



SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ
VIII kadencja
Prezes Rady Ministrów
DSP.WPL.140.41.2017

Warszawa, 13 czerwca 2017 r.

Pan
Marek Kuchciński
Marszałek Sejmu
Rzeczypospolitej Polskiej

Szanowny Panie Marszałku

przekazuję przyjęte przez Radę Ministrów **stanowisko** wobec poselskiego projektu ustawy:

**- o zmianie ustawy o Policji oraz
niektórych innych ustaw (druk nr
1373).**

Jednocześnie informuję, że Rada Ministrów upoważniła Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji do reprezentowania Rządu w tej sprawie w toku prac parlamentarnych.

Z wyrazami szacunku

(-) Beata Szydło

**Stanowisko Rady Ministrów
wobec poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o Policji
oraz niektórych innych ustaw (druk nr 1373)**

I. Proponowane rozwiązania

Projekt ustawy zmierza do znowelizowania następujących ustaw: z dnia 6 kwietnia 1990 r. *o Policji*¹, z dnia 12 października 1990 r. *o Straży Granicznej*², z dnia 24 sierpnia 2001 r. *o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych*³, z dnia 24 maja 2002 r. *o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu*⁴ (dalej: ustawa o ABW i AW), z dnia 9 czerwca 2006 r. *o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego*⁵ (dalej: ustawa o SKW i SWW), z dnia 9 czerwca 2006 r. *o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym*⁶ oraz z dnia 16 listopada 2016 r. *o Krajowej Administracji Skarbowej*⁷.

Projektowane zmiany wprowadzają obowiązek poinformowania osoby, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, o fakcie jej zastosowania, a także określają wyjątki od tej reguły.

Należy zaznaczyć, że w projektowanym art. 9e ustawy *o Straży Granicznej*, w dodawanym ust. 17b zawarto odwołanie do uchylonego ust. 16c. Na potrzeby niniejszego stanowiska przyjęto, na podstawie ogólnej systematyki projektu, że projektowany przepis powinien odsyłać do projektowanego ust. 17c. Ustawa ma wejść w życie 1 czerwca 2017 r.

Projektodawcy zakładają, że wprowadzenie powyższych rozwiązań z jednej strony spowoduje dalsze dostosowanie systemu prawa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt K 23/11), z drugiej zaś eliminować będzie ryzyko niekontrolowanego tworzenia oraz utrzymywania zbiorów danych nieprzydatnych dla postępowań prowadzonych przez organy państwa, lecz potencjalnie wartościowych z punktu widzenia przyszłych, bliżej nieokreślonych czynności.

Oceniany projekt, przewidując obowiązek poinformowania osoby, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, o fakcie jej zastosowania, jednocześnie określa trojaki rodzaj ograniczenia w tym zakresie, przy czym należyte uwzględnienie praw podstawowych i uzasadnionych interesów danej osoby fizycznej ma być zagwarantowane dzięki powierzeniu ostatecznego rozstrzygnięcia organowi sądowemu. Po pierwsze, informacja może zostać przekazana z opóźnieniem do 6-miesięcy od zakończenia stosowania kontroli operacyjnej. Po drugie, w każdej z nowelizowanych ustaw przewidziana jest możliwość, aby organ zarządzający kontrolę wystąpił do sądu okręgowego z wnioskiem o zarządzenie utrzymania tej informacji w tajemnicy na okres nie dłuższy niż 10 lat, jeśli ujawnienie informacji o jej stosowaniu narażałoby lub mogło narazić ważny interes publiczny. Po trzecie, przepisy nowelizujące ustawę o ABW i AW oraz ustawę o SKW i SWW przewidują,

¹ Dz. U. z 2016 r. poz. 1782, z późn. zm.

² Dz. U. z 2016 r. poz. 1643, z późn. zm.

³ Dz. U. z 2016 r. poz. 1483, z późn. zm.

⁴ Dz. U. z 2016 r. poz. 1897, z późn. zm.

⁵ Dz. U. z 2016 r. poz. 1318, z późn. zm.

⁶ Dz. U. z 2016 r. poz. 1310, z późn. zm.

⁷ Dz. U. z 2016 r. poz. 1947, z późn. zm.

że w określonych przypadkach osoba, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, nie będzie informowana o fakcie jej zastosowania, także po jej zakończeniu. To wyłączenie dotyczy przypadków, w których kontrola operacyjna była stosowana w celu realizacji zadań związanych z ochroną bezpieczeństwa narodowego, określonych w art. 5 ust. 1 pkt 2 lit. a i d ustawy o ABW i AW oraz w art. 5 ust. 1 pkt 1 lit. a, b oraz f ustawy o SKW i SWW.

II. Analiza przepisów projektu pod kątem ustalonego stanu prawa Unii Europejskiej

Materia stanowiąca przedmiot projektu jest częściowo uregulowana w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2016/680 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia decyzji ramowej Rady 2008/977/WSiSW⁸. Ustanawia ona przepisy o ochronie osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w tym ochrony przed zagrożeniami dla bezpieczeństwa publicznego i zapobiegania takim zagrożeniom (art. 1 ust. 1). Zgodnie z art. 3 pkt 2 dyrektywy 2016/680 „*«przetwarzanie» oznacza operację lub zestaw operacji wykonywanych na danych osobowych lub zestawach danych osobowych w sposób zautomatyzowany lub niezautomatyzowany, takich jak zbieranie, utrwalanie, organizowanie, porządkowanie, przechowywanie, adaptowanie lub modyfikowanie, pobieranie, przeglądanie, wykorzystywanie, ujawnianie poprzez przesłanie, rozpowszechnianie lub innego rodzaju udostępnianie, dopasowywanie lub łączenie, ograniczanie, usuwanie lub niszczenie*”.

Artykuł 13 dyrektywy 2016/680 określa zakres prawa do informacji osoby, której dane podlegają przetwarzaniu. Informacje, o których mowa w ustępie 1 tego artykułu, mają charakter ogólny i mogą zostać udostępnione np. na stronie internetowej właściwego organu (motyw (42) dyrektywy 2016/680). Artykuł 13 ust. 2 przewiduje natomiast obowiązki informacyjne w konkretnych przypadkach. Poinformowanie osoby w konkretnych przypadkach może jednak zostać opóźnione, ograniczone lub wykluczone w takim zakresie i przez taki czas, w jakim odnośny środek jest działaniem koniecznym i proporcjonalnym w społeczeństwie demokratycznym, z należyтым uwzględnieniem praw podstawowych i uzasadnionych interesów danej osoby fizycznej, aby m.in. uniemożliwić utrudnianie czynności postępowań urzędowych lub sądowych, postępowań przygotowawczych lub procedur, jak również aby uniemożliwić zakłócanie zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, a także aby chronić bezpieczeństwo publiczne oraz bezpieczeństwo narodowe (art. 13 ust. 3)⁹. Termin implementacji dyrektywy upływa 6 maja 2018 r.

⁸ Dz. Urz. UE L 119 z 4.5.2016, s. 89.

⁹ Zgodnie z motywem (14) preambuły dyrektywy 2016/680, „*niniejsza dyrektywa nie powinna mieć zastosowania do przetwarzania danych osobowych w toku działalności wykraczającej poza zakres prawa Unii, dlatego czynności w zakresie bezpieczeństwa narodowego, czynności agencji lub jednostek zajmujących się bezpieczeństwem narodowym, ani przetwarzania danych osobowych przez państwa członkowskie podczas czynności, które wchodzą w zakres zastosowania tytułu V rozdział 2 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE), nie należy uznawać za czynności wchodzące w zakres niniejszej dyrektywy*”.

III. Opinia o projekcie ustawy

W obecnym stanie prawnym uprawnienia do prowadzenia kontroli operacyjnej w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych, przysługują określonej grupie podmiotów, którym ustawodawca przypisał obowiązek prowadzenia działań na rzecz szeroko pojętego bezpieczeństwa i porządku publicznego oraz bezpieczeństwa państwa (dalej określane również jako podmioty uprawnione). Uregulowania określające przesłanki, tryb i zasady zarządzania oraz sposób postępowania z materiałami uzyskanymi podczas stosowania kontroli operacyjnej znalazły swoje odzwierciedlenie w ustawach pragmatycznych poszczególnych podmiotów uprawnionych.

Kontrolę operacyjną prowadzić mogą zatem:

- Policja, na podstawie art. 19 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. *o Policji*,
- Straż Graniczna, na podstawie art. 9e ustawy z dnia 12 października 1990 r. *o Straży Granicznej*,
- Żandarmeria Wojskowa, na podstawie art. 31 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. *o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych*,
- Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, na podstawie art. 27 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. *o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu*,
- Służba Kontrwywiadu Wojskowego, na podstawie art. 31 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. *o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego*,
- Centralne Biuro Antykorupcyjne, na podstawie art. 17 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. *o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym*,
- Krajowa Administracja Skarbowa, na podstawie art. 118 ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. *o Krajowej Administracji Skarbowej*.

Z kolei sposób dokumentowania prowadzonej kontroli operacyjnej, przechowywania i przekazywania wniosków, zarządzeń i materiałów uzyskanych podczas stosowania tej kontroli, a także przetwarzania i niszczenia tych materiałów uregulowany został w odpowiednich aktach wykonawczych wydanych na podstawie powyższych ustaw – odpowiednio w:

- rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 10 czerwca 2011 r. *w sprawie sposobu dokumentowania prowadzonej przez Policję kontroli operacyjnej, przechowywania i przekazywania wniosków, zarządzeń i materiałów uzyskanych podczas stosowania tej kontroli, a także przetwarzania i niszczenia tych materiałów*¹⁰;
- rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 10 lutego 2006 r. *w sprawie sposobu przeprowadzania i dokumentowania przez Straż Graniczną niektórych czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz sposobu postępowania z materiałami uzyskanymi podczas stosowania tych czynności*¹¹;
- rozporządzeniu Ministra Obrony Narodowej z dnia 21 sierpnia 2013 r. *w sprawie sposobu dokumentowania kontroli operacyjnej przez Żandarmerię Wojskową*¹²;

¹⁰ Dz. U. z 2011 r. poz. 697.

¹¹ Dz. U. z 2016 r. poz. 1286.

¹² Dz. U. z 2013 r. poz. 1071.

- rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 lipca 2013 r. w sprawie sposobu dokumentowania prowadzonej przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego kontroli operacyjnej oraz przechowywania i przekazywania wniosków i zarządzeń, a także przechowywania, przekazywania, przetwarzania i niszczenia materiałów uzyskanych podczas stosowania tej kontroli¹³;
- rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 września 2006 r. w sprawie sposobu dokumentowania kontroli operacyjnej prowadzonej przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego oraz przechowywania i przekazywania wniosków i zarządzeń, przechowywania, przekazywania oraz przetwarzania i niszczenia materiałów uzyskanych podczas prowadzenia tej kontroli, a także wzorów druków i rejestrów¹⁴;
- rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 25 października 2011 r. w sprawie sposobu dokumentowania prowadzonej przez Centralne Biuro Antykorupcyjne kontroli operacyjnej, przechowywania i przekazywania wniosków, postanowień i zarządzeń oraz przechowywania, przekazywania, przetwarzania i niszczenia materiałów uzyskanych podczas stosowania tej kontroli¹⁵;
- rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 13 kwietnia 2017 r. w sprawie dokumentowania kontroli operacyjnej prowadzonej przez Krajową Administrację Skarbową¹⁶.

W dotychczasowym orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny kilkakrotnie wypowiadał się w sprawie konstytucyjności przepisów regulujących czynności operacyjno-rozpoznawcze prowadzące do ingerencji w sferę prywatności jednostek i tajemnicę komunikowania się. Trybunał nie podważył dopuszczalności ich stosowania w demokratycznym państwie prawa. Przeciwnie, wyraźnie podkreślił, że niejawne pozyskiwanie przez organy władzy publicznej informacji o obywatelach, w toku kontroli operacyjnej ukierunkowanej na zapobieganie przestępstwom, ich wykrywanie oraz zwalczanie, jest nieodzwonne. Jawność tych czynności powodowałaby bowiem ich nieskuteczność, a to z kolei rzutowałoby na poziom bezpieczeństwa państwa i jego obywateli. Ocena ta wynikała z dostrzeżenia specyfiki działalności przestępczej i coraz trudniejszych warunków zapewnienia bezpieczeństwa spowodowanych zagrożeniem terroryzmem, zorganizowaną przestępczością czy wykorzystywaniem przez przestępców nowych technologii w celu komunikowania się.

Wśród wielu tez, które zawarte są w uzasadnieniu podnoszonego przez projektodawców wyroku Trybunału Konstytucyjnego sygn. K 23/11, znalazły się między innymi rozważania wskazujące na potrzebę informowania osoby (jednostki) o podjętych wobec niej działaniach operacyjno-rozpoznawczych. Trybunał jednocześnie potwierdził, że w pewnych sytuacjach może być również uzasadnione odstąpienie od wspomnianego obowiązku informacyjnego. Kwestie te pozostawiono jednak do rozstrzygnięcia ustawodawcy.

W czasie prac legislacyjnych podjętych w wyniku wydania przez Trybunał Konstytucyjny powyższego rozstrzygnięcia, których efektem była przyjęta w dniu 15 stycznia 2016 r. przez Sejm Rzeczypospolitej Polskiej ustawa o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw¹⁷, zagadnienia dotyczące

¹³ Dz. U. z 2013 r. poz. 1048.

¹⁴ Dz. U. z 2006 r. poz. 1285.

¹⁵ Dz. U. z 2011 r. poz. 1379.

¹⁶ Dz. U. z 2017 r. poz. 828.

¹⁷ Dz. U. z 2016 r. poz. 147.

informowania osób o podejmowanych wobec nich czynnościach operacyjno-rozpoznawczych (w tym kontroli operacyjnej) były brane również pod uwagę. W zgodnej opinii wszystkich podmiotów uprawnionych, wprowadzenie takiego obowiązku w zakresie wskazanym przez Trybunał Konstytucyjny niesie ze sobą szereg konsekwencji. W szczególności wiązałoby się to z naruszeniem podstawowych zasad, w oparciu o które funkcjonują służby i poważnie mogłoby zaważyć nie tylko na skuteczności ich działań, ale także mogłoby zagrozić bezpieczeństwu państwa oraz osób, które w sposób niejawnym udzielają pomocy służbom. Znamienne, że sami projektodawcy zdają się potwierdzać te wątpliwości, przywołując przykład zmian wprowadzonych w 1977 roku w prawie ówczesnej Republiki Federalnej Niemiec, które ułatwiły obcemu wywiadowi infiltrację. Podmioty uprawnione podnosiły również, że wprowadzenie obowiązku informowania pozostawałoby w sprzeczności z ustawowym wymogiem ochrony form i metod czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz faktu ich prowadzenia.

Ryzyka wskazywane przez podmioty uprawnione sprawiły, że ostatecznie nie objęto projektowaną nowelizacją kwestii obowiązku informacyjnego w stosunku do osób, wobec których stosowano kontrolę operacyjną. Podkreślić należy, że argumentacja, która legła u podstaw tej decyzji, nie traci na ważności także w obliczu przedłożonego obecnie projektu ustawy.

Warto również odnotować, że wdrażane do polskiego systemu prawnego standardy demokratycznego państwa prawa doprowadziły ostatecznie do takiego ukształtowania przepisów w zakresie kontroli operacyjnej, które stanowi racjonalny kompromis między ochroną prawa do prywatności z jednej strony a zagwarantowaniem narzędzi służący do skutecznego przeciwdziałania i wykrywania przestępczości z drugiej. Egzemplifikacją dokonań w tym zakresie w obowiązujących obecnie przepisach, spełniających jednocześnie normy konstytucyjne, jest m.in.:

- rygorystyczne określenie przesłanek stosowania kontroli operacyjnej, poprzez wyspecyfikowanie, w sposób w miarę możliwości jak najbardziej precyzyjny, katalogu przestępstw lub przypadków, kiedy stosowanie takiej kontroli jest dopuszczalne (wcześniejsze uregulowania w tym zakresie pozostawiały szerokie pole do interpretacji);
- określenie rodzajów środków niejawnego pozyskiwania informacji¹⁸;
- przeniesienie z aktów wykonawczych do materii ustawowej regulacji określającej materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej¹⁹ oraz rejestry dokumentacji związanej z jej prowadzeniem²⁰;

¹⁸ Kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie i polega na uzyskiwaniu i utrwalaniu treści: rozmów prowadzonych przy użyciu środków technicznych, w tym za pomocą sieci telekomunikacyjnych; obrazu lub dźwięku osób z pomieszczeń, środków transportu lub miejsc innych niż miejsca publiczne; korespondencji, w tym korespondencji prowadzonej za pomocą środków komunikacji elektronicznej; danych zawartych w informatycznych nośnikach danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, systemach informatycznych i teleinformatycznych oraz uzyskiwaniu dostępu i kontroli zawartości przesyłek.

¹⁹ Zapisy na nośnikach, na których utrwalone zostały treści rozmów telefonicznych lub innych przekazów informacji albo treści korespondencji lub zawartość przesyłek, kopie zapisów wykonane z tych nośników oraz dokumenty sporządzone na podstawie informacji utrwalonych na tych nośnikach lub ich kopiach.

²⁰ Rejestry postanowień, pisemnych zgód, wniosków i zarządzeń dotyczących kontroli operacyjnej.

- określenie maksymalnego okresu prowadzenia kontroli operacyjnej (18 miesięcy, z wyjątkiem ABW²¹ i SKW²²);
- określenie zasady postępowania z materiałami, które mogą zawierać informacje objęte tajemnicą zawodową (notarialną, adwokacką, radcy prawnego, doradcy podatkowego, lekarską, dziennikarską lub statystyczną)²³, albo objęte są bezwzględnymi zakazami dowodowymi²⁴.

Oprócz powyższych rozwiązań, w obowiązujących obecnie przepisach pragmatycznych dotyczących stosowania kontroli operacyjnej funkcjonują także inne mechanizmy nadzoru i kontroli, które w sposób kompletny i komplementarny zabezpieczają przed nieuprawnionym stosowaniem tej metody uzyskiwania informacji.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że wniosek w sprawie zastosowania kontroli operacyjnej wymaga przede wszystkim pisemnej zgody właściwego prokuratora. Umieszczenie prokuratora w procesie prowadzącym do zarządzenia kontroli operacyjnej nie jest przypadkowe i podyktowane jest w głównej mierze celami, dla których ustawodawca dopuszcza w ogóle stosowanie takiej metody uzyskiwania informacji. Należy bowiem pamiętać, że kontrola operacyjna podejmowana jest w celu zapobiegania, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów przestępstw określonych odmiennie dla każdego z podmiotów uprawnionych. W efekcie informacje uzyskane podczas stosowania kontroli operacyjnej, o ile będą potwierdzały popełnienie przestępstwa, *de facto* staną się elementem materiału dowodowego w postępowaniu przygotowawczym. Zakres działań prokuratora w tym zakresie określony został z kolei w § 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 lutego 2017 r. w sprawie sposobu realizacji czynności prokuratora w ramach kontroli nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi²⁵, zgodnie z którym kontrola prokuratora nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi określonymi w przepisach, o których mowa w § 1²⁶, jest sprawowana w szczególności przez badanie faktycznych podstaw tych czynności oraz ich legalności, prawidłowości i efektywności²⁷.

²¹ Zgodnie z art. 27 ust. 9 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2016 r. poz. 1897, z późn. zm.) „W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawcy i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd, o którym mowa w ust. 2, na pisemny wniosek Szefa ABW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może wydawać, również po upływie okresów, o których mowa w ust. 8, kolejne postanowienia o przedłużeniu kontroli operacyjnej na następujące po sobie okresy, z których żaden nie może trwać dłużej niż 12 miesięcy.”

²² Zgodnie z art. 31 ust. 7 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz. U. z 2016 r. poz. 1318, z późn. zm.) „w uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawcy i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd, o którym mowa w ust. 2, na pisemny wniosek Szefa SKW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może wydawać, również po upływie okresów, o których mowa w ust. 6, kolejne postanowienia o przedłużeniu kontroli operacyjnej na następujące po sobie okresy, z których żaden nie może trwać dłużej niż 12 miesięcy.”

²³ Wykorzystanie tego rodzaju materiałów uzależnione jest od decyzji sądu.

²⁴ Podlegają niezwłocznemu zniszczeniu.

²⁵ Dz. U. z 2017 r. poz. 292.

²⁶ Między innymi kontrola operacyjna.

²⁷ W sposób zbliżony kwestia ta uregulowana była w obowiązującym uprzednio rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 czerwca 2011 r. w sprawie sposobu realizacji kompetencji prokuratora w zakresie nadzoru nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi (Dz.U. poz. 692) – § 2. Nadzór prokuratora nad zgodnością z prawem inicjowania i przeprowadzania przez uprawnione organy czynności operacyjno-rozpoznawczych, określonych w przepisach, o których mowa w § 1 [m.in. kontroli operacyjnej], realizowany jest w szczególności poprzez merytoryczną i efektywną kontrolę podstaw faktycznych wnioskowanych czynności oraz legalności i prawidłowości ich inicjowania i prowadzenia.

Odnutowania w tym kontekście wymaga, że na podstawie ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. *o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw*²⁸ dla wszystkich podmiotów uprawnionych wprowadzono wymóg przedstawiania wraz z wnioskiem o zastosowanie kontroli operacyjnej także materiałów uzasadniających potrzebę jej zastosowania, co w niebagatelny sposób ułatwia prokuraturze ocenę faktycznych podstaw tych czynności oraz ich legalności, a tym samym gwarantuje, że nie będą one nadużywane. Dodatkowo sam wniosek składa się z ustawowo określonych²⁹ elementów.

Powyższy przepis skorelowany jest z odpowiednimi przepisami w ustawach pragmatycznych obligującymi podmioty uprawnione do informowania właściwego prokuratora o wynikach kontroli operacyjnej po jej zakończeniu, a na jego żądanie również o przebiegu tej kontroli.

Jako wątpliwa w tym kontekście jawi się motywacja wprowadzenia zmian w obowiązujących przepisach przedstawiona w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy, opierająca się na przekonaniu projektodawców, że w związku ze stosowaniem kontroli operacyjnej dochodzi do „niekontrolowanego tworzenia oraz utrzymywania zbiorów danych nieprzydatnych dla postępowań prowadzonych przez organy państwa, lecz potencjalnie wartościowych z punktu widzenia przyszłych, bliżej nieokreślonych czynności”. Teza ta nie została jednak w żaden sposób rozwinięta i wydaje się chybiona także w świetle innych przepisów, jakie znalazły się z ustawach pragmatycznych podmiotów uprawnionych. Ustawodawca, co do zasady, przewidział bowiem tylko dwie możliwości postępowania z materiałami zgromadzonymi podczas stosowania kontroli operacyjnej:

- przekazanie całości materiałów do prokuratury – w przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego;
- niezwłoczne, protokolarne, komisyjne zniszczenie – w przypadku gdy nie stanowią one informacji potwierdzających zaistnienie przestępstwa.

Nie można wreszcie zapominać, że z uwagi na przedmiot ingerencji, kontrola operacyjna zarządzana może być w przypadku ograniczonego katalogu przestępstw oraz jest zawsze środkiem ostatecznym, stosowanym w sytuacji, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne. Samo zaś zarządzanie kontroli operacyjnej podlega uprzedniej kontroli niezależnego podmiotu, jakim jest sąd, co w połączeniu z uczestnictwem prokuratora w tej procedurze znacząco podnosi gwarancje legalności działań podejmowanych przez uprawnione podmioty.

Ponadto istotnym gwarantem przestrzegania procedur w zakresie zarządzania oraz późniejszego wykorzystania materiałów kontroli operacyjnej są przepisy karne – przede wszystkim art. 231 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – *Kodeks karny*³⁰ sankcjonujący nieprawidłowości w postępowaniu funkcjonariuszy publicznych, polegające na przekroczeniu uprawnień lub niedopełnieniu obowiązków. Oprócz tego ułomnie proceduralnie działania związane ze stosowaniem kontroli operacyjnej rodzą także odpowiedzialność dyscyplinarną.

Na uwagę zasługuje również fakt, że funkcjonujące obecnie rozwiązania prawne częściowo spełniają oczekiwania Trybunału Konstytucyjnego wyrażone w uzasadnieniu do wyroku sygn. K 23/11, a także są zgodne z intencjami projektodawców. Otóż podejrzanemu w postępowaniu przygotowawczym

²⁸ Dz. U. z 2011 r. poz. 273.

²⁹ W przepisach pragmatycznych podmiotów uprawnionych.

³⁰ Dz. U. z 2016 r. poz. 1137, z późn. zm.

przysługuje prawo do końcowego zaznajomienia się z materiałami³¹, co w przypadku włączenia do akt materiałów uzyskanych w wyniku stosowania kontroli operacyjnej w istocie oznacza przekazanie takiej osobie informacji o objęciu jej tym rodzajem czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Mając zatem na uwadze procedurę wdrożenia kontroli operacyjnej, cele, jakim służy ta metoda uzyskiwania informacji, a także późniejsze wykorzystanie jej efektów w postępowaniu przygotowawczym, skutkujące ujawnieniem faktu jej stosowania, zmiany w przepisach zaproponowane przez projektodawców należy ocenić jako niecelowe. Wprowadzenie obowiązku informacyjnego jest również o tyle wątpliwe, że wobec ustawowego obowiązku niezwłocznego niszczenia materiałów kontroli operacyjnej, które nie stanowią dowodu przestępstwa, w momencie informowania osoby o fakcie jej zastosowania, w większości przypadków nie będzie już materiałów samej kontroli.

Przepisy analizowanego projektu w art. 1-7 posługują się sformułowaniem „*organ zarządzający kontrolę*”, które może budzić wątpliwości interpretacyjne w kontekście przepisów ustaw pragmatycznych regulujących procedurę zarządzania kontroli operacyjnej. Należy bowiem zauważyć, że – co do zasady – kontrolę operacyjną zarządza właściwy sąd okręgowy, natomiast podmioty uprawnione spełniają wyłącznie rolę inicjującą. Tylko w wyjątkowych sytuacjach³² przepisy pragmatyczne dopuszczają możliwość bezpośredniego zarządzania kontroli operacyjnej przez właściwe organy podmiotów uprawnionych. Jednak także i w tych przypadkach konieczne jest uzyskanie stosownego postanowienia sądu okręgowego, sankcjonującego dalsze stosowanie kontroli operacyjnej (tzw. zgoda następcza).

Projektodawcy nie określili także, czy przekazanie informacji o fakcie objęcia kontrolą operacyjną stanowi czynność samoistną, czy też może otwierać drogę do dalszych działań poinformowanej osoby. Rozważenia w tym kontekście wymaga, czy przekazywanie samej tylko informacji o fakcie objęcia kontrolą operacyjną zaspokoi oczekiwania społeczne w tym zakresie, a tym samym nie wywoła dalszych oczekiwań w tym zakresie związanych właśnie ze wspomnianym zaspakajaniem roszczeń.

Podobnie krytycznie odnieść należy się do propozycji umożliwiającej ujawnienie informacji o stosowaniu kontroli operacyjnej, jeżeli mogłoby to być przydatne w działaniach prowadzonych w związku z bezpieczeństwem państwa, przy jednoczesnym zachowaniu w tajemnicy informacji o organie zarządzającym kontrolę (art. 4³³ i 5³⁴ projektu). Enigmatyczne uzasadnienie celu wprowadzenia tego rozwiązania sprowadza się do stwierdzenia, że odbywałoby się to w ramach „*kombinacji operacyjnej*” i polegałoby na przekazaniu określonym „*figurantom*” informacji o zainteresowaniu służb państwowych jednak bez wskazania, że chodzi o służby specjalne.

Wątpliwe jest przede wszystkim adresowanie tych zmian wyłącznie do służb specjalnych, bowiem w uzasadnieniu próżno doszukiwać się informacji, czy jest to postulat tych środowisk, wyrażający ich faktyczne potrzeby. Ponadto w porównywalnym – o ile nawet nie większym stopniu, z uwagi na szerszy zakres zadań ustawowych – „*kombinacja operacyjna*” może być wykorzystywana przez Policję czy Straż

³¹ Art. 321 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – *Kodeks postępowania karnego* (Dz. U. z 2016 r. poz. 1749, z późn. zm.), przy czym zgodnie art. 300 § 1 o prawie do końcowego zaznajomienia z materiałami postępowania przygotowawczego podejrzanego poucza się przed pierwszym przesłuchaniem.

³² W przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa.

³³ Ust. 16f, dodany w art. 27 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o *Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu*.

³⁴ Ust. 15d, dodany w art. 31 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o *Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego*.

Graniczną. Na marginesie zauważyć należy, że użyte przez projektodawców określenia „*kombinacja operacyjna*” oraz „*figurant*” nie są pojęciami ustawowymi, lecz nazewnictwem stosowanym w wewnętrznych regulacjach dotyczących czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Poza tym wnioskodawcy w uzasadnieniu zamiennie używają terminów kontrola operacyjna i czynności operacyjno-rozpoznawcze w tym samym kontekście znaczeniowym. Nie są to jednak terminy tożsame, co wynika chociażby z samej konstrukcji przepisów pragmatycznych dotyczących kontroli operacyjnej, które stanowią, że jest to wyłącznie metoda uzyskiwania informacji, wykorzystywana przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, które niewątpliwie są w tym kontekście pojęciem szerszym.

W uzasadnieniu projektodawcy nie ujawnili przesłanek, którymi kierowali się ustalając terminy przekazania osobie objętej kontrolą operacyjną informacji o fakcie jej zastosowania, tj. podstawowego wynoszącego 6 miesięcy po jej zakończeniu oraz nie dłuższego niż 10-letniego okresu odroczenia przekazania tej informacji. Abstrahując zatem od słuszności ustalenia tych terminów, wyjaśnić należy, że w praktyce każde ujawnienie faktu objęcia kontrolą operacyjną niesie ze sobą ogromne ryzyko dekonspiracji czynności operacyjno-rozpoznawczych, a tym samym niweczy sens dalszego stosowania tego rodzaju metod uzyskiwania informacji. Dla osób ze środowisk przestępczych będzie to wyraźny sygnał do zmiany taktyki działania i zwiększenia konspiracji podejmowanych działań przestępczych, a tym samym utrudni w przyszłości ujawnianie i wykrywanie sprawców szkodliwych społecznie zachowań.

Poza tym specyfika czynności operacyjno-rozpoznawczych sprawia, że w większości przypadków stosowanie kontroli operacyjnej nie jest czynnością samoistną, ale elementem procesu uzyskiwania informacji, w którym krąg osób objętych stosowaniem tej metody jest płynny, zmienia się w zależności od bieżących ustaleń. Przy złożonych sprawach o skomplikowanym *modus operandi*, nawet przekazanie do prokuratury materiałów wskazujących na popełnienie przestępstwa nie musi oznaczać zakończenia sprawy. Tym samym trudno wskazać „bezpieczny” moment przekazania informacji o fakcie objęcia kontrolą operacyjną, z punktu widzenia możliwości dalszego, skutecznego prowadzenia tychże czynności.

Dodatkowo jawią się tu istotne problemy natury proceduralnej. Po pierwsze, projektodawcy przewidując możliwość odroczenia przekazania informacji o fakcie objęcia kontrolą operacyjną uzależniają go od decyzji sądu okręgowego, przy czym wobec ustawowego obowiązku niezwłocznego niszczenia materiałów kontroli operacyjnej, które nie stanowią dowodu przestępstwa, w momencie występowania przez podmiot uprawniony do sądu, w większości przypadków nie będzie już materiałów samej kontroli, co bez wątpienia utrudni wydanie decyzji. Po drugie, projekt nie określa, czy sąd, otrzymawszy rzeczony wniosek, zobligowany będzie wydać decyzję odraczającą na cały 10-letni okres, czy też sam ustali, na jaki czas można wstrzymać przekazanie informacji.

Istotną ułomnością projektowanych przepisów jest także fakt, że nie przewidują one żadnego trybu zaskarżania decyzji sądu, która nie będzie zgodna z wnioskiem podmiotu uprawnionego, co narusza konstytucyjną zasadę dwuinstancyjności³⁵.

Nie można również zapominać, że ustawy pragmatyczne nakładają na podmioty uprawnione obowiązek ochrony form i metod czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz faktu ich prowadzenia, wbrew czemu występują zaproponowane w projekcie rozwiązania. Ponadto dokumentacja kontroli

³⁵ Art. 176 ust. 1 *Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej* (Dz. U. z 1997 r. poz. 483, z późn. zm.).

operacyjnej stanowi informację niejawną, podlegającą ochronie na podstawie przepisów ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. *o ochronie informacji niejawnych*³⁶, natomiast z treści poselskiego projektu nie wynika, czy taki sam charakter będzie miała informacja przekazywana osobie, wobec której kontrola ta była stosowana. Podobnie niesprecyzowany jest także zakres samej informacji, tj. projekt nie określa, czy będzie ona obejmować wyłącznie sam fakt stosowania kontroli operacyjnej, czy również inne informacje, jak choćby miejsce³⁷, czy także okres. Zaproponowane w projekcie ustawy rozwiązania nie rozstrzygają również wątpliwości w zakresie sposobu realizacji obowiązku informacyjnego w przypadku, gdy osoba objęta kontrolą operacyjną jest tylko użytkownikiem telefonu komórkowego, nie będąc właścicielem numeru abonenckiego.

Niezależnie od powyższego należy również zasygnalizować, że kwestie będące przedmiotem poselskiego projektu ustawy są aktualnie objęte postępowaniem zawisłym przed Trybunałem Konstytucyjnym pod sygn. K 9/16, która została zainicjowana wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich, sygn. II.519.109.2015.KŁS/VV/AG, z dnia 18 lutego 2016 r.

Reasumując przedstawione powyżej informacje i oceny, w pierwszej kolejności zasygnalizowania wymaga, że zaprezentowana w analizowanym projekcie ustawy idea informowania osób o fakcie objęcia ich kontrolą operacyjną niesie ze sobą wiele ryzyk, które – jak wynika z treści uzasadnienia projektu – nie zostały wzięte pod uwagę przez projektodawców. Przede wszystkim autorzy analizowanego projektu nie zauważają zagrożenia, jakie dla skuteczności uprawnionych organów, stanowi faktyczna dekonspiracja ich działań, a tym samym negatywnego wpływu na możliwość zapewnienia bezpieczeństwa państwu oraz jego obywatelom.

Uwzględniając specyfikę czynności operacyjno-rozpoznawczych, niewystarczające wydają się przy tym przewidziane przez projektowane przepisy ograniczenia informowania osób o fakcie zastosowania wobec nich kontroli operacyjnej. Poza tym nie należy zapominać, że w momencie oceniania przez sąd wniosku o nieujawnianie informacji o tym fakcie, w części przypadków nie będzie już materiałów kontroli operacyjnej, z uwagi na ustawowy obowiązek ich niszczenia, gdy nie stanowią dowodu przestępstwa. Nie przewidziano przy tym żadnego środka zaskarżenia decyzji sądu.

Podnieść należy także szereg wątpliwości interpretacyjnych, związanych z zaproponowanymi w projekcie poselskim rozwiązaniami, poczynwszy od niejednoznacznego pojęcia „*organu zarządzającego kontrolę*”, poprzez faktycznego adresata oraz zakres informacji o stosowaniu kontroli operacyjnej, na sposobie ich przekazywania – nie uwzględniającym niejawnego charakteru kontroli operacyjnej – skończywszy.

Nie do końca przejrzyste są także przesłanki, którymi kierowali się projektodawcy proponując umożliwienie ujawnienia informacji o stosowaniu kontroli operacyjnej, jeżeli mogłoby to być przydatne w działaniach prowadzonych w związku z bezpieczeństwem państwa, przy jednoczesnym zachowaniu w tajemnicy informacji o organie zarządzającym kontrolę.

Projektodawcy zdają się również nie zauważać funkcjonujących w obowiązujących obecnie przepisach mechanizmów zabezpieczających przed nieprawidłowościami w procesie zarządzania oraz stosowania kontroli operacyjnej, tj. przede wszystkim kontroli prokuratury i sądu. Organy te z jednej strony

³⁶ Dz. U. z 2016 r. poz. 1167, z późn. zm.

³⁷ Zgodnie z przepisami pragmatycznymi kontrola operacyjna polega m.in. na uzyskiwaniu i utrwalaniu obrazu lub dźwięku osób z pomieszczeń, środków transportu lub miejsc innych niż miejsca publiczne.

stanowią gwarancję zgodnego z prawem zarządzania kontroli operacyjnej, z drugiej zaś – właściwego wykorzystania materiałów zawierających dowód przestępstwa (w postępowaniu przygotowawczym) oraz procedurę postępowania z materiałami, które takich informacji nie zawierają (niezwłoczne zniszczenie).

Ponadto podkreślenia wymaga, że funkcjonujące obecnie rozwiązania prawne dotyczące procedury postępowania przygotowawczego, gwarantujące podejrzanemu prawo do końcowego zaznajomienia się z materiałami sprawy, że w przypadku włączenia do akt materiałów uzyskanych w wyniku stosowania kontroli operacyjnej (a temu celowi właśnie działania te służą), w istocie oznacza przekazanie takiej osobie również informacji o objęciu jej tym rodzajem czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Nie kwestionując niezaprzeczalnej wartości, jaką jest ochrona prywatności, nie można nie zauważyć, że proponowane rozwiązanie w kształcie wynikającym z poselskiego *projektu ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw* (druk nr 1373) negatywnie wpłynie na możliwość zapewnienia bezpieczeństwa obywatelom, dekonspirując – wbrew ustawowemu obowiązkowi ochrony form i metod czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz faktu ich prowadzenia – działania uprawnionych podmiotów, nie tworząc jednocześnie żadnego instrumentu ochrony prawnej osoby, której działania służb dotyczą.

IV. Wnioski

Mając na uwadze przedstawioną ocenę projektowanych regulacji, Rada Ministrów negatywnie ocenia poselski *projekt ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw* (druk nr 1373).

Jednocześnie kwestia informowania osób o fakcie objęcia ich kontrolą operacyjną będzie przedmiotem analizy w kontekście prac legislacyjnych związanych z implementacją postanowień zawartych w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2016/680 z dnia 27 kwietnia 2016 r.³⁸ oraz rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego w sprawie sygn. K 9/16, zainicjowanej wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich.

³⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2016/680 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia decyzji ramowej Rady 2008/977/WSiSW (Dz. Urz. UE L 119 z 4.5.2016, s. 89).