



RZECZPOSPOLITA POLSKA
Rzecznik Praw Obywatelskich

Warszawa, ...29...VI...2011.....

Irena LIPOWICZ

RPO-666037-II-11/MK

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

Trybunał Konstytucyjny

Warszawa

Wniosek

Rzecznika Praw Obywatelskich

Na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) oraz art. 16 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2001 r. Nr 14, poz. 147 ze zm.)

wnoszę o

stwierdzenie niezgodności :

- 1) art. 19 ust. 6 pkt 3 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277 ze zm.),
- 2) art. 9e ust. 7 pkt 3 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 2011 r., Nr 116, poz. 675),

- 3) art. 36c ust. 4 pkt 3 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (Dz. U. z 2011 r. Nr 41, poz. 214),
 - 4) art. 31 ust. 7 pkt 3 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz. U. Nr 123, poz. 1353 ze zm.),
 - 5) art. 27 ust. 6 pkt 3 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2010 r. Nr 29, poz. 154 ze zm.),
 - 6) art. 17 ust. 5 pkt 3 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. Nr 104, poz. 708 ze zm.),
 - 7) art. 31 ust. 4 pkt 3 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz. U. Nr 104, poz. 709 ze zm.)
- art. 2 i art. 47 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

Uzasadnienie

Do Rzecznika Praw Obywatelskich zwróciła się Helsińska Fundacja Praw Człowieka w sprawie stosowania przez poszczególne służby w ramach kontroli operacyjnej środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawną informacji i dowodów oraz ich utrwalania. W ocenie Fundacji brak precyzji w tym zakresie w obowiązującym prawie powoduje, iż służby w ramach kontroli operacyjnej mogą stosować bliżej nieokreślone środki techniczne, np. system nawigacji satelitarnej GPS (ang. Global Positioning System). Potwierdza to stanowisko Agencji

Bezpieczeństwa Wewnętrznego przekazane Fundacji (pismo z dnia 19 stycznia 2011 r., sygn. P-319/2011/6141/1 O/RB), według którego przepisy zezwalają Agencji na używanie wszelkich środków technicznych (w tym systemu nawigacji satelitarnej GPS), w celu uzyskania w sposób niejawną informacji.

Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich analiza obowiązujących w interesującym zakresie przepisów prawa prowadzi do wniosku, iż są one niezgodne z konstytucyjnym standardem ochrony prawa do prywatności. Jednakże problem dotyczy nie tyle samej możliwości stosowania przez służby w ramach kontroli operacyjnej wszelkich dostępnych środków technicznych w celu uzyskania informacji i dowodów, lecz tego, że za pomocą tych środków służby mogą pozyskiwać dane o jednostce, których katalog nie został precyzyjnie określony przez ustawodawcę.

Czynności operacyjne realizowane na podstawie przepisów prawa regulujących działalność poszczególnych służb nie mają charakteru procesowego, co w istotny sposób ogranicza kontrolę sądową w tym zakresie. Wskazać należy, że co do zasady w świetle przepisów ustawy o Policji (art.19), ustawy o Straży Granicznej (art. 9e), ustawy o kontroli skarbowej (art.36c), ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (art.31), ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (art. 27), ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego i Służbie Wywiadu Wojskowego (art. 31), ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (art. 17) kontrola operacyjna może być stosowana w określonych ustawowo przypadkach w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców przestępstw. Jej zastosowanie jest możliwe na zasadzie subsydiarności, a więc wówczas, gdy inne środki okazały się bezskuteczne lub zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne lub

nieprzydatne. Ponadto zarządzenie kontroli operacyjnej jest możliwe przez sąd i następuje na czas określony. Materiały zgromadzone w trakcie kontroli operacyjnej podlegają zniszczeniu po jej zakończeniu, jeśli nie zawierają dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego.

W świetle art. 19 ust. 6 ustawy o Policji kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie i polega na : 1) kontrolowaniu treści korespondencji, 2) kontrolowaniu zawartości przesyłek, 3) stosowaniu środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawnie informacji i dowodów oraz ich utrwalanie, a w szczególności treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych. W istocie analogiczne rozwiązania zawierają przepisy art. 9e ust. 7 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 4 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 7 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ust. 6 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 31 ust. 4 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, art. 17 ust. 5 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym.

Wątpliwości natury konstytucyjnej dotyczą treści : art. 19 ust. 6 pkt 3 ustawy o Policji, art. 9e ust. 7 pkt 3 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 4 pkt 3 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 7 pkt 3 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ust. 6 pkt 3 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 31 ust. 4 pkt 3 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, art. 17 ust. 5 pkt 3 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym. Przepisy art. 19 ust. 6 pkt 3 ustawy o

Policji, art. 27 ust. 6 pkt 3 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 31 ust. 4 pkt 3 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, art. 17 ust. 5 pkt 3 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym mają tożsamą treść i przewidują, iż kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie i polega na stosowaniu środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawnie informacji i dowodów oraz ich utrwalanie, a w szczególności treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych. Natomiast przepisy art. 9e ust. 7 pkt 3 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 4 pkt 3 ustawy o kontroli skarbowej oraz art. 31 ust. 7 pkt 3 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych przewidują, że kontrola operacyjna jest prowadzona niejawnie i polega na stosowaniu środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawnie informacji i dowodów oraz ich utrwalanie, a w szczególności obrazu, treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych. Jedyne różnica polega więc na tym, iż w tych ostatnich wymienionych przepisach po słowach „w szczególności” ustawodawca dodał słowo „obrazu”.

W świetle będących przedmiotem zaskarżenia przepisów, w ramach kontroli operacyjnej dopuszczalne jest stosowanie wszelkich środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawnie informacji i dowodów oraz ich utrwalanie. Ustawodawca nie skonkretyzował w związku z tym, z jakich środków technicznych mogą korzystać służby w celu zdobycia informacji i dowodów. Ustawodawca nie sprecyzował też, o jakie informacje i dowody chodzi. Jedyne przykładowo wymienił bowiem treść rozmów telefonicznych i inne informacje

przekazywane za pomocą sieci telekomunikacyjnych, a w przypadku Straży Granicznej, Żandarmerii Wojskowej oraz kontroli skarbowej dodatkowo wskazał obraz. W istocie więc wymienione regulacje prawne wprowadzają również otwarty katalog informacji i dowodów, które w sposób niejawni mogą być w tym trybie pozyskiwane przez służby. Ustawy nie określają więc w sposób wyczerpujący rodzaju danych dotyczących jednostki, które mogą być zbierane w tym trybie.

Zastosowana przez ustawodawcę konstrukcja prawna przewidująca stosowanie wszelkich środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawni informacji i dowodów zakłada więc równocześnie, że tą drogą może być pozyskany każdy dowód i każda informacja o jednostce. Ustawodawca nie dostrzegł zatem potrzeby specyfikacji w treści ustawy tych dowodów oraz informacji w zależności od tego, jakiej sfery życia jednostki owe informacje i dowody dotyczą. Jedyne przykładowo ustawy odwołują się bowiem do takich kategorii jak „treści rozmów telefonicznych” oraz „informacje przekazywane za pomocą sieci telekomunikacyjnych” czy też „obraz”, a więc do pojęć pozostających w ścisłym związku z wolnością i ochroną tajemnicy komunikowania się (art. 49 Konstytucji RP) czy też z ochroną wizerunku jednostki. Trzeba jednak zauważyć, iż nieograniczony katalog możliwych do zastosowania przez służby środków technicznych powoduje, iż mogą one za pomocą tych bliżej niezidentyfikowanych środków ingerować także w inne prawa i wolności jednostki takie jak choćby nienaruszalność mieszkania (art. 50 Konstytucji RP), wolność poruszania się (art. 52 ust. 1 Konstytucji RP) czy też autonomię informacyjną jednostki (art. 51 Konstytucji RP).

Odmienne rozwiązania dotyczą kontroli operacyjnej o charakterze procesowym. W tym przypadku ustawodawca w sposób wyczerpujący określił, jakie dane dotyczące jednostki mogą być gromadzone w trakcie takiej kontroli. Działania operacyjne podejmowane w trybie k. p. k. obejmują bowiem wyłącznie kontrolę i utrwalanie treści rozmów telefonicznych (art. 237 § 1 k. p. k.) oraz kontrolę i utrwalanie treści innych rozmów lub przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną (art. 241 k. p. k.). Przy czym, zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2000 r. (sygn. akt I KZP 60/99, OSNKW z 2000 r., Nr 3-4, poz. 26) przekazywanie informacji innych niż rozmowy telefoniczne, o których mowa w art. 241 k. p. k. oznacza nie mające charakteru rozmowy telefonicznej przesyłanie informacji za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej, tj. przez przewody, systemy radiowe, optyczne lub jakiegokolwiek inne urządzenia wykorzystujące energię elektromagnetyczną.

W powyższym kontekście trzeba zwrócić uwagę, iż Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 23 czerwca 2009 r. (sygn. akt K 54/07, OTK z 2009 r., Nr 6/A, poz. 86) wskazał na ścisły związek „(...) między zagrożeniami dla godności człowieka, stanowiącej podstawę konstytucyjnych wolności i praw jednostki, a wszelkimi czynnościami, które wkraczają w prywatność jednostki. W odniesieniu do prywatności (która na poziomie konstytucyjnym jest chroniona wieloaspektowo i obejmuje kilka praw oraz wolności - określonych w art. 47-51 Konstytucji) związek ten jest szczególnie (jakkolwiek nie taki sam w wypadku każdej z tych konstytucyjnych wolności i praw). Zachowanie godności człowieka wymaga poszanowania jego sfery czysto osobistej, gdzie nie jest narażony na konieczność «bycia z innymi» czy dzielenia się z innymi przeżyciami czy doznaniem o intymnym charakterze. Sfera

prywatna jest zbudowana z różnych kręgów w mniejszym lub większym stopniu otwartych (prawnie) na oddziaływanie zewnętrzne, gdzie konstytucyjna aprobata dla władczego wkroczenia przez władzę nie jest jednakowa (...). 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." Podobne stanowisko zajął Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 12 grudnia 2005 r. (sygn. akt K 32/04, OTK z 2005 r., Nr 11/A, poz. 132).

Jednakże - jak już wskazano powyżej - ustawodawca wprowadzając nieokreślony bliżej katalog środków technicznych możliwych do zastosowania przez służby w ramach kontroli operacyjnej nie określił równocześnie, w jakie prawnie chronione dobra jednostki mogą ingerować służby za pomocą tych środków. Stąd też - zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich - owa kumulacja braku precyzji ustawodawczej wymaga oceny z punktu widzenia standardów ochrony praw jednostki. Ocena taka jest konieczna, gdyż ustawodawca nie dostrzegł, właśnie owego sygnalizowanego przez Trybunał Konstytucyjny zróżnicowania intensywności konstytucyjnej ochrony poszczególnych praw składających się na prawo do prywatności. Poprzestał w związku z tym jedynie na przykładowym wskazaniu (poprzez użycie zwrotu „a w szczególności treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych”), iż podejmowana w ramach kontroli operacyjnej ingerencja obejmuje sferę wolności komunikowania się (art. 49 Konstytucji RP) czy też może objąć wizerunek osoby (tak w przypadku Straży Granicznej, kontroli skarbowej i Żandarmerii Wojskowej).

W tym miejscu należy poczynić uwagi natury ogólnej dotyczące tego, jakim standardom powinno odpowiadać prawo zezwalające na niejawną ingerencję organów władzy publicznej (w tym przypadku służb) w prawa i wolności jednostki. Niejawność oznacza bowiem, że jednostka nie posiada żadnej wiedzy o ingerencji w jej prawa i wolności. Nie może więc z uwagi na brak owej wiedzy korzystać w sposób autonomiczny z przewidzianych prawem powszechnych środków ochrony tych praw i wolności, przede wszystkim z prawa do sądu. Dlatego też w takim przypadku swoiste funkcje gwarancyjne w zakresie ochrony praw jednostki pełni ustawa. To bowiem z postanowień ustawy powinien wynikać w sposób precyzyjny zakres i głębokość niejawnej ingerencji organów władzy publicznej w konstytucyjne prawa i wolności jednostki. Ustawa dopuszczająca niejawną ingerencję w prawa i wolności jednostki musi więc przede wszystkim konkretyzować przypadki, zakres, sposoby ingerencji, a także wskazywać jakich konkretnie sfer życia jednostki owa ingerencja dotyczy. Oznacza to, że regulując tę materię ustawodawca powinien zrezygnować z posługiwania się klauzulami generalnymi, powinien także unikać tworzenia otwartych katalogów. W przeciwnym przypadku przepisy ustawy tracą swój gwarancyjny charakter, skoro ostateczne i maksymalne kontury ograniczenia praw i wolności jednostki określają same służby, a nie ustawodawca.

W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich objęte wnioskiem przepisy nie odpowiadają precyzji wymaganej w tym zakresie od ustawodawcy. Z natury rzeczy kontrola operacyjna musi charakteryzować się tajnością, w szczególności wobec osób poddanych takiej kontroli. Jednakże właśnie owa niejawność nakłada na ustawodawcę obowiązek zachowania szczególnej precyzji i jednoznaczności przepisów określających

granice ingerencji, ich form i postaci, jak również procedur, w jakich one są podejmowane.

W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka kształtującym się na tle art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności w ostatnim czasie szczególną uwagę przywiązuje się do tego, by działania służb specjalnych stanowiące ingerencję w życie prywatne jednostki opierały się na dostatecznych podstawach prawnych. Przy czym nie chodzi tylko o formalną podstawę prawną do niejawnych działań podejmowanych przez służby w sferze prywatności jednostki, lecz także o odpowiednią jakość tego prawa. W sprawie Rotaru przeciwko Rumunii (wyrok z dnia 4 maja 2000 r., skarga nr 28341/95) Europejski Trybunał uznał, iż sam brak odpowiednio rozbudowanego uregulowania prawnego tworzy sytuację naruszenia art. 8 Konwencji. Zdaniem Europejskiego Trybunału, ustawa powinna określać rodzaje gromadzonych danych, kategorie osób tym objętych oraz procedury, które muszą być przy tym przestrzegane. Również w wyroku z dnia 28 czerwca 2007 r. wydanym w sprawie The Association for European Integration and Human Rights oraz Ekimdzhiev przeciwko Bułgarii (skarga nr 62540/00) Europejski Trybunał podkreślił, iż tajna inwigilacja, ze względu na ryzyko nadużyć musi mieć szczególnie precyzyjną podstawę prawną, zwłaszcza gdy dostępna technologia staje się coraz bardziej wyrafinowana.

Analogiczne wymogi dotyczące jakości prawa stanowionego w zakresie niejawnej ingerencji służb w prawo do prywatności zawiera także Konstytucja RP. Ogólne gwarancje w zakresie prawa do prywatności zostały sformułowane w art. 47 Konstytucji RP, który stanowi, iż każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu

osobistym. Ograniczenie prawa do prywatności jest zaś możliwe na warunkach określonych art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Z treści art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wynika, że ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

W interesującym zakresie szczególne znaczenie należy przypisać zawartemu w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP wymogowi ustanowienie ograniczenia „tylko w ustawie”. Konstytucyjnie aprobowana „głębokość” regulacji na poziomie ustawy nie ma jednolitego charakteru i zależy od przedmiotu regulacji. Zwrócić jednak trzeba uwagę, że prawa wynikające z art. 47 Konstytucji RP podlegają szczególnie intensywnej ochronie konstytucyjnej (art. 233 ust. 1 Konstytucji RP), skoro nie można ich ograniczać w czasie stanu wojennego i wyjątkowego. Ustawodawca nie ma więc możliwości, nawet w tych stanach nadzwyczajnych złagodzenia konstytucyjnych przesłanek ingerencji w prawo do prywatności.

W rezultacie przyjąć należy, iż ingerencja, zwłaszcza niejawna w prawo do prywatności, powinna mieć swoją precyzyjną podstawę ustawową. Jak wskazał Trybunał Konstytucyjny (wyrok z dnia 12 stycznia 2000 r., sygn. akt P. 11/98, OTK z 2000 r., Nr 1, poz. 3) „(...) uzależnienie dopuszczalności ograniczeń praw i wolności od ich ustanawiania «tylko w ustawie» jest czymś więcej niż tylko przypomnieniem ogólnej zasady wyłączności ustawy dla normowania sytuacji prawnej jednostek, stanowiącej klasyczny element idei państwa prawnego. Jest to także sformułowanie

wymogu odpowiedniej szczególności unormowania ustawowego. Skoro ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności mogą być ustanawiane «tylko» w ustawie, to kryje się w tym nakaz kompletności unormowania ustawowego, które musi samodzielnie określać wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danego prawa i wolności, tak aby już na podstawie lektury przepisów ustawy można było wyznaczyć kompletny zarys (kontur) ograniczenia."

Warunków powyższych nie spełniają objęte wnioskiem przepisy art. 19 ust. 6 pkt 3 ustawy o Policji, art. 9e ust. 7 pkt 3 ustawy o Straży Granicznej, art. 36c ust. 4 pkt 3 ustawy o kontroli skarbowej, art. 31 ust. 7 pkt 3 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 27 ust. 6 pkt 3 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, art. 17 ust. 5 pkt 3 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, art. 31 ust. 4 pkt 3 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego. Wymienione przepisy nie określają bowiem wszystkich podstawowych elementów ograniczenia prawa do prywatności. Nie określają tak istotnej z punktu widzenia ochrony prawa do prywatności materii jak rodzaj gromadzonych danych o jednostce. Ustawodawca w tym zakresie dając służbom uprawnienie do stosowania w ramach kontroli operacyjnej bliżej nieokreślonych środków technicznych poprzestał na wskazaniu, że za pomocą tych środków służby mogą pozyskiwać i utrzymywać informacje i dowody, „w szczególności treści rozmów telefonicznych i inne informacje przekazywane za pomocą sieci telekomunikacyjnych”, „w szczególności obraz, treści rozmów telefonicznych i inne informacje przekazywane za pomocą sieci telekomunikacyjnych”. Użycie zwrotu „w szczególności” oznacza więc, że służby mogą tą drogą pozyskiwać nie tylko treści

rozmów telefonicznych, informacje przekazywane za pomocą sieci telekomunikacyjnych czy też obraz, ale również inne, bliżej niesprecyzowane przez ustawodawcę rodzaje danych o jednostce. W efekcie, wbrew regule konstytucyjnej, to nie ustawodawca, lecz same służby nieskrępowane w tym zakresie postanowieniami ustawy, określają rodzaje danych o jednostce, które chcą pozyskać w ramach prowadzonej przez siebie kontroli operacyjnej, stosując nieograniczoną przez ustawodawcę gamę środków technicznych. Tymczasem - na co wskazywał Trybunał Konstytucyjny (por. wyrok z dnia 20 kwietnia 2004 r., sygn. akt K 32/04, OTK z 2004 r., Nr 4/A, poz. 30) - skoro czynności organu (funkcjonariusza) dotyczą sfery wolności człowieka, ustawodawca powinien wytyczyć w sposób jednoznaczny granice dopuszczalnej ingerencji funkcjonariusza.

W świetle powyższego w ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich uzasadniony jest zarzut, iż objęte niniejszym wnioskiem przepisy są niezgodne z art. 47 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Przepisy te wprowadzają bowiem otwarty katalog danych o jednostce (danych stanowiących elementy składowe prawa do prywatności), które mogą być zbierane przez służby w ramach zarządzanej kontroli operacyjnej, przy użyciu wszelkich dostępnych im środków technicznych.

Brak precyzji w zakresie określenia przez ustawodawcę rodzaju danych o jednostce pozyskiwanych przez służby w trybie kontroli operacyjnej należy też rozpatrywać mając na uwadze również to, że - jak już wskazano - prawo do prywatności na poziomie konstytucyjnym jest chronione wieloaspektowo. W rezultacie konstytucyjna akceptacja dla wkraczania przez władzę publiczną w sferę prawa do prywatności nie jest jednakowa. Trybunał Konstytucyjny zwraca w związku z tym

uwagę (por. , wyrok z dnia 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04, OTK z 2005 r., Nrl 1/A, poz. 132; wyrok z dnia 23 czerwca 2009 r., sygn. akt K 54/07, OTK z 2009 r., Nr 6/A, poz. 86), że potrzeba wkroczenia w różne kręgi prywatności nie jest dla każdego kręgu taka sama. Sfera prywatna jest zbudowana z różnych kręgów w mniejszym lub większym stopniu otwartych prawnie na oddziaływanie zewnętrzne. Nie bez przyczyny np. poszanowanie prywatności mieszkania stawia wyższe wymagania legalności ingerencji władzy stosującej podsłuchy niż wkroczenie w tajemnicę korespondencji.

W treści kwestionowanych przepisów ustawodawca, nie biorąc w ogóle pod uwagę tego, że istnieją uwarunkowane konstytucyjnie zróżnicowane wymagania w zakresie ochrony poszczególnych kręgów prywatności, poprzestał zaś na przykładowym wskazaniu, iż niejawna ingerencja służb w prawa jednostki może dotyczyć tych elementów prawa do prywatności, które obejmują wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się (art. 49 Konstytucji RP) czy też wizerunek jednostki. Nie wykluczył więc tego, pozostawiając tę materię do wypełnienia odpowiednią treścią przez same służby, iż niejawna ingerencja może dotyczyć także innych kręgów prawa do prywatności. W istocie więc w tym zakresie ustawodawca naruszył zasadę określoności ustawowej ingerencji w sferę konstytucyjnych wolności i praw jednostki.

Wymóg określoności regulacji ustawowej ma swoją podstawę w zasadzie demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP). Określoność prawa stanowi element zasady zaufania obywateli do państwa i do tworzonego przez to państwo prawa. Jest ona również funkcjonalnie powiązana z zasadami pewności prawa i bezpieczeństwa prawnego. Gwarancje bezpieczeństwa prawnego jednostki nabierają zaś

szczególnego znaczenia w przypadku, gdy ingerencja przez władze publiczne w jej prawa i wolności ma charakter niejawni. E. Łętowska zwraca w związku z tym uwagę (zdanie odrębne do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 czerwca 2009 r., sygn. akt K 54/07, OTK z 2009 r., Nr 6/A, poz. 86), że „(...) istnieje naturalna antynomia między działalnością operacyjną a stanowiącymi przedmiot konstytucyjnej ochrony prywatnością i autonomią informacyjną. Ta antynomia nakłada na ustawodawcę zwykłego, regulującego kompetencję i inne gwarancje proceduralne/instytucjonalne, obowiązek zachowania szczególnej uwagi i staranności. (...) Z natury rzeczy - i tego nie podobna kwestionować - czynności wykrywacze i operacyjno-rozpoznawcze musi charakteryzować tajność *ex ante* (także wobec osób poddawanych takim czynnościom). Jednakże nie zwalnia to (a przeciwnie, właśnie do tego zobowiązuje) z obowiązku zachowania szczególnej precyzji i jednoznaczności przepisów określających granice ingerencji (przepisy kompetencyjne), ich form i postaci, jak również procedur, w jakich są one podejmowane.”

Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich w interesującym zakresie ustawodawca uchybił zasadzie określoności ustawowej ingerencji w wolności i prawa jednostki. Dlatego też objęte wnioskiem przepisy są także niezgodne z art. 2 Konstytucji RP, gdyż poprzez użycie zwrotu „w szczególności” ustawodawca samym służbom pozostawił decyzję, w które niesprecyzowane w ustawie, szczegółowo i w zróżnicowany sposób chronione na poziomie konstytucyjnym elementy prawa do prywatności chcą one wkroczyć.

W związku z przedstawioną powyżej argumentacją, wnoszę jak na wstępie.

