

Piotr Pająk

Kontrola operacyjna do kontroli konstytucyjnej

Kontrola operacyjna jako jeden z rodzajów czynności operacyjno-rozpoznawczych jest niewątpliwie instrumentem władzy państwowej ingerującej bardzo mocno w prawa i wolności obywatelskie. Dlatego też kwestie z nią związane często budzą kontrowersje zarówno wśród opinii publicznej, jak i w dziedzinie nauki i praktyki prawa, zwłaszcza prawa konstytucyjnego. Dowodem na to jest pytanie prawne Sądu Rejonowego dla Warszawy Śródmieścia¹, dotyczące uregulowań ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu (dalej: ustawa o ABW)².

Ustawa o ABW określa w art. 27 ust. 1 przesłanki prowadzenia przez ABW kontroli operacyjnej, z których jedną jest prowadzenie akcji w celu realizacji działań tej służby określonych w art. 5 ust. 1 pkt 2³. Punkt ten jako zadanie ABW określa: rozpoznawanie, zapobieganie oraz wykrywanie przestępstw. Poniżej w punktach oznaczonych literami znajduje się katalog przestępstw, w którym w literze b) znajduje się jądro kontrowersji podniesionych w pytaniu prawnym. Zapis ten brzmi: „godzące w podstawy ekonomiczne państwa”. W pełni zdekodowana z przytoczonych przepisów norma ustala kompetencję ABW do prowadzenia kontroli operacyjnej w celu rozpoznania, zapobiegania oraz wykrywania przestępstw godzących w podstawy ekonomiczne państwa, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne lub nieprzydatne.

¹ Sygn. P 79/08.

² Ustawa z dn. 24 V 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz.U. Nr 74, poz. 676).

³ Zarzuty postawione w pytaniu nie dotyczą pozostałych przesłanek subsydiarności kontroli operacyjnej, wymogu postanowienia sądu poprzedzonego wnioskiem szefa ABW i zgodą Prokuratora Generalnego.

Kolejną kontrowersyjną kwestią, choć opartą na wskazanym wyżej zwrocie ustawowym, jest możliwość wykorzystywania materiałów zebranych w toku kontroli operacyjnej przed sądem. Na podstawie art. 27 ust. 15 ustawy o ABW, „w przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego Szef ABW przekazuje Prokuratorowi Generalnemu materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej, w razie potrzeby z wnioskiem o wszczęcie postępowania karnego. W postępowaniu przed sądem, w odniesieniu do tych materiałów, stosuje się odpowiednio przepis art. 393 § 1 zdanie pierwsze Kodeksu postępowania karnego”.

Ostatni zarzut wysuwany pod adresem ustawy o ABW dotyczy kwestii możliwości składania zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie prowadzenia kontroli operacyjnej. Artykuł 27 ust. 11a ustawy o ABW przyznaje takie uprawnienie jedynie szefowi tej służby.

* * *

Zwrot: „przestępstwa godzące w podstawy ekonomiczne państwa” *prima facie* wydaje się zawierać dość szeroką i niedookreśloną zawartość. Biorąc pod uwagę, że art. 5 ust. 1 ustawy o ABW reguluje zakres działania, może to rodzić obawy niedookreśloności tego zakresu. Naruszałoby to zasadę działania organów państwa na podstawie i w granicach prawa. Jest to również o tyle niepokojące, że wspomniany zwrot jest jedną z przesłanek stosowania kontroli operacyjnej, zakupu kontrolowanego (art. 29 ustawy o ABW) czy przesyłki kontrolowanej (art. 30 ustawy o ABW), a więc kompetencji ingerujących niezwykle intensywnie w prawa i wolności obywatelskie. Skoro więc pada cień wątpliwości na zakres kompetencji całej służby, to rzutuje to na niemal wszystkie wykonywane przez nią czynności, w tym zakres przekazywanych jako dowody materiałów. Pamiętać jednak należy, że „winowajcą” jest wtedy ten pojedynczy przepis, sprawiający problemy interpretacyjne. W takiej sytuacji prawnicy nie mogą poprzestać na językowej intuicji i zwrot ten wymaga by mu się bliżej przyjrzeć.

Rozważania trzeba rozpocząć od pewnej uwagi porządkującej. Niedookreśloność takiego wyrażenia języka prawnego, nie oznacza pełnej dowolności w jego interpretacji. Korzystając z samej językowej intuicji, można zapewne wskazać zachowania, które będą godzić w podstawy ekonomiczne państwa i takie, które takimi nie będą. Kwestią sporną będzie ustalenie granicy między takimi czynami. Na tym polega istota nieostrości przepisów. Nie można zatem powiedzieć, przynajmniej w omawianym przypadku, że

brak precyzji ustawodawcy daje organom państwa nieograniczone kompetencje. Nie będzie możliwe uznanie każdego przestępstwa za godzące w podstawy ekonomiczne państwa, gdyż cały szereg typów czynów zabronionych ma na celu ochronę dóbr prawnych nie związanych z szeroko pojętą ekonomią. Co więcej, nawet typy czynów zabronionych chroniące dobra „ekonomiczne” też nie zawsze można będzie uznać za na tyle poważne, by upoważniały do potraktowania ich jako godzących w podstawy ekonomiczne państwa.

Oczywiście sama intuicja językowa nie wystarcza do odtworzenia pełnego znaczenia tego zwrotu. Brak jest w ustawie definicji legalnej „przestępstw godzących w podstawy ekonomiczne państwa”. Samo w sobie nie oznacza to jednak nieostrości tego wyrażenia. W naszym systemie prawnym, nastawionym na syntetyczną redakcję aktów prawnych, ustawodawca z rzadka decyduje się na ich wprowadzanie, pozostawiając większość zwrotów ustawowych bez wiążącego wyjaśnienia. Trzeba zatem przeprowadzić proces wykładni, rozpoczynając, zgodnie z przyjętymi regułami, od wykładni językowej⁴. Być może źródło kontrowersji da się usunąć przez jego odpowiednią interpretację. W związku z brakiem definicji legalnej konieczne będzie odwołanie się do dyrektywy języka potocznego.

Podstawa, to „rzecz, na której coś stoi, opiera się”⁵. ale także „zasadniczy element czegoś, zasada, podwalina...”⁶. Ekonomiczny, to z kolei „odnoszący się do ekonomii lub ekonomiki; gospodarczy...”⁷. Na gruncie językowym, podstawami ekonomicznymi państwa będą zatem kwestie mające znaczenie zasadnicze dla prawidłowego funkcjonowania gospodarki kraju.

Godzić, to zaś m.in. „trafić czymś w kogoś”⁸ lub „celować, mierzyć w kogoś, coś”⁹. Zaznacza się w tym miejscu pewien rozdźwięk. Obie definicje można uznać za słuszne, z tym że pierwsza dotyczy bardziej wyrażania szkody, podczas gdy druga – stwarzania niebezpieczeństwa jej wyrządzenia. Powstaje zatem pytanie, czy na podstawie wykładni słowa „godzące” można ograniczyć zakres „przestępstw godzących w podstawy ekonomiczne państwa” jedynie do takich, które są typami czynu zabronionego polegającymi na naruszeniu odpowiednich dóbr chronionych pra-

⁴ L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 69 i n.

⁵ *Słownik współczesnego języka polskiego*, Warszawa 1998, t. II, s. 77.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Słownik współczesnego języka polskiego*, Warszawa 1998, t. I, s. 228.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

wem?¹⁰ Przyjmuje, iż obie definicje mogą mieć zastosowanie, a tym samym „godzić” będzie oznaczać tyle co naruszać lub narażać. Taka interpretacja pozwala pełniej oddać znaczenie językowe.

Zatem art. 5 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy o ABW mówi o przestępstwach naruszenia lub narażenia dobra prawnego, jakim jest prawidłowe funkcjonowanie gospodarki. Co więcej, zagrożenie to musi mieć wymiar zasadniczy. Zatem przestępstwo musi powodować szkodę lub grozić powodowaniem szkody, która doprowadziłaby do ujemnych reperkusji na skalę krajową. Na gruncie wykładni językowej interpretacji poprowadzić dalej się nie da, trzeba zatem spróbować dyrektyw systemowych¹¹.

Należy w tym miejscu przywołać art. 1 ust. 4 ustawy o CBA¹², zawierający definicję „działalności godzącej w interesy ekonomiczne państwa”. Jej zakres jest niewątpliwie szerszy od „przestępstw godzących w podstawy ekonomiczne państwa”. Po pierwsze, pojęcie „działalność” zawiera w sobie pojęcie „przestępstwo”. Po drugie, taki sam stosunek zakresowy występuje pomiędzy pojęciami „podstaw ekonomicznych” i „interesów”. O ile z pierwszą różnicą nie mamy większych problemów, gdyż wiemy co oznacza przestępstwo, to drugi stosunek zakresowy wymaga pogłębionej analizy. Godzeniem w interesy ekonomiczne państwa jest, zgodnie z ustawą o CBA, zachowanie mogące wyrządzić znaczną szkodę w mieniu wymienionych w punktach jednostek. Zgodnie z art. 115 § 7 w zw. z art. 115 § 5 k.k.¹³ granicą, po której przekroczeniu możemy mówić o szkodzie jako o znacznej jest równowartość dwustukrotności najniższego wynagrodzenia. Godzenie w podstawy ekonomiczne państwa będzie zatem na pewno czymś więcej. Jak jednak ustalić kryterium wartości w tym przypadku?

Zaproponuję model wykładni *a rubrica*, który być może usunie tę wątpliwość. Ustawa o CBA, określając granicę dla naruszenia interesu ekonomicznego państwa, odwołuje się do sztywnego progu określonego w Kodeksie karnym. Można z pewnością stwierdzić, że podstawy ekonomiczne, to coś jakościowo tożsamego z interesami ekonomicznymi. Różnica występuje w przypadku kryterium ilościowego, które jednak nie jest zdefiniowane, choć na pewno mamy do czynienia z większym natężeniem opisywanego

¹⁰ Z logicznego punktu widzenia można też rozpatrywać możliwość ograniczenia zakresu jedynie do przestępstw polegających na narażeniu dobra prawnego. Wnioskując jednak *a minori ad maius* byłoby to absurdalne.

¹¹ L. M o r a w s k i, *op. cit.*, s. 69.

¹² Ustawa z dn. 9 VI 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. Nr 104, poz. 708).

¹³ Ustawa z dn. 6 VI 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553).

zjawiska. Można zatem spróbować odwołać się do następnego kryterium zawartego w Kodeksie karnym, a mianowicie do ujętej w art. 115 § 7 w zw. z art. 115 § 6 szkody w wielkich rozmiarach, dla której granicą jest tysiąc-krotność najniższego miesięcznego wynagrodzenia. Powyższa wykładnia wprowadza jednak do ustawy kryterium, którego w niej nie ma. Postaram się jednak przedstawić kilka argumentów przemawiających za taką tezą.

Po pierwsze, kryterium ilościowe ujęte w przypadku działalności godzącej w interesy państwa można uznać za w pewnym sensie arbitralne, tak jak to jest w przypadku wszystkich ustawowo przyjętych sztywnych granic kwotowych. Szkada w wielkich rozmiarach jest kolejnym stopniem w stosunku do szkody w znacznych rozmiarach. Podobny stosunek zachodzi między interesami ekonomicznymi państwa a podstawami ekonomicznymi państwa. Dlatego, skoro w przypadku mniej intensywnego zjawiska przyjmujemy jeden arbitralnie wyznaczony próg, możliwe jest przyjęcie kolejnego w przypadku drugim. Występuje tu pewna paralelność pojęciowa. Po drugie, tak przyjęta wykładnia będzie spełniać warunki ważnej dyrektywy wykładni systemowej – zgodności z Konstytucją. Rozwiewa ona tym samym wątpliwości wysuwane w dwóch pierwszych zarzutach będących inspiracją niniejszego artykułu. Po trzecie, jest to także wykładnia przyjazna dla praw i wolności obywatelskich. W związku z wysokością granicy grożącej szkody, będzie ona ograniczać w tej mierze kompetencje organów władzy w stosunku do jednostki.

Pozostaje jeszcze kwestia użycia kolejnego kryterium, zawartego w definicji z ustawy o CBA w stosunku do przestępstw godzących w podstawy ekonomiczne państwa. Szkada, zgodnie z art. 1 ust. 4 ustawy o CBA, ma grozić wymienionym jednostkom: 1) jednostkom sektora finansów publicznych w rozumieniu ustawy o finansach publicznych; 2) jednostkom niezaliczanym do sektora finansów publicznych lecz otrzymującym środki publiczne, oraz 3) przedsiębiorcom z udziałem Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego. Jeśli przyjmujemy, że podstawy ekonomiczne państwa różnią się jedynie ilościowo od interesów ekonomicznych państwa, należałoby posługiwać się tożsamym kryterium określającym komu ma grozić szkoda. Przyjęcie, że można częściowo stosować definicję z ustawy o CBA spowoduje zawężenie językowego znaczenia zwrotu „podstawy ekonomiczne” do wymienionych w punktach zagrożeń dla odpowiednich podmiotów.

Reasumując wywód systemowy, należałoby stwierdzić, że analizowany zwrot oznacza przestępstwa mogące spowodować w mieniu jednostek sektora finansów publicznych, jednostek od niego nie należących, lecz otrzyму-

jących środki publiczne oraz przedsiębiorców z udziałem Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego szkodę w wielkich rozmiarach. Użycie wykładni systemowej zawęzi wtedy efekt wykładni językowej, wynikający z leksykalnego odczytania zwrotu „godzące”. Przepisy mogące wyrządzić szkodę w konkretnej wysokości muszą być bowiem przestępstwami co najmniej konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo. Odwołanie do szkody wykluczy zatem przestępstwa formalne, których karalność zależna jest nie od spowodowania skutku w postaci uszczerbku majątkowego bądź jego zagrożenia, a od spełnienia znamion zachowania abstrakcyjnie niebezpiecznego dla dobra prawnego. Taka interpretacja wykluczyłaby zatem możliwość prowadzenia kontroli operacyjnej np. w przypadku podejrzenia popełnienia przestępstwa fałszowania pieniędzy z art. 310 k.k.

Wykładni systemowa, którą zaproponowałem, nie jest sprzeczna z wynikami wykładni językowej. Zawęza ona jedynie jej zakres. Można zatem przyjąć, że spełnia funkcję modyfikacji językowego znaczenia w celu jego harmonizacji z systemem¹⁴. Aby upewnić się co do wyników przedstawionej wykładni spróbuję przeprowadzić także wykładnię celowościową. Może być ona pomocna zwłaszcza przy wykładni zwrotu „podstawy ekonomiczne państwa”. Skoro mowa o przestępstwach w nie godzących, to można przyjąć, że jest to wartość określana na gruncie prawa karnego mianem dobra prawnego, które z kolei jest m.in. wyrazem *ratio legis* kryminalizacji pewnych zachowań. Ustalenie treści owego dobra prawnego, które rozpocząłem powyżej, należy zatem uzupełnić na podstawie wykładni teleologicznej.

Analizowany przepis nie miał swojej premiery w ustawie o ABW, ale pod egidą swojej poprzedniczki – ustawy o UOP¹⁵. Wiele informacji dostarczają jednak materiały z prac sejmu nad rządowym projektem ustawy o ABW. Co ciekawe, w pierwotnej wersji art. 5 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy o ABW miał brzmieć: „przestępstwa godzące w podstawy ekonomiczne państwa jeżeli wartość mienia lub szkody jest znaczna”. Nawiązywał zatem do kryterium, które obecnie ma zastosowanie w przypadku działalności godzącej w interesy ekonomiczne państwa, zdefiniowanej w ustawie o CBA. Rozwiązanie to zostało skrytykowane w dwóch opiniach do projektu. Zdzisław Galicki stwierdził, że „nieco dziwne i raczej nielogiczne wydaje się ograniczenie w art. 5 ust. 1 pkt 2b uprawnień ABW, w porównaniu z ustawą o UOP, nie do wszystkich przestępstw godzących w podstawy ekonomiczne

¹⁴ L. M o r a w s k i, *op. cit.*, s. 70.

¹⁵ Art. 1 ust. 1 pkt 3) ustawy o Urzędzie Ochrony Państwa w brzmieniu nadanym nowelizacjami: z dn. 21 VII 1995 r. (Dz.U. Nr 104, poz. 515) oraz z dn. 8 VIII 1996 r. (Dz.U. Nr 104, poz. 496).

państwa, ale tylko do tych gdzie wartość mienia lub szkody jest znaczna. A jeśli nie jest znaczna, to czy takie przestępstwo może rzeczywiście godzić w podstawy ekonomiczne państwa?”. Z kolei ekspert komisji, Stanisław Hoc, pozytywnie zaopiniował pomysł wprowadzenia kryterium ilościowego. Uważał jednak, że projektowany próg jest zbyt niski i postulował, aby wprowadzić granicę opartą na kryterium szkody w wielkich rozmiarach. W czasie prac komisji sejmowych usunięto kryterium „znacznej szkody”, nie wprowadzając jednak innego. Głównym argumentem przemawiającym za wykreśleniem tego kryterium było stwierdzenie, że możliwe jest godzenie w podstawy ekonomiczne państwa, nie wyrządzając wymiernej szkody. Próbowano przeciwstawić tej tezie argument, wskazujący na konieczność rozgraniczenia kompetencji pomiędzy ABW a Policję, dla którego próg kwotowy byłby jasną granicą. Pozwoliłoby to również uniknąć zajmowania się przez tak wyspecjalizowaną służbę, jak ABW, sprawami błahymi. Wreszcie podnoszono, że lepiej będzie w przepisie określającym zakres zadań ABW nie umieszczać takiego kryterium, a stworzyć osobny słownik, w którym by się ono znalazło. Dyskusja nie osiągnęła punktu konkluzji, a w głosowaniu zdecydowano usunąć zapis kryterium kwotowego, nie tworząc żadnej legalnej definicji ustawowej. Trzeba pamiętać, że w czasie owych prac nie istniała jeszcze ustawa o CBA ze swoją definicją „działalności godzącej w interesy ekonomiczne państwa”. Nie istniało zatem żadne kryterium ilościowe w systemie prawa, do którego można by się odwołać. Obecnie jednak taką definicją dysponujemy i traktując nasze ustawodawstwo jako system prawa nie możemy jej zignorować.

W czasie obrad komisji zadano pytanie, czym właściwie są przestępstwa godzące w podstawy ekonomiczne państwa. Pełniący obowiązki szefa Urzędu Ochrony Państwa, poseł Zbigniew Siemiątkowski, podał następującą definicję: „...to jest wszystko, co dotyczy makroprocesów zachodzących w gospodarce i dotyczących prywatyzacji, wielkich przetargów, tego co się dzieje w sektorze bankowym, ubezpieczeniowym czy powierniczym. Jest to wszystko, co już stało się swoistą specjalizacją UOP”. Tak ujęte znaczenie trudno określić mianem precyzyjnego. Właściwie jest to przykładowe wyliczenie zjawisk dotyczących gospodarki państwowej. Podobne znaczenie udało się wyinterpretować za pomocą samej wykładni leksykalnej.

Skoro miały to być przestępstwa naruszające makroprocesy gospodarcze, ekonomiczne, to powstaje pytanie, czy można powiedzieć, że da się je naruszać czy też narażać w taki sposób, aby nawet w pewnej perspektywie nie rysowała się szkoda majątkowa? W dyskusji padł przykład przekazania informacji z przedsiębiorstwa państwowego, której wartości nie da się

ocenić, a która wpływa na bezpieczeństwo ekonomiczne państwa. Oczywiście jest, że nie chodzi o informację powodującą szkodę majątkową, bo taką trudno sobie wyobrazić, ale o taką, która może spowodować szkodę. Kryterium zatem nie będzie się odnosić do wartości wiadomości, ale do potencjalnych jej skutków.

Uważam zatem stosowanie kryterium ilościowego za uzasadnione celowościowo. Co więcej, uważam, że kryterium takie już jest zawarte w zwrocie: „podstawy ekonomiczne państwa”. Na podstawie stenogramu dyskusji trudno stwierdzić, jaki był rzeczywisty powód jego pominięcia. Najlepszym rozwiązaniem byłoby jego umieszczenie w odrębnej definicji. Uważam, że kryterium wielkiej wartości (postulowane przez Stanisława Hoca i uzyskane przeze mnie w drodze wykładni systemowej), gdyby było zawarte w art. 5 ust. 1 pkt 2) lit. b) powodowałyby niepotrzebne zamieszanie, wywołując wrażenie, iż umieszczone są tam dwa kryteria. Tymczasem wielka wartość wynika z określenia: „podstawy ekonomiczne państwa”. Jest kwotowym uściśleniem kryterium ilościowego, które już w ustawie występuje, tyle że w sposób opisowy.

Rezultatem wszystkich powyższych zabiegów interpretacyjnych jest synergia wykładni językowej, systemowej i celowościowej. Rezultaty każdej z nich są nieco odmiennie, niemniej wpływają na siebie nawzajem zawężająco lub rozszerzająco. Prowadzą one do konkluzji, zgodnie z którą możliwe jest zastosowanie do „przestępstw godzących w podstawy ekonomiczne państwa”, ujętych w art. 5 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy o ABW, definicji „działalności godzącej w interesy ekonomiczne państwa”, zawartej w art. 1 ust. 4 ustawy o ABW. Definicja ta wymaga jednak pewnej transformacji, poprzez ustalanie wyższego progu grożącej szkody, a więc nie znacznej a wielkiej szkody w rozumieniu przepisów Kodeksu karnego. Taka interpretacja, jak już wyżej stwierdziłem, usunie formułowane wątpliwości co do niekonstytucyjności analizowanego przepisu.

Przedstawiona wykładnia może spotkać się z zarzutem prawotwórczości. Uważam jednak, iż moja interpretacja nie jest właściwie wprowadzeniem nowego kryterium, a jedynie uszczegółowieniem zwrotu ustawowego. Jeśli niekonstytucyjność ma wynikać z nieostrości zwrotu, a zwrot ten dotyczy kwestii ekonomicznych, sztywna granica kwotowa wydaje się być najlepszym rozwiązaniem. Taka interpretacja niejako oddala postawiony na wstępie zarzut nieostrości zwrotu: „przestępstwa godzące w podstawy ekonomiczne państwa”. Pozostaje jeszcze kwestia braku możliwości złożenia zażalenia na stosowanie kontroli operacyjnej.

Nie można odmówić słuszności tezom, zarzucającym brak kontroli in-

stancijnej nad postanowieniami sądu, wydającymi zgodę na prowadzenie czynności operacyjnych. Uprawnieniem takim dysponuje jedynie szef ABW. Trzeba stwierdzić, że brak możliwości odwołania się przez jednostkę jest istotnym naruszeniem zasady dwuinstancyjności postępowania sądowego (art. 176 ust. 1 Konstytucji). Trybunał Konstytucyjny podkreślał wielokrotnie, że zasada dwuinstancyjności dotyczy spraw rozstrzyganych w postępowaniu sądowym w całości, a nie dotyczy spraw, w których sąd pełni jedynie rolę kontrolną¹⁶. Z brzmienia art. 27 ust. 1 ustawy o ABW jasno wynika, że to sąd zarządza stosowanie kontroli operacyjnej. Szef ABW pełni rolę wnioskodawcy, a Prokurator Generalny – organu wyrażającego zgodę. Tym samym trzeba stwierdzić, że postępowanie w sprawie wydania zgody jest incydentalnym postępowaniem sądowym. Powinna się zatem do niego stosować zasada dwuinstancyjności postępowania sądowego, od której wyjątków ustawa zasadnicza nie przewiduje. W szczególności wskazać należy, iż zdanie drugie art. 78 Konstytucji, statuujące możliwość stanowienia wyjątków od zasady zaskarżalności orzeczeń i decyzji I instancji, nie może naruszać tej zasady. Tym samym należy przyjąć naruszenie przez ustawę o ABW zasad wyrażonych w art. 78 i art. 176 ust. 1 Konstytucji.

Również zakaz zamykania drogi sądowej dochodzenia naruszonych praw i roszczeń, wynikający z art. 77 ust. 2 Konstytucji, zdaje się być w tym przypadku naruszony. Wynika to, po pierwsze, z naruszenia zasady dwuinstancyjności postępowania sądowego oraz zaskarżalności orzeczeń sądowych. Po drugie, pamiętając o tym, że czynności operacyjno-rozpoznawcze intensywnie ingerują w prawa i wolności jednostek, wskazać można, że mimo braku regulacji zażalenia w ustawie możliwe byłoby dochodzenie przez obywatela swoich praw np. w drodze powództwa o ochronę dóbr osobistych. Często jednak może być to utrudnione przez brak zapisu ustawowego, obligującego organy do informowania osób, wobec których stosuje się takie czynności. Sąd zatem wydaje w postępowaniu sądowym postanowienie dotyczące bezpośrednio praw tych osób, a nie przedstawia się im tego postanowienia. Co więcej, w przypadku, gdy skutek zebrania materiałów z kontroli operacyjnej ABW dojdzie do wniosku, że nie zachodzą podstawy do przesłania materiałów z wnioskiem o wszczęcie postępowania karnego, osoba, wobec której takie środki stosowano nigdy się o tym nie dowie. Oczywiście trudno byłoby postulować ogłaszanie takiego postanowienia zaraz po jego wydaniu, gdyż powodowałby to bezsensowność

¹⁶ Por. wyrok TK z 8 XII 1998 r., K 41/97, Dz.U. Nr 158, poz. 1043; wyrok TK z 12 VI 2002 r., P 13/01, OTK ZUA 2002, nr 4.

stosowania podejmowanych środków. Jednak wydaje się, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby takie orzeczenie otrzymywała osoba, co do której operację już zakończono. Dobrym przykładem mogą być rozwiązania dotyczące podsłuchu procesowego zawarte w art. 237–240 k.p.k.¹⁷

Konkluzją powyższych naruszeń będzie uznanie nadmiernej ingerencji państwa w prawo do sprawiedliwości proceduralnej, a więc naruszenie art. 45 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Naturalną konsekwencją naruszenia zasady proporcjonalności będzie również złamanie zasady demokratycznego państwa prawa (art. 2 Konstytucji).

Brak zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych, przysługującego osobom wobec których takie operacje się stosuje, narusza art. 8 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: EKPC). Warto w tym miejscu przywołać orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC), odnoszące się do zagadnienia bardzo podobnego do tego, z którym ma mierzyć się nasz Trybunał Konstytucyjny. 28 czerwca 2007 r. ETPC wydał wyrok w sprawie Stowarzyszenie na rzecz Integracji Europejskiej i Praw Człowieka i Ekimdzhiev przeciwko Bułgarii¹⁸. W orzeczeniu tym ETPC zawarł warunki, jakie powinno spełniać prawo dopuszczające inwigilację obywateli przez służby specjalne.

Poza tym ETPC podkreślił, że prawo musi stworzyć odpowiednie gwarancje chroniące przed arbitralną ingerencją władzy w prawa i wolności jednostek. Wysunął też liczne zarzuty pod adresem bułgarskiej ustawy. ETPC skrytykował fakt, że chociaż do prowadzenia takich działań konieczna jest zgoda sądu, to ogólny nadzór nad czynnościami wykonuje minister spraw wewnętrznych, który jest organem politycznym. Podkreślił, że brak kontroli ciała niezależnego, takiego jak komisja parlamentarna, komisja niezależna, specjalny komisarz lub komisja składająca się z osób o kwalifikacjach uprawniających do zajmowania stanowiska sędziego SN jest niezgodny ze standardami EKPC. Dodatkowo nadzór ministra spraw wewnętrznych nad inwigilacją nie został w żaden sposób uszczegółowiony i żaden organ nie musi przedstawiać okresowych raportów ze stosowania takich środków ani organom niezależnym, ani opinii publicznej. Niemal wszystkie te uwagi można by odnieść do polskich regulacji.

¹⁷ Ustawa z dn. 6 VI 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. Nr 89, poz. 555).

¹⁸ The Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria (skarga nr 62540/00).

Zgodnie z art. 7 ustawy o ABW, organem nadzorującym jest wobec tej agencji Prezes Rady Ministrów. Ten organ odbiera również sprawozdanie z działalności za każdy rok kalendarzowy. Rozdział 2 ustawy ustanawia Kolegium ds. Służb Specjalnych, organ opiniodawczo-doradczy w sprawach programowania, nadzorowania i koordynowania działalności ABW i AW. Członkami kolegium są ministrowie, a w jego posiedzeniach biorą udział także szefowie: ABW, AW, CBA, SKW, SWW. Biorąc pod uwagę skład, a także rolę tego organu, będącego bardziej ciałem nadającym danym służbom kierunki działania niż je kontrolującym, trudno doszukiwać się spełnienia standardów stawianych przez ETPC. Jediną służbą, w przypadku której występuje obowiązek przedstawienia sprawozdania dotyczącego działalności operacyjnej przed sejmem, jest obecnie Policja (art. 19 ust. 22 ustawy o Policji). Co ciekawe informacje te dotyczą tylko i wyłącznie kontroli operacyjnej, pomijając inne formy pracy operacyjnej. Trzeba również dodać, że informacje przedstawiane sejmowi są niezwykle ogólnikowe i operują często nie liczbami, a zmianami procentowymi w stosunku do lat ubiegłych.

Ponadto, odnosząc się do kwestii proceduralnych, ETPC uznał, że sam fakt, iż osoby inwigilowane nic o tym nie wiedzą, nie oznacza, że inwigilacja jest nieuzasadniona, gdyż nieświadomość jej prowadzenia gwarantuje jej skuteczność. Należy jednak takie osoby urzędowo informować o tym, kiedy stanie się to możliwe bez szkody dla powodzenia akcji. Co więcej, prawo bułgarskie uznawało materiały operacyjne za ściśle tajne, nie przewidując procedury ich odtajnienia, co powodowało, że jedynie osoba, wobec której toczyło się postępowanie karne na skutek zebrania danych w drodze kontroli operacyjnej, miała szansę o takiej kontroli się dowiedzieć.

Brak powiadomienia o stosowaniu inwigilacji był jednym z głównych argumentów, które skłoniły ETPC do stwierdzenia niezgodności rozwiązań bułgarskiej ustawy z art. 8 EKPC. Wydaje się, że mamy do czynienia z analogicznym przypadkiem w naszym ustawodawstwie.

Na marginesie dodam, iż powyższe uwagi, w zakresie ostatniego zarzutu, choć czynione na podstawie przepisów ustawy o ABW, dotyczyć będą wszystkich czynności operacyjno-rozpoznawczych jakie znajdują się w naszym systemie prawa. W przypadku bowiem żadnej ustawy regulującej pracę operacyjną służb państwa, nie spotkamy się z zapisami nakazującymi informować osoby, wobec których prowadzona jest akcja, ani przyznającą tym osobom prawo do złożenia zażalenia na nie. Na celowniku znajdują się zatem również inne formy czynności operacyjno-rozpoznawczych: tzw.

provokacja policyjna oraz przesyłka kontrolowana. Służbami wyposażonymi w takie uprawnienia są: Policja¹⁹, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego²⁰, Służba Kontrwywiadu Wojskowego²¹, Centralne Biuro Antykorupcyjne²², Żandarmeria Wojskowa²³ oraz Straż Graniczna²⁴.

* * *

Z pewnością konstytucyjna ocena uregulowań czynności operacyjno-rozpoznawczych jest bardzo potrzebna, ze względu na ich charakter – niezwykle ingerujący w prawa i wolności obywateli. Podnoszone zarzuty mogą cieszyć poziomem wrażliwości w aspekcie praw człowieka. Nie do końca jednak mogą się z nimi zgodzić merytorycznie. Wprowadzenie zapisów obligujących odpowiednie organy do informowania o stosowaniu inwigilacji, jak i możliwość zażalenia na jej stosowanie, wydaje się być nieodzowne. Z kolei wykładnia pojęcia: „przestępstwa godzące w podstawy ekonomiczne państwa” jest moim zdaniem możliwa w taki sposób, który usuwa konstytucyjne wątpliwości.

¹⁹ Art. 19, 19a i 19b ustawy z dn. 6 IV 1990 r. o Policji (Dz.U. Nr 30, poz. 179).

²⁰ Art. 27, 29 i 30 ustawy o ABW.

²¹ Art. 31, 33 i 34 ustawy z dn. 9 VI 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz.U. Nr 104, poz. 709).

²² Art. 17 i 18 ustawy o CBA. Służba ta nie posiada uprawnień do stosowania przesyłki kontrolowanej.

²³ Art. 31, 32 i 33 ustawy z dn. 24 VIII 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz.U. Nr 123, poz. 1353).

²⁴ Art. 9e, 9f i 9g ustawy z dn. 12 XI 1990 r. (Dz.U. z 2005 r., Nr 234, poz. 1997).