

„OSIODŁAĆ PEGAZA”

Przestrzeganie praw obywatelskich w działalności służb specjalnych – założenia reformy

Autorzy:

Adam Bodnar

Tomasz Borkowski

Jacek Cichocki

Wojciech Klicki

Piotr Kładoczny

Adam Rapacki

Zuzanna Rudzińska-Bluszcz

Wrzesień 2019 r.

SPIS TREŚCI

I.	Wstęp	3
II.	Konieczność respektowania praw obywatelskich w działalności służb specjalnych i policyjnych	6
III.	Niezależny organ kontrolujący służby uprawnione do prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych	14
IV.	Konieczne zmiany w zakresie realizacji prawa do informacji i ochrony danych	27
V.	Pozostałe zmiany ustrojowe i legislacyjne	33
VI.	Pozostałe zmiany praktyczne	39
VII.	Biogramy autorów	42

I. WSTĘP

1. Autorzy dokumentu

Niniejszy dokument powstał w wyniku **współpracy grupy ekspertów**, którzy od lat – z różnych perspektyw – obserwują funkcjonowanie służb specjalnych w Polsce oraz powstające w tym kontekście zagrożenia dla ochrony praw i wolności obywatelskich.

Autorzy dokumentu **reprezentują różne grupy zawodowe i środowiska**. Kierując się odpowiedzialnością i troską o jakość funkcjonowania państwa polskiego oraz o poziom przestrzegania praw i wolności obywatelskich, staraliśmy się uwzględnić różne punkty widzenia na poszczególne problemy. Z największą uwagą dążyliśmy do wyważenia dóbr, które mogą stać ze sobą w kolizji, w duchu zasady proporcjonalności wynikającej z Konstytucji.

2. Rola Rzecznika Praw Obywatelskich

Grupa ekspertów, przygotowując ten dokument, spotykała się **przez kilka miesięcy na zaproszenie Rzecznika Praw Obywatelskich**. RPO od lat podejmuje działania zmierzające do stworzenia lepszego nadzoru nad służbami specjalnymi oraz otoczenia regulacyjnego, w którym respektowane byłyby zasady wynikające Konstytucji oraz ratyfikowanych umów międzynarodowych. RPO przygląda się także działalności agend międzynarodowych, dla których te zagadnienia są szczególnie ważne. Należy tutaj wspomnieć w szczególności o Komisji Weneckiej¹, Komisarzu Praw Człowieka Rady Europy², Agencji Praw Podstawowych UE³ oraz Genewskim Centrum Demokratycznej Kontroli nad Siłami Zbrojnymi (DCAF)⁴. RPO

¹ *Report on the Democratic Oversight of the Security Services*, 1-2 czerwca 2007 r., aktualizowany 20-21 marca 2015 r., CDL-AD(2015)006, dostępny na stronie [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2015\)006-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2015)006-e)

² *Democratic and effective oversight of national security services*, Issue Paper przygotowany przez Komisarza Praw Człowieka RE, maj 2015 r., dostępny na stronie <https://rm.coe.int/democratic-and-effective-oversight-of-national-security-services-issue/16806daadb>

³ *Surveillance by intelligence services: fundamental rights safeguards and remedies in the EU: Mapping Member States' legal frameworks*, 2015 r., raport dostępny na stronie https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2015-surveillance-intelligence-services_en.pdf

⁴ Nazli Yildirim Schierkolk, *International standards and good practices in the governance and oversight of security services*, Tbilisi 2018, raport dostępny na stronie <https://www.dcaf.ch/international-standards-and-good-practices-governance-and-oversight-security-services>

uczestniczył także w różnych postępowaniach dotyczących tych kwestii przed Trybunałem Konstytucyjnym.

3. Główne założenia dokumentu

Niniejszy dokument:

- przedstawia **postulaty najważniejszych zmian ustrojowych oraz legislacyjnych**, które mogłyby doprowadzić do respektowania zasad konstytucyjnych w kontekście działalności służb specjalnych;
- opiera się na założeniu, że **nadzór nad służbami** to element sprawnie funkcjonującego państwa. Nie chodzi przy tym o ograniczenie ich skuteczności;
- **celem jest znalezienie równowagi między ochroną praw i wolności obywatelskich a przeciwdziałaniem zagrożeniom dla bezpieczeństwa państwa oraz porządku publicznego**. Zagrożenia te są związane z działalnością terrorystyczną, działalnością obcych służb oraz działalnością przestępczą.

Mechanizmy ochrony praw obywatelskich mają na celu przede wszystkim **ochronę tych, którzy mogą być pokrzywdzeni przez nadmierną działalność i wykorzystanie szczególnych uprawnień przez służby specjalne i policyjne**. Jednocześnie, **przeciwdziałają one patologiom oraz nadużyciom wewnątrz samych służb**, w tym wykorzystywaniu ich do rozgrywek politycznych, biznesowych czy do realizacji prywatnych interesów poszczególnych funkcjonariuszy.

4. Treść dokumentu

Dokument zawiera postulat kompleksowych zmian, ze szczególnym uwzględnieniem dwóch kluczowych elementów:

- 1) **stworzenie niezależnego organu ds. kontroli nad działalnością służb specjalnych;**
- 2) **przyznanie jednostce prawa do informacji o byciu przedmiotem zainteresowania ze strony uprawnionych instytucji i prawa dostępu do przetwarzanych przez nie danych osobowych.**

Dokument zawiera szereg postulatów zmian szczegółowych, odnoszących się do:

- 1) niektórych kwestii uregulowanych w tzw. ustawie o działaniach antyterrorystycznych;
- 2) instytucji „owoców zatrutego drzewa”;
- 3) zmian praktycznych, które mogłyby usprawnić proces nadzoru nad działalnością służb specjalnych ze strony sędziów i prokuratorów.

5. Adresaci dokumentu

Dokument adresowany jest **do wszystkich sił politycznych w Polsce**. Mamy nadzieję, że stanie się on przedmiotem refleksji ze strony wszystkich kluczowych partii politycznych, ale **także środowisk akademickich, dziennikarskich, pozarządowych i opiniotwórczych**.

II. KONIECZNOŚĆ RESPEKTOWANIA PRAW OBYWATELSKICH W DZIAŁALNOŚCI SŁUŻB SPECJALNYCH I POLICYJNYCH

1. Granice konstytucyjne działalności służb

Zgodnie z Konstytucją jednym z zadań państwa jest **zapewnienie bezpieczeństwa obywateli** (art. 5 Konstytucji). To zadanie jest realizowane przez wszystkie organy państwa, ale szczególną rolę w tym względzie pełnią **służby specjalne**. Posiadają one specjalne uprawnienia, pozwalające na daleko idącą ingerencję w prawo do prywatności. Podobnie **służby policyjne**, w niektórych sytuacjach, mogą podejmować czynności operacyjno-rozpoznawcze. Funkcjonariusze służb mogą także korzystać ze specjalnych uprawnień i metod działania, które co do zasady pozostają poza sferą wiedzy opinii publicznej.

Konstytucja przewiduje gwarancje dotyczące ochrony **prawa do prywatności, miru domowego, tajemnicy korespondencji czy autonomii informacyjnej**. W państwach demokratycznych przyjmuje się, że realizacja zadań przez służby specjalne powinna się odbywać z poszanowaniem wartości konstytucyjnych. Powinna się mieścić w **granicach legalizmu**, respektować zasadę **trójpodziału władz**, a także szanować **konstytucyjne prawa i wolności jednostki**.

W tym celu tworzy się różnego rodzaju mechanizmy gwarantujące, że w działalności służb nie dojdzie do przekroczenia granic konstytucyjnych. Są to zarówno mechanizmy regulacyjne, które szczegółowo określają zadania i kompetencje służb, jak i mechanizmy nadzoru nad nimi.

2. Mechanizmy nadzoru nad służbami

W Polsce działalność służb specjalnych jest szczegółowo regulowana. Jest to wynikiem ewolucji funkcji służb specjalnych, rozbudowy ich kompetencji, ale także wymogów wynikających z Konstytucji oraz orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego.

Zgodnie z aktualnymi rozwiązaniami ustrojowymi **nadzór nad służbami przejawia się w działalności następujących organów władzy:**

- **Sejm oraz Sejmowa Komisja ds. Służb Specjalnych** – w zakresie nadzoru nad działalnością organów administracji rządowej, Sejm sprawuje nadzór nad służbami specjalnymi. Warto jednak zauważyć, że Sejmowa Komisja ds. Służb Specjalnych jest komisją, w skład której wchodzi politycy reprezentujący poszczególne grupy parlamentarne. W Polsce rządząca większość obsadza przeważającą liczbę miejsc we wspomnianej komisji, co znacząco ogranicza możliwości niezależnego nadzoru;
- **Najwyższa Izba Kontroli** – dokonuje kontroli działalności służb z punktu widzenia zadań wykonywanych przez NIK;
- **Rzecznik Praw Obywatelskich** – kontroluje poszczególne działania służb na podstawie składanych skarg pod kątem respektowania praw obywatelskich;
- **organy rządowe** (Prezes Rady Ministrów, minister-koordynator ds. służb specjalnych, Kolegium ds. Służb Specjalnych) – koordynują oraz kontrolują codzienną pracę służb specjalnych;
- **sądy i prokuratura** – kontrolują stosowanie kontroli operacyjnej i niektórych innych czynności operacyjnych przez służby specjalne;
- **Biuro Nadzoru Wewnętrznego w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych i Administracji** – kontroluje dokonywanie czynności operacyjno-rozpoznawczych prowadzonych przez Policję i Straż Graniczną oraz Służbę Ochrony Państwa.

W odróżnieniu od innych państw demokratycznych **w Polsce nigdy *de facto* nie dokończono procesu budowania nowoczesnych służb specjalnych**. Brakującym elementem jest niezależny organ, który sprawowałby nadzór nad nimi. Obecnie **nadzór ten jest fragmentaryczny** i nie pozwala na skuteczne, bezstronne i niezależne od polityki weryfikowanie działalności służb specjalnych.

3. Konieczność powołania organu nadzoru nad działalnością służb

Powyższe krótkie omówienie wskazuje, że **w Polsce nigdy nie stworzony został organ**, który:

- **zajmowałby się wyłącznie nadzorem** nad działalnością służb specjalnych;
- mógł rozpatrywać **skargi**, był wyspecjalizowany w tej problematyce;
- jednocześnie **korzystałby z przymiotów niezależności i bezstronności**.

Warto zauważyć, że w wielu państwach europejskich tego typu organy funkcjonują (np. Komisja G-10 w Niemczech, komitet EOS w Norwegii).

O powołanie niezależnego organu ds. nadzoru nad służbami specjalnymi od wielu lat **upominają się organizacje pozarządowe w Polsce** (zwłaszcza Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Fundacja Panoptykon, Amnesty International), samorządy prawnicze (zwłaszcza Naczelna Rada Adwokacka) oraz **eksperti**. Był to także jeden z postulatów **Najwyższej Izby Kontroli**⁵. Działania w tym kierunku zostały podjęte przez **Radę Ministrów w 2013 r.** Wtedy też powstał projekt ustawy powołującej Komisję Kontroli Służb Specjalnych, a także reformującej strukturę rządowego nadzoru nad służbami specjalnymi. Ze względu jednak na krytyczne stanowisko różnych środowisk (zwłaszcza przedstawicieli niektórych służb specjalnych), projekt ten ostatecznie nie doczekał się realizacji⁶.

4. Ostatnie zmiany legislacyjne

Od kilku lat **sytuacja obywatela – jako potencjalnej ofiary nadużyć ze strony służb specjalnych – znacząco się pogorszyła.**

Zmiany legislacyjne przyjęte w 2016 r. pogłębiły **deficyt w ochronie praw obywatelskich:**

- nowelizacja **ustawy o Policji z 2016 r.** pozwoliła służbom specjalnym na praktycznie nieograniczone sprawdzanie tzw. danych internetowych;
- wprowadzony **mechanizm sprawdzania korzystania przez służby z tzw. metadanych** daje raczej uludę kontroli niż zapewnia poczucie bezpieczeństwa dla obywateli (sprawozdania statystyczne weryfikowane przez sądy);
- w 2016 r. została także uchwalona **ustawa o działaniach antyterrorystycznych**, która przyznała służbom szereg dodatkowych uprawnień, ale także wyłączyła w zasadzie cudzoziemców spod ochrony konstytucyjnej jeśli chodzi o możliwą inwigilację;
- **nowelizacja Kodeksu Postępowania Karnego** przyznała możliwość korzystania w procesie karnym z tzw. „owoców zatrutego drzewa”, czyli dowodów zdobywanych

⁵ Informacja na temat raportu NIK z 26 sierpnia 2014 r. dotyczącego kontroli nad służbami specjalnymi dostępna jest na stronie <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/nadzor-nad-sluzbami-specjalnymi.html>

⁶ Projekt ustawy o Komisji Kontroli Służb Specjalnych z 2013 r., a także dokumentacja z konsultacji społecznych oraz uzgodnień międzyresortowych dostępny jest na stronie <https://archiwumbip.mswia.gov.pl/bip/projekty-aktow-prawnych/2013/22523,Projekt-ustawy-z-dnia-2013-r-o-Komisji-Kontroli-Sluzb-Specjalnych.html>

nielegalnie (art. 168a k.p.k.). Tego typu zasada procesowa otwiera pole do różnego rodzaju nadużyć ze strony funkcjonariuszy policji, prokuratorów oraz funkcjonariuszy służb specjalnych.

W przypadku wszystkich trzech ustaw, **Rzecznik Praw Obywatelskich składał wnioski do Trybunału Konstytucyjnego**. Zostały one jednak przez RPO wycofane, ze względu na zasiadanie w składzie sędziowskim osób nieuprawnionych do orzekania oraz manipulowanie składem sędziowskim przez TK⁷. RPO nie chciał dopuścić do stanu, w którym poprzez orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego utrwała się i legitymizuje stan prawny budzący szereg wątpliwości co do zgodności z Konstytucją. **RPO liczy także na bezpośrednie stosowanie Konstytucji przez sądy**. Przykładem jest uchwała Sądu Najwyższego w składzie siedmiu sędziów z 28 czerwca 2018 r. ograniczająca możliwości stosowania kontroli operacyjnej⁸. Zdaniem Sądu Najwyższego użyte w art. 168b k.p.k. sformułowanie „*innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego innego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej*” obejmuje swoim zakresem wyłącznie te przestępstwa, co do których sąd może wyrazić zgodę na zarządzenie kontroli operacyjnej, w tym te, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji.

Warto także dodać, że pojawiły się nowe **akty prawne tworzące dalsze ograniczenia w zakresie ochrony prawa do prywatności**. Ustawa o ewidencji ludności umożliwia służbom specjalnym dostęp on-line do danych zgromadzonych w aktach stanu cywilnego. **Polska nie wdrożyła także poprawnie tzw. dyrektywy policyjnej nr 2016/680 (DODO)**, która wymaga określonego standardu gromadzenia i przetwarzania danych osobowych przez policję i inne służby (zob. Rozdział IV poniżej). Pomimo licznych postulatów wciąż rozproszone są regulacje dotyczące monitoringu wizyjnego.

⁷ Wniosek RPO do TK z dnia 18 lutego 2016 r. w sprawie nowelizacji ustawy o Policji (wycofany 14 marca 2018 r.); wniosek RPO do TK z dnia 11 lipca 2016 r. w sprawie ustawy antyterrorystycznej (wycofany 2 maja 2018 r.); wniosek RPO do TK z dnia 6 maja 2016 r. w sprawie owoców zatrutego drzewa (wycofany 10 kwietnia 2018 r.)

⁸ Sygn. akt I KZP 4/18

5. Rozwój nowych technologii

W kontekście działalności służb specjalnych należy podkreślić, że powyższe deficyty legislacyjne powiązane są z **jednoczesnym rozwojem nowych technologii**. Brak kontroli nad działalnością służb specjalnych powoduje, że prawdopodobnie są one w stanie dokonywać zakupów nowych technologii, a tym samym stwarzać intensywne możliwości inwigilacji.

Tymczasem pod względem nadzorczym i regulacyjnym, **w Polsce doświadczamy nie tyle próby nadążania za zmianą technologiczną, co raczej ze znaczącym pogorszeniem standardu**. To powoduje dodatkowe zagrożenie dla praw obywatelskich i tym bardziej uświadamia potrzebę zmian prawnych w tym zakresie.

Dla przykładu wciąż niewyjaśniona jest kwestia czy Centralne Biuro Antykorupcyjne zakupiło platformę do podsłuchów Pegasus. Według opinii NIK zakup ten mógł być finansowany ze środków Funduszu Sprawiedliwości⁹. Natomiast niezależnie od tego zakupu, kilka lat rozwoju technologicznego stwarza znacznie większe możliwości działania dla służb specjalnych, nie tylko w Polsce, lecz na całym świecie.

6. Standardy międzynarodowe

W ostatnich latach rozwijają się także standardy międzynarodowe dotyczące przestrzegania praw obywatelskich w kontekście działalności służb specjalnych. Jednocześnie **standardy te są w zasadzie pomijane milczeniem przez władze polskie**, pomimo rekomendacji ze strony RPO czy organizacji pozarządowych.

W szczególności:

- polskie prawo **nie odpowiada standardom dotyczącym stosowania podsłuchów i kontroli operacyjnej** (ale także korzystania z metadanych) wynikających z **orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka** (*Klass i inni p. Niemcom*,

⁹ <https://www.tvn24.pl/cba-kupilo-system-inwigilacyjny-za-pieniadze-dla-ofiar-przestepstw,870100,s.html>

lordache p. Mołdawii, Liberty i inni p. Wielkiej Brytanii, Zakharov p. Rosji, Szabo i Vissy p. Węgrom¹⁰;

- polskie prawo **nie odpowiada standardowi wykorzystywania metadanych przez służby i ustalania informacji na ich podstawie w stosunku do osób „wrażliwych”** (np. prawnicy, dziennikarze), określone w niedawnym głośnym wyroku w sprawie *Big Brother Watch i inni p. Wielkiej Brytanii*¹¹;
- polskie władze nie wdrażają standardów wynikających z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, szczególnie w zakresie **standardów związanych z danymi telekomunikacyjnymi wypracowanymi na bazie tzw. dyrektywy retencyjnej** (*Digital Rights Ireland, Tele2*¹²) oraz **ochrony proceduralnej osób zagrożonych wydaleniem** (*ZZ v. Secretary of State*¹³).
- nie są przedmiotem refleksji standardy wynikające z opinii organizacji międzynarodowych. Są one pomijane milczeniem, co wobec słabości debaty publicznej oraz licznych innych kontrowersyjnych wątków na arenie międzynarodowej (np. reforma sądownictwa) nie powoduje zasadniczo większych szkód wizerunkowych czy prawnych dla organów administracji publicznej.

Punktem wyjścia dla aktualnych debat dotyczących przestrzegania praw obywatelskich w działalności służb specjalnych powinna być zwłaszcza **opinia Komisji Weneckiej z 2016 r. na temat ustawy o Policji oraz innych aktów prawnych¹⁴.**

¹⁰ *Klass i inni p. Niemcom*, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 6 września 1978 r., skarga nr 5029/71, *lordache p. Mołdawii*, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 10 lutego 2009 r., skarga nr 25198/02, *Liberty i inni p. Wielkiej Brytanii*, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 1 lipca 2007 r., skarga nr 58243/00, *Zakharov p. Rosji*, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 4 grudnia 2015 r., skarga nr 47143/06, *Szabo i Vissy p. Węgrom*, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 12 stycznia 2016 r., skarga nr 37138/14

¹¹ *Big Brother Watch i inni p. Wielkiej Brytanii*, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 13 września 2018 r., skargi nr 58170/13, 62322/14 oraz 24960/15

¹² *Digital Rights Ireland Ltd przeciwko Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Commissioner of the Garda Síochána, Ireland, The Attorney General i Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger, Christof Tschohl and others*, wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 8 kwietnia 2014 r. sygn. C-293/12 i C-594/12, *Tele2 Sverige AB przeciwko Post- och telestyrelsen oraz Secretary of State for the Home Department przeciwko Tom Watson, Peter Brice, Geoffrey Lewis*, wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 21 grudnia 2016 r., sygn. C-203/15 i C-698/15

¹³ *ZZ v Secretary of State for the Home Department*, wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 czerwca 2013 r., sygn. C-300/11

¹⁴ *Opinion no 839/2016 on the Act of 15 January 2016 amending the Police Act and certain other Acts, adopted by the Venice Commission at its 107th Plenary Session (Venice, 10-11 June 2016)*, CDL-AD(2016)012-e, dostępna na stronie <https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD%282016%29012-e>

Komisja Wenecka dokonała kompleksowej oceny polskiego ustawodawstwa i sformułowała **następujące rekomendacje pod adresem władz polskich:**

- wzmocnienie przestrzegania zasady proporcjonalności, poprzez stworzenie testu, który miałby zastosowanie do kontroli operacyjnej na podstawie art. 19 ustawy o Policji oraz wprowadzenie tego testu do uzyskiwania metadanych na podstawie art. 20c – tak aby kontrola operacyjna i pozyskiwanie metadanych było możliwe tylko w najważniejszych sprawach, szczególnie w ramach „przypadków niecierpiących zwłoki” (art. 19 ust. 3 ustawy o Policji);
- zakazanie w ustawie o Policji kontroli komunikacji, która w sposób oczywisty jest objęta tajemnicą adwokacką; zdefiniowanie kiedy to domniemanie może być obalone – standard ten powinien dotyczyć także innych rodzajów uprzywilejowanej komunikacji;
- ograniczenie czasu trwania sprawdzania metadanych; wymaganie od policji, aby trzymać protokoły pozyskiwania takich danych, tak aby możliwa była skuteczna kontrola post factum wykorzystywania takich danych, szczególnie tych pozyskiwanych w ramach „bezpośredniego dostępu”;
- uzupełnienie systemu zgody uprzedniej na „klasyczny” podsłuch i kontrolę operacyjną poprzez dodatkowe zabezpieczenia proceduralne („privacy advocate”, system skargowy, system nadzoru *ex post* przez niezależny organ);
- zapewnienie w odniesieniu do metadanych zbieranych na podstawie art. 20c ustawy o Policji, skutecznego mechanizmu nadzoru przez niezależny organ – organ ten powinien posiadać niezbędne uprawnienia śledcze oraz wiedzę ekspercką, a także powinien móc korzystać z odpowiednich środków prawnych.

Powyższa opinia Komisji Weneckiej nigdy nie została wykonana. Organy państwa odpowiedzialne za zmiany nie podjęły rzeczywistej dyskusji na temat zmian legislacyjnych. Nawet Rada Europy w niewielkim stopniu dopominała się od władz polskich reakcji na powyższą opinię. Nie zmienia to jednak faktu, że jest to najbardziej dogłębna i niezależna ocena stanu regulacyjnego w Polsce w tej kwestii.

Dlatego też tworząc propozycje zmian ustrojowych i legislacyjnych, wyszliśmy naprzeciw powyższym rekomendacjom, ale także wyciągnęliśmy wnioski z dotychczasowych

doświadczeń działalności służb specjalnych, wymogów konstytucyjnych oraz wynikających z prawa międzynarodowego i europejskiego.

III. NIEZALEŻNY ORGAN KONTROLUJĄCY SŁUŻBY UPRAWNIONE DO PROWADZENIA CZYNNOŚCI OPERACYJNO-ROZPOZNAWCZYCH

1. Główne założenia dotyczące organu kontrolującego służby

Naszym głównym postulatem jest **stworzenie niezależnego organu, który prowadziłby nadzór nad działalnością służb specjalnych.**

Główne założenia działania organu nadzorczego:

- nadzorem objęte zostałyby **wszystkie służby** uprawnione do wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych;
- nadzór dotyczyłby **czynności operacyjno-rozpoznawczych, ale także innych działań** prowadzonych przez służby ingerujących w prawa i wolności obywatelskie;
- ochrona obejmowałaby **wszystkie osoby, niezależnie od obywatelstwa;**
- wszystkie osoby miałyby **możliwość skargi indywidualnej;**
- działalność organu dotyczyłaby **czynności dokonywanych w kraju i za granicą;**
- organ analizowałby działalność służb **pod kątem legalności, rozumianej jako zgodność działalności z Konstytucją i gwarancjami ochrony praw i wolności obywatelskich wynikających z Konstytucji**, przy uwzględnieniu specyfiki działalności służb wywiadowczych.

2. Niezależność organu

Organ kontrolujący służby uprawnione do wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych **podlegałby Sejmowi RP**, a jego członkowie **byliby apolityczni, niezawiśli w wykonywaniu swoich zadań i niezależni od władzy wykonawczej.**

W propozycji wykorzystaliśmy doświadczenia różnych krajów demokratycznych, np. Belgii, Danii, Holandii, Kanady, Norwegii, Portugalii i Szwecji. W krajach tych przyjęto rozmaite modele usytuowania organu kontrolującego służby w strukturze organów państwa. We wszystkich przypadkach fundamentalną cechą takiego organu jest jego niezależność.

W polskich warunkach **podległość organu Sejmowi, przy jednoznacznych warunkach określających tryb powoływania i zasady działania organu, daje największą szansę na utrzymanie jego niezależności.**

3. Tryb powoływania członków organu

Przewodniczący i członkowie organu byłiby powoływani przez Sejm RP bezwzględną większością głosów, za zgodą Senatu, spośród osób wyróżniających się wiedzą i przynajmniej dziesięcioletnim doświadczeniem w zakresie wymiaru sprawiedliwości, kontroli państwowej, bezpieczeństwa państwa lub ochrony praw człowieka. Przed głosowaniem w Sejmie RP przeprowadzane byłoby publiczne wysłuchanie kandydatów.

Przewodniczącego organu powoływałoby się spośród sędziów w stanie czynnym lub w stanie spoczynku, z co najmniej dziesięcioletnim stażem w sprawach karnych lub administracyjnych.

Kandydatów na przewodniczącego i pozostałych członków organu mogliby zgłaszać: **Prezydent RP, Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, Prezes Naczelnego Sądu Administracyjnego, Prezes Najwyższej Izby Kontroli oraz Rzecznik Praw Obywatelskich.**

Warunki, które musieliby spełniać kandydaci na członków organu, a także tryb ich powoływania, **powinny gwarantować zarówno niezależność działania organu, jak i jego autorytet.** Dlatego przyjęliśmy, że członkowie organu będą powoływani przez Sejm RP za zgodą Senatu, ale wyłącznie spośród kandydatów zaproponowanych przez wskazane w ustawie organy państwa, co ograniczy wpływ bieżącej walki politycznej na kształtowanie składu organu.

Ze względu na istotną rolę przewodniczącego organu będzie on sędzią, natomiast pozostali członkowie organu powinni dysponować wiedzą i doświadczeniem z różnych dziedzin ważnych dla jego działania.

4. Skład i kadencja członków organu

W skład organu wchodziłby **przewodniczący i 5 członków, których kadencja trwałaby 6 lat.**

Co 3 lata następowalby wybór połowy składu organu. Ta sama osoba mogłaby być przewodniczącym lub członkiem organu nie dłużej niż przez dwie kolejne kadencje.

Liczba członków tego typu organów w innych krajach waha się od 3 do 10, dlatego zaproponowana przez nas liczba 6 mieści się w międzynarodowym standardzie. Zwracamy przy tym uwagę, że w większości krajów takie organy kontrolują wyłącznie służby specjalne, a organ w Polsce kontrolowałby wszystkie służby uprawnione do wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych. Pewną analogię stanowi rozwiązanie wprowadzone w Belgii, gdzie istnieją dwa 3-osobowe organy, jeden kontrolujący służby specjalne i drugi – policyjne.

5. Zakazy związane z członkostwem w organie

Członkiem organu nie mogłaby być osoba, która:

- jest lub była funkcjonariuszem,
- jest lub była żołnierzem,
- jest lub była pracownikiem służby podlegającej kontroli przez organ,
- przez 5 lat przed powołaniem była członkiem partii politycznej.

Członek organu nie mógłby:

- pełnić innej funkcji publicznej,
- być członkiem partii politycznej ani uczestniczyć w jej działalności,
- być członkiem związku zawodowego,
- pozostawać w jakimkolwiek stosunku służbowym z innym pracodawcą, z wyjątkiem zajmowania stanowiska naukowo-dydaktycznego w szkole wyższej, w Polskiej Akademii Nauk, instytucie badawczym, instytucie naukowym lub pomocniczej jednostce naukowej.

Zakaz przynależności partyjnej i związkowej oraz zatrudnienia u innego pracodawcy wynika z założenia całkowitej apolityczności i niezależności członków organu, podobnie jak zasada, że w skład organu nie można by wybrać osoby, która ciągu 5 wcześniejszych lat (czyli przez okres przekraczający jedną kadencję parlamentu) była członkiem partii politycznej. Natomiast zasada, że w skład organu nie mogliby wchodzić byli funkcjonariusze kontrolowanych służb,

wiąże się z wymogiem bezstronności – niedopuszczalna byłaby sytuacja, w której członkowie organu mieliby kontrolować operacje, które sami kiedyś prowadzili lub swoich dawnych kolegów i podwładnych. Natomiast organ mógłby wykorzystywać wiedzę specjalistyczną byłych funkcjonariuszy służb zatrudniając ich jako pracowników lub ekspertów (zob. pkt 16 poniżej).

6. Wymóg dopuszczenia do informacji niejawnych o najwyższych klauzulach tajności

Członek organu musiałby posiadać poświadczenie bezpieczeństwa uprawniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „ściśle tajne”. Wobec kandydatów i członków organu, a także pracowników biura obsługującego organ, **poszerzone postępowania sprawdzające prowadziłby pełnomocnik ochrony informacji niejawnych w Służbie Więziennej.**

Wymóg dopuszczenia do informacji niejawnych o najwyższych klauzulach tajności jest w przypadku członków organu oczywistą koniecznością. Z drugiej strony prowadzenie wobec nich postępowania sprawdzającego przez jedną ze służb podlegających kontroli (np. Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego) tworzyłoby dwuznaczną sytuację, w której kontrolowany kontrolowałby kontrolującego. Stąd nasza decyzja o powierzeniu prowadzenia postępowań sprawdzających wobec członków organu i pracowników obsługującego go biura pełnomocnikowi ochrony informacji niejawnych w Służbie Więziennej, jedynej służbie posiadającej kompetencję do prowadzenia poszerzonych postępowań sprawdzających i równocześnie nie posiadającej kompetencji do wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych, a zatem nie podlegającej kontroli organu.

7. Immunitet członków organu

Członek organu posiadałby immunitet analogicznie jak parlamentarzyści lub osoby pełniące funkcję niektórych organów państwowych (np. Rzecznik Praw Obywatelskich) i w związku z tym:

- **nie mógłby być, bez uprzedniej zgody Sejmu RP, pociągnięty do odpowiedzialności karnej ani pozbawiony wolności;**
- **nie mógłby być zatrzymany lub aresztowany bez zgody Sejmu RP, z wyjątkiem ujęcia go na gorącym uczynku przestępstwa i jeżeli jego zatrzymanie byłoby niezbędne do zapewnienia prawidłowego toku postępowania;**

- o zatrzymaniu niezwłocznie powiadamiałoby się Marszałka Sejmu RP, który mógłby nakazać natychmiastowe zwolnienie zatrzymanego;
- **członek organu nie mógłby bez zgody Sejmu RP zostać pociągnięty do odpowiedzialności za działalność wchodzącą w zakres sprawowania swojej funkcji również po zakończeniu kadencji;**
- członek albo były członek organu **mógłby być pociągnięty do cywilnej odpowiedzialności sądowej za działania wynikające z pełnionej funkcji tylko za zgodą Sejmu RP, wyłącznie w przypadku naruszenia praw osób trzecich.**

Organ kontrolowałby służby posiadające uprawnienia zarówno operacyjno-rozpoznawcze, jak i dochodzeniowo-śledcze. W tej sytuacji ewentualne działania służb wobec któregoś z członków organu mogą budzić podejrzenia, że ich rzeczywistą przyczyną jest pełniona przez niego funkcja. Dlatego wszelkie działania służb wobec kontrolujących je członków organu powinny zostać poddane kontroli Sejmu.

8. Rola przewodniczącego organu i sposób podejmowania decyzji przez organ

Przewodniczący organu kierowałby jego pracami, reprezentowałby organ oraz wykonywałby inne zadania określone w ustawie. Przewodniczący wyznaczałby członka organu, który wykonywałby zadania przewodniczącego podczas jego nieobecności.

Decyzje organu byłyby podejmowane na posiedzeniach organu, natomiast czynności w ramach realizacji ustawowych zadań organu mogłyby być prowadzone przez jego wyznaczonych członków. **Organ podejmowałby decyzję, jeżeli opowie się za nią przynajmniej trzech jego członków.** W przypadku równej liczby głosów decydowałby głos przewodniczącego. Szczegółowy tryb pracy organu określiłby jego **regulamin uchwalony przez organ i zatwierdzony przez Marszałka Sejmu RP.**

Przewodniczący organu odgrywałby w jego pracy bardzo ważną rolę. Dlatego zastrzeżenie pełnienia tej funkcji przez sędziego stanowi gwarancję niezależności i apolityczności działania organu.

9. Zakres uprawnień kontrolnych organu

Organ kontrolowałby działalność:

- Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego,

- Agencji Wywiadu,
- Biura Nadzoru Wewnętrznego MSWiA,
- Centralnego Biura Antykorupcyjnego,
- komórek Krajowej Administracji Skarbowej upoważnionych do wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych,
- Policji,
- Służby Kontrwywiadu Wojskowego,
- Służby Ochrony Państwa,
- Służby Wywiadu Wojskowego,
- Straży Granicznej, oraz
- Żandarmerii Wojskowej.

Kompetencje do wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych posiada w Polsce 11 służb, z czego 5 (ABW, AW, CBA, SKW i SWW) jest ustawowo określone jako służby specjalne, a pozostałe 6 określa się zwykle jako policyjne. Uzasadnione wydaje się objęcie kontrolą działania wszystkich tych służb, chociaż w innych krajach tego typu organy ograniczają się do kontroli służb specjalnych, których działalność uważa się za bardziej ingerującą w prawa obywatelskie i poddaną słabszej kontroli sądowej.

10. Zakres kontroli

Działanie organu byłoby skoncentrowane na kontroli wykonywania przez służby **czynności operacyjno-rozpoznawczych** (opisanych zarówno w ustawach, jak i w wewnętrznych niejawnych instrukcjach) oraz **kontroli pozyskiwania i przetwarzania wrażliwych danych obywateli**, czyli **na tych obszarach aktywności służb, których kontrola jest obecnie niewystarczająca.**

Organ kontrolowałby **zgodność działania służb z Konstytucją oraz innymi przepisami prawa, a więc legalność, niezbędność i proporcjonalność stosowanych przez nie środków w zakresie:**

- stosowania przez służby kontroli operacyjnej,
- uzyskiwania i przetwarzania danych telekomunikacyjnych, pocztowych i internetowych,
- pozyskiwania i przetwarzania danych stanowiących tajemnicę bankową,

- wykonywania innych czynności operacyjno-rozpoznawczych opisanych w ustawach lub w wewnętrznych instrukcjach o pracy operacyjnej albo w innych dokumentach służb.

W powyższym zakresie organ kontrolowałby **wydatki służb z funduszu operacyjnego**.

Organ kontrolowałby **prawidłowość przetwarzania danych osobowych obywateli polskich** przez służby specjalne, a przez pozostałe służby w zakresie, w jakim przetwarzają dane osobowe w związku z realizacją zadań mających na celu zapewnienie bezpieczeństwa narodowego.

W powyższym zakresie organ **dokonywałby oceny wszelkich aktów prawa wewnętrznego służb, instrukcji, decyzji, pełnomocnictw i upoważnień, a także umów i porozumień z instytucjami krajowymi i zagranicznymi**.

Organ **nie zajmowałby się natomiast:**

- **celowością i gospodarnością pracy służb**, ponieważ wystarczające kompetencje w tym zakresie ma Najwyższa Izba Kontroli oraz Sejmowa Komisja ds. Służb Specjalnych
- kontrolą wykonywania przez służby czynności dochodzeniowo-śledczych, ponieważ obszar ten podlega kontroli prokuratur i sądów.

11. Skargi do organu

Rozpatrywanie skarg obywateli na działania służb związane z wykonywaniem przez nie czynności operacyjno-rozpoznawczych byłoby kluczowym elementem systemu zapewniającego przestrzeganie praw obywatelskich w działaniu służb. **Każda osoba, która czułaby się pokrzywdzona przez którąś ze służb, mogłaby skierować do organu skargę na działanie tej służby.**

Organ rozpatrywałby w zakresie określonym w pkt 10 powyżej skargi:

- osób prywatnych,
- organów państwowych,
- organizacji pozarządowych lub innych podmiotów,
- funkcjonariuszy,
- żołnierzy,
- pracowników służb,

dotyczące funkcjonowania, działania lub zaniechania działania służb, w szczególności przypadków naruszenia praworządności lub interesów skarżących.

12. Rozpatrywanie skarg przez organ

Organ w następujący sposób procedowałby złożoną skargę:

- informowałby osoby lub inne podmioty składające skargę o zasadności lub bezzasadności tej skargi,
- w przypadku uznania zasadności skargi organ przekazywałby skarżącemu informację o podjętych działaniach oraz ich wynikach, z wyłączeniem informacji niejawnych,
- informowałby prokuraturę o przypadkach naruszenia prawa,
- informowałby organy nadzorujące służbę o stwierdzonych nieprawidłowościach,
- mógłby wydać jawny komunikat na temat rozpatrzonej skargi.

W przypadku stwierdzenia przez organ, w wyniku rozpatrzenia skargi, naruszenia wolności lub praw człowieka i obywatela, **rozstrzygnięcie organu mogłoby stanowić podstawę do dochodzenia przez skarżącego odszkodowania**, na zasadach ogólnych, od skarbu państwa.

Uznaliśmy, że konieczne jest wyważenie interesu osoby, której prawa zostały naruszone oraz interesu państwa, którego tajemnice muszą podlegać ochronie nawet w przypadkach, kiedy w toku działań służb dochodzi do nieprawidłowości. Stąd rozwiązanie polegające na informowaniu o wynikach działań organu na poziomie jawnym osoby skarżącej, a w szczególności bulwersujących przypadkach także opinii publicznej, a na poziomie niejawnym prokuratury oraz organów nadzorujących służbę. Dodatkową gwarancją dla obywatela jest możliwość dochodzenia odszkodowania na podstawie decyzji organu uznającej zasadność jego skargi.

13. Postępowanie kontrolne prowadzone przez organ

Postępowania kontrolne organ:

- **prowadziłby na podstawie rocznego planu pracy**, który przedkłada Marszałkowi Sejmu RP oraz Sejmowej Komisji ds. Służb Specjalnych,
- **wszczynałby na zlecenie** Sejmu RP, Marszałka Sejmu RP lub Sejmowej Komisji ds. Służb Specjalnych,

- **wszczynałby na wniosek** Prezydenta RP, Prezesa Rady Ministrów, Rzecznika Praw Obywatelskich, Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, Prokuratora Generalnego, Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych lub właściwych ministrów nadzorujących służby w odniesieniu do tych służb,
- **mógłby wszcząć z własnej inicjatywy**, w szczególności w przypadku pojawienia się publicznie informacji wskazujących na możliwość nieprawidłowości w działaniach służb albo na podstawie informacji uzyskanych w trakcie rozpatrywania skargi.

Organ prowadziłby kontrole w służbach na podstawie wcześniej opracowanego planu, jak również na zlecenie lub wnioski określonych w ustawie organów. Organ mógłby też wszcząć nagłą kontrolę z własnej inicjatywy, w związku z publicznym pojawieniem się informacji o nieprawidłowościach w pracy służb albo w konsekwencji ujawnienia takich informacji w toku rozpatrywania skargi. Istotne jest zapewnienie takiego poziomu elastyczności pracy organu, aby w razie podejrzenia naruszenia prawa podjąć niezwłoczne czynności zapobiegające zniszczeniu dowodów lub zatarciu śladów bezprawnych działań.

14. Brak ograniczeń podmiotowych lub przedmiotowych

Warunkiem skutecznego prowadzenia kontroli, zwłaszcza w sytuacji podejrzeń dotyczących ewentualnych nieprawidłowości w działaniu służb, jest możliwość szybkiego dostępu kontrolerów do wszystkich istotnych materiałów bez żadnych ograniczeń. Z drugiej strony konieczne jest zagwarantowanie bezpieczeństwa informacji o działaniach służb i ich współpracownikach, gdyż nieuprawnione ujawnienie takich informacji stanowiłoby zagrożenie nie tylko dla interesu państwa, ale również dla życia funkcjonariuszy i ich współpracowników. **Dlatego właśnie kontrola służb powinna zostać powierzona niewielkiemu, wyspecjalizowanemu organowi złożonemu z ludzi sprawdzonych pod względem dawania rękąmi zachowania tajemnicy, posiadającemu nieograniczony dostęp do informacji i obiektów kontrolowanych służb.**

Prawo organu do kontroli służb w zakresie określonym powyżej nie podlegałoby ograniczeniom podmiotowym ani przedmiotowym.

W toku prowadzonej kontroli członkowie organu mieliby prawo do swobodnego wstępu do obiektów i pomieszczeń kontrolowanych służb, wglądu do dokumentów i materiałów

związanych z ich działalnością, przeprowadzania oględzin obiektów, sieci i systemów teleinformatycznych, wzywania i przesłuchiwanie świadków, korzystania z pomocy biegłych i specjalistów.

Szefowie służb podlegających kontroli przedkładałoby na żądanie organu wszelkie dokumenty i materiały, w tym na nośnikach elektronicznych, niezbędne do przeprowadzenia kontroli, a także umożliwiałoby dostęp do systemów teleinformatycznych kontrolowanej służby, w tym do baz danych.

Szczegółowa procedura prowadzenia kontroli i dokumentowania jej wyników byłaby analogiczna jak w przypadku czynności wykonywanych przez kontrolerów Najwyższej Izby Kontroli.

15. Informacja o wynikach kontroli

W ciągu 14 dni po zakończeniu kontroli organ:

- przedstawiałby informację o jej wyniku organowi, na zlecenie albo wniosek którego została przeprowadzona kontrola,
- w razie stwierdzenia w toku kontroli uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa **organ zawiadamiałby właściwą jednostkę prokuratury** oraz informuje o tym szefa kontrolowanej służby i organ nadzorujący tą służbę,
- w przypadku, gdy informacje o wynikach kontroli miałyby istotne znaczenie z punktu widzenia nadzoru na służbami, **organ przedstawiałby je Prezesowi Rady Ministrów oraz właściwym ministrom nadzorującym służby**, a w odniesieniu do służb specjalnych także Sejmowej Komisji ds. Służb Specjalnych.

Organ corocznie przedstawiałby Sejmowi RP oraz Senatowi jawną informację dotyczącą swoich działań, którą także udostępniałby publicznie. Organ corocznie przedstawiałby Marszałkowi Sejmu RP, Sejmowej Komisji ds. Służb Specjalnych, Prezydentowi RP i Prezesowi Rady Ministrów szczegółową, niejawną informację dotyczącą swoich działań.

Organ mógłby podawać do wiadomości publicznej komunikaty dotyczące wyników powadzonych kontroli, szczególnie w przypadkach, gdy dotyczą one praw i wolności obywatelskich.

Organ przekazywałby właściwym organom państwa niejawnie informacje o wynikach prowadzonych kontroli, a w przypadku podejrzenia popełnienia przestępstw - informowałby prokuraturę. Opinia publiczna mogłaby się zapoznać z jawnym sprawozdaniem organu przedkładanym dorocznie Sejmowi i Senatowi, a w przypadku badania przez organ szczególnie bulwersujących spraw dotyczących ewentualnych naruszeń praw i wolności obywatelskich z komunikatami prezentującymi – w jawnym zakresie – wyniki kontroli dotyczących tych spraw.

16. Współdziałanie z organem

Organy administracji rządowej, organy samorządu terytorialnego, instytucje państwowe oraz przedsiębiorcy współdziałałyby z organem udzielając mu pomocy w zakresie realizacji jego zadań. **Organ współdziałałby ze stowarzyszeniami, ruchami obywatelskimi, innymi dobrowolnymi zrzeszeniami i fundacjami działającymi na rzecz ochrony wolności i praw człowieka i obywatela.** Organizacje te mogłyby zgłaszać propozycje tematów kontroli oraz kwestii wymagających szczególnego zainteresowania organu.

Organ organizowałby spotkania na ten temat z przedstawicielami wskazanych wyżej organizacji przynajmniej raz do roku. Organ **mógłby współpracować z zagranicznymi i międzynarodowymi organami i organizacjami działającymi na rzecz ochrony wolności i praw człowieka i obywatela, a także z zagranicznymi organami i instytucjami realizującymi w swoich krajach zadania związane z kontrolą służb.**

Współpraca organu z organizacjami społecznymi specjalizującymi się w obronie praw człowieka będzie wzmocniać jego pozycję jako instytucji odpowiedzialnej za cywilną kontrolę nad służbami, a zarazem sprzyjać aktywności społeczeństwa obywatelskiego i wzrostowi jego wpływu na działanie struktur państwa. Zwłaszcza w pierwszym okresie istnienia organu duże znaczenie będzie miała współpraca z analogicznymi instytucjami kontrolującymi służby w krajach demokratycznych. Współpraca między organami kontrolującymi służby w różnych krajach istnieje od lat umożliwiając wymianę doświadczeń oraz informacji na temat rozwiązań prawnych i dobrych praktyk.

17. Biuro organu

Organ obsługiwany byłby przez **kilkudziesięcioosobowe biuro** zapewniające obsługę merytoryczną i logistyczną. **Pracownicy biura musieliby spełniać takie same wymogi w zakresie bezpieczeństwa i będą podlegaliby takim samym ograniczeniom, jak członkowie organu.** Warto w tym miejscu zauważyć, że przyszła ustawa powołująca organ będzie musiała nałożyć na członków organu i pracowników biura ograniczenia dotyczące zachowania tajemnicy, wyjazdów zagranicznych itp. takie same, jak w przypadku funkcjonariuszy służb specjalnych.

Obsługę organu zapewnia biuro:

- biurem kierowałby dyrektor podlegający bezpośrednio przewodniczącemu organu,
- dyrektorem albo pracownikiem biura mogłaby być osoba posiadająca poświadczenie bezpieczeństwa uprawniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „ściśle tajne”,
- dyrektor ani pracownik biura nie mógłby być członkiem partii politycznej ani uczestniczyć w jej działalności, nie mógłby być członkiem związku zawodowego.

Organ mógłby korzystać z opinii ekspertów. Ekspert nie mógłby być funkcjonariuszem, żołnierzem lub pracownikiem służby.

Były funkcjonariusz, żołnierz lub pracownik służb nie mógłby być dyrektorem lub pracownikiem biura ani ekspertem organu **przed upływem 5 lat od zakończenia** służby albo ustania zatrudnienia w służbie.

Przewodniczący organu nadawałby, w drodze zarządzenia, **statut**, który określałby zadania i organizację biura. Statut podlegałby zatwierdzeniu przez Marszałka Sejmu RP. Koszty działalności organu i biura pokrywane byłyby z budżetu państwa.

Koszt powołania organu i zorganizowania obsługującego go biura powinien się zamknąć w **kwocie kilkudziesięciu milionów złotych** ze względu na konieczność zapewnienia bezpiecznych pomieszczeń oraz systemów teleinformatycznych certyfikowanych do przetwarzania informacji niejawnych o najwyższych klauzulach tajności. Natomiast koszt dalszego funkcjonowania organu nie powinien przekraczać kwoty kilku, maksymalnie kilkunastu milionów złotych rocznie.

Biorąc pod uwagę, że roczne **koszty funkcjonowania jedynie sektora służb specjalnych przekraczają miliard złotych**, obciążenie dla budżetu państwa związane z powołaniem instytucji odpowiedzialnej za kontrolę przestrzegania przez służby Konstytucji i innych aktów prawnych oraz poszanowania praw obywatelskich w toku wykonywania przez nie czynności operacyjno-rozpoznawczych nie wydaje się być nadmierne.

IV. KONIECZNE ZMIANY W ZAKRESIE REALIZACJI PRAWA DO INFORMACJI I OCHRONY DANYCH

1. Istota prawa do informacji i ochrony danych w kontekście działalności służb specjalnych

Drugim, obok stworzenia niezależnego organu kontrolnego, filarem reformy ochrony prywatności w sektorze służb policyjnych i specjalnych, jest **przyznanie jednostce prawa do informacji o byciu przedmiotem zainteresowania ze strony uprawnionych instytucji i prawa dostępu do przetwarzanych przez nie danych osobowych.**

Konieczność wprowadzenia tych uprawnień wynika ze standardów prawa konstytucyjnego¹⁵. Dla przykładu, **Trybunał Konstytucyjny w wyroku o sygn. K 23/11** zwrócił uwagę, że obowiązek informacyjny „*ma eliminować ryzyko niekontrolowanego tworzenia oraz utrzymywania zbiorów danych nieprzydatnych dla postępowań prowadzonych przez organy państwa, lecz potencjalnie wartościowych z punktu widzenia przyszłych, bliżej nieokreślonych czynności*”¹⁶.

Na konieczność wprowadzenia takich mechanizmów zwracał również uwagę **Europejski Trybunał Praw Człowieka**¹⁷ oraz **Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej**¹⁸. W sprawie *Schrems v Data Protection Commissioner*¹⁹ TSUE zwrócił uwagę, że „uregulowanie nieprzewidujące dla jednostek żadnej drogi prawnej w celu uzyskania dostępu do dotyczących ich danych osobowych lub sprostowania czy usunięcia takich danych nie zapewnia poszanowania zasadniczej istoty prawa podstawowego do skutecznej ochrony prawnej, wynikającego z art. 47 Karty”. W sprawie C-203/15 TSUE – potwierdzając konieczność informowania jednostek o pozyskaniu ich danych telekomunikacyjnych – wskazał, że

¹⁵ Por. wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z 30 lipca 2014 r. sygn. K 23/11, z 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04 i postanowienie z 25 stycznia 2006 r., sygn. S 2/06.

¹⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 30 lipca 2014 r. sygn. K 23/11.

¹⁷ Por. m.in. wyroki: z 18 listopada 1977 r. w sprawie *Klass i inni p. Niemcom*, z 4 grudnia 2015 r. w sprawie *Zakharov p. Rosji* i postanowienie z 29 czerwca 2006 r. w sprawie *Weber i Saravia p. Niemcom*.

¹⁸ Por. wyroki z 8 kwietnia 2014 r. w połączonych sprawach sygn. C-293/12 i C-594/12, z 21 grudnia 2016 r. w sprawie sygn. C-203/15.

¹⁹ wyrok TSUE z 6 października 2015 r., sygn. C-362/14.

„informacja ta jest niezbędna do tego, aby umożliwić im w szczególności wykonanie prawa do wniesienia skargi”.

Mechanizmy takie działają także w większości państw członkowskich UE, co zostało przeanalizowane w raporcie Agencji Praw Podstawowych UE: *Surveillance by intelligence services: fundamental rights safeguards and remedies in the European Union - Mapping Member States' legal frameworks*²⁰.

Przyznanie jednostce prawa do uzyskania informacji o byciu przedmiotem zainteresowania podmiotów uprawnionych do pozyskiwania ich danych:

- pozwoli jej na weryfikację zasadności prowadzonych względem niej działań,
- na wcześniejszym etapie – zwiększy świadomość wśród funkcjonariuszy, że ich działania będą mogły podlegać weryfikacji,
- zmniejszy ryzyko nadmiernej i nieuzasadnionej ingerencji w prawo do prywatności.

Przed szczegółowym opisaniem naszej propozycji zwracamy uwagę na przepisy Kodeksu Postępowania Karnego, który przewiduje mechanizmy informowania zainteresowanych osób o tym, że były przedmiotem kontroli operacyjnej lub pozyskiwano ich dane telekomunikacyjne (odpowiednio art. 239 i 218 k.p.k.). Zastosowanie tych przepisów ma charakter marginalny – **przeważająca większość kontroli operacyjnych i pobrań danych odbywa się na etapie czynności przedprocesowych (na podstawie tzw. ustaw kompetencyjnych), w których mechanizm notyfikacji nie jest przewidziany.** W związku z tym propozycja dotyczy działań prowadzonych na etapie czynności przedprocesowych.

²⁰ <https://fra.europa.eu/en/publication/2017/surveillance-intelligence-socio-lega>

2. Proponowane zmiany dotyczące prawa do informacji w kontekście kontroli operacyjnej

Proponujemy, aby **zarządzeniu kontroli operacyjnej towarzyszył obowiązek poinformowania osoby**, względem której została ona zarządzona, o tym fakcie. **Obowiązek powinien być – co do zasady – realizowany po 12 miesiącach od zakończenia kontroli.**

Opóźnienie o 12 miesięcy obowiązku informacyjnego funkcjonuje m.in. w Niemczech i jest rozsądnym kompromisem pomiędzy koniecznością sprawnego działania służb a realizacją praw jednostki.

Drugim rozwiązaniem jest **odsunięcie realizacji obowiązku informacyjnego lub jego uchylenie na skutek decyzji sądu, podejmowanej na wniosek instytucji wnioskującej o zarządzenie kontroli operacyjnej.**

Kwestia **ewentualnego odroczenia lub całkowitego uchylenia obowiązku notyfikacyjnego** powinna być przedmiotem **decyzji sądu** rozpatrującego wniosek o zastosowanie kontroli operacyjnej. Odroczenie powinno być możliwe **wyłącznie na uzasadniony wniosek** podmiotu wnioskującego o zarządzenie kontroli operacyjnej i uzależnione od uprawdopodobnienia przez wnioskujący organ:

- zagrożenia dla zdrowia i życia (np. funkcjonariuszy);
- zagrożenia dla bezpieczeństwa narodowego (np. w kontekście spraw dot. szpiegostwa).

3. Informacja o dostępie do danych telekomunikacyjnych, internetowych i pocztowych

Pozyskanie danych telekomunikacyjnych czy internetowych może stanowić równie silną ingerencję w prywatność jednostki, co zastosowanie względem niej kontroli operacyjnej. W związku z tym proponujemy wprowadzenie mechanizmu notyfikacji osób, których dane zostały pozyskane, o tym fakcie.

Zasadą będzie informacja 12 miesięcy po zakończeniu kontroli operacyjnej. Analogicznie jak w przypadku prowadzenia kontroli operacyjnej, taka informacja powinna być przekazywana z 12-miesięcznym opóźnieniem.

Ze względu na fakt braku każdorazowej wcześniejszej autoryzacji pobrania danych przez uprawnione organy, to **wyłącznie po ich stronie leżeć będzie decyzja o odsunięciu lub uchyleniu realizacji obowiązku informacyjnego.** Będzie to możliwe w sytuacjach analogicznych, jak w przypadku kontroli operacyjnej, czyli ze względu na uprawdopodobnione zagrożenie dla zdrowia i życia (np. funkcjonariuszy) lub zagrożenie dla bezpieczeństwa narodowego (np. w kontekście spraw dot. szpiegostwa).

Dodatkowo proponujemy **możliwość nierealizowania obowiązku informacyjnego** w przypadkach pobrania danych telekomunikacyjnych, internetowych lub pocztowych, które jako **zbędne podlegają natychmiastowemu zniszczeniu** (np. lista numerów telefonów logujących się do stacji BTS) oraz **w przypadku tzw. danych abonenckich**, czyli danych, o których mowa w art. 20cb ustawy o Policji (i analogicznie w innych ustawach kompetencyjnych).

Niezależny organ kontrolny, o którym mowa w Rozdziale III, powinien sprawować kontrolę realizacji obowiązków informacyjnych przez podmioty uprawnione do pozyskiwania danych, w szczególności nad zasadnością ograniczenia realizacji tego obowiązku.

4. [Poprawna implementacja dyrektywy DODO](#)

Z konstytucyjnej zasady autonomii informacyjnej wynika **uprawnienie jednostek do dostępu do dotyczących ich urzędowych dokumentów i zbiorów danych.** Prawo takiego dostępu to filar ochrony danych osobowych i prywatności. Stanowi on także niezbędne uzupełnienie opisanych wyżej procedur notyfikacyjnych, które dotyczą jedynie pozyskiwania informacji o obywatelach w konkretny sposób (kontrola operacyjna, pozyskanie danych telekomunikacyjnych, pocztowych i internetowych). Służby policyjne i specjalne dysponują

natomiast dostępem do wszelkich danych osobowych na temat jednostki przetwarzanych zarówno w publicznych, jak i w prywatnych bazach danych.

Potrzebę wprowadzenia mechanizmu dostępu do informacji na temat przetwarzania danych osobowych (ich treści, źródeł, podstawy prawnej przetwarzania itd.) dostrzegł prawodawca unijny, który – w zakresie organów zajmujących się przeciwdziałaniem przestępczości – wprowadził takie rozwiązanie w dyrektywie policyjnej nr 2016/680 (DODO). **Dyrektywa – w zakresie swojego zastosowania – przewiduje uprawnienie jednostki do dostępu do dotyczących jej danych osobowych. Możliwe jest natomiast ograniczenie tego prawa w sytuacji, gdy jest to niezbędne, by:**

- uniemożliwić utrudnianie czynności postępowań urzędowych lub sądowych, postępowań przygotowawczych lub procedur;
- uniemożliwić zakłócanie zapobieganiu przestępczości, prowadzeniu postępowań przygotowawczych, wykrywaniu i ściganiu czynów zabronionych i wykonywaniu kar;
- chronić bezpieczeństwo publiczne;
- chronić bezpieczeństwo narodowe;
- chronić prawa i wolności innych osób.

Jednocześnie dyrektywa przewiduje (por. art. 17 dyrektywy) mechanizm, w którym w przypadku ograniczenia z powyższych powodów prawa jednostki dostępu do dotyczących jej danych, **osoba ta może wykonywać swoje uprawnienia za pośrednictwem „właściwego organu nadzorczego”**. W takim wypadku organ – po weryfikacji – informuje osobę, której dane dotyczą przynajmniej o fakcie przeprowadzenia wszelkich niezbędnych weryfikacji.

Dyrektywa nie ma zastosowania do przetwarzania danych osobowych w ramach działalności nieobjętej zakresem prawa Unii, co oznacza przetwarzanie danych w celu zapewnienia **bezpieczeństwa narodowego**.

Dyrektywa policyjna została implementowana do polskiego porządku prawnego ustawą z 14 grudnia 2018 r. o ochronie danych osobowych przetwarzanych w związku z zapobieganiem i zwalczaniem przestępczości. Ustawa powierzyła realizację zadań właściwego organu nadzorczego Prezesowi Urzędu Ochrony Danych Osobowych.

Ustawa w **niewłaściwy sposób implementowała** dyrektywę, w szczególności poprzez **znaczące poszerzenie podstaw odmowy udostępnienia jednostce informacji** na temat przetwarzania jej danych oraz poprzez **pominięcie art. 17 dyrektywy** – umożliwiającego jednostce wykonywanie swoich uprawnień za pośrednictwem organu nadzorczego.

Postulujemy zmianę tej sytuacji poprzez:

- 1) ograniczenie katalogu przesłanek umożliwiających odmowę udostępnienia informacji na temat przetwarzanych danych wyłącznie do przesłanek przewidzianych w dyrektywie,
- 2) wprowadzenie przepisu, na podstawie którego osoba, której dane dotyczą będzie mogła zwrócić się do Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych z prośbą o weryfikację, czy ograniczenie dostępu było zasadne.

5. Niezależny organ kontrolny jako uzupełnienie dla PUODO (komplementarność)

Zgodnie z art. 3 pkt 2 ustawy wdrażającej dyrektywę DODO, jej przepisów nie stosuje się do ochrony danych osobowych przetwarzanych w związku z zapewnieniem bezpieczeństwa narodowego, w tym w ramach realizacji zadań ustawowych Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego oraz Centralnego Biura Antykorupcyjnego.

Pozostawiając na boku wątpliwości dotyczące zgodności z dyrektywą tego wyłączenia, zwracamy uwagę, że z perspektywy polskiego porządku konstytucyjnego brak podstaw do wyłączenia ochrony danych osobowych jednostki (w tym wynikającego z autonomii informacyjnej prawa dostępu do danych) w sytuacji przetwarzania ich przez służby specjalne.

W związku z tym postulujemy, by także na służby specjalne nałożyć obowiązek informowania (na wniosek) o przetwarzaniu danych osobowych (z ograniczeniami analogicznymi do tych przewidzianych w dyrektywie DODO), a w zakresie niepodlegającym kognicji Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych (zakreślonym ustawą wdrażającą) analogiczne zadania powierzyć niezależnemu organowi, o którym mowa w Rozdziale III.

V. POZOSTAŁE ZMIANY USTROJOWE I LEGISLACYJNE

Proponujemy także szereg zmian ustrojowych i legislacyjnych związanych z działalnością służb specjalnych, wskazanych z punktu widzenia ochrony praw i wolności obywatelskich:

1. Decentralizacja składania wniosków do sądu przez służby specjalne w zakresie zgody na podsłuchy i kontrolę operacyjną

Ze względu na nadmierne obciążenie sędziów Sądu Okręgowego w Warszawie zadaniami w postaci wydawania zgód na stosowanie kontroli operacyjnej i podsłuchy postulujemy **zmianę właściwości sądów**. Właściwość mogłaby mieć charakter miejscowy i odnosić się np. do działalności delegatur terenowych poszczególnych służb. Dla przykładu ABW posiada obecnie 5 delegatur. Z kolei CBA – 12 delegatur.

Najlepszym rozwiązaniem byłoby wskazanie jednego sądu okręgowego w ramach danej apelacji sądowej, który byłby odpowiedzialny za podejmowanie czynności w tym zakresie. Brak decentralizacji w zakresie rozpoznawania wniosków wpływa w sposób znaczący na obniżenie jakości sądowej kontroli wniosków służb specjalnych.

Nie wymaga szerszego uzasadnienia, że działający na posiedzeniu niejawnym **sąd w składzie 1 sędziego** ma ograniczone możliwości **w ciągu jednego lub dwóch dni** skontrolowania zgodności z prawem składanych przez służby wniosków o zarządzenie kontroli operacyjnej (w zdecydowanej większości są to wnioski o kontrolę rozmów telefonicznych i wiadomości tekstowych), w przypadku gdy chodzi o **rząd wielkości sięgający kilkudziesięciu wniosków**.

Przy wprowadzeniu rozwiązania oddającego rozpoznawanie wniosków służb specjalnych w gestię jednego sądu okręgowego w każdej z 11 apelacji rozważyć należałoby wprowadzenie ustawowego mechanizmu równomiernego obciążenia sądów. Mogło by to polegać np. na zgłaszaniu każdego wniosku o kontrolę operacyjną organowi kontrolującemu służby, o którym mowa w Rozdziale III. Organ ten dokonywałby przydziału wniosku do konkretnego sądu według kryterium kolejności wpływu i według negatywnej zasady właściwości rzeczowej (wniosek dotyczący czynności operacyjnych realizowanych na terenie apelacji poznańskiej byłby rozpoznawany przez właściwy sąd okręgowy spoza tej apelacji).

2. Uregulowanie konsekwencji wpisania do rejestru Szefa ABW, doprecyzowania kryteriów wpisu oraz procedury odwoławczej (zmiana art. 6 ust. 1 oraz art. 6 ust. 3 ustawy o działaniach antyterrorystycznych)

W celu zapobiegania „zdarzeniom o charakterze terrorystycznym” Szef ABW prowadzi wykaz osób mogących mieć związek z terroryzmem. **Przepisy nie określają katalogu danych, jakie przetwarzane są w rejestrze** (decyduje o tym niejawne zarządzenie Szefa ABW). Zawarte w nim informacje mogą być przekazywane szerokiemu kręgowi podmiotów („w zakresie ich właściwości”).

Tak określone zasady funkcjonowania rejestru naruszają szereg norm konstytucyjnych:

- określoności prawa (art. 2 Konstytucji),
- prawa do prywatności (art. 47 Konstytucji),
- autonomii informacyjnej (art. 51 Konstytucji).

Standardy określające prowadzenie niejawnych rejestrów określił także Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku w sprawie *Leander p. Szwecji*.

Postulujemy wprowadzenie jawnych przepisów, które:

- określą katalog danych, które mogą być przetwarzane w rejestrze,
- precyzyjne wskażą, w jakich celach wykorzystywane mogą być zawarte w nim dane oraz
- wprowadzą obowiązek cyklicznej weryfikacji niezbędności dalszego przechowywania wpisanych do rejestru danych (analogicznie do np. art. 22a ust. 8 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym).
- przyznają jednostce możliwości – na ogólnych zasadach opisanych w Rozdziale IV – uzyskania informacji o wpisie do rejestru, a także zakwestionowania samego wpisu.

3. Wprowadzenie kontroli nad czynnościami operacyjnymi w stosunku do cudzoziemców oraz nad gromadzeniem danych biometrycznych

Postulujemy uchylenie możliwości stosowania kontroli operacyjnej względem cudzoziemców na innych zasadach, niż względem obywateli polskich.

Zgodnie z art. 9 ustawy o działaniach antyterrorystycznych Szef ABW w niektórych sytuacjach może zarządzić stosowanie czynności analogicznych do kontroli operacyjnej wobec cudzoziemca **bez konieczności** uzyskania zgody Prokuratora Generalnego i właściwego sądu. Stanowi to wyłom w ogólnej zasadzie, zgodnie z którą każdy z podmiotów uprawnionych do prowadzenia kontroli operacyjnej musi przed jej rozpoczęciem (w wyjątkowych sytuacjach – po jej rozpoczęciu) uzyskać zgodę dwóch zewnętrznych względem siebie instytucji. Naszym zdaniem możliwość ta stanowi ogromne pole do nadużyć. Jednocześnie tak poważne ograniczenie prawa do prywatności cudzoziemców nie znajduje uzasadnienia w polskim porządku konstytucyjnym, który – w art. 47, 49 i 51 Konstytucji – zapewnia każdemu, bez względu na obywatelstwo prawo do prywatności, tajemnicy korespondencji i autonomii informacyjnej.

4. Uchylenie art. 26 ustawy o działaniach antyterrorystycznych

Przepisy art. 26 ustawy o działaniach antyterrorystycznych pozostają naszym zdaniem w sprzeczności z fundamentalnymi zasadami demokratycznego państwa prawnego. Posługując się pojęciami wyjątkowo nieostrymi, **stwarzają podstawę do daleko idącej ingerencji w sferę praw i wolności, w szczególności w sferę nietykalności osobistej jednostki. Dlatego postulujemy uchylenie art. 26 ustawy o działaniach antyterrorystycznych.**

Przepis art. 26 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych **statuuje możliwość sporządzenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów na podstawie informacji uzyskanych w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych.** Powyższe informacje stanowić mogą także podstawę wystąpienia przez prokuratora z wnioskiem o tymczasowe aresztowanie. Tak więc tymczasowe aresztowanie może nastąpić na podstawie anonimowej informacji, np. notatki oficera ze spotkania z nieujawnionym w aktach sprawy osobowym źródłem informacji.

Natomiast art. 26 ust. 2 ustawy o działaniach antyterrorystycznych **zakłada możliwość stosowania tymczasowego aresztowania na podstawie jedynie uprawdopodobnienia popełnienia, usiłowania lub przygotowania do popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym.** Przepis odstępuje od zasady, że przesłanką tymczasowego aresztowania jest

uzasadnione podejrzenie popełnienia czynu zabronionego, to znaczy, że istnieją dowody wskazujących na to że – po pierwsze, dany czyn miał miejsce i po drugie, że właśnie osoba, której wolność zostaje ograniczona była sprawcą takiego czynu. Uzasadnione podejrzenie oznacza obiektywną ocenę istniejących faktów wskazujących na to, że dana osoba mogła popełnić określone przestępstwo.

Użyte w art. 26 ust. 2 ustawy o działaniach antyterrorystycznych pojęcie „uprawdopodobnienia” popełnienia, usiłowania lub przygotowania do popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym ma charakter niedookreślony. Z regulacji tej nie wynika bowiem jednoznacznie, kto i w jakiej sytuacji może zostać poddany przewidzianym w nim ograniczeniom, co z kolei oznacza, że jest on na tyle nieprecyzyjny, że nie jest możliwe przeprowadzenie jego jednolitej wykładni, a co za tym idzie nie jest możliwe jego jednolite stosowanie. Dodatkowo wprowadzenie możliwości tymczasowego aresztowania na okres 14 dni wyłącznie na podstawie „uprawdopodobnienia” popełnienia, usiłowania lub przygotowania przestępstwa (czyli w praktyce np. anonimowej notatki sporządzonej w ABW) budzi skojarzenia z niechlubną praktyką tzw. „aresztów wydobywczych”.

5. Prawo do obrony w procedurach wydaleniovych dla osób stanowiących zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa

Przepisy polskiego prawa przewidują **duży automatyzm działania państwa w przypadku wydalenia z terytorium RP obywateli innych państw członkowskich UE oraz cudzoziemców podejrzanych o działania zagrażające bezpieczeństwu państwa lub prowadzenia działalności terrorystycznej**. W takim przypadku nie są zagwarantowane prawa składające się na tzw. sprawiedliwość proceduralną.

Kilka spraw, które były głośne w Polsce w ostatnich latach²¹ wskazywało na naruszenie standardów praw człowieka²² oraz standardów prawa UE²³ w tego typu sprawach.

Obecnie obowiązujące przepisy prowadzą do tego, że osoba podejrzewana o tego typu działalność:

- może zostać z Polski **wydalona nawet przed rozpoznaniem sprawy przez sąd,**
- **nie ma zagwarantowanego pełnego prawa do obrony,** ze względu na brak dostępu do materiałów, które są gromadzone przez służby.

W związku z powyższym, biorąc pod uwagę doświadczenia innych państw, **proponujemy wprowadzić zasadę, że wydalenie może zostać dokonane tylko i wyłącznie w wyniku postanowienia sądu, po analizie wszystkich zgromadzonych dowodów.**

Jeśli chodzi natomiast o prawo do obrony, zdajemy sobie sprawę, że osoba zainteresowana nie zawsze powinna posiadać dostęp do wszystkich informacji zgromadzonych przez służby specjalne. **W niektórych państwach problem prawa do obrony rozwiązuje się poprzez powoływanie instytucji specjalnych pełnomocników, którzy z jednej strony reprezentują daną osobę, a z drugą mają określone zobowiązania zachowania uzyskanych informacji w poufności. W Polsce rolę takiego pełnomocnika mogłoby odgrywać Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich.** To pracownicy Biura RPO reprezentowałiby zainteresowane osoby przed organami administracji publicznej i sądami, jednocześnie przestrzegając zobowiązania zachowania w poufności uzyskiwanych informacji o przesłankach wskazujących na konieczność wydalenia. Tego typu rola procesowa BRPO wymagałaby odpowiedniego sprecyzowania ustawowego. W ten sposób zrealizowany zostałby interes państwa w postaci ochrony tajemnicy państwowej, a z drugiej prawa do obrony. Jednocześnie dotyczyłoby to maksymalnie kilku spraw rocznie, a więc możliwe byłoby podjęcie się tego zadania bez znaczącego zwiększania budżetu BRPO.

²¹ Por. np sprawy Ch. Marakchiego oraz Ameera Alkhawany'ego. Por. Tomasz Borkowski, Czy jesteśmy skazani na samowolę służb?, Krytyka Polityczna, 28 października 2016 r., <https://krytykapolityczna.pl/kraj/czy-jestesmy-skazani-na-samowole-sluzb-specjalnych/>

²² Al-Nashif p. Bułgarii, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 20 września 2002 r., skarga nr 50963/99.

²³ ZZ v Secretary of State for the Home Department, wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 czerwca 2013 r., sygn. C-300/11

6. Owoce zatrutego drzewa - nowelizacja Kodeksu Postępowania Karnego i zniesienie przepisu art. 168a k.p.k.

Zgodnie z **art. 168a k.p.k.** „Dowodu nie można uznać za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu Karnego, chyba że dowód został uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności.” Przepis ten został wprowadzony w kwietniu 2016 r.

W praktyce art. 168 k.p.k. **pozwala na wykorzystywanie w postępowaniu karnym dowodów, które są zdobyte nielegalnie** (np. w wyniku nielegalnych podsłuchów, przeszukań, prowokacji, ale także stosowania tortur, niehumanitarnego i poniżającego traktowania jeśli nie prowadziło to do uszczerbku na zdrowiu). **Stwarza zatem przestrzeń do daleko idących nadużyć, skoro złamanie prawa i tak pozwala na późniejsze wykorzystanie procesowe dowodów.**

Przepis ten został zaskarżony do TK przez RPO. Jednakże ze względu na manipulacje procesowe składem TK, a także uczestnictwo w rozpatrywaniu sprawy osób nieuprawnionych do orzekania, RPO wycofał wniosek. Przepis jest krytykowany przez doktrynę, jak również przez sądy. W szczególności w wyroku z 27 kwietnia 2017 r. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu powołując się bezpośrednio na Konstytucję odmówił zastosowania art. 168a k.p.k. (II Aka 213/16).

W końcowych obserwacjach Komitetu Przeciwko Torturom ONZ z 5 sierpnia 2019 r. znalazła się rekomendacja zniesienia powyższego przepisu. W szczególności Komitet wyraził zaniepokojenie obowiązywaniem tego przepisu i nakazał podjęcie skutecznych działań celem uchwalenia przepisów, które wyraźnie zakazywałyby wykorzystania dowodów zdobytych w wyniku tortur oraz poniżającego traktowania, tak aby spełnić wymogi art. 15 Konwencji o Zakazie Tortur. Jednocześnie Komitet wezwał do uchylenia art. 168a k.p.k.²⁴

²⁴ Obserwacje końcowe Komitetu Przeciwko Torturom ONZ są dostępne pod adresem: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2fC%2fPOL%2fCO%2f7&Lang=en

VI. POZOSTAŁE ZMIANY PRAKTYCZNE

1. Program szkoleń dla sędziów i prokuratorów jak prowadzić nadzór nad służbami

Uważamy, że obecnie sędziowie oraz prokuratorzy nie są odpowiednio przygotowani do sprawowania należytego nadzoru nad działalnością służb, w ramach przyznanych ustawowo kompetencji. Program szkoleń sędziów i prokuratorów (na aplikacji oraz w ramach działalności Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury) powinien objąć zagadnienia związane z działalnością służb.

Naszym zdaniem szkolenia powinny objąć **wszystkich sędziów wydziałów karnych** (ze szczególnym uwzględnieniem sądów okręgowych i apelacyjnych).

Tematyka szkoleń powinna obejmować:

- gwarancje konstytucyjne w zakresie ochrony prawa do prywatności oraz autonomii informacyjnej
- czynności operacyjno-rozpoznawcze
- dokumentowanie działań w zakresie stosowania podsłuchów i kontroli operacyjnej
- stosowane technologie będące w dyspozycji służb specjalnych
- reżim ochrony informacji niejawnych w Polsce i na świecie
- znaczenie pozyskiwania metadanych dla działalności służb specjalnych
- wyjaśnienie zasad i procedur zatwierdzania wniosków o stosowanie kontroli operacyjnej, a także pobierania danych telekomunikacyjnych i elektronicznych,
- techniczne aspekty stosowania kontroli operacyjnej i pobierania danych telekomunikacyjnych i elektronicznych.

2. Realna możliwość wglądu w materiały na podstawie których podejmowane są czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich wtórnej oceny przez podmioty kontrolujące (w tym: sędziów/prokuratorów)

Sąd okręgowy rozpoznający wniosek służby specjalnej o kontrolę operacyjną musi mieć **niczym nieograniczony wgląd w całości informacji i materiałów jakimi dysponuje służba w zakresie wynikającym z treści wniosku**. Nie może to się odbywać tylko i wyłącznie na zasadzie

jednostronnego udostępnienia informacji w zakresie określonym przez służbę, bez realnych możliwości kontroli ze strony sądu.

Obecnie, procedury weryfikowania wniosków o zarządzenie kontroli operacyjnej nie przewidują realnej możliwości weryfikacji danych o całości i kontekście sprawy, w której ma być zarządzona kontrola operacyjna. Zdarza się, że sędziowie wydający zarządzenia o zastosowanie kontroli operacyjnej nie wiedzą czy postępowanie, w którym ma być wprowadzona kontrola operacyjna jest uzasadnione wiarygodnymi przesłankami, czy jego waga uzasadnia zastosowanie techniki operacyjnej, czy określenie osób objętych kontrolą jako NN (osoby niezidentyfikowane) jest uzasadnione, czy postępowanie toczy się w sprawie szczególnie wrażliwej społecznie lub politycznie - także w kontekście późniejszego ujawnienia przez prokuraturę danych wrażliwych dotyczących osób publicznych.

Za zasadne uznajemy wprowadzenie regulacji upoważniających sąd rozpoznający wniosek o kontrolę operacyjną, w uzasadnionych przypadkach (gdy sąd nabierze wątpliwości co do tego, czy przedstawiono mu wraz z wnioskiem całość materiałów) do wystąpienia do organu, o którym mowa w Rozdziale III, z wnioskiem o pilną kontrolę *ad hoc* realizacji przez służbę specjalną ustawowego obowiązku udostępnienia całości materiałów i informacji dotyczących wniosku o kontrolę operacyjną. Chodzi zatem o wprowadzenie takiego mechanizmu, w którym służba specjalna nie będzie jedynym i wyłącznym dysponentem (pozostającym poza kontrolą) informacji i materiałów jakie powinny być przekazane sądowi rozpoznającemu wniosek o kontrolę operacyjną.

Należy dążyć do wzmocnienia merytorycznego sądu rozpoznającego w składzie 1-osobowym wnioski służb specjalnych. Obecnie ze względów praktycznych (miejscem rozpoznawania wniosków jest kancelaria tajna sądu) i formalnych (wnioski objęte są określonymi klauzulami niejawności) sędzia rozpoznający wniosek nie może w żadnym zakresie korzystać z pomocy pracownika sekretariatu i asystenta.

Inną, także istotną sprawą, jest stworzenie odpowiednich warunków pracy dla sądu rozpoznającego wnioski służb specjalnych. **Chodzi o warunki odpowiadające powadze urzędu sprawowanego przez sędziego i umożliwiające w komfortowych warunkach rozstrzygnięcie o**

skomplikowanych z samej swej istoty sprawach, przy zachowaniu niezbędnych wymogów w zakresie ochrony informacji niejawnych.

Konieczne jest również **wprowadzenie obowiązku zapoznawania sądu okręgowego rozpoznającego wniosek służby specjalnej z treścią orzeczenia sądu apelacyjnego**. Dziś sędzia w razie nieuwzględnienia wniosku o kontrolę operacyjną i skierowania zażalenia przez szefa służby specjalnej bądź prokuratora nie ma wiedzy o treści orzeczenia sądu apelacyjnego na skutek zażalenia.

3. Ujednoczenie procedur wnioskowania o zastosowanie kontroli operacyjnej i pobierania danych retencyjnych

Zasadne jest ujednoczenie procedur wnioskowania o zastosowanie kontroli operacyjnej i pobierania danych retencyjnych poprzez:

- jednoznaczne wskazanie w instrukcjach i zaleceniach dla sędziów i prokuratorów, jakie kryteria ma spełniać prawidłowo wypełniony wniosek o zarządzenie kontroli operacyjnej lub pobieranie danych telekomunikacyjnych i elektronicznych,
- ustalenie jednolitych zasad współpracy pomiędzy wymiarem sprawiedliwości a przedstawicielami operatorów IT,
- wprowadzenie możliwości elektronicznej weryfikacji, w drodze zdalnego dostępu do systemów pobierania danych, przez sędziów danych, o czasie i sposobie wykonywania kontroli operacyjnej, a także pobierania danych telekomunikacyjnych i elektronicznych,
- umożliwienie sędziom weryfikowania legalności i zasadności prowadzenia przez ABW testów penetracyjnych u operatorów systemów IT.

VII. BIOGRAMY AUTORÓW DOKUMENTU

(w kolejności alfabetycznej)

Adam Bodnar – dr hab. nauk prawnych, Rzecznik Praw Obywatelskich w kadencji 2015-2020

Tomasz Borkowski – funkcjonariusz służb specjalnych (ABW i UOP), w latach 2011-2015 Sekretarz Kolegium do Spraw Służb Specjalnych; działacz opozycji w okresie PRL

Jacek Cichocki - były dyrektor Ośrodka Studiów Wschodnich (OSW), w latach 2008–2011 sekretarz stanu w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów odpowiedzialny za koordynację służb specjalnych, w latach 2011–2013 minister spraw wewnętrznych, w latach 2013–2015 minister-członek Rady Ministrów i szef KPRM, przewodniczący Komitetu Stałego Rady Ministrów i przewodniczący sekretarz Kolegium ds. Służb Specjalnych w rządzie Donalda Tuska i w rządzie Ewy Kopacz

Wojciech Klicki - prawnik i aktywista, od 2012 r. związany z Fundacją Panoptikon; specjalista w tematyce uprawnień policji i służb specjalnych oraz relacji praw człowieka i bezpieczeństwa; członek Obywatelskiego Forum Legislacji i Stowarzyszenia im. Prof. Zbigniewa Hołdy

Piotr Kładoczny – doktor nauk prawnych, wykładowca na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, sekretarz zarządu oraz szef działu prawnego Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka

Adam Rapacki – generał policji w stanie spoczynku, w latach 2007-2012 podsekretarz stanu w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych i Administracji

Zuzanna Rudzińska-Bluszcz – radca prawny, Główna Koordynatorka ds. Strategicznych Postępowań Sądowych w Biurze RPO.