



RZECZPOSPOLITA POLSKA
Rzecznik Praw Obywatelskich

dr Janusz KOCHANOWSKI

RPO-631981-II-09/ST

00-090 Warszawa Tel. centr. 0-22 551 77 00
Al. Solidarności 77 Fax 0-22 827 64 53

Warszawa, *26/10/2009*

Pan Donald Tusk

Prezes Rady Ministrów

Kielce Laurusy Janie Jęsiński

Zagadnienia związane z czynnościami operacyjnymi Policji oraz innych służb były w przeszłości podejmowane przez Rzecznika Praw Obywatelskich. Na wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 12 grudnia 2005 r. (sygn. akt K 32/04, OTK z 2005 r. Nr 1 I/A, poz. 132) stwierdził niezgodność z Konstytucją kilku przepisów regulujących czynności operacyjne Policji.

Powołany wyrok Trybunału Konstytucyjnego wymusił również zmiany w przepisach regulujących czynności operacyjne pozostałych służb. Jednakże ostatnie wydarzenia związane z ujawnieniem treści rozmów telefonicznych utrwalonych przez służby specjalne skłaniają mnie do wniosku, iż nie tylko praktyka, lecz również obowiązujący w tym zakresie stan prawny, w dalszym ciągu odbiega od standardów wyznaczonych przez Konstytucję RP.

Obecnie zarządzenie kontroli operacyjnej przewidują : art. 19 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277 ze zm.), art. 9e ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 2005 r. Nr 234, poz. 1997 ze

zm.), art. 36c ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (Dz. U. z 2004 r. Nr 8, poz. 65 ze zm.), art. 31 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz. U. Nr 123, poz. 1353 ze zm.), art. 27 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. Nr 74, poz. 676 ze zm.), art. 31 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz. U. Nr 104, poz. 709 ze zm.) oraz art. 17 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. Nr 104, poz. 708 ze zm.). Już to wyliczenie wskazuje na wielość służb, które są uprawnione do prowadzenia kontroli operacyjnej.

Treść wymienionych powyżej przepisów wskazuje, iż po pierwsze, kontrola operacyjna jest zarządzana przez sąd. Po drugie, odnosi się do wymienionych w przepisach ustawowych kategorii przestępstw. Po trzecie, ma charakter subsydiarny, a więc jest dopuszczalna tylko wtedy, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne lub nieprzydatne. Po czwarte, przepisy prawa określają dopuszczalny czas trwania kontroli operacyjnej. Po piąte, kontrola ma charakter niejawny, co oznacza, że osoby poddane kontroli nie są o tym fakcie informowane. Po szóste, jeżeli brak jest podstaw do wszczęcia postępowania karnego, materiały zgromadzone w trakcie kontroli podlegają zniszczeniu.

We wspomnianym wyroku z dnia 15 grudnia 2005 r. (sygn. akt K 32/04) Trybunał Konstytucyjny uznał, że art. 19 ust. 16 ustawy o Policji w zakresie, w jakim przewiduje po zakończeniu kontroli operacyjnej powiadomienie o tej kontroli podejrzanego i jego obrońcę, jest zgodny z art. 45 ust. 1, art. 49 w zw. z art. 31 ust. 3 i art. 77 ust. 2 Konstytucji RP. Dla przypomnienia zgodnie z treścią art. 19 ust. 16 ustawy

o Policji osobie, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, nie udostępnia się materiałów zgromadzonych podczas trwania kontroli. Przepis ten nie narusza jednak uprawnień wynikających z art. 321 k. p. k., a więc uprawnienia osoby posiadającej już status podejrzanego do zaznajomienia się z materiałami postępowania, w tym materiałami zgromadzonymi w wyniku kontroli operacyjnej.

Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że brzmienie art. 19 ust. 16 ustawy o Policji nie wyklucza trafnego wniosku, że po odpadnięciu celu kontroli operacyjnej otwiera się dla inwigilowanego możliwość wglądu w zebrane materiały. Czym innym jednak jest brak przeszkody do udostępnienia materiałów, na żądanie zainteresowanego, a czym innym pozytywny obowiązek informowania osoby poddanej działaniom operacyjnym, przez policję, z jej własnej inicjatywy, o prowadzeniu kontroli operacyjnej. W tym ostatnim zakresie Trybunał Konstytucyjny stwierdził jednak, iż zachodzi luka legislacyjna, która uniemożliwia orzekanie. Jednakże dostrzegając wagę problemu Trybunał Konstytucyjny postanowieniem z dnia 25 stycznia 2006 r. (sygn. akt S 2/06, OTK z 2006 r. Nr 1/A, poz. 13) zasygnalizował Sejmowi potrzebę podjęcia inicjatywy ustawodawczej w przedmiocie zagwarantowania w ustawie o Policji konstytucyjnych praw osób poddanych kontroli operacyjnej. Trybunał ustalił, że brak jest pozytywnego obowiązku informowania przez Policję o bezskutecznej, zakończonej kontroli operacyjnej wobec osoby poddanej kontroli, jeśli w stosunku do tej osoby nie są prowadzone dalsze czynności procesowe. Tymczasem istnienie takiego obowiązku byłoby wskazane i odpowiadałoby potrzebie efektywnej instrumentalizacji proceduralnej konstytucyjnego prawa określonego w art. 51 ust. 4 Konstytucji RP.

Zawarta w postanowieniu Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 stycznia 2006 r. sygnalizacja nie została wykonana. W dalszym więc ciągu osoby, wobec których stosowano podsłuch pozaprocesowy, nie są - po ustaniu zagrożeń dla prowadzonego postępowania - informowane o tym, że były przedmiotem inwigilacji. W mojej ocenie stan ten budzi poważne zastrzeżenia z punktu widzenia zgodności z zasadą równości wobec prawa (art. 32 Konstytucji RP). Należy bowiem zwrócić uwagę, że w myśl art. 237 § 1 k. p. k. po wszczęciu postępowania sąd na wniosek prokuratora może zarządzić kontrolę i utrwalanie treści rozmów telefonicznych w celu wykrycia i uzyskania dowodów dla toczącego się postępowania lub zapobieżenia popełnieniu nowego przestępstwa. Zgodnie z art. 237 § 4 k. p. k. kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych są dopuszczalne w stosunku do osoby podejrzanej, oskarżonego oraz w stosunku do pokrzywdzonego lub innej osoby, z którą może kontaktować się oskarżony albo która może mieć związek ze sprawcą lub z grożącym przestępstwem. Jednakże w przypadku zastosowania podsłuchu procesowego osoba, która była przedmiotem inwigilacji zostanie powiadomiona o tym fakcie. Z art. 239 k. p. k. wynika bowiem, iż ogłoszenie postanowienia o kontroli i utrwalaniu rozmów telefonicznych osobie, której ono dotyczy, może być odroczone na czas niezbędny ze względu na dobro sprawy, lecz nie później niż do czasu prawomocnego zakończenia postępowania. Na postanowienie dotyczące kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych przysługuje zażalenie. Osoba, której dotyczy postanowienie, może w zażaleniu domagać się zbadania zasadności oraz legalności kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych (art. 240 k. p. k.).

W świetle powołanych przepisów nie ulega wątpliwości, że ustawodawca odmiennie uregulował sytuację prawną osób podsłuchiowanych w trybie procesowym i w

trybie pozaprosesowym. Osoby podsłuchiwane w trybie procesowym są informowane najpóźniej w momencie prawomocnego zakończenia postępowania o tym, że władza publiczna ingerowała w ich konstytucyjne prawo do prywatności (art. 47 Konstytucji RP) oraz wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się (art. 49 Konstytucji RP). Ustawodawca przyznał im także prawo do żądania zbadania zasadności oraz legalności wkroczenia władzy publicznej w sferę konstytucyjnie chronionych praw. Natomiast w stosunku do osób, które zostały poddane podsłuchowi pozaprosesowemu na organach władzy publicznej nie spoczywa żaden obowiązek informacyjny. W rezultacie z reguły osoby te nawet nie wiedzą, że nastąpiła ingerencja władzy w ich podstawowe i gwarantowane konstytucyjnie prawa.

Przedstawiony powyżej stan prawny - w mojej ocenie - nie może być akceptowany. Z zasady równości wobec prawa wynika nakaz jednakowego traktowania podmiotów prawa w obrębie określonej kategorii. Wszystkie podmioty charakteryzujące się w równym stopniu daną cechą istotą (relewantną) powinny być traktowane równo, bez zróżnicowań zarówno dyskryminujących jak i faworyzujących. Oceniając dane regulacje prawne z punktu widzenia konstytucyjnej zasady równości należy przede wszystkim ustalić więc, czy można wskazać wspólną cechę istotną uzasadniającą równe traktowanie podmiotów prawa. W moim przekonaniu w interesującym zakresie taką cechą istotną jest to, że dana osoba została poddana kontroli operacyjnej. Cechą tą charakteryzują się wszystkie osoby fizyczne, niezależnie od tego czy owa kontrola była stosowana na etapie pozaprosesowym czy też na etapie procesowym. Dlatego też w tym przypadku nastąpiło odstępstwo od zasady równego traktowania, władza publiczna nie ma bowiem obowiązku, po ustaniu zagrożeń dla prowadzonego postępowania,

informowania osób, które były poddane kontroli operacyjnej pozaprocesowej, że wkroczyła w ich konstytucyjne prawa.

W tym przypadku odstępstwo od zasady równości nie znajduje racjonalnego uzasadnienia. W istocie prowadzi ono bowiem do tego, że w zakresie przysługujących jednostce podstawowych praw nie ma ona (z oczywistych względów, bo nie była informowana) nawet szansy na sprawdzenie czy ingerencja w owe podstawowe prawa była zasadna i uczyniona zgodnie z obowiązującym porządkiem prawnym.

Nie jest to jednak jedyna wątpliwość zasadniczej natury, która pojawia się na tle przepisów dotyczących stosowania kontroli operacyjnej. Uwagę zwraca również niekonsekwencja ustawodawcy w zakresie regulacji dotyczących postępowania z materiałami uzyskanymi w wyniku kontroli operacyjnej, które nie zawierają dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego. Otóż stosownie do art. 19 ust. 17 ustawy o Policji materiały takie przechowuje się po zakończeniu kontroli przez okres 2 miesięcy, a następnie dokonuje się ich protokolarnego, komisyjnego zniszczenia. Analogiczne rozwiązanie zawiera art. 31 ust. 18 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych. Z kolei zgodnie z art. 9e ust. 18 ustawy o Straży Granicznej, art. 17 ust. 16 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, art. 27 ust. 16 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 31 ust. 15 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego oraz art. 36d ust. 3 ustawy o kontroli skarbowej materiały nie zawierające dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego podlegają niezwłocznemu protokolarnemu, komisijnemu zniszczeniu po zakończeniu kontroli operacyjnej.

W świetle przywołanych powyżej przepisów występuje zróżnicowana sytuacja w zakresie niszczenia materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej, które nie

zawierają dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego. Pięć ustaw przewiduje ich niezwłoczne zniszczenie po zakończeniu kontroli operacyjnej. Natomiast w przypadku Policji i Żandarmerii Wojskowej, pomimo że materiały te są nieprzydatne z punktu widzenia postępowania karnego, są one w dalszym ciągu przechowywane przez okres 2 miesięcy. Również i w tym przypadku powstaje uzasadniona wątpliwość, czy taki stan prawny odpowiada konstytucyjnej zasadzie równości wobec prawa (art. 32 Konstytucji RP). Wątpliwość dotyczy również tego, czy taki stan odpowiada treści art. 51 ust. 2 Konstytucji RP, zgodnie z którą władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawa. Skoro bowiem kontrola operacyjna została zarządzona w ściśle określonym celu, tj. w celu wykrycia i ustalenia sprawców określonych przestępstw, zaś zgromadzone w jej toku materiały nie pozwalają na wszczęcie postępowania karnego, to odpadł cel, dla którego te materiały były pozyskiwane. W rezultacie ich dalsze gromadzenie przestało być niezbędne w rozumieniu art. 51 ust. 2 Konstytucji RP. W tej sytuacji - moim zdaniem - art. 19 ust. 17 ustawy o Policji oraz art. 31 ust. 18 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych można postawić zarzut nie tylko niezgodności z art. 32 Konstytucji RP, ale także zarzut niezgodności z art. 51 ust. 2 Konstytucji RP.

Zwraca w powyższym kontekście także uwagę i to, że okoliczność czy zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej materiały niezawierające dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego zostały rzeczywiście i w przewidzianym przez prawo terminie zniszczone nie podlega zewnętrznej kontroli (a więc kontroli organu niezależnego od Policji bądź innych służb). W przypadku kontroli operacyjnej procesowej, to sąd po jej zakończeniu zarządza zniszczenie utrwalonych

zapisów, jeżeli nie mają znaczenia dla postępowania karnego (art. 238 § 3 k. p. k.). W przypadku kontroli operacyjnej pozaprocesowej ustawodawca zdecydował się na rozwiązanie, według którego odpowiednie służby (por. art. 19 ust. 14 ustawy o Policji, art. 17 ust. 14 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, art. 27 ust. 14 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu, art. 31 ust. 13 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, art. 9e ust. 15 ustawy o Straży Granicznej, art. 31 ust. 15 ustawy o Żandarmerii Wojskowej, art. 36c ust. 12 ustawy o kontroli skarbowej) informują właściwego prokuratora bądź Prokuratora Generalnego o wynikach kontroli operacyjnej po jej zakończeniu, a na jego żądanie również o przebiegu tej kontroli. Natomiast prokurator, nie może zarządzić zniszczenia materiałów zgromadzonych w toku kontroli operacyjnej, nawet wówczas, gdy materiały te nie zawierają dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego. Inicjatywa w tym zakresie została pozostawiona przez ustawodawcę samym służbom.

W związku z powyższym rodzi się pytanie, czy takie ukształtowanie przepisów prawa w omawianym zakresie zawiera wystarczające gwarancje proceduralne realizacji konstytucyjnego prawa wynikającego z art. 51 ust. 2 Konstytucji RP. W istocie bowiem w tym przypadku to sam podmiot gromadzący informacje o obywatelach decyduje (bez jakiegokolwiek zewnętrznej kontroli) o ich zniszczeniu. Jak się wydaje realizacji prawa przewidzianego art. 51 ust. 2 Konstytucji RP lepiej służyłaby regulacja, według której to prokurator informowany o wynikach kontroli operacyjnej zarządzałby zniszczenie materiałów, które nie zawierają dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego.

Wreszcie należałoby rozważyć wprowadzenie obowiązku podawania do wiadomości publicznej zbiorczych danych o ilości zarządzanych kontroli operacyjnych. Obecnie taki obowiązek istnieje w zakresie kontroli operacyjnych zarządzanych w trybie ustawy o Policji, ale i w tym przypadku jest on zredukowany do przedstawienia przez Prokuratora Generalnego Sejmowi i Senatowi corocznej informacji o tej kontroli (art. 19 ust. 22 ustawy o Policji). Inne ustawy nie nakładają na organy realizujące kontrolę operacyjną żadnych obowiązków sprawozdawczych w tym zakresie, również wobec Sejmu i Senatu.

Uwagi powyższe przedstawiam Panu Premierowi stosownie do art. 16 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2001 r. Nr 14, poz. 147 ze zm.) z uprzejmą prośbą o przedstawienie stanowiska w tym zakresie, a jeśli Pan Premier je podziela, również z prośbą o podjęcie działań w celu zmiany krytykowanego stanu prawnego.

*Leszek Gryg narad
panu Lechowski*