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym. Choć będzie to niewątpliwie ciekawe z punktu widzenia procedowania przed TK, nie będzie to jednak przedmiotem dalszych rozważań jako niemające znaczenia dla istoty sporu.

¹⁵ Art. 27 ust. 1. *Przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, podejmowanych przez ABW w celu realizacji zadań określonych w art. 5 ust. 1 pkt 2, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne, sąd, na pisemny wniosek Szefa ABW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną. (...)*

6. Kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie i polega na:
 - 1) kontrolowaniu treści korespondencji;
 - 2) kontrolowaniu zawartości przesylek;
 - 3) stosowaniu środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawnie informacji i dowodów oraz ich utrwalanie, a w szczególności treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych. (...)

¹⁶ Art. 28. ust. 1. *Obowiązek uzyskania zgody sądu, o której mowa w art. 27 ust. 1, nie dotyczy informacji niezbędnych do realizacji przez ABW zadań, o których mowa w art. 5 ust. 1, w postaci danych:*

- 1) o których mowa w art. 180c i 180d Ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800, z późn. zm.);
- 2) identyfikujących podmiot korzystający z usług pocztowych oraz dotyczących faktu, okoliczności świadczenia usług pocztowych lub korzystania z tych usług. (...)

¹⁷ Art. 5. ust. 1. *Do zadań ABW należy:*

- 1) rozpoznawanie, zapobieganie i zwalczanie zagrożeń godzących w bezpieczeństwo wewnętrzne państwa oraz jego porządek konstytucyjny, a w szczególności w suwerenność i międzynarodową pozycję, niepodległość i nienaruszalność jego terytorium, a także obronność państwa;
- 2) rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie przestępstw: (...)

¹⁸ Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego Zbiór Urzędowy (OTK ZU) 2010/9A, poz. 111. Trybunał Konstytucyjny, sygnalizując tą drogą Sejmowi konieczność podjęcia prac ustawodawczych, zwrócił uwagę, że zarządzający kontrolę operacyjną sąd winien wskazać konkretną osobę oraz typ przestępstwa określonego w ustawie karnej, którego ma dotyczyć kontrola operacyjna. Jednakże w przypadku zarządzenia przez sąd kontroli operacyjnej, w zakresie przestępstw określonych w art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy o ABW, tzn. w zakresie przestępstw „godzących w podstawy ekonomiczne państwa”, nie jest to możliwe, gdyż wyrażenie „przestępstwa godzące w podstawy ekonomiczne państwa” uniemożliwia identyfikację typów przestępstw, określonych przez ustawę karną.

uczestników, a jednocześnie TK będzie musiał wyważyć, czy rzeczywiście dzisiejsze odczytywanie norm konstytucyjnych dotyczących pozyskiwania danych nie nakazuje na nowo ustalić granicy między prawami i wolnościami jednostki a ich ograniczaniem. Innymi słowy, czy zagrożenia wynikające ze swobody działania organów bezpieczeństwa, patrząc z perspektywy dnia dzisiejszego i realnych zagrożeń wewnętrznych i zewnętrznych, nie są jednak „mniejszym złem”, chociażby z uwagi na obowiązek realizacji zadań przez państwo? Obowiązki te wynikają z art. 5 Konstytucji, który nakazuje przecież znalezienie „złotego środka”, bez nadawania swobodom jednostki prymatu bezwzględnego pierwszeństwa¹⁹.

Oczywiście spór ten jest znacznie bardziej skomplikowany i nie można go koncentrować na analizie jednego tylko artykułu ustawy zasadniczej, o czym świadczy chociażby cały system ochrony norm gwarantujących w Konstytucji prawa i wolności obywatelskie (jednostki)²⁰, w tym norm, które są przywoływane przez RPO i PG jako wzorce kontroli²¹. Idzie jednak właśnie o to, aby całość tych przepisów w konfrontacji z sobą „prowokowała” do wypracowania w miarę klarownych granic działania służb policyjnych i specjalnych, a nie jedynie o to, aby na podstawie niektórych z nich uznać przepis „x”, czy „y” za konstytucyjny, a za rok lub dwa kwestia ta znów stanie się przedmiotem publicznej krytyki. Takie odczytywanie orzeczeń TK, choć często uznawane za optymalne, zdaje się być błędne. Dążąc do całkowitej zmiany regulacji w dziedzinie ochrony danych, także w dziedzinie współpracy policyjnej, wystarczy rozejrzeć się, w jakim kierunku zmierza Unia Europejska²², aby zrozumieć, że dostęp do danych będzie zawężany i ograniczany. Można się zastanowić, jak zmieniała się optyka patrzenia na zwalczanie najdotkliwszych form przestępczości (terroryzm, zorganizowane grupy przestępcze, handel ludźmi itp.) na przestrzeni ostatnich lat. Można nawet zaryzykować tezę, że jest to swoista amplituda, w której czas względnego spokoju wpływa na zaostrzanie rygorów dla służb, a znaczące (i często tragiczne) wydarzenia na „rozluźnienie” tych obostrzeń i przyznawanie szerszych uprawnień²³. Nakłada się na to cywilizacyjna zmiana, jaka wiąże się z wszechobecną komputeryzacją i funkcjonowaniem danych „o wszystkich i wszystkim” w sieci, które w istocie na zawsze, i często wbrew intencjom tych, którzy je zamieszczają, są dostępne. To również świadczy o tym, że większą uwagę należy poświęcać motywom i uzasadnieniom orzeczeń, a nie tylko sentencji „zgodny” lub „niezgodny” z Konstytucją.

Dokonując przeglądu argumentacji przytaczanej „za” i „przeciw” obecnym rozwiązaniom ustawowym, a ściślej mówiąc art. 27 i 28 ustawy o ABW, trzeba rozpocząć od zarzutów RPO zawartych we wniosku z 29 czerwca 2011 r., w którym podnosi

¹⁹ Art. 5 Konstytucji RP: *Rzeczpospolita Polska strzeże niepodległości i nienaruszalności swojego terytorium, zapewnia wolności i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli, strzeże dziedzictwa narodowego oraz zapewnia ochronę środowiska, kierując się zasadą zrównoważonego rozwoju* (podkreślenie autora – przyp. red.).

²⁰ Zob. chociażby rozdział II Konstytucji.

²¹ O czym niżej.

²² Zob. np. artykuł Sylwii Czubkowskiej pt. *Walka o nasze dane i prywatność w sieci*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 8 maja 2013 r., s. A5. Prace nad przywołanym w artykule rozporządzeniem unijnym mają doprowadzić do „scalenia” regulacji w sferze ochrony i dostępu do danych w dawnych I i III filarze (po Traktacie z Lizbony podział ten już nie funkcjonuje), a więc odnoszących się zarówno do „tradycyjnych” zadań Unii Europejskiej (np. swobodny przepływ osób, towarów i kapitału, transport, gospodarka itp.), jak i współpracy policyjnej i sądowej (obecnie: *Przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości*).

²³ Najlepsza dla tego celu jest chociażby analiza zmian (noweli) do ustaw regulujących działalność poszczególnych służb.

on m.in., że nieokreślenie w art. 27 ust. 6 pkt 3 ustawy o ABW konkretnego katalogu środków technicznych, możliwych do wykorzystania w ramach prowadzonej kontroli operacyjnej, „skłania” niejako do nadużyć i powoduje naruszenie konstytucyjnie gwarantowanych swobód, takich jak: nienaruszalność mieszkania (art. 50 Konstytucji), autonomia jednostki (art. 51 Konstytucji) czy wolność poruszania się (art. 52 Konstytucji)²⁴. Towarzyszy temu także zarzut, że taki kształt norm ustawowych nie określa również jaki rodzaj danych o osobie można gromadzić, co prowadzi, zdaniem RPO, do tego, że to służby w nieskrępowany sposób same sobie określają, co chcą pozyskać i w jaki sposób to robią²⁵. Argumentem za tym ma być chociażby pismo ABW z 19 stycznia 2011 r. (l.dz. P-319/2011/6141/1 O/RB) przekazane Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, w którym Agencja stwierdza, że w jej ocenie obecne przepisy zezwalają jej na korzystanie np. z GPS dla uzyskiwania informacji w sposób niejawnym²⁶. W kolejnym wniosku, z 1 sierpnia 2011 r., RPO, kwestionując m.in. uprawnienie wynikające z art. 28 ustawy o ABW, podnosi, że możliwość korzystania z danych telekomunikacyjnych w celu realizowania przez ABW zadań, o których mowa w art. 5 ust. 1 ustawy o ABW, jest tak szeroka i nieprecyzyjna, że oznaczać to może w praktyce dostęp do tych danych w każdej sprawie. Bez znaczenia jest fakt, czy informacje o osobie (czy ogólnie o sprawie) mogłyby być uzyskane w inny sposób. Ponadto RPO nie aprobuje tego, że nie występuje w tym przypadku element kontroli pozasłużbowej, o ewentualnej potrzebie dostępu do billingów nie decyduje bowiem w żadnym razie sąd, jak dzieje się to w ramach kontroli operacyjnej. Co więcej, zdaniem RPO, ABW nie jest w ogóle zobowiązana do usuwania danych, o których mowa w art. 180c i 180d *Ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne*²⁷, jeżeli dane te są np. zbędne.

Powyższe skłania również RPO do twierdzenia, że przepisy te są nieprecyzyjne, nie nakazują respektowania tajemnic zawodowych²⁸ (tak oczywistych w procesie karnym), nie zmuszają w ogóle służb do podejmowania starań o uzyskanie niezbędnych danych w inny sposób i nie są one też w żaden sposób kontrolowane²⁹. Wszystko to klóci się, zdaniem RPO, z normą wynikającą z art. 49 Konstytucji, że ograniczenie wolności komunikowania się może nastąpić jedynie na podstawie i w granicach określonych w ustawie, oraz z art. 8 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: EKPCz), gdyż nie zapewniono żadnej zewnętrznej kontroli nad aktywnością służb w zakresie gromadzenia informacji. Dodatkowo przepisy te są sprzeczne z art. 51 ust. 1 w zw. z art. 31 ust 3 Konstytucji, nakazującym gromadzenie przez władze publiczne tylko danych niezbędnych w demokratycznym państwie prawnym. Stąd już tylko krok do konkluzji, że to *komfort (wygoda) działania służb, a nie względy konieczności decydują o ingerencji w konstytucyjną wolność i ochronę komunikowania się*³⁰.

W obu tych sprawach PG zgodził się z wnioskami RPO, dodając w swoim piśmie z 28 października 2011 r., że w istocie *praktycznym ograniczeniem służb w zakresie*

²⁴ Należy dość krytycznie ocenić metodę, w której w *petitum* wniosku nie przywołuje się wzorców kontroli, o których wspomina się w samym uzasadnieniu. Rzecznik Praw Obywatelskich wnosi bowiem o stwierdzenie, że wymienione uregulowania ustawy o ABW są sprzeczne z art. 2, 47 i 31 ust. 3 Konstytucji.

²⁵ Wniosek RPO z 29 czerwca 2011 r. (K 23/11), s. 12–13.

²⁶ Tamże, s. 2–3.

²⁷ Dz.U. Nr 171, poz. 1800, z późn. zm.

²⁸ Notarialnej, adwokackiej, radcowskiej, lekarskiej czy dziennikarskiej.

²⁹ Wniosek RPO z 29 czerwca 2011 r. (K 23/11), s. 15.

³⁰ Wniosek RPO z 1 sierpnia 2011 r. (K 29/11), s. 22.

kontroli operacyjnej stają się nie uwarunkowania prawne, ale aktualne możliwości finansowe służb i ich dostęp do najnowocześniejszych zdobyczy technologicznych³¹ (...), a ustawodawca uchybił zarówno zasadzie nienaruszalności mieszkania, jak i zasadzie określoności ustawowej ingerencji w wolności i prawa jednostki³². Z kolei Sejm, w piśmie z 2 marca 2012 r., zgadza się wprawdzie z zarzutami niezgodności art. 28 ustawy o ABW z Konstytucją, wnosi jednak o uznanie za zgodny z nią art. 27 ust. 6 pkt 3 ustawy o ABW, podnosząc m.in., że TK rozpatrywał już tę kwestię i orzekł w wyroku z 20 czerwca 2005 r. (sygn. akt K 4/04), że identycznie brzmiący art. 36c ust. 4 pkt 3 Ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej³³ jest zgodny z ustawą zasadniczą, a ponadto, że przejrzystość czynności operacyjnych powodowałaby ich nieskuteczność, a techniczne udogodnienia (...) w równym stopniu mogą być wykorzystywane w celu ochrony bezpieczeństwa państwa, jak i przez przestępców³⁴. W obszernym wywodzie Sejm wskazuje również³⁵, że kontrola operacyjna:

- może być stosowana tylko przez ściśle określone służby,
- może być stosowana tylko w określonych sytuacjach i dla określonych celów,
- jest oparta na zasadzie subsydiarności i niezbędności,
- podlega kontroli sądowej,
- jest limitowana czasowo,
- przepisy nie pozwalają na dowolne wykorzystywanie dowodów uzyskanych za jej pomocą,
- istnieje obowiązek niszczenia tych materiałów, które nie służą celowi jej prowadzenia, oraz
- służby mogą korzystać w tym wypadku tylko ze środków technicznych, a nie np. inwigilacji, wyjmowania korespondencji ze skrzynki pocztowej czy zakłócania połączeń, co świadczy o tym, że zarzuty RPO są niezasadne.

Trzeci wniosek RPO, z 15 listopada 2011 r., jest o tyle szczególny, że dotyczy wyłącznie przepisów ustawy o ABW, a dokładniej art. 27 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a, b i c. Rzecznik Praw Obywatelskich kwestionuje w nich zgodność uprawnienia do prowadzenia kontroli operacyjnej przez funkcjonariuszy ABW (art. 27 ustawy o ABW) wobec podejrzenia popełnienia przestępstwa godzącego w bezpieczeństwo państwa (art. 5 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy o ABW) z artykułami 2, 47 i 49 w zw. z art. 31 ust. 1 Konstytucji. Dotyczy to również zgodności prawa do prowadzenia kontroli operacyjnej z wymienionymi normami konstytucyjnymi i z art. 8 ust. 1 EKPCz, w przypadku gdy zachodzi podejrzenie popełnienia przestępstwa godzącego w podstawy ekonomiczne państwa (art. 5 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy o ABW) lub korupcji osób pełniących funkcje publiczne, jeśli może to godzić w bezpieczeństwo państwa (art. 5 ust. 1 pkt 2 lit c ustawy o ABW). Rzecznik Praw Obywatelskich podnosi, że powyższa regulacja powoduje, że kompetencje ABW są niedookreślone, gdyż *zaskarżone (...) przepisy kompetencyjne odnoszą się do systemu ocen bądź norm o charakterze pozaprawnym, co utrudnia precyzyjne określenie zakresu zadań tej instytucji*³⁶. Wywód w istocie sprowadza się do tego, że nie ma w polskim prawie ani konkretnych artykułów karnych, ani też rozdziałów lub innych grup przepisów o takim charakterze, które nauka

³¹ Stanowisko PG z 28 października 2011 r. (K 23/11), s. 27.

³² Tamże, s. 30.

³³ Tekst jednolity: Dz.U. z 2011 r. Nr 41, poz. 214, z późn. zm.

³⁴ Stanowisko Sejmu z 2 marca 2012 r. (K 23/11), s. 20.

³⁵ Tamże, s. 22–33.

³⁶ Wniosek RPO z 15 listopada 2011 r. (K 34/11), s. 5.

i praktyka określałaby jednoznacznie mianem przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa albo w podstawy ekonomiczne państwa. Rzecznik Praw Obywatelskich przywołuje tutaj również art. 8 EKPCz, który w ocenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wymaga, aby przepisy będące podstawą wkroczenia w sferę prywatności (a tego dotyczy właśnie omawiany artykuł Konwencji) cechowała dostateczna precyzja, jasność i konkretność³⁷, a regulacje stanowiące podstawę kontroli operacyjnej dokładnie wskazywały kategorię osób, wobec których można taki środek stosować, oraz jego maksymalne ramy czasowe³⁸.

Argumenty RPO w całości poparł PG, w swoim stanowisku z 6 lutego 2012 r. Co więcej, wskazuje on, że zgodnie z art. 233 ust. 1 Konstytucji nawet w stanie wojennym i wyjątkowym nie wolno naruszać prawa do ochrony prywatności wynikającego z art. 47 Konstytucji. Tym bardziej w okresie normalnego funkcjonowania państwa prawo to powinno być szczególnie chronione. Po raz kolejny przywołano także wyrok z 23 czerwca 2009 r. (sygn. akt K 54/07³⁹), w którym sąd konstytucyjny przywołuje (na podstawie badania uprawnień CBA dotyczących kontroli operacyjnej) argumenty Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach dotyczących art. 8 EKPCz, że uprawnienia, kompetencje i ingerencja służb w prawa i wolności mogą być uznane za zgodne z prawem tylko wtedy, gdy zaistnieje:

- dostatecznie precyzyjna, a zarazem konkretna podstawa prawna wkroczenia w sferę wolności, i to rangi ustawowej,
- konieczność tego wkroczenia, respektująca zasady demokratycznego państwa prawnego,
- cel ingerencji (bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne, dobrobyt gospodarczy kraju, ochrona porządku i zapobieganie przestępstwom, ochrona zdrowia i moralności oraz wolność innych osób).

Kolejnym uczestnikiem postępowania w tej sprawie (sygn. akt K 34/11) jest Sejm RP, który w piśmie z 2 marca 2012 r. zgodził się ze stanowiskami RPO i PG, że powyższe normy są niezgodne z art. 2, 47 i 49 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz art. 8 ust. 1 EKPCz. W stanowisku tym znajduje się wprawdzie opinia, że sam Trybunał Konstytucyjny dopuszcza wyposażenie organów kontroli lub służb w specjalne uprawnienia pozwalające na nawet daleko idące wkraczanie w sferę wolności i praw jednostki⁴⁰, niemniej jednak *Sąd Okręgowy w Warszawie, zarządzając kontrolę operacyjną, winien wskazać konkretną osobę oraz typ przestępstwa określonego w ustawie karnej, którego ma dotyczyć kontrola operacyjna. Jednakże w przypadku zarządzenia przez sąd kontroli operacyjnej, w zakresie przestępstw określonych w art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy o ABW, tzn. w zakresie przestępstw „godzących w podstawy ekonomiczne państwa”, nie jest to możliwe, gdyż wyrażenie „przestępstwa godzące w podstawy ekonomiczne państwa” uniemożliwia identyfikację typów przestępstw, określonych przez ustawę karną. Niemożność identyfikacji typów przestępstw, określonych przez ustawę karną, cechująca przepis art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy o ABW, powoduje w konsekwencji uchybienie dotyczące art. 27 ust. 1 ustawy o ABW. Z przepisu tego nie wynika bowiem, w związku z jakim typem przestępstwa, określonego przez ustawę karną, sąd zarządza kontrolę operacyj-*

³⁷ Malone vs. Wielka Brytania (skarga 8691/79).

³⁸ Kruslin vs. Francja (skarga 11801/85).

³⁹ OTK ZU Nr 6/A/2009, poz. 86.

⁴⁰ Stanowisko Sejmu z 2 marca 2012 r. (K 34/11), s. 12–13.

na (...)⁴¹. I choć przypomniano, że skorzystanie z tych uprawnień jest możliwe tylko w przypadku, gdy trzy podmioty (Szef ABW, PG oraz sąd) są zgodne co do tego, że dane przestępstwo, w sprawie, w której ma być zastosowana kontrola operacyjna, mieści się w katalogu przewidzianym w art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy o ABW, to jednak kwestionowane normy nie mogą – zdaniem Sejmu – w tym stanie się ostać.

Niemal identycznie (niezgodność art. 28 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW z art. 2, 47 i 49 Konstytucji oraz art. 8 EKPCz) brzmią zarzuty sformułowane przez PG we wniosku z 21 czerwca 2012 r., opartym na twierdzeniu *wykroczenia poza dopuszczalną precyzję ustawową* w użyciu pojęć „przestępstwa godzące w bezpieczeństwo państwa” i „przestępstwa godzące w podstawy ekonomiczne państwa”. Prokurator Generalny kwestionuje uprawnienie ABW do pozyskiwania danych teleinformatycznych (sygn. akt K 28/12)⁴². Głównym argumentem jest wskazanie w tej sprawie na rozliczne przykłady przepisów karnych⁴³, w których jest możliwe zastosowanie mechanizmu pozyskiwania danych, o których mowa w art. 180c i 180d ustawy Prawo telekomunikacyjne, a które wskazywałyby na zbyt rozległą możliwość korzystania z tego środka. Ponadto PG argumentuje, że *o ile, jak się wydaje, można dopuścić pozyskiwanie i przetwarzanie danych telekomunikacyjnych w celu zapobiegania lub wykrywania najpoważniejszych przestępstw lub przestępstw skarbowych (oczywiście pod warunkiem zagwarantowania subsydiarności podejmowania takich działań, skutecznej kontroli zewnętrznej, w tym sądowej, oraz wyłączenia możliwości pozyskiwania billingów w sytuacjach objętych tak zwanymi zakazami dowodowymi), to nie sposób zaakceptować podejmowania takich działań przez służby w przypadku drobnych przestępstw lub przestępstw skarbowych, o relatywnie niższym stopniu społecznej szkodliwości czynu*⁴⁴, i dalej, *użycie przez ustawodawcę zakwestionowanej wyżej aparatury pojęciowej, poprzez posłużenie się zwrotami niedookreślonymi i przesądzającymi o otwartym charakterze katalogu sytuacji uprawniających ABW do prowadzenia kontroli operacyjnej, pozostawia organom stosującym omawiane regulacje zdecydowanie zbyt szerokie ramy swobody interpretacyjnej. W konsekwencji sprzyja to – choćby potencjalnie – arbitralności decyzji podejmowanych przez te organy w zakresie pozyskiwania i przetwarzania danych telekomunikacyjnych, a przez to – możliwości nadmiernie częstego podejmowania przez ABW takiej kontroli*⁴⁵.

W stanowisku z 30 października 2012 r. Sejm wyraźnie polemizuje z twierdzeniami PG, jakoby można było z góry założyć, że któreś z przestępstw już a priori może być uznane za drobne czy relatywnie o niższym stopniu społecznej szkodliwości⁴⁶, i podnosi, że *ustawy szczegółowe, w których stypizowano określone przestępstwa, są ustawami tak samo dostępnymi adresatom norm prawnych, jak kodeks karny lub kodeks karny skarbowy, a ponadto nie odpowiada rzeczywistości normatywnej pogląd, iż pozakodeksowe typy przestępstw są mniej społecznie niebezpieczne (in abstracto) niż typy zawarte w kodeksach*⁴⁷. Dalej jednak Sejm przyznaje, podobnie jak we wcześniej omawianym

⁴¹ Tamże, s. 17.

⁴² W tym wypadku PG „dodał”, do wcześniej ujmowanych we wnioskach RPO, art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a, b i c, określających zadania ABW, także pkt 5 (*podejmowanie innych działań określonych w odrębnych ustawach i umowach międzynarodowych*). Pozostaje to jednak poza tematyką poruszaną w niniejszym artykule.

⁴³ Ich pełny katalog zamieszczony w rzeczonym wniosku wydaje się być wybrany przypadkowo.

⁴⁴ Wniosek PG z 21 czerwca 2012 r. (K 28/12), s. 9.

⁴⁵ Tamże, s. 75.

⁴⁶ Stanowisko Sejmu z 30 października 2012 r. (K 23/11), s. 11.

⁴⁷ Tamże, s. 57.

stanowisku, że upoważnienie do pozyskiwania na podstawie art. 28 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW danych teleinformatycznych w zestawieniu z brzmieniem art. 5 ust. 1 pkt a, b i c ustawy o ABW jest niezgodne z art. 2, 47 i 49 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji i art. 8 ust. 1 EKPCz.

„Dopełnieniem” omawianych wniosków jest wniosek PG z 13 listopada 2012 r., w którym neguje on w całości zgodność art. 27 ustawy o ABW z art. 2, art. 42 ust. 2, art. 47, art. 49, art. 51 ust. 2 i art. 54 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, jak również z art. 6 ust. 3 lit. b oraz c, art. 8 i art. 10 ust. 1 EKPCz, z powodu pominięcia w nim regulacji wyłączającej z kręgu podmiotów, które mogą być poddane kontroli operacyjnej, osób, od których pozyskanie informacji objętych tajemnicą adwokacką, dziennikarską, notarialną, radcy prawnego, doradcy podatkowego i lekarską podlega karnoprocesowym zakazom dowodowym.

Wniosek ten jest oparty na założeniu, że czynności operacyjno-rozpoznawcze nie mogą iść dalej („pozwalają na więcej”) niż czynności procesowe. W tych drugich zaś zakazy dowodowe stanowią zasadę dającą rękojmię *fair trial* każdemu, kto jest poddany działaniom organów władzy. Prokurator Generalny uważa, że w tym pierwszym wypadku nie może być inaczej, ponieważ *szużby mundurowe lub specjalne nie posiadają kompetencji, aby uchylić powyższe zakazy dowodowe, gdyż to może uczynić jedynie sąd, i to w ograniczonym zakresie, stosując przy tym zasadę subsydiarności, i choć informacji tych oczywiście nie można wykorzystać w charakterze dowodu w procesie karnym, tym niemniej uzyskana wiedza nie ulega wymazaniu z pamięci funkcjonariuszy szużb, prokuratora lub sądu, a co za tym idzie nie można wykluczyć faktycznego wykorzystania jej, w inny niż procesowy sposób, w toku postępowania*⁴⁸. Nie kończąc na tym, PG przywołuje np. że *poważne dziennikarstwo nie może istnieć bez poufnych źródeł informacji, a jak wskazuje Europejski Trybunał Praw Człowieka, ochrona dziennikarskich źródeł informacji jest jednym z podstawowych warunków wolności prasy, a brak ich ochrony może zniechęcić odnośne źródła do udzielania prasie pomocy w informowaniu społeczeństwa o kwestiach zainteresowania publicznego*⁴⁹. Wszystko to ma świadczyć o niekonstytucyjności regulacji uprawniających do stosowania kontroli operacyjnej we wszystkich ustawach, w których obecnie się ją przewiduje.

Przedstawiając skrótowo przegląd argumentacji RPO, PG i Sejmu dotyczących dalszej możliwości korzystania z kontroli operacyjnej i dostępu do danych teleinformatycznych, przewidzianych w przypadku ABW w art. 27 i 28 ustawy o ABW, można wyrobić sobie klarowny osąd, jakie poglądy wyrażają w tej sprawie konstytucyjne organy państwa⁵⁰. W artykule celowo poświęcono im tyle miejsca, dotyczy to bowiem bardzo istotnych i niemal klasycznych środków wspomagających pracę operacyjną, a ta z kolei jest zasadniczym elementem działań każdej szużby specjalnej. Wydaje się, że obudowywanie kontroli operacyjnej lub dostępu do billingów wieloma ograniczeniami, odstępstwami czy wyjątkami, nie mówiąc już o całkowitym uznaniu ich za sprzeczne z Konstytucją, ograniczy w dużym stopniu możliwości pozyskiwania, gromadzenia i przetwarzania informacji przez ABW. W całej tej sprawie nie ma znaczenia, jaka szużba stosuje te środki. Wobec każdej z nich, zdaniem wnioskodawców, powinno się wprowadzić znaczne restrykcje i ograniczenia.

⁴⁸ Wniosek PG z 13 listopada 2012 r. (K 48/12), s. 54–55.

⁴⁹ Tamże, s. 76–77.

⁵⁰ I jest to, bez wątplenia, ocena krytyczna.

Analizując stanowiska PG i RPO, należy na koniec wspomnieć o sprawie (sygn. akt K 20/12) dotyczącej możliwości gromadzenia i wykorzystywania informacji przez Policję. Artykuł 20 ustawy o Policji liczy kilkanaście ustępów. Zestawmy jednak tylko część z nich z treścią art. 33 i 34 ustawy o ABW.

Ustawa o ABW:

Art. 33. W zakresie swojej właściwości Agencje mogą uzyskiwać informacje, w tym także niejawnie, gromadzić je, sprawdzać i przetwarzać.

Art. 34. 1. W zakresie swojej właściwości Agencje mogą zbierać, także niejawnie, wszelkie dane osobowe, w tym również, jeżeli jest to uzasadnione charakterem realizowanych zadań, dane wskazane w art. 27 i 28 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926, z późn. zm.³⁾), a także korzystać z danych osobowych i innych informacji uzyskanych w wyniku wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych przez uprawnione do tego organy, służby i instytucje państwowe oraz przetwarzać je, w rozumieniu ustawy o ochronie danych osobowych, bez wiedzy i zgody osoby, której te dane dotyczą.

Ustawa o Policji:

Art. 20. 1. Policja, z zachowaniem ograniczeń wynikających z art. 19, może uzyskiwać informacje, w tym także niejawnie, gromadzić je, sprawdzać oraz przetwarzać.

2a. Policja może pobierać, uzyskiwać, gromadzić, przetwarzać i wykorzystywać w celu realizacji zadań ustawowych informacje, w tym dane osobowe, o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego, nieletnich dopuszczających się czynów zabronionych przez ustawę jako przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego, osobach o nieustalonej tożsamości lub usiłujących ukryć swoją tożsamość oraz o osobach poszukiwanych, także bez ich wiedzy i zgody.

2aa. Policja, w celu realizacji zadań ustawowych, może pobierać, uzyskiwać, gromadzić, przetwarzać, sprawdzać i wykorzystywać informacje, w tym dane osobowe, uzyskane lub przetwarzane przez organy innych państw oraz przez Międzynarodową Organizację Policji Kryminalnych – INTERPOL.

2ab. Policja może przekazywać informacje, w tym dane osobowe, służące zapobieganiu lub zwalczaniu przestępczości organom innych państw lub Międzynarodowej Organizacji Policji Kryminalnych – INTERPOL, o których mowa w ust. 2aa, na zasadach i w trybie określonych w ustawie z dnia 16 września 2011 r. o wymianie informacji z organami ścigania państw członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. Nr 230, poz. 1371), w prawie Unii Europejskiej i w postanowieniach umów międzynarodowych.

2b. Informacje, o których mowa w ust. 1, 2a, 2aa i 2ab, dotyczą osób, o których mowa w ust. 2a i mogą obejmować:

1) dane osobowe, o których mowa w art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, z tym że dane dotyczące kodu genetycznego obejmują informacje wyłącznie o niekodującej części DNA;

2) odciski linii papilarnych;

3) zdjęcia, szkice i opisy wizerunku;

4) cechy i znaki szczególne, pseudonimy;

5) informacje o:

a) miejscu zamieszkania lub pobytu,

b) wykształceniu, zawodzie, miejscu i stanowisku pracy oraz sytuacji materialnej i stanie majątku,

- c) dokumentach i przedmiotach, którymi sprawca się posługuje,
- d) sposobie działania sprawcy, jego środowisku i kontaktach,
- e) sposobie zachowania się sprawcy wobec osób pokrzywdzonych.

2c. Informacji, o których mowa w ust. 2a, nie pobiera się, w przypadku gdy nie mają one przydatności wykrywczej, dowodowej lub identyfikacyjnej w prowadzonym postępowaniu. (...)

17. Dane osobowe zebrane w celu wykrycia przestępstwa przechowuje się przez okres niezbędny do realizacji ustawowych zadań Policji. Organy Policji dokonują weryfikacji tych danych po zakończeniu sprawy, w ramach której dane te zostały wprowadzone do zbioru, a ponadto nie rzadziej niż co 10 lat od dnia uzyskania lub pobrania informacji, usuwając zbędne dane.

Widać wyraźnie, że w obecnym stanie prawnym regulacje ustawy o Policji są bardziej szczegółowe niż znajdujące się w ustawie o ABW. Pomimo tego, we wniosku z 27 kwietnia 2012 r. w sprawie K 20/12 RPO wskazuje, że *ustawa dopuszczająca ingerencję w prawa i wolności jednostki, w tym niejawną, musi przede wszystkim konkretyzować przypadki, zakres, sposoby ingerencji, a także wskazywać jakich konkretnie sfer życia jednostki owa ingerencja dotyczy. Powyższe oznacza, że regulując tę materię, ustawodawca winien zrezygnować z posługiwania się klauzulami generalnymi czy zwrotami niedookreślonymi. W przeciwnym przypadku przepisy ustawy tracą swój gwarancyjny charakter, skoro ostateczne i maksymalne kontury ograniczenia praw i wolności jednostki określają same służby, a nie ustawodawca⁵¹, a ponadto, Konstytucja w art. 51 ust. 4 statuuje prawo jednostki do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Brak jest natomiast w art. 20 ust. 17 ustawy o Policji regulacji odnoszących się do procedur usuwania danych z rejestrów Policji, uprawniających jednostki, których dane są przechowywane i przetwarzane przez Policję, do wystąpienia z żądaniem sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą⁵².*

W stanowisku z 16 lipca 2012 r. PG w całości poparł tę argumentację, a ponadto przywołał, że *w literaturze przedmiotu podnosi się również, że niezwykle istotne jest stworzenie bariery w nieograniczonym pozyskiwaniu, gromadzeniu udostępnianiu informacji o osobach przez władze publiczne, nawet za (konieczną w świetle ust. 1 art. 51 Konstytucji RP) zgodą ustawodawcy. Jak wykazują doświadczenia innych państw, administracja i inne władze publiczne skłonne są do gromadzenia nadmiernych ilości informacji o obywatelach i zbędnego – w świetle ustrojowej zasady pomocniczości – wkraczania w ich życie prywatne i rodzinne⁵³.*

W istocie dopiero Minister Spraw Wewnętrznych, w stanowisku z 27 lipca 2012 r., i Sejm, w stanowisku z 23 listopada 2012 r. polemizują z tymi tezami i przedstawiają argumenty za zgodnością z Konstytucją omawianych przepisów. Podnoszą, że obecna regulacja spełnia wymogi konieczności i proporcjonalności, a doktryna i orzecznictwo dopuszczają tworzenie norm niezupełnych lub blankietowych, co skutkuje tym, że nie każda wątpliwość co do treści normy musi powodować twierdzenie o jej niekonstytucyjności. Oba organy zwracają też uwagę, że uprawnienie osoby do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą, które jako przewidziane w art. 51 ust. 4 Konstytucji jest rzeczywiście pra-

⁵¹ Wniosek RPO z 27 kwietnia 2012 r. (K 20/12), s. 8–9.

⁵² Tamże, s. 12–13.

⁵³ Stanowisko PG z 16 lipca 2012 r. (K 20/12), s. 11.

wem bezwzględny i nie może być limitowane, znajduje jednak swoje odzwierciedlenie w odpowiednich normach *Ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych*⁵⁴, co powoduje, że bezprzedmiotowe jest powielanie tych regulacji w ustawie o Policji.

Ponieważ niniejsze rozważania dotyczą prawa do zdobywania informacji przez ABW, wystarczy, że pozostaniemy przy wskazaniu na przytoczone w artykule, najbardziej eksponowane argumenty. Bez wątpienia jednak nawet umorzenie tego postępowania nie spowoduje zmiany poglądów stron sporu co do możliwości dostępu do informacji (danych) i ich limitowania w myśl norm konstytucyjnych. Wycofanie wniosku, choć w części wywołane niezauważeniem wcześniejszej nowelizacji art. 20 ustawy o Policji, wynika z przyczyn formalnych, a nie merytorycznych, i jest związane z aktami podustawowymi, które w ocenie RPO i PG nie mogą stanowić o treści ograniczeń praw i wolności. A trudno jest uznać, że w świetle art. 20 ustawy o Policji art. 33 i 34 ustawy o ABW są „bardziej” precyzyjne i „mniej” blankietowe. Jeśli więc nie teraz, to pewnie w przyszłości będziemy ponownie świadkami dyskusji na ten temat.

Na podstawie powyższych rozważań można sformułować kilka dalszych tez do dyskusji na temat tego, czy służby specjalne mają mieć „więcej” praw do pozyskiwania informacji, niż np. straż gminna, urząd skarbowy albo Policja, a jeżeli tak, to dlaczego? Pytanie to jest tym bardziej zasadne, że spodziewana zmiana profilu działalności ABW ma się łączyć z pomniejszeniem jej aktywności procesowej, a zwiększeniem w pracy analitycznej i operacyjnej. A tymczasem większość zarzutów RPO i PG jest opartych na twierdzeniu, że tak szerokie uprawnienia operacyjno-rozpoznawcze wykraczają poza granicę wyznaczaną przez Konstytucję, a ponadto działania pozaprocesowe są zbyt „uprzywilejowane” w stosunku do tego, co stanowi Kodeks postępowania karnego, który powinien wyznaczać standardy w tym zakresie.

Nawet jeśli uznać, że istniejący przez wiele lat rozdział między czynnościami dochodzeniowo-śledczymi a operacyjno-rozpoznawczymi staje się już bardziej teoretyczny niż praktyczny⁵⁵, to jednak analiza obecnych rozwiązań ustawowych, tak jakby działania służb policyjnych i specjalnych były podporządkowane tylko ściganiu sprawców przestępstw, jest zbyt dużym uproszczeniem. Wszak immanentnym i wręcz podstawowym obowiązkiem służb jest również zapobieganie lub przeciwdziałanie zagrożeniom, które nie zawsze muszą się zmaterializować w konkretne czyny zabronione. Skoro tak, to przede wszystkim należy uznać, że w tym rozumieniu wnioski RPO i PG są zbyt jednostronne i pomijają część zakresu działania służb i ich rolę w systemie bezpieczeństwa państwa.

Osoby sceptyczne wobec poszerzania uprawnień służb policyjnych, jak np. E. Łętowska, przyznają, że *istnieje naturalna antynomia między działalnością operacyjną a stanowiącymi przedmiot konstytucyjnej ochrony prywatnością i autonomią informacyjną, albowiem działania władzy publicznej, które konieczne są w demokratycznym społeczeństwie dla obrony tego społeczeństwa i demokratycznego państwa przed patologiami społecznymi, terroryzmem, przestępczością – wymagają stosowania środków z natury rzeczy pozostających w opozycji do praw zasadniczych jednostki. Konieczne jest tu bowiem posługiwanie się czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi połączonymi z niekiedy drastycznymi wkroczeniami w wolności i prawa (w wielu ich wymiarach) jednostki*⁵⁶.

⁵⁴ Tekst jednolity: Dz.U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926, z późn. zm.

⁵⁵ Zgodnie z art. 27 ust. 15 ustawy o ABW kontrola operacyjna może być stosowana tak przed postępowaniem przygotowawczym (w przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego...), jak i w jego trakcie (...lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego).

⁵⁶ Zdanie odrębne do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 czerwca 2009 r., sygn. akt K 54/07, OTK 2009/6A, poz. 86.

Tym samym w dyskusji publicznej obecnie pojawiają się argumenty za tym, że nie jest tak oczywiste, że czynności operacyjno-rozpoznawcze muszą być automatycznie oceniane przez pryzmat innych działań służb policyjnych i specjalnych, takich jak śledcze. Istota sporu powinna bowiem dotyczyć bardziej sposobu korzystania z mechanizmów przewidzianych prawem, niż uznawania, że wszystkie one muszą w ten sam sposób ingerować w swobody jednostki. Dopiero gdy uznamy że nie mamy w tym względzie zaufania do organów państwa, trzeba uciekać się do kazuistyki i dołącznie wyznaczać granicę tego typu kompetencji, opierając się np. na procedurze karnej. Można zresztą zaryzykować tezę, że chyba zbyt dużo energii przeznaczana jest na odpieranie zarzutów o nadużywanie niektórych niejawnych instrumentów, a zbyt mało na wskazywanie na ich rzeczywistą rolę w zapewnieniu bezpieczeństwa wewnętrznego i zewnętrznego państwa. Zapewne wbrew intencjom w ten sposób dajemy się złapać w pewną pułapkę, gdyż nie mogąc ujawnić zbyt wielu sukcesów i pokazać ogromu pracy związanej z analizą i sprawdzaniem tego typu materiałów, publicznie odnosimy się jedynie do stwierdzeń o „milionach billingów”, wzmacniając w sposób niezamierzony głosy o omnipotencji służb. Oczywiście w takim wypadku należy również rozważyć, kto w istocie powinien być inicjatorem tego typu dyskusji. Jeśli będą to robić służby, trzeba się liczyć z zarzutem, że to działania „propagandowe” i swoiste „usprawiedliwienie” dla przypadków nadużywania posiadanych instrumentów prawnych.

Z kolei politycy nie dysponują z reguły tak szczegółową wiedzą o konkretnych przypadkach, a ci z nich, którzy ją mają (bo są np. do tego zobligowani lub odpowiedzialni za dane służby), nie mogą zbyt dużo mówić. Wydaje się więc, że niedoceniana jest w tym przypadku rola ludzi zajmujących się tą tematyką zawodowo (świat nauki, dziennikarstwo specjalistyczne) i dopiero na takiej podstawie powinno się budować społeczną akceptację dla podejmowanych działań. Szczególnie w „sytuacji kryzysowej”, a więc zaistnienia przypadku, który publicznie jest oceniany negatywnie, warto posiłkować się wspomnianymi powyżej opiniami i artykułami fachowców⁵⁷.

Może też trzeba argumentować wprost, że odmienne zadania w dziedzinie ochrony porządku i bezpieczeństwa państwa nałożone na konkretne służby powinny umożliwiać tym służbom bardziej lub mniej daleko idącą ingerencję w prawa i wolności jednostki, nawet wtedy, gdy korzystają z tak samo nazwanych instrumentów, jak kontrola operacyjna czy zakup kontrolowany⁵⁸. A tym samym, że zakres przedmiotowy i podmiotowy uprawnień do takich działań musi być odmienny, nawet jeśli sposób korzystania z konkretnego środka jest uregulowany identycznie. Tutaj jednak potrzebna jest szersza dyskusja o sposobie prawnego ujęcia takich rozwiązań. Dopóki bowiem ich konstrukcja jest identyczna, a kolejne nowelizacje ustaw nie różnicują w tym względzie służb, trudno uznać, że ma się z tym „uporać” tylko praktyka stosowania danego środka. Jak bowiem argumentować, że służba „x” ma mieć odmienny zakres uprawnień do służby „y” w stosowaniu np. podsłuchu albo dostępu do danych z konta bankowego, w sytuacji gdy ścigają sprawców tego samego przestępstwa? Nie funkcjonujemy w anglosaskim systemie *common law*, gdzie sędzia mógłby interpretować konkretny przepis i przez jego wykładnię tworzyć precedens prawny. Potrzeba zmian ustawodawczych, które zaakcentują tego typu punkt widzenia, np. zwiększając kompetencje ABW, AW

⁵⁷ Poza dyskusją pozostaje na obecną chwilę stosowane np. w USA finansowanie akcji, kampanii promocyjnych, a nawet filmów, które propagują działania służb czy armii. W przyszłości warto może jednak rozważyć stosowanie i takich środków.

⁵⁸ Chociaż pośrednio wynika to z treści ustaw, to RPO i PG kwestionują to w omawianych wnioskach.

czy SWW o uprawnienie, którego inne służby mieć nie będą. Mamy już zresztą przykłady takich rozwiązań, np. w Stanach Zjednoczonych⁵⁹ czy ostatnio w Nowej Zelandii⁶⁰, gdzie proponuje się przyznanie konkretnej służbie możliwości korzystania z danych gromadzonych przez specjalną jednostkę wywiadowczą. Pozwoliłoby to nie tylko na kontrolowanie służby z zewnątrz (bo trzeba wtedy uzasadnić, dlaczego te dane są potrzebne), ale również na pokazanie różnic w roli danej służby dla ochrony porządku i bezpieczeństwa. Być może projekt nowej ustawy o ABW, a zwłaszcza prace ustawodawcze nad nią, pozwolą na tego typu rozwiązania.

Innym przykładem może tu być także Agencja Wywiadu lub Służba Wywiadu Wojskowego⁶¹. Choć ich kompetencje właściwie koncentrują się na działalności operacyjnej, analitycznej, nie słyszy się o kwestionowaniu rozwiązań ustawowych dotyczących tych służb. Nie czas tu i miejsce na szerszą dyskusję, ale czy fakt, że służby te działają poza granicami państwa może być najważniejszym usprawiedliwieniem? A może właśnie świadomość roli i zadań na nich nałożonych pozwala na uznanie, że w tym wypadku sposób wykorzystania uprawnień, a nie ich kształt normatywny, mają walor decydujący?

Zamiast tylko i wyłącznie czysto prawnego sporu o brzmienie norm ustawowych, kazuistyki regulacji lub też o to, jak i kiedy stosować podsłuch albo GPS, chyba rzeczywiście czas skupić się na klarowniejszym podziale kompetencji oraz zadań różnych służb i podkreślanii, że konstytucyjny „znak zakazu”, jakim jest art. 31 ust. 3 Konstytucji⁶², nie musi dotyczyć wszystkich w identycznym stopniu, ale powinien być pochodną tego, jakie kompetencje wyznacza danej służbie parlament i jak bezpiecznie chcemy żyć. To zaś zawsze musi być kosztem czegoś. I choć nic tak nie przeszkadza służbom specjalnym, jak zbyt częste o nich mówienie, to jeszcze bardziej destrukcyjne jest negowanie ich roli, oparte nazbyt często nie na rzetelnej analizie, ale na osobistych poglądach abstrahujących od tego, czego państwo, a w istocie jego obywatele, od nich żądają. A żądają zapewnienia bezpieczeństwa i skutecznego zwalczania zagrożeń.

Abstrakt

We wstępie artykułu dokonano przeglądu głównych tez wniosków Rzecznika Praw Obywatelskich i Prokuratora Generalnego o zbadanie przez Trybunał Konstytucyjny zgodności z ustawą zasadniczą norm ustawowych odnoszących się (przede wszystkim) do kontroli operacyjnej i możliwości pozyskiwania danych telekomunikacyjnych, które to uprawnienia – w identycznym niemal kształcie – posiada zarówno ABW, jak i pozostałe służby policyjne i specjalne. Jednocześnie autor podnosi dwie kwestie, które towarzyszą wspomnianemu sporowi natury ustrojowo-prawnej, a są – jak dotychczas – w nim pomijane. Po pierwsze, czy granica ingerencji w prawa jednostki w przypadku

⁵⁹ Zob. np. artykuł T. Deptuły pt. *15 przestępstw dziennie za cichym przyzwoleniem FBI*, „Rzeczpospolita” z 6 sierpnia 2013 r., s. A8.

⁶⁰ Zob. artykuł M. Kokota pt. *Nowa Zelandia inwigiluje?* „Gazeta Wyborcza” z 30 lipca 2013 r., s. 9.

⁶¹ Zob. np. M. Urzędowska, *Cyberwojna z Zachodem*, „Gazeta Wyborcza” z 20 lutego 2013 r., s. 11, J. Kapiszewski, *Specsłużby USA zbierają z podsłuchów sto miliardów informacji miesięcznie*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 10 czerwca 2013 r., s. A6 lub K. Urbański, *Co o nas wiedzą cyberspieszy*, „Rzeczpospolita” z 11 czerwca 2013 r., s. A14.

⁶² Art. 31 ust. 3: *Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.*

stosowania niektórych form i metod pracy operacyjnej powinna być rzeczywiście wyznaczana w taki sam sposób, jak ma to miejsce wobec czynności procesowych? Choć taka jest intencja wnioskodawców, jest to – w opinii autora – o tyle wątpliwe, że zadaniem służb policyjnych i specjalnych nie jest tylko ściganie sprawców przestępstw, ale również zapobieganie i przeciwdziałanie im. Po drugie zaś, czy nie nadszedł już czas ku temu – chociażby przy okazji prac nad nową ustawą o ABW – aby wyróżnić służbę lub służby, które z założenia byłyby uprawnione do głębszej ingerencji w prawa i wolności jednostki? Takie zróżnicowanie pozwoliłoby zapobiec sytuacji, w której uznanie jakiegoś uprawnienia za niekonstytucyjne wobec jednej ze służb, automatycznie – gdyż od strony normatywnej we wszystkich ustawach policyjnych są to praktycznie takie same przepisy – odnosi się i do pozostałych. Jednym z rozwiązań może być w tym wypadku także stworzenie odrębnej instytucji, która mając szeroką możliwość dostępu do informacji i danych, udzielałaby ich uprawnionym służbom, odpowiednio do ich zadań i roli w systemie bezpieczeństwa państwa. W tym wypadku strona „techniczna” zostałaby odzielona od powodów korzystania z konkretnego uprawnienia.

Abstract

As an introduction to this article, author provided a review of main thesis from the submitted by the Polish Ombudsman and the Public Prosecutor General motions to examine by the Constitutional Tribunal the accordance of the statutory norms with the basic act, referring (mainly) to the operational control and capability to procure telecommunications data. These entitlements – in almost the same scope – were admitted to ABW and other Police and Special Services. Simultaneously, author raises two aspects that go together with the mentioned dispute of both legal and political nature, but are – to date – omitted in it. Firstly, should the interference limit in the laws of an individual be really set the same way in case of using methods and forms of operational work as it is in lawsuit proceedings? Though, this is the intention of movers, it is – in author's opinion – doubtful, because the role of Police and Special Services is not only to chase criminals, but also to prevent and counteract. Secondly, isn't it already time to – at last on the occasion of working on the new act of ABW – to single out this service or services, which were in principle authorized to have deeper interference in law and independence of an individual? Such diversification would prevent situations in which acknowledging powers as unconstitutional towards one of the services, automatically – because from the standard perspective all police acts have the same regulations – refers to the other services. One of solutions in this case could be to create a separate institution which would have a wide access to data and information and would provide it to authorized services, accordingly to their tasks and role in the national security system. In such case, the “technical” aspect would be separated from reasons to use a specific entitlement.