



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa,

Adam Bodnar

VII.520.6.2016.VV/AG

**Trybunał Konstytucyjny
w Warszawie**

Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich

Na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) oraz art. 16 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2014 r., poz. 1648 ze zm.)

wnoszę o

stwierdzenie niezgodności:

- art. 2 pkt 7 ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych (Dz. U. poz. 904; dalej jako: ustawa o działaniach antyterrorystycznych) z art. 2 Konstytucji,
- art. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z art. 2, art. 47, art. 51 ust. 2, 3 i 4 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także z art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 ze zm. wynikającymi z protokołów; dalej jako: EKPCz) oraz art. 7 i 8 w zw. z art. 52 ust. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz. U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569; dalej jako: KPP UE),
- art. 6 ust. 3 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z art. 51 ust. 5 i art. 93 ust. 2 Konstytucji,

- art. 9 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych – w zakresie, w jakim przewidziana w nim możliwość stosowania niejawnych czynności operacyjno-rozpoznawczych stanowi zbyt daleko idącą i nieuzasadnioną ingerencję w prawa i wolności jednostki, a także w zakresie, w jakim różnicuje sytuację prawną osób, które nie są obywatelami Rzeczypospolitej Polskiej i obywateli RP oraz w zakresie, w jakim nie ustanawia mechanizmu kontroli stosowania przewidzianych w nim czynności – z art. 2, art. 47 i art. 51 Konstytucji RP w związku z art. 37 i 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz z art. 8 EKPCz,
- art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z art. 2, art. 47 oraz art. 51 Konstytucji w zw. z art. 37 i art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także z art. 8 w zw. z art. 14 EKPCz oraz z art. 7 i 8 w zw. z art. 20 oraz art. 52 ust. 1 KPP UE,
- art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z art. 2, art. 47 oraz art. 51 ust. 2 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 EKPCz, a także z art. 7 i 8 w zw. z art. 52 ust. 1 KPP UE,
- art. 26 ust. 2 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z art. 2 i art. 41 ust. 1 Konstytucji RP oraz z art. 5 EKPCz,
- art. 38 pkt 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych w zakresie, w jakim dodaje art. 32c w ustawie z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2015 r., poz. 1929 ze zm.; dalej jako: ustawa o ABW), z art. 2 i art. 54 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 6 i 10 EKPCz,
- art. 48 ustawy o działaniach antyterrorystycznych w zakresie, w jakim dodaje art. 73c w ustawie z dnia 14 lipca 2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin (Dz. U. z 2014 r., poz. 1525 ze zm.; dalej jako: ustawa o wjeździe) z art. 2, art. 52 ust. 1 i 3 oraz art. 45 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 77 ust. 2 oraz z art. 37 i z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 13 EKPCz w zw. z art. 2 Protokołu nr 4 do EKPCz (Dz. U. z 1995 r., Nr 36, poz. 175; dalej jako: Protokół nr 4), a także z art. 45 oraz art. 47 w zw. z art. 52 ust. 1 KPP UE,
- art. 57 ustawy o działaniach antyterrorystycznych w zakresie, w jakim dodaje art. 329a w ustawie z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (Dz. U. poz. 1650 ze zm.;

dalej jako: ustawa o cudzoziemcach) z art. 2, art. 52 ust. 1 i 3 oraz art. 45 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 77 ust. 2 oraz z art. 37 i z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 13 EKPCz w zw. z art. 2 Protokołu nr 4.

UZASADNIENIE

I

Przedmiotem wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich są wymienione w *petitum* przepisy ustawy uchwalonej w dniu 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych, opublikowanej w Dz. U. pod poz. 904.

Przedstawienie zakresu zaskarżenia oraz jego uzasadnienia należy poprzedzić krótkim odniesieniem się do wskazywanych przez ustawodawcę celów ustawy, a także do samego trybu jej uchwalenia. Podkreślenia wymaga bowiem szybkie tempo prac nad ustawą, uniemożliwiające przeprowadzenie pogłębionej dyskusji, a także nieuwzględnienie uwag zgłaszanych przez podmioty zainteresowane w trakcie procesu legislacyjnego, co daje tło dla oceny zaskarżonych przepisów i pokazuje intencje ustawodawcy.

W uzasadnieniu do projektu ustawy (druk sejmowy nr 516) projektodawcy wskazali, że „w polskim systemie prawnym nie istniał dotychczas jeden akt prawny, który kompleksowo regulowałby problematykę rozpoznawania, przeciwdziałania i zwalczania zagrożeń o charakterze terrorystycznym oraz usuwania skutków ataku”. Zwracano jednak wcześniej uwagę na istnienie zrębów takiej regulacji w sensie materialnym (zob. A. Krzywoń, M. Wróblewski, *Regulacje antyterrorystyczne z punktu widzenia praw i wolności człowieka i obywatela*, w: *Terroryzm? Materia ustawowa?*, red. K. Indeck i P. Potejko, Warszawa 2009, s. 103). Dodano również, że integracja działań realizowanych przez poszczególnych uczestników wielopodmiotowego systemu antyterrorystycznego Rzeczypospolitej Polskiej niezbędna jest „w celu wzmocnienia przygotowania Państwa na możliwość wystąpienia zdarzeń o charakterze terrorystycznym”. Celem ustawy jest zatem zapewnienie bezpieczeństwa publicznego, poprzez określenie zasad prowadzenia działań antyterrorystycznych oraz współpracy między organami

właściwymi w zakresie prowadzenia tych działań (art. 1 ustawy). Ustawa o działaniach antyterrorystycznych ma doprecyzowywać mechanizmy koordynacji działań, zadania poszczególnych służb i organów oraz współpracy między nimi, zapewnienie skutecznych działań w przypadku podejrzenia przestępstwa o charakterze terrorystycznym, zapewnienie mechanizmów reagowania, a także dostosowanie przepisów karnych do nowych typów zagrożeń o charakterze terrorystycznym.

Cele te należy uznać za słuszne, a bezpieczeństwo publiczne, jako dobro prawne, może usprawiedliwiać ograniczenie przez ustawodawcę korzystanie z wolności i praw człowieka i obywatela. Rzecznik Praw Obywatelskich wielokrotnie podkreślał, że efektywność działania właściwych organów państwa w zakresie nie tylko reagowania na już zaistniałe zdarzenia, ale także prewencja w przypadku zagrożeń, których wystąpienie może wyrządzić nieodwracalne straty dla dóbr prawnie chronionych, jest szczególnie istotna w warunkach globalizacji przestępczości. Przyznanie właściwych uprawnień służbom odpowiedzialnym za walkę z terroryzmem jest zatem konstytucyjnym obowiązkiem państwa wynikającym z art. 5 Konstytucji. Również Trybunał Konstytucyjny podkreślał, że „specyfika nowych technologii i ocena zagrożeń z nimi związanych uzasadnia powierzenie wyspecjalizowanym organom władzy publicznej, jakimi są służby policyjne i służby ochrony państwa (zob. art. 103 ust. 2 Konstytucji) adekwatnych uprawnień, dzięki którym będą one w stanie zapobiegać przestępstwom i je wykrywać, ścigać ich sprawców, a także dostarczać informacji na temat zagrożeń dóbr prawnie chronionych. Demokratyczne państwo prawne nie może bowiem ignorować rosnącego znaczenia nowych technologii, a ponadto skali ich wykorzystywania, niekiedy również w celu naruszania prawa. Wymaga to wyposażenia tych służb w stosowne uprawnienia i stworzenia im warunków finansowych i organizacyjnych, umożliwiających efektywną walkę z naruszeniami prawa. Organy władzy publicznej powinny dysponować prawną i faktyczną możliwością wykrywania popełnianych przestępstw i działalności skierowanej przeciwko państwu czy jego konstytucyjnym organom. Powinny one też móc wyprzedzać działania osób naruszających prawo, nie dopuszczając do wystąpienia zagrożeń. W warunkach globalnej przestępczości i przekraczającego granice państw terroryzmu czy przestępczości zorganizowanej istotna jest także prewencja zagrożeń, których wystąpienie może wyrządzić nieodwracalne straty dla dóbr prawnie chronionych” (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 30 lipca 2014 r.

w sprawie K 23/11; a także: M. Wróblewski, *Bezpieczeństwo międzynarodowe a prawa człowieka*, „Bezpieczeństwo. Teoria i praktyka”, Czasopismo Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, nr 3-4 (II), Kraków 2008, s. 83-94).

Zadaniem służb policyjnych i służb specjalnych w państwie demokratycznym jest dążenie do zapewnienia państwu i jego obywatelom bezpieczeństwa, a więc ochrony przed zagrożeniem wewnętrznym i zewnętrznym. Bezpieczeństwo jest niewątpliwie dobrem ulokowanym wysoko w hierarchii dóbr prawem chronionych. Słusznie wskazuje się w doktrynie, że bezpieczeństwo jest stanem „dającym jednostce poczucie pewności elementarnej wartości, jaką jest istnienie oraz gwarancję zachowania i ciągłości tegoż istnienia, umożliwia dalszy rozwój i doskonalenie się” (M. Ławrynowicz-Mikłaszewicz, *Bezpieczeństwo jako prawo człowieka w kontekście stosowania środków przymusu bezpośredniego i broni palnej przez uprawnione podmioty*, Przegląd Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny 2014, nr 4, s. 64).

Poszczególne działania organów ścigania oraz służb specjalnych, a zwłaszcza te, które realizowane są w warunkach niejawności, pozostają zatem w naturalnym konflikcie z niektórymi prawami podstawowymi człowieka, co w szczególności może dotyczyć prawa jednostki do prywatności, konstytucyjnej wolności komunikowania się, ochrony autonomii informacyjnej, a także konstytucyjnej gwarancji sądowej ochrony praw jednostki. Konflikt ten występuje powszechnie, jest znany we wszystkich demokratycznych państwach prawnych, a także na tle praktyki organów międzynarodowych, gdzie wypracowano uniwersalne standardy, służące ocenie proporcjonalności między ingerencją władzy a prawami jednostki w rozważanej sferze.

Obowiązkiem pozytywnym państwa nie jest wyłącznie zabezpieczenie bezpieczeństwa publicznego, lecz uczynienie tego w taki sposób, że istota praw podmiotowych będzie należycie chroniona. Pod hasłem walki z terroryzmem nie można ingerować w prawa i wolności człowieka w sposób nieproporcjonalny i nadmierny. Zasada proporcjonalności, o czym będzie mowa w dalszej części wniosku, nakazuje porównywanie w każdym wypadku stosowanych ograniczeń potencjalnych skutków negatywnych dla realizacji prawa z zamierzonym celem ograniczenia. Negatywne skutki nigdy nie powinny przeważać i muszą zawsze pozostawać w rozsądnej proporcji do zamierzonego celu i treści

gwarantowanych przez normy konstytucyjne w zakresie wolności i praw. W przeciwnym razie środki ochrony bezpieczeństwa publicznego, w postaci legalnie dopuszczalnej działalności organów ścigania oraz służb specjalnych, same w sobie stwarzają zagrożenie dla tych wolności. Będzie tak wtedy, gdy – po pierwsze – wprowadzane ograniczenia będą arbitralne, nieproporcjonalne do ewentualnych zagrożeń i – po drugie – gdy będą one wyłączone (również faktycznie) spod kontroli sprawowanej przez instytucje demokratyczne. Zatem swoboda ustawodawcy nie ma charakteru absolutnego, gdyż regulacje ustawowe ograniczające konstytucyjnie chronione prawa i wolności muszą spełniać warunki, o których mowa m.in. w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Podstawowe założenia ustawy o działaniach antyterrorystycznych przedstawione zostały – w sposób wyłącznie informacyjny – podczas konferencji prasowej Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz Ministra Koordynatora ds. służb specjalnych w dniu 24 marca 2016 r. Konsultowanie założeń projektu ustawy nie jest wymagane przez Regulamin pracy Rady Ministrów (por. rozdział 5 uchwały z 29 października 2013 r. – Regulamin pracy Rady Ministrów, M.P. poz. 979 ze zm.), z czego projektodawcy skorzystali i w związku z tym prace nad projektem ustawy nie zostały poprzedzone rzetelnymi konsultacjami społecznymi. Sam projekt ustawy został wpisany do wykazu prac legislacyjnych i programowych Rady Ministrów dopiero dnia 21 kwietnia 2016 r. (projekt UD 60), chociaż już w styczniu 2016 r. zapowiadano rozpoczęcie prac nad ustawą (por. Komunikat „Posiedzenie Międzyresortowego Zespołu ds. Zagrożeń Terrorystycznych” z dnia 27 stycznia 2016 r., dostępny na stronie <https://www.mswia.gov.pl/pl/aktualnosci/14120,Posiedzenie-Miedzyresortowego-Zespołu-ds-Zagrozen-Terrorystycznych.html>). Rada Ministrów przyjęła projekt i 16 maja 2016 r. skierowała go do Sejmu (druk sejmowy nr 516). I czytanie ustawy miało miejsce na posiedzeniu Sejmu i odbyło się 20 maja 2016 r. Projekt ustawy skierowano do Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych, z zaleceniem zasięgnięcia opinii Komisji do Spraw Służb Specjalnych oraz Komisji Obrony Narodowej. Sprawozdanie Komisji przedstawiono 7 czerwca 2016 r., a już następnego dnia odbyło się II czytanie na posiedzeniu Sejmu, zaś III czytanie – 10 czerwca 2016 r. Ustawę przekazano Marszałkowi Senatu 13 czerwca 2016 r. Senat nie wprowadził do ustawy żadnych poprawek. Uchwaloną ustawę przekazano Prezydentowi RP w dniu 17 czerwca 2016 r., który następnie w dniu 22 czerwca br.

podpisał ustawę. Ustawa została opublikowana 24 czerwca 2016 r. w Dz. U. pod poz. 904 i weszła ona w życie po upływie 7 dni od dnia ogłoszenia, z wyjątkiem art. 43, który wchodzi w życie po upływie 30 dni od dnia ogłoszenia. Należy zaznaczyć, że w trakcie prac Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych w Sejmie odrzucony został wniosek o przeprowadzenie wysłuchania publicznego w trybie Regulaminu Sejmu.

Poważne zarzuty dotyczące niezgodności z Konstytucją projektowanych przepisów zgłaszane były już na etapie prac Rady Ministrów, jak również później w trakcie procedowania projektu w Sejmie i w Senacie. Swoje pisemne stanowiska dotyczące projektu ustawy wyrazili m.in. Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych, Rada ds. Cyfryzacji, Rzecznik Praw Obywatelskich, Polska Izba Informatyki i Cyfryzacji, Amerykańska Izba Handlowa w Polsce, Amnesty International Polska, Centrum Cyfrowe, Fundacja ePaństwo, Fundacja Panoptykon, Helsińska Fundacja Praw Człowieka. Szereg uwag zgłoszono także w trakcie prac w Sejmie i w Senacie oraz w trakcie obywatelskiego wysłuchania publicznego, zorganizowanego w dniu 6 czerwca br. na Uniwersytecie Warszawskim, podczas którego głos zabrali przedstawiciele tych instytucji i organizacji, które przedstawiły swoje pisemne opinie, jak również wszyscy zainteresowani wyrażeniem swoich poglądów i obaw. Zarzuty te nie zostały rozpatrzone merytorycznie i wnikliwie w toku prowadzonych pospiesznie prac legislacyjnych.

Rzecznik Praw Obywatelskich – od momentu przedstawienia informacji o projekcie podczas wspomnianej konferencji ministrów wyrażał gotowość do dyskusji. Odpowiadając na obawy organizacji, zaniepokojonych przedstawionym projektem ustawy, w dniu 6 maja 2016 r. w Biurze Rzecznika Praw Obywatelskich zorganizowane zostało otwarte spotkanie robocze, w trakcie którego wszyscy uczestnicy mogli przedstawić swoje stanowisko w odniesieniu do projektu. W dniu 19 maja 2016 r. Rzecznik Praw Obywatelskich skierował swoją opinię do projektu ustawy, zawartego w druku sejmowym nr 516, na ręce Marszałka Sejmu. Następnie, przedstawiciel Rzecznika brał udział w wyżej wspomnianym wysłuchaniu publicznym, zorganizowanym na Uniwersytecie Warszawskim. Wreszcie, w dniu 21 czerwca br. Rzecznik przesłał pismo do Prezydenta RP, w którym zaapelował o skorzystanie z uprawnienia określonego w art. 122 ust. 3 Konstytucji i skierowanie ustawy przed podpisaniem do Trybunału Konstytucyjnego. Prezydent z tego uprawnienia nie skorzystał.

Opisany powyżej krótko harmonogram prac nad ustawą wyraźnie wskazuje, że tryb procedowania ustawy nie był adekwatny do powagi celu ustawy. Zagwarantowanie fundamentalnej wartości, jaką jest bezpieczeństwo publiczne, powinno wiązać się bowiem z szeroką dyskusją na temat kierunków zmian, konkretnych zagrożeń i sposobu reagowania na nie. Konsekwencją wątpliwości Rzecznika Praw Obywatelskich w odniesieniu do ustawy o działaniach antyterrorystycznych powinno być zatem skierowanie wniosku do Trybunału Konstytucyjnego. Organy ochrony praw człowieka, w tym Rzecznik Praw Obywatelskich, powołane są do prowadzenia szczególnie intensywnej kontroli, weryfikującej, czy granica proporcjonalności ograniczania praw człowieka i obywatela w państwie demokratycznym nie została przekroczona.

II

Wskazany przez projektodawców w uzasadnieniu do projektu celem ustawy jest „podniesienie efektywności polskiego systemu antyterrorystycznego, a tym samym zwiększenie bezpieczeństwa wszystkich obywateli RP, poprzez: wzmocnienie mechanizmów koordynacji działań; doprecyzowanie zadań poszczególnych służb i organów oraz zasad współpracy między nimi; zapewnienie możliwości skutecznych działań w przypadku podejrzenia przestępstwa o charakterze terrorystycznym, w tym w zakresie postępowania przygotowawczego; zapewnienie mechanizmów reagowania adekwatnych do rodzaju występujących zagrożeń oraz dostosowanie przepisów karnych do nowych typów zagrożeń o charakterze terrorystycznym”. Jak zostało wskazane w I części uzasadnienia, zapewnienie bezpieczeństwa publicznego, w tym zwalczanie terroryzmu, jest obowiązkiem władz państwowych, które jednak nie mogą ingerować w podstawowe prawa i wolności człowieka i obywatela w sposób nieproporcjonalny.

Dla wykazania, że wysiłki podejmowane dla prawnego unormowania sposobów zwalczania terroryzmu na płaszczyźnie międzynarodowej zmierzają w kierunku ich zsynchronizowania z istniejącym systemem praw człowieka, należy odwołać się do kilku dokumentów trzech wiodących organizacji międzynarodowych: ONZ, Rady Europy i Unii Europejskiej, których członkiem jest Polska.

Zagadnienie terroryzmu i praw człowieka od dłuższego czasu stanowi przedmiot zainteresowania Organizacji Narodów Zjednoczonych. Ich zwieńczeniem jest przyjęta w dniu 8 września 2006 r. przez wszystkie państwa członkowskie ONZ *Globalna strategia zwalczania terroryzmu*, w której podkreśla się wagę silnego skoncentrowania się na ochronie praw człowieka i staniu na straży rządów prawa. *Plan Działania*, przyjęty dla celów implementacji Strategii, który został jednogłośnie przyjęty przez państwa członkowskie, zawiera część dotyczącą „środków mających zapewnić poszanowanie praw człowieka i rządów prawa, jako fundament walki z terroryzmem”. Państwa członkowskie ONZ, w tym Polska, zaakceptowały, że są zobowiązane do zapewnienia, że wszelkie środki podjęte do celów zwalczania terroryzmu będą zgodne z ich zobowiązaniami przyjętymi na podstawie prawa międzynarodowego, w szczególności w zakresie praw człowieka i potwierdziły, że podstawowym dokumentem w tym zakresie jest *rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ 60/158 z 16 grudnia 2005 r.*, która ustanawia podstawowe ramy dla ochrony praw człowieka i podstawowych wolności w związku ze zwalczaniem terroryzmu. W rezolucji tej potwierdzono konieczność ścisłego stosowania art. 4 *Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych*, otwartego do podpisu w Nowym Jorku 16 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167). Potępiając jednoznacznie terroryzm i potwierdzając obowiązek państw do ochrony przed terroryzmem osób znajdujących się pod ich jurysdykcją, ONZ przyjęło zatem jako priorytet ochronę praw człowieka w kontekście podejmowania środków w celu zwalczania terroryzmu (zob. także inne rezolucje przywołane w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 30 września 2008 r. w sprawie K 44/07).

Wśród organizacji międzynarodowych, których troską jest dbałość o przestrzeganie zasady rządów prawa, czy tych norm, które stanowią o istocie cywilizacji zachodnioeuropejskiej, jest Rada Europy. Wśród zasadniczych aktów prawnych dotyczących tej problematyki, poza samą *Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności* sporządzoną w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 ze zm.; dalej jako: EKPCz), która będzie przywoływana w dalszej części niniejszego wniosku w odniesieniu do konkretnych zarzutów, należy jeszcze wymienić *Europejską konwencję o zwalczaniu terroryzmu* z dnia 27 lutego 1977 r. (ETS nr 90, Dz. U. z 1996 r., Nr 117, poz. 557), zmienioną protokołem otwartym do podpisu w Strasburgu dnia

15 maja 2003 r. (ETS nr 190, Dz. U. z 2004 r., Nr 172, poz. 1803) i *Konwencję Rady Europy o zapobieganiu terroryzmu* z dnia 16 maja 2005 r. (CETS nr 196, Dz. U. z 2008 r., Nr 161, poz. 998), wraz z *Protokołem dodatkowym* z 2015 r. (CETS nr 217). Problematyki tej dotyczy także szereg rezolucji, deklaracji i rekomendacji Komitetu Ministrów oraz Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy, wymienionych m.in. w opracowaniu *The Fight Against Terrorism. Council of Europe Standards, Council of Europe Publishing*, wyd.4, Strasburg 2007. Warto zwrócić również uwagę na wskazówki w sprawie praw człowieka i walki z terroryzmem (*Guidelines on Human Rights and the Fight against Terrorism*) przyjęte przez Komitet Ministrów dnia 11 lipca 2002 r. oraz opinię Komisji Weneckiej (*European Commission for Democracy through Law - Venice Commission*) w sprawie ochrony praw człowieka w sytuacjach kryzysowych (*Opinion on the Protection of Human Rights in Emergency Situations*), przyjętą na 66. sesji plenarnej w dniach 17-18 marca 2006 r., a także opinię w sprawie środków walki z terroryzmem i praw człowieka (*Report on Counter-terrorism Measures and Human Rights*), przyjętą na 83. sesji plenarnej 4 czerwca 2010 r. W tym ostatnim dokumencie Komisja Wenecka wyraźnie wskazała, że „obowiązkiem państw jest nie tylko ochrona bezpieczeństwa państwa oraz jednostkowego i zbiorowego bezpieczeństwa jego mieszkańców; państwa mają również obowiązkiem ochrony (innych) praw i wolności mieszkańców. Prawdziwe bezpieczeństwo oznacza, że każdy w społeczeństwie może korzystać ze swoich praw podstawowych bez zagrożenia przemocą; utrzymanie bezpieczeństwa ma zatem znaczenie dla zapewnienia praw człowieka, a w związku z tym powinno szanować te prawa człowieka. Bezpieczeństwo państwa i prawa podstawowe, w konsekwencji, nie są wartościami konkurującymi, lecz raczej warunkują się wzajemnie”.

We wszystkich powołanych aktach i dokumentach Rada Europy zdecydowanie potępia terroryzm, uznając go za poważne zagrożenie dla bezpieczeństwa jednostek oraz demokratycznego porządku. Akcentuje także obowiązek państw członkowskich zapewnienia ochrony swoim obywatelom oraz dostrzega konieczność współdziałania zrzeszonych państw dla pełniejszego osiągnięcia nadrzędnego celu, jakim jest wyeliminowanie tego zjawiska w skali międzynarodowej. Z drugiej strony, niezwykle stanowczo akcentowana jest konieczność respektowania standardów państwa prawa (*rule of law*) oraz pełnego przestrzegania i poszanowania praw człowieka. Penalizacja i ściganie

aktów terroryzmu musi następować zgodnie z zasadą proporcjonalności (zob. art. 2 i art. 12 Konwencji Rady Europy z 16 maja 2005 r.).

W art. 15 ust. 1 EKPCz przewidziano możliwość podjęcia środków uchylających stosowanie zobowiązań wynikających z Konwencji w zakresie ściśle odpowiadającym wymogom sytuacji pod warunkiem, że środki te nie są sprzeczne z innymi zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego, w przypadku wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego zagrażającego życiu narodu. Odnosząc się do możliwej czasowej derogacji standardów konwencyjnych, Rada Europy podkreśla konieczność ścisłego stosowania nadzwyczajnych środków, zgodnie z przepisami prawa międzynarodowego (zob. pkt IV opinii Komisji Weneckiej z 4 kwietnia 2006 r.). W szczególności podkreśla się, że jeżeli ustawodawstwo antyterrorystyczne stanowi odstępstwo od jednego lub większej liczby praw człowieka, musi spełniać wszystkie wymogi wynikające z art. 15 EKPCz, a zatem musi mieć charakter wyjątkowy, czasowy, ściśle niezbędny i proporcjonalny do zagrożenia dla narodu. Niezbędność i proporcjonalność muszą być przedmiotem krajowego i międzynarodowego nadzoru, a utrzymywanie w mocy tych przepisów musi być przedmiotem regularnej kontroli (zob. punkt 18 opinii Komisji Weneckiej z 4 kwietnia 2006 r.). W rezolucji nr 1271 z 24 stycznia 2002 r. Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy wezwało (w § 9 i 12) państwa, aby w ramach walki z terroryzmem powstrzymały się od derogowania przepisów EKPCz na podstawie jej art. 15. Organy Rady Europy wypowiadają się także przeciwko postulatam reinterpretacji standardów praw człowieka na potrzeby walki z terroryzmem (zob. pkt VI. 30 opinii Komisji Weneckiej z 4 kwietnia 2006 r.).

Szczególnie istotną rolę w zakresie wyznaczania standardu ochrony praw człowieka w kontekście walki z terroryzmem pełni Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej jako: ETPCz), który także poprzez swoje orzecznictwo próbuje wyznaczyć relację między obowiązkiem walki z terroryzmem a prawami człowieka. Europejski Trybunał Praw Człowieka nie zanegował dopuszczalności podejmowania działań, które ingerują w prawa określone w EKPCz, np. niejawnego pozyskiwania informacji o osobach przez władze publiczne. Wskazywał wręcz na ich niezbędność, jako narzędzia umożliwiającego efektywne zagwarantowanie bezpieczeństwa oraz ochronę instytucji demokratycznego państwa przed wyrafinowanymi formami zagrożeń, zwłaszcza szpiegostwem

czy terroryzmem (zob. chociażby dwa niedawne wyroki ETPCz w sprawie *Zakharov przeciwko Rosji*, skarga nr 47413/06 czy *Szabó i Vissy przeciwko Węgrom*, skarga 37138/14. Szerzej na temat wcześniejszego orzecznictwa ETPCz zob. też A. Grzelak, *Ochrona danych osobowych we współpracy państw członkowskich UE w zwalczaniu przestępczości. W stronę standardu europejskiego*, wyd. Oficyna Wydawnicza SGH, Warszawa 2015, s. 103 i n.).

Również Unia Europejska uznaje zapobieganie oraz zwalczanie działalności terrorystycznej za zagadnienie o podstawowym znaczeniu, zarówno dla zagwarantowania integralności jej struktur, jak i dla prawidłowego funkcjonowania przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, której tworzenie jest jednym z jej celów wyrażonych w art. 3 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016). Aktywność UE nasila się zawsze w związku z eskalacją zjawiska terroryzmu we współczesnych relacjach międzynarodowych – zwłaszcza kolejne ataki powodują konieczność modyfikacji dotychczasowych sposobów współpracy i pogłębienie prac nad stworzeniem nowych rozwiązań. W chwili obecnej na forum instytucji UE trwają m.in. prace nad projektem dyrektywy w sprawie zwalczania terroryzmu (COM(2015) 625 final), która ma zastąpić obowiązującą decyzję ramową Rady 2002/475/WSiSW w sprawie zwalczania terroryzmu (Dz. Urz. UE L 164 z 22.06.2002 ze zm.). W uzasadnieniu do projektu dyrektywy stwierdzono, że „proponowane środki obejmują przepisy prawne mające umożliwić odpowiednie reagowanie na zmieniające się zagrożenia terrorystyczne. Działania te pomogą ograniczyć ryzyko ataków terrorystycznych oraz ograniczyć możliwości radykalizacji i werbowania. (...) Ustanowienie, wdrożenie i stosowanie kryminalizacji musi odbywać się z pełnym poszanowaniem zobowiązań w zakresie praw podstawowych. Wszelkie ograniczenia w korzystaniu z podstawowych praw i wolności podlegają warunkom określonym w art. 52 ust. 1 Karty praw podstawowych, a mianowicie muszą być proporcjonalne i rzeczywiście odpowiadać słusznym celom służącym uznawanemu przez Unię interesowi ogólnemu lub potrzebom ochrony praw i wolności innych osób i być przewidziane ustawowo oraz szanować istotę tych praw i wolności”.

W 2015 r. Komisja Europejska przyjęła *Europejską Strategię Bezpieczeństwa* (COM(2015) 185 final), w której również podkreślono, że celem Unii Europejskiej jest to, by ludzie żyli w przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości – Europejczycy

muszą mieć pewność, że ich wolność i bezpieczeństwo są w pełni chronione, a podejmowane działania pozostają w pełnej zgodności z podstawowymi wartościami UE, włączając w to zasadę rządów prawa i poszanowanie dla praw podstawowych.

Aktem prawnym UE, który stanowi podstawę do kontroli działań instytucji, organów i jednostek organizacyjnych Unii, ale także państw członkowskich w zakresie, w jakim stosują one prawo Unii jest Karta Praw Podstawowych UE (Dz. Urz. C 202, 7.06.2016; dalej jako: KPP UE), do której szczegółowe odniesienia znajdują się również w dalszej części wniosku. Przepis art. 52 ust. 1 KPP UE stanowi, że wszelkie ograniczenia w korzystaniu z praw i wolności uznanych w Karcie muszą być przewidziane ustawą i szanować istotę tych praw i wolności. Z zastrzeżeniem zasady proporcjonalności, ograniczenia mogą być wprowadzone wyłącznie wtedy, gdy są konieczne i rzeczywiście odpowiadają celom interesu ogólnego uznawanym przez Unię lub potrzebom ochrony praw i wolności innych osób. W ten sposób zarysowane są ramy prawne, dopuszczające ograniczenie podstawowych praw i wolności przy stosowaniu prawa UE. Warto dodać, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako: TSUE) w wyroku z 8 kwietnia 2014 r. w połączonych sprawach C-293/12 *Digital Rights Ireland* i C-594/12 *Kärntner Landesregierung i in.* (ECLI:EU:C:2014:238;) uznał naruszenie praw podstawowych wynikających z KPP UE i unieważnił dyrektywę 2006/24/WE (tzw. dyrektywę retencyjną). Jednocześnie wyraźnie wskazał, że walka z terroryzmem w celu utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa stanowi cel interesu ogólnego Unii (zob. też A. Grzelak, *Granica między skuteczną walką z przestępczością a prawem do prywatności i do ochrony danych osobowych – glosa do wyroku TS z 8.4.2014 r. w sprawach połączonych C-293/12 i C-594/12 Digital Rights Ireland*, Europejski Przegląd Sądowy 2014 nr 7, s. 45-52; podobnie wyroki TSUE w sprawach: *Kadi i Al Barakaat International Foundation/Rada i Komisja*, C-402/05 P i C-415/05P, ECLI:EU:C:2008:461, pkt 363; a także *Al-Aqsa/Rada*, C-539/10P i C-550/10 P, ECLI:EU:C:2012:711, pkt 130). Podobnie rzecz ma się w przypadku walki z poważną przestępczością, prowadzoną w celu zapewnienia bezpieczeństwa publicznego (zob. wyrok *Tsakouridis*, C-145/09, ECLI:EU:C:2010:708, pkt 46, 47. Zob. też A. Grzelak, *Pojęcie bezpieczeństwa publicznego - glosa do wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-145/09 Tsakouridis i C-348/09 P.I. w: Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej. Księga Jubileuszowa Profesora Jana*

Skupińskiego, red. A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, Warszawa 2013, s. 812-826).

Należy bowiem zauważyć, że art. 6 KPP UE gwarantuje każdemu nie tylko prawo do wolności, ale też – do bezpieczeństwa osobistego. To jednocześnie jednak nie oznacza przyzwolenia na przyjmowanie przepisów ograniczających prawa podstawowe w sposób sprzeczny z art. 52 ust. 2 KPP UE.

Analiza relewantnych aktów międzynarodowych wskazuje zatem wyraźnie, że obowiązek przeciwdziałania terroryzmowi i związana z tym konieczność ważenia wartości, jakimi są bezpieczeństwo publiczne oraz prawa i wolności człowieka, nie upoważnia do stosowania bardziej liberalnych niż zazwyczaj standardów oceny (zob. także wyrok TK z 30 września 2008 r. w sprawie K 44/07). Oznacza to, że wszelkie przepisy krajowe, które ograniczają prawa i wolności człowieka i obywatela ze względu na konieczność podejmowania działań mających na celu zwalczanie terroryzmu muszą być ocenione pod kątem przesłanek dopuszczalności ograniczeń, w szczególności niezbędności i proporcjonalności.

III

Ocena konstytucyjności zakwestionowanych przepisów ustaw musi zostać poprzedzona również rozważaniami na temat możliwości skontrolowania przez Trybunał braku regulacji i zakwalifikowania tego braku jako zaniechania lub pominięcia ustawodawczego. Przypadek pominięcia ustawodawczego będzie analizowany w związku z kilkoma przepisami ustawy o działaniach antyterrorystycznych, zaskarżonych w niniejszym wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich, a zatem wymaga odniesienia się do tego problemu w sposób ogólny w tym miejscu.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, zaniechanie ustawodawcze (tzw. luka w prawie) polega na niewydaniu aktu ustawodawczego, choćby obowiązek jego wydania wynikał z norm konstytucyjnych (por. orzeczenie TK z 3 grudnia 1996 r. w sprawie K 25/95). W tym orzeczeniu TK stwierdził, że „w aktualnym stanie prawnym Trybunał Konstytucyjny nie ma kompetencji do orzekania o zaniechaniach ustawodawcy polegających na nie wydaniu aktu ustawodawczego, choćby obowiązek jego wydania

wynikał z norm konstytucyjnych. W przypadku natomiast aktu ustawodawczego wydanego i obowiązującego Trybunał Konstytucyjny ma kompetencję do oceny jego konstytucyjności również z tego punktu widzenia, czy w jego przepisach nie brakuje unormowań, bez których, ze względu na naturę objętej aktem regulacji, może on budzić wątpliwości natury konstytucyjnej. Zarzut niekonstytucyjności może więc dotyczyć zarówno tego, co ustawodawca w danym akcie unormował, jak i tego, co w akcie tym pomiął, choć postępując zgodnie z konstytucją powinien był unormować”. W przyjętym przez Trybunał Konstytucyjny ujęciu kognicji, brak jest kompetencji do orzekania o zaniechaniu ustawodawcy, czyli wtedy, gdy określone zagadnienie zostało pozostawione w całości poza regulacją prawną.

Z kolei pominięcie ustawodawcze polega na przyjęciu uregulowania niepełnego – w akcie prawnym wydanym i obowiązującym prawodawca reguluje jakieś zagadnienie w sposób niepełny, fragmentaryczny. W takim wypadku dopuszczalna jest kontrola regulacji niepełnej, mającej z punktu widzenia zasad konstytucyjnych zbyt wąski zakres zastosowania lub z uwagi na cel i przedmiot regulacji pomijającej treści istotne (tak TK w wyroku z 13 czerwca 2011 r. w sprawie SK 41/09). Jak zauważył Trybunał, „zarzut niekonstytucyjności może więc dotyczyć zarówno tego, co ustawodawca w danym akcie unormował, jak i tego, co w akcie tym pomiął, choć postępując zgodnie z Konstytucją powinien był unormować” (orzeczenie TK w sprawie K 25/95). Wskazany wyżej podział na niepodlegające kontroli Trybunału zaniechanie prawodawcze, a badane przez Trybunał uregulowanie niepełne znalazł odzwierciedlenie w wielu późniejszych orzeczeniach TK (np. wyrok z 6 maja 1998 r. w sprawie K 37/97, wyrok z 24 października 2001 r. w sprawie SK 22/01, wyrok z 19 maja 2003 r. w sprawie K 39/01 czy wyrok z 9 grudnia 2008 r. w sprawie SK 43/07). W wyroku z 22 lipca 2008 r. w sprawie K 24/07 Trybunał wskazał, że „linia demarkacyjna oddzielająca sytuacje «zaniechania ustawodawczego» oraz «regulacji fragmentarycznej i niepełnej» związana jest z odpowiedzią na pytanie, czy istotnie w danej sytuacji zachodzi jakościowa tożsamość (albo przynajmniej daleko idące podobieństwo) materii unormowanych w danym przepisie i tych pozostawionych poza jego zakresem. Podkreślić przy tym warto pożądaną ostrożność w dokonywaniu tego rodzaju oceny. Zbyt pochopne «upodobnienie» materii nieunormowanych z tymi, które znalazły swoją wyraźną podstawę w treści badanego przepisu, grozi bowiem każdorazowo postawieniem zarzutu

o wykroczenie przez Trybunał Konstytucyjny poza sferę kontroli prawa i uzurpowanie sobie uprawnień o charakterze prawotwórczym”.

TK rozróżnia zatem akt normatywny, który nie został wydany, mimo że obowiązuje wiążąca prawodawcę norma prawna obligująca go do jego wydania w celu uregulowania danej dziedziny życia społecznego (nieobjęte kognicją TK zaniechanie prawodawcze), i akt normatywny wydany, ale o treści ukształtowanej nieprawidłowo z punktu widzenia standardów konstytucyjnych.

We wszystkich wskazanych poniżej we wniosku przypadkach, zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, zachodzić będzie sytuacja pominięcia ustawodawczego, objętego kognicją TK i podlegającego ocenie konstytucyjności wraz z oceną całego zaskarżonego przepisu. Tym samym, w dalszej części wniosku nie będzie już zamieszczane każdorazowo uzasadnienie przemawiające za istnieniem kognicji Trybunału w poszczególnych przypadkach, w których wskazywane będą braki konkretnej regulacji.

IV

Rozważania na temat zgodności zaskarżonych przepisów ustawy o działaniach antyterrorystycznych, w których dochodzi do naruszenia podstawowych praw i wolności człowieka z Konstytucją oraz przepisami EKPCz, a także KPP UE, powinny rozpocząć się od analizy podstawowego pojęcia, jakim jest definicja „zdarzenia o charakterze terrorystycznym”. Pojęcie to wykorzystywane jest przede wszystkim do zdefiniowania „działań antyterrorystycznych” w art. 2 pkt 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych. To oznacza, że ustalenie precyzyjnego zakresu pojęcia „zdarzenia o charakterze terrorystycznym” warunkuje prawidłowe i precyzyjne ustalenie zakresu stosowania praktycznie całej ustawy o działaniach antyterrorystycznych, a w szczególności przepisów określających kompetencje poszczególnych organów państwowych i ograniczających podstawowe prawa i wolności człowieka i obywatela.

Zgodnie z art. 2 pkt 7 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, pojęcie „zdarzenie o charakterze terrorystycznym” zostało określone jako sytuacja, co do której istnieje podejrzenie, że powstała na skutek przestępstwa o charakterze terrorystycznym, o którym

mowa w art. 115 § 20 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.), lub zagrożenia zaistnienia takiego przestępstwa.

Pojęcie „zdarzenia o charakterze terrorystycznym” używane jest w ustawie o działaniach antyterrorystycznych bezpośrednio w:

- art. 2 pkt 6 – dla zdefiniowania miejsca zdarzenia o charakterze terrorystycznym,
- art. 3 – dla określenia ogólnej odpowiedzialności Szefa ABW do zapobiegania takim zdarzeniom,
- tytule rozdziału 2, dotyczącego „działań antyterrorystycznych zapobiegających zdarzeniom o charakterze terrorystycznym”,
- art. 4 ust. 3 – dla określenia uprawnienia Szefa ABW do wydawania określonych poleceń w przypadku powzięcia informacji o możliwości wystąpienia zdarzenia,
- art. 5 ust. 1 – dla określenia zakresu uprawnień koordynacyjnych Szefa ABW,
- art. 6 ust. 2 – dla określenia zakresu bieżących analiz stanu zagrożenia,
- art. 7 – dla określenia kompetencji do przekazywania stosownych informacji podmiotom wymienionym w tym przepisie przez Szefa ABW,
- art. 8 ust. 1 – dla uregulowania zakresu uprawnień koordynacyjnych Szefa ABW,
- art. 10 ust. 1 pkt 4 – jako przesłanka uzasadniająca przetwarzanie danych biometrycznych i genetycznych przez funkcjonariuszy ABW, Policji i SG,
- art. 13 – jako przesłanka do zainstalowania tymczasowych instalacji radiokomunikacyjnych,
- art. 15 – 17 – jako przesłanka do wprowadzenia określonych stopni alarmowych, co z kolei ma wpływ na inne przypadki, w których prawa człowieka i obywatela są ograniczone (np. w przypadku art. 21 dla zarządzenia zakazu odbywania zgromadzeń lub imprez masowych),
- w tytule rozdziału 4, dotyczącego działań antyterrorystycznych na miejscu zdarzenia o charakterze terrorystycznym, w tym działań kontrterrorystycznych,
- art. 18 – jako przesłanka do wyznaczenia kierującego działaniami,
- art. 19 – do celów określenia kompetencji poszczególnych ministrów w odniesieniu do zdarzeń o charakterze terrorystycznym,

- art. 20 – odnośnie do uprawnień kierującego działaniami na miejscu zdarzenia o charakterze terrorystycznym,
- w art. 23 – jako przesłanka dla specjalnego użycia broni,
- w ustawach zmienianych, w szczególności w ustawie o ABW w zakresie, w jakim rozszerza się kompetencje ABW odnośnie do prowadzenia oceny bezpieczeństwa systemów teleinformatycznych (art. 32a), żądania informacji o budowie, funkcjonowaniu oraz zasadach eksploatacji posiadanych systemów teleinformatycznych (art. 32b), zarządzania blokady dostępności (art. 32c).

Do celu określonego w art. 3 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, a zatem zapobiegania zdarzeniom o charakterze terrorystycznym odsyłają także inne przepisy, przykładowo art. 5 ust.1, art. 6 ust. 1, art. 8 ust.1, art. 11 ust.1 oraz art. 14 ust.1.

Należy zatem wyraźnie zaznaczyć, że pojęcie „zdarzenia o charakterze terrorystycznym” ma charakter kluczowy dla całej ustawy o działaniach antyterrorystycznych, ponieważ uznanie, że określone zdarzenie ma taki właśnie charakter warunkuje w ogóle możliwość stosowania przepisów ustawy oraz podjęcia szeregu czynności ingerujących w prawa i wolności jednostki przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Szefa ABW czy inne właściwe organy. Pojęcie „zdarzenia o charakterze terrorystycznym” jest bowiem elementem składowym definicji „działań antyterrorystycznych”.

Punktem wyjścia do oceny tak sformułowanego przepisu powinny być dotychczasowe ustalenia TK odnośnie do wymaganego stopnia precyzji przepisów prawa, wynikającego z zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa, dekodowanej z zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji). W orzecznictwie Trybunału zasada określoności przepisów prawa, czy też szerzej – zasada przyzwoitej legislacji – jest zazwyczaj powoływana w kontekście innych postanowień Konstytucji, normujących określone prawa i wolności konstytucyjnie chronione. Jednak przyjmuje się, że art. 2 Konstytucji może stanowić samodzielny wzorzec kontroli konstytucyjności prawa, jeśli „brak jest szczegółowej normy konstytucyjnej albo zachodzi konieczność zharmonizowania poszczególnych norm (por. wyrok TK z 13 kwietnia 1999 r. w sprawie K 36/98). Ponadto, jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny w sprawie K 28/02,

„ustawodawca nie może (...) poprzez niejasne formułowanie treści przepisów pozostawiać organom mającym je stosować nadmiernej swobody przy ustalaniu ich zakresu podmiotowego i przedmiotowego. Założenie to można określić ogólnie jako zasadę określoności ustawowej ingerencji w sferę praw i obowiązków adresatów normy prawnej. Przekroczenie pewnego poziomu niejasności przepisów prawnych stanowić może samoistną przesłankę stwierdzenia ich niezgodności z wyrażoną w art. 2 Konstytucji zasadą państwa prawnego”.

W przypadku art. 2 pkt 7 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, w związku z tym, że zakwestionowana definicja dotyczy różnych aspektów tej ustawy, nie sposób jest wskazać szczegółową normę konstytucyjną, w przypadku której art. 2 Konstytucji mógłby służyć wyłącznie jako wskazówka interpretacyjna. Ponieważ definicja „zdarzenia o charakterze terrorystycznym” ma charakter horyzontalny i jest stosowana w całej ustawie oraz w ustawach zmienianych na mocy ustawy o działaniach antyterrorystycznych, wyłącznym wzorcem kontroli powinien stać się zatem art. 2 Konstytucji.

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał, że zasada przyzwoitej legislacji, jako przejaw ogólnej zasady ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa, jest jedną z podstawowych cech państwa prawnego. Brak precyzji przepisów powoduje bowiem stworzenie nazbyt szerokich ram dla organów stosujących prawo, które muszą zastępować ustawodawcę w zakresie tych zagadnień, które uregulował on w sposób nieprecyzyjny. Jak podkreślił TK, „ustawodawca nie może poprzez niejasne formułowanie tekstu przepisów pozostawiać organom mającym je stosować nadmiernej swobody przy ustalaniu w praktyce zakresu podmiotowego i przedmiotowego ograniczeń konstytucyjnych wolności i praw jednostki” (zob. wyrok z 22 maja 2002 r. w sprawie K 6/02 albo wyrok z 14 czerwca 2000 r. w sprawie P 3/00).

Zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa opiera się na wymaganiu pewności prawa, a więc takim zespole cech przysługujących prawu, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne, umożliwiają jej decydowanie o swoim postępowaniu na podstawie pełnej znajomości przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie jej działania mogą pociągnąć za sobą (por. wyrok TK z 14 czerwca 2000 r. w sprawie P 3/00). Trybunał stwierdził ponadto, że w świetle zasady

zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa adresaci norm prawnych mają bowiem prawo zakładać, że treść obowiązującego prawa jest dokładnie taka, jak to zostało ustalone przez sądy (por. wyroki TK: z 13 kwietnia 1999 r. w sprawie K 36/98; z 9 października 2001 r. w sprawie SK 8/00, czy z 6 marca 2007 r. w sprawie SK 54/06).

Z zasady zaufania wynika zasada jednoznaczności prawa, rozumiana jako dyrektywa poprawnej legislacji. Odnośnie do nakazu respektowania przez ustawodawcę zasad przyzwoitej legislacji, stanowiących element zasady demokratycznego państwa prawnego, TK stwierdził, że zasady te obejmują m.in. „wymaganie określoności przepisów, które muszą być formułowane w sposób poprawny, precyzyjny i jasny”, a „standard ten wymagany jest zwłaszcza, gdy chodzi o ochronę praw i wolności” (por. wyrok z 11 stycznia 2000 r. w sprawie K 7/99). Z tak ujętej zasady określoności wynika, że każdy przepis prawny powinien być skonstruowany poprawnie z punktu widzenia językowego i logicznego – dopiero spełnienie tego warunku podstawowego pozwala na jego ocenę w aspekcie pozostałych kryteriów. Wymóg jasności oznacza nakaz tworzenia przepisów klarownych i zrozumiałych dla ich adresatów, którzy od racjonalnego ustawodawcy oczekiwać mogą stanowienia norm prawnych niebudzących wątpliwości co do treści nakładanych obowiązków i przyznawanych praw. Związana z jasnością precyzja przepisu powinna przejawiać się w konkretności nakładanych obowiązków i przyznawanych praw, tak by ich treść była oczywista (wyrok z 21 marca 2001 r. w sprawie K 24/00).

Dla oceny zgodności treści określonego przepisu prawa z wymaganiami poprawnej legislacji konieczne jest m.in. stwierdzenie, czy jest on na tyle precyzyjny, że możliwe są jego jednolita wykładnia i jednolite stosowanie (zob. przykładowo orzeczenia TK: z 19 czerwca 1992 r. w sprawie U 6/92; z 26 kwietnia 1995 r. w sprawie K 11/94 oraz wyroki z 17 października 2000 r. w sprawie SK 5/99, z 30 października 2001 r. w sprawie K 33/00; z 24 lutego 2003 r. w sprawie K 28/02; z 5 marca 2003 r. w sprawie K 7/01, czy też z 28 czerwca 2005 r. w sprawie SK 56/04).

W analizowanym wypadku konieczność spełnienia wymagania precyzji przepisów prawa rysuje się w sposób szczególny, po pierwsze ze względu na to, że precyzyjna definicja „zdarzenia o charakterze terrorystycznym” ma wpływ na ustalenie zakresu kompetencji poszczególnych organów państwowych, a po drugie – ma wpływ na ustalenie

zakresu dopuszczalnego ograniczenia praw i wolności obywatelskich. Dobrami, które mają być naruszone w wyniku działań organów państwa na podstawie przepisów, w których występuje pojęcie „zdarzenia o charakterze terrorystycznym” jest m.in. zdrowie i życie ludzkie (art. 23 ustawy o działaniach antyterrorystycznych), czy też nienaruszalna godność człowieka, poprzez ograniczenie chociażby prawa do prywatności (przykładowo art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych). W sytuacji, w której ustawa nie określa w wielu miejscach środków kontroli i środków prawnych nad działaniami właściwych organów, precyzja definicji musi być wymagana, w szczególności dlatego, że podejmowane decyzje organów będą mieć charakter ostateczny, a niemożliwe będzie skonstruowanie jakiegokolwiek efektywnego mechanizmu naprawczego. Po drugie – kontekst sytuacyjny podejmowanych na jego podstawie decyzji jest niezwykle dynamiczny. Presja odpowiedzialności i czasu, w powiązaniu ze zbyt dużą niedookreślonością przepisów kompetencyjnych, może prowadzić do sytuacji, w której przesłanki wydania decyzji nie będą skrupulatnie przestrzegane, a reakcja właściwych organów będzie miała miejsce „na wyrost” – chociażby w odniesieniu do zarządzenia poszczególnych stopni alarmowych.

Tymczasem należy zaznaczyć, że pozbawiona precyzji definicja „zdarzenia o charakterze terrorystycznym” pozwala na bardzo szeroką interpretację, zwłaszcza w sytuacji „zagrożenie zaistnienia” przestępstwa o charakterze terrorystycznym. Pominięcie wskazania w treści art. 2 pkt 7 ustawy, że podejrzenie oraz zagrożenie wymaga uzasadnienia takiego stanu powoduje, że nie można mieć pewności, iż środki te będą wykorzystywane wyłącznie w razie faktycznej konieczności zapobieżenia działaniom terrorystycznym. Kształt definicji legalnej zdarzenia o charakterze terrorystycznym opiera się na przesłankach ocennych, relatywnych, niepoddających się obiektywizacji, przez co stwarza zagrożenie arbitralnej ingerencji w sferę wolności jednostki.

Samo pojęcie zdarzenia o charakterze terrorystycznym jest sformułowane w sposób bardzo szeroki, bez wskazania kto i w jakich okolicznościach ma dokonywać oceny i w jakiej procedurze stwierdzać, że istnieje podejrzenie, czy zagrożenie zaistnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym, co powoduje, że nie można mieć pewności, iż środki te będą wykorzystywane wyłącznie w razie faktycznej konieczności związanej z terroryzmem. Na etapie prac parlamentarnych wskazywano, że podejrzenie powinno przynajmniej mieć charakter uzasadniony, tak aby ograniczyć zakres oddziaływania tego

przepisu – ustawodawca takiej zmiany jednak nie wprowadził. Wydaje się to istotne zwłaszcza w kontekście „działań antyterrorystycznych”, które obejmują działania organów publicznych polegające na zapobieganiu zdarzeniom o charakterze terrorystycznym, przygotowaniu do przejmowania nad nimi kontroli w drodze zaplanowanych przedsięwzięć, reagowaniu w przypadku wystąpienia takich zdarzeń oraz usuwaniu ich skutków, w tym odtwarzaniu zasobów wykorzystywanych do reagowania na nie. Wyłącznie dla przykładu należy wskazać, że pojęcie to jest przesłanką do wprowadzenia określonych stopni alarmowych (art. 15 ustawy), zaś wprowadzenie trzeciego lub czwartego stopnia alarmowego oznaczać może ograniczenie prawa do zgromadzeń (art. 21 ustawy). Dla innego przykładu – w dodawanym w ustawie o ABW art. 32a uregulowano zasady dokonywania przez ABW tzw. oceny bezpieczeństwa „w celu zapobiegania i przeciwdziałania oraz zwalczania zdarzeń o charakterze terrorystycznym”, polegającej m.in. na uzyskaniu dostępu do systemów przy legalnym wykorzystaniu tzw. programów hackerskich (por. dodawany art. 32a ust. 5 i ust. 7 ustawy o ABW). Takie działania stanowią poważną ingerencję w prawa i wolności jednostki, które mogą być uzasadnione koniecznością podejmowania działań zmierzających do zwalczania niepożądanych zjawisk, jednak ustawodawca w świetle art. 2 Konstytucji zobowiązany jest tak skonstruować definicję zdarzenia o charakterze terrorystycznym, by niemożliwe były nadużycia i wykorzystanie jej do realizacji innych celów organów państwa. Tymczasem przyjęte szerokie rozumienie „zdarzenia o charakterze terrorystycznym” może skutkować rozszerzonym zakresem stosowania ustawy o działaniach antyterrorystycznych i tym samym większą – i nieprzewidywalną dla człowieka i obywatela – ingerencją w podstawowe prawa i wolności.

Wreszcie, jeszcze w kontekście dotychczasowej definicji przestępstwa o charakterze terrorystycznym zwracano uwagę, że w przypadku pojedynczego sprawcy cele, jakimi kieruje się w swoich działaniach, często możliwe są do rozpoznania dopiero *ex post* (por. T. Przesławski, *Cel w konstrukcji przestępstwa terrorystycznego*, „Prokuratura i Prawo” 5/2009). To oznacza, że organy ścigania skazane są na „dość intuicyjne i uznaniowe określanie, czy dany czyn zabroniony posiada rys terrorystyczny, czy też w konkretnym przypadku go brak” (zob. J. Brzezińska, *Z rozważań o terrorystycznym charakterze przestępstwa*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2008/22, cyt. za opinią Fundacji

Panoptykon z 10 maja 2016 r.). To z kolei oznacza, że w wielu przypadkach to właściwa służba będzie samodzielnie i arbitralnie oceniać, czy doszło (lub może dojść) do przestępstwa o charakterze terrorystycznym, a w konsekwencji do zdarzenia o charakterze terrorystycznym.

W obecnym brzmieniu ustawowa definicja zdarzenia o charakterze terrorystycznym nie spełnia zatem wymogów wskazanych wyżej, jakie stawiane są przepisom ograniczającym podstawowe prawa i wolności, a zatem nie spełnia wymogów zasady zaufania do państwa oraz zasady przyzwoitej legislacji, wywodzonej z art. 2 Konstytucji.

Warto dodać również, że wymóg ustanawiania jasnych i precyzyjnych reguł uzasadniających ingerencję w prawa i wolności podstawowe jednostki wynika zarówno z EKPCz, jak i z KPP UE, jednakże jest związany z analizą dopuszczalnej ingerencji w konkretne prawa i wolności, a tym samym argument ten zostanie podniesiony, a sama analiza poszerzona w dalszej części wniosku, odnoszącej się do konkretnych zaskarżonych przepisów ustawy.

W związku z powyższym należy uznać, że art. 2 pkt 7 ustawy o działaniach antyterrorystycznych jest niezgodny z art. 2 Konstytucji.

V

W celu „zapewnienia możliwości skutecznej realizacji przez Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego zadania polegającego na zapobieganiu zdarzeniom o charakterze terrorystycznym” (por. uzasadnienie do projektu ustawy, druk sejmowy nr 516), w art. 6 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych przyznano Szefowi ABW zadanie prowadzenia wykazu osób, które – ujmując ogólnie – mogły mieć związek ze zdarzeniem o charakterze terrorystycznym. Wykaz ten ma zawierać informacje o: osobach podejmujących działalność na rzecz organizacji terrorystycznych lub organizacji związanych z działalnością terrorystyczną lub członkach tych organizacji; poszukiwanych osobach prowadzących działalność terrorystyczną lub osobach podejrzewanych o popełnienie przestępstw o charakterze terrorystycznym, wobec których w Rzeczypospolitej Polskiej zostało wydane zarządzenie o zatrzymaniu, poszukiwaniu lub

postanowienie o poszukiwaniu listem gończym, a także poszukiwanych na podstawie europejskiego nakazu aresztowania; osobach, wobec których istnieje uzasadnione podejrzenie, że mogą prowadzić działania zmierzające do popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym, w tym o osobach stanowiących zagrożenie bezpieczeństwa lotnictwa cywilnego; osobach uczestniczących w szkoleniach terrorystycznych lub podejmujących podróże w celu popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym. W wykazie gromadzone będą zatem dane osobowe, chociaż szczegółowy zakres ma zostać określony w zarządzeniu Szefa ABW przyjętym na podstawie art. 6 ust. 3 ustawy, gdzie również ma być określony sposób prowadzenia wykazu i tryb przekazywania informacji innym podmiotom.

Wykaz ten prowadzony jest w bardzo ogólnie określonym celu realizacji zadania, jakim jest zapobieganie zdarzeniom o charakterze terrorystycznym (art. 6 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych), a – zgodnie z art. 6 ust. 2 ustawy – informacje zgromadzone w wykazie będą przekazywane przez Szefa ABW bardzo szerokiemu kręgowi podmiotów (podmiotom i służbom specjalnym, o których mowa w art. 5 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, ale także innym organom administracji publicznej).

Cel przyznania nowego zadania Szefowi ABW oraz prawa do gromadzenia i przetwarzania informacji o wskazanych wyżej grupach osób wyjaśniony został w uzasadnieniu do projektu ustawy (druk sejmowy nr 516). Fragment tego uzasadnienia należy przytoczyć w tym miejscu, bowiem ilustruje intencje prawodawcy i oddaje charakter prowadzonego wykazu. Projektodawcy stwierdzają mianowicie, że „określenie na poziomie ustawy kompetencji Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego w zakresie koordynacji gromadzenia, przetwarzania, analizowania oraz udostępniania informacji dotyczących zagrożeń o charakterze terrorystycznym, w tym danych osobowych sprawców tych przestępstw, wzmocni jego pozycję jako organu odpowiedzialnego za koordynację procesu wymiany informacji między uczestnikami systemu antyterrorystycznego RP, umożliwiając wdrażanie wspólnych procedur reagowania w przypadku zaistnienia zagrożenia o charakterze terrorystycznym, a także stałe, szybkie i syntetyczne informowanie kierownictwa państwa o zagrożeniach o charakterze terrorystycznym oraz działaniach podjętych w związku z nimi przez właściwe służby i instytucje”. Dalej projektodawca

wskazuje, że „wykaz osób mogących mieć związek ze zdarzeniami o charakterze terrorystycznym (prowadzony przez Szefa ABW zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy, z zachowaniem wymogów dotyczących ochrony informacji niejawnych) stanowić będzie elementarne narzędzie pozwalające na realne działania w stosunku do tych osób. Utworzenie takiej bazy stanowi naturalną konsekwencję wzrostu zagrożenia zdarzeniami o charakterze terrorystycznym. We współczesnych realiach walki z terroryzmem możliwość szybkiej identyfikacji osoby mającej związek ze zdarzeniem o charakterze terrorystycznym stanowi istotę sukcesu w przeciwdziałaniu, zwalczaniu oraz niwelowaniu skutków tej przestępczości. Należy podkreślić, że umożliwi to również wymianę danych ze służbami państw trzecich, co przy zniesionych kontrolach granicznych w ramach porozumienia z Schengen wydaje się być w pełni uzasadnione”.

Rozważania dotyczące problemu zgodności art. 6 ustawy z Konstytucją oraz EKPCz i KPP UE można rozpocząć od zagadnienia, które zostało już omówione zbiorczo w poprzednim punkcie wniosku, a mianowicie wskazania, że przy jego konstrukcji posłużono się niejasnym i nieprecyzyjnym pojęciem „zdarzenia o charakterze terrorystycznym”. To pojęcie użyte jest zarówno w art. 6 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych (poprzez odesłanie do art. 3 ust. 1 ustawy określającego ogólnie zadania Szefa ABW), ale także bezpośrednio w art. 6 ust. 2 oraz pośrednio ma znaczenie dla art. 6 ust. 3, w którym przewidziano delegację do wydania zarządzenia przez Szefa ABW, w którym określone zostaną określone elementy związane ze sposobem i zakresem prowadzenia wykazu. Tym samym, aktualność zachowuje cała argumentacja podniesiona w poprzednim punkcie wniosku, a w związku z tym należy stwierdzić, że art. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych jest w całości niezgodny z art. 2 Konstytucji ze względu na posłużenie się w nim nieprecyzyjnym pojęciem „zdarzenia o charakterze terrorystycznym”, co narusza zasadę zaufania do państwa oraz zasadę poprawnej legislacji, wywodzone z art. 2 Konstytucji. W tym przypadku jednak art. 2 Konstytucji nie będzie stanowił wyłącznej podstawy oceny, ponieważ cały art. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych jest niezgodny z art. 47 oraz art. 51 ust. 2, 3 i 4 Konstytucji, o czym będzie jeszcze mowa w dalszej części tego punktu wniosku.

Nieprecyzyjne i niejasne pojęcie, uzasadniające stwierdzenie, że art. 6 ust. 1 narusza zasadę zaufania do państwa i zasadę poprawnej legislacji użyte jest także w przypadku

jednej z grup osób, o których informacje mają znaleźć się w wykazie prowadzonym przez Szefa ABW. W art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy o działaniach antyterrorystycznych ustawodawca posłużył się przesłanką ocenną, tj. uzasadnionym podejrzeniem, że określone osoby mogą prowadzić działania zmierzające do popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym, w tym stanowiące zagrożenie bezpieczeństwa lotnictwa cywilnego, i to przesuniętą na przedpole możliwości popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym. Ustawodawca wskazuje bowiem na uzasadnione podejrzenie możliwości prowadzenia przez określone osoby działań zmierzających do popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym, a nie chociażby uzasadnionego podejrzenia prowadzenia przez określone osoby takiej działalności. To drugie określenie byłoby nie tylko węższe, lecz także pozwalałoby zobiektywizować i urealnić uzasadnione podejrzenie prowadzenia działań zmierzających do popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym. Tymczasem na ustawodawcy ciąży obowiązek tworzenia przepisów prawa możliwie najbardziej określonych w danym wypadku pod względem zarówno ich treści, jak i formy. Jak wspomniano wyżej w odniesieniu do pojęcia „zdarzenia o charakterze terrorystycznym”, przepisy ustawowe ograniczające konstytucyjne wolności lub prawa muszą być zatem sformułowane w sposób pozwalający jednoznacznie ustalić, kto i w jakiej sytuacji podlega ograniczeniom przez organy państwa; muszą być na tyle precyzyjne, by je stosowano i interpretowano w jednolity sposób; wreszcie muszą być tak ujęte, by zakres ich zastosowania obejmował wyłącznie sytuacje, w których racjonalny ustawodawca zamierzał wprowadzić regulację ograniczającą korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw (zob. wyrok TK z 30 października 2001 r. w sprawie K 33/00). Art. 6 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych w odniesieniu do przesłanki, o której mowa w punkcie 3 nie czyni zadość powyższym wymogom, co oznacza, że nie jest zgodny z art. 2 Konstytucji również w tym aspekcie. Ponieważ konstytucyjna ochrona wolności człowieka odnosi się przede wszystkim do sfery jego prywatności, a ustrojodawca statuuje prywatność jednostki jako wolność konstytucyjnie chronioną, co oznacza swobodę działania jednostek aż do granic ustanowionych w ustawie, zatem wyłącznie jednoznaczna regulacja ustawowa może nakładać ograniczenia w zakresie podejmowania określonych zachowań mieszczących się w ramach konkretnej wolności (wyrok TK z 30 lipca 2014 r. w sprawie K 23/11).

Pozostałe grupy osób (wymienione w art. 6 ust. 1 w punktach 1, 2 i 4) określone są z większą precyzją, tym niemniej zakwestionowanie również tych przesłanek we wniosku Rzecznika wiąże się z dalszymi zarzutami dotyczącymi tego przepisu, odnoszonymi do art. 47 oraz art. 51 ust. 2, 3 i 4 Konstytucji. Przechodząc zatem do analizy braku zgodności art. 6 ustawy z tymi wzorcami konstytucyjnymi należy zacząć od wskazania uzasadnienia dla przywołania właśnie tych wzorców kontroli. Artykuł 47 Konstytucji stanowi, że „każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym”. Z kolei art. 51 Konstytucji, dotyczący prawa do ochrony informacji o sobie, w ust. 2 ogranicza władze publiczne w zakresie pozyskiwania, gromadzenia i udostępniania informacji o obywatelach innych niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym, a jednocześnie w ust. 3 przewiduje prawo każdego do dostępu do dotyczących go urzędowych dokumentów i zbiorów danych, zaś w ust. 4 do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą.

Nie ma wątpliwości, że gromadzenie informacji o osobach – zarówno obywatelach polskich, jak i osobach nieposiadających polskiego obywatelstwa, z zachowaniem wymogów dotyczących ochrony informacji niejawnych – stanowi ingerencję w prawa określone w art. 47 oraz w art. 51 ust. 2 Konstytucji. Jak przyjmuje się w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, art. 47 i 51 Konstytucji (we wszystkich aspektach) chronią tę samą wartość konstytucyjną – sferę prywatności. Autonomia informacyjna, o której mowa w art. 51 Konstytucji, stanowi istotny element składowy prawa do ochrony prywatności, a polega na samodzielnym decydowaniu o ujawnianiu innym podmiotom informacji dotyczących własnej osoby, a także na sprawowaniu kontroli nad tymi informacjami, nawet jeśli znajdują się w posiadaniu innych osób (por. wyroki TK z 19 lutego 2002 r. w sprawie U 3/01; z 30 listopada 2002 r. w sprawie K 41/02, czy też 13 grudnia 2011 r. w sprawie K 33/08). Trybunał Konstytucyjny podkreślał, że art. 51 Konstytucji ustanawia szczególny środek ochrony tych samych wartości, które chronione są za pośrednictwem art. 47 Konstytucji (wyrok TK z 12 listopada 2002 r. w sprawie SK 40/01). Powołanie obu przepisów konstytucyjnych jako wzorca kontroli w odniesieniu do art. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych jest jednak niezbędne ze względu na to, że art. 51 ust. 2 Konstytucji ograniczony jest w zakresie podmiotowym wyłącznie do obywateli polskich, co

jednocześnie jednak nie oznacza, że analogiczne prawo nie przysługuje osobom, które nie posiadają polskiego obywatelstwa, w oparciu o art. 47 Konstytucji. W komentarzach do art. 47 Konstytucji (B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, Legalis) wskazuje się, że „dla zachowania godności niezbędna jest ochrona prywatności człowieka wyrażająca się w nieingerencji (ze strony państwa, ale i innych podmiotów) w określoną konstytucyjnie sferę życia jednostki i zabezpieczeniem jej przed nieuprawnionymi działaniami zmierzającymi do naruszenia owej sfery. Wiąże się z tym także zapewnienie jednostce prawa dostępu do danych dotyczących jej szeroko rozumianej tożsamości (łącznie z uprawnieniami do ich poprawiania czy usuwania), jeśli takie znajdowały się w posiadaniu innych niż ona podmiotów - zapewnieniu prywatności najlepiej służyłoby zagwarantowanie jednostce prawa do „samookreślenia informacyjnego”, a więc do jej wyłącznej decyzji pozostawiono by sprecyzowanie tego kto, o czym i w jaki sposób może się o niej dowiedzieć”.

Zatem w zakresie, w jakim ochrona prywatności nie jest realizowana przez regulacje szczególne, możliwe jest odwołanie się do regulacji ogólnych. Prywatność odnosi się m.in. do ochrony informacji dotyczących danej osoby oraz możliwości decydowania o zakresie i zasięgu udostępniania i komunikowania innym osobom informacji o swoim życiu (zob. *Komentarz do art. 47 Konstytucji RP*, w: *Komentarz do Konstytucji RP, Tom I*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, Legalis). Konstytucyjna ochrona prywatności ma więc charakter subsydiarny – jeżeli więc jakaś materia nie została objęta szczegółowymi unormowaniami o konkretnych elementach prywatności, to gwarancje poszanowania życia prywatnego można wyprowadzać bezpośrednio z postanowień art. 47 (tak J. Braciak, *Prawo do prywatności*, Warszawa 2004, s. 164). Gwarancje proklamowane w art. 47 Konstytucji przyznają jednostkom ochronę w zakresie nieobjętym innymi przepisami, a odnoszącym się bądź do samej autonomii (możliwości decydowania o życiu osobistym), bądź też do koniecznych jej warunków, pozwalających się przyporządkować do kategorii życia prywatnego, rodzinnego, czci lub dobrego imienia, które stanowią *conditio sine qua non* dla decydowania o swoim życiu osobistym (zob. wyrok TK z 19 maja 1998 r. w sprawie U 5/97). Warto dodać, że art. 47 jest wymieniany w art. 233 ust. 1 Konstytucji wśród przepisów, które nie mogą podlegać ograniczeniu na mocy ustawy określającej zakres ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela w czasie stanu wojennego

i wyjątkowego. Wymienienie art. 47 w art. 233 ust. 1 Konstytucji stanowi potwierdzenie szczególnej doniosłości tego prawa. Nawet bowiem warunki wyjątkowe nie zezwalają ustawodawcy na złagodzenie przesłanek, przy spełnieniu których można wkroczyć w sferę życia prywatnego, nie narażając się na zarzut niekonstytucyjnej arbitralności (wyrok z 20 listopada 2002 r. w sprawie K 41/02).

Z istoty gwarancji określonej w art. 47 Konstytucji, z jej ścisłego związku z godnością człowieka oraz z użytego pojęcia „każdy” wynika zatem jasno, że dotyczy ona wszystkich osób fizycznych. Należy zatem stwierdzić, że analogiczne prawa, które dotyczą obywateli polskich w oparciu o art. 51 ust. 2 Konstytucji, przysługują osobom, które nie posiadają polskiego obywatelstwa na mocy art. 47 Konstytucji, stąd też konieczne jest łączne powołanie obu wzorców kontroli. Konstytucja określając zatem elementy prawa do prywatności, zobowiązuje władze publiczne do nieingerencji w określony przez nie zakres życia (aktywności) jednostki i zapewnia stosowną ochronę przed wszelkimi działaniami w niego godzącymi. Tymczasem art. 6 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych zezwala Szefowi ABW na gromadzenie informacji o osobach, a następnie na udostępnianie tych informacji podmiotom wymienionym w art. 6 ust. 2 ustawy, określonym bardzo szeroko, zawężonym wyłącznie przez pojęcie „zakresu ich właściwości”. Ponadto, dopiero akt wewnętrzny Szefa ABW, jakim będzie zarządzenie Szefa ABW wydane na podstawie art. 6 ust. 3 ustawy o działaniach antyterrorystycznych w istocie określi, jakie szczegółowe informacje będą gromadzone w wykazie.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że art. 6 w całości – z tych samych względów, o których mowa wyżej – stanowi ingerencję w prawa określone w art. 8 ust. 1 EKPCz oraz w art. 7 i 8 KPP UE, mającej na mocy art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej moc prawną równą traktatom. Obydwa te akty nie przewidują możliwości zróżnicowania sytuacji prawnej obywateli państwa oraz osób, które nie posiadają obywatelstwa, znajdujących się pod jurysdykcją tego państwa. EKPCz w art. 8 ust. 1 statuuje prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, mieszkania i korespondencji. Przepis art. 8 ust. 1 EKPCz dotyczy zatem szeroko rozumianego prawa do poszanowania prywatnej sfery życia człowieka, stanowiąc tym samym najbardziej ogólną afirmację autonomii jednostki w zakresie kształtowania wszelkich aspektów jej życia oraz własnej osobowości. Istotą tego prawa jest

zapewnienie każdej jednostce sfery prywatności (autonomii) chronionej przed ingerencją zewnętrzną, pochodzącą zarówno od państwa, jak i podmiotów prywatnych (zob. np. L. Garlicki, *uwaga 21 do art. 8*, w: L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1-18*, Warszawa 2010, s. 491). ETPCz wielokrotnie stwierdzał w swoich orzeczeniach, że pojęcie „życie prywatne” nie może być definiowane w sposób wyczerpujący (por. wyrok ETPCz z 16 grudnia 1992 r. w sprawie *Niemietz przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, skarga nr 13170/88, pkt 29, czy wyrok z 29 kwietnia 2002 r. w sprawie *Pretty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 2346/02, pkt 61). W świetle orzecznictwa ETPCz kwestie związane z wkroczeniem państwa w sferę prywatności wynikającą z zastosowania środków niejawnego pozyskiwania informacji o osobach były rozpatrywane właśnie jako ingerencja w „życie prywatne”. Pojęcie „życia prywatnego”, o którym mowa w art. 8 ust. 1 EKPCz, nie może być zatem redukowane do spraw ściśle osobistych i wewnętrznych człowieka, lecz powinno być rozumiane także w wymiarze społecznym, jako możliwość rozwijania kontaktów z innymi osobami i interakcji ze światem zewnętrznym. Z orzecznictwa ETPCz wynika, że ochronie podlegają dane zawarte w rejestrach publicznych, chociaż w tym miejscu nie należy przesądzać jeszcze czy ingerencja w prawo do prywatności może być uzasadniona w oparciu o przesłanki z art. 8 ust. 2 EKPCz. W sprawie *Leander przeciwko Szwecji* (wyrok z 26 marca 1997 r., skarga nr 9248/81) ETPCz rozstrzygał w sprawie naruszenia prawa do prywatności poprzez zbieranie danych na temat skarżącego w niejawnym rejestrze służb zajmujących się bezpieczeństwem państwa, które wykorzystane następnie stały się przyczyną nieprzedłużenia umowy o pracę w Muzeum Morskim w Karlskronie. Z kolei w sprawie *Amann przeciwko Szwajcarii* ETPCz w wyroku z 16 lutego 2000 r. (skarga nr 27798/95) w jednym z wątków analizował problem zbierania danych przez prokuratora na temat obywateli, w kartotekach, które tworzone były w wyniku podsłuchu rozmów telefonicznych. W tych przypadkach ETPCz nie miał wątpliwości, że zbieranie danych stanowi ingerencję w prawo do prywatności – dopiero w dalszych rozważaniach analizował, czy ingerencja ta może być uzasadniona. Dopuszczalność gromadzenia informacji o osobach i prowadzenie wykazu, z zachowaniem wymogów dotyczących ochrony informacji niejawnych, stanowi zatem ingerencję w prawo do życia prywatnego.

Podobną treść wyrażają postanowienia KPP UE, która w art. 7 statuuje prawo do prywatności, natomiast w art. 8 wyodrębnia prawo do ochrony danych osobowych. Prawo do ochrony danych osobowych jest również chronione w Unii Europejskiej na mocy art. 16 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Gwarancje poszanowania życia prywatnego rozwija również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w swoim orzecznictwie. Z perspektywy ochrony jednostki przed nadmiernym gromadzeniem danych dla celów publicznych szczególnie doniosłe znaczenie ma wyrok TSUE z 8 kwietnia 2014 r. w połączonych sprawach C-293/12 i C-594/12 *Digital Rights Ireland Ltd* przeciwko *Minister for Communications i in.* oraz *Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger, Christof Tschohl i in.* (ECLI:EU:C:2014:238). We wskazanym wyroku TSUE stwierdził nieważność dyrektywy 2006/24/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zatrzymywania generowanych lub przetwarzanych danych w związku ze świadczeniem ogólnie dostępnych usług łączności elektronicznej lub udostępnianiem publicznych sieci łączności oraz zmieniająca dyrektywę 2002/58/WE (Dz. Urz. UE L 105, s. 54), co w istotny sposób wpłynęło również na zakres ochrony prawa do prywatności na gruncie prawa polskiego (zob. wyrok TK z 30 lipca 2014 r. w sprawie K 23/11).

Należy podkreślić, że zastosowanie KPP UE w niniejszej sprawie musi uwzględniać treść jej art. 51 ust. 1, zgodnie z którym postanowienia Karty mają zastosowanie do państw członkowskich wyłącznie w zakresie, w jakim stosują one prawo Unii. Państwa te szanują zatem prawa, przestrzegają zasad i popierają ich stosowanie zgodnie ze swoimi uprawnieniami i w poszanowaniu kompetencji Unii powierzonych jej w traktatach. W omawianym przypadku KPP UE znajduje zastosowanie przy ocenie ustawy o działaniach antyterrorystycznych ze względu na fakt, że art. 16 Traktatu o funkcjonowaniu UE statuuje ogólne prawo do ochrony danych osobowych (zob. A. Grzelak, *Prawo do ochrony danych osobowych a konieczność walki z przestępczością. Uwagi na tle art. 16 traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, w: *Prawo Unii Europejskiej a prawo konstytucyjne państw członkowskich*, red. S. Dudzik, N. Półtorak, Warszawa 2013, s. 407–434), chociaż należy podkreślić, że w deklaracji nr 21 dołączonej do Aktu końcowego konferencji międzyrządowej z 2007 r. państwa członkowskie zgodziły się, że w zakresie współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych dla ochrony danych może być potrzebna szczególna regulacja prawna. Ta regulacja prawna została w ostatnim czasie przyjęta – jest

to dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/680 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchyłająca decyzję ramową Rady 2008/977/WSiSW (Dz. Urz. UE L 119 z 4.5.2016 r., s. 89, dalej jako: dyrektywa 2016/680. Szerzej na temat dyrektywy zob. A. Grzelak, *Ochrona danych osobowych we współpracy państw członkowskich UE w zwalczaniu przestępczości. W stronę standardu europejskiego*, Warszawa 2015, s. 233 i n.). Dyrektywa ta – zgodnie z art. 64 – weszła w życie w pierwszym dniu po opublikowaniu w Dz. Urz. (czyli w dniu 5 maja 2016 r.) i chociaż jej przepisy mają zostać wdrożone do prawa krajowego w terminie do 6 maja 2018 r., to jednak zgodnie z zasadą lojalnej współpracy, określoną Traktacie o Unii Europejskiej, w okresie prac nad transpozycją dyrektywy państwa członkowskie UE muszą podejmować działania na rzecz osiągnięcia rezultatu określonego w dyrektywie i powstrzymać się od działań, które mogłyby hamować tę transpozycję. Ponieważ ustawa o działaniach antyterrorystycznych została przyjęta już po wejściu w życie ww. dyrektywy, jej przepisy – które mieszczą się w zakresie stosowania dyrektywy (por. art. 1 ust.1, art. 2 ust. 1 oraz art. 3 pkt 7 dyrektywy 2016/680) powinny zostać ocenione przez pryzmat postanowień KPP UE, w świetle art. 51 ust. 1 KPP UE.

Gromadzenie i przetwarzanie informacji na podstawie art. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych stanowi zatem ingerencję w prawo do prywatności i prawo do ochrony danych osobowych, o których mowa zarówno w Konstytucji, jak i w powołanych wyżej przepisach EKPCz i KPP UE.

Wskazane wyżej wolności i prawa nie mają oczywiście charakteru absolutnego, ale ich ograniczenie powinno zostać przeanalizowane przez pryzmat zgodności z art. 31 ust. 3 Konstytucji, szczególnie w kontekście zasady niezbędności i proporcjonalności, ale także art. 8 ust. 2 EKPCz i art. 52 ust. 1 KPP UE. W relacjach z organami władzy publicznej art. 47 i art. 51 ust. 2-4 Konstytucji powinny być traktowane jako zasada, od której wyjątki są dopuszczalne jedynie wówczas, gdy spełniają wymogi określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wskazywał, że prawo do prywatności, podobnie jak inne prawa i wolności, nie ma charakteru absolutnego i z tej też racji może

podlegać ograniczeniom. Ograniczenia te winny jednak czynić zadość wymaganiom konstytucyjnym. Przemawiać za nimi muszą inne normy, zasady lub wartości konstytucyjne. Stopień ograniczenia powinien pozostawać w odpowiedniej proporcji do rangi interesu, któremu ograniczenie to służy. Ze względu na zasadę proporcjonalności niezbędne jest porównanie dobra chronionego i poświęcanego oraz zharmonizowanie kolidujących interesów (wyrok z 21 października 1998 r. w sprawie K 24/98). Z kolei w przypadku art. 51 Konstytucji stosowne ograniczenia dopuszcza art. 51 ust. 2 w odniesieniu do obywateli RP (władze nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać informacji o obywatelach innych niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym), a także art. 51 ust. 3 (ograniczenie prawa dostępu do urzędowych dokumentów i zbiorów danych może określać ustawa) oraz art. 51 ust. 5 stanowiący ogólnie, że zasady i tryb gromadzenia oraz udostępniania informacji określa ustawa. W doktrynie prawa konstytucyjnego brak jest jednolitości poglądów na temat wzajemnego stosunku (relacji) pomiędzy – z jednej strony – ogólną klauzulą ograniczającą z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a – z drugiej strony – występującymi licznie w przepisach Konstytucji szczególnymi klauzulami ograniczającymi, odnoszącymi się do konkretnych (poszczególnych) konstytucyjnych praw i wolności (na ten temat zob. szeroko K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 80 i n.; A. Łabno, *Ograniczenie wolności i praw człowieka na podstawie art. 31 Konstytucji III RP*, w: *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 700; M. Wyrzykowski, *Granice praw i wolności – granice władzy, [w:] Obywatel – jego wolności i prawa*, Warszawa 1998, s. 48 i n). Wydaje się jednak, że nie ma przeszkód, by art. 31 ust. 3 Konstytucji stanowił samodzielną podstawę do usprawiedliwiania ograniczenia zarówno tych praw i wolności, dla których nie przewidziano w Konstytucji szczegółowych klauzul ograniczających, jak też tych, dla których przewidziano wprawdzie taką szczególną klauzulę, ale w przypadku których organ państwa ustanawiający ograniczenie danego prawa lub wolności podejmuje decyzję, że nie chce się oprzeć na takiej szczególnej klauzuli, lecz chce usprawiedliwić wprowadzane przez siebie ograniczenie wyłącznie na podstawie art. 31 ust. 3. Z tego względu przeprowadzona dalej analiza będzie dotyczyła przesłanek uzasadniających ograniczenie prawa wynikającego z art. 47 Konstytucji na podstawie art. 31 ust. 3 Konstytucji, co następnie

będzie miało analogiczne przełożenie na art. 51 ust. 2-4. Ta analiza jest uzasadniona również tym, że ewentualne uzasadnienie dopuszczalnego ograniczenia będzie dotyczyć praw osób, które nie posiadają polskiego obywatelstwa, a zatem konieczna będzie analiza art. 37 Konstytucji.

Konstytucja formułuje klauzulę generalną odnoszącą się do ograniczeń sformułowanych w niej praw i wolności w art. 31 ust. 3. Podobna klauzula znajduje się w art. 52 ust. 2 KPP UE, jak również – w odniesieniu do prawa do prywatności – w art. 8 ust. 2 EKPCz. Na gruncie Konstytucji przyjmuje się zatem zasadę uznaną powszechnie w prawie konstytucyjnym państw demokratycznych głoszącą, że ustalenie granic praw i wolności może być „dokonane tylko w ustawie”. Zwrot ten zarówno w nauce prawa (por. K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 110), jak i w orzecznictwie TK rozumiany jest w ten sposób, że obejmuje nie tylko przypadki, w których ustawa stanowi jedyne źródło ograniczeń, ale także i takie sytuacje, w których ustawodawca formułuje jedynie podstawowe elementy ograniczeń, zaś ich rozwinięcie, uzupełnienie może być już dokonane w innym akcie (podustawowym). W przypadku art. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych wymóg ustawowego określenia przesłanek dopuszczalności ograniczenia praw jednostki nie jest spełniony z tego względu, że co prawda w ustawie sformułowane są podstawowe grupy osób, w stosunku do których zbierane i przetwarzane będą informacje, tym niemniej, zakres informacji, które mają być gromadzone został przekazany do uregulowania w niejawnym zarządzeniu Szefa ABW. Już samo to stwierdzenie uzasadnia wskazanie, że ograniczenie prawa do prywatności, czy prawa do autonomii informacyjnej, nie jest uzasadnione ze względu na przesłanki, o których mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Nie spełnia to również wymogów wskazanych w art. 8 ust. 2 EKPCz, czy art. 52 ust. 2 KPP UE.

Ustalając konstytucyjność ograniczeń wprowadzonych przez ustawodawcę, TK stara się udzielić odpowiedzi na następujące pytania (zob. wyrok z 25 lutego 1999 r. w sprawie K 23/98): 1) czy wprowadzona regulacja ustawodawcza służy i jest konieczna dla ukształtowania ładu prawnego w danej sferze stosunków społecznych; 2) czy zamierzony przez ustawodawcę cel jest możliwy do osiągnięcia bez naruszenia podstawowych

standardów prawnych wyrażających istotę praw, których dotyczy; 3) czy regulacja ustawowa jest niezbędna dla ochrony interesu, wartości konstytucyjnej, z którą jest powiązana; 4) czy efekt wprowadzonej regulacji pozostaje w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela.

W art. 8 ust. 2 EKPCz dopuszcza się wyjątki od zakazu ingerencji w prawo do prywatności w przypadkach, gdy jest to konieczne w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności osób.

Z kolei art. 52 ust. 1 KPP UE wskazuje, że ograniczenia mogą być wprowadzone wyłącznie wtedy, gdy są konieczne i rzeczywiście odpowiadają celom interesu ogólnego uznawanym przez Unię lub potrzebom ochrony praw i wolności innych osób.

Patrząc na przesłanki uzasadniające dokonanie ograniczenia należy zaznaczyć, że określony w art. 31 ust. 3 Konstytucji (a także w art. 8 ust. 2 EKPCz oraz art. 52 ust. 1 KPP UE) wymóg konieczności w demokratycznym państwie prawnym jako jeden z warunków ograniczenia wolności lub prawa może być uzasadniony, bowiem celem całej ustawy jest zapewnienie bezpieczeństwa i porządku publicznego w państwie. Była o tym mowa szeroko w punkcie II niniejszego wniosku. Usprawiedliwione jest stosowanie środków niezbędnych w tym sensie, że chronią one wartości istotne w państwie demokratycznym, i to w sposób (bądź w stopniu), który nie mógłby zostać osiągnięty przy stosowaniu innych środków. Utworzenie bazy danych – wykazu osób – prowadzonej przez Szefa ABW może stanowić „naturalną konsekwencję wzrostu zagrożenia zdarzeniami o charakterze terrorystycznym” (s. 10 uzasadnienia projektu ustawy). Prowadzenie takiego wykazu może w istocie być niezbędne, ale obwarowane wymogami, spełniającymi szczególne kryteria uzasadniające ingerencję. Ustanawiane ograniczenia muszą być zgodne ze ścisłą zasadą proporcjonalności, z której wynika wymóg doboru takiego środka ograniczenia wolności lub praw, który służyłby osiągnięciu zamierzonego celu z uwzględnieniem postulatu adekwatności, przy jednoczesnym bezwzględny zakazie wkraczania w istotę gwarantowanego prawa" (wyrok TK z 20 października 2010 r. w sprawie P 37/09). Analizując pozostałe przesłanki dopuszczalności ograniczenia należy wskazać, że odpowiedź na postawione tam problemy

jest trudna z tego względu, że projektodawca nie wyjaśnił, czemu w istocie ma służyć gromadzenie informacji i jakie działania będą podejmowane w odniesieniu do osób, których dane znajdują się w wykazie (poza przywoływanym już stwierdzeniem w uzasadnieniu o „elementarności” tego narzędzia). Tym samym, nie można ocenić, że regulacja w istocie służy celowi, do jakiego została przyjęta. Ocenę utrudnia również to, że większość informacji, które mogłyby służyć pogłębionej analizie została przeniesiona do zarządzenia Szefa ABW, przyjmowanego w trybie niejawnym. Tym samym niemożliwa jest również pozytywna odpowiedź na drugie i trzecie pytanie. W ocenie TK (wyrok z 23 czerwca 2009 r. w sprawie K 54/07) nie jest zakazane zbieranie informacji, nawet bez wiedzy osoby, której te informacje dotyczą, aczkolwiek sposób i zakres pozyskiwanych informacji musi sprostać testowi „konieczności w demokratycznym państwie prawnym”. Tymczasem z uchwalonego aktu prawnego wynika, że dane mogą być zbierane przez Szefa ABW w sposób określony w ustawie tylko z tego względu, że tak będzie najprościej. Ustawa o działaniach antyterrorystycznych – nie określając sposobu wykorzystania tych danych – dopuszcza do tego, by dane zbierane były „na wszelki wypadek”, a być może również w przyszłości wykorzystywane do stosowania technik analizy danych. Warto dodać, że B. Banaszak w komentarzu do art. 51 Konstytucji wskazuje, że „z punktu widzenia organów władz publicznych za niezbędną uznać należy każdą informację, bez posiadania której nie będą one zdolne do podjęcia (czy zakończenia) działań w ramach przyznanych im kompetencji” (zob. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, Legalis). Z kolei I. Lipowicz stwierdza, że „jeżeli zakres podobnych systemów informacyjnych staje się dla wygody administracji zbyt szeroki (inwigilacja „na wszelki wypadek” szerszych grup społecznych, jednolite „konto informacyjne” obywatela powstające z integracji setek danych administracyjnych z różnych dziedzin) lub szczegółowość danych prowadzi do tworzenia „profilów osobowych” (uproszczonej informatycznej charakterystyki jednostki), czy wreszcie dochodzi do ukrytego lub jawnego oznaczenia obywateli za pomocą numerów identyfikacyjnych nie o charakterze porządkowym, lecz znaczącym, mamy do czynienia z przypadkiem wykroczenia poza to, co niezbędne w demokratycznym państwie prawnym” (zob. I. Lipowicz, w: J. Boć (red.), *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji z 1997 r.*, Wrocław 1998, s. 99).

Art. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych jest również niezgodny z art. 51 ust. 3 i 4 z tego względu, że zawiera pominięcia ustawodawcze – regulując zasady zamieszczania informacji w wykazie nie przewiduje żadnych procedur umożliwiających kontrolę zasadności zamieszczenia danej osoby w wykazie, co może oznaczać, że znajdują się tam osoby, które nie powinny się tam znaleźć i którym nie będą przysługiwały żadne środki prawne w tym zakresie. Ponadto, przepis art. 6 ustawy nie przewiduje mechanizmu weryfikacji przydatności przetwarzanych informacji przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego na wzór np. art. 22a ust. 8 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. z 2014 r., poz. 1411 ze zm.). Zgodnie z tym ostatnim przepisem, CBA przetwarza dane osobowe przez okres, w którym są one niezbędne do realizacji jego ustawowych zadań. CBA dokonuje, nie rzadziej niż co 5 lat, weryfikacji potrzeby dalszego przetwarzania tych danych, usuwając dane zbędne. Brak takiego rozwiązania oznacza, że informacje, o których mowa w art. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych mogą być przetwarzane i przechowywane nawet w sytuacji, gdy nie mają one żadnej wartości z perspektywy zagrożenia terrorystycznego. Ustawodawca bowiem nie przewidział jakichkolwiek procedur umożliwiających kontrolę zasadności przechowywanych informacji, co rodzi poważne wątpliwości konstytucyjne w świetle art. 51 ust. 2, 3 i 4 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Żaden organ państwowy nie będzie też odpowiedzialny za weryfikację prawidłowości ustaleń Szefa ABW. Żaden też przepis nie przewiduje, by Szef ABW zobowiązany był do dokonywania weryfikacji potrzeby dalszego przetwarzania zebranych danych osobowych. Oczywistym jest, że prawa określone w art. 51 ust. 3 i 4 Konstytucji mogą być ograniczone na podstawie ustawy, tym niemniej to ograniczenie nie może prowadzić do całkowitego pozbawienia możliwości weryfikacji prawidłowości ustaleń Szefa ABW przez jakikolwiek organ niezależny. Ustawa nie tylko nie wprowadziła żadnej możliwości zapoznania się przez podmiot, którego dane znalazły się w wykazie z tym faktem, nie przyznała żadnych uprawnień do żądania sprostowania czy usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych czy zebranych w sposób sprzeczny z ustawą, ale też nie przewidziała żadnej innej możliwości kontroli – nawet bez wiedzy podmiotu zainteresowanego. Należy podkreślić, że podstawowy szczebel kontroli wobec Szefa ABW koncentruje się na poziomie Prezesa Rady Ministrów, a działalność ABW podlega kontroli

Sejmu (sejmowej Komisji do Spraw Służb Specjalnych) – zob. art. 3 ustawy o ABW. Jednak w zakresie kontroli danych osobowych, zgodnie z art. 43 ust. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U z 2015 r., poz. 2135 ze zm., dalej jako: uodo), w odniesieniu do zbiorów danych osobowych, które zostały uzyskane w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych przez funkcjonariuszy organów uprawnionych do tych czynności, przetwarzanych przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Generalnemu Inspektorowi nie przysługują uprawnienia określone w art. 12 pkt 2, art. 14 pkt 1 i 3-5 oraz art. 15-18, czyli generalnie uprawnienia kontrolne.

Należy wziąć również pod uwagę treść uzasadnienia postanowienia TK z 25 stycznia 2006 r. w sprawie S 2/06, gdzie Trybunał Konstytucyjny, odnosząc się do treści art. 51 ust. 3 Konstytucji stwierdził, że ten „przepis zapewnia jednostce dostęp do dotyczących jej urzędowych dokumentów i zbiorów danych – z tym, że dostęp ten mogą ograniczać ustawy zwykłe (w tym np. ustawa o Policji). Ustawa zwykła nie może jednak tego dostępu całkowicie wyłączać, ponieważ wówczas uległoby zniweczeniu prawo gwarantowane konstytucyjnie, wynikające z art. 51 ust. 3 Konstytucji”. To oznacza, że konstrukcja przyjęta w art. 6 ustawy jest niezgodna z art. 51 ust. 3 Konstytucji.

Wreszcie, pominięcie ustawodawcze polegające na nieuregulowaniu praw osób, których dane znajdują się w wykazie, stanowi naruszenie art. 47 Konstytucji. W razie naruszenia wartości określonych w art. 47 Konstytucji na organach władzy publicznej ciąży obowiązek zapewnienia odpowiedniego remedium. Jeżeli przepisy prawne nie przewidują sądowej ochrony prywatności jednostki, są one uznawane za niezgodne z Konstytucją (wyrok TK z 18 lipca 2011 r. w sprawie K 25/09). W przypadku art. 6 ustawy nie ma wątpliwości, że sytuacja prawna jednostki, która znajdzie się w wykazie będzie kształtowana w ten sposób, że będą podejmowane działania przez właściwe organy, których ustawa nie określa, co też oznacza, że osoba się nigdy o tym nie dowie i nie będzie mogła podjąć żadnych środków prawnych, również w celu weryfikacji prawidłowości umieszczenia jej w wykazie. Podobnie jak w przypadku art. 47 i 51 Konstytucji, wprowadzone ograniczenie nie może być uzasadnione na gruncie klauzul ograniczających, o których mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Ta sama argumentacja przemawia za

stwierdzeniem braku uzasadnienia dla ograniczenia prawa określonego w art. 8 ust. 1 EKPCz oraz w art. 7 i 8 KPP UE.

Tym samym należy stwierdzić, że art. 6 ustawy jest niezgodny z art. 2 Konstytucji, art. 47 i art. 51 ust. 2, 3 i 4 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także z art. 8 EKPCz oraz z art. 7 i 8 w zw. z art. 52 ust. 2 KPP UE.

VI

W art. 6 ust. 3 ustawy przewidziano delegację do wydania przez Szefa ABW zarządzenia, w którym uregulowany zostanie zakres informacji gromadzonych w wykazie, o którym mowa w ust. 1, sposób prowadzenia tego wykazu, a także tryb przekazywania podmiotom oraz służbom specjalnym, o których mowa w art. 5 ust. 1 ustawy, informacji z tego wykazu. Rozwiązania tego sposobu pogodzić z art. 51 ust. 5 Konstytucji, który wskazuje, że zasady i tryb gromadzenia oraz udostępniania informacji określa ustawa oraz z art. 93 ust. 2 zd. 2 Konstytucji, z którego wynika, że zarządzenie nie może stanowić podstawy decyzji wobec obywateli, osób prawnych oraz innych podmiotów.

W analizowanym układzie regulacje dotyczące prowadzenia wykazu osób, o których mowa w art. 6 ust. 1 ustawy znajdują się w niejawnym zarządzeniu Szefa ABW. Warto zwrócić uwagę, że takie przyjęte rozwiązanie pozostaje także w opozycji do art. 31 ust. 3 Konstytucji, który stanowi, że ograniczenia konstytucyjnie chronionych praw i wolności mogą być ustanawiane tylko w ustawie. Przypomnieć należy ponadto, że zgodnie z art. 93 ust. 2 Konstytucji, *zarządzenia są wydawane tylko na podstawie ustawy. Nie mogą one stanowić podstawy decyzji wobec obywateli, osób prawnych oraz innych podmiotów.* W tym kontekście nie wydaje się dopuszczalna konstrukcja, w myśl której niemal wszystkie regulacje, dotyczące prowadzenia wykazu osób mogących mieć związek z przestępstwami o charakterze terrorystycznym, znajdują się w niejawnym zarządzeniu Szefa ABW. Tym samym regulacja ustawowa ograniczona zostaje do kwestii istnienia przedmiotowego wykazu (art. 6 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych) i ogólnego wskazania organów, którym informacje z tego wykazu będą przekazywane (art. 6 ust. 2 i 3 ustawy o działaniach antyterrorystycznych). Trudno jest racjonalnie przyjąć,

że fakt umieszczenia danej osoby w wykazie osób mogących mieć związek z przestępstwami o charakterze terrorystycznym nie będzie skutkować podejmowaniem przez polskie organy władzy publicznej określonych decyzji wobec tej osoby.

Tym samym art. 6 ustawy narusza art. 51 ust. 5 Konstytucji, zgodnie z którym *zasady i tryb gromadzenia oraz udostępniania informacji określa ustawa*, w zw. z art. 93 ust. 2 zd. 2 Konstytucji, wskazującym na zarządzenia jako akt o charakterze wewnętrznym, który nie może stanowić podstawy decyzji wobec obywateli oraz innych podmiotów. Obydwa przepisy mają zastosowanie również wobec osób, które nie są obywatelami RP.

VII

Zaskarżony przepis art. 9 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych przewiduje możliwość stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych wobec osób niebędących obywatelami Rzeczypospolitej Polskiej, ustanawiając regulację o charakterze szczególnym w stosunku do ogólnych mechanizmów składających się na czynności operacyjno-rozpoznawcze – dotyczących także obywateli polskich – przewidzianych m.in. w ustawie z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2015 r., poz. 355 ze zm.). Zarządzenie kontroli operacyjnej wobec cudzoziemców, w świetle art. 9 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych nie wymaga zgody żadnego organu zewnętrznego w stosunku do Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego.

Czynności przewidziane w tym przepisie mogą polegać na:

- 1) uzyskiwaniu i utrwalaniu treści rozmów prowadzonych przy użyciu środków technicznych, w tym za pomocą sieci telekomunikacyjnych;
- 2) uzyskiwaniu i utrwalaniu obrazu lub dźwięku osób z pomieszczeń, środków transportu lub miejsc innych niż miejsca publiczne;
- 3) uzyskiwaniu i utrwalaniu treści korespondencji, w tym korespondencji prowadzonej za pomocą środków komunikacji elektronicznej;

- 4) uzyskiwaniu i utrwalaniu danych zawartych na informatycznych nośnikach danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, systemach informatycznych i teleinformatycznych;
- 5) uzyskiwaniu dostępu i kontroli zawartości przesyłek.

Czynności te mogą być przedłużane na zasadach określonych w art. 27 ustawy o ABW (art. 9 ust. 5 o działaniach antyterrorystycznych).

Minimalne wymogi, jakie powinny spełniać przepisy ograniczające prawa i wolności jednostki poprzez niejawne pozyskiwanie danych przez władze publiczne były wielokrotnie prezentowane zarówno w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, jak i TSUE i ETPCz. W tym miejscu wypada przywołać dokonane przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 30 lipca 2014 r. w sprawie o sygn. K 23/11 zestawienie minimalnych standardów w tym zakresie. W orzeczeniu tym Trybunał podkreślił, że:

- 1) nie można gromadzić, przechowywać oraz przetwarzać danych dotyczących osób bez wyraźnej i precyzyjnej podstawy ustawowej;
- 2) należy określić precyzyjnie organy państwa upoważnione do przeprowadzania kontroli operacyjnej;
- 3) przepisy powinny precyzyjnie określać przesłanki stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz ograniczać ją tylko do wykrywania poważnych przestępstw oraz do zapobiegania im;
- 4) należy wskazać nie tylko środki niejawnego pozyskiwania informacji, ale także rodzaje informacji gromadzonych za pomocą poszczególnych środków;
- 5) czynności z zakresu kontroli operacyjnej i inne czynności polegające na gromadzeniu danych powinny być subsydiarnym środkiem pozyskiwania informacji lub dowodów;
- 6) ustawa powinna określać maksymalny okres prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych, który nie powinien naruszać zasady konieczności wynikającej z zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP);
- 7) należy precyzyjnie unormować w ustawie procedurę zarządzania czynności operacyjno-rozpoznawczych, w tym powinien znaleźć się obowiązek pozyskania zgody niezależnego organu na niejawne pozyskiwanie informacji;

- 8) konieczne jest precyzyjne określenie w ustawie zasad postępowania z materiałami zgromadzonymi w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych;
- 9) należy zagwarantować bezpieczeństwo zgromadzonych danych;
- 10) konieczne jest unormowanie procedury następczego informowania jednostek o niejawnym pozyskaniu informacji na ich temat, a także wprowadzenie procedury zaskarżania czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Mechanizmy przewidziane w zaskarżonym art. 9 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych w pierwszej kolejności budzą wątpliwości natury konstytucyjnej ze względu na brak jakiegokolwiek – zarówno uprzedniej, jak i następczej – kontroli sądu bądź innego niezależnego organu. W orzecznictwie TK oraz ETPCz ustanowienie odpowiednich mechanizmów, chociażby następczej kontroli nad prowadzeniem czynności operacyjno-rozpoznawczych, jest uważane za fundamentalny warunek funkcjonowania demokratycznego państwa prawnego (por. wyrok ETPCz w sprawie *Zakharov przeciwko Rosji*, skarga nr 47413/06 czy *Szabó i Vissy przeciwko Węgrom*, skarga 37138/14).

Trybunał Konstytucyjny w wyroku w sprawie K 23/11 podkreślił, że brak jest generalnych standardów konstytucyjnych, które miałyby przesądzać o tym, że kontrola nad niejawnym pozyskiwaniem danych dotyczących jednostki zawsze musi mieć charakter uprzedni i tym samym dopuścił możliwość ustanowienia – w zależności od intensywności ingerencji organów państwowych – także odpowiedniej kontroli w formie następczej. Za niedopuszczalny natomiast należy uznać brak jakiegokolwiek – tj. także następczej – kontroli nad niejawnym pozyskiwaniem przez służby informacji o jednostce. Skarżony art. 9 ustawy przewiduje możliwie najdalej idące formy ingerencji w prawo do prywatności jednostki, pozbawiając ją jednocześnie nie tylko wszelkich mechanizmów podważenia zasadności i legalności tego typu czynności z własnej inicjatywy, ale także prawa do bycia chronionym przez niezależny i niezawisły organ w formie następującej z mocy ustawy obligatoryjnej kontroli sądowej.

Rzecznik Praw Obywatelskich podziela stanowisko, że niejawne pozyskiwanie informacji może stanowić skuteczny i zarazem konieczny do zwalczania masowych niebezpieczeństw współczesności środek, a zwłaszcza do zwalczania szczególnie niebezpiecznej działalności terrorystycznej. Rzecznik Praw Obywatelskich wielokrotnie

w swoich działaniach zwracał uwagę, że tego typu środki nie tylko mogą być uznane za dopuszczalne w określonych układach sytuacyjno-prawnych, ale czasami nawet mogą okazać się wręcz konieczne dla zapewnienia pełniejszej realizacji praw i wolności jednostki. Niemniej jednak tego typu ingerencjom zawsze powinny towarzyszyć odpowiednie zabezpieczenia praw i wolności jednostki, które mogą zostać potencjalnie naruszone. Jakkolwiek czynności operacyjno-rozpoznawcze mają na celu zapewnienie bezpieczeństwa społeczeństwa, pamiętać należy jednocześnie, że zapewnienie tego bezpieczeństwa nie może odbywać się bez uwzględnienia wagi oraz istoty dóbr i wartości, które mają zostać poświęcone w imię osiągnięcia tego celu. W tym kontekście, skoro ustawodawca zdecydował się na pozbawienie pewnych grup jednostek fundamentalnego prawa do prywatności, to jego konstytucyjnym obowiązkiem w demokratycznym państwie prawa jest zapewnienie realizacji minimalnego standardu ochrony w postaci ustanowienia chociażby następczej kontroli sądowej w tym zakresie. Brak takiego rozwiązania na gruncie procedur prowadzących do daleko idącej ingerencji w prawo do prywatności jednostki przewidziane w art. 9 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, należy uznać za sprzeczne z podstawowymi założeniami ustroju prawnego Rzeczypospolitej Polskiej.

Zaznaczyć należy, że ustanowienie następczej kontroli sądowej nad niejawnym prowadzeniem czynności operacyjnych przewidzianych w zaskarżonym przepisie w żaden sposób nie wpłynęłoby na skuteczność realizacji celów tych czynności. Charakter i specyfika zdarzeń o charakterze terrorystycznym sprawiają, że uzależnienie rozpoczęcia czynności operacyjno-rozpoznawczych od uprzedniej zgody sądu – udzielanej czasami ze znacznym opóźnieniem – może uczynić je bezprzedmiotowymi. Jednocześnie należy zaznaczyć, że brak jest jednakże racjonalnych argumentów przemawiających za odrzuceniem możliwości ustanowienia następczej kontroli sądowej, która nie wpłynęłaby w żaden sposób na skuteczność czynności operacyjno-rozpoznawczych. W tym kontekście rozwiązanie, wyłączające przewidziane w art. 9 ust. 1 zaskarżonej ustawy czynności operacyjno-rozpoznawcze spod kontroli sądowej, pozostaje w sprzeczności z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP i tym samym nie spełnia konstytucyjnego wymogu proporcjonalności. O ile bowiem nie ulega wątpliwości, że czynności operacyjno-rozpoznawcze przewidziane w tym przepisie stanowią środek mogący skutecznie doprowadzić do zakładanego przez

ustawodawcę celu, o tyle nie wydaje się, aby były one niezbędne dla ochrony interesu, z którym zostały powiązane, a ponadto ich efekty nie pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych na jednostki, w których sferę praw i wolności następuje ingerencja. W wyroku z 11 września 1999 r. (sygn. K 13/98) Trybunał Konstytucyjny wskazał, że konieczność oznacza „skorzystanie ze środków jak najmniej uciążliwych dla podmiotów, których praw lub wolności ulegną ograniczeniu”. Na gruncie zaskarżonego przepisu przez środek relewantny dla oceny proporcjonalności w stosunku do zamierzonego celu nie należy rozumieć jedynie przewidzianych w art. 9 ust. 1 czynności operacyjno-rozpoznawczych, ale także wszelkie mechanizmy towarzyszące ich realizacji oraz kontroli, w tym także towarzysząca im kontrola niezależnego organu bądź jej brak.

Zaznaczyć należy, że na gruncie zaskarżonego art. 9 ust. 1 ustawy antyterrorystycznej konstytucyjne standardy ochrony praw i wolności jednostki doznają jeszcze dalej idącego osłabienia. Przepis ust.1 art. 9 zaskarżonej ustawy posługuje się bowiem pojęciem „obawy co do możliwości” prowadzenia działalności terrorystycznej. Nie chodzi zatem nawet o uprawdopodobnienie prowadzenia przez daną jednostkę działalności terrorystycznej, lecz o jeszcze bardziej wysuniętą na przedpolu naruszenia jakiegokolwiek dobra prawnego obawę co do możliwości mającą charakter wysoce prognostyczno-prewencyjny. Tak abstrakcyjnie określona dyspozycja przedmiotowego przepisu, stwarzająca szerokie pole do nieuzasadnionej ingerencji w prawa i wolności jednostki, budzi poważne wątpliwości konstytucyjne z punktu widzenia zasad określoności i jasności prawa czy też, szerzej rzecz ujmując, z punktu widzenia zaufania obywateli do organów państwa.

Ponadto, przepis będący przedmiotem niniejszego zarzutu narusza postanowienia Konstytucji RP w zakresie, w jakim różnicuje sytuację prawną osób, które nie są obywatelami Rzeczypospolitej Polskiej oraz osób, które są obywatelami RP.

Zarówno art. 47, jak i art. 51 Konstytucji RP nie wyłączają ze swojego zakresu podmiotowego osób niebędących obywatelami Rzeczypospolitej, co oznacza, że w pełni znajduje zastosowanie w stosunku do nich ustanowiona w art. 37 Konstytucji RP zasada powszechności korzystania z praw i wolności konstytucyjnych. Oznacza to, że zarówno prawo do prywatności, jak i prawo do ochrony danych osobowych nie jest uzależnione od

posiadanego przez jednostkę obywatelstwa. W tym kontekście należy zauważyć, że Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z 30 lipca 2014 r. (sygn. K 23/11) zwrócił uwagę na możliwość różnicowania standardów stosowanych wobec obywateli oraz osób niebędących obywatelami. Nie oznacza to jednak, że osób nie będących obywatelami polskimi można pozostawić zupełnie bez jakiegokolwiek ochrony Rzeczypospolitej. Różnicowanie ochrony, dopuszczone także przez Trybunał Konstytucyjny, nie może być rozumiane jako możliwość wyłączenia określonej grupy ludzi spod ochrony organów państwa, a więc jako możliwość pełnego odebrania im ochrony tajemnicy komunikowania się, czy też prawa do prywatności w ogólności. Zróżnicowanie pozycji prawnej cudzoziemców oraz obywateli RP w zakresie pozyskiwania informacji o nich musi budzić wątpliwości nie tylko co do zgodności z art. 47 i 51 w zw. z art. 37 i 31 ust. 3 Konstytucji RP, ale także Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (art. 14 w zw. z art. 8 EKPCz).

Do treści art. 37 ust. 1 w relacji do art. 51 Konstytucji RP odniósł się Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu do cytowanego już wyroku w sprawie K 23/11, przyjmując, że: „Ustrojodawca w art. 51 ust. 2 Konstytucji wyraźnie odniósł wyrażony w nim zakaz do pozyskiwania informacji o >>obywatelach<<. Mogłoby to sugerować możliwość pozyskiwania, gromadzenia i przechowywania przez władze publiczne informacji o innych podmiotach (np. niemających obywatelstwa polskiego) w znacznie szerszym zakresie niż wobec obywateli, a więc także informacji niekoniecznych w demokratycznym państwie. Konsekwencją przyjęcia tego stanowiska byłoby zróżnicowanie ochrony prawnej prywatności jednostek z uwagi na ich status obywatelski. Trybunał Konstytucyjny nie wyklucza takiego zróżnicowania, jakkolwiek nie może być ono traktowane jako zasada, a w każdym wypadku – nie może prowadzić do arbitralnego różnicowania podmiotów tych konstytucyjnych wolności oraz praw, których sam ustrojodawca nie scharakteryzował jako obywatelskich. Mając na uwadze przede wszystkim art. 30 i art. 37 ust. 1 Konstytucji trzeba przyjmować – jako założenie wyjściowe – jednakowy standard ingerencji w konstytucyjne wolności oraz prawa, bez względu na to, czy ich podmiot ma obywatelstwo polskie. Każdy znajdujący się pod władzą Rzeczypospolitej, tj. podlegający polskiemu prawu (wyrok TK z 15 listopada 2000 r., sygn. P 12/99, OTK ZU nr 7/2000, poz. 260) – niezależnie od statusu obywatelskiego – może zatem zasadnie oczekiwać ochrony przed nieuzasadnioną ingerencją w przysługujące mu wolności i prawa”.

Ponadto, zgodzić się należy z wyrażonym przez Trybunał stanowiskiem, w myśl którego art. 37 ust. 2 Konstytucji RP nie może być traktowany jako przepis o charakterze *legi specialis* wyłączający zastosowanie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Odmierna interpretacja doprowadziłaby bowiem do sytuacji, w której osoby nie będące obywatelami Rzeczypospolitej Polskiej nie miałyby faktycznie żadnych praw konstytucyjnie zagwarantowanych. W tym kontekście w cytowanym wyroku Trybunał wyraźnie podkreślił, że ograniczenia praw i wolności, które nie zostały przyznane przez ustrojodawcę wyłącznie obywatelom Rzeczypospolitej Polskiej powinny mieć charakter proporcjonalny w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji, a ponadto nie mogą naruszać ich istoty.

VIII

W art. 10 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych uregulowano przesłanki uzasadniające dopuszczalność pobierania danych biometrycznych (obrazu linii papilarnych, wizerunku twarzy lub nieinwazyjnego pobierania materiału biologicznego w celu oznaczenia profilu DNA osoby niebędącej obywatelem Rzeczypospolitej Polskiej). Należy dodać, że ustawa o działaniach antyterrorystycznych wprowadza pojęcie „osoby niebędącej obywatelem Rzeczypospolitej Polskiej”. Uprawnienia w tym zakresie przysługują funkcjonariuszom ABW, Policji i Straży Granicznej. W art. 10 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych stanowi się, że pobieranie, a następnie dalsze przetwarzanie danych w oparciu o art. 10 ust. 2-5 ustawy będzie dopuszczalne w przypadku, gdy: istnieje wątpliwość co do tożsamości osoby; lub istnieje podejrzenie nielegalnego przekroczenia granicy Rzeczypospolitej Polskiej albo wątpliwość co do deklarowanego celu pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej; lub istnieje podejrzenie co do zamiaru nielegalnego przebywania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej; lub istnieje podejrzenie związku osoby ze zdarzeniem o charakterze terrorystycznym lub osoba mogła uczestniczyć w szkoleniu terrorystycznym. Już w tym miejscu należy podkreślić, że chociaż – jak wynika z treści art. 10 ust. 1 ustawy – gromadzenie danych ma dotyczyć zasadniczo osób, które nie posiadają polskiego obywatelstwa, to jednak może oznaczać również gromadzenie danych obywateli polskich, skoro jedną z przesłanek do gromadzenia danych jest wątpliwość co do tożsamości osoby.

Nie ma wątpliwości, że art. 10 ust. 1 ustawy określa uprawnienia i obowiązki funkcjonariuszy do pobrania i przetwarzania danych osobowych. Obraz linii papilarnych, utrwalony wizerunek twarzy czy materiał biologiczny, na podstawie którego można oznaczyć profil DNA stanowi dane osobowe. Pojęcie „danych osobowych” nie zostało co prawda zdefiniowane na poziomie Konstytucji, jak również w EKPCz, czy KPP UE, ale pojęcie to ma utrwalony charakter, który wywodzi się zarówno z umów międzynarodowych, jak i aktów prawa wtórnego UE. W szczególności, Konwencja nr 108 Rady Europy, sporządzona w Strasburgu dnia 28 stycznia 1981 r., o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych (Dz. U. z 2003 r. Nr 3, poz. 25) w art. 2 pod pojęciem „danych osobowych” rozumie wszelką informację dotyczącą osoby fizycznej o ustalonej tożsamości lub dającej się zidentyfikować. Z kolei w art. 1 nadal obowiązującej dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz. Urz. L 281 z 23.11.1995, s. 31) stanowi się, że dane osobowe to *wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej (osoby, której dane dotyczą)*. Podobna definicja jest zamieszczona również w art. 4 pkt 1 tzw. rozporządzenia ogólnego, czyli rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (Dz. Urz. UE L 119 z 4.5.2016, s. 1; dalej jako: rozporządzenie ogólne), a także art. 3 pkt 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/680 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia decyzji ramową Rady 2008/977/WSiSW (Dz. Urz. UE L 119 z 4.5.2016 r., s. 89; dalej jako: dyrektywa 2016/680). Gromadzone dane to w istocie tzw. dane biometryczne, czyli dane określające właściwości biologiczne, cechy fizjologiczne, cechy życiowe lub powtarzalne czynności, przy czym te cechy lub czynności dotyczą wyłącznie danej osoby, a jednocześnie są wymierne, nawet jeżeli schematy używane w praktyce do ich pomiaru charakteryzuje pewien stopień

prawdopodobieństwa (por. opinia Grupy roboczej art. 29 poświęcona definicji pojęcia „dane osobowe”, WP 136, s. 8-9). Również dane genetyczne – zwłaszcza dane DNA dostarczające informacji o ciele ludzkim pozwalają na jednoznaczną identyfikację konkretnej osoby. Niewątpliwie próbki tkanek ludzkich czy próbki krwi (materiał biologiczny – jak formułuje to art. 10 ust. 1 ustawy) stanowią źródła, z których pochodzą dane biometryczne. W związku z tym uzyskiwanie informacji z takich próbek oznacza, że gromadzi się dane osobowe. Specyficzną cechą danych biometrycznych jest to, że można je uważać jednocześnie za treść informacji o danej osobie oraz za łącznik pomiędzy pewną informacją a osobą, a w takim przypadku dane biometryczne będą stanowiły cechę identyfikującą konkretną osobę i są wykorzystywane zwłaszcza w postępowaniach karnych prowadzących do wykrycia sprawców przestępstw.

W dalszych ustępach art. 10 (ust. 2-4) ustawy o działaniach antyterrorystycznych uregulowano zasady przekazywania danych przez organ, który je pobrał do Komendanta Głównego Policji, do laboratorium kryminalistycznego (w przypadku materiału biologicznego) oraz przez laboratorium kryminalistyczne do Komendanta Głównego Policji. W art. 10 ust. 5 uregulowano obowiązki Komendanta Głównego Policji w zakresie włączenia przekazanych danych do baz danych Policji oraz zapewnienia dostępu do przekazanych obrazów, wizerunków, informacji i danych funkcjonariuszom ABW, Policji i Straży Granicznej. Wreszcie, w art. 10 ust. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych wprowadzono delegację ustawową do wydania przez Prezesa Rady Ministrów rozporządzenia określającego sposób i tryb dokonywania czynności, o których mowa w art. 10 ustawy.

W art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych uregulowano zatem szczególną podstawę do gromadzenia danych osobowych – informacji mogących potencjalnie mieć związek z jedną kategorią przestępstw, a mianowicie przestępstw o charakterze terrorystycznym. Przepisy te – w świetle orzecznictwa TK oraz ETPCz i TSUE wskazanego w poprzednim punkcie wniosku – stanowią ingerencję w prawo do prywatności i zasadę ochrony autonomii informacyjnej, wyrażone w art. 47 i art. 51 ust. 1 Konstytucji, a także w art. 8 ust. 1 EKPCz, czy też – w odniesieniu do KPP UE – również w wyrażone odrębnie prawo do ochrony danych osobowych (art. 7 i 8 KPP UE).

Oceniając uzasadnienie dla ingerencji w te prawa można rozpocząć od analizy celowości uchwalenia art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych. Trzeba bowiem podkreślić, że rozwiązania prawne dotyczące ustalania tożsamości osób oraz uprawnienia wszystkich wskazanych wyżej służb przysługujące im w tym zakresie zawierają ustawy pragmatyczne. Policja posiada już kompetencję do pobierania od osób odcisków linii papilarnych w trybie i przypadkach określonych w Kodeksie postępowania karnego (dalej: k.p.k.) lub też w celu identyfikacji osób o nieustalonej tożsamości oraz osób usiłujących ukryć swoją tożsamość, jeżeli ustalenie tożsamości w inny sposób nie jest możliwe (por. art. 15 ust. 1 pkt 3a ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji). Ograniczenie przez ustawodawcę zbierania danych do zasad i trybu wynikających z Kodeksu postępowania karnego (art. 74, czy art. 192a k.p.k.) miało na celu przede wszystkim zabezpieczenie praw osób, których dane mogą zostać zgromadzone. Kodeks postępowania karnego odnosi bowiem możliwość gromadzenia danych do oskarżonego (art. 74 § 2 k.p.k.) oraz osób podejrzanych (art. 192a k.p.k.). Ponadto, art. 244 § 1 k.p.k. stanowi, że Policja ma prawo zatrzymać osobę podejrzaną, jeżeli istnieje uzasadnione przypuszczenie, że popełniła ona przestępstwo, a zachodzi obawa ucieczki lub ukrycia się tej osoby albo zatarcia śladów przestępstwa bądź też nie można ustalić jej tożsamości albo istnieją przesłanki do przeprowadzenia przeciwko tej osobie postępowania w trybie przyspieszonym.

W ustawie z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 2014 r. poz. 1402 ze zm.) w art. 10a ust. 2 stanowi się, że Straż Graniczna może pobierać, gromadzić i wykorzystywać w celach wykrywczych i identyfikacyjnych odciski linii papilarnych, zdjęcia oraz dane osobowe, w tym ujawniające pochodzenie etniczne, przynależność wyznaniową oraz dane o stanie zdrowia, osób podejrzanych o popełnienie przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego, a także osób o nieustalonej tożsamości lub usiłujących ukryć swą tożsamość, bez zgody i wiedzy osoby, której dane dotyczą. Stosowne uprawnienia Straż Graniczna posiada również na podstawie art. 13 pkt 10 oraz pkt 24 oraz art. 302 ust. 1 pkt 9 ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (Dz. U. poz. 1650 ze zm.). Natomiast ustawa o ABW stanowi w art. 23, że funkcjonariusze ABW, wykonując czynności służące realizacji zadań, o których mowa w art. 5 ust. 1, mają prawo m.in. do

legitymowania osób w celu ustalenia ich tożsamości, czy też do zatrzymywania osób w trybie i w przypadkach określonych w przepisach k.p.k.

Co prawda, przepisy te nie przewidują uprawnienia do pobierania materiału biologicznego w celu oznaczenia DNA, jednak ta możliwość została dodana do ustawy dopiero na etapie prac sejmowych, a zatem w świetle powyższego wyraźnie widać, że art. 10 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych został przyjęty w celu odstąpienia od wymogów związanych z gwarancjami proceduralnymi dla osób, których dane mają zostać pobrane i którym – w przypadku zastosowania trybu wynikającego z ustawy o działaniach antyterrorystycznych – nie będą w związku z tym przysługiwały żadne środki prawne.

Art. 10 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych nie tylko nie posługuje się żadną kategorią kodeksową, co umożliwiłoby zastosowanie gwarancji proceduralnych, lecz odwołuje się do bardzo ogólnych i nieprecyzyjnych pojęć „istnienia podejrzenia” lub „istnienia wątpliwości”. Już samo to – w świetle przywołanego w poprzednich punktach wniosku stwierdzeniach dotyczących wymogu precyzyjności przepisów ograniczających prawa i wolności człowieka, których nie ma już potrzeby powtarzać w tym miejscu, ale które znajdują swoje zastosowanie również w odniesieniu do tych rozważań – stanowi naruszenie zasady zaufania do państwa i zasady przyzwoitej legislacji, wywodzonych z art. 2 Konstytucji. Użycie podwójnie nieprecyzyjnych i ocennych pojęć (np. w przypadku art. 10 ust. 1 pkt 4 ustawy – „podejrzenia” związku osoby ze „zdarzeniem o charakterze terrorystycznym”) uzasadnia stwierdzenie, że przepis art. 10 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych narusza art. 2 Konstytucji.

Art. 10 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, a także art. 10 ust. 2-6 tej ustawy są niezgodne również z art. 47 oraz art. 51 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także z art. 8 EKPCz oraz z art. 7 i 8 w zw. z art. 52 ust. 2 KPP UE. Wskazane wzorce konstytucyjne, w szczególności art. 47 oraz art. 51 Konstytucji i związek między nimi, jak również konieczność powołania obu wzorców kontroli jednocześnie, zostały zasadniczo omówione w świetle orzecznictwa TK w poprzednich punktach wniosku. W tym przypadku szczególna uwaga powinna zostać poświęcona temu, że zaskarżony przepis ustawy zezwala na gromadzenie danych osobowych przede wszystkim

osób, które nie posiadają polskiego obywatelstwa (ale nie wyłącznie) i dalsze ich przetwarzanie. Trzeba więc dodać, że jednym z aspektów prawa do prywatności, którego wyspecjalizowaną postać stanowi ochrona danych osobowych (M. Safjan, *Granice autonomii informacyjnej*, w: *Ochrona danych osobowych*, red. M. Wyrzykowski, Warszawa 1999, s. 10) jest ochrona tzw. prywatności informacyjnej, na którą składa się uprawnienie jednostki do kontrolowania treści i obiegu informacji, które tej jednostki dotyczą (A. Mednis, *Prawna ochrona danych osobowych*, Wyd. Scholar 1995, s. 167; P. Barta, P. Litwiński, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*. Warszawa 2015, s. 11). Zgodnie z więc ustalonym orzecznictwem TK, ochrona życia prywatnego, gwarantowana co do zasady w art. 47 Konstytucji, obejmuje także autonomię informacyjną, rozumianą przez Trybunał jako prawo do samodzielnego decydowania o ujawnianiu innym informacji dotyczących swojej osoby, a także prawo do sprawowania kontroli nad takimi informacjami, jeżeli znajdują się w posiadaniu innej osoby (wyrok TK z 19 lutego 2002 r. w sprawie U 3/01).

Szczegółowy zakres uprawnień wchodzących w zakres zasady autonomii informacyjnej może zostać określony na podstawie wielu orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, który przyznał podstawowe znaczenie woli osoby, której dotyczą informacje i dane. Stwierdził m.in., że „istota autonomii informacyjnej każdego człowieka sprowadza się do pozostawienia każdej osobie swobody w określeniu sfery dostępności dla innych wiedzy o sobie. Zasadą powszechnie przyjmowaną według takiego ujęcia jest ochrona każdej informacji osobowej i przyznanie podstawowego znaczenia przesłance zgody osoby zainteresowanej na udostępnienie informacji (wyrok TK z 12 listopada 2002 r. w sprawie SK 40/02. Zob. też M. Safjan, *Refleksje wokół konstytucyjnych uwarunkowań rozwoju ochrony dóbr osobistych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2002, nr 1, s. 238).

Funkcję podstawowego źródła dla zasady autonomii informacyjnej spełnia więc art. 51 Konstytucji. Po pierwsze, uprawnieniem wynikającym z art. 51 ust. 1 Konstytucji jest prawo do nieujawniania informacji dotyczących osoby. Regułą jest więc prawo do nieujawniania informacji o charakterze danych osobowych, a wyjątkiem od tej reguły – zobowiązanie do ich ujawniania, które może zostać nałożone wyłącznie w drodze ustawy. Tak sformułowana reguła dotyczy każdego, a więc nie wyłącznie obywatela polskiego.

Stanowisko to potwierdzone jest w wyroku TK z 19 lutego 2002 r. w sprawie U 3/01, gdzie Trybunał podkreślił, że obowiązek ujawnienia informacji o osobie stanowi ograniczenie autonomii informacyjnej jednostki. Po drugie, w art. 51 ust. 2 Konstytucji wskazano ograniczenie uprawnienia władz publicznych do pozyskiwania, gromadzenia i udostępniania innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawa. Chociaż przepis ten wprost odwołuje się do obywateli, to – jak wskazano w poprzednich punktach wniosku – analogiczne ograniczenie władz publicznych w odniesieniu do osób, które nie posiadają polskiego obywatelstwa, wynika z art. 47 Konstytucji. Po trzecie, zgodnie z art. 51 ust. 3 Konstytucji każdy (a zatem również osoba, która nie posiada polskiego obywatelstwa) ma prawo dostępu do dotyczących go urzędowych dokumentów i zbiorów danych, zaś ewentualne ograniczenia może określić ustawa. Wreszcie, zgodnie z art. 51 ust. 4 Konstytucji, każdy ma prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą.

Już z art. 51 Konstytucji widać zatem, że zasada ochrony autonomii informacyjnej, jak również gwarantowana konstytucyjnie w art. 47 ochrona prawa do życia prywatnego nie ma charakteru absolutnego i może podlegać pewnym ograniczeniom. Ustawowe ograniczenia wolności, w tym autonomii informacyjnej, dopuszczalne są w świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji w przypadku, gdy ustawowe ograniczenie wolności dopuszczone jest w sposób wyraźny w innych przepisach konstytucyjnych, bądź gdy konieczne jest zharmonizowanie tej wolności z innymi normami, zasadami lub wartościami konstytucyjnymi. Ustawowe ograniczenia wolności wprowadzane mogą być tylko w niezbędnym zakresie. Ustawodawca może ingerować w sferę wolności obywatela tylko w razie konieczności i tylko w koniecznym wymiarze. Innymi słowy, konieczne zachowanie jest proporcji między stopniem ograniczenia wolności jednostki, a rangą chronionego interesu publicznego, czyli zakazana jest nadmierna ingerencja państwa w swobodę działania jednostki. Ustawowe ograniczenia wolności traktowane być muszą w kategorii wyjątków. Ich istnienie zawsze musi wynikać z wyraźnie sformułowanych przepisów ustawowych i nie może opierać się na domniemaniu. Wreszcie, ani poszczególne ograniczenia, ani ich suma, nie mogą naruszać istoty ograniczanego prawa czy wolności.

Powstaje pytanie, czy art. 31 ust. 3 Konstytucji ma zastosowanie do praw osób niebędących obywatelami RP. W tym miejscu należy odnieść się bowiem do faktu, że art. 10 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych dotyczy wyłącznie osób nieposiadających obywatelstwa polskiego. Zgodnie z art. 37 ust. 1 Konstytucji *każdy, kto znajduje się pod władzą Rzeczypospolitej Polskiej korzysta z wolności i praw zapewnionych w Konstytucji*, a – zgodnie z art. 37 ust. 2 Konstytucji - wyjątki od tej zasady dotyczące cudzoziemców, określa ustawa. Do treści art. 37 ust. 1 w relacji do art. 51 Konstytucji odniósł się Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu do wyroku w sprawie K 23/11, gdzie stwierdził, że każda osoba znajdująca się pod władzą Rzeczypospolitej, tj. podlegająca polskiemu prawu – niezależnie od statusu obywatelskiego – może zasadnie oczekiwać ochrony przed nieuzasadnioną ingerencją w przysługujące jej wolności i prawa. Trybunał podkreślił w kontekście przepisów o kontroli operacyjnej – w odniesieniu do art. 51 ust. 2 Konstytucji, który wprost dotyczy obywateli polskich – że zróżnicowanie ochrony prawnej prywatności jednostek z uwagi na ich status obywatelski jest dopuszczalne, jakkolwiek nie może być traktowane jako zasada, a w każdym wypadku – nie może prowadzić do arbitralnego różnicowania podmiotów tych konstytucyjnych wolności oraz praw, których sam ustrojodawca nie scharakteryzował jako obywatelskich. Dodał jednak, że mając na uwadze przede wszystkim art. 30 i art. 37 ust. 1 Konstytucji trzeba przyjmować – jako założenie wyjściowe – jednakowy standard ingerencji w konstytucyjne wolności oraz prawa, bez względu na to, czy ich podmiot ma obywatelstwo polskie, że art. 37 ust. 2 Konstytucji nie może być traktowany jako *lex specialis* wyłączający zastosowanie art. 31 ust. 3 Konstytucji, ponieważ w takim wypadku osoby nieposiadające polskiego obywatelstwa nie miałyby faktycznie żadnych gwarantowanych konstytucyjnie praw. Każde ograniczenie wolności lub praw niezarezerwowanych jedynie dla obywateli winno być w związku z tym proporcjonalne w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji, a ponadto nie może naruszać ich istoty. Konsekwencją obowiązywania art. 37 ust. 2 Konstytucji jest natomiast możliwość dokonania bardziej elastycznej interpretacji poszczególnych przesłanek składających się na zasadę proporcjonalności, uzasadniającej większy poziom ingerencji w wolności i prawa osób nieposiadających polskiego obywatelstwa niż obywateli.

W omawianym przypadku – z punktu widzenia ogólnego celu ustawy, czyli zapewnienia bezpieczeństwa publicznego – wątpliwa jest konieczność koncentrowania się przez ustawodawcę wyłącznie na danych osobowych osób, które nie posiadają polskiego obywatelstwa. Całkowicie pomija się bowiem w ten sposób zagrożenie, jakie może wynikać z działań obywateli Polski. Tym samym, wprowadzone rozróżnienie, które dodatkowo łączy się z szerokimi i nieostrymi przesłankami może być uznane za mające charakter arbitralny i nieuzasadniony w świetle art. 31 ust. 3 w zw. z art. 37 Konstytucji. Nie ma powodów, by prawo osób, które nie posiadają polskiego obywatelstwa do ochrony danych osobowych, czy prawa do prywatności, było ograniczone w sposób dalej idący niż prawa obywateli polskich. Dopuszczalność pobierania danych od osób, które nie posiadają polskiego obywatelstwa, uregulowana w art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, musi być zatem oceniona przez pryzmat art. 31 ust. 3 Konstytucji. Projektodawcy nie uzasadnili wystarczająco, by zaproponowane ograniczenia praw osób nieposiadających polskiego obywatelstwa były konieczne w demokratycznym państwie prawnym dla ochrony jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego. Przesłanki wskazane w art. 10 ust. 1 mają charakter ocenny, opierają się głównie na „podejrzeniach” i „wątpliwościach” i nie wskazują żadnej procedury stwierdzającej ich spełnienie, ani tym bardziej kontroli prawidłowości ich zastosowania. Rozwiązania proponowane w art. 10 ustawy należy zatem uznać za niedopuszczalne w zaproponowanym kształcie tym bardziej, że nie przewidziano żadnych środków prawnych przysługujących osobie, której dane zostały pobrane oraz żadnych środków kontroli zewnętrznej, umożliwiających weryfikację prawidłowości działań funkcjonariuszy ABW, Policji i Straży Granicznej.

Art. 10 ustawy należy zakwestionować też z tego względu, że nie zawiera klauzuli subsydiarności gromadzenia i przetwarzania danych biometrycznych osób nieposiadających polskiego obywatelstwa, przez co otwiera możliwość pozyskiwania tych danych nie tylko wówczas, gdy jest to rzeczywiście konieczne do wykrywania lub zapobiegania działaniom terrorystycznym, ale także wtedy gdy jest to po prostu najprostsze i najwygodniejsze (por. wyrok z 12 grudnia 2005 r. w sprawie K 32/04; wyrok TK z 30 lipca 2014 r. w sprawie K 23/11). Jednak takie gromadzenie i przetwarzanie danych biometrycznych osób nieposiadających polskiego obywatelstwa bez wyraźnego celu oraz wyraźnie określonych

zasad gwarancyjnych dalekie jest od standardów konstytucyjnych. Jak bowiem wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 12 grudnia 2005 r. w sprawie K 32/04, „nie wystarczy, aby stosowane środki sprzyjały zamierzonym celom, ułatwiały ich osiągnięcie albo były wygodne dla władzy, która ma je wykorzystać do osiągnięcia tych celów (...). Minimalnym wymogiem konstytucyjnym jest to, aby przeszły one test <<konieczności w demokratycznym państwie prawnym>>. Nie wystarczy zatem sama celowość, pożyteczność, taniość, czy łatwość posługiwania się przez władzę – w odniesieniu do użytego środka. Bez znaczenia jest też argument porównawczy, że podobne środki w ogóle bywają stosowane w innych państwach. Tylko bowiem odwołanie się geograficznie i historycznie do środków koniecznych w demokratycznym państwie prawnym może mieć wartość perswazyjną. Chodzi zatem o zastosowanie środków niezbędnych (koniecznych) w tym sensie, że będą one chronić określone wartości w sposób, bądź w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków, a jednocześnie winny to być środki jak najmniej uciążliwe dla podmiotów, których prawo bądź wolność ulegają ograniczeniu (...)”. Ustawowy wymóg niezbędności ograniczenia praw i wolności w zakresie art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych nie został wykazany.

W związku z tym, że – jak wskazano wyżej – w ustawodawstwie polskim istnieją już przepisy zezwalające na pobieranie danych biometrycznych, ale obwarowane gwarancjami proceduralnymi, a dodatkowo ustawodawca nie przedstawił żadnej przekonującej argumentacji przemawiającej za wprowadzeniem odstępstw od reguł ogólnych oraz dodatkowo za uregulowaniem możliwości pobierania i przetwarzania materiału biologicznego, należy uznać, że art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych nie spełnia kryterium niezbędności w demokratycznym państwie prawnym i nie jest proporcjonalny do zakładanego celu.

Również fakt, że sposób i tryb pobierania danych i przekazywania ich do Komendanta Głównego Policji ma być uregulowany w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów (art. 10 ust. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych), a nie w ustawie, oznacza niezgodność tego przepisu z art. 51 ust. 1 w zw. z art. 51 ust. 5 Konstytucji. W przypadku ochrony danych osobowych stanowiącej element zasady autonomii informacyjnej, Trybunał zwrócił uwagę, że w myśl art. 51 ust. 5 Konstytucji „zasada

wyłączności ustawy obejmuje zasady i tryb gromadzenia i udostępniania informacji”. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego, termin „gromadzenie informacji” użyty w wymienionym przepisie obejmuje nie tylko wąsko rozumiane czynności zbierania informacji dotyczących jednostki, ale również różnego rodzaju operacje przetwarzania tych informacji. Regulacji ustawowej wymaga określenie warunków dopuszczalności przetwarzania danych osobowych. Szczególnej precyzji wymaga natomiast określenie warunków przetwarzania danych odnoszących się do sfery intymności jednostki. W drodze rozporządzenia mogą natomiast podlegać regulacji niektóre sprawy szczegółowe i techniczne związane z przetwarzaniem danych. Tymczasem, na mocy art. 10 ust. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych w rozporządzeniu uregulowane mają być m.in. sposób i tryb pobierania danych i ich przekazywania innym podmiotom, a zatem materia, która w świetle art. 51 ust. 5 Konstytucji powinna znaleźć się w ustawie. Trzeba też wskazać, że ponieważ gromadzenie informacji, o których mowa w art. 10 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych nie będzie wiązało się z żadnym postępowaniem, którego osoba nieposiadająca polskiego obywatelstwa będzie stroną, łatwo jest przewidzieć, że pobieranie danych będzie musiało wiązać się z użyciem środków przymusu, co nie może zostać uregulowane w drodze rozporządzenia.

Ustawa o działaniach antyterrorystycznych w art. 10 zawiera również pominięcia ustawodawcze – nie przewiduje bowiem żadnych zasad usuwania zgromadzonych danych w wypadku, gdy staną się one już zbędne dla realizacji któregoś z zadań danej służby lub jeśli zostały zgromadzone na skutek omyłki. Nie przewidziano również żadnych możliwości, które realizowałyby wymóg określony w art. 51 ust. 4 Konstytucji, a mianowicie prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Z tego względu za niezgodne z przywołanym wzorcami Konstytucji (art. 47 oraz art. 51) należy uznać nie tylko art. 10 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, ale również art. 10 ust. 2-5 tej ustawy, które dotyczą przekazywania pobranych danych przez funkcjonariuszy do Komendanta Głównego Policji do laboratorium kryminalistycznego, a także przez laboratorium do Komendanta Głównego Policji, oraz włączenie danych do baz danych Policji, a także zapewnienie dostępu do danych określonym podmiotom na potrzeby prowadzonych

postępowań. Za nieuzasadnione należy także uznać to, że art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych nie przewiduje żadnych środków prawnych przysługujących osobie, której dane zostały pobrane oraz żadnych środków kontroli zewnętrznej, umożliwiających weryfikację prawidłowości działań funkcjonariuszy ABW, Policji i Straży Granicznej.

Trzeba podkreślić także, że prawo do prywatności i prawo do ochrony danych osobowych gwarantowane jest również przez umowy międzynarodowe ratyfikowane przez Polskę, w tym przez EKPCz i KPP UE, o czym również była już mowa w poprzednich punktach wniosku i w związku z czym nie ma potrzeby odwoływania się do ogólnego zakresu tych przepisów, a także do uzasadnienia dopuszczalnego ograniczenia praw z nich wynikających. Trzeba jednak wyraźnie podkreślić, że oba te akty nie dopuszczają rozróżnienia w zakresie poziomu ochrony prawa do prywatności w zależności od przynależności państwowej (obywatelstwa) osoby znajdującej się w jurysdykcji państwa. Samo zatem zróżnicowanie pozycji prawnej osób nieposiadających polskiego obywatelstwa oraz obywateli RP w zakresie pozyskiwania informacji o nich i ochrony ich danych osobowych rodzi więc wątpliwość nie tylko co do zgodności z art. 47 i 51 w zw. z art. 37 i 31 ust. 3 Konstytucji, ale także z umowami międzynarodowymi, których Polska jest stroną, w tym z zasadą niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, wyrażoną w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (art. 14 w zw. z art. 8 EKPCz), czy też w Karcie Praw Podstawowych UE (art. 20 KPP UE). W przypadku art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych Karta Praw Podstawowych UE znajdzie zastosowanie i powinna być uwzględniona ze względu na wejście w życie przepisów rozporządzenia ogólnego oraz dyrektywy 2016/680, o której była wyżej już mowa. Nie ma bowiem wątpliwości, że przyjęcie aktu prawa wtórnego UE, który reguluje zasady ochrony danych osobowych (również w obszarze działania organów zajmujących się zwalczaniem przestępczości) oznacza, że państwo członkowskie przyjmując akty prawa krajowego powinno uwzględnić przepisy prawa wtórnego UE, obowiązujące już w momencie uchwalenia ustawy krajowej. W tym miejscu – dla wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości odnośnie do zakresu stosowania dyrektywy 2016/680 w stosunku do służby, jaką jest Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego należy podkreślić, że do zadań ABW, zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o ABW należy rozpoznawanie, zapobieganie i zwalczanie

zagrożeń godzących w bezpieczeństwo wewnętrzne państwa, a także – na podstawie art. 5 ust. 1 pkt 2 rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie przestępstw terroryzmu. Tym samym, w świetle art. 3 pkt 7 dyrektywy 2016/680, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego jest organem właściwym, do którego działań we wskazanym zakresie powinny znaleźć zastosowanie przepisy ww. dyrektywy. Na marginesie należy również podkreślić, że chociaż jeszcze nie upłynął termin do wdrożenia jej przepisów, to jednak przyjmowanie ustawy przez ustawodawcę, która nie jest zgodna z zasadami określonymi w dyrektywie, może zostać uznane za naruszenie zasady lojalnej współpracy, o której mowa w art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej. Dyrektywa określa bowiem nie tylko zasady gromadzenia i przetwarzania danych osobowych przez właściwe organy do celów zwalczania przestępczości, ale reguluje również prawa przysługujące podmiotowi danych, które to prawa – jak wyraźnie widać z powyższej analizy na gruncie przepisów Konstytucji – nie zostały zrealizowane w art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych. Tym samym można stwierdzić, odwołując się również do powyższej argumentacji uzasadniającej nieproporcjonalność ograniczenia prawa na gruncie art. 31 ust. 3 Konstytucji, że art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych jest niezgodny z art. 7 i 8 w zw. z art. 52 ust. 2 KPP UE.

Z kolei w odniesieniu do EKPCz, poza tym, co zostało już powiedziane w poprzednich punktach niniejszego wniosku odnośnie do prawa do prywatności, należy dodać, że kwestia gromadzenia i przetwarzania danych daktyloskopijnych i danych genetycznych była przedmiotem orzecznictwa ETPCz. W szczególności, w sprawie *S. i Marper przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (skarga nr 30562/04 i 30566/04, wyrok z 4.12.2008 r.), ale również w sprawie *M.K. przeciwko Francji* (skarga nr 19522/09, wyrok z 18.4.2013) ETPCz wyjaśniał, czy dane daktyloskopijne oraz dane genetyczne są przynajmniej częściowo chronione przepisami dotyczącymi ochrony prywatności. ETPCz w tych sprawach uznał, że pojęcie „życia prywatnego” jest tak szerokie, że bez wątplenia wszystkie dane, których dotyczy sprawa, stanowią dane osobowe. Dodał też, że ochrona danych osobowych, do których należą odciski palców oraz dane genetyczne, ma podstawowe znaczenie dla poszanowania prawa do życia prywatnego osoby. Znaczenie tej ochrony wzrasta, gdy dane osobowe podlegają automatycznemu przetwarzaniu, np.

w przypadku baz prowadzonych dla celów policyjnych. Państwa-strony EKPCz mają wówczas obowiązek wprowadzenia takich regulacji prawnych, które nie ingerują nadmiernie w prywatność obywateli w stosunku do celu, jaki realizują, zarówno, jeżeli chodzi o zakres gromadzonych danych, jak i czas ich przechowywania. W świetle powyższego oraz w związku z rozważaniami poczynionymi wyżej odnośnie do naruszenia zasady proporcjonalności przez art. 10 ustawy działaniach antyterrorystycznych w kontekście art. 31 ust. 3 Konstytucji należy stwierdzić, że art. 10 ustawy ingeruje w prawo do prywatności określone w art. 8 ust. 1 EKPCz w sposób, który nie jest uzasadniony na gruncie art. 8 ust. 2 EKPCz.

IX

Artykuł 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych upoważnia Szefa ABW do nieodpłatnego dostępu do danych i informacji zgromadzonych w rejestrach publicznych i ewidencjach prowadzonych przez podmioty wymienione w tym przepisie (punkty a-l), a także jednostki organizacyjne im podległe lub przez nie nadzorowane. Dodatkowo, Szef ABW ma mieć również prawo do dostępu do obrazu zdarzeń rejestrowanego przez urządzenia rejestrujące obraz umieszczone w obiektach użyteczności publicznej, przy drogach publicznych i innych miejscach publicznych oraz otrzymywać nieodpłatnie kopię zarejestrowanego zapisu tego obrazu. Działania te mają odbywać się z uwzględnieniem zasad i trybu określonych w art. 34 ustawy o ABW.

Po pierwsze, należy podkreślić, że tak zarysowany dostęp Szefa ABW do rejestrów publicznych ma bardzo szeroki zakres. W istocie w art. 11 punkty a-l ustawy o działaniach antyterrorystycznych wymienione są w zasadzie wszystkie podmioty publiczne na szczeblu centralnym, które prowadzą jakiegokolwiek rejestry oraz ewidencje, a ponadto uwzględnia się również jednostki organizacyjne podległe i nadzorowane. Po drugie, uzyskanie dostępu do obrazu zdarzeń rejestrowanego przez urządzenia rejestrujące obraz, umieszczonych w obiektach użyteczności publicznej, przy drogach publicznych i innych miejscach publicznych również oznacza szeroką ingerencję w prawo do prywatności osób, wobec których ustawa nie przewiduje żadnych uprawnień informacyjnych. Trzeba podkreślić, że – według informacji uzyskanych z Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji przez

Rzecznika Praw Obywatelskich – prace nad ustawą regulującą ogólne zasady stosowania monitoringu wizyjnego trwają, ale nie wiadomo, czy i kiedy się zakończą oraz jakie będą jej uregulowania. W ostatnim czasie, w wyniku korespondencji prowadzonej od 2011 r. przez RPO, w dniu 24 maja 2016 r. Rzecznik otrzymał odpowiedź MSWiA, w której wskazano, że projekt założeń do projektu ustawy o monitoringu wizyjnym został wycofany spod obrad Zespołu do spraw Programowania Prac Rządu (pismo MSWiA z 24 maja 2016 r. nr BMP-0790-3-5/2016/EW). Warto dodać, dla porównania, że na podstawie art. 20 ust. 15 ustawy o Policji, Policja w celu zapobieżenia lub wykrycia przestępstw oraz identyfikacji osób może uzyskiwać, gromadzić i przetwarzać informacje, w tym również dane osobowe ze zbiorów prowadzonych na podstawie odrębnych przepisów przez organy władzy publicznej, a w szczególności z Krajowego Rejestru Karnego oraz rejestru PESEL, w tym również ze zbiorów, w których przetwarza się informacje, obejmujące dane osobowe, uzyskane w wyniku wykonywania przez te organy czynności operacyjno-rozpoznawczych. Administratorzy danych gromadzonych w tych rejestrach są obowiązani do nieodpłatnego ich udostępniania. Przepis ustawy o Policji dużo precyzyjniej określa cel, w jakim dane są pozyskiwane, a także sposób posługiwania się nimi oraz reguluje w innych przepisach zasady postępowania za takimi danymi.

Po trzecie, zanim przedstawiona zostanie analiza zgodności art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z Konstytucją, EKPCz i KPP UE należy podkreślić, że odwołanie w art. 11 tej ustawy do zasad i trybu określonych w art. 34 ustawy o ABW oznacza również konieczność uwzględnienia dodawanego w ustawie antyterrorystycznej art. 34 ust. 2a (art. 38 pkt 7 ustawy o działaniach antyterrorystycznych), dopuszczającego udostępnianie danych ze zbiorów przez administratora danych Szefowi ABW w drodze teletransmisji bez konieczności każdorazowego przedstawiania imiennego upoważnienia wydanego przez Szefa ABW, przy uwzględnieniu, że jednostka organizacyjna ABW spełnia trzy przesłanki, o których mowa w tym przepisie, czyli m.in. posiada urządzenia umożliwiające odnotowanie w systemie, kto, kiedy i w jakim celu oraz jakie dane uzyskał, posiada zabezpieczenia techniczne i organizacyjne uniemożliwiające wykorzystanie danych niezgodnie z celem ich uzyskania i wreszcie specyfika lub zakres wykonywanych zadań uzasadnia takie udostępnienie.

Po czwarte, po raz kolejny należy zwrócić uwagę, że cel dostępu – czyli realizacja zadania, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych – został określony bardzo szeroko, a mianowicie jako „zapobieganie zdarzeniom o charakterze terrorystycznym”. Zastrzeżenia co do zgodności tego sformułowania z art. 2 Konstytucji w związku z jego nieprecyzyjnością zostały podniesione w osobnym punkcie niniejszego wniosku, tym niemniej należy tu ponownie odnotować tę kwestię, bowiem wskazany przepis (art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych), umożliwiający Szefowi ABW dostęp do danych osobowych w tak szerokim zakresie stanowi ingerencję w prawo do prywatności, określone w art. 47 Konstytucji, ale przede wszystkim w prawo określone w art. 51 ust. 2 Konstytucji w sposób, który nie znajduje uzasadnienia w treści art. 31 ust. 3 Konstytucji. Umożliwienie dostępu do danych osobowych w bardzo szerokim zakresie i jeszcze w związku z niesprecyzowanym celem nasuwa poważne wątpliwości co do proporcjonalności ograniczenia prawa do prywatności, o czym jeszcze będzie mowa w dalszych rozważaniach.

Nie ma wątpliwości, że wśród danych, do których dostęp ma Szef ABW na mocy art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych są również dane osobowe (na temat definicji pojęcia – zob. rozważania dotyczące art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych), w tym tzw. dane wrażliwe, które powinny podlegać szczególnej ochronie (zob. art. 27 ustawy o ochronie danych osobowych). Wystarczy –przykładowo– wskazać na takie ewidencje i rejestry, jak ewidencja ludności, ewidencja akt urzędów stanu cywilnego, rejestry upoważnień i pełnomocnictw, rejestry wyborców, rejestry wizowe i inne. Stąd też art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych musi być oceniany pod kątem zgodności z tymi wzorcami, które statuują prawo do prywatności, w tym prawo do ochrony danych osobowych.

Zasada ustanawiana przez art. 47 Konstytucji stanowi punkt wyjścia dla całego zespołu gwarancji konstytucyjnych. Jak już wskazano w wniosku w odniesieniu do art. 6 i 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, prawo do prywatności, statuowane w art. 47 Konstytucji, zagwarantowane jest m.in. w aspekcie ochrony danych osobowych, przewidzianej w art. 51 Konstytucji. Autonomia informacyjna, rozumiana jako prawo do decydowania o ujawnianiu innym informacji dotyczących swojej osoby oraz do sprawowania kontroli nad tymi informacjami, stanowi komponent prawa do prywatności

(wyrok TK z 20 listopada 2002 r. w sprawie K 41/02 oraz wyrok z 13 grudnia 2011 r. w sprawie K 33/08). W związku z tym, że wzorce kontroli określone w art. 47 oraz art. 51 ust. 2 Konstytucji zostały już szerzej omówione w punkcie dotyczącym art. 6 ustawy o działaniach terrorystycznych należy w tym miejscu jedynie dodać, że będą one przywołane łącznie w odniesieniu do art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych z tego względu, że po pierwsze – chronią tę samą wartość konstytucyjną (por. m. in. wyrok TK z 22 lipca 2014 r. w sprawie K 25/13), a po drugie – zakaz wyrażany przez art. 51 ust. 2 Konstytucji odnosi się wyłącznie do informacji o obywatelach, więc informacje o osobach, które nie posiadają polskiego obywatelstwa, a znajdują się w rejestrach, do których dostęp uzyska Szef ABW, nie są objęte jego hipotezą. Z tego względu pozyskiwanie, gromadzenie i udostępnianie informacji o podmiotach innych niż „obywatele” nie może być wprawdzie arbitralne, musi jednak czynić zadość gwarancjom art. 47, a nie art. 51 ust. 2 Konstytucji (*Komentarz do art. 51 Konstytucji RP*, w: *Komentarz do Konstytucji RP, Tom I*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, Legalis, nb 21). Ten argument uzasadnia również przywołanie obu wzorców kontroli zwłaszcza, że w wyroku z 30 lipca 2014 r. w sprawie K 23/11 Trybunał Konstytucyjny wyraźnie wskazał, że zróżnicowanie statusu obywateli i nie-obywateli nie może być traktowane jako zasada oraz nie może prowadzić do arbitralnego różnicowania podmiotów praw, których sam ustrojodawca nie scharakteryzował jako obywatelskich. Art. 47 Konstytucji gwarantuje zatem również prawo do ochrony życia prywatnego również osobom innym, niż obywatele RP, znajdującym się pod władzą Rzeczypospolitej Polskiej. Wreszcie, art. 47 Konstytucji stanowi też wskazówkę przy interpretacji przepisów normujących kwestie odnoszące się do życia prywatnego jednostki i powinien być uwzględniony przy interpretacji art. 51 ust. 2 Konstytucji. Uprawnienia jednostki nie ograniczają się do nieingerowania przez władzę publiczną w sferę życia prywatnego – jednostka może domagać się od władzy publicznej zapewnienia jej efektywnej ochrony wartości określonych w tym przepisie. W relacjach z organami władzy publicznej art. 47 Konstytucji powinien być więc traktowany jako zasada, od której wyjątki są dopuszczalne jedynie wówczas, gdy spełniają wymogi określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Prawo do prywatności (w tym prawo do ochrony danych osobowych) jest chronione również na mocy art. 8 EKPCz oraz art. 7 i 8 KPP UE, o czym była mowa w poprzednich

punktach wniosku, w szczególności w odniesieniu do art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych. W przypadku oceny kwestii dostępu Szefa ABW do danych pochodzących z rejestrów, jak również nagrań z monitoringu należy też dodać i podkreślić, że KPP UE znajduje w tym przypadku zastosowanie ze względu na to, że prawo do ochrony danych osobowych jest prawem szczególnie chronionym na mocy Traktatu o funkcjonowaniu UE (por. art. 16 TFUE) i regulując zasady dostępu do danych osobowych państwa członkowskie muszą stosować wiążące akty prawa UE, w tym – obecnie jeszcze – dyrektywę 95/46/WE, a w przyszłości rozporządzenie ogólne i dyrektywę 2016/680. Szczegółowo na ten temat była mowa w punkcie dotyczącym art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, a w tym miejscu należy jedynie odwołać się do stwierdzeń tam zawartych. Należy również dodać, że w wyroku z 11 grudnia 2014 r. w sprawie C-212/13 *František Ryneš przeciwko Úřad pro ochranu osobnych údajů* (ECLI:EU:C:2014:2428) Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) rozważał kwestię stosowania przepisów dyrektywy 95/46/WE do przypadków monitoringu wizyjnego (w tym przypadku rejestrowania obrazu z kamer zainstalowanych przez osobę prywatną) i uznał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ochrona prawa podstawowego do prywatności, zagwarantowanego przez art. 7 KPP UE wymaga, aby odstępstwa od zasad ochrony danych osobowych i jej ograniczenia były stosowane jedynie wtedy, gdy jest to absolutnie konieczne. Wszelkie odstępstwa uzasadniające ingerencję w prawo do prywatności muszą być uregulowane w ustawie, a wyjątki interpretowane zawężająco z punktu widzenia praw podstawowych. Wyrok ten może być pomocy przy interpretacji celowości zapewnienia dostępu Szefowi ABW do nagrań z monitoringu. Świadczy to również o tym, że do omawianego art. 11 ustawy zastosowanie znajdzie wzorzec z art. 7 i 8 KPP UE.

Zarówno prawo do prywatności, wyrażone w art. 47 Konstytucji, jak i jego szczegółowy aspekt w postaci ochrony autonomii informacyjnej, nie mają jednak charakteru absolutnego. Kwestia tego, czy do art. 51 ust. 2 znajduje zastosowanie art. 31 ust. 3 wywoływała pewne kontrowersje w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego na tle relacji między ogólnymi kryteriami dopuszczalności ograniczeń wszystkich praw obywatelskich z art. 31 ust. 3 Konstytucji (ustawowa forma regulacji, zachowanie zasady proporcjonalności i zakaz naruszania istoty danego prawa lub wolności) i przesłanką „niezbędności” gromadzenia informacji o obywatelach w demokratycznym państwie

prawnym z art. 51 ust. 2 Konstytucji. W większości orzeczeń prezentowany był pogląd, że norma wysłowiona w art. 51 ust. 2 Konstytucji nie ma charakteru całkowicie samodzielnego. Ustrojodawca nie określił w tym przepisie interesów (wartości) konstytucyjnie chronionych, uzasadniających ewentualne ograniczenie prawa do autonomii informacyjnej, wobec czego konieczne jest zastosowanie w tym zakresie zamkniętego katalogu z art. 31 ust. 3 Konstytucji (por. zwłaszcza wyrok TK w sprawie K 8/04). Z kolei na gruncie EKPCz ocena dopuszczalności wprowadzenia ograniczenia wymaga analizy pod kątem zgodności z przesłankami, o których mowa w art. 8 ust. 2 EKPCz, zaś na gruncie KPP UE – art. 52 ust. 1. We wszystkich przypadkach konieczne jest wskazanie celu nadrzędnego, uzasadniającego wprowadzenie ograniczenia, jak również uzasadnienie spełnienia kryterium niezbędności i proporcjonalności w relacji do zakładanego celu.

Rozstrzygnięcie, czy określone informacje są niezbędne w rozumieniu art. 51 ust. 2 Konstytucji następuje w drodze porównania kolidujących interesów, w nawiązaniu do konstrukcji wykształconej w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Jak wskazuje TK, norma wysłowiona w art. 51 ust. 2 Konstytucji nie ma charakteru całkowicie samodzielnego. Ustrojodawca nie określił katalogu interesów konstytucyjnie chronionych, które mogą być stawiane na szali. W tym zakresie konieczne jest zatem odwołanie się do ogólnej regulacji art. 31 ust. 3 Konstytucji (por. wyrok TK z 17 czerwca 2008 r. w sprawie K 8/04). Biorąc pod uwagę, że konieczność podejmowania efektywnych działań mających na celu walkę z terroryzmem jest celem ogólnym, który jest akceptowany, o czym była mowa w punkcie II wniosku, można stwierdzić, że ograniczenie prawa do prywatności i prawa do ochrony danych osobowych dla potrzeb realizacji tego celu może być uzasadnione. Stwierdzenie to odnosi się również do dopuszczalności ograniczenia prawa wynikającego z art. 47 Konstytucji.

Jednak kluczowy wymóg dopuszczalności wprowadzenia ograniczenia zarówno w odniesieniu do art. 47, jak i 51 ust. 2 Konstytucji, a także art. 8 EKPCz i 52 ust. 1 KPP UE odwołuje się do pojęcia „niezbędność”. Jest to podyktowane dążeniem do ograniczenia pozyskiwania przez władzę publiczną „niekoniecznych, lecz wygodnych” informacji o jednostce. Ani zatem względy celowości, ani wspomnianej „wygody” organów władzy publicznej nie mogą *per se* uzasadnić naruszenia autonomii informacyjnej jednostki (wyrok TK z 20 listopada 2002 r. w sprawie K 41/02).

Na mocy art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych Szef ABW uzyskuje dostęp do danych i informacji zgromadzonych w rejestrach publicznych i ewidencjach. Rejestry publiczne i ewidencje są istotnym elementem zasobów informacyjnych państwa i publicznej infrastruktury informacyjnej. Są one niezbędne dla skutecznej realizacji zadań publicznych oraz zapewnienia sprawnego działania w sferze wewnętrznej administracji publicznej (por. A. Gryszczyńska, *Pojęcie i jawność rejestrów publicznych - uwagi wprowadzające*, w: *Rejestry publiczne. Jawność i interoperacyjność*, red. A. Gryszczyńska, Warszawa 2016, Legalis). Legalna definicja pojęcia rejestr publiczny znajduje się w ustawie z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2014 r. poz. 1114 ze zm.), gdzie wskazano że *rejestr publiczny to rejestr, ewidencja, wykaz, lista, spis albo inna forma ewidencji, służąca do realizacji zadań publicznych, prowadzona przez podmiot publiczny na podstawie odrębnych przepisów ustawowych*. Ustawodawca tym samym przesądził, że dla uznania zasobu za rejestr publiczny konieczne jest spełnienie trzech przesłanek: 1) zasób ma być prowadzony na podstawie przepisów ustawowych; 2) podmiotem prowadzącym ma być podmiot publiczny; 3) zasób ten ma służyć do realizacji zadań publicznych. Nie ma przy tym znaczenia nadana zbiorowi nazwa, co jest istotne zwłaszcza z uwagi na brak konsekwencji ustawodawcy w posługiwaniu się określeniami rejestr i ewidencja (na ten temat szerzej pisze też A. Gryszczyńska w powołanym wyżej opracowaniu, wskazując na niejasności w samym pojęciu „rejestr publiczny” i trudności z zakwalifikowaniem rejestrów do kategorii „rejestrów publicznych”).

Na różnice między zakresem definicji ustawowej i definicji doktrynalnej rejestru publicznego wskazuje też G. Szpor (zob. G. Szpor, *Problemy informatyzacji rejestrów sądowych*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2015, Nr 4, s. 33 i n.), która zwraca uwagę, że immanentną cechą rejestru publicznego w rozumieniu ustawy nie jest ani jawność, ani decyzja jako podstawa przyjęcia, utrwalenia, a następnie ujawnienia określonych w nim informacji, ani też skutki prawne związane z wpisem. Istotnym wymogiem ustawowym rejestru publicznego, niewystępującym w definicji doktrynalnej oraz definicji rejestru urzędowego jest „służenie do realizacji zadań publicznych”.

W związku z trudnościami związanymi z ustaleniem definicji „rejestrów publicznych” i „ewidencji” oraz relacji między tymi pojęciami, a także relacji do pojęć „baz

danych”, „systemów informacyjnych”, „systemów informatycznych”, które również używane są na określenie rejestrów i ewidencji nie sposób jest określić w sposób zamknięty, do jakich konkretnie informacji Szef ABW ma dostęp na podstawie art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych. Wydaje się, że celem ustawodawcy, który sformułował zakres bardzo szeroko było – jak się wydaje – umożliwienie Szefowi ABW dostępu do wszystkich danych będących w posiadaniu organów państwowych, na wskazuje również rozszerzenie wyliczenia o „jednostki organizacyjnie im podległe lub przez nie nadzorowane”. W przytaczanym już opracowaniu A. Gryszczyńska wskazuje, że *„w definicji rejestru publicznego mieścić się będą również te zasoby, do których dostęp został ograniczony, o ile zasób ten jest prowadzony przez podmiot publiczny na podstawie przepisów ustawowych i służy do realizacji zadań publicznych. Analiza definicji rejestru prowadzi również do konstatacji, że za rejestry publiczne, o ile spełniają powyższe cechy, mogłyby być uznane również zasoby, do których dostęp przysługuje jedynie podmiotom publicznym, określane jako „wewnętrzne”. „Publiczność” rejestru aktualnie interpretować należy w odniesieniu do celu jego ustanowienia – to jest realizacji zadań publicznych oraz podmiotu prowadzącego rejestr będącego podmiotem publicznym”*. Trzeba też podkreślić, że w większości rejestrów jawność formalna została przez ustawodawcę ograniczona, zaś wyłączenie części informacji z udostępniania może być motywowane ochroną informacji niejawnych (rejestr patentowy), innych tajemnic ustawowo chronionych (rejestr dawców komórek rozrodczych i zarodków), jak również podyktowane ochroną prywatności podmiotów podlegających wpisowi (np. dostęp do danych podmiotowych z ewidencji gruntów i budynków).

Na podstawie brzmienia ustawy o działaniach antyterrorystycznych nie da się ustalić, na czym ma polegać uzyskanie „dostępu” przez Szefa ABW. Należy bowiem zwrócić uwagę, że brak jest jakichkolwiek przepisów regulujących sposób postępowania przez Szefa ABW z otrzymanymi informacjami. Żadnych szczegółowych zasad w tym zakresie nie przewiduje ani ustawa o działaniach antyterrorystycznych, znane Rzecznikowi zarządzenia wewnętrzne ABW, ani tym bardziej wspomniany przy analizie art. 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych art. 43 ust. 2 ustawy o ochronie danych osobowych. W opinii Rzecznika Praw Obywatelskich, opisana powyżej niedookreśloność pojęcia „dostępu” danych z rejestru i brak jego operacjonalizacji w jakichkolwiek przepisach nie pozwalają

określić, jaki jest zakres i cel takiej ingerencji. Tym samym art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych nie spełnia już pierwszego warunku dopuszczalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności, wynikającego z art. 31 ust. 3 Konstytucji, art. 8 ust. 2 EKPCz czy też art. 52 ust. 1 KPP UE – wymogu pełnego określenia w ustawie, na czym dokładnie ograniczenie to ma polegać.

Powyższa wada zaskarżonego przepisu ustawy o działaniach antyterrorystycznych znacznie utrudnia ocenę jego proporcjonalności, a więc ustalenie, czy „udostępnianie” danych z rejestru Szefowi ABW jest przydatne i konieczne dla realizacji przez te organy ich ustawowych zadań i niezbędne w demokratycznym państwie prawnym, a także czy nie stanowi on nadmiernej ingerencji w prawa człowieka. Biorąc pod uwagę to, że jedynym ograniczeniem w dostępie do tych wszystkich rejestrów ma być działanie w celu realizacji zadania, określonego w art. 3 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, czyli w bardzo ogólnie zarysowanym celu zapobiegania zdarzeniom o charakterze terrorystycznym, można postawić tezę, że w istocie art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych zapewnia Szefowi ABW wygodny dostęp do wszystkich informacji znajdujących się w posiadaniu organów publicznych. W uzasadnieniu do projektu ustawy wskazuje się, że „podyktowane jest to potrzebą zapewnienia ABW dostępu do wszelkich danych i informacji przydatnych, w celu zapobiegania zdarzeniom o charakterze terrorystycznym”, co w istocie potwierdza jedynie powyższą tezę. W tym kontekście należy przywołać wyrok TK z 22 lipca 2014 r. w sprawie K 25/13, gdzie Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „istnienie w art. 51 ust. 2 Konstytucji odrębnej regulacji dotyczącej proporcjonalności wkraczania w prywatność jednostki należy tłumaczyć tym, że naruszenia autonomii informacyjnej poprzez żądanie niekoniecznych, lecz wygodnych dla władzy publicznej informacji o jednostce, jest typowym dla czasów współczesnych instrumentem, po który władza publiczna chętnie sięga i dzięki któremu uzyskuje potwierdzenie swej pozycji wobec jednostki. Autonomia informacyjna, której wyodrębnienie normatywne z całości ochrony prywatności przewiduje art. 51, jest uzasadniona częstotliwością, uporczywością i typowością wkraczania w prywatność przez władzę publiczną. Normatywne wyodrębnienie, ustanowienie w art. 51 ust. 2 Konstytucji odrębnego zakazu – ułatwia dostrzeżenie takiego wkroczenia i upraszcza przedmiot dowodu, iż takie wkroczenie nastąpiło. Przedmiotem dowodu staje się wtedy bowiem tylko to, czy pozyskiwanie

informacji było konieczne, czy tylko «wygodne» lub «użyteczne» dla władzy» (wyrok w sprawie K 41/02, podobnie: wyrok TK w sprawie K 8/04). Ocena zachowania zasady proporcjonalności przez regulacje pozwalające na pozyskiwanie przez władze publiczne informacji o obywatelach może i powinna być więc przeprowadzana na podstawie – współstosowanych – art. 51 ust. 2 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji”.

Art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych nie spełnia również ostatniego wymogu testu proporcjonalności, jakim jest sprawdzenie, czy efekty zaskarżonej regulacji pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (zakaz nadmiernej ingerencji, zasada proporcjonalności w ścisłym tego słowa znaczeniu). Należy więc dokonać swoistego rachunku aksjologicznego, badając – mówiąc w pewnym uproszczeniu – czy zalety badanej regulacji przeważają nad jej wadami. Ta ocena powinna uwzględniać specyfikę wartości chronionych przez zaskarżoną regulację (wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji) i praw, które w jej rezultacie doznają ograniczenia, a także aksjologię Konstytucji jako całości. Im cenniejsze jest dobro naruszane i im wyższy stopień jego naruszenia, tym cenniejsza musi być wartość chroniona i wyższy stopień jej realizacji, przy czym w żadnym wypadku ograniczenia nie mogą naruszać istoty wolności i praw (por. art. 31 ust. 3 Konstytucji). W związku z tym trzeba ponownie podkreślić, że ustrojodawca statuuje prywatność jednostki jako wolność konstytucyjnie chronioną, co oznacza swobodę działania jednostek aż do granic ustanowionych w ustawie. Wyłącznie jednoznaczna regulacja ustawowa może nakładać ograniczenia w zakresie podejmowania określonych zachowań mieszczących się w ramach konkretnej wolności (wyrok TK z 30 lipca 2014 r. w sprawie K 23/11). Wydaje się zatem, że chociaż walka z terroryzmem i zapewnienie bezpieczeństwa publicznego jest ogromnie istotną wartością, to jednak w relacji do prawa do prywatności musi zostać zachowana szczególna ostrożność, a sposób ingerencji w to prawo musi mieć charakter wyjątkowo ostrożny i precyzyjny.

Analizując zatem dopuszczalność ograniczenia prawa do prywatności, określonego w art. 47 oraz w art. 51 ust. 2 Konstytucji oraz w art. 8 ust. 1 EKPCz, a także w art. 7 i 8 KPP UE przez pryzmat przesłanek wynikających z art. 31 ust. 3 Konstytucji, art. 8 ust. 2 EKPCz oraz art. 52 ust. 1 KPP UE należy stwierdzić, że podstawową wątpliwość budzi adekwatność zapewnionego dostępu do danych do realizowanego celu. Trzeba też mieć na uwadze, że w wielu rejestrach gromadzone są informacje mające charakter wrażliwy, do

których dostęp zyskuje Szef ABW w bliżej nieokreślonym celu i z naruszeniem jednej z podstawowych zasad przetwarzania danych osobowych – zasady adekwatności. Dla pełnego obrazu należy również dodać, że rejestry publiczne nie zawsze muszą mieć charakter jawny w tym znaczeniu, że każdy ma do nich dostęp. Ustawa o działaniach antyterrorystycznych w art. 11 zawiera również pominięcia ustawodawcze – w szczególności ustawa ta nie reguluje żadnych zabezpieczeń przed ingerencją w dane gromadzone w rejestrach, nie określa sposobu postępowania z danymi, które już nie będą przydatne i nie wprowadza żadnych zasad nadzoru w zakresie zasadności dostępu Szefa ABW do danych, chociażby na wzór rozwiązania, które funkcjonuje w odniesieniu do Centralnego Biura Antykorupcyjnego, gdzie na podstawie art. 22b ustawy o CBA powołuje się pełnomocnika do spraw kontroli przetwarzania przez CBA danych osobowych. Art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych nie daje gwarancji, że przepis będzie stosowany tylko wówczas, gdy jest to konieczne dla realizacji celów określonych w ustawie (nie ma mechanizmów kontrolnych i środków odwoławczych), a wobec braku regulacji sposobu wykorzystania uzyskanych informacji, rodzi to niebezpieczeństwo wykorzystywania materiałów niezgodnie z celem ustawy. Przetwarzanie i gromadzenie informacji o osobach spełni warunek konstytucyjności, jeżeli nie powstaje ryzyko wykorzystywania tych danych także do celów pozaustawowych. Informacje powinny być chronione przed niepowołanym dostępem bądź przed wykorzystywaniem w celach niezgodnych z prawem i pierwotnym celem ich pozyskania. Zapewnienie właściwej ochrony przed ingerencją władz w prawo do poszanowania życia prywatnego wymaga określenia w sposób jasny zakresu i warunków korzystania przez władze z uprawnień dyskrecyjnych, aby mogły spełniać wymóg przewidywalności (M. Jabłoński, K. Wygoda, *Dostęp do informacji i jego granice*, Wrocław 2002 i powołane tam orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, s. 49-51).

W związku z tym, że wymogi stawiane przez art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także art. 8 ust. 2 EKPCz oraz art. 52 ust. 1 KPP UE nie są spełnione, art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych jest niezgodny z art. 47 i z art. 51 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 EKPCz, a także z art. 7 i 8 w zw. z art. 52 ust. 1 KPP UE.

X

W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich przewidziana w zaskarżonym przepisie art. 26 ust. 2 ustawy o działaniach antyterrorystycznych możliwość stosowania tymczasowego aresztowania na podstawie jedynie uprawdopodobnienia popełnienia, usiłowania lub przygotowania do popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym pozostaje w sprzeczności z fundamentalnymi zasadami demokratycznego państwa prawnego. Przedmiotowy przepis, posługując się pojęciami wyjątkowo nieostrymi, stwarza podstawę do daleko idącej ingerencji w sferę praw i wolności, w szczególności w sferę nietykalności osobistej jednostki.

Należy zauważyć, że zaskarżona regulacja wprowadza samodzielną przesłankę tymczasowego aresztowania w postaci uprawdopodobnienia popełnienia, usiłowania lub przygotowania do popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym. Przepis art. 26 ust. 2 ustawy o działaniach antyterrorystycznych wprowadza zupełnie odmienne podstawy i tryb zastosowania tymczasowego aresztowania niż przewidziany na gruncie k.p.k. W świetle ogólnej regulacji kodeksowej statuującej tryb i podstawy stosowania środków zapobiegawczych, tymczasowe aresztowanie może zostać zastosowane w celu zabezpieczenia toku postępowania, a jedynie wyjątkowo w celu zapobieżenia popełnieniu przez oskarżonego kolejnego przestępstwa (art. 249 § 1 k.p.k.). Ponadto § 2 art. 249 k.p.k. stanowi, że w postępowaniu przygotowawczym można stosować środki zapobiegawcze – w tym tymczasowe aresztowanie – jedynie wobec osoby, w stosunku do której zostało wydane postanowienie o przedstawieniu zarzutów. Tymczasem z zaskarżonej regulacji nie wynika jednoznacznie, aby tymczasowe aresztowanie mogło być zastosowane na jej podstawie dopiero po wydaniu postanowienia o przedstawieniu zarzutów.

W ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich „uprawdopodobnienie” dokonania, usiłowania lub przygotowania czynu o charakterze terrorystycznym nie może w sposób wystarczający legitymizować tak daleko idącej ingerencji w wolność jednostki. Celem stosowania środków zapobiegawczych jest zapewnienie prawidłowego przebiegu postępowania karnego i w tym sensie kryteria zastosowania owego środka winny zostać możliwie dokładnie określone. Wprowadzenie tak niejasnych przesłanek zastosowania wysoce dolegliwego środka, jakim jest tymczasowe aresztowanie, powinno pozostaje

w sprzeczności z wynikającą z art. 2 Konstytucji RP zasadą precyzyjności prawa, rozumianą jako nakaz poprawnej legislacji. W wyroku z 11 stycznia 2000 r. w sprawie K 7/99 Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że zasada przyzwoitej legislacji, będącej elementem demokratycznego państwa prawnego, obejmuje m.in. wymóg określoności przepisów, które powinny być tworzone w sposób jednoznaczny, precyzyjny i jasny, a „standard ten wymagany jest zwłaszcza, gdy chodzi o ochronę praw i wolności” (szerzej P. Tuleja, *Komentarz do art. 2 Konstytucji RP*, w: M. Safjan, L. Bosek (red.) *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, Warszawa 2016, s. 224-225). Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie zaznaczał, że „(...) zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa opiera się na wymaganiu pewności prawa, a więc takim zespole cech przysługujących prawu, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne, umożliwiają jej decydowanie o swoim postępowaniu na podstawie pełnej znajomości przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie jej działania mogą pociągnąć za sobą” (wyrok TK z 14 czerwca 2000 r. w sprawie P 3/00).

Ponadto, treść art. 26 zaskarżonej ustawy o działaniach antyterrorystycznych należy rozpatrywać w szerszym kontekście całokształtu tej ustawy. Stanowi on bowiem przedłużenie i dopełnienie regulacji o charakterze materialnoprawnym wprowadzających ochronę pewnych dóbr (część z których ma charakter wyjątkowo abstrakcyjny – *vide* „bezpieczeństwo publiczne”, „porządek publiczny”) na bardzo dalekim przedpolu ich naruszenia. Jakkolwiek waga niebezpieczeństwa, jakie stwarzają przestępstwa o charakterze terrorystycznym pociąga za sobą konieczność swobodnego „wyprzedzenia” ich skutecznego dokonania – właśnie poprzez zapewnienie odpowiednim organom możliwości podjęcia określonych działań, owym instrumentom, wyposażającym organy władzy publicznej w środki pozwalające na dolegliwą i daleko idącą ingerencję w sferę praw i wolności, powinny towarzyszyć proporcjonalnie wzmocnione gwarancje o charakterze procesowym, w tym m.in. w zakresie tymczasowego aresztowania. W tym kontekście wprowadzenie tak ukształtowanej samodzielnej przesłanki tymczasowego aresztowania nie zapewnia odpowiedniego stopnia ochrony praw i wolności jednostek, w stosunku do których przepis art. 26 ustawy o działaniach antyterrorystycznych może znaleźć zastosowanie.

Ponadto, zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, zaskarżona regulacja art. 26 ust. 2 ustawy o działaniach antyterrorystycznych jest niezgodna z art. 41 ust. 1 Konstytucji RP statuującym fundamentalne z punktu widzenia praw i wolności człowieka prawo do wolności. Jakkolwiek wolność osobista nie ma charakteru absolutnego, jej ograniczenie może nastąpić jedynie w ściśle ograniczonym w prawie przypadkach i trybie. Nie ulega wątpliwości, że tymczasowe aresztowanie jest jedną z form pozbawienia wolności na gruncie Konstytucji RP. Przepis art. 41 ust. 1 zd. 2 Konstytucji RP przewidujący możliwość wprowadzenia ograniczeń wolności ma charakter gwarancyjny i doprecyzowujący w stosunku do postanowień art. 31 ust. 1 Konstytucji RP. Gwarancyjne znaczenie tego przepisu nie sprowadza się wyłącznie do formalnego wymogu określenia na szczeblu ustawowym przesłanki i trybu stosowania tymczasowego aresztowania, lecz oznacza także konieczność oparcia wszelkich ograniczeń na przejrzystych, jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych kryteriach materialnoprawnych. Pełna rekonstrukcja wzorca z art. 41 ust. 1 Konstytucji RP możliwa jest wyłącznie przy uwzględnieniu treści art. 5 ust. 1 i ust. 3 EKPCz.

Należy zaznaczyć, że treść art. 5 ust. 1 lit. c EKPCz wprowadza wyjątek od przewidzianego w tym artykule prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego, odnoszący się do „zgodnego z prawem zatrzymania lub aresztowania w celu postawienia przed właściwym organem, jeżeli istnieje uzasadnione podejrzenie popełnienia czynu zagrożonego karą, lub, jeśli jest to konieczne, w celu zapobieżenia popełnieniu takiego czynu lub uniemożliwienia ucieczki po jego dokonaniu”. Ogólna i dość abstrakcyjna treść tego przepisu ulega dalszej konkretyzacji dopiero w świetle obszernego dorobku orzeczniczego ETPCz w tym zakresie.

W pierwszej kolejności zaznaczyć wypada, że podstawą ingerencji w wolność jest uzasadnione podejrzenie popełnienia czynu zabronionego. Takie przyjęcie możliwe jest wyłącznie przy istnieniu dowodów wskazujących na to że – po pierwsze, dany czyn miał miejsce i po drugie, że właśnie osoba, której wolność zostaje ograniczona była sprawcą takiego czynu (*Komentarz do art. 5*, w: L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1–18. Tom I. Komentarz*, Warszawa 2010, Legalis, nb 42). Uzasadnione podejrzenie oznacza obiektywną ocenę

istniejących wiadomości (faktów) wskazujących na to, że dana osoba mogła popełnić określone przestępstwo (tak ETPCz w wyroku z dnia 28 października 1994 r. w sprawie *Murray p. Zjednoczonemu Królestwu*).

Przepis art. 26 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych statuuje możliwość sporządzenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów na podstawie informacji uzyskanych w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych. Powyższe informacje stanowić mogą także podstawę wystąpienia przez prokuratora z wnioskiem o tymczasowe aresztowanie. W związku z powyższym zaznaczyć wypada, że art. 5 EKPCz nie formułuje żadnych szczegółowych wymagań w stosunku do źródła informacji będących podstawą uzasadnionego podejrzenia popełnienia czynu (*Komentarz do art. 5*, w: L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1–18. Tom I. Komentarz*, Warszawa 2010, Legalis, nb 42), przy czym Trybunał ten w wyroku w sprawie *O’Hara p. Zjednoczonemu Królestwu* (skarga nr 37555/97) przyjął, że w przypadku przestępstw o charakterze terrorystycznym informacje mogą pochodzić także ze źródeł anonimowych. Niemniej jednak na gruncie zaskarżonego przepisu art. 26 ust. 2 ustawy o działaniach antyterrorystycznych wątpliwości budzi nie tyle fakt, iż tymczasowe aresztowanie może nastąpić na podstawie podejrzenia popełnienia przestępstwa wynikającego ze źródeł anonimowych, lecz sama niedookreśloność użytego w tym przepisie pojęcia „uprawdopodobnienie” popełnienia, usiłowania lub przygotowania do popełnienia. Z regulacji tej nie wynika bowiem jednoznacznie, kto i w jakiej sytuacji może zostać poddany przewidzianym w nim ograniczeniom, co z kolei oznacza, że jest on na tyle nieprecyzyjny, że nie jest możliwe przeprowadzenie jego jednolitej wykładni, a co za tym idzie nie jest możliwe jego jednolite stosowanie.

Powyższe argumenty prowadzą do wniosku, że kwestionowany przez Rzecznika Praw Obywatelskich przepis art. 26 ust. 2 ustawy o działaniach antyterrorystycznych narusza zasadę zaufania obywateli do państwa, zasadę dostatecznej określoności i zasadę poprawnej legislacji, wynikające z art. 2 Konstytucji, a ponadto narusza wymóg określoności i precyzyjności wszelkich wyjątków od fundamentalnego prawa do wolności przysługującego każdej jednostce (art. 41 ust. 1 Konstytucji oraz art. 5 EKPCz).

XI

W art. 38 pkt 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych wprowadza się zmiany w ustawie o ABW polegające m.in. na dodaniu art. 32c, dopuszczającego blokadę dostępności w systemie teleinformatycznym określonych danych informatycznych, mających związek ze zdarzeniem terrorystycznym lub usług teleinformatycznych służących lub wykorzystywanych do spowodowania zdarzenia o charakterze terrorystycznym. Dodawany w ustawie o ABW art. 32c reguluje zatem przesłanki i procedurę zarządzenia blokady dostępności. Możliwość zarządzenia blokady dostępności przewidziana jest dla realizacji celu zapobiegania, przeciwdziałania i wykrywania przestępstw o charakterze terrorystycznym oraz ścigania ich sprawców.

Podobnie jak w przypadkach omawianych wcześniej we wniosku, również w przypadku dodawanego art. 32c ustawy o ABW ocenę zgodności tego przepisu z Konstytucją należy rozpocząć od stwierdzenia, że przepis ten posługuje się albo określeniami, które nie mają definicji legalnej i w związku z tym będą powodowały trudności z ich interpretacją (jak np. dane informatyczne), albo przewiduje odwołanie do pojęcia „zdarzenia o charakterze terrorystycznym”, które pozbawione jest precyzji wymaganej przez standard poprawnej legislacji, o czym była już mowa we wniosku. W tym miejscu należy odnieść się szerzej do pojęcia „dane informatyczne”. Ustawodawca posłużył się terminem innym niż „dane internetowe”, które to pojęcie użyte jest w art. 18 ust. 1-5 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2013 r., poz. 1422 ze zm.; dalej jako: *uśude*). Jednocześnie w dodawanym art. 32c ust. 1 ustawy o ABW mowa jest o usługodawcy świadczącym usługi drogą elektroniczną, a zatem odwołano się do pojęcia właśnie z *uśude*. Skoro zatem ustawodawca posłużył się innym terminem, to oznacza, że – biorąc pod uwagę założenie jego racjonalności – uczynił to celowo po to, by nie stosować definicji danych internetowych do nowo użytego pojęcia „dane informatyczne”. Pojęcie „danych informatycznych” może być pojęciem bardzo szerokim i dotyczyć zarówno poszczególnych treści, jak i funkcjonowania całych portali internetowych. Można zatem wyobrazić sobie, że blokada będzie dotyczyła zarówno pojedynczych komentarzy, jak też całych portali społecznościowych, czy elektronicznych wydań gazet. Nie jest też jasne, czy zakaz blokowania ma dotyczyć tylko uniemożliwienia

dostępu do określonych informacji na konkretnej stronie internetowej, blokowania całej witryny, czy też całej domeny internetowej, a może nawet aplikacji internetowych, skoro blokowanie dotyczyć ma nie tylko danych, ale również usług teleinformatycznych. Użycie niejasnych, nieprecyzyjnych i ocennych pojęć, które w istocie są wykorzystywane przy ograniczeniu praw i wolności jednostki, musi być uznane – z tych samych powodów, o których była mowa we wcześniejszych punktach wniosku – za niezgodne z art. 2 Konstytucji. Warto też dodać, że brak dostatecznie szczegółowego określenia przesłanek dopuszczalności blokowania treści w Internecie był przedmiotem analizy ETPCz w wyroku w sprawie *Ahmet Yildirim przeciwko Turcji* (wyrok z 18.12.2012, skarga nr 3111/10), w którym ETPCz wyraźnie uznał, że blokowanie treści w Internecie jest dopuszczalne wyłącznie wówczas, gdy odbywa się na podstawie maksymalnie precyzyjnych przepisów prawa krajowego. W tym przypadku wymóg ten nie jest spełniony. Ten brak precyzji będzie też skutkować niezgodnością z art. 54 Konstytucji.

Przed dokonaniem dalszej analizy, w której dokonana zostanie ocena art. 32c ustawy o ABW pod kątem zgodności z tymi przepisami Konstytucji oraz EKPCz, które dotyczą wolności wypowiedzi, warto podkreślić, że gwarancje ją chroniące znajdują zastosowanie zarówno do tradycyjnych środków przekazu, jak i do komunikacji internetowej. Już w uchwale z 2 marca 1993 r. w sprawie W 3/93 Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że wolność słowa obejmuje wszelkie formy komunikowania innym opinii, poglądów i informacji. Potwierdził to również ETPCz w kilku sprawach, m.in. w sprawie *Times Newspaper przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (wyrok z 10 marca 2009 r., nr skargi 3002/03 oraz 23676/03) albo *Węgrzynowski i Smolczewski przeciwko Polsce* (wyrok z 16 lipca 2013 r., skarga nr 33846/07). ETPCz uznaje również blokowanie treści dostępnych w Internecie, a tym bardziej całych witryn lub domen internetowych za środek, który głęboko ingeruje w wartości chronione przez art. 10 EKPCz, ograniczający w ten sposób prawo do swobodnego otrzymywania informacji oraz ich przekazywania (por. wspomniana wyżej sprawę *Ahmet Yildirim przeciwko Turcji* oraz *Cengiz i in. przeciwko Turcji*, wyrok z 1 grudnia 2015 r., skargi nr 48226/10 i 14027/11). Internet odgrywa bowiem kluczową rolę nie tylko w zapewnieniu dostępu do informacji, ale także przyczynia się do realizacji prawa do wyrażania oraz rozpowszechniania poglądów. Jest to obecnie podstawowa platforma komunikacji między jednostkami (zob. też opinię Fundacji Helsińskiej do

projektu ustawy o działaniach antyterrorystycznych z 18 maja 2016 r.). Na konieczność wprowadzenia zabezpieczeń chroniących swobodę wypowiedzi w kontekście nakazu blokowania treści w sieci wskazuje również Komitet Ministrów Rady Europy w zaleceniu z 2016 r. w *sprawie wolności w Internecie* (CM/Rec(2016)5). Znaczenie transparentności w działaniach państw w zakresie wykorzystywania technik inwigilacji oraz ograniczenia w dostępie do Internetu podkreślane jest również w działaniach Specjalnego Sprawozdawcy ONZ ds. promocji oraz ochrony prawa do wolności wyrażania opinii oraz wolności wypowiedzi (zob. w szczególności punkty 44-46 oraz 91-92 Sprawozdania z 2013 r.¹)). Również rezolucja 20/8 Rady Praw Człowieka ONZ potwierdza, że reguły związane ze swobodą wypowiedzi odnoszące się do tradycyjnych jej form powinny mieć zastosowanie również do form internetowych i podlegać temu samemu reżimowi ochrony (zob. punkt 1 *rezolucji 20/8 Rady Praw Człowieka ONZ w sprawie promocji, ochrony i korzystania z praw człowieka w Internecie* A/HRC/RES/20/8, dostępnej na stronie http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/20/8).

Z tego też względu art. 32c ustawy o ABW powinien być oceniony pod kątem zgodności z art. 54 ust. 1 Konstytucji oraz z art. 10 EKPCz. Zgodnie z tradycyjnym ujęciem, obecnym w aktach prawnomiędzynarodowych, ale również w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, treść swobody wypowiedzi wyrażona została na gruncie art. 54 ust. 1 za pomocą trzech, wzajemnie powiązanych i uzupełniających się wolności – wolności wyrażania swoich poglądów, wolności pozyskiwania informacji oraz wolności rozpowszechniania informacji (zob. wyrok TK z 5 maja 2004 r. w sprawie P 2/03; por. również *Komentarz do art. 54 Konstytucji RP*, w: *Komentarz do Konstytucji RP, Tom I*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, Legalis, nb 10). Przedmiotem ochrony na gruncie art. 54 ust. 1 Konstytucji są wszelkie wypowiedzi, to jest wszelkie zachowania wyrażające określone poglądy – przy szerokim ujmowaniu tego pojęcia, zgodnie z zasadą możliwie najszerszej wykładni pojęć konstytucyjnych – stanowiące formy ekspresji myśli, zarówno zwerbalizowane, jak i posługujące się innym aniżeli słowo kodem znaczeniowym. Ponadto, wolność pozyskiwania informacji dotyczy nie tylko informacji o faktach, ale także

¹ Sprawozdanie dostępne na stronie:
http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A.HRC.23.40_EN.pdf

o cudzych poglądach (tak m.in. wyrok TK z 20 lutego 2007 r. w sprawie P 1/06; oraz wyrok TK z 9 listopada 2010 r. w sprawie K 13/07).

W przypadku art. 54 ust. 1 Konstytucji zakres wolności wypowiedzi w rozumieniu przede wszystkim wolności pozyskiwania informacji oraz wolności rozpowszechniania informacji w odniesieniu do problemu omawianego w tym punkcie wniosku będzie tożsamy z ustaleniami ETPCz poczynionymi na gruncie art. 10 EKPCz, który stanowi w ust. 1, że *każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii, a prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe*. Zakres znaczeniowy tej swobody obejmuje więc pozyskiwanie zarówno informacji, jak i idei, również za pośrednictwem Internetu. Wolność pozyskiwania informacji dotyczy zatem zarówno wolności dostępu do istniejących źródeł informacji krajowych i zagranicznych (EKPCz wprost stanowi o prawie otrzymywania i przekazywania informacji „bez względu na granice państwowe”), jak i wolności poszukiwania informacji (zob. *P. Sarnecki (red.), Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2013, s. 111).

W świetle powyższego, wprowadzenie możliwości zarządzenia blokady dostępności oznacza ingerencję w wolność wypowiedzi, o której mowa w art. 54 ust. 1. Oznacza też ingerencję w prawo określone w art. 10 ust. 1 EKPCz. Filtry włączane przez usługodawcę będą mogły – w związku z niejasnością pojęcia – stać się na wniosek ABW narzędziem, które może zostać wykorzystane również do filtrowania innego rodzaju treści. Warto w tym kontekście wskazać na stanowisko Centrum Cyfrowego, które wyraziło swoją opinię na etapie prac nad projektem ustawy w dniu 10 maja 2016 r. (opinia dostępna na stronie <http://centrumcyfrowe.pl/stanowisko-centrum-cyfrowego-w-sprawie-blokowania-stron-internetowych/>). Centrum Cyfrowe wyraziło swoje obawy i wskazało, że „mechanizm blokowania danych w Internecie nie polega na usuwaniu treści, a blokowaniu dostępu do nich poprzez filtrowanie zapytań dostęp do danego adresu internetowego. Wprowadzenie takiego mechanizmu w przypadku jednego rodzaju danych, dodatkowo bez efektywnej kontroli sądowej, może skutkować chęcią blokowania różnych innych treści, np. pornograficznych czy hazardowych, ale także związanych z działalnością strażniczą czy aktywnością obywatelską polegającą na wyrażaniu sprzeciwu w debacie publicznej.

Przepisy te tworzą podwaliny dla cenzury prewencyjnej i będą miały negatywny wpływ na rozwój społeczeństwa informacyjnego”.

Wolność wypowiedzi, o której mowa w art. 54 ust. 1 Konstytucji może być ograniczona. Chociaż Konstytucja w art. 54 nie formułuje żadnych klauzul ograniczających, to jednak na dopuszczalne ograniczenia konstytucyjnie chronionej wolności wypowiedzi wskazuje art. 31 ust. 3 Konstytucji. Na gruncie EKPCz dopuszczalne ograniczenia ustanawia z kolei art. 10 ust. 2, zgodnie z którym dopuszczalne ograniczenia można przewidzieć w ustawie, ale muszą one być niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, czy też bezpieczeństwa publicznego ze względu m.in. na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu.

Wymóg wprowadzenia ograniczenia w ustawie w omawianym przypadku jest spełniony – zmieniana ustawa o ABW nie odsyła do aktów podstawowych, a zatem formalny wymóg dopuszczalności ograniczenia jest zrealizowany. Badając jednak dopuszczalność wprowadzenia ograniczenia należy wziąć pod uwagę jeszcze dalsze zagadnienia (por. orzeczenia przywołane w poprzednich punktach wniosku, w których dokonywana była analiza dopuszczalności ustanowienia ograniczenia na gruncie art. 31 ust. 3 Konstytucji), a mianowicie odpowiedzieć na pytania, czy wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków, czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana i czy efekty wprowadzanej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela. ETPCz w swoim orzecznictwie dotyczącym dopuszczalności blokowania treści dostępnych w Internecie wyraźnie wskazuje, że środek ten powinien być stosowany jedynie wówczas, gdy jest niezbędny i proporcjonalny dla osiągnięcia uprawnionego celu oraz wyłącznie na podstawie dostatecznie precyzyjnych regulacji prawnych, które będą chronić przed jego arbitralnym wykorzystaniem przez organy państwa. We wspomnianej już sprawie *Yildirim przeciwko Turcji* ETPCz wyraźnie wskazał, że blokowanie może zostać uznane za dopuszczalne wyłącznie wówczas, gdy jest stosowane w możliwie wąskim zakresie, niewykraczającym poza niezbędne minimum.

Ogólny cel wprowadzenia ograniczenia w związku z koniecznością potrzeby przeciwdziałania terroryzmowi może usprawiedliwiać w określonych sytuacjach ingerencję

w wolność słowa. W szczególności zgodzić się należy, że deklarowany w uzasadnieniu do projektu cel tego przepisu, tj. przeciwdziałanie „działalności organizacji terrorystycznych, które wykorzystują Internet do promowania swojej ideologii, zamieszczania instruktażu w zakresie sposobu przeprowadzania zamachów terrorystycznych oraz komunikowania się ze swoimi zwolennikami”, może uzasadniać konieczność podejmowania działań ograniczających swobodę wypowiedzi.

Badając możliwość doprowadzenia przez regulację wprowadzającą ograniczenia w swobodzie wypowiedzi do zamierzonych przez nią skutków warto odwołać się do stanowiska Fundacji ePaństwo, która wskazała w swojej opinii z 2 czerwca 2016 r. (opinia dostępna na stronie <http://epf.org.pl/pl/2016/06/03/opinia-o-ustawie-antyterrorystycznej/>) na fakt, że blokowanie stron internetowych nie służy w istocie pojedynczym przypadkom zagrożenia, ale powoduje lawinowy wzrost wprowadzanych blokad: „efekt wzrostu ilości zabronionych treści w Internecie potwierdzają statystyki działania angielskiego *Counter Terrorism Internet Refusal Unit*, która w pierwszym roku działalności zablokowała (wspólnie z administratorami) 25 tysięcy treści, a już 75 tysięcy w roku 2014” (s. 4 opinii). Fundacja ePaństwo wskazała też, że „analiza podobnych rozwiązań w krajach UE wskazuje, że blokada treści internetowych nie jest ponadto skutecznym środkiem do przeciwdziałania przestępczości, na co wskazuje chociażby raport przygotowany przez *National Coalition Against Censorship* (<http://ncac.org/resources/Internet-filters>). Projektodawcy nie uwzględnili również tzw. efektu Barbary Streisand (<http://www.bbc.com/news/uk-18458567>) polegającego na tym, że każde ocenzurowanie treści w Internecie powoduje, że jest powielana na dużej ilości innych stron i jeszcze szerzej rozpowszechnia się w sieci. Dotarcie do zablokowanych treści jest bez problemu możliwe również za pośrednictwem stron takich jak <https://archive.org/web/>, a obejście blokady operatora internetowego jest możliwe poprzez korzystanie z sieci za pośrednictwem powszechnie dostępnych narzędzi jak np. <http://newipnow.com>”. Z kolei Centrum Cyfrowe w przywoływanym już stanowisku z 10 maja 2016 r. dodało, że „blokowanie treści w Internecie nie usuwa ich trwale z sieci, a jedynie blokuje ich dostępność. W stosunku do treści o niskiej szkodliwości, czy braku znamion przestępstwa jest to rozwiązanie nieproporcjonalne, a w stosunku do treści, które są nielegalne nie rozwiązuje ono problemu ich ogólnej dostępności po czasie trwania blokady”. Centrum Cyfrowe wskazuje też, że „treści udostępniane przez organizacje

terrorystyczne rzadko dostępne są w tradycyjny sposób, o wiele częściej wykorzystywany jest tzw. darknet (inaczej deep net, poziom sieci niedostępny dla przeciętnego użytkownika, wymagający korzystania z określonych narzędzi i ustawień), który wymyka się krajowym regulacjom”. Powyższe może oznaczać, że art. 32c ustawy o ABW w istocie nie będzie wpływał na realizację zamierzonego celu, jakim jest utrudnienie komunikacji osób włączonych w zdarzenia o charakterze terrorystycznym.

O nieproporcjonalności przyjętych rozwiązań świadczy również fakt, że ustawodawca w sposób zaskakujący uznał, że finansowanie terroryzmu może korzystać z większej ochrony gwarancji prawnych niż umieszczanie jakichkolwiek treści związanych z informacjami dotyczącymi bardzo szerokiego katalogu zdarzeń o charakterze terrorystycznym. Ustawa z 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. 2016, poz. 299 ze zm.) w art. 18 stanowi, że jeżeli transakcja, która ma zostać przeprowadzona, może mieć związek z popełnieniem przestępstwa, o którym mowa w art. 165a (finansowanie terroryzmu) lub art. 299 (pranie pieniędzy) Kodeksu karnego, Generalny Inspektor Informacji Finansowej może w ciągu 24 godzin od daty i godziny wskazanych w potwierdzeniu, o którym mowa w art. 16 ust. 2, przekazać instytucji obowiązanej pisemne żądanie wstrzymania tej transakcji lub blokady rachunku na okres nie dłuższy niż 72 godziny od daty i godziny wskazanych w tym potwierdzeniu. Równocześnie Generalny Inspektor zawiadamia właściwego prokuratora o podejrzeniu popełnienia przestępstwa i przekazuje mu informacje i dokumenty dotyczące wstrzymywanej transakcji lub zablokowanego rachunku. Zgodnie zaś z art. 32c ustawy o ABW, blokada treści mających nawet luźny związek z jakimkolwiek zagrożeniem może być prowadzona bez zgody sądu przez 5 dni (w przypadkach „niecierpiących zwłoki” – art. 32c ust. 4). Fakt, że w przypadku przepisów dotyczących przeciwdziałania finansowaniu terroryzmu dopuszczalne terminy blokad są znacząco krótsze niż w art. 32c ustawy o ABW może oznaczać, że dla ustawodawcy podejrzenie finansowania terroryzmu jest czynem mniejszej wagi niż umieszczenie w Internecie informacji, w której przedstawiona zostanie np. relacja z zamachu terrorystycznego. Ponadto, zgodnie z ustawą o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu strona transakcji ma prawo uczestniczyć w każdym stadium postępowania, a w przypadku gdy zablokowanie transakcji nastąpi z naruszeniem prawa, może uzyskać odszkodowanie. Takich uprawnień nie przewidziano

w dodawanym art. 32c ustawy o ABW. To również wskazuje na brak proporcjonalności przyjętych przepisów ustawy o działaniach antyterrorystycznych.

O możliwym braku efektywności przyjętych rozwiązań świadczy też fakt, że najbardziej popularne serwisy internetowe prowadzone są za granicą, a zatem przepisy uśude nie będą miały do nich zastosowania (por. art. 3a uśude oraz definicja siedziby).

Trzeba też podkreślić, że blokady można dokonać „w przypadkach niecierpiących zwłoki” na okres do 5 dni bez zgody sądu, a za zgodą sądu na okres 30 dni i dłużej. Proponowane ograniczenie wolności słowa może zatem doprowadzić do zjawiska *chilling effect*, czyli autocenzury, w obawie usługodawców przed potencjalnym zarządzeniem Szefa ABW, co może oczywiście wpłynąć negatywnie (mrożąco) na działalność branży internetowej i dziennikarstwa internetowego.

ETPCz, oceniając dopuszczalność ingerencji w wolność wypowiedzi, wskazuje również na kwestię zapewnienia efektywnej kontroli sądu nad blokowaniem treści w Internecie (por. wspomniane już wyżej wyroki w sprawie *Yildirim przeciwko Turcji*, czy *Cengiz i in. przeciwko Turcji*). Ustawa o działaniach antyterrorystycznych, w dodawanym art. 32c ustawy o ABW, takiej efektywnej kontroli sądu nie przewiduje. Kontrola sądu nie może bowiem ograniczać się do stwierdzenia, czy istnieją podstawy do zastosowania środka przewidzianego w art. 32c, ale powinna także odnosić się do tego, czy zastosowany środek nie ma charakteru nadmiernego. Procedura blokowania wymaga co prawda uprzedniej zgody sądu, zaś następcza zgoda sądu została ograniczona wyłącznie do przypadków „niecierpiących zwłoki”, a zatem zaproponowane w art. 32c ust. 1-6 ustawy o ABW rozwiązanie stwarza pewne gwarancje chroniące przed nieuzasadnioną ingerencją w wolność wypowiedzi, jednak prawodawca nie zabezpieczył przed możliwością nadużywania przypadków, w których dopuszczalna będzie następcza zgoda sądu. W szczególności ocena sądu nie będzie obejmowała wszystkich przesłanek blokowania, a także zakresu stosowania środka pod kątem jego proporcjonalności i adekwatności. Decyzja w sprawie uznania, że zaistniały przesłanki do zarządzenia blokady jest pozostawiona sądowi, który na wydanie postanowienia będzie miał 5 dni i będzie je wydawał w oparciu o przekazane przez Szefa ABW materiały „uzasadniające potrzebę zastosowania blokady dostępności” (art. 32c ust. 2 ustawy o ABW), a nie w oparciu

o wszystkie materiały w sprawie. Treść wniosku Szefa ABW określona została w art. 32c ust. 6 ustawy, gdzie w szczególności wskazano, że wniosek powinien zawierać „okoliczności uzasadniające potrzebę blokady dostępności”. Z art. 32c ustawy nie wynikają uprawnienia sądu do żądania przedstawienia dodatkowych dokumentów w sprawie, zaś w posiedzeniu – które odbywać się będzie w warunkach przewidzianych dla przekazywania, przechowywania i udostępniania informacji niejawnych – może wziąć udział wyłącznie prokurator i Szef ABW, a zatem ani usługodawca ani żaden inny podmiot nie może przedstawić swoich argumentów. Tak zarysowana kontrola sądowa ma w praktyce charakter iluzoryczny (por. również rozważania Komisji Weneckiej poczynione w opinii przyjętej na 107. sesji plenarnej w dniach 10-11 czerwca 2016 r. w sprawie ustawy z dnia 15 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw, w szczególności punkt VI.D, dotyczący kontroli sądowej).

Zaskarżony przepis jest zatem niezgodny z art. 54 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 oraz z art. 10 EKPCz z tego względu, że zawiera pominięcia ustawodawcze (por. ogólne rozważania na temat kognicji Trybunału Konstytucyjnego w sprawie pominięć ustawodawczych, poczynione w punkcie III wniosku). Zgodnie z art. 32c ust. 10 ustawy o ABW na postawienia sądu, o których mowa jest w art. 32c ust. 1, 4 i 7 zażalenie przysługiwać będzie wyłącznie Szefowi ABW i Prokuratorowi Generalnemu. Ustawodawca nie przewidział natomiast takiego uprawnienia ani dla usługodawcy świadczącego usługi drogą elektroniczną ani dla żadnego innego podmiotu. W efekcie, w trakcie posiedzenia sądu swoje stanowisko będzie mógł przedstawić wyłącznie prokurator i Szef ABW (art. 32c ust. 9 ustawy o ABW). Ustawodawca nie wprowadził też nawet obowiązku poinformowania usługodawcy ani żadnego innego podmiotu o zastosowaniu środka. Takie pominięcia skutkują wprowadzeniem znaczącej, nieuzasadnionej nierównowagi między pozycją organów państwa a obywateli i mogą wpływać na arbitralność podejmowanych decyzji. W istocie więc to Szef ABW będzie decydował, jakie materiały przekazane zostaną sądowi, a zatem w praktyce to wyłącznie Szef ABW, za zgodą Prokuratora Generalnego, będzie decydował o spełnieniu przesłanek do zarządzenia blokady.

Na koniec należy dodać również, że w chwili obecnej w UE trwają prace nad projektem dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zwalczania terroryzmu zastępującej decyzję ramową Rady 2002/475/WSiSW w sprawie zwalczania terroryzmu

(COM(2015) 625 final). W pierwotnym wniosku przedstawionym przez Komisję Europejską 2 grudnia 2015 r. nie przewidziano możliwości blokowania danych informatycznych. Również inne przepisy UE nie dotyczą tych zagadnień, w związku z czym w obecnym stanie prawnym KPP UE nie znajdzie zastosowania do oceny prawa krajowego. Tym niemniej, sytuacja może zmienić się w przypadku ostatecznego przyjęcia dyrektywy, zwłaszcza gdyby przyjęta została poprawka zaproponowana w trakcie prac w Parlamencie Europejskim dopuszczająca możliwość zastosowania blokady (treść poprawek do projektu dyrektywy dostępna jest na stronach Parlamentu Europejskiego: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=COMPARL&mode=XML&language=EN&reference=PE580.626>). Wówczas KPP UE będzie miała zastosowanie nie tylko do oceny zgodności z nią dyrektywy, ale też prawa krajowego wdrażającego dyrektywę.

W związku z powyższym należy uznać, że dodawany w art. 38 pkt 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych art. 32c ustawy o ABW, ze względu na zbyt ogólny sposób sformułowania przesłanek, nieprecyzyjne określenie zakresu oraz procedurę, która nie zapewnia wystarczających gwarancji powoduje, że przepis ten stwarza ryzyko arbitralnego korzystania z tego narzędzia przez organy państwa. Przepis ten należy uznać za niezgodny z art. 2 oraz z art. 54 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także z art. 10 EKPCz.

XII

Na mocy art. 48 ustawy o działaniach antyterrorystycznych dodano art. 73c w ustawie z dnia 14 lipca 2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin (Dz. U. z 2014 r., poz. 1525 ze zm.; dalej jako: ustawa o wjeździe). Zgodnie z art. 73c ust. 1 ustawy o wjeździe, minister właściwy do spraw wewnętrznych, na wniosek Komendanta Głównego Policji, Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego albo Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego, wydaje decyzję o wydaleniu z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej obywatela UE lub członka rodziny niebędącego obywatelem UE, co do których istnieje obawa, że mogą prowadzić działalność terrorystyczną lub

szpiegowską, albo podejrzewanych o popełnienie jednego z tych przestępstw. Decyzja ta, na mocy art. 73c ust. 2, podlega natychmiastowemu przymusowemu wykonaniu.

Z kolei na mocy art. 57 ustawy o działaniach antyterrorystycznych dodano art. 329a w ustawie o cudzoziemcach. Zgodnie z tym przepisem, minister właściwy do spraw wewnętrznych, na wniosek Komendanta Głównego Policji, Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego albo Szefa Kontrwywiadu Wojskowego, wydaje decyzję o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu dotyczącą cudzoziemca, co do którego istnieje obawa, że może prowadzić działalność terrorystyczną lub szpiegowską, albo podejrzewanego o popełnienie jednego z tych przestępstw.

Analizę tego przepisu rozpocząć należy od problemów terminologicznych. Ustawa o wjeździe w dodawanym art. 73c oraz ustawa o cudzoziemcach w dodawanym art. 329a posługuje się pojęciem „działalności terrorystycznej”, podczas gdy ustawa o działaniach antyterrorystycznych używa pojęcia „zdarzenia o charakterze terrorystycznym”, omówionego już w niniejszym wniosku. Nie jest jasne, czy pojęcia te mają charakter tożsamy. Należy dodać, że w dyrektywie 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, zmieniającej rozporządzenie (EWG) nr 1612/68 i uchylającej dyrektywy 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG i 93/96/EWG (Dz. Urz. L 158 z 30.4.2004, s. 77 ze zm., dalej jako: dyrektywa 2004/38/WE) terminu „działalność terrorystyczna” nie używa się, a przecież ustawa o wjeździe została przyjęta w celu wykonania przepisów dyrektywy 2004/38/WE. Skoro już samo pojęcie „zdarzenia o charakterze terrorystycznym” jest nieprecyzyjne i niejasne, tym bardziej posługiwanie się kolejnym niezdefiniowanym precyzyjnie pojęciem ustawowym, którego zakres ma ogromny wpływ dla praw i wolności jednostki, bo wiąże się z wydaleniem osoby z terytorium RP, nie spełnia kryteriów poprawnej legislacji – zasady wywodzonej z art. 2 Konstytucji. Ponieważ na temat znaczenia tej zasady była już mowa szeroko we wcześniejszej części niniejszego wniosku, należy jedynie stwierdzić, że poczynione wcześniej ustalenia co do zakresu art. 2 Konstytucji i możliwości powołania tego wzorca zaskarżenia znajdują zastosowanie również na gruncie art. 48 ustawy o działaniach antyterrorystycznych. Trzeba też podkreślić, że w dodawanym art. 73c ustawy

o wjeździe wskazano, że podstawą wydalenia (odpowiednio w dodawanym art. 329a – podstawą decyzji zobowiązującej cudzoziemca do powrotu) może być wyłącznie „obawa”, że osoba może prowadzić działalność terrorystyczną. Pojęcie „obawy” wiąże się z pewnym stanem niepokoju, ale nie jest wymagane nawet podejrzenie, a już tym bardziej żadne uzasadnienie dla jej zaistnienia. Obawa może mieć przecież swoje źródła nawet w nieracjonalnych podstawach. W tej sytuacji należy stwierdzić, że już samo użycie w dodawanym art. 73c ustawy o wjeździe oraz w art. 329a ustawy o cudzoziemcach pojęć „działalność terrorystyczna”, czy „obawa”, jest niezgodne z art. 2 Konstytucji.

Analizując jednak dalej zakres stosowania dodawanego art. 73c ustawy o wjeździe oraz art. 329a ustawy o cudzoziemcach, konieczna jest ich ocena pod kątem zgodności z art. 52 ust. 1 i ust. 3 Konstytucji. W art. 52 ust. 1 Konstytucji ustrojodawca zdecydował, że każdemu zapewnia się wolność poruszania się po terytorium Rzeczypospolitej oraz wyboru miejsca zamieszkania i pobytu. Z kolei w ust. 3 dopuszczono możliwość ograniczenia tej wolności w drodze ustawy.

Podobną wolność przewidziano w art. 2 ust. 1 Protokołu nr 4 do EKPCz (Dz. U. z 1995 Nr 36, poz. 175), w którym stwierdza się, że każdy, kto przebywa legalnie na terytorium państwa, ma prawo do swobodnego poruszania się i do swobodnego wyboru miejsca zamieszkania na tym terytorium. Klauzula limitacyjna, zawarta w ust. 3 tego postanowienia, zezwala tylko na takie ograniczenia tych praw, które określa ustawa i które są niezbędne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na bezpieczeństwo państwowe i publiczne, utrzymanie porządku publicznego, zapobieganie przestępczości, ochronę zdrowia i moralności oraz ochronę praw i wolności innych osób. Z praw zawartych w art. 2 Protokołu nr 4 do EKPCz mogą oczywiście korzystać zarówno obywatele państwa-strony, jak i cudzoziemcy, o ile przebywają na jego terytorium legalnie, tj. gdy wjazd cudzoziemca na terytorium państwa odbył się zgodnie z prawem oraz posiada on zgodę na pobyt wydaną przez właściwe władze, bez względu na długość i cel pobytu (por. komentarz A. Wróbla do art. 2 Protokołu nr 4, w: L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom II. Komentarz do artykułów 19-59*, Warszawa 2010, s. 601).

Gwarancje proceduralne dotyczące wydalenia cudzoziemców określa art. 1 Protokołu nr 7 do EKPCz (Dz. U. z 2003 r., Nr 42, poz. 364), który stanowi, że cudzoziemiec legalnie

przebywający na terytorium jakiegokolwiek państwa nie może być zeń wydalony, chyba że w wyniku decyzji podjętej zgodnie z ustawą i winien mieć możliwość: przedstawienia racji przeciwko wydaleni, rozpatrzenia jego sprawy oraz bycia reprezentowanym dla tych celów przed właściwym organem albo osobą lub osobami wyznaczonymi przez ten organ. W art. 1 ust. 2 Protokołu nr 7 wprowadzono wyjątek, zgodnie z którym cudzoziemiec może być wydalony bez uprzedniego wykorzystania swoich praw, jeśli jest to konieczne ze względu na porządek publiczny lub uzasadnione względami bezpieczeństwa państwowego.

Zarówno art. 2 Protokołu nr 4, jak i art. 1 Protokołu nr 7 dotyczą cudzoziemców, czyli osób nieposiadających obywatelstwa danego państwa, którzy legalnie przebywają na terytorium państwa. Tym przysługują gwarancje wskazane w tych przepisach. W tym miejscu należy wskazać, że art. 1 Protokołu nr 7 nie wprowadza zakazu wydalania cudzoziemców, lecz jedynie wymaga, aby decyzja o wydaleniu i postępowanie, w wyniku którego zostanie podjęta, odpowiadały proceduralnym wymaganiom określonym w ust. 1. Nie ustanawia też żadnych ograniczeń, gdy chodzi o materialnoprawne przesłanki wydalania. Artykuł 1 Protokołu nr 7 stosowany jest głównie jako przepis *lex specialis* do wszystkich innych procedur wydalania cudzoziemców. W komentarzu do tego przepisu wskazano m.in. że w wypadku wydalania cudzoziemca łączne zastosowanie z art. 13 może mieć art. 8 EKPCz, gdy istnieje dający się uzasadnić zarzut, że takie wydalenie może naruszyć prawo cudzoziemca do ochrony jego życia rodzinnego (zob. wyrok ETPCz z 20 czerwca 2002 r. w sprawie *Al-Nashif i in. przeciwko Bułgarii*, skarga nr 50963/99; postanowienie z 9 listopada 2000 r. w sprawie *Shebashov p. Litwie*, skarga nr 50065/09). Jednak w sytuacji, w której skarżący nie może powołać się na art. 8 EKPCz albo na inny przepis materialny EKPCz wskazujący na źródło jego prawa, wówczas jego skarga musi być oceniana z punktu widzenia „ogólnych gwarancji proceduralnych” określonych w art. 1 Protokołu nr 7, który jest *lex specialis* dla wszystkich procedur wydalania cudzoziemców (por. A. Wróbel, *Komentarz do art. 1 Protokołu nr 7*, w: L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1-18*, Warszawa 2011, s. 620).

Sytuacja na gruncie EKPCz jest o tyle skomplikowana, że wskazuje się, że „orzecznictwo sankcjonuje istnienie dwóch różniących się poziomem ochrony procedur wydalania cudzoziemców, a mianowicie procedury o wyższym standardzie ochronnym,

której przedmiotem jest wydalenie cudzoziemca mogącego zasadnie powołać się na naruszenie jego praw określonych w Konwencji oraz „zwykłej” procedury wydalania cudzoziemca na podstawie art. 1 Protokołu nr 7, gdy cudzoziemiec nie może, w sposób dający się uzasadnić, powołać się na naruszenie jego praw określonych w Konwencji. W pierwszym wypadku, wymagany standard ochronny wyznaczają przepisy określające naruszone prawo, najczęściej w praktyce art. 3 i 8 EKPCz, a dodatkowo gwarancje proceduralne przewidziane w art. 1 ust. 1 lit. a–b Protokołu nr 7 i art. 13 EKPCz; w drugim wypadku natomiast, uboższy standard ochronny wyznaczają w zasadzie wyłącznie przepisy art. 1 ust. 1 Protokołu nr 7, bowiem art. 13 EKPCz może mieć zastosowanie tylko wtedy, gdy nie stosuje się art. 1 Protokołu nr 7, na przykład dlatego, że cudzoziemiec nie przebywa legalnie na terytorium odnośnego państwa. Tezę o odrębności tych procedur potwierdza wyrok ETPCz z 6 grudnia 2007 r. w sprawie *Liu przeciwko Rosji*, w którym Trybunał stwierdził, że decyzja o deportacji cudzoziemca narusza art. 8, lecz nie stwierdził naruszenia art. 1 Protokołu nr 7 (skarga nr 42086/05). Podobnie w wyroku z 28 lutego 2008 r. w sprawie *Saadi przeciwko Włochom* Trybunał stwierdził naruszenie art. 3 EKPCz i uznał, że nie jest konieczne rozważanie zarzutu naruszenia między innymi art. 1 Protokołu nr 7.

Ponieważ ustawa o wjeździe dotyczy przede wszystkim obywateli państw członkowskich UE (ale nie wyłącznie – por. art. 1 ustawy o wjeździe) i ma na celu wdrożenie do prawa polskiego przepisów dyrektywy 2004/38/WE konieczne jest również rozważenie zakresu stosowania KPP UE i Traktatu o funkcjonowaniu UE do oceny dodawanego art. 73c w ustawie o wjeździe. Swoboda przemieszczania się, jako prawo obywateli UE, jest obecnie prawem gwarantowanym w art. 21 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (szerzej na temat ewolucji i genezy prawa zob. K. Kowalik-Bańczyk, *Komentarz do art. 21 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, w: A. Wróbel (red.), *Traktat*, t. 1, s. 461–463). Zgodnie z art. 21 ust. 1 TFUE, każdy obywatel Unii ma prawo do swobodnego przemieszczania się i przebywania na terytorium Państw Członkowskich, z zastrzeżeniem ograniczeń i warunków ustanowionych w Traktatach i w środkach przyjętych w celu ich wykonania. W analogicznej formie uprawnienie to zostało wyrażone w art. 45 ust. 1 KPP UE. Ponadto, wolność przemieszczania się i pobytu może zostać przyznana obywatelom państw trzecich legalnie przebywającym na terytorium państwa członkowskiego (art. 45 ust. 2 KPP). Podstawowe znaczenie dla realizacji wolności,

o których mowa powyżej, ma dyrektywa 2004/38/WE, która przenosi postanowienia TFUE i KPP UE na grunt prawa wtórnego UE i reguluje dopuszczalne ograniczenia swobody, o której mowa w art. 21 TFUE.

Dopuszczalność wprowadzenia rygorystycznych przesłanek umożliwiających wydalenie obywatela UE lub członka rodziny niebędącego obywatelem UE na gruncie ustawy o wjeździe, a także podjęcie decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu na gruncie ustawy o cudzoziemcach, powinna być zatem zbadana przede wszystkim pod kątem zgodności z art. 52 ust. 1 i 3 Konstytucji oraz z art. 2 ust. 1 Protokołu nr 4 do EKPCz i art. 1 Protokołu nr 7 do EKPCz oraz – w odniesieniu do obywateli UE i członków ich rodzin – również z art. 21 ust. 1 TFUE i art. 45 KPP UE, także w świetle dopuszczalnych ograniczeń od zasady swobodnego przemieszczania się. W świetle powyżej wskazanych wzorców konstytucyjnych oraz wynikających z EKPCz i KPP UE należy stwierdzić, że swoboda poruszania się służy każdemu, kto przebywa legalnie na terytorium państwa. Określenie „przebywa legalnie” odnosi się do prawa odnośnego państwa, które określa warunki legalnego przebywania (pobytu) cudzoziemca na jego terytorium. Prawo określone w art. 2 ust. 1 Protokołu nr 4 do Konwencji, czy art. 52 ust. 1 Konstytucji, ale także art. 21 TFUE oraz art. 45 KPP UE służy cudzoziemcowi (rozumianemu w tym przypadku szeroko, jako osobie nieposiadającej obywatelstwa polskiego), o ile przebywa legalnie na terytorium państwa, tzn. gdy wjechał na jego terytorium zgodnie z prawem i posiada aktualną bądź trwałą zgodę na pobyt (por. wyrok ETPCz z 27 kwietnia 1995 r., skargi nr 15773/89 15774/89 w sprawie *Piermont przeciwko Francji*). Nie ma przy tym znaczenia, jak długi jest to pobyt i w jakim, zgodnym z prawem, celu cudzoziemiec przebywa na terytorium odnośnego państwa. W wypadku, gdy cudzoziemiec nie spełnia tych warunków, jego pobyt na terytorium odnośnego państwa nie może być uznany za legalny. Przypomnieć też należy, że każde państwo ma kompetencję do decydowania – w ramach obowiązujących norm prawa międzynarodowego, w tym z uwzględnieniem zasad wynikających z TFUE – o wyrażaniu zgody na wjazd i pobyt cudzoziemców (zob. wyrok ETPCz z 28 maja 1985 r., skargi nr 9214/80 9473/81 9474/81 w sprawie *Abdulaziz, Cabales and Balkandali przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* czy też z 18 października 2006 r. w sprawie *Üner p. Holandii*, 46410/99).

Ogólnie zatem można powiedzieć, że państwo ma szeroki zakres uznania – w zakresie dopuszczalnym normami prawa międzynarodowego – co do uznania legalności pobytu danej osoby na jego terytorium. Ma również możliwość ograniczenia tego prawa do pobytu i przemieszczania się, którą jednak musi uzasadnić istnieniem przesłanek, o których mowa w art. 52 ust. 3 Konstytucji (ograniczenie w drodze ustawy), art. 2 ust. 3 Protokołu nr 4 do EKPCz, art. 1 ust. 2 Protokołu nr 7 do EKPCz, czy też 52 ust. 1 KPP UE. Należy stwierdzić, że jakikolwiek środek ograniczający prawo do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium kraju musi służyć realizacji jednego z legitymowanych, wymienionych w tym przepisach celów, umożliwiać zachowanie równowagi między interesem publicznym i prawami indywidualnymi, a także być „konieczny” w demokratycznym państwie prawnym. Na gruncie Konstytucji należy uwzględnić również jej art. 37, bowiem przepisy art. 73c ustawy o wjeździe oraz art. 329a ustawy o cudzoziemcach dotyczą osób, które nie są obywatelami polskimi, czyli są cudzoziemcami w rozumieniu tego przepisu. Art. 37 – jak już zostało wskazane we wcześniejszych punktach niniejszego wniosku – jest przez Trybunał Konstytucyjny interpretowany w ten sposób, że nie może prowadzić do arbitralnego różnicowania podmiotów tych konstytucyjnych wolności oraz praw, których sam ustrojodawca nie scharakteryzował jako obywatelskich. Dlatego też Trybunał przyjął „jako założenie wyjściowe – jednakowy standard ingerencji w konstytucyjne wolności oraz prawa, bez względu na to, czy ich podmiot ma obywatelstwo polskie” (por. wyrok TK w sprawie K 23/11). Wskazał też, że „każdy znajdujący się pod władzą Rzeczypospolitej (...) niezależnie od statusu obywatelskiego – może zatem zasadnie oczekiwać ochrony przed nieuzasadnioną ingerencją w przysługujące mu wolności i prawa” oraz stwierdził, że standardem konstytucyjnym nałożonym na ustawodawcę jest „konieczność ustanowienia takich samych standardów dotyczących pozyskiwania, gromadzenia czy przechowywania danych zgromadzonych przez władze publiczne w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych w stosunku do wszystkich podmiotów, które znajdują się pod władzą Rzeczypospolitej Polskiej”. Od tak zakreślonych zasad ogólnych dopuszczalne są jednak wyjątki, które muszą spełniać wymogi zasady proporcjonalności określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Z kolei art. 1 ust. 2 Protokołu nr 7 zawiera przesłanki określające dopuszczalność odstępiania od gwarancji przewidzianych w art. 1 ust. 1, posługując się sformułowaniami „konieczne z uwagi na” oraz „uzasadnione względami”. Uznanie wydalenia cudzoziemca za konieczne lub uzasadnione tymi celami musi zatem odpowiadać wymaganiom proporcjonalności. W takich przypadkach gwarancje wynikające z art. 1 Protokołu nr 7 powinny być dostępne później – już po wydaleniu (zob. m.in. *Explanatory Memorandum on the Seventh Protocol*, CE Doc H (83)3). Trzeba zaznaczyć, że przepisy Protokołu nr 7 nie ustanawiają w istocie prawa cudzoziemca przebywającego legalnie na terytorium państwa do tego, aby nie być wydalonym z tego państwa. Klauzule przewidziane w art. 1 ust. 2 służą jedynie ograniczeniu praw proceduralnych przysługujących w normalnych warunkach cudzoziemcom legalnie przebywającym na terytorium państwa w procedurach ich wydalania/deportacji (art. 1 ust. 1 Protokołu nr 7).

W związku z tym, że wszystkie trzy akty (Konstytucja, EKPCz oraz KPP UE) w sposób podobny zakreślają dopuszczalność wprowadzenia ograniczeń w swobodzie przemieszczania się i pobytu można tę argumentację przedstawić łącznie. W szczególności należy wskazać, że celem ustawodawcy, który wprowadził ograniczenie w art. 73c ustawy o wjeździe oraz w art. 329a ustawy o cudzoziemcach jest zwalczanie i zapobieganie zjawisku terroryzmu. Tak zakreślony cel może zostać uznany za uzasadniający wprowadzone ograniczenie, polegające na natychmiastowym wydaleniu osoby w przypadku zagrożenia, że prowadzi ona działalność terrorystyczną. ETPCz w szczególności w swoim orzecznictwie powtarza, że w pełni świadomy jest zagrożeń terrorystycznych i trudności napotykanym przez państwa w zakresie zapewnienia ochrony ich społeczeństw przed przemocą terrorystyczną stanowiącą zagrożenie dla praw człowieka i dlatego z całym przekonaniem sędziowie podkreślają, że konieczne jest zachowanie przez nich ostrożności, by nie bagatelizować skali niebezpieczeństwa ze strony terroryzmu i stwarzanych przezeń zagrożeń dla społeczeństw europejskich (zob. wyrok ETPCz z 18 listopada 2010 r. w sprawie *Boutagni przeciwko Francji*, skarga 42360/08; wyrok z 3 grudnia 2009 r. w sprawie *Daoudi przeciwko Francji*, skarga 19576/08; por. też M. Szuniewicz, *Ochrona bezpieczeństwa państwa jako przesłanka ograniczenia praw i wolności jednostki w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2016, Legalis). W konsekwencji, państwo może podejmować przeciw osobom stwarzającym powyższe zagrożenia

restrykcyjne działania, które w innych okolicznościach nie byłyby dozwolone. W sprawie *Othman (Abu Quatada) przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* (skarga nr 8139/09, wyrok z 17 stycznia 2012 r.) ETPCz stwierdził wyraźnie, że w walce z terroryzmem państwa muszą być uprawnione do wydalenia cudzoziemców, których uważają za zagrożenie dla bezpieczeństwa narodowego, a zadaniem Trybunału nie jest ocena, czy taka osoba faktycznie stanowiła zagrożenie; Trybunał ma jedynie zbadać, czy nie doszło do naruszenia praw jednostki wynikających z Konwencji. Generalnie zatem można uznać, że możliwość zastosowania wydalenia, uzasadnionego ze względu na to, że osoba stanowi zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa w związku z działalnością terrorystyczną, może być dopuszczalnym ograniczeniem prawa pobytu i swobody przemieszczania się. Dopuszcza to również art. 1 ust. 2 Protokołu nr 7 do EKPCz, wskazujący nawet na możliwość odstąpienia od gwarancji proceduralnych w takim przypadku. W tym miejscu należy jednak zaznaczyć, że nie może to mieć charakteru arbitralnego - przykładowo w sprawie *Takush przeciwko Grecji* władze postanowiły wydalić skarżącego z powołaniem się ogólnie na „zagrożenie dla bezpieczeństwa publicznego”, bez żadnych dodatkowych argumentów. Skarżący nie był więc w takiej sytuacji w stanie skutecznie bronić się przed wydaleniem, w związku z czym uznano naruszenie art. 1 ust. 2 Protokołu nr 7 (por. wyrok z 17 stycznia 2012 r., skarga nr 2853/09). Z kolei w sprawie *Kaushal i inni przeciwko Bułgarii* (wyrok z 2 września 2010 r., skarga nr 1537/08) doszło do naruszenia artykułu 1 Protokołu 7, ponieważ Bułgaria nie zbadała argumentów przedstawionych przeciwko wydaleniu, nakazanemu z powodu zagrożenia bezpieczeństwa państwowego.

Trzeba jednak wyraźnie podkreślić, że art. 73c ustawy o wjeździe oraz art. 329a ustawy o cudzoziemcach dopuszcza możliwość natychmiastowego wydalenia, czy odpowiednio – podjęcia decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu – w przypadku zaistnienia wyłącznie „obawy”, że osoba prowadzi działalność terrorystyczną. Taka „obawa” ma uzasadniać odstąpienie od normalnego trybu wydalenia, uregulowanego w rozdziale 5 ustawy o wjeździe, gdzie gwarantowane są jednostce określone prawa, w szczególności proporcjonalność (art. 68a), gwarancje dla małoletniego (art. 69), czy termin opuszczenia kraju (art. 71). Na gruncie ustawy o cudzoziemcach stosowne gwarancje uregulowane zostały w dziale VIII – art. 288 i n. Może to oznaczać, że decyzja podjęta wobec osoby nieposiadającej obywatelstwa polskiego będzie mieć charakter wyłącznie

arbitralny, nieuzasadniony w oparciu o fakty i tym samym nie będzie spełniać wymogów dopuszczalności wydalenia.

W art. 73c ustawy o wjeździe następuje też odejście od postanowień dyrektywy 2004/38/WE. Dyrektywa w rozdziale 4 określa dopuszczalne przesłanki ograniczenia w prawie pobytu obywateli Unii i członków ich rodzin, wskazując m.in. na względy porządku i bezpieczeństwa publicznego, ale też reguluje procedurę podejmowania decyzji w tym zakresie. Należy podkreślić, że dyrektywa 2004/38/WE dopuszcza podjęcie środków wyłącznie w zgodzie z zasadą proporcjonalności, w oparciu o indywidualne zachowanie się danej osoby, które musi stanowić rzeczywiste, aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie narażające jeden z podstawowych interesów społecznych. Dodany art. 73c ustawy o wjeździe nie odnosi się w ogóle do kryteriów, które należy uwzględnić przy podejmowaniu decyzji, a które zostały określone w dyrektywie. Ponadto, nie uwzględnia wymogów, wynikających z art. 30 ust. 2 dyrektywy 2004/38/WE, zgodnie z którymi osoby zainteresowane muszą być w pełni i dokładnie poinformowane o względach uzasadniających podjęcie decyzji, przy założeniu że nie jest to sprzeczne z interesem państwa. Nie realizuje też wymogów wskazanych w art. 30 ust. 3 dyrektywy 2004/38/WE, wskazujących na to, że czas przyznany na opuszczenie terytorium nie może być krótszy niż jeden miesiąc od daty powiadomienia, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków. Ustawa w ogóle takiego zróżnicowania nie przewiduje, nie wskazuje również na konieczność należytego uzasadniania decyzji, a zatem pojawia się uzasadniona wątpliwość co do tego, czy decyzja w sprawie wydalenia, podejmowana na podstawie art. 73c ustawy o wjeździe, nie będzie miała charakteru arbitralnego.

Dla ustalenia, czy przy wydaleniu nie dochodzi do naruszenia praw danej osoby konieczne jest jeszcze rozważenie, czy taka decyzja nie narusza prawa jednostki do sądu (skutecznego środka prawnego), określonego w art. 45 ust. 1 Konstytucji oraz w art. 77 ust. 2 Konstytucji, a także w art. 13 EKPCz oraz w art. 47 KPP UE.

W art. 73c ust. 2 ustawy o wjeździe wskazano wyraźnie, że decyzja ma podlegać natychmiastowemu, przymusowemu wykonaniu. Podobnie, na podstawie art. 329a ust. 2 decyzja o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu również podlega natychmiastowemu przymusowemu wykonaniu. Oznacza to, że cudzoziemiec, którego ta decyzja będzie

dotyczyć, będzie mógł skorzystać z możliwości wniesienia skargi do sądu administracyjnego na decyzję o wydaleniu spoza granic Polski. Już w obecnie obowiązującym stanie prawnym takie ograniczenie występuje: zgodnie bowiem z art. 72 ust. 2 ustawy o wjeździe w przypadku, gdy podstawą wydalenia jest działalność terrorystyczna, nie stosuje się art. 72 ust.1 ustawy, zgodnie z którym wniesienie skargi do sądu administracyjnego na decyzję o wydaleniu, wraz z wnioskiem o wstrzymanie jej wykonania, przedłuża termin wykonania nakazu opuszczenia terytorium Rzeczypospolitej Polskiej do dnia, w którym postanowienie w sprawie tego wniosku stało się prawomocne (por. również art. 331 ustawy o cudzoziemcach).

Obydwa przepisy rodzą podstawowe wątpliwości co do prawa do skutecznego środka prawnego w kontekście prawa do sądu czy też prawa do prywatności, wynikających zarówno z Konstytucji, jak i EKPCz oraz – w odniesieniu do obywateli UE i członków ich rodzin – z KPP UE. Należy bowiem podkreślić, że osoba taka będzie miała ograniczony dostęp do akt postępowania (objętych klauzulą poufności), a także możliwości skorzystania z pomocy prawnej. Tego typu wątpliwości dotyczące praw osób wydalonych z terytorium RP pojawiają się już w obecnym stanie prawnym. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie na gruncie sprawy z zakresu prawa uchodźczego wskazał, że obecność na terytorium Polski cudzoziemca skarżącego decyzję w sprawie o udzielenie ochrony międzynarodowej jest podstawową gwarancją jego prawa do sądu (zob. np. postanowienie z dnia 28 września 2012 r., sygn. IV SA/Wa 2141/12). W innym orzeczeniu wojewoda, jako organ administracyjny, został zobowiązany przez polskie sądy administracyjne do wskazania na fakty, które przesądzają o istniejącym zagrożeniu ze strony cudzoziemca (wyrok NSA z 31 lipca 2001 r., sygn. V SA 501/01). Z kolei w postanowieniu z 22 grudnia 2009 r. (sygn. II OZ 1115/09) NSA wskazał, że przymusowe opuszczenie terytorium Polski uniemożliwia skarżącemu skorzystanie w pełnym zakresie z prawa do sądu. W wyroku z 14 grudnia 2005 r. (sygn. II OZ 1330/05) Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że „wyjazd cudzoziemca z Polski przed rozpoznaniem sprawy przez sąd pozbawia go nie tylko możliwości osobistego uczestnictwa w postępowaniu sądowym, ale też sprawia, że w razie ewentualnego uwzględnienia skargi, udzielona cudzoziemcowi ochrona sądowa może okazać się iluzoryczna”. Orzecznictwo sądów administracyjnych wskazuje więc, że wstrzymanie wykonania decyzji o wydaleniu do czasu zakończenia postępowania sądowo-

administracyjnego w sprawie decyzji w przedmiocie wydalenia z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest nieodłącznym warunkiem zachowania standardów rzetelnej procedury i realizacji prawa do sądu. Powyższe oznacza, że tym bardziej wydalenie cudzoziemca w trybie natychmiastowym, nawet bez możliwości złożenia skargi do sądu administracyjnego przed wyjazdem, w praktyce pozbawia go prawa do rzetelnego rozpoznania sprawy przez sąd. Warto dodać, że zasadniczo cudzoziemiec będący stroną postępowania wydaleniewego ma prawo dostępu do swoich akt, sporządzania notatek, kopii lub odpisów, jak również prawo żądania uwierzytelnienia odpisów z akt sprawy, co musi uzasadnić ważnym interesem (art. 73 ust. 1 i 3 Kodeksu postępowania administracyjnego; dalej: k.p.a.). Odmowa umożliwienia cudzoziemcowi przeglądania akt sprawy, sporządzania z nich notatek i odpisów musi być sformułowana w formie postanowienia, na które służy zażalenie. Ustawodawca zastrzegł jednak, że prawa wynikające z art. 73 k.p.a. nie stosuje się do akt sprawy zawierających informacje niejawne o klauzuli tajności „tajne” lub „ściśle tajne”, a także do innych akt, które organ administracji publicznej wyłączy ze względu na ważny interes państwowy (art. 74 ust. 1 k.p.a.). To oznacza, że w takim postępowaniu ani pełnomocnikowi, ani tym bardziej stronie, nie są udostępniane dokumenty, których dotyczy postępowanie. W literaturze stawia się zatem pytanie, „co w sytuacji, gdy cudzoziemiec ma zostać wydany ze względu na to, że jego dalszy pobyt stanowiłby zagrożenie dla obronności lub bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa i porządku publicznego albo naruszałby interes Rzeczypospolitej Polskiej, a organ administracyjny, który wydał taką decyzję, nie może przedstawić żadnych dowodów na poparcie tej tezy, ponieważ są tajne. Nie ulega wątpliwości, że cudzoziemiec powinien mieć w możliwym zakresie dostęp do obciążających go dokumentów, inaczej bowiem nie będzie miał szansy na skuteczną realizację prawa do obrony” (zob. J. Wojnowska-Radzińska, *Ochrona cudzoziemców przed arbitralnym wydalaniem w Polsce*, „Infos” nr 6(166)/2014, s. 2 – tam również szersza analiza orzecznictwa ETPCz i standardu Rady Europy w tym zakresie).

Prawo do sądu statuuje art. 45 ust. 1 Konstytucji, który pozostaje w ścisłym związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji, zakazującym zamykania drogi sądowej. W literaturze (*Komentarz do art. 45 ust. 1*, w: *Komentarz do Konstytucji RP, Tom I*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, Legalis, nb 15) wskazuje się, że „związki między proklamowanym w art. 45 ust. 1 prawem do sądu a statuowanym w art. 77 ust. 2 Konstytucji zakazem

zamykania drogi sądowej są bardzo ściśle i powszechnie podkreślane nie tylko w judykaturze (zob. wyroki TK z 14 czerwca 1999 r. w sprawie K 11/98 czy z 15 czerwca 2004 r. w sprawie SK 43/03 albo z 20 września 2006 r. w sprawie SK 63/05). Praktycznym wyrazem tych związków jest to, że przepisy te stanowią nierzadko kumulatywnie wzorce kontroli konstytucyjności i są równolegle rozpatrywane przez TK przy ocenie kwestionowanych rozwiązań ustawowych. Do utrwalonych należy zapatrywanie, że o ile art. 45 ust. 1 ujmuje prawo do sądu od strony pozytywnej, o tyle w art. 77 ust. 2 chodzi o stronę negatywną tego prawa – zakaz zamykania drogi sądowej (zob. wyrok TK z 15 czerwca 2004 r. w sprawie SK 43/03 czy z 20 września 2006 r. w sprawie SK 63/05)”.

Chociaż nie ma ostatecznie jasności, czy zakres zastosowania art. 45 ust. 1 oraz 77 ust. 2 jest taki sam, to należy wskazać, że zamknięcie drogi sądowej w rozumieniu art. 77 ust. 2 Konstytucji nastąpiłoby wtedy, gdy przepis ustawy wprost wyłączałby możliwość skierowania sprawy na tę drogę przed jakimkolwiek sądem w ujęciu Konstytucji, jak również wówczas gdyby dostęp do tej drogi został obwarowany takimi warunkami, że skorzystanie z niej zostałoby w rzeczywistości uniemożliwione albo nadmiernie utrudnione (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 14 czerwca 1999 r. w sprawie K 11/98). W omawianym przypadku w istocie ustawa o wjeździe oraz ustawa o cudzoziemcach nie zamyka formalnie dostępu do drogi sądowej. Jednak w praktyce skorzystanie z tej możliwości w sytuacji znajdowania się osoby poza granicami RP może oznaczać uniemożliwienie lub znaczące utrudnienie skorzystania z tej możliwości. W związku z tym art. 73c ustawy o wjeździe narusza nie tylko art. 45 ust. 1 Konstytucji, ale również art. 77 ust. 2 Konstytucji i czyni to w sposób, który nie spełnia kryteriów wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji z tego samego względu, dla którego wyżej stwierdzone zostało, że naruszenie art. 52 ust. 2 Konstytucji również nie realizuje tych przesłanek.

W piśmiennictwie i w orzecznictwie podstawy do wyłączenia prawa do sądu poszukuje się również w art. 37 ust. 2 Konstytucji (zob. np. *Komentarz do art. 77*, w: L. Garlicki (red.), *Konstytucja*, t. 3, Warszawa 2003, uw. 26), jakkolwiek nie jest to pogląd uważany za bezdyskusyjny. J. Trzcíński odrzuca dopuszczalność wyłączenia drogi sądowej na podstawie art. 37 ust. 2 Konstytucji, ponieważ uważa, że należy tu respektować wynikający z art. 31 ust. 3 zd. 2 Konstytucji zakaz naruszania istoty ograniczanego prawa

(zob. J. Trzeciński, *Orzeczenia interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2002, z. 1, s. 5). Stanowisko ograniczające prawo do sądu przysługujące cudzoziemcom, znajdującym się pod władzą Rzeczypospolitej Polskiej, nie mogą jednak zostać zaakceptowane w świetle stanowiska Trybunału Konstytucyjnego wyrażonego w sprawie K 23/11, o którym była już mowa w poprzednich punktach wniosku.

Na gruncie EKPCz prawo do skutecznego środka odwoławczego wyrażone zostało w art. 13, który stanowi, że każdy, kogo prawa i wolności zawarte w Konwencji zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka odwoławczego do właściwego organu państwowego także wówczas, gdy naruszenia dokonały osoby wykonujące swoje funkcje urzędowe. Samo istnienie jakiegoś krajowego środka odwoławczego może okazać się niewystarczające, bo art. 13 wymaga, by środek ten był „skuteczny”. W orzecznictwie przyjmuje się, że krajowy środek odwoławczy spełnia wymaganie skuteczności, o ile odpowiada przesłankom: 1) adekwatności – środek ten musi umożliwiać rozpatrzenie przez właściwy organ krajowy „istoty” skargi, tzn. zbadanie i rozstrzygnięcie tych wszystkich elementów, które – w rozumieniu Konwencji – składają się na prawo czy wolność powołane w skardze; 2) efektywności – środek ten musi umożliwiać zapewnienie odpowiedniego naprawienia naruszenia (zadośćuczynienia za naruszenie) osobie, której prawa czy wolności zostały dotknięte. Środek prawny wymagany przez art. 13 musi być „skuteczny” zarówno z praktycznego, jak i z prawnego punktu widzenia. Trzeba też przypomnieć, że gwarancja skutecznego środka odwoławczego ustanowiona w art. 13 EKPCz znajduje zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do takich zarzutów naruszenia praw i wolności chronionych przez Konwencję, które mogą być kwalifikowane jako dające się uzasadnić w rozumieniu Konwencji (por. L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1-18*, Warszawa 2010, Legalis, nb 5). W omawianym przypadku art. 13 EKPCz może zostać powołany w związku z przywoływanym wcześniej art. 2 Protokołu nr 4 do Konwencji lub z innymi prawami, które będą naruszone w zależności od konkretnej sytuacji – np. z prawem do życia rodzinnego w sytuacji, w której wydalana osoba ustanowiła w Polsce więzy rodzinne.

Zgodnie z orzecznictwem ETPCz, art. 13 EKPC gwarantuje dostępność na poziomie krajowym środka prawnego pozwalającego na egzekwowanie przestrzegania istoty praw i wolności przewidzianych w EKPC bez względu na formę, w jakiej są one zapewnione w ramach krajowego porządku prawnego. W literaturze wskazuje się, że przepis ten nie wymaga jednak konkretnej formy środka prawnego, a państwa korzystają w tym zakresie z pewnego marginesu oceny (por. M. Szuniewicz, *Ochrona bezpieczeństwa państwa jako przesłanka ograniczenia praw i wolności jednostki w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2016, Legalis oraz orzecznictwo tam przywołane). M. Szuniewicz wskazuje też, że w imigracyjnym kontekście sytuacyjnym art. 13 w zw. z art. 8 EKPC wymaga, aby państwa dały cudzoziemcowi możliwość skutecznego zakwestionowania nakazu deportacji lub odmowy udzielenia zezwolenia na pobyt, a także doprowadzenia do zbadania istotnych dla sprawy kwestii z zachowaniem wystarczających gwarancji proceduralnych i w sposób wnikliwy, na właściwym forum krajowym, które oferuje odpowiednią niezależność i bezstronność (zob. wyrok ETPCz z 20 czerwca 2002 r. w sprawie *Al-Nashif i in. przeciwko Bułgarii*, skarga nr 50963/99, pkt 133).

Trzeba też przypomnieć, że ETPCz kilkakrotnie zajmował się skargami, w tle których znalazło się wydalenie cudzoziemca ze względu na powodowane przez niego zagrożenie dla bezpieczeństwa państwowego. Trybunał, oceniając dopuszczalność ingerencji w świetle art. 8 ust. 2 EKPCz (osoby podlegające wydaleniowi najczęściej miały „życie rodzinne” w kraju, z którego były wydalane) wskazywał, że państwo musi wprowadzić zabezpieczenia zapewniające, że uprawnienia władz publicznych są realizowane niearbitralnie i bez nadużyć (zob. wyrok ETPCz z 20 czerwca 2002 r. w sprawie *Al-Nashif i in. przeciwko Bułgarii*, skarga nr 50963/99). Przed nadużywaniem klauzuli bezpieczeństwa państwa chronić powinna pewna forma postępowania spornego, przed niezależnym organem uprawnionym do dokonania kontroli przesłanek decyzji o wydaleniowi i zgromadzonego materiału dowodowego. Standardu Konwencji nie realizuje procedura, w której dochodzi do ponownej analizy merytorycznych podstaw decyzji organu państwowego, a instytucja odwoławcza poprzestaje wyłącznie na ogólnym powołaniu się na potrzebę ochrony bezpieczeństwa państwowego (zob. wyrok ETPCz z 8 czerwca 2006 r. w sprawie *Lupsa przeciwko Rumunii*, skarga nr 10337/04). Trybunał akceptował, że w ramach procedury mogą zostać wprowadzone stosowne ograniczenia dotyczące informacji objętych klauzulą

tajności, jednak niedopuszczalna jest sytuacja, w której nie zapoznano ani osoby deportowanej ani jej przedstawiciela prawnego z przyczynami wydalenia, poza ogólnym wskazaniem na zagrożenie bezpieczeństwa państwa. W konsekwencji cudzoziemiec nie może przedstawić swojego stanowiska i podjąć próby zakwestionowania ustaleń dokonanych przez władze publiczne i zostaje pozbawiony „sprawiedliwości proceduralnej” (zob. wyrok ETPCz z 6 grudnia 2007 r. w sprawie *Liu przeciwko Rosji*, skarga nr 42086/05).

Wreszcie, prawo do kontroli sądowej gwarantowane jest w stosunku do obywateli UE i członków ich rodzin również na podstawie art. 31 dyrektywy 2004/38/WE, która w art. 31 ust. 4 zezwala na wydalenie osoby z terytorium ich państwa „w czasie trwania procedury odwoławczej”, czyli już po wniesieniu skargi, jednocześnie jednak nie można zabronić osobistego przedstawienia swoich środków obrony. Jedynym dopuszczalnym wyjątkiem w odniesieniu do wydalenia jest sytuacja, w której jej obecność może wywołać poważne zakłócenia porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego. Trzeba podkreślić jednocześnie, że art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38/WE wyraźnie stanowi, że środki podejmowane ze względów porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego muszą być zgodne z zasadą proporcjonalności i opierać się wyłącznie na indywidualnym zachowaniu danej osoby. To indywidualne zachowanie danej osoby musi stanowić rzeczywiste, aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie narażające jeden z podstawowych interesów społecznych. Nie są dopuszczalne uzasadnienia, które nie są bezpośrednio związane z danym indywidualnym przypadkiem lub opierają się na względach ogólnej prewencji. Ponieważ w art. 73c ustawy o wjeździe ustawodawca możliwość natychmiastowego wydalenia opiera wyłącznie na obawach, że osoba może prowadzić działalność terrorystyczną albo że osoba jest o to podejrzewana, nie wydaje się, by spełnione zostały przesłanki rzeczywistego, aktualnego i dostatecznie poważnego zagrożenia, o którym mowa w art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38/WE. Tym samym, obywatelowi UE oraz członkowi jego rodziny nie gwarantuje się możliwości odwołania się na drodze sądowej w sposób, który wymagany jest przez art. 31 dyrektywy 2004/38/WE, co oznacza że w ten sposób narusza się prawo, o którym mowa w art. 47 KPP UE. W związku z tym, że ustawa o wjeździe wdraża do prawa krajowego dyrektywę 2004/38/WE nie ma

wątpliwości, że – zgodnie z art. 52 ust. 1 KPP UE Karta znajduje zastosowanie w tej sprawie.

W związku z tym, że art. 73c ustawy o wjeździe oraz art. 329a ustawy o cudzoziemcach nie przewidują żadnych gwarancji dla wydalanego czy deportowanego cudzoziemca i dopuszczają możliwość złożenia skargi do sądu wyłącznie spoza granic Polski, uniemożliwiając tym samym dostęp do akt (które w praktyce zostaną utajnione), a tym samym uniemożliwiając skuteczną obronę, zaś ograniczenie to nie ma charakteru proporcjonalnego i nie jest niezbędne w demokratycznym państwie prawnym można stwierdzić, że naruszony jest art. 45 ust. 1 w zw. z art. 77 ust. 2 Konstytucji oraz w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji, a także art. 13 EKPCz w zw. z art. 2 ust. 1 i ust. 3 Protokołu nr 4 do EKPCz. Można w tym miejscu wskazać również na pominięcie ustawodawcze, bowiem w polskim prawie brakuje rozwiązań proceduralnych, które zapewniałyby osobie poddanej wydaleniu (jej reprezentantowi prawnemu) podjęcie skutecznej obrony. Związane to jest z odmową dostępu do akt objętych klauzulą niejawności oraz z odstępniem od (dostatecznie precyzyjnego) uzasadniania decyzji (orzeczeń). Jak zauważa I.C. Kamiński, taka praktyka może prowadzić do stwierdzenia przez ETPCz, że doszło do złamania art. 1 Protokołu nr 7, a także – jeśli będą to uzasadniać okoliczności sprawy (istnienie prawa o cywilnym charakterze, ingerencji w prawo do życia rodzinnego) – art. 6, 8 i 13 Konwencji (zob. I. C. Kamiński, *Proceduralne gwarancje związane z wydalaniem cudzoziemca ze względów bezpieczeństwa państwa - uwagi na kanwie sprawy Chakiba Marakchiego*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego”, vol. X, A.D. MMXII, s. 30). Ten pogląd wskazuje na to, że również na gruncie niniejszej sprawy można stwierdzić niezgodność art. 73c ustawy o wjeździe oraz art. 329a ustawy o cudzoziemcach z art. 1 Protokołu nr 7 do EKPCz. Ponieważ jednak art. 1 Protokołu nr 7 ma charakter subsydiarny wobec naruszeń innych postanowień EKPCz, o czym była wyżej już mowa, nie ma potrzeby odwoływania się również do tego przepisu, tym niemniej jeszcze raz należy podkreślić, że możliwa arbitralność decyzji o wydaleniu czy deportacji również może prowadzić do stwierdzenia naruszenia art. 1 Protokołu nr 7. Ponadto, w stosunku do obywateli UE i członków ich rodzin art. 73c ustawy o wjeździe jest niezgodny z art. 47 w zw. z art. 52 ust. 1 KPP UE.

XIII

Zwalczanie terroryzmu i prawidłowe rozpoznawanie zagrożenia terrorystycznego niewątpliwie stanowi istotne zadanie państwa, którego obowiązkiem jest stanie na straży bezpieczeństwa osób pozostających w jego jurysdykcji. Wobec tego pozytywnie należy ocenić podjęcie inicjatywy ustawodawczej w tym obszarze. Jednak wszelkie środki prawne służące do osiągnięcia tego celu muszą być proporcjonalne i ingerować w prawa człowieka jedynie wówczas i jedynie w takim zakresie, jaki jest niezbędnie konieczny i niezbędny. Regulacje ustawy o działaniach antyterrorystycznych w wielu miejscach budzą istotne wątpliwości co do ich zgodności ze standardem konstytucyjnym oraz wynikającym z EKPCz i KPP UE.

Mając na względzie powyższe, a także uwzględniając doniosłość naruszonych praw i wolności, wnoszę jak we wstępie.