

132/11/A/2005

WYROK

z dnia 12 grudnia 2005 r.

Sygn. akt K 32/04*

W imieniu Rzeczypospolitej Polskiej

Trybunał Konstytucyjny w składzie:

Jerzy Stępień – przewodniczący
Adam Jamróz
Ewa Łętowska – współsprawozdawca
Marian Zdyb
Bohdan Zdziennicki – sprawozdawca,

protokolant: Krzysztof Zalecki,

po rozpoznaniu, z udziałem wnioskodawcy oraz Sejmu, Komendanta Głównego Policji i Prokuratora Generalnego, na rozprawie w dniu 12 grudnia 2005 r., wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich o zbadanie zgodności:

- 1) art. 19 ust. 4 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2002 r. Nr 7, poz. 58 ze zm.) z art. 7 i art. 51 ust. 4 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji,
- 2) art. 19 ust. 16 ustawy o Policji w zakresie, w jakim regulując dostęp do materiałów zgromadzonych podczas kontroli operacyjnej, nie przewiduje, po zakończeniu kontroli operacyjnej oraz ustaniu zagrożeń dla realizacji celów postępowania, powiadomienia innej osoby niż podejrzany oraz jego obrońca o tej kontroli, z art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 oraz z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji,
- 3) art. 19 ust. 18 ustawy o Policji z art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji,
- 4) art. 20 ust. 2 ustawy o Policji:
 - a) w zakresie, w jakim nie precyzuje, w jakich sytuacjach można gromadzić informacje o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstwa ściganego z urzędu, niezależnie od faktycznej potrzeby zebrania tych informacji w danym postępowaniu karnym, z art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji,
 - b) w zakresie, w jakim przewidując możliwość pobierania, przetwarzania i wykorzystywania w celach wykrywczych i identyfikacyjnych danych osobowych o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego, nieletnich dopuszczających się czynów zabronionych przez ustawę jako przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego, osobach o nieustalonej tożsamości lub usiłujących ukryć swą tożsamość oraz o osobach poszukiwanych, nie określa materialnoprawnych kryteriów odstąpienia od pobierania informacji o osobach, z art. 51 ust. 5 Konstytucji,
- 5) art. 20 ust. 17 ustawy o Policji w zakresie, w jakim nie przewiduje usuwania ze zbiorów policyjnych danych zebranych o osobach

* Sentencja została ogłoszona dnia 21 grudnia 2005 r. w Dz. U. Nr 250, poz. 2116.

podejrzanych o popełnienie przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego, które zostały prawomocnie uniewinnione względnie wobec których postępowanie karne zostało prawomocnie bezwarunkowo umorzone niezwłocznie po uprawomocnieniu się stosownego orzeczenia, z art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji,

- 6) zarządzenia nr 6 Komendanta Głównego Policji z dnia 16 maja 2002 r. w sprawie uzyskiwania, przetwarzania i wykorzystywania przez Policję informacji oraz sposobów zakładania i prowadzenia zbiorów tych informacji (Dz. Urz. KGP Nr 8, poz. 44 oraz z 2003 r. Nr 9, poz. 47) z art. 51 ust. 5 oraz art. 93 ust. 2 Konstytucji,

o r z e k a:

I

1. Art. 19 ust. 4 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2002 r. Nr 7, poz. 58, Nr 19, poz. 185, Nr 74, poz. 676, Nr 81, poz. 731, Nr 113, poz. 984, Nr 115, poz. 996, Nr 153, poz. 1271, Nr 176, poz. 1457 i Nr 200, poz. 1688, z 2003 r. Nr 90, poz. 844, Nr 113, poz. 1070, Nr 130, poz. 1188 i 1190, Nr 137, poz. 1302, Nr 166, poz. 1609, Nr 192, poz. 1873 i Nr 210, poz. 2036, z 2004 r. Nr 171, poz. 1800, Nr 179, poz. 1842, Nr 210, poz. 2135, Nr 273, poz. 2703 i Nr 277, poz. 2742 oraz z 2005 r. Nr 10, poz. 70 i Nr 164, poz. 1365):

a) jest niezgodny z art. 51 ust. 4 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,

b) nie jest niezgodny z art. 7 Konstytucji.

2. Art. 19 ust. 16 ustawy powołanej w punkcie 1 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 związku z art. 31 ust. 3 i art. 77 ust. 2 Konstytucji.

3. Art. 19 ust. 18 ustawy powołanej w punkcie 1 jest niezgodny z art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

4. Art. 20 ust. 2 ustawy powołanej w punkcie 1 przez to, że nie precyzuje, w jakich sytuacjach można gromadzić informacje o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstwa ściganego z urzędu, i nie określa rodzajów tych informacji w sposób wyczerpujący, jest niezgodny z art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

5. Art. 20 ust. 17 ustawy powołanej w punkcie 1 jest zgodny z art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

6. Zarządzenie nr 6 Komendanta Głównego Policji z dnia 16 maja 2002 r. w sprawie uzyskiwania, przetwarzania i wykorzystywania przez Policję informacji oraz sposobów zakładania i prowadzenia zbiorów tych informacji (Dz. Urz. KGP Nr 8, poz. 44 oraz z 2003 r. Nr 9, poz. 47) jest niezgodne z art. 51 ust. 5 oraz art. 93 ust. 2 Konstytucji.

II

Przepisy wskazane w części I w punktach 1, 3, 4 i 6 tracą moc obowiązującą z upływem 12 (dwunastu) miesięcy od daty ogłoszenia wyroku w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej.

UZASADNIENIE:

I

1. Rzecznik Praw Obywatelskich zwrócił się do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o zbadanie zgodności:

– art. 19 ust. 4 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2002 r. Nr 7, poz. 58 ze zm.; dalej: ustawa o Policji) z art. 7 i art. 51 ust. 4 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji;

– art. 19 ust. 16 ustawy o Policji w zakresie, w jakim regulując dostęp do materiałów zgromadzonych podczas kontroli operacyjnej, nie przewiduje, po zakończeniu kontroli operacyjnej oraz ustaniu zagrożeń dla realizacji celów postępowania, powiadomienia innej osoby niż podejrzany oraz jego obrońca o tej kontroli, z art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji;

– art. 19 ust. 18 ustawy o Policji z art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji;

– art. 20 ust. 2 ustawy o Policji w zakresie, w jakim nie precyzuje, w jakich sytuacjach można gromadzić informacje o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstwa ściganego z urzędu, niezależnie od faktycznej potrzeby zebrania tych informacji w danym postępowaniu karnym, z art. 51 ust. 2 Konstytucji w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, oraz w zakresie, w jakim przewidując możliwość pobierania, przetwarzania i wykorzystywania w celach wykrywczych i identyfikacyjnych danych osobowych o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego, nieletnich dopuszczających się czynów zabronionych przez ustawę jako przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego, osobach o nieustalonej tożsamości lub usiłujących ukryć swą tożsamość oraz o osobach poszukiwanych, nie określa materialnoprawnych kryteriów odstąpienia od pobierania informacji o osobach, z art. 51 ust. 5 Konstytucji;

– art. 20 ust. 17 ustawy o Policji w zakresie, w jakim nie przewiduje usuwania ze zbiorów policyjnych danych zebranych o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego, które zostały prawomocnie uniewinnione względnie wobec których postępowanie karne zostało prawomocnie bezwarunkowo umorzone niezwłocznie po uprawomocnieniu się stosownego orzeczenia, z art. 51 ust. 2 Konstytucji w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji;

– art. 20 ust. 19 ustawy o Policji z art. 51 ust. 5 Konstytucji;

– zarządzenia nr 6 Komendanta Głównego Policji z dnia 16 maja 2002 r. w sprawie uzyskiwania, przetwarzania i wykorzystywania przez Policję informacji oraz sposobów zakładania i prowadzenia zbiorów tych informacji (Dz. Urz. KGP z 2002 r. Nr 8, poz. 44 oraz z 2003 r. Nr 9, poz. 47) z art. 51 ust. 5 oraz art. 93 ust. 2 Konstytucji.

Rzecznik Praw Obywatelskich wskazał, że zgodnie z treścią art. 19 ust. 1 ustawy o Policji przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, podejmowanych przez Policję w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów umyślnych przestępstw, ściganych z oskarżenia publicznego,

wymienionych w punktach 1-8 tego przepisu, gdy inne środki okazały się bezskuteczne (zasada subsydiarności) albo zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne lub nieprzydatne, jest możliwe posłużenie się szczególną instytucją, jaką jest kontrola operacyjna. W takim wypadku sąd okręgowy, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego albo na pisemny wniosek komendanta wojewódzkiego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego miejscowo prokuratora może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną. Kontrola ta, w myśl art. 19 ust. 6 ustawy o Policji prowadzona jest niejawnie i polega na kontrolowaniu: treści korespondencji, zawartości przesyłek; stosowaniu środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawnie informacji i dowodów oraz ich utrwalanie, w szczególności treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych.

Zgodnie z art. 19 ust. 3 ustawy o Policji, dopuszczalne jest (w wypadkach niecierpiących zwłoki) dokonywanie czynności operacyjnych nawet bez uprzedniej zgody sądu (pod warunkiem spełnienia wymienionych w tym przepisie formalności i uzgodnień). Wówczas jednak w terminie 5 dni od zarządzenia kontroli i następującego jednocześnie zawiadomienia sądu okręgowego konieczne jest następczo uzyskanie zgody sądu. Gdy sąd zgody nie udzieli – następuje wstrzymanie kontroli operacyjnej i komisyjne zniszczenie materiałów zgromadzonych podczas jej stosowania. Zaskarżony w niniejszej sprawie art. 19 ust. 4 ustawy o Policji stanowi, że sąd okręgowy może zezwolić, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji lub komendanta wojewódzkiego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora, na odstąpienie od zniszczenia materiałów zgromadzonych podczas kontroli operacyjnej, jeżeli stanowią one dowód lub wskazują na zamiar popełnienia przestępstwa, dla wykrycia którego na podstawie przepisów ustawowych może być prowadzona kontrola operacyjna lub czynności operacyjno-rozpoznawcze. Rzecznik podniósł, że regulacja art. 19 ust. 4 ustawy o Policji prowadzi do niemożliwej do zaakceptowania z punktu widzenia demokratycznego państwa prawnego sytuacji, gdy materiały uzyskane w wyniku niezalegalizowanej przez sąd kontroli operacyjnej nie podlegają zniszczeniu i mogą stanowić legalny dowód w postępowaniu karnym.

Rzecznik zakwestionował także art. 19 ust. 16 ustawy o Policji. Przepis ten, regulując dostęp do materiałów zgromadzonych podczas kontroli operacyjnej, przewiduje, po zakończeniu kontroli oraz ustaniu zagrożeń dla realizacji celów postępowania, powiadomienie tylko podejrzanego oraz jego obrońcy o prowadzonej kontroli. Zdaniem Rzecznika w tym wypadku to ograniczenie podmiotowe powinno być uznane za niekonstytucyjne, jako nazbyt wąskie.

We wniosku wyrażono także wątpliwości natury konstytucyjnej co do art. 19 ust. 18 ustawy o Policji. Przepis ten przewiduje, że trybu kontroli operacyjnej dokonywanej za zgodą sądu (art. 19 ust. 1-11 kwestionowanej ustawy) nie stosuje się, jeżeli kontrola jest prowadzona w sytuacji, gdy nadawca albo odbiorca przekazu informacji udzielił na to pisemnej zgody. W takim wypadku nie jest wymagana zgoda sądu na zastosowanie kontroli operacyjnej. W ocenie Rzecznika taka regulacja powoduje, że kontrola operacyjna jest prowadzona *de facto* bez zgody i wiedzy sądu, a więc bez uprzedniej kontroli sądowej co do tego, czy w ogóle zachodzą ustawowe przesłanki ingerencji w konstytucyjnie zagwarantowaną tajemnicę komunikowania się (art. 49 Konstytucji), zaś o czasie trwania kontroli decydują same organy Policji. Rzecznik podkreślił, że zgoda jednej ze stron przekazu (nadawcy lub odbiorcy informacji) nie może prowadzić do zniesienia konstytucyjnych gwarancji wobec drugiej strony przekazu informacyjnego, a

konstytucyjna ochrona tajemnicy komunikowania się dotyczy także strony, której zgodę pominięto.

Kwestionując art. 20 ust. 19 ustawy o Policji we wniosku wskazano, że przepis ten zawiera delegację ustawową, nakładającą na Komendanta Głównego Policji obowiązek określenia w drodze zarządzenia – po zasięgnięciu opinii Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych – sposobu i warunków pobierania, przetwarzania i wykorzystywania informacji, o których mowa w art. 20 ust. 2 oraz sposobu zakładania i prowadzenia zbiorów tych informacji, rodzajów służb policyjnych uprawnionych do korzystania z tych zbiorów, przełożonych właściwych w tych sprawach oraz wzorów dokumentów obowiązujących przy przetwarzaniu danych z uwzględnieniem przepisów o ochronie informacji niejawnych. Przytaczając orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego (m.in. wyrok z 20 listopada 2002 r., sygn. K 41/02, OTK ZU nr 6/A/2002, poz. 83) wnioskodawca podkreślił, że ochrona życia prywatnego obejmuje także autonomię informacyjną, o której mowa w art. 51 Konstytucji, oznaczającą prawo do samodzielnego decydowania o ujawnieniu informacji dotyczącej swojej osoby oraz prawo do kontrolowania takich informacji, znajdujących się w posiadaniu innych podmiotów. Rzecznik podniósł, że ustawodawca przekazał do uregulowania w drodze zarządzenia materię, którą Konstytucja czyni materią ustawową, gdyż zasady i tryb gromadzenia oraz udostępniania informacji o osobach może określać tylko ustawa, nie zaś akt rangi zarządzenia.

Pismem z 10 lutego 2005 r. (nr RPO-214968-II/96/P.S.) Rzecznik Praw Obywatelskich cofnął wniosek w zakresie dotyczącym badania zgodności art. 20 ust. 19 ustawy o Policji z art. 51 ust. 5 Konstytucji. Postanowieniem z 23 listopada 2005 r., sygn. K 32/04, Trybunał Konstytucyjny umorzył postępowanie we wskazanym zakresie.

Rzecznik Praw Obywatelskich podniósł ponadto przedstawione wyżej zarzuty w odniesieniu do konstytucyjności art. 20 ust. 2 i art. 20 ust. 17 ustawy o Policji oraz zarządzenia nr 6 Komendanta Głównego Policji z 16 maja 2002 r. w sprawie uzyskiwania, przetwarzania i wykorzystywania przez Policję informacji oraz sposobów zakładania i prowadzenia zbiorów tych informacji.

2. Prokurator Generalny w piśmie z 17 stycznia 2005 r. przedstawił Trybunałowi Konstytucyjnemu swoje stanowisko, zgodnie z którym:

– art. 19 ust. 4 ustawy o Policji jest niezgodny z art. 7 i art. 51 ust. 4 oraz nie jest niezgodny z art. 31 ust. 3 Konstytucji;

– art. 19 ust. 16 ustawy o Policji w zakresie, w jakim regulując dostęp do materiałów zgromadzonych podczas kontroli operacyjnej, nie przewiduje, po zakończeniu kontroli operacyjnej oraz ustaniu zagrożeń dla realizacji celów postępowania, powiadomienia innej osoby niż podejrzany oraz jego obrońca o tej kontroli, nie jest niezgodny z art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji;

– art. 19 ust. 18 ustawy o Policji jest niezgodny z art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji;

– art. 20 ust. 2 ustawy o Policji w zakresie, w jakim nie precyzuje, w jakich sytuacjach można gromadzić informacje o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstwa ściganego z urzędu, niezależnie od faktycznej potrzeby zebrania tych informacji w danym postępowaniu karnym, jest zgodny z art. 51 ust. 2 Konstytucji w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji; zaś w zakresie, w jakim przewidując możliwość pobierania, przetwarzania i wykorzystywania w celach wykrywczych i identyfikacyjnych danych osobowych o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego, nieletnich dopuszczających się czynów zabronionych przez

ustawę jako przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego, osobach o nieustalonej tożsamości lub usiłujących ukryć swą tożsamość oraz o osobach poszukiwanych, nie określa materialnoprawnych kryteriów odstąpienia od pobierania informacji o osobach, nie jest niezgodny z art. 51 ust. 5 Konstytucji;

– art. 20 ust. 17 ustawy o Policji w zakresie, w jakim nie przewiduje usuwania ze zbiorów policyjnych danych zebranych o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego, które zostały prawomocnie uniewinnione, względnie wobec których postępowanie karne zostało prawomocnie bezwarunkowo umorzone niezwłocznie po uprawomocnieniu się stosownego orzeczenia, nie jest niezgodny z art. 51 ust. 2 Konstytucji w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji;

– art. 20 ust. 19 ustawy o Policji jest zgodny z art. 51 ust. 5 Konstytucji;

– zarządzenie nr 6 Komendanta Głównego Policji z 16 maja 2002 r. w sprawie uzyskiwania, przetwarzania i wykorzystywania przez Policję informacji oraz sposobów zakładania i prowadzenia zbiorów tych informacji jest niezgodne z art. 51 ust. 5 oraz z art. 93 ust. 2 Konstytucji.

Prokurator Generalny nie podzielił opinii Rzecznika Praw Obywatelskich m.in. co do niezgodności z Konstytucją art. 20 ust. 19 ustawy o Policji, podnosząc w uzasadnieniu swojego stanowiska, że ustawodawca upoważnił Komendanta Głównego Policji do unormowania w drodze aktu wykonawczego szeregu kwestii techniczno-organizacyjnych. Zdaniem Prokuratora Generalnego fakt zamieszczenia w zarządzeniu określonych norm może stanowić podstawę oceny zgodności tego zarządzenia z upoważnieniem ustawowym, nie może natomiast determinować oceny samego upoważnienia.

3. Komendant Główny Policji przedstawił swoje stanowisko w sprawie pismem z 11 października 2004 r. Wskazał, że nie podziela opinii Rzecznika Praw Obywatelskich w kwestii niezgodności zarządzenia nr 6 Komendanta Głównego Policji z 16 maja 2002 r. w sprawie uzyskiwania, przetwarzania i wykorzystywania przez Policję informacji oraz sposobów zakładania i prowadzenia zbiorów tych informacji z art. 51 ust. 5 oraz art. 93 ust. 2 Konstytucji. Podniósł, że kwestionowane zarządzenie nie ma charakteru samodzielnego i nie determinuje dyspozycji ustawowych, zostało zaś wydane na podstawie ustawy i w celu jej wykonania. Zarządzenie to, zdaniem Komendanta Głównego Policji, konkretyzuje ustawę, ale jej nie uzupełnia, a na jego podstawie nie są wydawane żadne decyzje. W związku z powyższym kwestionowana regulacja nie narusza wskazanych wzorców konstytucyjnych.

4. Marszałek Sejmu w piśmie z 19 maja 2005 r. przedstawił stanowisko Sejmu w niniejszej sprawie, zgodnie z którym:

– art. 19 ust. 4 ustawy o Policji jest zgodny z art. 7 i art. 51 ust. 4 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji,

– art. 19 ust. 16 ustawy o Policji w zakresie, w jakim regulując dostęp do materiałów zgromadzonych podczas kontroli operacyjnej, nie przewiduje po zakończeniu kontroli operacyjnej oraz ustaniu zagrożeń dla realizacji celów postępowania, powiadomienia innej osoby niż podejrzany oraz jego obrońca o tej kontroli, nie jest niezgodny z art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 oraz art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji,

– art. 19 ust. 18 ustawy o Policji jest zgodny z art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji,

– art. 20 ust. 2 ustawy o Policji w zakresie, w jakim nie precyzuje, w jakich sytuacjach można gromadzić informacje o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstwa ściganego z urzędu, niezależnie od faktycznej potrzeby zebrania tych informacji w danym postępowaniu karnym, jest zgodny z art. 51 ust. 2 w związku z art. 31

ust. 3 Konstytucji, oraz w zakresie, w jakim przewidując możliwość pobierania, przetwarzania i wykorzystywania w celach wykrywczych i identyfikacyjnych danych osobowych o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego, nieletnich dopuszczających się czynów zabronionych przez ustawę jako przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego, osobach o nieustalonej tożsamości lub usiłujących ukryć swą tożsamość oraz o osobach poszukiwanych, nie określa materialnoprawnych kryteriów odstąpienia od pobierania informacji o osobach, nie jest niezgodny z art. 51 ust. 5 Konstytucji,

– art. 20 ust. 17 ustawy o Policji w zakresie, w jakim nie przewiduje usuwania ze zbiorów policyjnych danych zebranych o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstwa ściganego z oskarżenia publicznego, które zostały prawomocnie uniewinnione względnie wobec których postępowanie karne zostało prawomocnie bezwarunkowo umorzone niezwłocznie po uprawomocnieniu się stosownego orzeczenia, nie jest niezgodny z art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

II

Na rozprawie wnioskodawca i uczestnicy postępowania podtrzymali swoje stanowisko wyrażone pisemnie. Rzecznik Praw Obywatelskich podtrzymał wniosek o przeprowadzenie kontroli konstytucyjności zarządzenia nr 6 Komendanta Głównego Policji. Jakkolwiek bowiem zarządzenie to z uwagi na utratę mocy jednej ze swych podstaw prawnych (oparte jest o dwa przepisy ustawy o Policji) ma obecnie ograniczony zakres działania, to jednak nie dezaktualizuje zarzutów zgłoszonych we wniosku. W szczególności zarządzenie – jak podała przedstawicielka Komendanta Głównego Policji – jest nadal podstawą zbierania danych dotyczących informacji drażliwych (m.in. o DNA).

III

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. Problem konstytucyjny.

1.1. Konflikt: czynności operacyjne policji – prawa zasadnicze jednostki.

Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich kwestionuje kilka przepisów ustawy o Policji oraz zarządzenie Komendanta Głównego Policji, w kwestii pozyskiwania, w trybie czynności operacyjnych prowadzonych przez policję, informacji i przechowywania tych informacji. Są to przepisy dotyczące różnych aspektów i sposobów wkraczania władzy wykonawczej w prywatność jednostki, w zakresie jej konstytucyjnie unormowanych wolności komunikowania się i ochrony związanej ze sferą prywatną, przez policję, realizującą swe kompetencje poprzez czynności operacyjno-rozpoznawcze.

Czynności te są z natury rzeczy niejawne (także wobec zainteresowanego), prowadzone w warunkach dających policji szeroki margines uznaniowości, przy ograniczonych gwarancjach dla praw osoby poddanej tym czynnościom, a także okrojonej kontroli zewnętrznej, w tym sądowej.

Ten sposób działania policji jest we współczesnym państwie nieodzowny. Przejrzystość czynności operacyjnych powodowałaby ich nieskuteczność. Współczesne państwo, zobowiązane do zapewnienia bezpieczeństwa (co także jest powinnością konstytucyjną), staje przed trudnym zadaniem, ze względu na zagrożenia terroryzmem, przestępczością (w tym także zorganizowaną). Techniczne udogodnienia, wpływające na szybkość komunikowania się i przemieszczania, w równym stopniu mogą być

wykorzystywane w celu ochrony bezpieczeństwa państwa, jak i przez przestępców. Działalność operacyjna policji, regulowana w ustawodawstwie zwykłym, realizowana w warunkach niejawności, pozostaje w naturalnym, nieusuwalnym konflikcie z niektórymi prawami zasadniczymi jednostki. W szczególności dotyczy to prawa jednostki do prywatności, konstytucyjnej wolności komunikowania się i związanej z tym ochrony tajemnicy komunikowania się, ochrony autonomii informacyjnej (którą w Polsce określają art. 49 i 51 Konstytucji), a także z konstytucyjną gwarancją sądowej ochrony praw jednostki. Konflikt ten występuje powszechnie, jest znany we wszystkich demokratycznych państwach prawnych, a także na tle praktyki organów międzynarodowych, gdzie – na tle art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: Konwencji) – wypracowano uniwersalne standardy, służące ocenie proporcjonalności między ingerencją władzy a prawami jednostki w rozważanej sferze. Doświadczenia współczesnych państw demokratycznych wskazują, że władza wykonawcza odpowiedzialna za bezpieczeństwo i porządek publiczny, w tym podległe jej podmioty prowadzące czynności operacyjno-rozpoznawczych, dysponują środkami, których zastosowanie – w imię obrony porządku publicznego – może doprowadzić do zniszczenia instytucji demokratycznych i redukcji praw obywatelskich. Dzieje się tak zarówno dlatego, że poufność i brak zewnętrznej kontroli może prowadzić do nadmiernej autonomizacji czy subiektywizacji samego celu działalności operacyjnej oraz niezachowania w niej należytej wstrzeźliwości przy wkraczaniu w prawa i wolności obywatelskie. Niekiedy zaś sytuacja taka może wynikać z nadmiernie eksponowanych względów ideologicznych czy politycznych w działaniu egzekutywy. Inaczej mówiąc, cecha niejawności kontroli operacyjnej czyni ją podatną na nadużycia. Bezpieczeństwo publiczne, jako dobro co do zasady usprawiedliwiające ograniczenie przez legislatora korzystania z wolności obywatelskich, wymaga więc zachowania proporcjonalności dopuszczalnego wkroczenia w imię ochrony bezpieczeństwa oraz sprawnego systemu kontroli zachowania tej proporcjonalności w praktyce. W przeciwnym razie środki ochrony tego bezpieczeństwa, w postaci legalnie dopuszczalnej działalności operacyjnej, same w sobie stwarzają zagrożenie dla tych wolności. Będzie tak wtedy, gdy – po pierwsze – wprowadzane ograniczenia będą arbitralne, nieproporcjonalne do ewentualnych zagrożeń i – po drugie – gdy będą one wyłączone (czy to prawnie, czy faktycznie) spod kontroli sprawowanej przez instytucje demokratyczne.

Konflikt między koniecznością istnienia legalnej, prawnie umocowanej działalności operacyjnej i zagrożeniem dla konstytucyjnych wolności i praw jednostki wymaga więc przede wszystkim wyważenia właściwej proporcji w prawnej ochronie obu sfer, pozostających w konflikcie.

To zadanie staje w niniejszej sprawie przed Trybunałem Konstytucyjnym, ponieważ ono stanowi osnowę wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich.

Instrumentarium prawne, umożliwiające wyważenie stosownego kompromisu obejmuje:

- z jednej strony, regulację materialnoprawną (określającą granice stawiane przez system prawa wkroczeniu przez władzę w poszczególne sfery prywatności jednostki);
- z drugiej zaś – gwarancje proceduralne, towarzyszące temu wkroczeniu, tj. konieczność zgłoszenia kontroli organowi pozapolicyjnemu i jej legalizacji przez ten organ, przesłanki i procedury legalizacji – przez organ zewnętrzny i poprzez udostępnienie zainteresowanemu (choćby w pewnym zakresie i od pewnego momentu czasowego) wiedzy o kontroli i jej rezultatach, środki kontroli na wypadek ekscesu organu przeprowadzającego kontrolę.

Nie można mówić o osiągnięciu właściwego kompromisu wówczas, gdy poziom ochrony materialnoprawnej będzie wprawdzie wysoki, jednak na poziomie proceduralnym

będzie brakowało efektywnych, a więc „dających się uruchomić” przez poszkodowanego, procedur i środków umożliwiających realizację ochrony zagwarantowanej w przepisach materialnoprawnych, a także – dostępnej dla zainteresowanego – ochrony przed ekscesami i szykanami (tak trafnie Rzecznik Praw Obywatelskich w piśmie procesowym z 10 lutego 2005 r., a także na rozprawie, gdy przytaczał przykłady znanej mu praktyki ekscesywnego korzystania z zaskarżonego art. 20 ust. 2 ustawy o Policji).

W państwach demokratycznych, nawet tych, które wprowadzają ograniczenia konstytucyjnych wolności jednostki, ze względu na potrzeby walki z przestępczością i terroryzmem, ustawodawstwo powszechne, regulujące czynności operacyjno-wykrywcze, ma zakotwiczenie konstytucyjne. Może to występować w dwojakiej postaci.

W modelu niemieckim sama działalność operacyjna znajduje konkretną regulację konstytucyjną (na przykład art. 10 ust. 2 konstytucji, wprowadzony w 1968 r., w związku z mającą na celu przeciwdziałanie terroryzmowi tzw. ustawą G-10, przewidującą ograniczenia w tajemnicy korespondencji). Tu przepis konstytucji wyraźnie odnosi się do celów, zakresu i kryteriów dopuszczających ograniczenie wolności komunikowania się i prywatności poprzez czynności operacyjne. Konkretność regulacji konstytucyjnej gwarantuje tutaj także dalszą konkretność (i sprawdzalność) granic ustawodawstwa zwykłego.

W Polsce czynności operacyjne nie są w Konstytucji wyraźnie wymieniane jako dozwolone ograniczenie praw jednostki. Mimo to także znajdują one konstytucyjne zakotwiczenie w ramach uniwersalnie sformułowanych w Konstytucji ograniczeń, przewidzianych generalnie dla ustawodawcy zwykłego, niezależnie od tego, czego dotyczy jego działanie. Niektóre bowiem prawa i wolności konstytucyjne jednostki (np. art. 49, art. 50 i art. 51 ust. 3 Konstytucji – aby wskazać tylko regulację odnoszącą się do sfery prywatności) przewidują, że ustawa zwykła będzie określała „przypadki i sposób” ograniczenia wolności/prawa konstytucyjnego (art. 49 i art. 50) albo (art. 51 ust. 3) dają po prostu „ustawie” (już bez bliższego wskazywania jej przedmiotu) możliwość wprowadzenia takich ograniczeń. Z kolei np. art. 47 czy art. 51 ust. 4 Konstytucji w ogóle nie przewidują wprowadzania ograniczeń w zakresie własnej regulacji na poziomie konstytucyjnym. Wolności/praw w nich uregulowanych nie może zatem bezpośrednio ograniczać ustawa. Nadto art. 31 ust. 3 Konstytucji formułuje ogólną zasadę zachowania proporcjonalności ewentualnego ograniczenia wolności/praw konstytucyjnych na wypadek, gdyby doznawać one miały (niezależnie od swego przedmiotu) ograniczenia w ustawodawstwie zwykłym. Zasada ta dotyczy zarówno sytuacji, gdy sama Konstytucja przewiduje kreowanie wyjątków przez ustawy, jak i sytuacji, gdy ustawodawca zwykły, regulując inną materię, a nie wykonując konstytucyjne upoważnienie do współokreślenia pewnej sfery, niejako wpadkowo popada w kolizję z konstytucyjnymi wolnościami/prawami jednostki (w tym także tymi, które na poziomie konstytucyjnym sformułowano rygorystycznie, jak ma to np. miejsce w art. 47 czy art. 51 ust. 4 Konstytucji, a więc gdy w samej Konstytucji nie przewidziano, aby ustawa zwykła współkształtowała zakres tego konstytucyjnego prawa/wolności). Wyjście poza proporcjonalność ograniczenia będzie decydujące dla wniosku, że wkroczenie przez ustawodawcę zwykłego nastąpiło w sposób ekscesywny, a zatem niekonstytucyjny.

Dlatego w polskim systemie prawnym ocena zgodności czynności operacyjnych z Konstytucją wymaga analizy z punktu widzenia samego sposobu konstytucjonalizacji chronionej wolności/prawa, zagrożonej przez czynności operacyjne, jak również analizy proporcjonalności działania ustawodawcy zwykłego, w obu wyżej wskazanych aspektach (materialnoprawnym i proceduralnym).

1.2. Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich wymaga przede wszystkim oceny konstytucyjnego statusu i dopuszczalnych konstytucyjnie granic czynności operacyjno-rozpoznawczych i niektórych innych czynności policyjnych uregulowanych w obowiązującej ustawie o Policji. Jest to konieczne po to, aby określić właściwą (proporcjonalną) relację między konstytucyjnym nakazem zagwarantowania praw i wolności jednostki a konieczną ochroną wartości (także określoną na poziomie konstytucyjnym), jaką stanowi bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny.

Wobec powyższego w pierwszej kolejności Trybunał Konstytucyjny oceni tu charakter czynności operacyjno-rozpoznawczych (pkt III. 2-5) na tle ich statusu konstytucyjnego oraz standardów wypracowanych na tle Konwencji. To w konsekwencji umożliwi ocenę konkretnych zarzutów sformułowanych wobec zaskarżonych aktów (pkt III. 6 uzasadnienia).

Wniosek RPO wymaga nadto – równoległe do oceny materialnoprawnej – analizy, czy są zapewnione gwarancje proceduralne, od których zależy realność ochrony sfery prywatności chronionej konstytucyjnie i ustawowo, przepisami materialnoprawnymi wyznaczającymi poziom (zakres, treść) prawa do prywatności. Niczym jest bowiem nawet szeroko zakreślone prawo jednostki, jeśli proceduralnie nie jest ono możliwe do wyegzekwowania, albo gdy instrumenty kontrolne zostają sprowadzone do czczej formalności.

1.3. Wzorce konstytucyjne.

Wniosek wskazuje kilka wzorców konstytucyjnych, wiążąc je z różnymi zaskarżonymi normami. Wśród podmiotowych praw konstytucyjnych wskazano prawo do sądu (w odniesieniu do normy art. 19 ust. 16 ustawy o Policji), wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się (art. 49 Konstytucji), prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą (art. 54 ust. 4 Konstytucji). Wśród innych wzorców konstytucyjnych wniosek wskazuje art. 31 ust. 3 Konstytucji (zasada proporcjonalności), a także art. 7 i art. 51 ust. 2 Konstytucji, wiążąc je z różnymi konkretnymi normami instytucjonalizującymi różne aspekty czynności operacyjnych.

Nie wskazano natomiast we wniosku art. 47 (zgeneralizowane prawo do prywatności, obejmujące sobą m.in. prawo do kształtowania własnego wizerunku w stosunkach społecznych) i art. 50 (prawo do nienaruszalności mieszkania), które – jak wszak wskazuje praktyka czynności operacyjnych – nierzadko pozostają w konflikcie ze stosowaniem obserwacji, zwłaszcza podsłuchów, i które to prawa w praktyce państw europejskich tradycyjnie bierze się pod uwagę przy analizie proporcjonalności wkroczenia czynnościami operacyjnymi w sferę prywatną jednostki.

Konflikt między potrzebą prowadzenia we współczesnym państwie czynności operacyjnych i prywatnością człowieka rysuje się więc znacznie szerzej, niż to wynika z zakresu wniosku, zobowiązującego Trybunał Konstytucyjny do przeprowadzenia kontroli konstytucyjności. Niejawna dla inwigilowanego kontrola operacyjna, prowadzona w formach wskazanych w zaskarżonych przepisach, może przecież dotyczyć także naruszenia prywatności w zakresie ochrony mieszkania (art. 50 Konstytucji) czy wynikającego (co do zasady) z art. 47 oraz z regulowanego fragmentarycznie w art. 51 ust. 4 Konstytucji – prawa jednostki do przedstawiania/kształtowania swego publicznego obrazu. Wolności/prawa konstytucyjne dotyczące prywatności są bowiem na poziomie konstytucyjnym normowane w wielu przepisach, chroniących prywatność w różnych jej aspektach i rozmaicie określonych zakresach i pułapach. Działalność operacyjna policji, godząc w prywatność jako taką, wymaga więc zróżnicowanej oceny co do zachowania proporcjonalności wkroczenia, w zależności od tego, o jak określony konstytucyjnie,

chroniony przez Konstytucję, aspekt prywatności chodzi. To też może powodować, że analiza konstytucyjności jakiegoś przepisu ustawy o Policji, dokonana z punktu widzenia przypisanego mu we wniosku wzorca konstytucyjnej kontroli, zapewniającego szerszy margines swobody dla wkroczenia ustawodawcy zwykłego, wypadnie pomyślnie, co mogłoby nie nastąpić, gdyby kryterium kontroli był inny wzorzec, ujęty bardziej rygorystycznie. To również powoduje, że sam fakt przeprowadzenia kontroli konstytucyjności w ramach obecnie analizowanego wniosku, ze skutkiem pomyślnym dla oceny zgodności z Konstytucją, nie przesądza jednocześnie na przyszłość identycznego skutku kontroli konstytucyjności dokonanej z punktu widzenia innego wzorca, obecnie nie zgłoszonego.

2. Charakter czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Czynności operacyjno-rozpoznawcze mają charakter nieprocesowy. To ogranicza kontrolę sądową nad ich przebiegiem. Czynności operacyjno-rozpoznawcze „praktyka służby śledczej ukształtowała jako czynności uzupełniające lub wykonawcze w stosunku do czynności procesowych i zadań postępowania przygotowawczego” (tak L. Szaff, *O niektórych problemach dotyczących zakresu postępowania przygotowawczego*, „Nowe Prawo” nr 12/1957). Pozaprocessowy charakter jest ich cechą istotną (B. Hołyst, *Kryminalistyka*, Warszawa 1983, s. 23). Czynności operacyjno-rozpoznawcze nie są prowadzone „według określonych procedur zawartych w kodeksie postępowania karnego”, chociaż informacje pozyskane w ten sposób „stanowią istotny materiał pierwotny, to jednak muszą być przekształcone w materiał dowodowy z zachowaniem wymogów procesu karnego” (A. Żebrowski *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Regulacje prawne*, Kraków 2000, s. 17). Bezpośrednie wykorzystanie rezultatów czynności operacyjnych w procesie jest wykluczone jako „wykorzystanie owoców zatrutego drzewa”. Istotną cechą czynności operacyjnych jest również ich poufny lub tajny charakter (T. Hanausek, *Kryminalistyka. Zarys wykładu*, Kraków 1998, s. 130), co stanowi przesłankę skuteczności, ale jednocześnie powoduje, że zainteresowany, nie wiedząc o prowadzonej wobec niego kontroli operacyjnej, nie jest w stanie, z przyczyn czysto faktycznych, uruchomić procedur i gwarancji, których wykorzystanie jest zależne od jego wiedzy i inicjatywy. Wspomniane czynności prowadzone są poza procesem, lecz charakteryzuje je związek z procesem karnym i jego celami, gdyż „zazwyczaj służą aktualnym bądź przyszłym celom tego procesu” oraz zapobieganiu lub zwalczaniu przestępczości, czy też „innych prawnie określonych negatywnych zjawisk społecznych” (*ibidem*), a ponadto służą „uzyskiwaniu informacji istotnych dla realizacji związanych z bezpieczeństwem i porządkiem publicznym zadań państwowych” (J. Widacki [red.], *Kryminalistyka*, Warszawa 2002, s. 110). Są to czynności tajne, a jednocześnie nieformalne, lecz wykonywane przez służby państwowe, w szczególnym momencie „gdy podejrzenie popełnienia przestępstwa jest jeszcze bardzo nikłe lub mające na celu zapobieżenie przestępstwu” (S. Waltoś, *Podstawy prawa i procesu karnego*, Warszawa 1999, s. 221). Czynności te oparte są na prawie regulującym zasady funkcjonowania organów ścigania, a więc często podstawą ich dokonania są normy kompetencyjne (M. Krystnicki, H. Kwiatkowska, *Komentarz do ustawy o Inspekcji Celnej*, Warszawa 1998, s. 54). Co więcej, istotne szczegóły takiej działalności „zostały określone w przepisach instrukcyjnych przez poszczególne organy, w ramach których dane służby funkcjonują (...) przepisy te mają charakter niejawnny, to one określają metody i środki działania, jakie mogą być stosowane w trakcie realizacji czynności operacyjno-rozpoznawczych” (A. Żebrowski, *op.cit.*, s. 18). Czynności operacyjno-rozpoznawcze spełniają funkcje: rozpoznawcze, wykrywcze, kierunkujące późniejsze udowodnienie, weryfikujące uprzednie ustalenia, zapobiegawcze (profilaktyczne), ochronne, zabezpieczające (T. Hanausek, *Kryminalistyka. Zarys wykładu*,

Kraków 1998, s. 131). Czynności operacyjno-rozpoznawcze jako zespół prawnie określonych w oparciu o wiedzę kryminalistyczną niejawnych działań prowadzonych poza procesem karnym i administracyjnym celem wykrycia, rozpoznawania i utrwalania przestępczej działalności (A. Żebrowski, *op.cit.*, s. 16) są konieczną koncesją na rzecz skutecznego zwalczania przestępczości, wiążącą się jednakowoż z ograniczeniem gwarancji dla jednostki, korzystającej z prawa do prywatności i autonomii informacyjnej. Wynika to z pozaprocesowego (pozbawionego wpływu sądu) oraz tajnego i nieformalnego charakteru czynności operacyjno-rozpoznawczych. Wszelkie ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw jednostki, nawet te, na które zezwalają ustawy, muszą jednak odpowiadać zakresowo, przedmiotowo i co do sposobu – temu, co mówi sama Konstytucja określająca margines regulacyjny ustawodawcy zwykłego – w momencie gdy zezwala mu poprzez czynności operacyjno-rozpoznawcze na wkroczenie w sferę praw i wolności regulowanych konstytucyjnie. Margines ten określają z jednej strony wspomniane już szczególne regulacje konstrukcyjnie wmontowane w regulacje dotyczące poszczególnych konstytucyjnych praw podmiotowych (np. we wspomnianych już art. 49 i art. 51 Konstytucji), a nadto ogólna klauzula proporcjonalności, wskazana w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

3. Konflikt pomiędzy prawem do prywatności i autonomii informacyjnej a interesem (bezpieczeństwem) publicznym w demokratycznym państwie prawnym w świetle zasad Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz wiążących Polskę standardów międzynarodowych.

3.1. Dotychczasowe orzecznictwo Trybunału.

Pozostające do dyspozycji władz publicznych środki pozwalają na daleko idącą ingerencję w prawo do prywatności. Jeśli nie zostanie zachowana proporcjonalność wyznaczająca miarę zakresu i procedury tej ingerencji, zdolna jest ona przekreślić nawet istotę prawa do prywatności. To zaś – z uwagi na immanentny związek między prywatnością i godnością mogłoby zagrozić godności jednostki, wręcz pozbawiając ją autonomii informacyjnej polegającej – jak to stwierdził Trybunał Konstytucyjny, orzekając w sprawie o sygn. K 4/04 (wyrok z 20 czerwca 2005 r., OTK ZU nr 6/A/2005, poz. 64) – na ochronie każdej informacji osobowej i przyznaniu podstawowego znaczenia przesłance zgody osoby zainteresowanej na udostępnienie informacji.

Dotyczy to zarówno możliwości praktycznie nieograniczonej inwigilacji w ramach czynności operacyjnych, jak też następnie możliwości rozpowszechniania – z udziałem lub bez udziału władz – zgromadzonych w ten sposób informacji. To prowadzi do pozbawienia jednostki przysługującego jej prawa do prywatności i tym samym może prowadzić do naruszenia w zasadniczy sposób godności ludzkiej.

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał (zob. uzasadnienie powołanego wyżej wyroku w sprawie o sygn. K 4/04), że ustawodawca, konstruując przepis, który ingeruje głęboko w sferę prywatności jednostki, musi uwzględnić nie tylko zasady przyzwoitej legislacji (w tym zasadę dookreśloności i konkretności), ale także rozważyć proporcjonalność zastosowanego środka. Nie wystarczy, aby stosowane środki sprzyjały zamierzonym celom, ułatwiały ich osiągnięcie albo były wygodne dla władzy, która ma je wykorzystać do osiągnięcia tych celów. Środki te powinny być godne państwa określanego jako demokratyczne i prawne. Pamiętać przy tym należy, że wskazane środki (czynności operacyjne) o tyle tylko mogą być uznane za usprawiedliwione, o ile ich własnym celem jest właśnie obrona wartości demokratycznego państwa prawnego. Minimalnym wymogiem konstytucyjnym jest to, aby przeszły one test „konieczności w demokratycznym państwie prawnym”. Nie wystarczy zatem sama celowość, pożyteczność, taniość czy

łatwość posługiwania się przez władzę – w odniesieniu do użytego środka. Bez znaczenia jest też argument porównawczy, że podobne środki w ogóle bywają stosowane w innych państwach. Tylko bowiem odwołanie się geograficznie i historycznie do środków koniecznych w demokratycznym państwie prawnym może mieć wartość perswazyjną. Chodzi zatem o zastosowanie środków niezbędnych (koniecznych) w tym sensie, że będą one chronić określone wartości w sposób, bądź w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków, a jednocześnie winny to być środki jak najmniej uciążliwe dla podmiotów, których prawo bądź wolność ulegają ograniczeniu (zob. uzasadnienie wyroku z 3 października 2000 r. w sprawie sygn. K. 33/99, OTK ZU nr 6/2000, poz. 188, s. 1003 i 1004).

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wskazywał na to, że model państwa demokratycznego wymaga zachowania zasady proporcjonalności. Rozważania w tym względzie prowadzą do udzielenia odpowiedzi na trzy pytania: 1) czy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków, 2) czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, 3) czy efekty wprowadzonej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela.

Zasada proporcjonalności łączy się z zakazem nadmiernej ingerencji w sferę praw i wolności konstytucyjnych jednostki. Przy ocenie, czy zakaz nadmiernej ingerencji został naruszony, tzn. czy ingerencja była wyrazem konieczności i została przeprowadzona tylko w koniecznym wymiarze, uwzględnia się specyfikę poszczególnych praw i wolności; surowsze standardy dotyczą tu praw osobistych i politycznych niż ekonomicznych i socjalnych (zob. orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego: z 26 kwietnia 1995 r., sygn. K. 11/94, OTK w 1995 r., cz. I, poz. 12; z 31 stycznia 1996 r., sygn. K. 9/95, OTK ZU nr 1/1996, poz. 2). W przypadku wyraźnej konkurencyjności chronionych konstytucyjnie dóbr, jaka występuje w niniejszej sprawie: konflikt pomiędzy konstytucyjnym prawem do prywatności, tajemnicy korespondencji oraz ochroną autonomii informacyjnej a względami bezpieczeństwa publicznego, konieczne jest uregulowanie przez ustawodawcę spornych kwestii z zachowaniem konstytucyjnych wymogów normowania oraz jasnej i czytelnej równowagi między interesami pozostającymi w kolizji.

Zasadnicze znaczenie dla określenia statusu czynności operacyjno-rozpoznawczych w demokratycznym państwie prawnym ma zatem ustalenie, że nie mogą one prowadzić do erozji fundamentów tego państwa, do których należy zaliczyć godność ludzką z jednej strony i unikanie arbitralności w działaniu władz – z drugiej.

Oznacza to przede wszystkim bezwzględne wyeliminowanie dostępu osób nieuprawnionych do przechowywanych materiałów zgromadzonych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych, których rezultaty muszą być objęte tajemnicą dopóty, dopóki nie zostaną udostępnione jako materiał dowodowy w procesie karnym, na zasadach stosowanych w postępowaniu karnym. Odstępowanie od tej zasady dla celów politycznych w istocie osłabia państwo, ponieważ świadczy o koniunkturalnym traktowaniu praw i wolności jednostki, a zatem przekreśla zasadę nienaruszalności jej godności. Władze publiczne mają zaś konstytucyjny obowiązek ochrony godności człowieka. Postępują one wbrew temu obowiązkowi, pozbawiając jednostkę prywatności, ujawniając arbitralnie materiały zgromadzone w toku czynności operacyjnych, niezależnie od tego, w jakim okresie czynności te były prowadzone. Istotny jest tu przecież nie czas przeprowadzania czynności, ale skutek, w postaci naruszenia prywatności spowodowanego ujawnieniem zgromadzonej dokumentacji, niezależnie od tego, czy udostępnianie informacji pozbawia jednostkę konstytucyjnie chronionej prywatności.

3.2. Związek między zagrożeniem godności człowieka, spoczywającej u podstaw wszystkich konstytucyjnych wolności i praw jednostki a czynnościami operacyjnymi, które wkraczają w prywatność jednostki – jest powszechnie podkreślany, zarówno w piśmiennictwie, jak i w europejskim (w tym polskim) *acquis constitutionnel*. Wszelkie prawa i wolności konstytucyjne jednostki wywodzą się z godności. W wypadku prywatności (która – na poziomie konstytucyjnym – jest chroniona wieloaspektowo, poprzez kilka praw i wolności – por. art. 47-51) związek ten jest szczególnie, jakkolwiek nie taki sam w wypadku każdej z tych konstytucyjnych wolności i praw. Zachowanie przez człowieka godności wymaga bowiem poszanowania jego sfery czysto osobistej, gdzie nie jest narażony na konieczność „bycia z innymi” czy „dzielenia się z innymi” swoimi przeżyciami czy doznaniem o intymnym charakterze. Dlatego sfera prywatna jest zbudowana z różnych kręgów w mniejszym lub większym stopniu otwartych (prawie) na oddziaływanie zewnętrzne, gdzie konstytucyjna aprobata dla władczego wkroczenia przez władzę nie jest jednakowa. Dzieje się tak dlatego, że konieczna w demokratycznym państwie potrzeba wkroczenia w różne kręgi prywatności nie jest dla każdego kręgu taka sama. Nie bez przyczyny np. poszanowanie prywatności mieszkania stawia wyższe wymagania legalności ingerencji władzy, stosującej podsłuchy, niż wkroczenie w tajemnicę korespondencji (tak też niemiecki Trybunał Konstytucyjny, w orzeczeniu z 3 marca 2004 r., *Grosser Lauschangrif*). Prowadzona przez policję obserwacja ma za cel zapobieżenie, wykrycie, ustalenie sprawców określonych przestępstw i dowodów popełnienia tych przestępstw. Jednakże sama może być prowadzona tylko jako działalność subsydiarna, tj. gdy inne środki są nieprzydatne lub bezskuteczne, co wyraża art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Nadto musi się utrzymać w granicach niezbędności dla celu prowadzonej obserwacji. Te trzy ograniczenia (celu, subsydiarności działania, niezbędności prowadzonej obserwacji) także służą minimalizacji niekoniecznych – z punktu widzenia zasadniczego celu działalności operacyjnej – wkroczeń w prywatność.

Zauważyć jednak należy, że realizacja tej zasady wymaga efektywnej kontroli zapobiegającej ekscesowi. Wedle standardów demokratycznego państwa prawa dopuszczalne jest bowiem nawet głębokie wkroczenie w sferę prywatności, jeśli jednak jednocześnie wkroczenie to, opatrzone należytych gwarancjami proceduralnymi, nie doprowadzi do naruszenia godności osoby poddanej kontroli.

3.3. Zróżnicowane granice swobody ustawodawcy zwykłego co do ograniczenia konstytucyjnych praw: odmiennosc ujęcia art. 49 i art. 51 ust. 3 i 4. Prawo jednostki wykreowane w art. 49 (wolność komunikowania i ochrona wiążącej się z nią tajemnicy) i w art. 51 Konstytucji (autonomia informacyjna), a więc w zakresie obu wskazanych we wniosku wzorców, mają charakter konstytucyjny. Nie jest to jednak ochrona bezwzględna.

W zakresie art. 49 Konstytucji (wolność komunikowania się) dopuszcza się ograniczenie tej wolności w przypadkach określonych w ustawodawstwie zwykłym. Oznacza to, że – po pierwsze – ustawodawca zwykły może decydować o zakresie wolności komunikowania się, jeśli – po drugie – uczyni to w akcie rangi ustawy, wskazującym – po trzecie – „określone przypadki” i „sposób ograniczenia” (wymóg konkretności, wyłączenie użycia w tych zakresach otwartych klauzul generalnych).

Gdy idzie z kolei o autonomię informacyjną, art. 51 Konstytucji kreuje m.in. oprócz obowiązków ciążących na władzy państwowej, dwa prawa podmiotowe:

– dostępu do dokumentów i zbiorów danych (przy czym ustawodawca zwykły może tu określić ograniczenia, co wynika z art. 51 ust. 3 Konstytucji, a jego swoboda w tym zakresie jest większa, niż na tle ograniczeń przewidzianych w art. 49 Konstytucji),

– prawo „każdego” do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych oraz zebranych w sposób sprzeczny z ustawą (art. 51 ust. 4 Konstytucji). Charakterystyczny jest sposób ujęcia tego ostatniego prawa. Nie przewiduje ono – w przeciwieństwie do prawa z art. 51 ust. 3 Konstytucji – w ogóle możliwości ograniczeń wprowadzonych w drodze ustawy zwykłej. Pod tym względem art. 51 ust. 4 jest skonstruowany identycznie jak art. 47 Konstytucji. Artykuł 51 ust. 4 mówi o szczególnym uprawnieniu wynikającym z ogólnej zasady art. 47 Konstytucji, obejmującej prawo do przedstawiania/kształtowania swego publicznego obrazu, rysującego się na tle danych zebranych przez władzę. Prawo to obejmuje żądanie sprostowań oraz usunięcia informacji niepełnych, nieprawdziwych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Spod działania tego prawa nie są bynajmniej wyłączone informacje zebrane w drodze działalności operacyjnej. Ponieważ jednak dane pochodzące z kontroli operacyjnej nie są ujawniane wobec zainteresowanego przy rozpoczęciu i w czasie trwania kontroli operacyjnej, przeto możliwość skorzystania z uprawnienia, o którym mowa w art. 51 ust. 4 Konstytucji *de facto* jest ograniczona.

Należy zauważyć, że na tle systematyki art. 51 Konstytucji regulacja prawa podmiotowego z art. 51 ust. 4 wyprzedza regulację zawartą w art. 51 ust. 5 Konstytucji. W tym ostatnim przepisie mówi się, że ustawa zwykła może określać zasady i tryb gromadzenia oraz udostępniania informacji. Argument *a rubrica* wskazuje więc na to, że na tle polskiej Konstytucji jakkolwiek przedmiot, zakres i gwarancje związane z prowadzeniem działań operacyjnych (niezbędnych – co do zasady – we współczesnym państwie) są regulowane przez ustawodawstwo zwykłe (art. 51 ust. 5 Konstytucji), to jednak takie ustawodawstwo musi obracać się konstytucyjnych ramach wskazanych w art. 49 i art. 51, przewidujących możliwość i zasady współokreślenia (ujętego zresztą w różny sposób na tle każdego z tych przepisów) przez ustawodawcę zwykłego kwestii uregulowanych w art. 49, a także w art. 51 ust. 1, 2 (w związku z art. 5) i 3 Konstytucji. Nie przewidziano natomiast takiej możliwości współdziałania ustawodawcy zwykłego dla prawa uregulowanego przez art. 51 ust. 4 Konstytucji. Ustawodawca zwykły, nawet nie wykonując konstytucyjnego upoważnienia do współokreślenia (przez kształtowanie wyjątków) konstytucyjnie chronionych wolności/praw, lecz wykonujący swoją „zwyczajną” działalność, normując jakieś inne kwestie, może jednak, niejako przypadkiem, wkroczyć w sferę wolności/praw konstytucyjnych. W takim wypadku ocena proporcjonalności wkroczenia musi jednak odbywać się wedle surowszych kryteriów, niż w wypadku, gdy sama Konstytucja przyznaje ustawodawcy możliwość kreacji ograniczeń, w odniesieniu do konstytucyjnie normowanej wolności/prawa.

Inaczej mówiąc: na tle unormowań w art. 49 i art. 51 ust. 4 Konstytucji proporcjonalność wkroczenia ustawodawcy zwykłego będzie oceniana wedle kryteriów łagodniejszych – w pierwszym i surowszych – w drugim wypadku.

3.4. Czynności operacyjne a ochrona praw jednostki w świetle standardów międzynarodowych. Zgodnie ze stanowiskiem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w zakresie chronionej w art. 8 Konwencji prywatności jednostki, potencjalnie dopuszczalna jest ingerencja władzy (ustawodawczej, wykonawczej, sądowej) w sferę tej prywatności, jeżeli tylko odpowiada pewnym kryteriom. Każde wkroczenie musi jednak wytrzymać próbę trójśczeblowego testu oceny. Odnosi się on do źródła ograniczenia, jego potrzeby oraz wartości, ze względu na które ograniczenie się wprowadza. Niezbędne więc jest istnienie:

– dostatecznie precyzyjnej i konkretnej podstawy prawnej wkroczenia w postaci ustawy. Oznacza to, że nie jest dopuszczalne wprowadzanie ograniczeń (tu: prywatności) aktami innej rangi. Nawet gdy dokonano tego w ustawie, jednak ma ona charakter nazbyt

ogólny, blankietowy, mało konkretny, gdy jest to ustawa kompetencyjna, z której wyprowadza się wnioskowanie z celu na środki – wówczas przesłanka konkretnej podstawy ustawowej nie będzie spełniona. Przekonuje o tym orzecznictwo na tle Konwencji i jej art. 8 w związku z kwestiami czynności operacyjno-rozpoznawczych: np. w sprawach przeciwko Francji (sprawy Kruslin przeciwko Francji, 11801/85 i Huvig przeciwko Francji, 11105/84 z 24 kwietnia 1990 r.). W sprawach tych wskazano, że Konwencja wymaga od krajowego ustawodawstwa, aby ustawa definiowała kategorię osób, wobec których można stosować kontrolę operacyjną, na podstawie nakazu sądu; rodzaj przestępstw wobec których można taki nakaz wydać; maksymalną długość czasu kontroli; procedurę raportów o treści zarejestrowanych rozmów (w sprawie chodziło o podsłuchy telefoniczne); środki gwarantujące przekazanie zapisów w stanie nienaruszonym i w całości umożliwiającym ich skontrolowanie przez sędziego i obronę; określenie wypadków gdy zapisy mogą lub muszą być zniszczone, zwłaszcza gdy śledztwo umorzono lub sąd uniewinnił skazanego. Ustawodawstwo francuskie uznano za nieodpowiadające tym kryteriom, podobnie jak ustawodawstwo krajowe w sprawie Malone przeciwko Wielkiej Brytanii (8691/79), wyrok z 2 sierpnia 1984 r. (sprawy dotyczyły zbierania informacji i zakładania podsłuchów). Uznano, że miejscowe ustawy są zbyt ogólnikowe i mało konkretne, a to powoduje, że mimo, iż prowadzenie tych czynności było wprawdzie przewidziane ustawowo, to jednak konkretność samych ustaw nie pozwalała na pomyślny wynik testu z art. 8 ust. 2 Konwencji;

– konieczności tego wkroczenia, rozważanej z punktu widzenia wymogów demokratycznego państwa prawa. Niewystarczające jest odwołanie się do czynnika celowości. Niezbędne jest wykazanie konieczności, i to co do konkretnego (opisanego co do zakresu i sposobu) ograniczenia wprowadzonego w ustawie zwykłej. Co więcej miernik tego, co przystoi demokratycznemu państwu prawa, nie jest dowolny. Musi uwzględniać standard państwa oświeconego, otwartego, tolerancyjnego, dysponującego odpowiednio fachowym aparatem policyjnym, zdolnym działać w rzetelny, profesjonalny i niemalostkowy czy złośliwy sposób, traktującym wkroczenie w sferę chronionych praw jednostki jako zło konieczne, a nie tylko jako czynnik usprawniający pracę policji. Dlatego zresztą właśnie zbieranie informacji w trybie kontroli operacyjnej traktowane być musi w ustawodawstwie i – co więcej – w praktyce działania policji, jako tryb subsydiarny (tj. jeżeli nie jest możliwe posługiwanie się trybem normalnym – por. też przesłanki wskazane w ustawodawstwie polskim, w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji *in principio*);

– celu ingerencji (ranga chronionego interesu publicznego), wymienionych w samym art. 8 Konwencji: bezpieczeństwa państwowego, bezpieczeństwa publicznego, dobrobytu gospodarczego kraju, ochrony porządku i zapobiegania przestępstwom, ochrony zdrowia i moralności oraz wolności innych osób. Oczywiście nie wystarczy tu samo werbalne powołanie się na taki cel, aby skutecznie legitymizować ograniczenie. Konieczne jest istnienie (i wykazanie) realnej potrzeby podjęcia środków ograniczających, i to w imię ochrony samych zasad demokratycznego porządku. Eksces, polegający na tym, że „przy okazji” zbierania materiału operacyjnie przydatnego kontrola operacyjna zgromadzi także dane dotyczące kwestii prywatnych, obyczajowych – wykraczających poza cel prowadzenia kontroli, oznacza działanie władzy poza zakresem dozwolonego wkroczenia w sferę prywatności.

Należy wskazać, że np. niemieckie ustawodawstwo antyterrorystyczne z 1968 r. (ustawa z 13 sierpnia 1968 r., ograniczająca tajemnicę korespondencji i rozmów telefonicznych, tzw. ustawa G-10) pomyślnie przeszło test konkretności i zgodności „z celem koniecznym w demokratycznym społeczeństwie” (a chodziło o mające pozostać tajemnicą dla zainteresowanych podsłuchy prowadzone w związku z podejrzeniami o terroryzm), a także proporcjonalności zastosowanego ograniczenia i zapewnienia

odpowiednich środków odwoławczych i kontrolnych (aczkolwiek nie były to środki sądowe, lecz kontrola ze strony specjalnie wykreowanego, reprezentatywnego ciała). Uznano, że ustawodawca niemiecki trafnie wyważył tu proporcje wartości pozostających w konflikcie. Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał w tym wypadku kontrolowanie jednostek w sposób tajny „za konieczne w realiach dnia dzisiejszego w społeczeństwie demokratycznym dla bezpieczeństwa państwa i ze względu na ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom”, przy czym przyjął, że fakt „niezawiadomienia o obserwacji” nie narusza Konwencji (zob. uzasadnienie wyroku z 6 września 1978 r. w sprawie *Klass i inni przeciwko Niemcom* (5029/71) oraz D. Gajdus, B. Gronowska, *Stosowanie podsłuchu telefonicznego w ocenie Europejskiej Komisji i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (Refleksje na tle rozwiązań polskich)*, „Palestra” nr 11/1994, s. 115 i 116). Mimo że wyrok w sprawie *Klass i inni przeciwko Niemcom* był dla ustawodawcy niemieckiego przychylny, ustawodawca niemiecki wspomnianą ustawę znowelizował już po zapadnięciu wyroku w Strasburgu. Wynikiem tej nowelizacji było (m.in.) podwyższenie standardu ochronnego, przez wprowadzenie obowiązku powiadamiania *ex post* osoby, względem której prowadzono czynności operacyjne na podstawie ustawy G-10, o tym, że taką kontrolę wobec niej prowadzono (§ 5 ust. 5 ustawy). Jak więc widać konieczność zawiadomiania osoby inwigilowanej *ex post* ma za sobą argumenty porównawcze, choć nie argumenty płynące z orzecznictwa na tle europejskiej Konwencji.

W wyroku z 4 maja 2000 r. (*Rotaru przeciwko Rumunii*, 28341/95) Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził, że systemy niejawnego inwigilacji muszą zawierać gwarancje prawne (proceduralne) stosowane do kontroli działań właściwych służb. Zdaniem ETPCz procedury kontrolne muszą odpowiadać wartościom demokratycznego społeczeństwa tak wiernie, jak to możliwe, a w szczególności odpowiadać zasadzie rządów prawa. Ona zaś zakłada, że ingerencja ze strony organów władzy wykonawczej w prawa jednostki powinna być przedmiotem skutecznej kontroli. Kontrola ta powinna być prowadzona przynajmniej przez organy zewnętrzne wobec służb dokonujących czynności operacyjnych. Jest pożądane, aby – w normalnych warunkach – prowadziły ją organy sądowe. Kontrola sądowa zapewnia bowiem najlepszą gwarancję niezależności, bezstronności oraz stosowania właściwej procedury. Kontrola niesądowa, sprawowana przez inne organy zewnętrzne wobec kontrolowanych, o odpowiednio reprezentatywnym składzie – nie uchybia jednak standardowi Konwencji. Alternatywą wobec poddania czynności operacyjno-rozpoznawczych kontroli sądu może być poddanie tych czynności kontroli sprawowanej przez specjalny organ, którego usytuowanie i skład powinien zapewniać niezależność od władzy wykonawczej. Tylko wtedy zostanie zapewnione zobiektywizowanie wyników przeprowadzanych kontroli. Należy wskazać, że również w uzasadnieniu orzeczenia ETPCz w powołanej wcześniej sprawie *Klass i inni przeciwko Niemcom* uznano za dopuszczalne wyłączenie kontroli sądowej w sprawach dotyczących podsłuchu. Rozstrzygnięcie to zapadło na tle regulacji, w której powierzono funkcje kontrolne nad stosowaniem podsłuchu urzędnikowi „z kwalifikacjami do urzędu sądowego” z jednoczesnym zapewnieniem pewnej kontroli parlamentarnej, sprawowanej przez 3-osobową komisję oraz 5-osobową Radę Parlamentu Związkowego. Trybunał stwierdził, że Rada Parlamentarna oraz komisja – choć stanowią formę kontroli politycznej – są jednak niezawisłymi władzami. (por. D. Gajdus, B. Gronowska, *op.cit.*, s.115 i 116).

Z punktu widzenia standardów odpowiadających państwu prawa nie budzi także zastrzeżeń gromadzenie danych w postaci fotografowania osób w czasie demonstracji, w ramach czynności operacyjnych – sprawa *Friedl przeciwko Austrii* (15225/89), wyrok z 31 stycznia 1995 r., ani fakt stosowania posłuchu w celu walki z przestępczością, jeżeli tylko – w obu wypadkach – spełniono przesłanki wymagane przez prawo wewnętrzne do

zastosowania takich środków operacyjnych. Z tej przyczyny w sprawie A. przeciwko Francji (14838/89), wyrok z 23 listopada 1993 r., gdy policjant podsłuchiwał rozmowę telefoniczną, nie spełniając formalnych przesłanek wymaganych przez prawo wewnętrzne – dopatrzono się naruszenia prawa do prywatności. W wyroku z 27 kwietnia 2004 r., w sprawie Doerga przeciwko Holandii (50210/99), ETPCz konsekwentnie podkreślił, że ingerencja w prawa podmiotowe zagwarantowane w Konwencji musi być zgodna z zasadami państwa prawnego. To zaś wymaga przede wszystkim zgodności czynności operacyjnej z wymaganiami prawa wewnętrznego. One same natomiast podlegają ocenie z punktu widzenia sygnalizowanego wyżej, trójszczeblowego testu (zob. E. Łętowska *Opinia w sprawie decyzji NR Pf 24/96 z 24 maja 1996 r. szefa UOP dotyczącej wzmocnienia dyscypliny funkcjonariuszy wszystkich szczebli w zakresie przestrzegania zasad ochrony wiadomości stanowiących tajemnicę państwową i służbową* „Przegląd Sejmowy” 1/97, s. 66 i 67).

4. Jakie czynności operacyjno-rozpoznawcze mogą być uznane za dopuszczalne z punktu widzenia polskiego standardu konstytucyjnego.

4.1. Czynności operacyjne, wkraczające w prywatność inwigilowanych są wprawdzie w Polsce dopuszczalne na gruncie konstytucyjnym (arg. z art. 49 i art. 51 Konstytucji), jednakże margines swobody ustawodawcy jest tu ograniczony. Ograniczenie to wynika po pierwsze ze wskazania w samej Konstytucji granic swobody regulacyjnej ustawodawcy zwykłego, przy określaniu praw podmiotowych uregulowanych w art. 49 i art. 51 ust. 3 i 4 Konstytucji, a po drugie ze wskazanego wyżej trójszczeblowego testu, jakiemu musi odpowiadać ustawodawstwo zwykłe, regulujące działalność operacyjną. Test ten został ukształtowany w Europie na tle Konwencji, wiążącej, z mocy art. 9 Konstytucji także Polskę. Należy zaznaczyć, że jakkolwiek Trybunał Konstytucyjny sam nie ma kompetencji do prowadzenia kontroli naruszenia praw jednostki z punktu widzenia naruszeń Konwencji, to jednak czuje się związany określeniem wartości i standardów tej Konwencji. Dlatego stosowane przez Trybunał wzorce konstytucyjne są odczytywane w świetle tych właśnie standardów i wartości.

4.2. Konstytucja formułuje minimalne, a nie maksymalne gwarancje w zakresie praw i wolności jednostki. Dlatego też wszelkie ograniczenia tych praw dopuszczone w Konstytucji muszą być interpretowane ściśle i nie mogą być uznawane za regułę, podczas gdy postanowienia dotyczące praw i wolności jednostki miałyby stanowić odległy cel, którego osiągnięcie ustawa zasadnicza zaleca ustawodawcy stosownie do posiadanych możliwości. Takie właśnie rozumienie Konstytucji bywa częste w dziedzinie wolności i praw ekonomicznych, socjalnych i kulturalnych. Nie może ono jednak znajdować zastosowania w odniesieniu do wolności i praw osobistych oraz politycznych.

4.3. W ustroju demokratycznym przywiązuje się wagę do sądowej kontroli zasadności podejmowania czynności operacyjno-rozpoznawczych. Mimo pozornej doskonałości tej postaci kontroli, w praktyce, rola sądu podlega tu zasadniczym ograniczeniom ze względu na informacyjną przewagę podmiotu podejmującego czynności operacyjno-rozpoznawcze. Prowadzone czynności operacyjne mają wszak charakter tajny, co oznacza ochronę tożsamości informatorów i zakaz ujawniania materiałów operacyjnych (chyba że zostaną ujawnione w trakcie procesu i stosownie do jego reguł; wtedy jednak stają się one materiałem dowodowym, którym nie są jako materiały operacyjne). Sąd wyrażający zgodę na podjęcie kontroli operacyjnej sam nie ma pełnej wiedzy o doniosłości i sprawdzalności wszelkich przesłanek niezbędności zastosowania tej kontroli. Jednakże po

pierwsze, legalizacja kontroli operacyjnej poprzez sądy prowadzi do stosunkowo łatwo sprawdzalnej skali prowadzonych działań operacyjnych (policzalność). Pod drugie, utrudnia manipulacje celami kontroli – cel deklarowany przy uzyskiwaniu legalizacji nie tylko oznacza nadanie całej operacji ram, wyznaczonych przez ten cel (ograniczenie zakresu kontroli przez wskazanie jej celu, weryfikowanego przez sąd), ale zarazem utrudnia manipulację celami kontroli.

4.4. Materiały operacyjne *sensu stricto*, mimo ich utrwalenia na piśmie nie mają waloru dokumentów urzędowych i nie korzystają ze szczególnej mocy dowodowej. Nie stanowią dowodu tego, co jest w nich stwierdzone, nie służy im bowiem domniemanie prawdziwości właściwe jedynie dla dokumentu urzędowego. Ujawnianie materiałów operacyjnych powinno być zakazane, a w szczególności nie może być przedmiotem „przecieków”, służących celom lub metodom wykraczającym poza ochronę demokratycznego ładu, co jest celem i granicą legalności czynności operacyjnych. Uznanie, że władze publiczne mogą gromadzić w sposób tajny informacje na temat obywatela w ramach czynności operacyjnych (a więc zbierać także rozmaite plotki i pomówienia obok informacji o faktach), a następnie udostępniać je, kierując się interesami politycznymi, pozostaje w sprzeczności z zasadą zaufania obywatela do państwa, mającą podstawowe znaczenie w demokratycznym państwie prawnym. Dlatego procedury kontrolne (co do celu i zakresu kontroli operacyjnej) muszą być rygorystyczne i efektywne. Należy także zaznaczyć, że ograniczenie czy nawet wyłączenie sądowej kontroli czynności operacyjno-rozpoznawczych nie musi samo przez się świadczyć o naruszeniu standardu demokratycznego państwa prawa.

4.5. W świetle Konstytucji, służby odpowiedzialne za bezpieczeństwo i porządek publiczny nie mogą być uznane za dysponujące autonomią w zakresie czynności operacyjnych. Nie można więc, w powołaniu na wymóg skuteczności działalności operacyjnej, wyłączać jej spod jakiegokolwiek kontroli. Dlatego działalność ta nie jest wyłączona spod ograniczeń, jakie Konstytucja nakłada na wszystkie władze, wkraczające w dziedzinę podstawowych praw i wolności jednostki, zwłaszcza że podejmując czynności operacyjno-rozpoznawcze, organy policji wkraczają w sposób tajny w sferę praw i wolności obywatelskich, czego wymaga cel tych czynności. Tego rodzaju specyfika wspomnianych czynności wymaga poddania ich przemyślanemu systemowi kontroli: efektywnej i niefasadowej. Jak to wskazał Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku z 20 kwietnia 2004 r. w sprawie o sygn. K 45/02 (OTK ZU nr 4/A/2004, poz. 30) – należy „stosować określone działania tylko w zakresie koniecznym dla realizacji konstytucyjnych celów i w sposób charakteryzujący się jak najmniejszym stopniem dolegliwości dla obywateli i z zastosowaniem określonych procedur”. W przeciwnym razie demokratyczne państwo prawne stałoby się w rzeczywistości państwem policyjnym. Czynności operacyjno-rozpoznawcze mają zasadnicze znaczenie dla realizacji konstytucyjnego prawa do sądu. Dlatego też ich wykonywanie nie może być generalnie wyłączone – wprost lub pośrednio – z zakresu kontroli sądowej. Zarazem jednak czynności te mają charakter działań tajnych. „Muszą mieć taki charakter, gdyż w przeciwnym razie byłyby nieskuteczne. Nie byłoby zatem również wskazane określanie w ustawie i aktach wykonawczych wszystkich środków, metod i form działalności operacyjno-rozpoznawczej (...)” (tak K. Skowroński, *Operacyjna kontrola rozmów telefonicznych*, [w:] P. Chrzczonowicz, V. Kwiatkowska-Darul, K. Skowroński (red.), *Spółczesność inwigilowane w państwie prawa. Granice ingerencji w sferę praw jednostki*, Toruń 2003, s. 162).

4.6. Przepisy ograniczające prawa i wolności jednostki powinny być formułowane jasno i precyzyjnie, co pozwoli uniknąć pozostawiania organom mającym je stosować nadmiernej swobody przy ustalaniu w praktyce zakresu podmiotowego i przedmiotowego wspomnianych ograniczeń. W uzasadnieniu powołanego wyżej wyroku w sprawie o sygn. K 45/02 Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że naruszenie zasady określoności ustawowej ingerencji w sferę konstytucyjnych wolności i praw jednostki stanowić może samoistną przesłankę stwierdzenia ich niezgodności zarówno z przepisem wymagającym regulacji ustawowej określonej dziedziny, jak też z wyrażoną w art. 2 Konstytucji zasadą państwa prawnego.

4.7. W demokratycznym państwie prawnym nie jest konieczne przechowywanie informacji na temat obywateli uzyskanych w toku czynności operacyjnych ze względu na potencjalną przydatność tych informacji. Może to być stosowane tylko w związku z konkretnym postępowaniem, prowadzonym na podstawie ustawy dopuszczającej ograniczenie wolności ze względu na bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny. Ingerencja policji w sferę praw i wolności obywatelskich, związana z czynnościami operacyjnymi podejmowanymi w interesie publicznym, nie może być nieograniczona.

Charakter czynności operacyjnych uzasadnia ich podejmowanie i prowadzenie w sposób tajny, a zatem bez wiedzy i zgody poddanego tym czynnościom, jednakże w warunkach zapewnienia kontroli sądowej dla zapobieżenia wszelkiego rodzaju nadużyciom. Jak podkreślił Europejski Trybunał Praw Człowieka tego rodzaju czynności są „konieczne w realiach dnia dzisiejszego w społeczeństwie demokratycznym, dla bezpieczeństwa państwa i ze względu na ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom”. ETPCz stwierdził również, że określona działalność czy niebezpieczeństwo, w związku z którym zarządzono podsłuch może mieć charakter trwały, tj. trwać przez wiele lat już po zawieszeniu środków kontrolnych. Fakt, że nie poinformowano osoby o zakończeniu podsłuchu, nie został uznany za sprzeczny z Konwencją, gdyż w przeciwnym razie poprzednia ingerencja w tajemnicę rozmów telefonicznych byłaby nieskuteczna. Nic natomiast nie stoi na przeszkodzie, aby daną jednostkę poinformować *ex post* o dokonywanych wobec niej czynnościach kontrolnych, gdy nie byłoby to szkodliwe dla celu ingerencji (jak to uczyniono w Niemczech, w wyniku nowelizacji w 1978 r. ustawy G-10, wywołanej sprawą Klass i inni). Tym bardziej jednak konieczne jest zachowanie ostrożności i powściągliwości w zakresie kształtowania rozwiązań wymagających uzasadnienia ingerencji w sferę wolności obywatelskich względami bezpieczeństwa publicznego, a wręcz konieczne jest skonstruowanie takiego systemu zabezpieczeń proceduralnych, który w skuteczny sposób zabezpieczałby przed ekscesami (zbieranie danych wykraczających poza rzeczywisty cel kontroli operacyjnej, niewłaściwe zabezpieczenie czy wykorzystanie zebranych danych).

5. Ocena zarzutów niekonstytucyjności sformułowanych we wniosku.

5.1. Zachowanie materiałów zebranych w toku kontroli operacyjnej prowadzonej bez zgody sądu (art. 19 ust. 4 ustawy o Policji). Art. 19 ust. 4 ustawy o Policji stanowi, że sąd okręgowy może zezwolić na zachowanie materiałów zebranych w toku kontroli operacyjnej, jeżeli stanowią one dowód lub wskazują na zamiar popełnienia przestępstwa, dla wykrycia którego może być przeprowadzona kontrola operacyjna lub czynności operacyjno-rozpoznawcze, w wypadku gdy (art. 19 ust. 3 ustawy o Policji) co do zasady, z uwagi na zebranie tych materiałów bez wymaganej zgody sądu (powinna być ona wyrażona najpóźniej w terminie 5 dni od rozpoczęcia czynności operacyjnych), należałoby je zniszczyć, aby unicestwić informacje zebrane nielegalnie i restytuować *status quo ante*.

Temu przepisowi Rzecznik Praw Obywatelskich zarzucił, że prowadzi do sytuacji, w której materiały uzyskane w wyniku niezalegalizowanej przez sąd kontroli operacyjnej mogą stanowić dowód w postępowaniu karnym, ponieważ możliwe jest legalne zachowanie tych materiałów. To zaś powinno być uznane za sprzeczne z art. 7 oraz z art. 51 ust. 4 Konstytucji, ponieważ chodzi o materiały zebrane w sposób sprzeczny z ustawą (sąd nie zezwolił na ich zbieranie w momencie rozpoczęcia kontroli). Rzecznik podkreślił także (kładąc nacisk na tę właśnie kwestię na rozprawie), że kwestionowana norma jest rodzajem presji na sąd, który, mimo uprzednio wyrażonego braku zgody na prowadzenie kontroli operacyjnej, ma teraz decydować o legalizacji materiałów zebranych w wyniku kontroli, na którą już raz odmówiono zgody. Konstrukcja przyjęta w art. 19 ust. 4 wąsko przy tym – zdaniem wniosku – ujmuje przesłanki „legalizacji zastępczej”, pomijając wymóg wykazania (co jest wymagane w wypadku „zwykłego trybu sądowej legalizacji kontroli operacyjnej”) przesłanek wskazanych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Tym sposobem rozwiązanie wyjątkowe budzi zastrzeżenia z punktu widzenia wymagania subsydiarności czynności operacyjnych jako sposobu uzyskiwania informacji.

Zachowanie zalegalizowanych przez następczą zgodę sądu materiałów, które powinny, jako nielegalne, ulec zniszczeniu, pozostaje też – zgodnie z wnioskiem – w kolizji z art. 51 ust. 4 Konstytucji, który także przewiduje takie zniszczenie – tym razem jako konsekwencję konstytucyjnego prawa podmiotowego osoby poddanej kontroli operacyjnej. Według wnioskodawcy to ograniczenie prawa wynikającego z art. 51 ust. 4 nie znajduje oparcia w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Pogląd Rzecznika, że we wskazanym wypadku chodzi o wykorzystanie w postępowaniu sądowym materiałów uzyskanych nielegalnie, podzielił Prokurator Generalny.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, wbrew literalnemu brzmieniu zarzutu, problemem nie jest tu przede wszystkim wykorzystanie w procesie karnym „owoców zatrutego drzewa”. Można byłoby bowiem rozumować, że następcza zgoda sądu na zachowanie materiałów, zebranych w ciągu pięciu dni niejako tymczasowego prowadzenia kontroli, legitymizuje możliwość dalszego (już tym razem legalnego) wykorzystania tych informacji w procesie karnym. Wówczas brak legalności występujący w momencie pozyskiwania materiałów operacyjnych nie występowałby już w momencie ich procesowego wykorzystania. Tak więc odpadałaby istota zarzutu sformułowanego we wniosku i w stanowisku Prokuratora Generalnego, dotyczącego procesowego wykorzystania „owoców z zatrutego drzewa”. W procesie występowałyby bowiem tylko materiały już zalegalizowane. Należy przy tym też zauważyć, że wniosek nie wskazywał, jako wzorca konstytucyjnego w odniesieniu do tego zarzutu, przepisów określających zasady rzetelnego postępowania sądowego, co uzasadniałoby ocenę problemu w świetle procesowego wykorzystania materiałów operacyjnych. Natomiast zarzut naruszenia art. 7 Konstytucji sprowadzono do tezy, że skoro materiały operacyjne rozpoczęto zbierać bez zgody sądu, to wada ta jest nieusuwalna, mimo następczego wyrażenia zgody przez sąd, w zakresie ewentualnego przyszłego procesowego ich wykorzystania.

Wniosek ten nie jest trafny. Materiały zebrane w sytuacji, o której mowa w art. 19 ust. 3 ustawy o Policji, a następnie (po pięciu dniach za zgodą sądu) zachowane (zaskarżony art. 19 ust. 4), nie mogą uchodzić – z procesowego punktu widzenia – za materiały znajdujące się w zasobie nielegalnym. Od momentu wyrażenia następczej zgody sądu, zasób ten jest legalny i może być, od tego momentu, także wykorzystany procesowo. Rzeczywisty problem z konstytucyjnością art. 19 ust. 4 ustawy o Policji tkwi jednak gdzie indziej.

Artykuł 19 ust. 4 ustawy o Policji, legalizujący zachowanie nielegalnie zebranych materiałów operacyjnych, wedle wniosku, narusza także wzorzec konstytucyjny z art. 51

ust. 4 w związku z art. 31 ust. 3. Problem konstytucyjności zaskarżonego przepisu wiąże się więc ze wskazaniem we wniosku jako wzorca kontroli, rygorystycznie ujętego (gdy idzie o swobodę regulacyjną ustawodawcy zwykłego) art. 51 ust. 4 Konstytucji. Przepis ten – jak już była o tym mowa – formułuje konstytucyjne prawo podmiotowe do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Literalne brzmienie tego przepisu umieszczonego w samej Konstytucji wskazuje, że nacisk położono tu na sposób, w jaki zbierano materiały (a nie na kwestię ich wykorzystania w ewentualnym innym procesie, czemu ma służyć zachowanie zbioru). O ile więc następcza zgoda sądu na zachowanie materiałów operacyjnych, które skądinąd powinny ulec zniszczeniu, zgodnie z ustawą zwykłą (art. 19 ust. 3 ustawy o Policji) mogłaby usanować nielegalność wykorzystania procesowego takich materiałów (skoro sąd zezwolił na zachowanie zbioru), o tyle następcza zgoda sądu na zachowanie informacji operacyjnych (art. 19 ust. 4 ustawy o Policji) nie może doprowadzić do ograniczenia czy wyłączenia prawa sformułowanego przez art. 51 ust. 4 Konstytucji. W tym bowiem zakresie ustawodawca zwykły w ogóle nie ma swobody regulacyjnej. Konstytucyjne prawo podmiotowe z art. 51 ust. 4 Konstytucji odnosi możliwość sprostowania i żądania usunięcia danych do sytuacji, gdy dane te zostały „zebrane w sposób sprzeczny z ustawą” i z tą hipotezą określoną czasowo, wiąże prawo jednostki unormowane w art. 51 ust. 4 Konstytucji. Następcza zgoda sądu przewidziana w art. 19 ust. 4 ustawy o Policji dotyczy „zachowania” materiałów operacyjnych. To umożliwia ewentualne ich dalsze wykorzystanie procesowe, bez narażania się na zarzut korzystania z „owoców z zatrutego drzewa”. Nie podobna jednak uznać, że następcza zgoda sądu powoduje, iż nielegalne tymczasowo (brak zgody sądu) prowadzenie działalności operacyjnej może prowadzić do przeformułowania przesłanki wymaganej w art. 51 ust. 4 Konstytucji. Takie przeformułowanie oznaczałoby, że materiały, w stosunku do których sąd wyraził zgodę na zachowanie, mimo że zostały uzyskane (zgromadzone) bez zgody sądu (co nie ulega wątpliwości), nie zostałyby uznane za „zebrane w sposób sprzeczny z ustawą” z punktu widzenia art. 51 ust. 4 Konstytucji. W takim wypadku bowiem konstytucyjne określenie „zebrane w sposób sprzeczny z ustawą”, użyte w tym przepisie, nabrałoby innego, węższego, znaczenia, i to za sprawą art. 19 ust. 4 ustawy o Policji, a więc normy ustawodawstwa zwykłego. Problemem jest bowiem to, że czego innego dotyczy następcza zgoda sądu w art. 19 ust. 4 (zachowania nielegalnie zebranych materiałów), a czego innego przesłanka art. 51 ust. 4 Konstytucji (legalności samego pozyskiwania materiałów jako hipotezy uzasadniającej sprostowanie i usunięcie materiałów zebranych z naruszeniem prawa – w momencie ich zbierania). Zabieg interpretacyjny polegałby tu więc na zweźwiającej wykładni pojęcia „zebrany w sposób sprzeczny z ustawą”, użytego w art. 51 ust. 4 Konstytucji *in fine*. Przy tym skutkiem tej interpretacji byłoby ograniczenie zakresu konstytucyjnego prawa podmiotowego do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji, o czym – co do zasady stanowi art. 51 ust. 4 Konstytucji. Tak więc w przedstawionym wypadku ujęcie ustawy zwykłej rzutowałoby na zakres pojęcia konstytucyjnego, i to ze skutkiem negatywnym dla zakresu konstytucyjnego prawa jednostki. Dodać należy, że o ile konstytucyjne prawo dostępu do urzędowej informacji (art. 51 ust. 3 Konstytucji) może być ograniczane w ustawie zwykłej, o tyle prawo sformułowane w art. 51 ust. 4 Konstytucji – odesłania do ustawy zwykłej nie przewiduje i jest ujęte w sposób bardziej rygorystyczny. Zwrócono już na to uwagę w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 26 października 2005 r., sygn. K 31/04 (OTK ZU nr 9/A/2005, poz. 103).

Z tej też przyczyny nie jest możliwy zabieg interpretacyjny polegający na tym, że następczą zgodę sądu na „zachowanie nielegalnie zebranych materiałów operacyjnych” uzna się za wystarczającą do uznania, że zarazem zostały one w sposób legalny „zebrane”

– czego wymaga art. 51 ust. 4 Konstytucji. Jeżeli zaś takie właśnie odczytanie w praktyce zaskarżonego przepisu miałyby służyć jako uzasadnienie odmowy realizacji prawa z art. 51 ust. 4 Konstytucji, to zaskarżony przepis należy uznać za sprzeczny ze wskazanym wzorcem. Wskazany zabieg interpretacyjny oznaczałby bowiem rozszerzającą interpretację art. 19 ust. 3 i 4 ustawy o Policji i jednocześnie powodowałby wykładnię ścieśniającą normy konstytucyjnej art. 51 ust. 4. Byłaby to wykładnia normy konstytucyjnej poprzez ustaloną interpretacyjnie treść normy ustawowej. Sama hierarchia obu ustaw wyklucza dopuszczalność interpretacji tego rodzaju. Jeżeli zaś taką interpretację się odrzuci, wówczas między normą konstytucyjnego wzorca i normą zaskarżoną pojawia się sprzeczność dotycząca pojęcia materiałów zebranych zgodnie z prawem. Z tej przyczyny należy uznać, że art. 19 ust. 4 ustawy o Policji jest sprzeczny z art. 51 ust. 4 Konstytucji. Sformułowanie art. 19 ust. 4 przekracza – zdaniem Trybunału Konstytucyjnego – wymagane granice proporcjonalności na wypadek kolizji wolności/prawa konstytucyjnego i konsekwencji regulacji zawartej w ustawie zwykłej. Jednocześnie, w związku z wcześniejszymi rozważaniami, Trybunał uznał za niewłaściwy, do oceny konstytucyjności art. 19 ust. 4 ustawy o Policji, wzorzec określony w art. 7 Konstytucji.

5.2. Prowadzenie kontroli operacyjnej za zgodą nadawcy lub odbiorcy przekazu (bez zgody sądu) – art. 19 ust. 18 ustawy o Policji. Przepis ten zezwala na prowadzenie kontroli operacyjnej za wyrażoną na piśmie zgodą nadawcy lub odbiorcy przekazu informacji, lecz bez zgody sądu.

Zdaniem Rzecznika jest to niezgodne z art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, gdyż wprowadza ograniczenie tajemnicy komunikowania się, które nie jest konieczne w demokratycznym państwie prawnym, pozostając przy tym w sprzeczności z zasadą proporcjonalności.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego w demokratycznym państwie prawnym ograniczenia w zakresie wolności i praw – znajdujące uzasadnienie w takich wartościach konstytucyjnych, jak bezpieczeństwo i porządek publiczny – powinny być poddane kontroli sądu. Takie zresztą stanowisko, tworzące zasadę przewiduje sama ustawa o Policji. Zasada ta doznaje erozji, na tle zaskarżonej normy. Ustawa o Policji wprowadza przy tym rozwiązanie dopuszczające ingerencję nadmierną i nieracjonalną, a przez to arbitralną, a także ingerencję pozbawioną efektywnych gwarancji porceduralnych. Traktowanie niejako na jednej płaszczyźnie gwarancji płynącej z kontroli sądu nad wszczęciem czynności operacyjnych i uznanie za gwarancję równoważną zgody odbiorcy/nadawcy przekazu informacyjnego jest wadliwe. Gwarancyjny charakter kontroli zewnętrznej (niekoniecznie zresztą sądowej, ale akurat kontrola sądowa tworzy zasadę w wypadku polskiej ustawy o Policji) leży w niezależności i bezstronności organu sprawującego tę kontrolę. Tymczasem zgoda jednej ze stron przekazu pochodzi od osoby zainteresowanej przebiegiem i konkretnym ukierunkowaniem działań operacyjnych. Osoba ta jest osobiście zainteresowana przebiegiem kontroli. Może podlegać manipulacjom i naciskom. Już samo zestawienie uznanych za alternatywę dwóch – traktowanych wymiennie – instrumentów gwarancyjnych (sądowa kontrola – zgoda jednej ze stron przekazu) z punktu widzenia ich gwarancyjnego waloru budzi wątpliwości co do proporcjonalności ograniczenia, polegającego na wyłączeniu kontroli sądowej i uznania za jej równoważnik zgody odbiorcy/nadawcy informacji. W tym ostatnim wypadku instrument zastępujący (zgoda jednego z uczestników przekazu) jest jakościowo zdecydowanie różny od rozwiązania alternatywnego, tworzącego zasadę. Różnica dotyczy przy tym racji decydujących o gwarancyjnym sensie kontroli sądowej. Należy zauważyć, że w prawie „zgoda” jest uważana za usprawiedliwienie wkroczenia w sferę osoby wyrażającej zgodę (*volenti non fit iniuria*). Natomiast nieporozumieniem jest powoływanie

się na taką „zgode” wyrażoną przez osobę trzecią, wówczas gdy ocenia się gwarancje przy wkraczaniu w sferę osoby innej niż wyrażający zgodę, i to nierzadko w sytuacji konfliktu interesów. Taka bowiem zgoda wprawdzie nic nie kosztuje wyrażającego ją, ale także i niczego nie gwarantuje dla drugiej strony przekazu komunikacyjnego, w której sferę wkracza kontrola operacyjna. Tak zaś jest właśnie na tle art. 19 ust. 18 ustawy o Policji. Dlatego alternatywne traktowanie zgody sądu i pisemnej zgody jednego z uczestników przekazu informacyjnego należy uznać za brak proporcjonalności obciążający zaskarżony przepis, na tle którego gwarancje proceduralne ukształtowano w niewłaściwy sposób, niezapewniający bezstronnej kontroli. Tym samym przepis art. 19 ust. 18 ustawy o Policji należy uznać za niezgodny z art. 49 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

5.3. Gromadzenie informacji o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstw ściganych z urzędu – art. 20 ust. 2 ustawy o Policji. Art. 20 ust. 2 ustawy o Policji nie precyzuje, w jakim zakresie można gromadzić informacje o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstwa ściganego z urzędu, niezależnie od faktycznej potrzeby zebrania tych informacji w danym postępowaniu karnym.

Według Rzecznika jest to regulacja niezgodna z art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Władze publiczne nie mogą bowiem pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym. Z tego punktu widzenia nie wystarcza wymienienie danych, które w razie popełnienia czynu zabronionego może zbierać Policja. Artykuł 20 ust. 2 ustawy o Policji powinien wiązać możliwość gromadzenia danych z charakterem popełnionego czynu; wówczas spełniona byłaby przesłanka niezbędności. W pewnych kategoriach czynów zabronionych gromadzenie odcisków palców lub zdjęć nie jest niezbędne dla ustalenia sprawcy. W trakcie rozprawy przed Trybunałem Konstytucyjnym RPO powoływał się na znane mu przykłady zaczerpnięte z praktyki, gdzie gromadzono odciski palców osoby, która zarzucane przestępstwo popełniła drukiem. Rzecznik powołując się na te przykłady trafnie podkreślał, że brak precyzji przepisu ułatwia umieszczenie przez praktykę, w jego literalnej hipotezie działań operacyjnych niekoniecznych, ekscesywnych, a nawet szykan. Artykuł art. 20 ust. 2 nie określa również materialnoprawnych kryteriów pomocnych przy ocenie kiedy należy pobierać określone informacje, a kiedy należy od tego odstąpić. Te okoliczności powodują, że przepis jest sprzeczny z art. 51 ust. 5 Konstytucji, w myśl którego w ustawie należy uregulować możliwie szczegółowo zasady i tryb gromadzenia informacji o jednostce, a zatem dokładnie określić, kiedy organy władzy mają prawo do gromadzenia informacji o obywatelach, kiedy zaś powinny od realizacji tego prawa odstąpić. Potencjalna celowość gromadzenia przez Policję możliwie wielu informacji nie może być utożsamiana z niezbędnością w demokratycznym państwie prawnym.

W przekonaniu Trybunału Konstytucyjnego stanowisko Rzecznika jest trafne. Art. 20 ust. 2 ustawy o Policji określa, jakich osób mogą dotyczyć informacje pobierane, przetwarzane i wykorzystywane przez Policję, w jakim celu można te informacje gromadzić i jakie mają to być informacje „w szczególności”. Oznacza to, że Policja może gromadzić także inne informacje niż wymienione w ustawie, gdyż wyliczenie ustawowe ma charakter przykładowy. Tak więc zaskarżony przepis nie ma charakteru dostatecznie zamkniętego i brak mu cechy niezbędnej konkretności, wymaganej także przez standardy międzynarodowe (art. 9 Konstytucji). Zdaniem Trybunału nie zachodzi tutaj konieczność, by Policja sama decydowała o tym, jakie informacje o przestępcach będzie gromadzić. Art. 20 ust. 2 ustawy o Policji stanowi, że „Policja może” gromadzić wskazane w ustawie informacje. Nie sprecyzowano jednak przesłanek ewentualnego zaniechania gromadzenia informacji. Ta kwestia także pozostaje w sprzeczności z konstytucyjnym wymogiem ustawowego określenia zasad gromadzenia informacji. Taki także wniosek płynie w

wcześniej przytoczonego orzecznictwa na tle europejskiej Konwencji, gdzie krytycznie oceniono brak precyzji ustawodawstwa francuskiego i angielskiego, zezwalających na prowadzenie czynności operacyjnych w zakresie zbierania informacji. Wadą kontrolowanej normy jest otwarty sposób określania przesłanek w niej sformułowanych.

5.4. Przechowywanie danych o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego po ich prawomocnym uniewinnieniu lub bezwarunkowym umorzeniu postępowania (art. 20 ust. 17 ustawy o Policji). Zaskarżony przepis nie przewiduje usuwania ze zbiorów danych zebranych o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego, które zostały prawomocnie uniewinnione bądź wobec których postępowanie karne zostało prawomocnie bezwarunkowo umorzone niezwłocznie po uprawomocnieniu się stosownego orzeczenia. Zdaniem Rzecznika jest to sprzeczne z art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, gdyż po prawomocnym uniewinnieniu osoby podejrzanej dalsze gromadzenie wspomnianych danych traci cechę niezbędności.

Trybunał Konstytucyjny jest świadomy, że prawomocne uniewinnienie konkretnej osoby lub bezwarunkowe umorzenie postępowania karnego wobec konkretnej osoby nie przesądza o tym, że zgromadzone dane nie mogą zawierać informacji przydatnych dla realizacji ustawowych zadań Policji wobec innych osób. Należy też zauważyć, że w rozważanym wypadku chodzi o dane, których zebranie nastąpiło w sposób legalny, za zgodą sądu. Możliwość zachowania danych nie dotyczy przy tym jednak tzw. danych wrażliwych (ujawniających pochodzenie rasowe, etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne lub filozoficzne, przynależność wyznaniową, partyjną lub związkową, dane o stanie zdrowia, nałogach, życiu seksualnym), o czym mówi art. 20 ust. 18. Zebrane (a zachowane dane) nie mogą więc:

- po pierwsze, szkodzić osobie prawomocnie uniewinnionej;
- po drugie zaś, dane wrażliwe (niezależnie od tego, kogo dotyczą) i tak nie mogą być zachowywane, a to z racji unormowania art. 20 ust. 18.

Nadto zebrane przez Policję informacje przechowywane są w związku z prowadzonymi czynnościami (na co wskazuje wzmianka o okresowej weryfikacji danych i usuwaniu danych zbędnych). Dostrzegając zatem niebezpieczeństwo płynące zarówno z samego faktu zachowania zbioru dla celów potencjalnych postępowań, trudności kontroli prawidłowego postępowania ze zbiorami, jak również możliwości ekscesywnego ich wykorzystania, mimo wszystko należy uznać, że w demokratycznym państwie prawa, we współczesnych warunkach (zagrożenie bezpieczeństwa przez przestępczość zorganizowaną i terroryzm) norma art. 20 ust. 17 mieści się w granicach swobody regulacyjnej określanej m.in. zasadą proporcjonalności. Należy przy tym zaznaczyć, że możliwość dalszego zachowania danych dotyczyć może tylko takich danych, które skądinąd są pozyskiwane w legalny sposób (a zatem np. odpowiadają art. 20 ust. 2 ustawy odczytywanemu w świetle niniejszego wyroku).

5.5. Kwestia powiadamiania podmiotów poddanych kontroli operacyjnej o zastosowaniu kontroli po jej zakończeniu (art. 19 ust. 16 ustawy o Policji).

Zaskarżony przepis przewiduje, że po zakończeniu kontroli operacyjnej powiadamia się podejrzanego i jego obrońcę o takiej kontroli. Kwestionowany przez Rzecznika przepis art. 19 ust. 16 ustawy o Policji brzmi: „Osobie, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, nie udostępnia się materiałów zgromadzonych podczas trwania tej kontroli. Przepis ten nie narusza uprawnień wynikających z art. 321 Kodeksu postępowania karnego”. Wniosek przyjmuje, że oznacza to, iż osoba, o której zbierano informacje, lecz wobec której nie wszczęto postępowania, co spowodowałoby, że stałaby

się ona „podejrzany” w rozumieniu przepisów k.p.k., nie uzyska informacji o tym, że wobec niej w ogóle prowadzono czynności operacyjne. Zdaniem Rzecznika z art. 49 Konstytucji wynika obowiązek władzy publicznej zawiadomienia osoby poddanej kontroli operacyjnej o tej kontroli, a zaniechanie zawiadomienia narusza istotę tajemnicy komunikowania się. Ponadto osoba poddana kontroli operacyjnej pozbawiona jest, według Rzecznika, prawa do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji), istotnego zwłaszcza w sytuacji ekscesywnych działań Policji (brak wiedzy wyklucza możliwość ewentualnych wchodzących tu w grę środków prawnych). W ocenie Rzecznika stanowi to także naruszenie art. 77 ust. 2 Konstytucji, w myśl którego ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw.

Stanowisko Rzecznika jest oparte na założeniu, że zakwestionowany przepis wyklucza możliwość informowania osoby poddanej kontroli operacyjnej o fakcie jej prowadzenia, z wyjątkiem wypadku przekształcenia materiałów operacyjnych w materiały procesowe. Gdyby tak rzeczywiście było, wniosek byłby zasadny. Jakkolwiek bowiem ustawa zwykła może ograniczać obywatelowi prawo dostępu do dokumentów urzędowych (art. 51 ust. 3 Konstytucji), to jednak art. 19 ust. 16 ustawy o Policji, aby mógł być uznany za zgodny z art. 51 ust. 2 Konstytucji musi pomyślnie przejść test zgodności z art. 51 ust. 4 Konstytucji. Tymczasem odczytanie zaskarżonego przepisu jako dającego prawo udostępnienia zebranych materiałów tylko na wypadek wniesienia aktu oskarżenia – oznacza przyjęcie wykładni, która pozostaje w sprzeczności z art. 51 ust. 4 Konstytucji. Taki zabieg interpretacyjny jest więc z tej przyczyny nie do przyjęcia. Gdyby okazało się, że rzeczywiście art. 19 ust. 16 ustawy o Policji jest interpretowany w powszechnej, utrwalonej, nie budzącej rozbieżności praktyce jako zakaz udzielania informacji o materiałach operacyjnych osobom, których one dotyczą, gdy nie wniesiono przeciw nim aktu oskarżenia, mimo zakończenia kontroli operacyjnej wobec nich, wówczas Trybunał Konstytucyjny musiałby ponownie rozważyć sprawę oceny konstytucyjności tej normy. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem – przedmiotem kontroli konstytucyjności jest norma w brzmieniu, jakie jej nadaje powszechna, ustalona praktyka, ukształtowana na tle odczytania tej normy (por. uzasadnienia wyroków Trybunału Konstytucyjnego z: 24 października 2001 r., sygn. K 22/01, OTK ZU nr 7/2001, poz. 216, s. 1091; 10 grudnia 2002 r., sygn. P 6/02, OTK ZU nr 7/A/2002, poz. 91, s. 1204; 9 czerwca 2003 r., sygn. SK 5/03, OTK ZU nr 6/A/2003, poz. 50, s. 658 i 659; 9 czerwca 2003 r. sygn. SK 12/03, OTK ZU nr 6/A/2003, poz. 51, s. 674 oraz 28 października 2003 r., sygn. P 3/03, OTK ZU nr 8/A/2003, poz. 82, s. 965).

Założenie interpretacyjne dotyczące kontrolowanej normy, na jakim oparty jest wniosek, nie jest jednak zasadne. Zaskarżony przepis rzeczywiście wyklucza możliwość informowania zainteresowanego o kontroli operacyjnej „w czasie jej trwania”. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego nie jest to jednak tożsame z zakazem udzielania takiej informacji w sytuacji, gdy czynności operacyjne nie są już prowadzone, a aktu oskarżenia nie wniesiono. Problem leży w tym, czy występujący w zaskarżonym przepisie człon „podczas trwania tej kontroli” odnosi się do czasu, w którym nie może nastąpić zawiadomienie, czy też do przedmiotu udostępnienia informacji. Samo brzmienie kontrolowanego przepisu bynajmniej nie wyklucza pierwszej możliwości. Natomiast odwołanie się do art. 321 k.p.k. dotyczy obowiązku poinformowania zainteresowanego – już jako podejrzanego, w ramach postępowania przygotowawczego, o materiałach operacyjnych, przekształconych w materiał procesowy. W tej sytuacji wniosek Rzecznika kwestionuje tylko jedną z hipotez interpretacyjnych rysujących się na tle zaskarżonej normy, i to hipotezę niekonstytucyjną. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego nie zostało natomiast udowodnione, że taka właśnie interpretacja stanowi powszechnie panującą praktykę. Brzmienie zaskarżonego przepisu bynajmniej nie wyklucza trafnego wniosku, że po odpadnięciu celu kontroli operacyjnej otwiera się dla inwigilowanego, zgodnie z art. 51

ust. 3 Konstytucji, możliwość wglądu w zebrane o nim materiały. Taka właśnie możliwość stanowi logiczną operacjonalizację art. 51 ust. 4 Konstytucji. Nic też nie wskazuje – w wypadku takiej hipotezy interpretacyjnej, jaką w tym miejscu przedstawiono – aby zawierała on, w rozważanym zakresie, ograniczenie prawa do sądu.

Czym innym jest jednak brak przeszkody w zaskarżonym przepisie do udostępnienia materiałów, na żądane zainteresowanego co – w ocenie Trybunału zapewnia już obecny stan prawny, a czym innym pozytywny obowiązek informowania osoby poddanej działaniom operacyjnym, przez policję, z jej własnej inicjatywy, o prowadzeniu kontroli operacyjnej. Wniosek Rzecznika zmierza bowiem w rzeczywistości do zakwestionowania braku wyrażenia w zaskarżonym przepisie ustawy pozytywnego obowiązku informowania przez policję o bezskutecznej, zakończonej kontroli operacyjnej, wobec osoby poddanej takiej kontroli, jeśli w stosunku do tej osoby nie są prowadzone dalsze czynności procesowe.

W związku z tym należy zauważyć, że istnienie takiego obowiązku policji byłoby zapewne wskazane i odpowiadałoby potrzebie efektywnej instrumentalizacji proceduralnej konstytucyjnego prawa określonego w art. 51 ust. 4. Podobny problem w innych państwach europejskich doprowadził do podwyższenia standardu gwarancji proceduralnych (na tle sprawy *Klass* i inni wprowadzono w niemieckim ustawodawstwie, pozytywny obowiązek informacji o prowadzonej, zakończonej kontroli operacyjnej).

W niniejszej sprawie problem pojawia się jednak jako wskazanie luki legislacyjnej, która nie może być przedmiotem zaskarżenia przed Trybunałem Konstytucyjnym. Struktura zaś zaskarżonego art. 19 ust. 16 ustawy o Policji oraz wskazane we wniosku wzorce konstytucyjnej kontroli (dotyczące prawa do sądu oraz tajemnicy korespondencji, pomijające natomiast wzorzec z art. 51 ust. 3 i 4 Konstytucji) nie dają – zdaniem Trybunału – podstaw do dopatrzenia się na tle tego przepisu legislacyjnego pominięcia (por. uzasadnienie wyroku z 30 września 2002 r., sygn. K 41/01, OTK ZU nr 5/A/2002, poz. 61, s. 842 oraz postanowienie z 11 grudnia 2002 r., sygn. SK 17/02, OTK ZU nr 7/A/2002, poz. 98, s. 1323), co mogłoby uzasadniać wydanie wyroku zakresowego, o co wnosi Rzecznik. W zawiązku z tym należy przypomnieć, że „legislacyjne pominięcie” uzasadniające skuteczną kontrolę konstytucyjności wymaga, aby na poziomie Konstytucji istniała norma o treści odpowiadającej normie pominiętej w ustawie kontrolowanej. Taka sytuacja w niniejszej sprawie jednak nie zachodzi.

Należy na marginesie wskazać, że w niektórych systemach prawnych przewiduje się obowiązek pozytywnej informacji o fakcie prowadzenia działań operacyjnych – po ich zakończeniu. Tak np. w noweli z 1978 r. do niemieckiej ustawy G-10, gdzie – jak się wydaje – w udatny sposób rozwiązano problem proporcjonalności wyważenia kolidujących wartości konstytucyjnych. Dlatego zasługuje na rozważenie zasygnalizowania ustawodawcy – w sformalizowanej postaci – potrzeby zagwarantowania praw obywatelskich osób poddanych kontroli operacyjnej, którym po zakończeniu tej kontroli nie przedstawiono zarzutów i które z faktycznych przyczyn nie mają dostępu do zgromadzonych materiałów. Takie rozwiązanie harmonizowałoby z istnieniem w polskiej Konstytucji prawa podmiotowego z art. 51 ust. 4. Jednakże na tle argumentacji przytoczonej we wniosku trudno jest uznać, że brak regulacji zawiadamiania o prowadzonych w przeszłości czynnościach operacyjnych jest pominięciem legislacyjnym możliwym do usunięcia w ramach kontroli konstytucyjności zaskarżonego przepisu.

5.6. Ocena konstytucyjności zarządzenia Komendanta Głównego Policji w sprawie uzyskiwania, przetwarzania i wykorzystywania zbiorów informacji o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego, nieletnich dopuszczających się czynów zabronionych przez ustawę jako przestępstwa ścigane z

oskarżenia publicznego, osobach o nieustalonej tożsamości lub usiłujących ukryć swą tożsamość oraz o osobach poszukiwanych.

Zdaniem Rzecznika zarządzenie nr 6 Komendanta Głównego Policji w sprawie uzyskiwania, przetwarzania i wykorzystywania przez Policję informacji oraz sposobów zakładania i prowadzenia zbiorów tych informacji jest niezgodne z art. 51 ust. 5 oraz art. 93 ust. 2 Konstytucji.

Zarzut ten jest zasadny. Nie budzi wątpliwości, że regulacje zawarte w zakwestionowanym zarządzeniu mają cechy norm powszechnie obowiązujących, podczas gdy – w myśl art. 51 ust. 5 Konstytucji – zasady i tryb gromadzenia oraz udostępniania informacji o obywatelach może określać tylko ustawa. Jest to zgodne z wymaganiami sformułowanymi w art. 8 Konwencji. W myśl zaś art. 93 ust. 2 zd. 2 Konstytucji zarządzenia nie mogą stanowić podstawy decyzji wobec obywateli. Tymczasem w zaskarżonym zarządzeniu Komendanta Głównego Policji znajdują się przepisy kształtujące sytuację prawną obywateli, między innymi określa ono samodzielnie sytuacje, gdy Policja pobiera od określonych kategorii obywateli np. odciski linii papilarnych oraz sytuacje gdy Policja może od określonych czynności (ingerujących w konstytucyjne prawa obywateli) odstąpić. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego taka regulacja pozostaje w sprzeczności zarówno z art. 51 ust. 5, jak też art. 93 ust. 2 Konstytucji. Zaznaczyć należy, że zmiana, jaką już po złożeniu wniosku, wprowadzono do art. 2 ust. 19 ustawy o Policji (jedna z normatywnych podstaw wydania zakwestionowanego zarządzenia), m.in., przewiduje podniesienie rangi aktu wykonawczego wydawanego na podstawie art. 2 ust. 19 ustawy o Policji (rozporządzenie, co wymaga respektowania przesłanek wymaganych przez art. 92 ust. 1 Konstytucji). Tym niemniej zakwestionowane zarządzenie nadal jest stosowane, a to uzasadniło konieczność poddania go kontroli konstytucyjności.

6. Przesłanki odroczenia utraty mocy obowiązującej niekonstytucyjnych przepisów. Trybunał Konstytucyjny postanowił na podstawie art. 190 ust. 3 Konstytucji odroczyć termin utraty mocy obowiązującej przepisów ustawy o Policji oraz zarządzenia co do których stwierdził niezgodność z Konstytucją. Zastosowanie uprawnienia do określenia innego, niż wejście w życie wyroku Trybunału, terminu utraty mocy obowiązującej niekonstytucyjnych aktów normatywnych było zdeterminowane wagą kwestii prawnych regulujących kontrolę operacyjną oraz inne czynności operacyjno-rozpoznawcze podejmowane przez Policję oraz konieczności zapewnienia kontynuacji prowadzonych działań. Okres odroczenia (12 miesięcy) powinien być przez ustawodawcę wykorzystany do nadania niekonstytucyjnym regulacjom nowego kształtu prawnego, w zgodzie z treścią niniejszego rozstrzygnięcia.

Z powyższych względów Trybunał Konstytucyjny orzekł jak w sentencji.