

Grzegorz Szych

Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9722-9279>

grzesiek@szych.eu

Kontrola operacyjna w polskim prawie antyterrorystycznym

Wiretapping in Polish Anti-terrorist Law

STRESZCZENIE

Uchwalenie w Polsce ustawy antyterrorystycznej wprowadziło szereg nowych rozwiązań prawnych m.in. w zakresie realizacji zadań operacyjno-rozpoznawczych przez służby zaangażowane w działania antyterrorystyczne. Jednym z uprawnień jest możliwość samodzielnego zarządzania kontroli operacyjnej przez Szefa ABW w stosunku do cudzoziemców. Przepis ten stanowi przedmiot polemiki w kontekście dyskusji odnoszących się do zakresu ingerencji państwa w obywatelskie prawa do ochrony prywatności. W opracowaniu przeanalizowano zapisy normatywne art. 9 Prawa antyterrorystycznego w stosunku do ukształtowanego orzecznictwa TK oraz ETPCz w zakresie ingerencji służb specjalnych poprzez stosowanie technik operacyjnych w wolności obywatelskie oraz nadzoru nad stosowaniem tych metod przez niezależne organy. Ponadto poruszono kwestię możliwego naruszenia zakazu dyskryminacji przez wskazaną normę prawną.

Słowa kluczowe: terroryzm; kontrola operacyjna; czynności operacyjno-rozpoznawcze; dyskryminacja w zakresie praw człowieka; ograniczenie wolności i praw człowieka

WSTĘP

Po wieloletnim okresie prób i polemik dotyczących konieczności uregulowania normatywnie problematyki antyterrorystycznej¹ w 2016 r. ostatecznie została uchwalona ustawa o działaniach antyterrorystycznych². Wprowadzenie jej w życie

¹ Zob. P. Chrobot, *Ustawa o działaniach antyterrorystycznych. Komentarz do niektórych regulacji*, www.abw.gov.pl/download/1/2321/3.pdf [dostęp: 21.08.2018], s. 62–67.

² Ustawa z dnia 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 452 ze zm.), dalej jako: ustawa antyterrorystyczna.

bezpośrednio przed dwoma znaczącymi wydarzeniami w Polsce, czyli Szczytem NATO w Warszawie oraz Światowymi Dniami Młodzieży połączonymi z wizytą Papieża Franciszka w 2016 r., miało na celu z pewnością poprawienie bezpieczeństwa obywateli w trakcie ich trwania, ale również stanowiło szybką reakcję na rosnące zagrożenie zamachami terrorystycznymi w Europie, inspirowanymi głównie przez tzw. Państwo Islamskie³. Ustawodawca wprowadził, poza uregulowaniem przepisów rozproszonych dotychczas w różnych aktach prawnych, szereg nowych rozwiązań zawartych w treści tej ustawy oraz w nowelizacjach przepisów innych ustaw, rozszerzających także dotychczasowe uprawnienia poszczególnych służb mundurowych, w tym dotyczące czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Wprowadzenie regulacji odnoszących się do stosowania środków pracy operacyjno-rozpoznawczej to element trudnego do znalezienia kompromisu pomiędzy spełnianiem misji służb państwowych zmierzających do zapewnienia bezpieczeństwa i porządku publicznego a spełnianiem standardów państwa demokratycznego, respektującego podstawowe wartości i prawa człowieka. Wyzwanie jest tym większe, że wypracowane rozwiązania prawne (szczególnie dotyczące stosowania środków techniki operacyjnej) w celu zapewnienia ich skuteczności powinny sprostać tak stałej transformacji *modus operandi* działania terrorystów lub organizacji przestępczych, jak i eskalacji udziału komunikacji elektronicznej w codziennym życiu⁴. Wprowadzanie w obrót prawny regulacji dotyczących działania służb państwowych związanych z ingerencją w podstawowe prawa człowieka stanowi przedmiot stałego zainteresowania organizacji społecznych pod kątem spełniania standardów państwa demokratycznego. To samo dotyczy oceny dokonywanej przez wymiar sprawiedliwości w zakresie realizacji zapisów aktów normatywnych przez służby korzystające ze stosowania technik specjalnych, oczekując kompetentnego i sprawnego ścigania przestępstw oraz wymagając odpowiedniej waloryzacji procesowej uzyskanych tą drogą informacji⁵. Tym bardziej, że prawo do prywatności i autonomii informacyjnej, obejmujące wszelkie formy i rodzaje komunikacji, jest

³ Na temat podstawowych faktów związanych z powstaniem i ewolucją Państwa Islamskiego zob. m.in. S. Laurent, *Kalifat terroru*, Warszawa 2014, s. 171; A. Wejkszner, *Państwo Islamskie. Narodziny nowego kalifatu?*, Warszawa 2016, s. 254.

⁴ Wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., K 23/11, OTK ZU 2014, nr 7A, poz. 80, cz. III uzasadnienia pkt 1.7.

⁵ Przykładem kontroli organów sądowniczych weryfikujących postępowanie z treścią danych uzyskanych w toku działań operacyjno-rozpoznawczych ABW jest sprawa czterech Rosjan narodowości czeczeńskiej sądzonych za logistyczne wspieranie terroryzmu, zawierająca negatywną ocenę Sądu Okręgowego w Białymstoku w stosunku do postępowania z informacjami uzyskanymi w toku kontroli operacyjnej przez funkcjonariuszy Delegatury ABW w Białymstoku. Zob. D. Mariańska, *Czeczeni z wyrokiem za wspieranie terrorystów*, www.bialystokonline.pl/czeczeni-z-wyrokiem-za-wspieranie-terrorystow,artykul,100602,14,1.html [dostęp: 19.11.2018].

zagwarantowane nie tylko przez Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej⁶, ale też szereg aktów prawa międzynarodowego i europejskiego, stanowiąc jeden z fundamentów państwa obywatelskiego⁷.

Jednym ze wzmocnionych uprawnień, w kontekście dotychczasowych dyskusji odnoszących się do zakresu ingerencji w prawo do obywatelskiej sfery prywatności i związanej z tym kontroli niezależnych organów, jest wprowadzone w art. 9 ustawy antyterrorystycznej prawo do samodzielnego zarządzania kontroli operacyjnej⁸ przez Szefa ABW w stosunku do osób niebędących obywatelami polskimi. Warto przyjrzeć się bliżej rozwiązaniom wprowadzonym przez ten przepis, zwłaszcza że w niektórych aspektach mają one charakter nowatorski i odmienny od innych przepisów prawa regulujących prowadzenie inwigilacji.

ZARZĄDZANIE TECHNICZNYCH ŚRODKÓW INWIGILACJI I KONTROLA NAD NIMI

Przyznanie jedynie Szefowi ABW odrębnego uprawnienia do zarządzania kontroli operacyjnej może świadczyć (poza wzmocnieniem pozycji organu w sprawach przeciwdziałania terroryzmowi) o intencji ustawodawcy do zawężenia wykorzystania tego środka do sytuacji niezbędnie koniecznych przez służbę najbardziej kompetentną do prowadzenia działań operacyjno-rozpoznawczych w sprawach terrorystycznych. Uwagę zwraca również, przeciwnie do art. 27 ust. 9a ustawy

⁶ Przyjmuje się art. 47 i 51 Konstytucji RP jako chroniące sferę prywatności, w zakresie której zawarto autonomię informacyjną. Zasadę autonomii informacyjnej TK określił jako prawo jednostki do samodzielnego decydowania o ujawnianiu innym informacji odnoszących się do własnej osoby oraz sprawowania kontroli nad nimi, jeśli znajdują się w posiadaniu innych podmiotów. Zob. wyrok TK z dnia 17 czerwca 2008 r., K 8/04, OTK ZU 2008, nr 5A, poz. 81.

⁷ M. Tomkiewicz, *Podśluchy operacyjne w orzecznictwie sądowym*, „Prawo i Prokuratura” 2015, nr 4, s. 153.

⁸ Pojęcie „kontrola operacyjna”, jako jeden ze środków pracy operacyjno-rozpoznawczej, poza ustawą antyterrorystyczną zostało opisane co do sposobu stosowania w sposób jednolity podczas nowelizacji będących wykonaniem wyroku TK z dnia 30 lipca 2014 r. w: art. 27 ust. 6 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz.U. z 2017 r., poz. 1920); art. 31 ust. 4 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz.U. z 2017 r., poz. 1978); art. 17 ust. 5 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. z 2017 r., poz. 1993 ze zm.); art. 19 ust. 6 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U. z 2017 r., poz. 2067); art. 9e ust. 6 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz.U. z 2017 r., poz. 2365); art. 118 ust. 4 ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (Dz.U. z 2018 r., poz. 508); art. 31 ust. 7 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz.U. z 2016 r., poz. 1483).

o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu⁹, brak delegacji ustawowej umożliwiającej scedowanie prawa do zarządzania kontroli operacyjnej na zastępców, zawężającej jednoznacznie grono decydentów do praktycznie jednej osoby¹⁰. Jednakże nie eliminuje to zagrożenia nadużycia ingerencji w autonomię informacyjną obywateli, a jedynie zawęża ją do jednego organu władzy publicznej. Dlatego należy podzielić pogląd przyznający większe znaczenie nadzorowi nad działaniami służb, umożliwiającemu adekwatną i niezależną ocenę stopnia naruszenia prywatności jednostki¹¹.

Uprawnienia do zarządzania podsłuchu i podglądu, podlegające jednostopniowej kontroli *ex post* ze strony Prokuratora Generalnego, to współcześnie wyjątkowe rozwiązanie polskiego prawodawstwa. Z wyjątkiem przypadków niecierpiących zwłoki¹² uregulowania prawne we wszystkich służbach posługujących się analogicznymi uprawnieniami w pracy operacyjno-rozpoznawczej podlegają *ex ante* dwustopniowej weryfikacji przesłanek przez prokuraturę i sąd. Wydawało się to istotną kwestią w dotychczasowym kierunku zmian ustawodawczych, które zmierzają do stworzenia możliwości dogłębnej oceny stosowania kontroli operacyjnej do materiałów źródłowych służb¹³. Wydaje się to zbieżne z linią orzecniczą Trybunału Konstytucyjnego, akcentującą szczególną pozycję prawa do prywatności w systemie praw i wolności konstytucyjnych, również w zakresie ingerencji służb państwowych w wolność komunikowania, bazującej ostatecznie na kontroli najlepiej sądowniczej lub innej niezależnej od władzy wykonawczej¹⁴, a także orzecnictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka¹⁵.

W omawianym przypadku ustawodawca poszedł w przeciwnym kierunku, redukując nadzór nad wdrożeniem tego środka pracy operacyjnej do sprzeciwu i nakazania zaprzestania stosowania kontroli operacyjnej *ex post* przez Prokuratora Generalnego. Zauważalny jest tu brak ustawowego obowiązku pozytywnej akceptacji zastosowania kontroli ze strony Prokuratora Generalnego oraz brak

⁹ Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz.U. z 2017 r., poz. 1920), dalej jako: ustawa o ABW oraz AW.

¹⁰ E. Gruza, M.A. Kędziński, *Zakres kompetencji organów policyjnych uprawnionych do wnioskowania o kontrolę operacyjną*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2016, nr 14, s. 32.

¹¹ P. Lubiewski, *Ustawa antyterrorystyczna wobec służb specjalnych. Rozszerzenie czy aktualizacja uprawnień?*, [w:] *Polska ustawa antyterrorystyczna – odpowiedź na zagrożenia współczesnym terroryzmem*, red. W. Zubrzycki, K. Jałoszyński, A. Babiński, Szczytno 2016, s. 312.

¹² Przykładem jest art. 27 ust. 3 ustawy o ABW oraz AW.

¹³ Art. 57 § 2 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1767 ze zm.).

¹⁴ Wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., K 23/11, OTK ZU 2014, nr 7A, poz. 80, cz. III uzasadnienia, pkt 5.1.3.4 i 5.2.5.

¹⁵ Wyrok ETPCz z dnia 12 stycznia 2016 r. w sprawie *Szabo i Vissy przeciwko Węgrom*, skarga nr 37138/14, § 77. Podobnie: wyrok ETPCz z dnia 26 kwietnia 2007 r. w sprawie *Popescu przeciwko Rumunii*, skarga nr 71525/01, § 71.

wyznaczenia określonego terminu do wniesienia przez ten organ sprzeciwu i nakazu zaprzestania działań. W rezultacie norma ustawowa statuuje ciche przyzwolenie na kontynuowanie kontroli operacyjnej przez ABW wobec braku reakcji ze strony Prokuratora Generalnego, co jest całkowicie odmiennym rozwiązaniem do sytuacji uruchomienia technicznych środków inwigilacji w trybie niecierpiącym zwłoki¹⁶.

Odrębną sprawą jest oparcie się na przekazanych przez ABW ustaleniach stanowiących podstawę do oceny zasadności stosowania kontroli wobec cudzoziemca przez prokuraturę. Bazując na art. 9 ust. 4 ustawy antyterrorystycznej, Prokurator Generalny otrzymuje jedynie informację o zarządzeniu wraz z uzasadnieniem podjęcia działań. Uproszczeniem, w stosunku do procedury stosowanej w dotychczasowym trybie, jest brak konieczności przedstawiania materiałów stanowiących podstawę do wdrożenia kontroli operacyjnej, w oparciu o które organ prokuratorski mógłby ocenić prawidłowość stosowania środka, bazując na całościowych, a nie wybiórczych informacjach przekazanych przez ABW¹⁷. Pełna ocena spełniania przesłanek merytorycznych i formalno-prawnych w stosunku do rozpoznanej sytuacji przed rozpoczęciem kontroli operacyjnej została praktycznie zawężona do autokontroli organu nią zarządzającego. W przedmiocie konieczności przyjęcia jako reguły uprzednich działań nadzorczych niezależnego organu, w zakresie zastosowania niejawnego środka pozyskiwania informacji, wypowiedział się Europejski Trybunał Praw Człowieka¹⁸ w 2007 r., a więc na długo przed uchwaleniem ustawy antyterrorystycznej.

Zastosowany w art. 9 ustawy antyterrorystycznej model weryfikacji działań ABW ze strony niezależnego organu do Prokuratora Generalnego jest analogiczny do trybu przyjętego w art. 30 ustawy o ABW oraz AW. W obu przypadkach zgoda na kontynuowanie działań może nastąpić przez domniemaną zgodę organu prokuratorskiego. Nie sposób jednak nie dostrzec zasadniczych różnic pomiędzy monitorowaniem treści komunikacji bądź działalności osób w obrębie ich prywatności a wdrożeniem złożonych działań operacyjnych polegających na niejawnym nadzorowaniu i dokumentowaniu zdarzeń lub procesów o domniemanym charakterze przestępczym. Jeżeli w ramach tych przedsięwzięć przewidziane jest wkroczenie w obręb autonomii komunikacyjnej bądź strefę przestrzeni prywatnej osób, wyczerpując znamiona kontroli operacyjnej, to i tak niezbędne jest odrębne uzyskanie zgody sądu na te działania, o czym przesądza art. 31 ustawy o ABW oraz

¹⁶ Zarządzenie kontroli operacyjnej w trybie niecierpiącym zwłoki jest możliwe na podstawie art. 27 ust. 3 ustawy o ABW oraz AW, gdzie wyznaczono 5-dniowy termin do akceptacji działań ze strony Sądu Okręgowego w Warszawie, a wobec braku akceptacji następuje zaprzestanie jej kontynuacji i zniszczenie uzyskanych materiałów.

¹⁷ Wyrok ETPC z dnia 12 stycznia 2016 r. w sprawie *Szabo i Vissy przeciwko Węgrom*, skarga nr 37138/14, § 71.

¹⁸ Wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., K 23/11, OTK ZU 2014, nr 7A, poz. 80, cz. III uzasadnienia, pkt 2.4.2.

AW. Działania polegające na niejawnym monitorowaniu domniemanego nielegalnego wytwarzania, przemieszczania, przechowywania lub obrotu stanowią zestaw dobranych odpowiednio (do ustalonego stanu faktycznego działań operacyjno-rozpoznawczych) odrębnie umocowanych ustawowo uprawnień służby specjalnej do niejawnych działań. Tym samym nie konstytuują same w sobie jakiejś konkretnej kategorii działań operacyjno-rozpoznawczych, a jedynie legalizują opóźnienie złożenia zawiadomienia o możliwości popełnienia przestępstwa przed finalizacją wdrożonego zespołu działań niejawnych. Nadzór organu prokuratorskiego dotyczy tu oceny możliwości uzyskania poprzez działania służb legalnego materiału dowodowego, możliwego do wykorzystania w późniejszym procesie karnym, oraz skali zagrożenia zdrowia i życia ludzi, a nie oceny zasadności zastosowania poszczególnych środków inwigilacji, które są wdrażane lub nadzorowane na podstawie odrębnych regulacji ustawowych. Z tego powodu nie sposób odnieść poziomu sprawowania niezależnego nadzoru nad działaniami ABW w kwestii zarządzania kontroli do działań związanych z niejawnymi operacjami prowadzonymi w oparciu o art. 30 ustawy o ABW oraz AW¹⁹.

Uproszczona procedura zarządzania kontroli operacyjnej może znacznie przyspieszyć wykorzystanie tego środka, co nie pozostaje bez znaczenia w warunkach szybko rozwijającej się infrastruktury teletechnicznej oraz możliwości wykorzystywania przez przestępców szerokiego wachlarza form i środków łączności czy maskowania komunikacji lub działań rzeczywistych. Jednak wszelkie przesłanki związane z użytecznością, ekonomiką i funkcjonalnością nie mogą stanowić podstaw do wprowadzenia określonych regulacji prawnych²⁰. Taką przyspieszoną ścieżkę w sytuacjach niecierpiących zwłoki umożliwia chociażby stosowanie kontroli w oparciu o art. 27 ust. 3 ustawy o ABW oraz AW, w którym zachowano standard kontroli sądowej. Dlatego nie jest zrozumiałe całkowite wyłączenie w przypadku omawianej procedury postępowania z nadzoru sądowego²¹ i dodanie nieefektywnej kontroli wobec braku możliwości wniesienia sprzeciwu ze strony Ministra Koordynatora do spraw Służb Specjalnych. Tym bardziej, że w myśl orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dopuszczalna jest rezygnacja z *ex ante* kontroli sądowej ze względu na szczególne okoliczności, zwłaszcza w sprawach związanych z użytkowaniem nowoczesnych środków łączności czy dotyczących przeciwdziałania terroryzmowi, lecz przy zachowaniu rygoru następczej weryfikacji sądowej²².

¹⁹ Por. P. Chrobot, *op. cit.*, s. 81.

²⁰ Wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., K 23/11, OTK ZU 2014, nr 7A, poz. 80, część III uzasadnienia, pkt 5.2.1.

²¹ P. Lubiewski, *op. cit.*, s. 315.

²² *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, 31.08.2018, www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf [dostęp: 29.09.2018], s. 84, pkt 444.

PRZESŁANKI DO ZARZĄDZANIA I FORMY KONTROLI OPERACYJNEJ

W art. 9 ust. 1 ustawy antyterrorystycznej ustawodawca wskazał przesłanki określające okoliczności i warunki, które mogą stanowić podstawę do podjęcia działań ABW w zakresie niejawnnej kontroli operacyjnej w odniesieniu do osoby, „w stosunku do której istnieje obawa co do możliwości prowadzenia przez nią działalności terrorystycznej”. Analizując powyższy zapis, już *prima facie* zauważalne jest daleko idące złagodzenie przesłanek do wkroczenia w przestrzeń prywatną osoby podejrzewanej, przede wszystkim poprzez rezygnację z powszechnie stosowanej w dotychczasowym prawodawstwie zasady subsydiarności. W odrębnych regulacjach związanych ze stosowaniem kontroli operacyjnej warunkiem koniecznym jest wykazanie bezskuteczności stosowanych w pierwszej kolejności metod operacyjnych o mniejszym stopniu szkodliwości dla chronionych praw jednostki lub przedstawienie w oparciu o rozpoznany stan faktyczny argumentacji przemawiającej za przewidywanym brakiem przydatności ich wcześniejszego zastosowania (np. brak możliwości penetracji agenturalnej ze względu na hermetyczność grupy przestępczej bądź komunikowanie się jej członków wyłącznie poprzez wyrafinowane środki łączności). Pomimo stanowiska Trybunału Konstytucyjnego dopuszczającego zastosowanie w niejawnym pozyskiwaniu danych odmiennych standardów różnicujących ze względu na obywatelstwo lub rodzaj służb, poziomu ochrony prywatności, autonomii informacyjnej oraz tajemnicy komunikowania²³, sformułowanie to ma charakter ogólnego odniesienia do pozyskiwania wszelkich danych o obywatelach podczas działań operacyjno-rozpoznawczych służb państwowych. W tym samym orzeczeniu jednak TK stanowczo podkreśla konieczność stosowania kontroli operacyjnej w sposób całkowicie ostateczny i możliwie najbardziej ograniczony, co koresponduje z tezami zawartymi w wielu wyrokach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka²⁴.

Zastosowane przez ustawodawcę określenie w zakresie wskazania przesłanek czasowych zarządzenia kontroli operacyjnej w postaci powstania „obaw co do możliwości” zaangażowania osoby w „działalność terrorystyczną” wskazuje (przeciwnie do zasady subsydiarności) na raczej wstępny charakter rozpoznania, opierający się bardziej na domniemaniu co do jej zamiarów. Z uwagi na nieostrość zastosowanej terminologii możliwe jest arbitralne podejście do oceny przesłanek przez organ państwa bazujący w skrajnym wypadku na niezweryfikowanych lub

²³ Wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., K 23/11, OTK ZU 2014, nr 7A, poz. 80, cz. III uzasadnienia, pkt 5.3, s. 73, 79.

²⁴ Wyrok ETPCz z dnia 6 września 1978 r. w sprawie *Klass i inni przeciwko Niemcom*, skarga nr 5029/71, § 51; wyrok ETPCz z dnia 12 stycznia 2016 r. w sprawie *Szabo i Vissy przeciwko Węgrom*, skarga nr 37138/14, § 73; wyrok ETPCz z dnia 4 grudnia 2015 r. w sprawie *Zacharov przeciwko Rosji*, skarga nr 47143/06, § 227, § 303.

jednoźródłowych informacjach operacyjnych jako podstawie zbudowanej hipotezy. Należy uznać, że norma w tym zakresie ma charakter wyjątkowo nieprecyzyjny, umożliwia bowiem dowolność rozstrzygnięć służby państwowej oraz wiąże się z brakiem przewidywalności reguły prawnej, która w kwestiach ograniczania wolności obywatelskich ma odznaczać się odpowiednim poziomem czytelności²⁵. W kwestii przewidywalności reguł prawnych utrwalone jest już ponad trzydziestoletnie orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, według którego prawo musi być sformułowane odpowiednio jednoznacznie, aby obywatel uzyskał wskazania, stosownie do zaistniałych okoliczności, co do możliwości podjęcia tajnej ingerencji władzy w prawo do poszanowania życia prywatnego i tajemnicy korespondencji. Nie należy tego utożsamiać z koniecznością wskazania osobie w normie prawnej dokładnego momentu, w którym możliwa jest kontrola jego korespondencji i prowadzenia podsłuchu, aby mogła modyfikować swoje zachowanie²⁶. Drugim pojęciem niewystarczająco jednoznacznie określającym moment zainicjowania kontroli operacyjnej jest podejrzenie dotyczące zaangażowania osoby w „działalność terrorystyczną”²⁷. Z braku odrębnej definicji ustawowej oraz możliwości odniesienia niniejszego sformułowania do innych aktów prawnych możliwa jest dowolna interpretacja zachowań osób, które można zakwalifikować jako nielegalne działania, na poziomie upoważniającym do zakwalifikowania ich jako zagrażających bezpieczeństwu publicznemu. Dowolność interpretacji na tym polu, mając na uwadze wstępny charakter podejrzeń, umożliwia władzy państwowej w istocie prowadzenie inwigilacji przy pomocy tego środka osób wykazujących aktywność będącą występkiem w rozumieniu prawa karnego lub jedynie elementem działalności społeczno-politycznej.

W art. 9 ust. 1 ustawy antyterrorystycznej ustawodawca stworzył katalog czynności operacyjnych, pozostawiając jednocześnie otwartą przestrzeń dla wprowadzenia rozwiązań technicznych wynikających ze spodziewanego postępu naukowego w zakresie tworzenia nowych lub unowocześniania istniejących środków technicznych służących do gromadzenia i utrwalania informacji i innych dowodów przestępstw. Umożliwia to w aktualnym stanie prawnym nadążanie służbom policyjnym za postępem, uwzględniając własny potencjał, stosowanie i wykorzystanie w późniejszym procesie karnym dowodów zebranych przy zastosowaniu rozwiązań technologicznych adekwatnych do rozwoju form komunikacji i przekazu.

²⁵ M. Szuniewicz-Stępień, *Działania operacyjno-rozpoznawcze w ustawie antyterrorystycznej a europejski standard ochrony praw człowieka – wybrane zagadnienia*, [w:] *Polska ustawa antyterrorystyczna...*, s. 340–341.

²⁶ Wyrok ETPCz z dnia 2 sierpnia 1984 r. w sprawie *Malone przeciw Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 8691/79, § 66.

²⁷ M. Szuniewicz-Stępień, *op. cit.*, s. 355.

W zakresie niedookreśloności opisu dopuszczalnych metod służących organom do ingerencji w autonomię informacyjną jednostki, na gruncie tak sformułowanej normy prawnej, wątpliwość budzi możliwość stosowania w ramach kontroli operacyjnej niejawnego uprzedniego wprowadzenia do systemów elektronicznych bądź informatycznych, bez wiedzy użytkownika lub administratora, urządzeń lub oprogramowania służącego do uzyskania informacji lub treści przekazu na etapie wprowadzania danych przez użytkownika zanim nastąpi zakodowanie lub zaszyfrowanie transmisji lub danych. Ustawodawca wprawdzie upoważnił Szefa ABW w art. 9 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy antyterrorystycznej do pobierania odpowiednio treści korespondencji i danych z nośników oraz systemów informatycznych, nie określił jednak, czy może w tej kwestii podejmować działania aktywne, polegające na prowadzeniu jakichś przygotowawczych działań inwazyjnych w sferę prywatności. Taka sama sytuacja odnosi się do prawa podjęcia kontroli operacyjnej związanej z uprzednim zainstalowaniem w obrębie niepublicznej przestrzeni urządzeń odbiorczych bądź rejestrujących obraz lub dźwięk. Mylne jest wprowadzanie każdego z uregulowań słowem „uzyskiwanie” we wszystkich przypadkach omawianego katalogu czynności, niezależnie od sposobu jego prowadzenia. O ile nie budzi wątpliwości (w kontekście zapisu art. 9 ust. 2) uruchomienie procesu otrzymania przedmiotu kontroli od usługodawcy w zakresie prowadzonej przez niego działalności profesjonalnej związanej z jej przesyłaniem bądź gromadzeniem, jak również prowadzonych samodzielnie przedsięwzięć nienaruszających sfery prywatności indywidualnej (np. przez przechwytywanie bezprzewodowego sygnału radiowego lub transmisji cyfrowej), o tyle prawo do niejawnego naruszania sfery prywatności w pozostałych przypadkach bazuje na domniemaniu, a nie na jednoznacznej wykładni normy prawnej. Wkraczanie w obręb praw chronionych, jakim jest mir domowy bądź autonomia informacyjna jednostki, osiąga poziom porównywalny do działań o charakterze procesowym, polegających na przeszukaniu pomieszczeń lub zabezpieczeniu nośników danych dla potrzeb dowodowych, z tą różnicą, że działania operacyjne, mając charakter niejawny, nie są znane osobie podlegającej stosowanym środkom. Niezbędność doprecyzowania w tych przypadkach uprawnień prowadzenia aktywnego oddziaływania służby specjalnej jest o tyle istotna, że władza publiczna nie może mieć wątpliwości lub domniemywać swoich kompetencji do naruszania praw jednostki, szczególnie w przypadku tak znaczącego wkroczenia w podstawowe prawa człowieka, i to jedynie przez czynności wstępne do zastosowania kontroli operacyjnej, mimo swej absolutnej niezbędności do ich skutecznego dokonania.

ASPEKT PODMIOTOWY STOSOWANIA KONTROLI OPERACYJNEJ

Zastosowanie kontroli operacyjnej przewidziane przez ustawę antyterrorystyczną zostało ograniczone do osoby innej niż posiadająca obywatelstwo polskie, co zasadniczo odpowiada na gruncie terminologii prawnej w aktach Unii Europejskiej

w stosunku do osób fizycznych pojęciu przynależności państwowej²⁸. Istotne jest w kontekście dalszych rozważań, czy taka odrębna sytuacja jednostek w zależności od kryterium przynależności państwowej może naruszać obowiązujący w Unii Europejskiej zakaz dyskryminacji ze względu na tę cechę. Zakazy dyskryminacyjne zawarto w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej jako powszechne i pierwotne prawa jednostki w zakresie równości wobec prawa wszystkich, bez względu m.in. na pochodzenie etniczne czy przynależność do mniejszości narodowej. Co najważniejsze w kontekście analizowanego zagadnienia, zakazano jakiegokolwiek dyskryminacji ze względu na przynależność państwową²⁹. Zasada ta kształtuje normę powszechną, a nie odnoszącą się jedynie do obywateli Unii Europejskiej. Nie budzi wątpliwości, że zapisy te mają na celu przede wszystkim ochronę przed dyskryminacyjnym działaniem instytucji, organów i jednostek organizacyjnych Unii oraz państw członkowskich³⁰. Podobnie, jeśli nie tak samo, kształtuje się zakaz dyskryminacji w Traktacie o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej³¹, gdzie wskazano na równość podmiotów bez względu na przynależność państwową, co w ujęciu formalnym oznacza konieczność traktowania podobnych podmiotów według jednego standardu. Zakaz dyskryminacji w ujęciu europejskim traktowany jest jako jedno z najbardziej fundamentalnych praw będących podstawą obywatelstwa Unii³². Mimo że powyższe regulacje unijne nie mają charakteru bezwzględnego, dopuszczając pewne odstępstwa, oznacza to w analizowanym przypadku, że uznanie grupy osób niebędących obywatelami RP będzie dyskryminacją ze względu na cechę relewantną, jaką jest przynależność państwowa, o ile odrębne traktowanie tej grupy nie znajduje obiektywnego i racjonalnego uzasadnienia. Uzasadnienie to winno być tak rzeczywiste, jak i pozostawać w związku z dopuszczalnym prawnie celem realizowanym przez normę prawną oraz być stosowane proporcjonalnie ze względu na tę różnicę. Podobnie, chociaż bez szczegółowego wskazania kryteriów dyskryminacji, kształtuje sytuację art. 32 ust. 1 Konstytucji RP zdanie drugie: „Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne”. Zasadne jest zatem przeprowadzenie oceny, czy zastosowanie odrębnego trybu zarządzania

²⁸ „Przynależność państwowa – prawny związek między jednostką a państwem, nakładający na obie strony określone prawa i obowiązki, które odróżniają obywatela od cudzoziemców” (*Internetowy słownik języka polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/slowniki/przynale%20pa%C5%BC-no%C5%9B%C4%87%20pa%C5%84stwowa.html> [dostęp: 13.03.2018]).

²⁹ Art. 21 ust. 2 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 83 z dnia 30 marca 2010 r.).

³⁰ A. Śledzińska-Simon, *Zasada równości i zasada niedyskryminacji w prawie Unii Europejskiej*, „Studia BAS” 2011, nr 2, s. 48.

³¹ Art. 18 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dawny art. 12 TWE): „W zakresie zastosowania Traktatów i bez uszczerbku dla postanowień szczególnych, które one przewidują, zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową” (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:C:2016:202:TOC> [dostęp: 10.11.2018]).

³² A. Śledzińska-Simon, *op. cit.*, s. 43.

kontroli operacyjnej wobec cudzoziemca w ustawie antyterrorystycznej³³ faktycznie kształtuje inną pozycję podmiotową, szczególnie mniej korzystną wobec prawa. Z uwagi na wysoką wagę, jaką posiada kategoria prawa do równego traktowania przez władze publiczne, istotna jest granica dopuszczalności prawnej kategoryzacji jednostek ze względu na przynależność państwową w sprawach związanych z bezpieczeństwem publicznym.

Kontrola operacyjna w sprawach dotyczących terroryzmu w stosunku do osoby innej przynależności państwowej niż polska jest możliwa w drodze zarządzenia przez Szefa ABW w trybie art. 9 ustawy antyterrorystycznej, a także w sposób przewidziany w art. 27 ustawy o ABW oraz AW. W przypadku obywatela polskiego dopuszczalny jest jedynie drugi z wymienionych przypadków, w którym Szef ABW jest organem wnioskującym o zarządzenie takiego działania do sądu. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że sytuacja prawna cudzoziemca w przedmiocie podejmowania wobec niego działań niejawnych, polegających na ingerencji w prawa człowieka, w oparciu o obie regulacje ustawowe jest mniej korzystna niż obywatela polskiego. Wniosek taki można wyciągnąć co najmniej z dwóch omówionych wyżej zagadnień. Przede wszystkim świadczy o tym obniżony poziom kontroli niezależnego organu, w tym rezygnacja z nadzoru sądowego nad działalnością instytucji uprawnionej do stosowania inwigilacji, która została zredukowana do *ex post* kontroli organu prokuratorskiego. Tym samym obcokrajowiec korzysta z obniżonego poziomu ochrony niezależnych instytucji państwowych przed nieuprawnioną ingerencją w jego prawa. To samo dotyczy kwestii określenia przez ustawę zasad inicjujących kontrolę operacyjną wobec cudzoziemca, które nie mają charakteru subsydiarnego w przeciwieństwie do wszystkich innych norm ustawowych dotyczących kontroli operacyjnej stosowanej przez ABW i inne służby. Ustawodawca uznał za wystarczającą podstawę do ingerencji w prywatność obcokrajowca jedynie obawę organu państwowego o prowadzenie działalności terrorystycznej, która stanowi znacznie słabszą przesłankę od rygoru zawartego w innych regulacjach prawnych, gdzie obowiązującym standardem jest wyczerpanie innych dostępnych środków bądź ich bezskuteczność. Powyższe przesądza o większym narażeniu cudzoziemca na ingerencję w jego niezbywalne prawa przez władzę państwową.

Zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, podobnie do art. 8 ust. 2 EKPC, nie mając charakteru bezwzględnie, dopuszcza przyjęcie własnego prawodawstwa przez kraje członkowskie w dziedzinie bezpieczeństwa narodowego czy porządku publicznego ze względu na specyficzne uwarunkowania szanujące prawo do odrębnego kształtowania własnej polityki bezpieczeństwa przez państwa członkowskie. Przesądza również o tym art. 4 ust. 2 zdanie drugie Traktatu o Unii Europejskiej, przenosząc odpowiedzialność w sferze bezpieczeństwa

³³ *Ibidem*, s. 53.

narodowego na państwa członkowskie³⁴. Takie regulacje jednak, jak wielokrotnie podkreślał ETPCz, muszą cechować się proporcjonalnością stopnia naruszenia norm traktatowych do poziomu identyfikowanego zagrożenia chronionych wartości w aspekcie celowości i niezbędności³⁵. Możliwe jest zatem zastosowanie odrębnych uregulowań krajowych, różnicujących standardy m.in. prowadzenia działań operacyjno-rozpoznawczych w stosunku do cudzoziemców, w sposób odbiegający od powszechnego stanu rzeczy, jeżeli grupa ta stanowi szczególne zagrożenie dla tego bezpieczeństwa.

Podobnie zagadnienie dopuszczalności wprowadzenia odrębnej legislacji w odniesieniu do cudzoziemców można rozpatrywać na gruncie prawodawstwa krajowego, opierając się wprost na art. 37 ust. 2 Konstytucji RP. Należy pamiętać, że spełnieniem standardów państwa demokratycznego, respektując art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, jest ograniczenie wyjątków odnoszących się do podlegających polskiej władzy cudzoziemców do przypadków nie tylko związanych z istotnymi sprawami wagi bezpieczeństwa kraju, ale również do absolutnie koniecznych oraz rzeczowo uzasadnionych działań władz publicznych.

W treści omawianego art. 9 ustawy antyterrorystycznej nie określono żadnych szczególnych kryteriów usprawiedliwiających wprowadzenie szczególnej procedury zarządzania kontroli operacyjnej jako niezbędnej ze względu na wyjątkowe okoliczności. Jednoczesny brak zawężenia okoliczności związanych chociażby z ogłoszeniem podwyższonego stopnia zagrożenia terrorystycznego w kraju powoduje w oparciu o art. 15 ustawy antyterrorystycznej, że inicjowanie środków inwigilacji na tej drodze przez władzę państwową jest dopuszczalne jako rutynowe działanie ABW. Jest to o tyle niekonsekwentne, że stosowanie dalece mniej inwazyjnego art. 10 ustawy antyterrorystycznej, umożliwiającej jedynie identyfikację obcokrajowca, ma charakter subsydiarny.

Rozpatrując zagadnienie zagrożenia w aspekcie bezpieczeństwa Polski jako pochodnej zwiększonej aktywności terrorystycznej wyznawców fundamentalizmu islamskiego na terenie Europy, należy wskazać na regularnie pojawiające się medialne komunikaty władz polskich w reakcji na zagraniczne incydenty dotyczące braku zidentyfikowanych zagrożeń terrorystycznych na obszarze kraju³⁶. Również

³⁴ Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE C 202, 7.06.2016), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=OJ:C:2016:202:TOC> [dostęp: 8.04.2018].

³⁵ M. Szuniewicz-Stępień, *op. cit.*, s. 339.

³⁶ W Polsce zagrożenie terrorystyczne utrzymuje się na niskim poziomie. Dotychczas trzykrotnie podwyższono poziom zagrożenia do stopnia pierwszego, oceniając, że istnieje zwiększone ryzyko zamachu terrorystycznego ze względu na odbywające się w kraju międzynarodowe imprezy masowe, bez związku z rozpoznaniem realnego zagrożenia ze strony określonej organizacji terrorystycznej. Stałe rekomendacje odnośnie do poziomu zagrożenia terrorystycznego przedstawiane są w komunikatach z posiedzeń Międzyresortowego Zespołu ds. Zagrożeń Terrorystycznych oraz Zespołu Zadaniowego – Stałej Grupy Ekspertkiej (ostatni – z dnia 14 marca 2018 r.). Zob. Komunikat z posiedzenia

sprawy karne zakończone wyrokami skazującymi, związane z czynami o charakterze terrorystycznym obywateli polskich³⁷, wiązały się z poglądami ekstremistycznymi i politycznymi, a nie z ideologią islamistyczną. Nie oznacza to oczywiście, że Polska nie znajduje się (ze względu na działalność międzynarodową) w kręgu państw będących potencjalnym celem ataków terrorystycznych lub teren ten nie jest miejscem budowania zaplecza logistycznego czy działań przygotowawczych terrorystów zagranicznych. Tego typu prognozy nie mogą jednak być traktowane jako pretekst do naruszenia równowagi pomiędzy prawami jednostki a interesem społecznym na korzyść tego drugiego w stopniu nieodpowiednim do skali identyfikowanego zagrożenia. Wprowadzenie do obrotu prawnego ustawy antyterrorystycznej uzasadniano wzrostem zagrożenia terrorystycznego w Europie oraz zamachami na terenie Francji i Belgii, a także wskazywaniem Polski jako potencjalnego celu działań terrorystycznych przez zagraniczne organizacje związane z eskalacją konfliktu wokół tzw. Państwa Islamskiego³⁸. Niezależnie od faktu, że powołane w uzasadnieniu do wprowadzenia ustawy zamachy nie były wyłącznie dziełem cudzoziemców, a raczej pokolenia zamieszkałego na terenie państw europejskich od urodzenia, to wprowadzane normy prawne w myśl norm europejskich nie mogą różnicować traktowania grup społecznych przez władze państwowe bez wyraźnej, rzetelnej i opartej na faktach analizy zagrożeń, które nie mogą być zneutralizowane na gruncie dotychczasowego prawodawstwa. Biorąc pod uwagę istniejącą od lat równoległą ścieżkę prawną pozwalającą ABW osiągnąć praktycznie taką samą skuteczność kontroli operacyjnej, nie sposób uznać wprowadzoną normę prawną za absolutnie niezbędną czy społecznie uzasadnioną wyłom w fundamentalnych gwarancjach obywatelskich obowiązujących w demokratycznym państwie prawa³⁹.

Oparcie się na jednej z tez wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r.⁴⁰ jako argumentie dopuszczającym zastosowanie uproszczonego trybu kontroli operacyjnej w stosunku do cudzoziemców wydaje się w przypadku art. 9 ust. 1 ustawy antyterrorystycznej za chybione⁴¹. TK wskazał jedynie na dopuszczalność przyjęcia odmiennych dla cudzoziemców norm w odniesieniu do całości niejawnie-

Międzyresortowego Zespołu ds. Zagrożeń Terrorystycznych oraz Zespołu Zadaniowego Stałej Grupy Ekspertkiej w dniu 14 marca 2018 roku, www.antyterroryzm.gov.pl/CAT/ochrona-antyterrorysty/międzyresortowy-zespol/komunikat-z-posiedzenia-41/1416,Komunikat-z-posiedzenia-Międzyresortowego-Zespołu-ds-Zagrożeń-Terrorystycznych-o.html [dostęp: 4.04.2018].

³⁷ P. Lubiewski, *op. cit.*, s. 306.

³⁸ Projekt ustawy o działaniach antyterrorystycznych, druk nr 516, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/9CCA65458151278AC1257FB50049D701/%24File/516.pdf> [dostęp: 8.04.2018], s. 60.

³⁹ Wyrok ETPCz z dnia 4 grudnia 2015 r. w sprawie *Zacharov przeciwko Rosji*, skarga nr 47143/06, § 232.

⁴⁰ Wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., K 23/11, OTK ZU 2014, nr 7A, poz. 80, cz. III uzasadnienia, pkt 5.3.

⁴¹ Por. P. Chrobot, *op. cit.*, s. 70.

go pozyskiwania danych operacyjnych, łącznie z danymi z rejestrów publicznych, lecz niekoniecznie dotyczących treści prywatnej aktywności obywateli uzyskanej w ramach kontroli operacyjnej. Analogiczne w tej kwestii są niedawne rozstrzygnięcia ETPCz⁴² w zakresie dopuszczalności odrębnych unormowań związanych z realizacją zadań przez służby wywiadowcze. Zgodnie z powyższym orzecnictwem ustawodawca, kształtując normę prawną, winien gruntownie analizować kryteria państwa obywatelskiego, respektującego podstawowe prawa i wolności człowieka lub chociażby zasady zakazu dyskryminacji.

Pogląd taki prezentują również w odniesieniu do art. 9 ustawy antyterrorystycznej pozarządowe organizacje obrony praw człowieka oraz autonomiczne instytucje krajowe, w tym Rzecznik Praw Obywatelskich⁴³, który we wniosku do Trybunału Konstytucyjnego podnosi zróżnicowanie sytuacji prawnej obywateli RP i cudzoziemców oraz niedostateczną ochronę jednostki przed działaniami władz państwowych. Fala krytyki, z jaką spotkała się omawiana norma prawna, jest wyrazem obaw o zbyt szeroki i niekontrolowany dostęp do wrażliwych danych o obywatelach niekoniecznie w związku ze sprawami dotyczącymi przeciwdziałania terroryzmowi⁴⁴. Nie odnosząc się do poszczególnych zarzutów organizacji i instytucji dbających o prawa człowieka, można zauważyć zbieżność wyrażanych zarzutów w kwestii niezasadnego stosowania tego typu regulacji wyłącznie w stosunku do cudzoziemców jako osób potencjalnie zaangażowanych w działalność terrorystyczną, co sugeruje tę grupę osób jako jedyną, z której rekrutują się sprawcy przestępstw o charakterze terrorystycznym.

PODSUMOWANIE

Unormowania prawne kraju rządzącego się regułami demokratycznymi winny przewyższać naturalną antynomię pomiędzy bezpieczeństwem organizmu społecznego, jakim jest państwo, jego spójnością i sprawnością funkcjonowania a fundamentalnymi z punktu widzenia respektowanych wartości prawami indywidualnymi do wolności i prywatności⁴⁵. Rolą ustawodawcy jest stworzenie le-

⁴² Wyrok ETPCz z dnia 12 stycznia 2016 r. w sprawie *Szabo i Vissy przeciwko Węgrom*, skarga nr 37138/14, § 20.

⁴³ Wniosek do TK w sprawie ustawy antyterrorystycznej 11 lipca 2016 r., www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wniosek%20do%20TK%20w%20sprawie%20ustawy%20antyterrorystycznej%2011%20lipca%202016.pdf [dostęp: 8.04.2018], s. 2. Zob. także: *Rzecznik Praw Obywatelskich skarży ustawę antyterrorystyczną do Trybunału Konstytucyjnego*, 7.11.2016, www.rpo.gov.pl/pl/content/RPO-skarzy-ustawe-antyterrorystyczna-do-TK [dostęp: 8.04.2018].

⁴⁴ M. Szuniewicz-Stępień, *op. cit.*, s. 367–368.

⁴⁵ Wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., K 23/11, OTK ZU 2014, nr 7A, poz. 80, cz. III uzasadnienia, pkt 1.8.

galnych podstaw działania organów państwa zmierzających do utrzymania dóbr wspólnych, do których należy poczucie bezpieczeństwa, ale w sposób niebudzący wątpliwości jednostki co do braku nadmierności stosowanych środków oraz dopuszczalności wykorzystywania ich sprzecznie z przeznaczeniem⁴⁶. Wprawdzie normy unijne przeniosły ciężar regulacji prawnych w sprawach bezpieczeństwa narodowego i porządku publicznego na legislację krajową, lecz nie oznacza to całkowitej dowolności w ich kształtowaniu w zakresie, w jakim mają spełniać standardy podstawowych praw człowieka i wartości uniwersalnych dla krajów wchodzących w skład wspólnoty. Normy prawne ingerujące, zgodnie z poglądem TK, w sposób najbardziej dotkliwy dla jednostki w jego usankcjonowane prawnie wolności osobiste winny mieć charakter wyjątkowo precyzyjny, zawężając swobodę uznania organom działającym na ich podstawie nawet w stanie wojennym i wyjątkowym⁴⁷. Tym bardziej dotyczy to sytuacji hipotetycznego zwiększenia zagrożenia terrorystycznego Polski w przyszłości.

W tym kontekście uprawnienie Szefa ABW do samodzielnego zarządzania kontroli operacyjnej w zakresie unormowanym w art. 9 ust. 1 ustawy antyterrorystycznej, mimo swej pozornej ręką dostatecznego zachowania dbałości w wyznaczeniu precyzyjnych ram postępowania dla organów państwa, stwarzają fikcję spełnienia standardów wyznaczonych przez Konstytucję RP. Taka sama ocena normy prawnej nasuwa się również w odniesieniu do jakości legislacji dotyczącej stosowania tak ważnego środka inwigilacji w kontekście utrwalonego orzecznictwa ETPCz. Tym samym należy przyjąć omawiany przepis za krok wstecz. Wobec obniżenia standardów ochrony jednostki przed nieuprawnionym działaniem władz państwowych twierdzenie zrównujące art. 9 ust. 1 ustawy antyterrorystycznej ze standardami obowiązującymi w innych aktach prawnych dotyczących kontroli operacyjnej według innych ustaw, z wyjątkiem organu kontrolnego innego niż sąd, jest całkowicie nieuzasadnione⁴⁸. Dodatkową kwestią świadcząca przeciw omawianej normie prawnej jest wykorzystanie fasadowego uzasadnienia wzmoczoną aktywnością ugrupowań terrorystycznych i koniecznością przygotowania podstaw prawnych celem adekwatnej reakcji na wzrastające zagrożenie, upoważniając służby państwowe do nadmiernej ingerencji w wolności osobiste, co w istocie jest niedozwoloną dyskryminacją osób nieposiadających obywatelstwa polskiego.

W odniesieniu do problematyki stosowania kontroli operacyjnej należy stwierdzić, że potencjalna kolizja art. 9 ustawy antyterrorystycznej z regułami prawa

⁴⁶ Zob. Wniosek do TK w sprawie ustawy antyterrorystycznej...

⁴⁷ Wskazówki określające wysoką pozycję prywatności w systemie praw i wolności konstytucyjnych, zawężające swobodę ustawodawcy w zakresie ograniczania tego prawa nawet w stanie wojennym i wyjątkowym, znaleźć można w: wyroku TK z dnia 20 marca 2006 r., K 17/05. OTK -A 2006, nr 3, poz. 30; wyroku TK z dnia 30 lipca 2014 r., K 23/11, OTK ZU 2014, nr 7A, poz. 80, cz. III, pkt 1.12.

⁴⁸ P. Chrobot, *op. cit.*, s. 71.

międzynarodowego oraz Konstytucji RP jest istotna z kilku powodów. Przede wszystkim paradoksalnie ustawodawca, tworząc nieprecyzyjną i dającą szeroką swobodę organom państwowym normę prawną, może doprowadzić do zniweczenia w indywidualnej sprawie procesu karnego, pozostawiając sprawcę przestępstwa bezkarnym, ponieważ „Obowiązkiem sądów krajowych w świetle ostatniego orzecznictwa jest niestosowanie prawa krajowego sprzecznego z ogólną zasadą niedyskryminacji”⁴⁹. Tym samym nawet rzetelne postępowanie ABW w zgodzie z niniejszą normą prawną oraz przekonaniem o celowości i właściwości zastosowanego środka inwigilacji z wynikiem pozytywnym będzie podlegać ostatecznie ocenie sądu w zakresie legalności pozyskania materiału dowodowego ze względu na zgodność z regułami fundamentalnych praw jednostki gwarantowanych przez Konstytucję i prawo międzynarodowe. Ponadto przekroczenie norm gwarancyjnych stanowi przesłankę do zbadania przystawania normy do „standardu pewności prawa”⁵⁰ wyznaczanego przez Konstytucję RP na wniosek uprawnionej jednostki. Ostatecznie według poglądów ETPCz nawet samo istnienie przepisów ustawodawczych umożliwiających nadmierne lub arbitralne prowadzenie niejawnych działań stanowi naruszenie art. 8 EKPC⁵¹ i może być rozpatrywane bez konieczności wykazania przez jednostkę pozywającą faktycznego wykorzystania przeciwko niej środków inwigilacji przez organy władzy państwowej⁵², zwłaszcza że nie stworzono podstaw prawnych do pozytywnego informowania obywateli o negatywnie zakończonym zastosowaniu wobec nich kontroli operacyjnej.

Podsumowując rozważania dotyczące niedociągnięć w zakresie formuły prawnej, należy podkreślić, że art. 9 ustawy antyterrorystycznej stanowi bezużyteczne narzędzie pracy operacyjno-rozpoznawczej w aspekcie celu, jaki stanowi wykrywanie przestępstw terrorystycznych i pociąganie do odpowiedzialności karnej ich sprawców. O ile ustawodawca uzna dalsze funkcjonowanie uprawnienia do samodzielnego zarządzania kontroli operacyjnej przez Szefa ABW za konieczny instrument do rozpoznawania grup terrorystycznych, o tyle w celu spełnienia minimalnych standardów pewności norm prawnych zgodnych z wymogami konstytucyjnymi i traktatowymi należałoby *de lege ferenda* dokonać zmian w redakcji omawianego artykułu⁵³. Przede wszystkim należy wprowadzić precyzyjne określenie momentu zastosowania kontroli operacyjnej, zamieszczając zapis wskazujący

⁴⁹ A. Śledzińska-Simon, *op. cit.*, s. 83.

⁵⁰ M. Szuniewicz-Stępień, *op. cit.*, s. 342.

⁵¹ *Ibidem*, s. 338.

⁵² Wyrok ETPCz z dnia 12 stycznia 2016 r. w sprawie *Szabo i Vissy przeciwko Węgrom*, skarga nr 37138/14, § 32–39; wyrok ETPCz z dnia 4 grudnia 2015 r. w sprawie *Zacharov przeciwko Rosji*, skarga nr 47143/06, § 165.

⁵³ Wyrok ETPCz z dnia 4 grudnia 2015 r. w sprawie *Zacharov przeciwko Rosji*, skarga nr 47143/06, § 231, § 238–301; wyrok ETPCz z dnia 16 lutego 2000 r. w sprawie *Amann przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 27798/95, § 56–58.

na posiadanie przez służby co najmniej uzasadnionego podejrzenia prowadzenia działalności wypełniającej znamiona czynu o charakterze terrorystycznym wobec obecnej niezwykle słabej przesłanki mówiącej o przypuszczeniach służby o możliwości prowadzenia takiej aktywności⁵⁴. Takie określenie, pomimo braku subsidiarności, jednoznacznie wskazuje na pewien dający się przewidzieć przez obywatela moment, w którym uprawniony organ może zainicjować ingerencję w sferę wolności osobistych. Należy się bowiem zgodzić, że w określonych warunkach zwiększonego zagrożenia ochrona dobra społecznego może wymagać obniżenia standardów ochrony prywatności obywatelskiej. Jednak aby takie działanie ze strony władz państwowych nie miało charakteru nieuprawnionej dyskryminacji, trzeba zrezygnować z ograniczenia tego trybu postępowania do osób o obcej przynależności państwowej, mając na względzie również nieuzasadnione zawężenie zastosowania normy prawnej do grona jedynie części potencjalnych sprawców zamachów terrorystycznych. Stosowanie tak uproszczonej formuły ingerencji w prawa obywatelskie powinno mieć charakter ograniczający do zastosowania w wyjątkowych warunkach, związanych ze zwiększonym narażeniem obywateli na agresję terrorystyczną, poprzez uzależnienie możliwości zastosowania tej procedury jedynie w okresie obowiązywania jednego ze stopni alarmowych, o których mowa w art. 15 ust. 1 i 2 ustawy antyterrorystycznej. Tego typu rozwiązanie ogranicza możliwość uruchomienia wzmoczonych form inwigilacji do sytuacji wystąpienia bardziej skonkretyzowanego zagrożenia aktami terrorystycznymi i winno być akceptowalne jako wyraz swoistej ostateczności działań inwazyjnych w życie prywatne.

Najważniejszą kwestią wymagającą uwzględnienia w celu spełnienia wymogów praworządności jest zwiększenie funkcji kontroli zarządzania środka niejawniej inwigilacji w tej postaci ze strony organu niezależnego od władzy wykonawczej. Najbardziej rozpowszechniony model kontroli sądowniczej wydaje się być optymalnym rozwiązaniem, przynajmniej w formie następczego nadzoru działań Szefa ABW, z prawem nakazu zaprzestania podjętych działań. Taki minimalny środek do weryfikacji poczynań służb państwowych z jednej strony nie stanowi bariery opóźniającej rozpoczęcie działań przez organ, z drugiej zaś stanowi wystarczającą gwarancję weryfikacji arbitralności ingerencji władzy w prawa jednostki.

Dodatkowo warte rozważenia przez ustawodawcę wydaje się być doprecyzowanie uprawnień wszystkich służb uprawnionych do stosowania kontroli operacyjnej⁵⁵ w zakresie czynności polegających na instalacji urządzeń bądź wprowadzaniu do systemów teleinformatycznych oprogramowania, co umożliwi prowadzenie rejestracji obrazu lub dźwięku albo odbioru danych cyfrowych, jeżeli warunki te są realizowane bez pośrednictwa dostawcy usług i nie mają charakteru automatycznego

⁵⁴ M. Szuniewicz-Stępień, *op. cit.*, s. 355.

⁵⁵ W oparciu o normy prawne dotyczące uprawnień służb wymienionych w niniejszym artykule.

udostępniania. Uregulowanie takie wydaje się konieczne ze względu na potencjalnie możliwe rozległe oddziaływanie na sferę prywatności osób postronnych na etapie uprzednim do podjęcia właściwej rejestracji danych na podstawie zgody sądu, niezależnie od tego, czy przedsięwzięcia przygotowawcze ingerują w przestrzeń realną czy wirtualną. Takie uregulowania z pewnością poprawią jakość stanowionych norm prawnych, wpływając pozytywnie na poczucie pewności prawnej obywateli w odniesieniu do naruszania ich niezwykłych praw, nie stanowiąc jednocześnie bariery dla sprawności realizacji zadań przez służby antyterrorystyczne.

BIBLIOGRAFIA

- Chrobot P., *Ustawa o działaniach antyterrorystycznych. Komentarz do niektórych regulacji*, www.abw.gov.pl/download/1/2321/3.pdf [dostęp: 21.08.2018].
- Gruza E., Kędziński M.A., *Zakres kompetencji organów policyjnych uprawnionych do wnioskowania o kontrolę operacyjną*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2016, nr 14.
- Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, 31.08.2018, www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf [dostęp: 29.09.2018].
- Hasło: *Przynależność państwowa*, [w:] *Internetowy słownik języka polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/slowniki/przynale%C5%BCno%C5%9B%C4%87%20pa%C5%84stwowa.html> [dostęp: 13.03.2018].
- Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 83, 30.03.2010).
- Komunikat z posiedzenia Międzyresortowego Zespołu ds. Zagrożeń Terrorystycznych oraz Zespołu Zadaniowego Stałej Grupy Ekspertckiej w dniu 14 marca 2018 roku, www.antyterroryzm.gov.pl/CAT/ochrona-antyterrorysty/międzyresortowy-zespol/komunikat-z-posiedzenia-41/1416,Komunikat-z-posiedzenia-Międzyresortowego-Zespołu-ds-Zagrożeń-Terrorystycznych-o.html [dostęp: 4.04.2018].
- Laurent S., *Kalifat terroru*, Warszawa 2014.
- Lubiewski P., *Ustawa antyterrorystyczna wobec służb specjalnych. Rozszerzenie czy aktualizacja uprawnień?*, [w:] *Polska ustawa antyterrorystyczna – odpowiedź na zagrożenia współczesnym terroryzmem*, red. W. Zubrzycki, K. Jałoszyński, A. Babiński, Szczytno 2016.
- Mariańska D., *Czeczeni z wyrokiem za wspieranie terrorystów*, www.bialystokonline.pl/czeczeni-z-wyrokiem-za-wspieranie-terrorystow,artykul,100602,14,1.html [dostęp: 19.11.2018].
- Projekt ustawy o działaniach antyterrorystycznych, druk nr 516, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/9CCA65458151278AC1257FB50049D701/%24File/516.pdf> [dostęp: 8.04.2018].
- Rzecznik Praw Obywatelskich skarży ustawę antyterrorystyczną do Trybunału Konstytucyjnego*, 2016, www.rpo.gov.pl/pl/content/RPO-skarzy-ustawe-antyterrorystyczna-do-TK [dostęp: 8.04.2018].
- Szuniewicz-Stępień M., *Działania operacyjno-rozpoznawcze w ustawie antyterrorystycznej a europejski standard ochrony praw człowieka – wybrane zagadnienia*, [w:] *Polska ustawa antyterrorystyczna – odpowiedź na zagrożenia współczesnym terroryzmem*, red. W. Zubrzycki, K. Jałoszyński, A. Babiński, Szczytno 2016.
- Śledzińska-Simon A., *Zasada równości i zasada niedyskryminacji w prawie Unii Europejskiej*, „Studia BAS” 2011, nr 2.
- Tomkiewicz M., *Podśluchy operacyjne w orzecznictwie sądowym*, „Prawo i Prokuratura” 2015, nr 4.
- Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE C 202, 7.06.2016), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=OJ:C:2016:202:TOC> [dostęp: 8.04.2018].

- Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U. z 2017 r., poz. 2067).
- Ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz.U. z 2017 r., poz. 2365).
- Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz.U. z 2016 r., poz. 1483).
- Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz.U. z 2017 r., poz. 1920).
- Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. z 2017 r., poz. 1993 ze zm.).
- Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz.U. z 2017 r., poz. 1978).
- Ustawa z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1767 ze zm.).
- Ustawa z dnia 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 452 ze zm.).
- Ustawa z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (Dz.U. z 2018 r., poz. 508).
- Wejkszner A., *Państwo Islamskie. Narodziny nowego kalifatu?*, Warszawa 2016.
- Wniosek do TK w sprawie ustawy antyterrorystycznej 11 lipca 2016 r., www.rpo.gov.pl/sites/default/files/Wniosek%20do%20TK%20w%20sprawie%20ustawy%20antyterrorystycznej%2011%20lipca%202016.pdf [dostęp: 8.04.2018].
- Wyrok ETPCz z dnia 6 września 1978 r. w sprawie *Klass i inni przeciwko Niemcom*, skarga nr 5029/71.
- Wyrok ETPCz z dnia 2 sierpnia 1984 r. w sprawie *Malone przeciw Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 8691/79.
- Wyrok ETPCz z dnia 16 lutego 2000 r. w sprawie *Amann przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 27798/95.
- Wyrok ETPCz z dnia 26 kwietnia 2007 r. w sprawie *Popescu przeciwko Rumunii*, skarga nr 71525/01.
- Wyrok ETPCz z dnia 4 grudnia 2015 r. w sprawie *Zacharov przeciwko Rosji*, skarga nr 47143/06.
- Wyrok ETPCz z dnia 12 stycznia 2016 r. w sprawie *Szabo i Vissy przeciwko Węgrom*, skarga nr 37138/14.
- Wyrok TK z dnia 20 marca 2006 r., K 17/05. OTK-A 2006, nr 3, poz. 30.
- Wyrok TK z dnia 17 czerwca 2008 r., K 8/04, OTK ZU 2008, nr 5A, poz. 81.
- Wyrok TK z dnia 30 lipca 2014 r., K 23/11, OTK ZU 2014, nr 7A, poz. 80.

SUMMARY

Passing the anti-terrorist law in Poland introduced a number of new legal solutions, including in the scope of carrying out operational tasks by services involved in anti-terrorist activities. One of the powers is the ability to independently manage wiretapping by the Head of the Internal Security Agency in relation to foreigners. This legal regulation is the subject of polemics in the context of discussions referring to the extent of state interference in civil rights to the protection of privacy. The study analyzed the regulation of Article 9 Anti-terrorism Law in relation to the established jurisprudence of the Polish Constitutional Tribunal and the ECHR in the scope of interference of special services through the use of operational techniques in civil liberties and supervision over the application of these methods by independent authority. In addition, the question of possible violation of the prohibition of discrimination by the indicated legal norm was raised.

Keywords: terrorism; wiretapping; operational works; discrimination in the field of human rights; restriction of freedom and human rights