



RADA FUNDACJI
Halina Bortnowska-Dąbrowska
Janusz Grzelak
Michał Nawrocki
Marek Antoni Nowicki
Stefan Starczewski

ZARZĄD FUNDACJI
Prezes: **Danuta Przywara**
Wiceprezes: **Jerzy Ciemniowski**
Sekretarz: **Adam Bodnar**
Skarbnik: **Elżbieta Czyż**
Członek Zarządu: **Janina A. Kłosowska**

Warszawa, 30 września 2009 r.

Szanowny Pan
Witold Drożdż
Podsekretarz Stanu
Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji

Szanowny Panie Ministrze,

Bardzo dziękuję za zaproszenie Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka do dyskusji o kształcie przyszłej ustawy o Policji. Przedstawiony nam projekt ustawy o zmianie ustawy o Policji i niektórych innych ustaw (projekt z dnia 26 sierpnia 2009 r.)¹ jest tak obszerny, że nie sposób odnieść się do wszystkich zawartych w nim zmian. Ze względu na to, a przede wszystkim ze względu na swoją misję, Helsińska Fundacja Praw Człowieka odniesie się jedynie do tych aspektów nowelizacji, które bezpośrednio dotyczą praw człowieka. Równocześnie przepraszamy za przekroczenie zaproponowanego przez Pana Ministra terminu złożenia opinii.

I Uwagi ogólne

1) Przedłożony do zaopiniowania projekt ustawy o zmianie ustawy o Policji i niektórych innych ustaw zawiera propozycje licznych zmian, w tym kilku istotnych z punktu widzenia praw człowieka. Koncentrują się one przede wszystkim wokół działalności operacyjnej Policji.

¹ Projekt opinii przygotowali: mgr Artur Pietryka i dr Piotr Kładoczny.

Przede wszystkim projekt zakłada poszerzenie zakresu przedmiotowego kontroli operacyjnej, a także wprowadzenie nowych technik operacyjnych możliwych do wykorzystania w ramach stosowania tej kontroli. Przedstawiona nowelizacja zakłada ponadto doprecyzowanie zasad wykorzystywania materiałów zgromadzonych na skutek użycia kontroli operacyjnej. W ocenie Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka (dalej: HFPC) niezwykle ważną kwestią, o którą należałoby poszerzyć proponowaną nowelizację jest wprowadzenie obowiązku poinformowania jednostki przez Policję o stosowanych wobec niej czynnościach operacyjno-rozpoznawczych.

II Rozszerzenie katalogu przestępstw, przy ściganiu których możliwe jest stosowanie kontroli operacyjnej (art. 19 ust. 1 ustawy o Policji).

2) Art. 1 pkt 17 lit. a przedłożonego projektu zakłada nadanie nowego brzmienia art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Zmiana ta sprowadza się do rozszerzenia katalogu przestępstw, przy ściganiu (także zapobieganiu i wykrywaniu) których dopuszcza się stosowanie kontroli operacyjnej. Projekt proponuje wprowadzenie do art. 19 ust. 1 dodatkowo przestępstw z art. 151, 158, 159, 182 § 1, 183 § 1-3, 197, 198, 199, 202 § 3, 203, 204 § 3, 247, 265 § 1 i 2, 278 i 279, jeżeli wysokość szkody lub wartość mienia przekracza pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę (określonego) na podstawie odrębnych przepisów oraz przestępstw przeciwko obrotowi papierami wartościowymi i instrumentami finansowymi, określonych w art. 99 - 101 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzenia instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz. U. Nr 184, poz. 1539, z 2006 r. Nr 157, poz. 1119 oraz z 2007r. Nr 235, poz. 1734), w art. 178 – 182 ustawy z dnia 29 lipca 2005r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz. U. Nr 183, poz. 1538 oraz z 2006r. Nr 104, poz.708 i Nr 157, poz. 1119) oraz w art. 287 – 289 ustawy z dnia 27 maja 2004r. o funduszach inwestycyjnych (Dz. U. Nr 146, poz. 1546, z późn.zm. 4)), jeżeli wysokość szkody lub wartość przedmiotu czynu jest znaczna. W uzasadnieniu do ustawy wskazano, iż *„rozszerzenie przedmiotowego zakresu dopuszczalności kontroli operacyjnej wypełnia luki w ochronie przed przestępczością, jakie istnieją obecnie z powodu pominięcia przestępstw bezpośrednio zagrażających życiu ludzkiemu (np. przestępstwo bójki lub przestępstwo toksycznego zanieczyszczenia środowiska) albo moralności publicznej (sutenerstwo, pedofilia), niektórych przestępstw o charakterze ekonomicznym oraz innych przestępstw o znacznym stopniu społecznej szkodliwości; w tym przestępstw przeciwko wymiarowi sprawiedliwości”*. Należy pamiętać, iż kontrola operacyjna

jest środkiem subsydiarnym, stosowanym gdy inne środki okazały się nieskuteczne lub zachodzi duże prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne. W związku z tym nie powinno się z niej korzystać w sytuacjach, gdy nie zachodzi ku temu taka potrzeba. Z projektu wynika, iż zdaniem projektodawcy rozszerzenie zakresu przedmiotowego kontroli operacyjnej jest koniecznością. Tymczasem w uzasadnieniu nie zostały przedstawione argumenty przemawiające za zasadnością tego rozszerzenia. W ocenie HFPC znaczna część przepisów nie spełnia testu proporcjonalności ingerencji. Na przykład za takie należałoby uznać rozszerzanie zakresu przedmiotowego kontroli operacyjnej m.in. o przestępstwa z art. 197-199 k.k., ścigane wszak na wniosek osoby pokrzywdzonej. Proponowana regulacja wydaje się mieć na celu stworzenie możliwości zalegalizowania jak największej porcji uzyskanych informacji o przestępstwach, o których organ ścigania dowiedział się niejako przy okazji prowadzonej działalności bez faktycznej kontroli ze strony sądu. Co więcej należałoby się zastanowić nad redukcją dotychczasowego katalogu przestępstw wskazanych w art. 19 ust. 1 ustawy.

3) HFPC pragnie również zwrócić uwagę, iż dalsze rozszerzanie zakresu policyjnej kontroli operacyjnej (w przypadku przestępstw przeciwko ochronie informacji czy też o charakterze korupcyjnym) prowadzić może do niepotrzebnego nachodzenia się kompetencji Policji z innymi służbami (Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Centralne Biuro Antykorupcyjne), co może się negatywnie odbić na skuteczności podejmowanych działań operacyjnych.

III Rozszerzenie zakresu środków stosowanych w ramach kontroli operacyjnej

4) Art. 1 pkt 17 lit. c planowanej nowelizacji zakłada rozszerzenie katalogu technik operacyjnych, które mogą być stosowane w ramach kontroli operacyjnej. Tym nowym narzędziem ma być „stosowanie środków elektronicznych umożliwiających niejawnie i zdalnie uzyskanie dostępu do zapisu na informatycznym nośniku danych, treści przekazów nadawanych i odbieranych oraz ich utrwalanie”. W uzasadnieniu do projektu podkreślono, iż *„w toku działań operacyjnych zauważono rosnące zainteresowanie grup przestępczych lub terrorystycznych ogólnie dostępnymi technologiami informatycznymi umożliwiającymi szyfrowanie kanałów łączności pomiędzy komputerami lub przestrzeni dyskowej tych komputerów. Szyfrowanie takie praktycznie uniemożliwia służbom dostęp do informacji oraz treści rozmów w ten sposób zabezpieczonych. Złamanie tak zabezpieczonych rozmów lub*

danych wymaga bowiem najnowocześniejszego sprzętu i oprogramowania i może zająć wiele czasu (dni lub miesięcy, w zależności od długości zastosowanego klucza), co w praktyce niweczy sens stosowania kontroli operacyjnej wobec osób stosujących tego rodzaju zabezpieczenia. Jediną skuteczną metodą przełamania tego typu barier jest uzyskanie przez Policję i inne służby niejawnego dostępu do treści rozmów i danych będących w zainteresowaniu tych organów przed ich zaszyfrowaniem, co jest możliwe tylko na komputerze, którym posługuje się ewentualny przestępca. Dostęp taki można uzyskać dzięki instalacji na komputerze osoby będącej w zainteresowaniu służb, specjalnego oprogramowania, które w sposób niejawny będzie monitorowało wszelkie czynności wykonywane na nim, a rezultat tego monitoringu będzie przekazywany poprzez sieć Internet do zainteresowanych służb. Niestety, w chwili obecnej stosowanie tego rodzaju narzędzi w Polsce nie jest prawnie usankcjonowane, z czego świat przestępczy doskonale zdaje sobie sprawę". Zdalne przeszukanie ma dawać możliwość dotarcia do informacji zgromadzonych w komputerze podejrzanego oraz uzyskanie tych danych przed ich zaszyfrowaniem. Technika ta polega na zainstalowaniu w urządzeniu podejrzanego programu, który przechowywałby dane i przekazywałby je za pomocą łącza internetowego do innego komputera. Program ten to nic innego jak wirus komputerowy – koń trojański².

5) Problem, na który należy zwrócić uwagę, to zakres przedmiotowy stosowania zdalnego przeszukania. W uzasadnieniu wskazano, iż „wprowadzenie powyższego rozwiązania oraz planowane zmiany w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną, pozwoliłyby polskiej Policji skutecznie zapobiegać, wykrywać i ścigać sprawców najcięższych przestępstw wykorzystujących w swej przestępczej działalności najnowsze technologie informatyczne". Tymczasem zakres przedmiotowy tzw. zdalnego przeszukania jest analogiczny do pozostałych form kontroli operacyjnej. Umożliwienie stosowania tej techniki w zakresie ścigania wszystkich przestępstw ujętych w art. 19 ust. 1 należy uznać, zdaniem Fundacji, za nieproporcjonalne i niezasadnione.

6) Warto przy tej okazji nawiązać do doświadczeń w tym zakresie innych państw. W Niemczech w sprawie zdalnego przeszukania kilkakrotnie wypowiedział się niemiecki Federalny Sąd Konstytucyjny, który swym orzecznictwem wyznaczył bardzo restrykcyjne granice korzystania z tego typu narzędzi. W wyroku z 31 stycznia 2007 r. FSK wskazał, iż

² A. Kiedrowicz, Zagadnienie kontroli przekazów informacji w ramach telefonii internetowej, Prokuratura i Prawo 10/2008, s. 126.

stosowanie tego typu technik należy odróżnić od tradycyjnych podsłuchów oraz przeszukań, które wymagają sądowego postanowienia. Ponadto FSK wskazał, iż stosowanie zdalnych przeszukań jest możliwe tylko na podstawie precyzyjnych przepisów zapewniających przestrzeganie sformalizowanej procedury gwarantującej wysoki poziom bezpieczeństwa zbieranych i przechowywanych danych³. W wyroku z 27 lutego 2008 r. FSK stwierdził natomiast, iż przeszukiwanie jest tylko wtedy zgodne z konstytucją, gdy zachodzi konkretne niebezpieczeństwo dla ludzkiego życia lub bytu państwa⁴. Również we Francji trwają prace nad usankcjonowaniem tego typu technik⁵. Stosowanie nowych technik będzie możliwe w ramach walki z najcięższą przestępczością (terroryzm, dziecięca pornografia). Art. 24 francuskiego projektu tzw. LOPPSI nakłada m.in. ograniczenia czasowe (cztery miesiące z możliwością jednokrotnego przedłużenia o kolejne cztery miesiące), wymóg uzyskania zgody sędziego śledczego, wymogi jakie powinien spełniać wniosek (m.in. podanie w jakim systemie komputerowym będzie działał program oraz konieczność sprecyzowania przedmiotu działań), a także zastrzeżenia, iż gromadzenie prywatnych danych jest możliwe tylko wtedy, gdy mają one poważny i bezpośredni związek z przestępstwem. Jak więc widzimy, stosowanie tego typu technik w wyżej wymienionych krajach zostało dozwolone tylko przy ściganiu pewnych, szczególnych kategorii przestępstw, a skorzystanie z nich obwarowane zostało szczególnymi wymogami mającymi minimalizować ryzyko nadużyć.

HFPC w pełni zgadza się z takim rozwiązaniem i stoi na stanowisku, iż wprowadzenie możliwości zdalnego przeszukania należy ograniczyć jedynie do wybranych kategorii przestępstw. Stąd też uzasadnione jest stworzenie odrębnego uregulowania dotyczącego zakresu przedmiotowego zdalnego przeszukania (na przykład poprzez odesłanie do art. 115 § 20 kk). Ponadto wskazane jest doprecyzowanie art. 19 ust. 7 nowelizowanej ustawy regulującej treść wniosku kierowanego do sądu okręgowego o zarządzenie kontroli operacyjnej, właśnie pod kątem przyszłego stosowania zdalnego przeszukania, m.in. poprzez wskazanie, iż we wniosku powinna się znaleźć rubryka „numer IP”. Jest to w ocenie HFPC niezbędne dla dokonania skutecznej kontroli przez sąd rozpatrujący wniosek o wyrażenie zgody na prowadzenie kontroli operacyjnej.

IV Wykorzystywanie materiałów uzyskanych w drodze stosowania kontroli operacyjnej

³ Wyrok z 31 stycznia 2007 r., sygn. StB 18/06.

⁴ Wyrok z 27 lutego 2008 r., sygn. 22/07 I BvR 370/07; 1 BvR 595/07.

⁵ Patrz projekt ustawy "Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure" (dalej: LOPPSI). Projekt dostępny jest na stronie: www.loppsi.fr

7) Art. 1 pkt 17 lit. f oraz g projektowanej nowelizacji zakłada zmianę brzmienia art. 19 ust. 15 oraz wprowadzenie ustępów: 15a, 15b i 15c regulujących zakres wykorzystywania materiałów uzyskanych w ramach kontroli operacyjnej, na potrzeby postępowania karnego. W pierwszej kolejności należy docenić starania zmierzające do usunięcia licznych wątpliwości dotyczących interpretacji art. 19 ust. 15 ustawy o Policji. W postanowieniu z 26 kwietnia 2007 r. SN⁶ wskazał, iż *„Przez „uzyskane dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego lub mające znaczenie dla toczącego się postępowania karnego” (art. 19 ust. 15 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, tekst jednolity Dz. U. z 2002 r., Nr 7, poz. 58 z późn. zm.) należy rozumieć wyłącznie dowody popełnienia przestępstw wymienionych w katalogu z art. 19 ust. 1 tej ustawy. Uzyskane w czasie kontroli operacyjnej dowody popełnienia przestępstw - określonych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji - przez osobę inną niż objęta postanowieniem wydanym na podstawie art. 19 ust. 2 tej ustawy albo popełnionych wprawdzie przez osobę nim objętą ale dotyczące przestępstw innych niż wskazane w tym postanowieniu, mogą być wykorzystane w postępowaniu przed sądem (art. 393 § 1 zdanie pierwsze k.p.k., stosowany odpowiednio), pod warunkiem, że w tym zakresie zostanie wyrażona następcza zgoda sądu na przeprowadzenie kontroli operacyjnej (art. 19 ust. 3 ustawy o Policji, stosowany odpowiednio)”*. W związku z tym orzeczeniem w doktrynie powstała wątpliwość dotycząca podstawy prawnej prezentowanego przez SN rozumowania. Prace nad projektem stanowią dobrą okazję do stworzenia przepisów idących w kierunku wskazanym przez SN.

8) Doceniając starania projektodawcy w zakresie usankcjonowania stanowiska SN, HFPC pragnie jednocześnie zwrócić uwagę na kilka pojawiających się aspektów. W pierwszym rzędzie należy wskazać na konieczność doprecyzowania trybu uzyskania następczej zgody. W tym zakresie projekt nie zawiera m.in. określenia, w jakim terminie właściwy organ: Komendant Główny Policji, Szef CBS oraz wojewódzki komendant policji, powinien wystąpić o wyrażenie przez właściwy sąd okręgowy następczej zgody. W projekcie nie wskazano również, jakie wymogi powinien spełniać wniosek o wyrażenie następczej zgody na zalegalizowanie uzyskanych w ramach kontroli operacyjnej materiałów. Jest to niezwykle istotne zważywszy, iż SN we wspomnianym postanowieniu z 26 kwietnia 2007 r. odsyłał w tym zakresie do uregulowań art. 19 ust. 3 ustawy o Policji, co spotkało się z wieloma

⁶ Postanowienia SN z 26 kwietnia 2007 r. I KZP 6/07, OSNK 5/2007 poz. 31, s.1, w doktrynie spotkało się zarówno z głosami aprobującymi: S. Hoc, J. Skorupka jak i krytycznymi – M. Węglowski.

zastrzeżeniami doktryny⁷. Wydaje się, iż sprecyzowanie tych aspektów trybu następczej kontroli jest wskazane i pozwoliłoby w przyszłości uniknąć ewentualnych wątpliwości interpretacyjnych.

9) HFPC ma ponadto wątpliwości związane z użyciem w art. 19 ust. 15b określenia „materiały zawierające informacje mające znaczenie dla czynności operacyjno-rozpoznawczych prowadzonych w celu zapobieżenia przestępstwu, o którym mowa w ust. 1”. W ocenie HFPC jest ono nazbyt ogólne i nieostre, gdyż dopuszcza m.in. możliwość przekazywania w ramach tej procedury np. tzw. danych wrażliwych. Nie wiadomo także, czy obowiązek zalegalizowania poprzez uzyskanie następczej zgody, o którym mowa w art. 19 ust. 15a projektu, dotyczy poza dowodami popełnienia poszczególnych przestępstw również i materiałów zawierających informacje mające znaczenie dla czynności operacyjno-rozpoznawczych prowadzonych w celu zapobieżenia przestępstwu, o którym mowa w ust. 1.

10) HFPC pragnie również wskazać, iż należałoby się zastanowić, czy w celu zdyscyplinowania funkcjonariuszy, nie wprowadzić w ust. 3 art. 19 ustawy o Policji - regulującym wymóg uzyskania następczej zgody w tzw. przypadkach niecierpiących zwłoki, zastrzeżenia, że w razie niewydania przez właściwy sąd okręgowy postanowienia w terminie 5 dni od dnia zarządzenia kontroli operacyjnej, niemożliwe byłoby wykorzystanie wskazanych dowodów.

11) Ponadto *de lege ferenda* wydaje się, iż analogiczne ograniczenia w wykorzystaniu informacji uzyskanych w ramach działalności operacyjnej należałoby również rozciągnąć na instytucje zawarte w art. 19a i 19b ustawy o Policji.

V Obowiązek poinformowania o prowadzonej kontroli operacyjnej

12) Problemem zupełnie pominiętym w przedłożonym projekcie jest kwestia informowania jednostki przez Policję o prowadzonych wobec niej czynnościach operacyjno – rozpoznawczych, w tym o kontroli operacyjnej. Jediną zmianą w tym zakresie, jaką przewidziano w przedłożonym projekcie jest uzupełnienie katalogu osób, którym przysługuje

⁷ Tak m.in. M. Węglowski, Glosa do postanowienia SN z 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 6/07, Prok. i Pr. 2/2009 s. 161 jak i J. Skorupka, Glosa do postanowienia SN z 26 kwietnia 2007 r., sygn. I KZP 6/07, PiP 2/2008, s. 144.

zażalenie na decyzję sądu okręgowego w sprawie kontroli operacyjnej o osobę Szefa Centralnego Biura Śledczego Policji (art. 19 ust. 20).

13) Warto zaznaczyć, iż konstytucyjność odpowiadającego art. 19 ust. 20 ustawy o Policji przepisu art. 27 ust. 11a ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu⁸ jest obecnie przedmiotem pytania prawnego skierowanego do Trybunału Konstytucyjnego przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy (sygn. P 79/08). Przepis ten budzi wątpliwości w zakresie zgodności z art. 2, art. 77 ust. 2, art. 176 ust. 1, art. 78, art. 45 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

14) Należy także zauważyć, iż Trybunał Konstytucyjny niejednokrotnie już wypowiedział się na temat kwestii informowania jednostki o prowadzonej wobec niej kontroli operacyjnej. Najważniejsze spostrzeżenia w tym zakresie płyną z wyroku z 12 grudnia 2005 r.⁹, w którym poruszany był m. in. problem zgodności przepisu art. 19 ust. 16 ustawy o Policji z art. 45 ust. 1, 49 i 77 ust. 2 Konstytucji. Wskazany przepis stanowi, iż *„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”*. Rzecznik Praw Obywatelskich będący wnioskodawcą w tej sprawie argumentował, iż powyższy przepis wyklucza możliwość informowania osoby poddanej kontroli operacyjnej o fakcie jej prowadzenia, z wyjątkiem wypadku przekształcenia materiałów operacyjnych w materiały procesowe. Trybunał Konstytucyjny nie podzielił tego zdania i stwierdził, iż przepis bynajmniej nie wyklucza, 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. Trybunał Konstytucyjny wskazał też, iż czym innym jest jednak brak przeszkody do udostępnienia materiałów, na żądane zainteresowanego, a czym innym pozytywny obowiązek informowania przez policję osoby poddanej działaniom operacyjnym. W tym zakresie na gruncie ustawy o Policji istnieje, zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, luka legislacyjna. Trybunał Konstytucyjny ponadto wskazał, iż podobny problem w innych państwach europejskich doprowadził do

⁸ Dz.U. z 2002 r. Nr 74 poz. 676 ze zm.

⁹ Wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04.

podwyższenia standardu gwarancji proceduralnych¹⁰. Trybunał powtórzył te konstatacje w postanowieniu sygnalizacyjnym z dnia 25 stycznia 2006 r.¹¹

15) Warto zwrócić także uwagę na wyrok z 20 marca 2004 r.¹², w którym Trybunał Konstytucyjny uznał za niezgodny z Konstytucją art. 23 ust. 1 pkt 6 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu. Przepis ten uprawniał funkcjonariuszy ABW do obserwowania i rejestrowania przy użyciu środków technicznych obrazu zdarzeń i dźwięku towarzyszącego tym zdarzeniom w miejscach publicznych. Problem polegał na tym, iż ustawodawca nie przewidział żadnych mechanizmów pozwalających na skontrolowanie zasadności takich czynności, a także nie określał sposobu wykorzystania uzyskanych w ten sposób informacji. W toku prac nad zmianami ustawy o ABW i AW wyłonił się problem obowiązku informowania jednostek o prowadzonej wobec nich obserwacji, dokonywanej w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych. Przedstawiony przez rząd projekt przewidywał, iż na sposób przeprowadzenia czynności miało przysługiwać zażalenie wnoszone w terminie 7 dni od dnia jej wykonania do właściwego miejscowo prokuratora¹³. Według A. Tarachy¹⁴ *de facto* oznaczało to obowiązek po stronie ABW poinformowania jednostki o prowadzonej obserwacji, stosowanej w czasie korzystania z czynności operacyjno-rozpoznawczych. Natomiast według uczestniczących w posiedzeniach komisji przedstawicieli ABW zapis miał mieć zastosowanie tylko wtedy, gdy osoba inwigilowana dowiedziała się sama o prowadzeniu wobec niej obserwacji¹⁵. Ostatecznie ust. 7 art. 23 ustawy o ABW i AW otrzymał brzmienie: „*Na sposób przeprowadzenia czynności, o których mowa w ust. 1 1) pkt 1, 2, 5, 7 i 8, w terminie 7 dni od dnia dokonania czynności, 2) pkt 6, w terminie 7 dni od dnia gdy podmiot dowiedział się o dokonanych wobec niego czynnościach - przysługuje zażalenie do prokuratora właściwego ze względu na miejsce przeprowadzenia czynności. Do zażalenia stosuje się przepisy Kodeksu postępowania karnego w zakresie dotyczącym postępowania odwoławczego*”¹⁶, a zatem nie nałożono na ABW formalnego obowiązku poinformowania jednostki o prowadzonej kontroli.

¹⁰ Po wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 6 września 1978 r. w sprawie Klass i inni przeciwko Niemcom (skarga nr 5029/71) wprowadzono w niemieckim ustawodawstwie, pozytywny obowiązek informacji o prowadzonej, zakończonej kontroli operacyjnej.

¹¹ Postanowienie sygnalizacyjne z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. S 2/06.

¹² Wyrok z 20 marca 2004 r., sygn. K 45/02.

¹³ Druk sejmowy nr 3427.

¹⁴ A. Taracha, Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne, Lublin 2006.

¹⁵ Patrz stenogram posiedzenia sejmowej Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka z dnia 23 listopada 2004 r. <http://orka.sejm.gov.pl/Biuletyn.nsf/wgsknr/KSS-141>

¹⁶ Ustawa z dnia 25 listopada 2004 r. o zmianie ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu (DZ.U. Nr 267, poz. 2647).

16) O potrzebie wprowadzenia tego typu obowiązku wypowiedziała się również E. Łętowska w zdaniu odrębnym do wyroku z 23 czerwca 2009 r.¹⁷ Autorka zdania odrębnego wskazała, iż „gwarancja (sugerowana w wyroku o sygn. K 32/04 i aprobowana np. w niemieckim systemie prawnym) sprzyja samodyscyplinie funkcjonariuszy służb stosujących techniki niejawne i zbieranie danych. Brakuje gwarancji rzeczywiście efektywnego niszczenia zbędnie uzyskanych danych. Nie wystarczy zapisać, że coś trzeba komisyjnie zniszczyć. Należy jeszcze zapewnić w efektywny sposób możliwość sprawdzenia – choćby wrywkowo – czy tak się naprawdę robi. Brakuje (co można byłoby w tych warunkach kwalifikować jako legislacyjne pominięcie) choćby próby rozwiązania problemu danych uzyskanych refleksowo – np. przy podsłuchach (gdy podsłuch założono komu innemu, a wykorzystuje się go wobec rozmówców formalnie podsłuchiwanego). Nie są kompensowane żadnymi innymi gwarancjami. Kompetencja jest nazbyt szeroka – brak elementu kontroli nad tym co Policja zbiera i przekazuje”.

17) Kwestia wprowadzenia obowiązku informowania jednostki o prowadzonych kontrolach operacyjnych podnoszona jest również w doktrynie. Za wprowadzeniem takiej możliwości opowiada się m. in K. Eichstaedt¹⁸, który uważa, iż wprowadzeniu takiej regulacji powinno towarzyszyć przyznanie możliwości odroczenia ogłoszenia postanowienia osobie, wobec której kontrola operacyjna była stosowana.

18) W kontekście konsekwentnego stanowiska Trybunału Konstytucyjnego zasadne jest, zdaniem HFPC, rozważenie wprowadzenia do ustawy o Policji obowiązku poinformowania osoby o stosowaniu wobec niej kontroli operacyjnej. Byłoby to zasadne, gdyż w ten sposób urzeczywistniono by prawo jednostki do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą, wyrażone w art. 51 ust. 4 Konstytucji. Bez wprowadzenia takiego obowiązku korzystanie z prawa gwarantowanego w art. 51 ust. 4 Konstytucji w kontekście działalności operacyjnej pozostanie fikcją.

VI Uwagi końcowe

¹⁷ Zdanie odrębne do wyroku TK z 23 czerwca 2009 r., sygn. K 54/07.

¹⁸ K. Eichstaedt, Zarządzenie przez sąd kontroli operacyjnej w ujęciu procesowym, Prokuratura i Prawo 9/2003.

19) Jak wynika z powyższych rozważań, w ocenie Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka kilka unormowań przedłożonego projektu wymaga jeszcze dalszych prac. Chodzi tu w szczególności o kwestię doprecyzowania procedur zarządzania kontroli operacyjnej oraz sądowej kontroli nad jej stosowaniem. Ponadto, jak wyżej wskazano, zasadne jest ograniczenie możliwości stosowania tzw. zdalnego przeszukania do przypadków najcięższych przestępstw. Warte jest również rozważenie wprowadzenia obowiązku informowania *ex ante* jednostki o stosowanej wobec niej kontroli operacyjnej.

W imieniu Zarządu Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka,