



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa, 19 maja 2016 r.

Adam Bodnar

II.520.2.2016

Pan

Marek Kuchciński

Marszałek Sejmu

Opinia

do projektu ustawy o działaniach antyterrorystycznych

(druk sejmowy nr 516)

Przedłożony w Sejmie w dniu 16 maja 2016 r. projekt ustawy o działaniach antyterrorystycznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (druk nr 516) ma określać zasady prowadzenia działań antyterrorystycznych oraz współpracy między organami właściwymi w zakresie prowadzenia tych działań. Z uzasadnienia do projektu ustawy wynika, że jej podstawowym celem ma być „podniesienie efektywności polskiego systemu antyterrorystycznego, a tym samym zwiększenie bezpieczeństwa wszystkich obywateli RP”, m.in. poprzez wzmocnienie mechanizmów koordynacji działań, doprecyzowanie zadań poszczególnych służb i organów oraz zasad współpracy między nimi, a także zapewnienie możliwości skutecznych działań w przypadku podejrzenia przestępstwa o charakterze terrorystycznym, w tym w zakresie postępowania przygotowawczego.

Pragnę na wstępie wyraźnie podkreślić, że w warunkach globalnej przestępczości bardzo istotna jest 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. Odpowiednikiem wyrażonego w art. 5 Konstytucji obowiązku państwa, polegającego na strzeżeniu niepodległości i nienaruszalności terytorium, a także zapewnieniu bezpieczeństwa państwa, jest prawo obywateli do ochrony ich bezpieczeństwa przed zagrożeniami, w tym przed przestępczością. W związku z tym należy zaznaczyć, że przyznanie właściwych uprawnień służbom odpowiedzialnym za walkę z terroryzmem

może wpłynąć na ograniczenie skali przestępczości, co przekładać się będzie na wzrost poczucia bezpieczeństwa obywateli i swobodę w zakresie korzystania z przysługujących im wolności. Jednocześnie jednak hasło walki z terroryzmem nie może oznaczać nieuzasadnionej i nieproporcjonalnej ingerencji w prawa i wolności człowieka – zarówno obywatela RP, jak i cudzoziemców znajdujących się pod władzą Rzeczypospolitej Polskiej (art. 37 Konstytucji RP). Pragnę przypomnieć, że zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw ograniczenia mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

Przedstawiony przez Radę Ministrów projekt ustawy bez wątpienia ingeruje w prawa i wolności człowieka. Pośpieszny tryb prac nad ustawą nie pozwala jednak na pogłębioną dyskusję, która przekonałaby społeczeństwo co do konieczności wprowadzanych ograniczeń, a także doprowadziłaby do ewentualnych zmian w projekcie, które – dzięki wprowadzeniu stosownych gwarancji i zabezpieczeń proceduralnych – mogłyby w sposób zgodny z Konstytucją uzasadniać tę ingerencję.

W związku z powyższym, Rzecznik Praw Obywatelskich, działając na podstawie art. 16 ust. 1 w zw. z art. 8 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (t.j. Dz. U z 2014 r., poz. 1648 ze zm.), uznał za konieczne przedstawienie opinii na temat relacji proponowanych rozstrzygnięć normatywnych do praw i wolności człowieka i obywatela.

1. Pojęcie zdarzenia o charakterze terrorystycznym

W projekcie ustawy proponuje się zdefiniowanie w art. 2 pkt 7 pojęcia „zdarzenie o charakterze terrorystycznym”, jako sytuację, co do której istnieje podejrzenie, że powstała na skutek przestępstwa o charakterze terrorystycznym, o której mowa w art. 115 § 20 ustawy - Kodeks karny, lub zagrożenie zaistnienia takiego czynu. Pojęcie to jest węzłowe dla oceny całego zakresu stosowania ustawy oraz zakresu uprawnień przyznanych w projekcie Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego. Od tego bowiem, jak zdefiniujemy zdarzenie, zależy możliwość stosowania instrumentów przyznanych ABW. Samo pojęcie jest jednak 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 czynu, co powoduje, że nie można mieć pewności, iż środki te będą wykorzystywane wyłącznie w razie faktycznej konieczności związanej z terroryzmem. Warto rozważyć, czy podejrzenie nie powinno być przynajmniej uzasadnione, tak aby ograniczyć zakres oddziaływania tego przepisu. Wydaje się to istotne zwłaszcza w kontekście „działań antyterrorystycznych”, które obejmują działania organów administracji publicznej 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. Szerokie rozumienie „zdarzenia o charakterze terrorystycznym” może skutkować rozszerzoną właściwością ustawy o działaniach antyterrorystycznych.

W art. 5 ust. 2 projektu ustawy proponuje się, by to minister właściwy do spraw wewnętrznych, w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw finansów publicznych, Ministrem Obrony Narodowej i po zasięgnięciu opinii Szefa ABW określał, w drodze rozporządzenia, katalog zdarzeń o charakterze terrorystycznym. W projekcie nie wyjaśnia się jednak, jakim celom ma dokładnie służyć katalog (czy wyłącznie klasyfikacji informacji przekazywanych przez współpracujące służby) oraz czy możliwa jest sytuacja, w której zdarzenie zostanie zakwalifikowane jako zdarzenie o charakterze terrorystycznym, a nie będzie znajdowało się w katalogu. Do projektu ustawy dołączony jest projekt rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie katalogu zdarzeń o charakterze terrorystycznym, który nie tylko nie wyjaśnia, ale dodatkowo rodzi następne wątpliwości wskazując, że zdarzeniem o charakterze terrorystycznym może być np. bliżej niedookreślone „przesyłanie podejrzanych przesyłek adresowanych do polskich placówek za granicą”, „informacja o utracie bądź kradzieży polskich dokumentów tożsamości”, „informacje o zawieraniu fikcyjnych małżeństw przez cudzoziemców pochodzących z państw podwyższonego ryzyka z obywatelami RP”, „wizyty w polskich zakładach penitencjarnych islamskich duchownych bądź przedstawicieli organizacji zrzeszających osoby tego wyznania” (wyliczenie wyłącznie przykładowe).

Wreszcie, samo pojęcie przestępstwa o charakterze terrorystycznym ma ulec zmianie. Zgodnie z art. 30 projektu ustawy, w art. 115 k.k. proponuje się zmianę § 20 w ten sposób, że obniża się górną minimalną granicę zagrożenia, które jest jedną z przesłanek do uznania czynu za mający charakter terrorystyczny, z 5 do 3 lat. Tym samym znacząco rozszerza się krąg przestępstw, które mogą być uznane za przestępstwo o charakterze terrorystycznym (przy założeniu spełnienia pozostałych przesłanek). Taka zmiana z jednej strony umożliwi uznanie za przestępstwo o charakterze terrorystycznym czynu polegającego np. na przygotowaniu do wzięcia zakładnika (art. 252 § 3 k.k.), jednak z drugiej strony powoduje, że za takie będzie mogło zostać również uznane przykładowo przestępstwo publicznego znieważenia Prezydenta RP (art. 135 § 2 k.k.) albo naruszenia nietykalności cielesnej funkcjonariusza publicznego (art. 222 § 1 k.k.), jeżeli popełnione zostanie np. w celu zmuszenia go do podjęcia lub zaniechania określonych czynności. Do przyjęcia, że dane czyny zabronione miały charakter terrorystyczny konieczne jest wykazane, że były one zrealizowane w zamiarze kierunkowym, a więc w celu: poważnego zastraszenia wielu osób; zmuszenia organu władzy publicznej Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa albo organu organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania określonych czynności; wywołania poważnych zakłóceń w ustroju lub gospodarce Rzeczypospolitej Polskiej, innego państwa lub organizacji międzynarodowej.

Należy podkreślić, że art. 115 §20 k.k. został dodany przez art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. (Dz.U. z 2004 r. Nr 93, poz. 889) i miał na celu dostosowanie prawa polskiego do art. 1 Decyzji ramowej 2002/475/WSiSW w sprawie zwalczania terroryzmu (Dz. Urz. L 164 z 22.6.2002, s. 3, później zmieniona decyzją ramową 2008/919/WSiSW). Sposób implementacji decyzji ramowej do prawa polskiego nie został oceniony całkowicie pozytywnie przez Komisję Europejską (por. sprawozdanie Komisji COM(2007) 681), wskazano bowiem, że definicja przestępstwa terrorystycznego nie została wprowadzona w sposób pełny. Sama konstrukcja przyjęta w ustawodawstwie polskim była również krytykowana w doktrynie (zob. np. F. Jasiński, E. Zielińska, Komentarz do decyzji ramowej Rady z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu, w: E. Zielińska (red.), Prawo Wspólnot Europejskich a prawo polskie, Warszawa 2005, s. 516 i n.). Wydawałoby się zatem zasadne, by przy okazji regulowania działań mających na celu zwalczanie terroryzmu ponownie rozpocząć dyskusję nad samą definicją przestępstwa terrorystycznego zwłaszcza, że przedmiotem prac instytucji UE jest obecnie projekt dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zwalczania terroryzmu i zastępujący decyzją ramową Rady 2002/475/WSiSW w sprawie zwalczania terroryzmu (COM(2015) 625 final), w której definicja nie uległa zmianie. Tempo prac nad projektem ustawy uniemożliwia jednak pogłębioną dyskusję na ten temat.

2. Wykaz osób, o którym mowa w art. 6 ust. 1 projektu ustawy

Z art. 6 ust. 1 projektu ustawy wynika, że Szef ABW będzie prowadził, z zachowaniem wymogów dotyczących ochrony informacji niejawnych, wykaz zawierający informacje o osobach wymienionych w punktach 1-4. Zasadnicze wątpliwości budzi zaliczenie do osób, które mogą znaleźć się w wykazie, grupy wymienionej w punkcie 3 – czyli takich, wobec których istnieje „uzasadnione podejrzenie, że mogą prowadzić działania zmierzające do popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym, w tym stanowiących zagrożenie bezpieczeństwa lotnictwa cywilnego”. Przesłanka ta zawiera elementy ocenne i nieprecyzyjne, pozostawiające dużą swobodę uznania Szefowi ABW. Ponadto, sposób prowadzenia wykazu oraz tryb uzyskiwania przez inne podmioty informacji z tego wykazu (w tym inne organy administracji „w zakresie ich właściwości”), będzie uregulowany w zarządzeniu Szefa ABW z uwzględnieniem wymogów dotyczących ochrony informacji niejawnych podczas gdy kwestia ta dotyka podstawowych praw osoby, a zatem powinna zostać uregulowana w akcie rangi ustawowej. Z projektu ustawy nie wynika też, jakie konkretnie działania będą podejmowane wobec osób, które znajdują się w wykazie, natomiast w uzasadnieniu podano, że będzie to „elementarne narzędzie pozwalające na realne działania w stosunku do tych osób” (s. 10 uzasadnienia do projektu ustawy). Wreszcie, brak jakichkolwiek procedur umożliwiających kontrolę zasadności zamieszczenia danej osoby w wykazie może oznaczać, że znajdują się w nim osoby, które nie powinny się tam znaleźć i którym nie będą przysługiwały żadne środki prawne w tym

zakresie. Żaden organ państwowy też nie będzie odpowiedzialny za weryfikację prawidłowości ustaleń ABW.

3. Prowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych wobec osoby niebędącej obywatelem Rzeczypospolitej Polskiej

Projektodawca w art. 8 projektu proponuje następujące rozwiązanie: „W celu rozpoznania, zapobiegania lub zwalczania przestępstw o charakterze terrorystycznym, Szef ABW może zarządzić wobec osoby niebędącej obywatelem Rzeczypospolitej Polskiej, na okres nie dłuższy niż 3 miesiące prowadzenie czynności (...)”. Chodzi tutaj o czynności operacyjno-rozpoznawcze. Stosowanie tych czynności może być przedłużane na zasadach określonych w art. 27 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu. Zarządzenie kontroli operacyjnej nie wymaga w tym przypadku zgody żadnego organu zewnętrznego wobec Szefa ABW. 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 cudzoziemców można pozostawić zupełnie bez jakiegokolwiek ochrony. Jak się wydaje kategoria cudzoziemcy zaproponowana w projekcie ustawy obejmuje także obywateli Unii Europejskiej.

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 zupełnego odebrania im ochrony tajemnicy komunikowania się, czy też prawa do prywatności w ogólności. Szczególne wątpliwości Rzecznika Praw Obywatelskich musi budzić jakikolwiek brak kontroli sądowej, choćby następczej.

Zróżnicowanie pozycji prawnej cudzoziemców oraz obywateli RP w zakresie pozyskiwania informacji o nich budzi wątpliwości co do zgodności z art. 47 i 51 w zw. z art. 37 i 31 ust. 3 Konstytucji RP, a także z umowami międzynarodowymi, których Polska jest stroną, w tym przede wszystkim z Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (art. 14 w zw. z art. 8 EKPCz), Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (art. 18 TFUE) i Kartą Praw Podstawowych UE (art. 20 KPP UE).

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: „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 (zob. 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”. Dalej Trybunał zauważa, że: „Konstytucja..., t. III, s. 6 i n.). Przychyła się jednak do poglądu, w myśl którego art. 37 ust. 2 Konstytucji nie może być traktowany jako *lex specialis* wyłączający zastosowanie art. 31 ust. 3 Konstytucji, ponieważ w takim wypadku cudzoziemcy nie mieliby faktycznie żadnych gwarantowanych konstytucyjnie praw (tamże, s. 8-9). 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 cudzoziemców niż obywateli. Za takim właśnie stanowiskiem przemawiać może również brzmienie uczynionego w niniejszej sprawie wzorcem kontroli art. 51 ust. 2 Konstytucji, który wyraźnie kładzie nacisk na istnienie przesłanki niezbędności uzyskiwania, gromadzenia i przechowywania danych o obywatelach”. Wszelkie ograniczenia praw i wolności powinny być zatem interpretowane zawężająco, także te odnoszące się do cudzoziemców.

Ponadto, na gruncie art. 8 projektu jawi się jeszcze inny problem. Ustawa nie rozstrzyga sytuacji, w których niejako pośrednio kontrola operacyjna obejmie też obywatela polskiego, np. zamieszkującego wspólnie z osobą niebędącą obywatelem polskim. Jeżeli problem ten rozpatrzy się w kontekście nowelizacji przepisów regulujących stosowanie kontroli operacyjnej oraz nowelizację procedury karnej, można dojść do przekonania, że wykorzystanie dowodów zdobytych przy okazji czynności operacyjno-rozpoznawczych prowadzonych na podstawie ustawy o działaniach antyterrorystycznych nie podlega żadnej kontroli.

4. Dopuszczalność pobierania i przetwarzania danych biometrycznych cudzoziemców

W art. 9 projektu proponuje się uregulowanie przesłanek uzasadniających dopuszczalność pobierania danych biometrycznych (obrazu linii papilarnych lub wizerunku twarzy) cudzoziemców (osób niebędących obywatelami Rzeczypospolitej Polskiej).

Kompetencje w tym zakresie będą przysługiwały funkcjonariuszom ABW, Policji i Straży Granicznej.

Samo różnicowanie pozycji prawnej cudzoziemców oraz obywateli RP w zakresie pozyskiwania informacji o nich i ochrony ich danych osobowych rodzi wątpliwości co do zgodności z art. 47 i 51 w zw. z art. 37 i 31 ust. 3 Konstytucji RP, a 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 Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (art. 18 TFUE) i Karcie Praw Podstawowych UE (art. 20 KPP UE).

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 odniesieniu do art. 51 ust. 2 Konstytucji w kontekście przepisów o kontroli operacyjnej – że różnicowanie 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 (...) art. 37 ust. 2 Konstytucji nie może być traktowany jako *lex specialis* wyłączający zastosowanie art. 31 ust. 3 Konstytucji, ponieważ w takim wypadku cudzoziemcy nie mieliby 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 cudzoziemców niż obywateli.

Dopuszczalność pobierania danych od cudzoziemców, uregulowana w art. 9 projektu ustawy, musi być zatem oceniona przez pryzmat art. 31 ust. 3 Konstytucji. Projektodawcy nie uzasadnili wystarczająco, by zaproponowane ograniczenia praw cudzoziemców były konieczne w demokratycznym państwie prawnym dla ochrony jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego. Przesłanki wskazane w art. 9 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. 9 projektu ustawy należy zatem uznać za niedopuszczalne w zaproponowanym kształcie tym bardziej, że nie przewiduje się żadnych środków prawnych przysługujących osobie, której dane zostały pobrane oraz żadnych środków kontroli zewnętrznej, umożliwiających weryfikację prawidłowości działań funkcjonariuszy ABW, Policji i Straży Granicznej.

Również fakt, że sposób i tryb pobierania danych i przekazywania ich do Komendanta Głównego Policji ma być uregulowany w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów (art. 9 ust. 4 projektu), a nie w ustawie, oznacza niezgodność z art. 51 ust. 1 w zw. z art. 51 ust. 5 Konstytucji RP.

Trzeba także podkreślić, że proponowany przepis może budzić zastrzeżenia pod kątem zgodności z prawem Unii Europejskiej w zakresie ochrony danych osobowych. W tym zakresie warto wskazać na niedawno uchwaloną dyrektywę 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. L 119 z 4.5.2016, s. 89), określającą nie tylko podstawowe zasady przetwarzania danych osobowych do celów zwalczania przestępczości, ale również prawa podmiotu danych. Co prawda termin transpozycji tej dyrektywy do prawa krajowego jest jeszcze odległy, tym niemniej – zgodnie z zasadą lojalnej współpracy, wynikającą z art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej – państwa członkowskie są zobowiązane do powstrzymania się od przyjmowania aktów prawnych sprzecznych z oczekującymi na transpozycję dyrektywami w okresie przed upływem terminu ich implementacji.

Ponadto, prawo do prywatności i prawo do ochrony danych osobowych gwarantowane jest także przez umowy międzynarodowe ratyfikowane przez Polskę, w tym przez Konwencję 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. wynikającymi z protokołów; dalej jako: EKPCz), a także Kartę Praw Podstawowych Unii Europejskiej, której w art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej przyznano moc prawną równą traktatom (Dz. U. z 2009 r., nr 203, poz. 1569, dalej jako: KPP UE). Oba te akty nie dopuszczają rozróżnienia w zakresie poziomu ochrony prawa do prywatności w zależności od przynależności państwowej osoby znajdującej się w jurysdykcji państwa.

5. Dostęp Szefa ABW do danych zgromadzonych w rejestrach publicznych i ewidencjach

W art. 10 projektu ustawy uprawnia się Szefa ABW do dostępu danych zgromadzonych w rejestrach publicznych i ewidencjach prowadzonych przez podmioty

wymienione w tym przepisie, a także jednostki organizacyjne im podległe lub przez nie nadzorowane oraz do obrazu zdarzeń z „monitoringu”. Dostęp ten ma być zapewniony w celu zapobiegania zdarzeniom o charakterze terrorystycznym, z uwzględnieniem zasad i trybu określonych w art. 34 ustawy 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), co oznacza dostęp na podstawie imiennego upoważnienia wydanego odpowiednio przez Szefa ABW albo Szefa AW okazanego przez funkcjonariusza wraz z legitymacją służbową. Należy podkreślić, że projekt zakłada również zmianę ustawy o ABW i dodaje w art. 34 ust. 2a dostęp do danych w drodze teletransmisji.

Przepis ten może budzić wątpliwości z punktu widzenia przesłanek legalności przetwarzania danych, wyrażonych zarówno w ustawie z dnia 29 sierpnia 2008 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2135 ze zm.; dalej jako uodo), jak i we wskazanych wyżej przepisach prawa UE – również w obowiązującej nadal dyrektywie 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). W świetle tych przepisów przetwarzanie danych osobowych musi być zgodne z prawem, rzetelne i przejrzyste względem zainteresowanej osoby fizycznej oraz służyć wyłącznie konkretnym celom określonym prawem. Nie stanowi to dla organów ścigania przeszkody w prowadzeniu czynności służących zapobieganiu przestępczości, prowadzeniu postępowań przygotowawczych, wykrywaniu i ściganiu czynów zabronionych i wykonywaniu kar, jeżeli czynności te są określone prawem i stanowią środek niezbędny i proporcjonalny w społeczeństwie demokratycznym, z należyтым uwzględnieniem uzasadnionych interesów danej osoby fizycznej. Zasada rzetelnego przetwarzania obowiązująca w systemie prawnym ochrony danych osobowych oznacza, że osobom fizycznym należy uświadomić ryzyko, zasady, zabezpieczenia i prawa związane z przetwarzaniem ich danych osobowych oraz sposoby wykonywania praw przysługujących im w związku z takim przetwarzaniem. Wyraźne, uzasadnione i określone w momencie zbierania danych osobowych powinny być w szczególności konkretne cele ich przetwarzania, a dane osobowe powinny być adekwatne i właściwe w stosunku do celów przetwarzania. Należy w szczególności zapewnić, by zebrane dane osobowe nie były nadmierne i by okres ich przechowywania był nie dłuższy, niż jest to niezbędne do osiągnięcia celu ich przetwarzania. Dane osobowe powinny być przetwarzane tylko wtedy, gdy celu przetwarzania nie można rozsądnie osiągnąć innymi sposobami. Aby zapobiec przechowywaniu danych przez okres dłuższy, niż jest to niezbędne, administrator powinien ustalić termin ich usuwania lub okresowego przeglądu.

Projekt ustawy, który nie tylko nie wyjaśnia, czy w istocie dostęp do wszystkich rejestrów jest potrzebny dla realizacji wskazanych w nim celów, ale także nie przewiduje żadnych uprawnień przysługujących podmiotowi danych, jak też nie realizuje zasady czasowego ograniczenia przechowywania danych, tym samym narusza podstawowe zasady ochrony danych osobowych, wynikające zarówno z uodo, jak i wskazanych wyżej

przepisów prawa UE. Oznacza to również niezgodność z art. 47 i 51 Konstytucji RP. Wreszcie, projekt nie przewiduje żadnej kontroli nad pozyskiwaniem tak szerokiego zakresu informacji przez ABW, bowiem udo w art. 43 ust. 2 wyraźnie wyłącza kompetencje Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych w odniesieniu do zbiorów, które zostały uzyskane w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych przez funkcjonariuszy organów uprawnionych do tych czynności, przetwarzanych m.in. przez ABW.

6. Ograniczenie prawa do zgromadzeń

W art. 20 projektu ustawy przewidziano możliwość ograniczenia prawa do zgromadzeń, poprzez zarządzenie przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych zakazu odbywania zgromadzeń publicznych lub imprez masowych na obszarze lub w obiekcie objętym stopniem alarmowym (trzecim lub czwartym), jeżeli jest to konieczne dla ochrony życia i zdrowia ludzi lub bezpieczeństwa publicznego. Projekt przewiduje możliwość odwołania do właściwego miejscowo sądu okręgowego, a zatem w tym przypadku przewidziano kontrolę sądową.

Aktualne w tym miejscu pozostają zastrzeżenia dotyczące samego pojęcia „zdarzenia o charakterze terrorystycznym”, od której to definicji uzależnione jest wprowadzanie poszczególnych stopni alarmowych CRP - niejasna definicja rodzi wątpliwości co do sytuacji, w których trzeci czy czwarty stopień będzie mógł zostać ogłoszony.

Ponadto, z punktu widzenia ochrony praw jednostki istotne jest również wskazanie, że przepis nie reguluje terminów na wniesienie i rozpoznanie odwołania ani dalszego trybu instancyjnego tak, jak czyni to art. 20 ustawy z dnia 24 lipca 2015 r. – Prawo o zgromadzeniach (Dz. U. z 2015 r., poz. 1485).

7. Blokowanie danych informatycznych

W art. 36 projektu ustawy proponuje się nowelizację ustawy o ABW. W dodawanym art. 32c ustawy o ABW przewidziano, że Szef ABW, po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego „w celu zapobiegania, przeciwdziałania i wykrywania przestępstw o charakterze terrorystycznym oraz ścigania ich sprawców” może zarządzić zablokowanie albo zażądać blokowania dostępności danych.

Przepis ten nie spełnia wszystkich wymogów, uzasadniających ograniczenie praw i wolności obywatelskich. W szczególności, nie ma pewności co do zakresu dopuszczalnej blokady, ponieważ pojęcie „dane informatyczne” jest pojęciem bardzo ogólnym, a dodatkowo mają one mieć związek (nie wiadomo jak ścisły) ze zdarzeniem o charakterze terrorystycznym, co do którego to pojęcia wątpliwości były podniesione we wcześniejszej części opinii. Wskazać należy też na brak jakichkolwiek środków prawnych przysługujących osobie, której dane zostały zablokowane, a także innym podmiotom,

np. administratorowi systemu teleinformatycznego. Prawo wniesienia zażalenia przysługiwać ma wyłącznie Szefowi ABW. Nie przewidziano również żadnych uprawnień informacyjnych dla podmiotu, którego dane są blokowane. Ponadto, projekt przewiduje wydanie postanowienia przez sąd w tej sprawie w ciągu 5 dni, podczas gdy należałoby rozważyć zasadność wprowadzenia uprzedniego zezwolenia właściwego organu zewnętrznego (sądu) na zablokowanie danych. W tym kontekście wskazać należy na postanowienia prawa UE, a zwłaszcza dyrektywy 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym, Dz. Urz. WE L 178 z 17.7.2000, s. 1 ze zm.). W art. 3 ust. 4 dyrektywy wyraźnie określono przesłanki uzasadniające dopuszczalność ograniczenia swobody świadczenia usług społeczeństwa informacyjnego, wskazując m.in. na wymóg proporcjonalności, a także kontrolę sądową.

8. Rejestrowanie telefonicznych kart przedpłaconych

W art. 41 projektu ustawy proponuje się nowelizację ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2014 r., poz. 243 ze zm.) i wprowadzenie obowiązku rejestrowania danych użytkowników kart przedpłaconych u dostawcy usług (dodawany art. 60b ustawy). Ponieważ oznacza to konieczność podania dostawcy usług danych osobowych, w tym numeru PESEL, konieczne jest uzasadnienie ograniczenia prawa do prywatności w świetle zasady proporcjonalności, w tym wykazanie konieczności podejmowanych działań. W uzasadnieniu do projektu ustawy opisano jedynie propozycję, natomiast w ogólnie nie odniesiono się do problemu skuteczności takich działań, np. na tle państw, w których rozwiązania te już obowiązują. Tym samym, nie ma jasności co do ich zasadności i efektywności.

9. Decyzja o natychmiastowym wydaleniu cudzoziemca

W art. 46 projektu ustawy, zmieniającym ustawę z dnia 14 lipca 2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe w tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin (Dz. U. z 2014 r., poz. 1525 ze zm. oraz w art. 54 projektu, zmieniającym ustawę z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (Dz. U. poz. 1650 ze zm.) przewidziano możliwość wydania decyzji o natychmiastowym wydaleniu cudzoziemca (również obywatela UE), mogącego prowadzić działalność terrorystyczną lub szpiegowską albo podejrzanego o popełnienie jednego z tych przestępstw. Decyzja ma podlegać natychmiastowemu, przymusowemu wykonaniu, a ewentualne odwołanie możliwe będzie już spoza granic RP.

Obydwa przepisy rodzą podstawowe wątpliwości w zakresie prawa do skutecznego środka prawnego w kontekście prawa do sądu czy też prawa do prywatności, wynikających

zarówno z Konstytucji, jak i EKPCz (z szerokim orzecznictwem ETPCz w tym zakresie). Należy bowiem podkreślić, że osoba taka będzie miała ograniczony dostęp do akt postępowania (objętych klauzulą poufności), możliwości skorzystania z pomocy prawnej itp. Tego typu wątpliwości dotyczące praw osób wydalonych z terytorium RP pojawiają się już w obecnym stanie prawnym.

W kontekście obywateli UE i członków ich rodzin należy również wskazać na niezgodność art. 44 projektu ustawy z przepisami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (art. 18) w zw. z dyrektywą 2004/38/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium Państw Członkowskich (...) (Dz. Urz. L 158 z 30.4.2004 r., s. 77 ze zm.). 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. Proponowana w art. 46 zmiana ustawy 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, 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, wskazujących na to, że czas przyznany na opuszczenie terytorium nie może być krótszy niż jeden miesiąc od daty powiadomienia, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków. Projekt ustawy takiego zróżnicowania w ogóle nie przewiduje, nie wskazuje również na konieczność należytego uzasadniania decyzji, a zatem pojawia się uzasadniona wątpliwość co do zgodności tych rozwiązań z prawem UE, w tym także ze standardem wynikającym z art. 47 KPP UE, określającym prawo do skutecznego środka prawnego.

Ograniczenie prawa do sądu wszystkich cudzoziemców wydalanych w trybie przewidzianym w ustawie, zarówno w oparciu o zmiany wynikające z art. 46 projektu, jak i z art. 54 projektu ustawy, związane z brakiem uzasadnienia, trudnościami z dostępem do dokumentów czy utrudnieniem w dostępie do pomocy prawnej może też oznaczać sprzeczność projektu w tym zakresie z art. 45 Konstytucji RP, a także z EKPCz. Trzeba 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 wydaleni 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 w sprawie Al-Nashif i in. przeciwko Bułgarii, skarga nr 50963/99). Ponadto należy mieć na uwadze postanowienia art. 1 protokołu nr 7 do EKPCz (Dz. U. z 2003 r., Nr 42, poz. 364). Przed nadużywaniem klauzuli bezpieczeństwa państwa chronić powinna pewna forma postępowania spornego, przed niezależnym organem uprawnionym do dokonania kontroli przesłanek decyzji o wydaleniu 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 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 w sprawie Liu przeciwko Rosji, skarga nr 42086/05).

10. Specjalne użycie broni

Zgodnie z art. 22 projektu ustawy, w ramach działań kontrterrorystycznych, jeżeli jest to niezbędne do przeciwdziałania bezpośredniemu, bezprawnemu, gwałtownemu zamachowi na życie lub zdrowie człowieka, a użycie broni palnej w sposób wyrządzający możliwie najmniejszą szkodę jest niewystarczające i przeciwdziałanie takiemu zamachowi w inny sposób nie jest możliwe, dopuszcza się, z uwzględnieniem wszelkich okoliczności zdarzenia o charakterze terrorystycznym oraz możliwości działań kontrterrorystycznych, użycie broni palnej przeciwko osobie dokonującej zamachu, którego skutkiem będzie śmierć lub bezpośrednie zagrożenie życia lub zdrowia tej osoby. Jest to ustawowa definicja specjalnego użycia broni, czyli tzw. strzału snajperskiego (art. 22 ust. 1 projektu ustawy).

Specjalne użycie broni może być zastosowane przez funkcjonariuszy: Policji, Straży Granicznej, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, żołnierzy Żandarmerii Wojskowej lub żołnierzy Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, wchodzących w skład grupy wykonującej działania kontrterrorystyczne (art. 22 ust. 2 projektu ustawy). Decyzja w przedmiocie zastosowania takich działań podejmowana i cofana jest przez kierującego działaniami, który następnie – niezwłocznie – przekazuje ją dowódcy grupy antyterrorystycznej, a ponadto informuje o podjętej decyzji organ wyznaczający kierującego działaniami (art. 22 ust. 5 projektu ustawy). Po otrzymaniu decyzji o dopuszczalności specjalnego użycia broni dowódca grupy kontrterrorystycznej może wydać rozkaz specjalnego użycia broni przez funkcjonariuszy lub żołnierzy grupy kontrterrorystycznej, określając cel i sposób specjalnego użycia broni (art. 22 ust. 6 projektu ustawy). Specjalne

użycie broni dokumentowane jest przez dowódcę grupy kontrterrorystycznej po zakończeniu działań poprzez niezwłoczne sporządzenie protokołu specjalnego użycia broni, a następnie przekazuje go kierującemu działaniami (art. 22 ust. 7 projektu ustawy).

Zgodnie z projektem ustawy działania polegające na specjalnym użyciu broni odbywają się na zasadach określonych w ustawie z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (Dz. U. poz. 628 i 1165 oraz z 2014 r. poz. 24 i 1199). Niemniej jednak zasady wynikające z przedmiotowej ustawy nie mogą znaleźć zastosowania zawsze wtedy, gdy pozostają w kolizji z ww. postanowieniami art. 22 projektu ustawy (art. 22 ust. 2 projektu ustawy). W świetle art. 22 ust. 3 projektu, do specjalnego użycia broni nie znajdują zastosowania w szczególności przepisy ustawy o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (dalej: ustawa o środkach przymusu) przewidujące, że: 1) środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej używa się lub wykorzystuje w sposób wyrządzający możliwie najmniejszą szkodę (art. 7. ust. 1 ustawy o środkach przymusu) oraz 2) przed użyciem broni palnej uprawniony podejmuje szereg działań, polegających m.in. na identyfikacji swojej formacji oraz wezwaniu osoby do działania zgodnego z prawem (art. 48 ust. 1 ustawy o środkach przymusu).

W uznaniu projektodawców wprowadzenie specjalnego użycia broni nakierowane jest na ratowanie życia ofiary zagrożonego przez terrorystę. Takie działanie może nastąpić jedynie w sytuacjach bezpośredniego zagrożenia życia lub zdrowia. Idąc dalej, autorzy uzasadnienia zakładają, że jakkolwiek opiniowana regulacja nie ma celu naruszenia fundamentalnej zasady ochrony życia ludzkiego, asumptem wprowadzenia specjalnego użycia broni jest założenie, że życie ofiary stanowi wartość nadrzędną w stosunku do życia sprawcy zamachu (str. 25 uzasadnienia do projektu ustawy).

W uzasadnieniu do projektu ustawy stwierdza się, że możliwość pozbawienia życia w obronie osoby przed bezprawną przemocą przewiduje art. 2 ust. 3 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (str. 25 uzasadnienia do projektu ustawy). Niemniej jednak tak ogólne stwierdzenie nie przesądza jeszcze o zgodności specjalnego użycia broni z postanowieniami Konwencji. W świetle utrwalonego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka powstałego na gruncie art. 2 Konwencji, działania organów publicznych w przypadku zakłócenia bądź chociażby potencjalnej możliwości zakłócenia porządku publicznego powinny być nakierowane zawsze na jego ochronę, śmierć człowieka natomiast może stanowić jedynie uboczny skutek takich działań, nigdy zaś ich głównym celem (L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel (red.), *Komentarz do art. 2 (w:) Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1–18. Tom I. Komentarz*, Warszawa 2010, Nb. 17). Powoływana przez autorów uzasadnienia możliwość pozbawienia życia w obronie jakiegokolwiek osoby, powinna być – co do zasady – interpretowana w świetle ogólnych reguł prawa karnego odnoszących się do obrony koniecznej oraz stanu wyższej konieczności. W literaturze przedmiotu i orzecznictwie ETPCz zaznacza się jednak, że owe

reguły ulegają istotnym modyfikacjom, w szczególności w zakresie wymogów bezprawności zamachu oraz proporcjonalności dóbr (Ibidem, Nb. 18). Po pierwsze, pozbawienie życia przez funkcjonariusza może nastąpić jedynie w celu ochrony osoby, nie zaś w celu ochrony dóbr materialnych czy innych dóbr o charakterze abstrakcyjnym i ponadindywidualnym, niezwiązanych bezpośrednio z życiem człowieka (zob. wyrok ETPCz z 22.3.2001 r. w sprawie *Streletz, Kessler and Krenz p. Niemcom*). Po, drugie, na gruncie art. 2 Konwencji, przyjmuje się, że działania funkcjonariuszy mogą być uzasadnione tylko wówczas, gdy są one bezwzględnie konieczne (L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel (red.), *Komentarz do art. 2 (w:) Konwencja...*, Nb. 18 *in fine*).

Projektowane wprowadzenie tzw. specjalnego użycia broni zdaje się wzbudzać pewne wątpliwości przede wszystkim z punktu widzenia wymogu legalności. Ów wymóg należy rozpatrywać niejako dwutorowo, tj. z jednej strony pod względem tego, czy działania podmiotów stosujących specjalne użycie broni znajdują bezpośrednią podstawę w akcie prawnym rangi ustawowej, z drugiej zaś, czy regulacje uprawniające do takiego działania spełniają wymogi wynikające z Konwencji oraz orzecznictwa strasburskiego (Ibidem, Nb. 21). O ile nie ulega wątpliwości, że opiniowany projekt wprowadza ustawową podstawę do pozbawienia życia osoby, względem której stosowany jest specjalne użycie broni, o tyle szczegółowego zbadania wymaga kwestia spełnienia przez regulację ustawową pewnych kryteriów jakościowych. Kryteria te odnoszą się przede wszystkim do szczegółowego określenia sytuacji, w których możliwe jest użycie broni w celu pozbawienia człowieka życia, a także okoliczności i sposobu, w jakim może ono nastąpić (w tym m.in. szczegółowego określenia rodzaju broni).

Wprowadzenie do krajowego porządku prawnej regulacji przyznającej określonym podmiotom szczególne uprawnienia, modyfikujące granice wyznaczone przez powszechne prawo karne – w obliczu intensywnie zmieniających się zagrożeń globalnych – niewątpliwie może być uzasadnione – a nawet wręcz pożądane – z punktu widzenia konieczności zapewnienia odpowiedniego poziomu ochrony praw i wolności obywateli. Należy jednak pamiętać, że prawo krajowe – co już zostało zaznaczone – nie jest jedynym elementem delimitującym pole legalnego działania podmiotów uprawnionych do stosowania pewnych środków o charakterze nadzwyczajnym. Nieprzekraczalną granicę dla służb specjalnych stanowią bowiem regulacje międzynarodowe, w szczególności w zakresie standardów ochrony życia i zdrowia ludzkiego oraz innych dóbr zajmujących najwyższe miejsce w hierarchii wartości prawnie chronionych. Tak więc działanie służb publicznych prowadzące do naruszenia międzynarodowych standardów ochrony życia, nawet jeżeli zostało podjęte na podstawie wyraźnej podstawy prawnej na szczeblu krajowym, prowadzić musi do naruszenia art. 2 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Argumentacja Autorów uzasadnienia do opiniowanego projektu ustawy zdaje się wzbudzać istotne wątpliwości w zakresie, w jakim stwierdza się, że życie ofiary należy

uznać za wartość nadrzędną w stosunku do wartości życia sprawcy. Stwierdzenie to nie znajduje uzasadnienia w świetle fundamentalnych zasad współczesnego państwa prawnego. Życie człowieka jest dobrem zajmującym najwyższe miejsce w hierarchii dóbr prawnie chronionych. Dobro to, bez względu na cechy podmiotu, do którego należy nigdy nie może być dobrem stopniowalnym. Życie sprawcy nie jest dobrem wyższej wartości niż życie potencjalnej ofiary. W tym kontekście, autorzy projektu zdaje się nie obrali do końca trafnego kierunku uzasadnienia aksjologiczno-filozoficznego wprowadzonej regulacji.

Niemniej jednak z dogmatycznego punktu widzenia regulacja art. 22 projektu ustawy, poprzez precyzyjne określenie kręgu podmiotów uprawnionych do stosowania specjalnego użycia broni oraz przesłanek zastosowania takich działań, zdaje się stosunkowo wąsko – ale zarazem możliwie elastycznie – określać granice stosowania tego typu środków. Jednak w tym miejscu należy uczynić jedno dość istotne zastrzeżenie. Zgodność regulacji przewidzianej w art. 22 projektu ustawy ze standardami ochrony życia oraz innymi wartościami delimitującymi obszar działania organów władzy publicznej, może być przedmiotem analizy jedynie przy jednoczesnym uwzględnieniu takich pojęć – centralnych dla projektu ustawy – jak, zdarzenie o charakterze terrorystycznym, działania antyterrorystyczne czy też działania kontrterrorystyczne. Dopiero dogłębna analiza tych pojęć – w oparciu o art. 2 projektu ustawy – byłaby w stanie zapewnić pełniejszy obraz regulacji przewidującej możliwość specjalnego stosowania broni oraz umożliwić jednoznacznej oceny skutków regulacji przewidzianej w art. 22 projektu ustawy. Tymczasem, analiza tych pojęć pozostawia pewne wątpliwości w zakresie ich precyzyjności, a ostateczne przyjęcie jakichkolwiek rozwiązań w tym zakresie koniecznie musi poprzedzać praca w ramach znacznie szerszego dyskursu ekspercko-społecznego.

11. Przepisy szczególne dotyczące postępowania przygotowawczego

Projektodawca w rozdziale 5 reguluje możliwość przeprowadzenia przeszukania pomieszczeń i zatrzymania. Przepis projektowanego art. 23 ustawy przewiduje m.in. możliwość wydania przez prokuratora postanowienia o przeprowadzeniu przeszukania pomieszczeń i innych miejsc znajdujących się na wskazanym w postanowieniu obszarze lub o zatrzymaniu osoby podejrzanej (jeżeli istnieje uzasadnione podejrzenie, że osoba podejrzana znajduje się na tym obszarze). Ponadto prokurator, w przypadku okoliczności wskazanych w art. 23 projektu, może postanowić o zatrzymaniu osoby podejrzanej (art. 23 ust. 1 pkt. 2 projektu ustawy). Pozytywnie należy ocenić regulacja zawarta w ust. 5 art. 23 projektowanej ustawy, w świetle której w zakresie nieuregulowanym w art. 23 projektu, w stosunku do przeszukania i zatrzymania, zastosowanie znajdują przepisy Kodeksu postępowania karnego. Oznacza to, że zastosowanie w tych przypadkach winien znaleźć art. 236 k.p.k., w świetle którego osobom, których prawa zostały naruszone, przysługuje zażalenie (zob. s. 26 uzasadnienia do projektu ustawy).

Nadto w art. 24 projektu wskazano, że w przypadku podejrzenia popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym, jeżeli wymaga tego dobro postępowania przygotowawczego, postanowienie o przedstawieniu zarzutów można sporządzić na podstawie informacji uzyskanych w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych, w tym także tych przeprowadzonych na podstawie ustawy o działaniach antyterrorystycznych. Na podstawie tych przepisów sąd, na wniosek prokuratora, może zastosować tymczasowe aresztowanie podejrzanego na okres nieprzekraczający 14 dni.

Wprowadzenie samoistnej przesłanki zastosowania tymczasowego aresztowania w postaci uprawdopodobnienia popełnienia, usiłowania lub przygotowania do popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym powinna zostać poprzedzona dogłębną analizą zgodności tego typu regulacji zarówno ze standardami wynikającymi z prawa krajowego, jak i międzynarodowego. Przede wszystkim należałoby rozważyć, czy takie rozwiązanie nie pozostaje w sprzeczności z postanowieniami Konstytucji RP, w szczególności z zasadą ochrony wolności człowieka, ograniczenia wolności (art. 31 ust. 1 i 3 Konstytucji), zasadą nietykalności osobistej i wolności osobistej (art. 41 ust. 1 Konstytucji) a także z prawem do kontroli legalności pozbawienia wolności (art. 41 ust. 2 Konstytucji). Konieczne jest także zapewnienie odpowiedniego zabezpieczenia praw zatrzymanego (art. 41 ust. 3 Konstytucji). W dalszej kolejności jawi się także problem odpowiedniego ukształtowania reguł proceduralnych na gruncie postępowania karnego, w szczególności w zakresie prawa do obrony (art. 42 ust. 2 Konstytucji), domniemania niewinności (art. 42 ust. 3 Konstytucji) oraz prawa do sądu (art. 45 Konstytucji).

W kontekście fundamentalnych zasad konstytucyjnych wątpliwości może wzbudzać możliwość stosowania tymczasowego aresztowania na podstawie jedynie uprawdopodobnienia popełnienia, przygotowania lub usiłowania dokonania przestępstwa o charakterze terrorystycznym. Zasadne wydaje się postawienie pytania, czy „uprawdopodobnienie” dokonania, usiłowania lub przygotowania czynu o charakterze terrorystycznym może w sposób wystarczający legitymować tak daleko idącą ingerencję w wolność jednostki. Celem stosowania środków zapobiegawczych jest zapewnienie prawidłowego przebiegu postępowania karnego i w tym sensie kryteria zastosowania owego środka winny zostać dokładnie określone. Wobec tego, że opiniowana regulacja wprowadza prawdopodobieństwo popełnienia (usiłowania, przygotowania) czynu o charakterze terrorystycznym, warto zwrócić uwagę, że w przepisie ust. 1 art. 24 projektu ustawy mowa jest o „podejrzeniu popełnienia przestępstwa”. Ponadto treść art. 24 należy rozpatrywać w szerszym kontekście całej projektowanej ustawy. Stanowi on bowiem przedłużenie i dopełnienie regulacji o charakterze materialnoprawnym wprowadzających ochrony 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 swego „wyprzedzenia” ich skutecznego dokonania – właśnie poprzez zapewnienia odpowiednim organom możliwości podjęcia

określonych działań, owym instrumentom wyposażającym organy władzy publicznej w środki dolegliwego i daleko idącego ingerowania 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 zdaje się nie zapewniać odpowiedniego stopnia ochrony praw i wolności jednostek, w stosunku do których takie działania mogą zostać podjęte. W tym miejscu należy zaznaczyć, że treść art. 5 ust. 1 lit. c EKPCz wprowadza wyjątek od przewidzianego w tym przepisie 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, dane czyn miał miejsce i po drugie, że właśnie osoba, której wolność zostaje ograniczona była sprawcą takiego czynu (zob. L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, *Komentarz do art. 5, Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1–18. Tom I. Komentarz.* Warszawa 2010, 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 28.10.1994 r. w sprawie *Murray p. Zjednoczonemu Królestwu*). Jak już zostało zaznaczone, art. 24 projektu ustawy 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 (Ibidem, Nb. 42), przy czym Trybunał w wyroku w sprawie *O'Hara* przyjął, że w przypadku przestępstw o charakterze terrorystycznym informacje mogą pochodzić także ze źródeł anonimowych.

12. Zmiany w Kodeksie karnym

W pierwszej kolejności opiniowany projekt ustawy zakłada zmianę treści art. 115 par. 20 k.k. Planowana w tym zakresie zmiana została omówiona w części niniejszej opinii poświęconej pojęciu zdarzenia o charakterze terrorystycznym – ze względu na swoje powiązania funkcjonalne z tą problematyką.

Ponadto projektodawca zdecydował się na wprowadzenie nowego typu czynu zabronionego regulującego odpowiedzialność karną za przygotowanie do przestępstw określonych w art. 117, 118, 118a par. 1 i 2, 120, 122, 123, 124 par. 1 i 125.

Skazanie za przestępstwo z art. 224a k.k. (wprowadzenie w błąd instytucji użyteczności publicznej), ma wiązać się z obligatoryjnym orzeczeniem nawiązki na rzecz Funduszu Wsparcia Policji (co najmniej 10000 zł) i świadczenia pieniężnego wymienionego w art. 39 pkt 7 k.k. (co najmniej 10000 zł). Wątpliwości budzi zaniechanie określenia maksymalnej wysokości świadczenia pieniężnego.

Ponadto, projektodawca proponuje dodanie art. 259a k.k. kryminalizującego przekroczenie granicy państwa w celu popełnienia na terytorium innego państwa przestępstwa o charakterze terrorystycznym lub przestępstwa określonego w art. 255a (rozpowszechnianie treści mogących ułatwić popełnienie przestępstwa) lub art. 258 par. 2 lub par. 4 (udział w zorganizowanej grupie przestępczej – zbrojnej lub o charakterze terrorystycznym). Przepisy te odsuwają odpowiedzialność znacznie na przedpole naruszenia dobra. Budzą one poważne wątpliwości z perspektywy zasady demokratycznego państwa prawnego i zasady proporcjonalności. Projektodawca w sposób przekonujący nie wykazał, że tak ukształtowane typy czynów zabronionych są konieczne, przydatne i proporcjonalne w sensie ścisłym.

W związku z powyższym należy zauważyć, że rządowy projekt ustawy o działaniach antyterrorystycznych, chociaż podejmuje istotne zagadnienia koordynacji działań służb i ich uprawnień w odniesieniu do zwalczania bardzo poważnych zagrożeń, budzi poważne wątpliwości co do dopuszczalnego konstytucyjnie ograniczenia praw i wolności człowieka i obywatela. Mając na uwadze, że dotyczy on problematyki pozwalającej na głęboką ingerencję w prawa i wolności człowieka i obywatela, Rzecznik Praw Obywatelskich stoi na stanowisku, że przed jej uchwaleniem konieczna jest debata ze społeczeństwem na temat proponowanych rozwiązań, a uzasadnieniem dla rezygnacji z takich działań nie mogą być zbliżające się wydarzenia o charakterze międzynarodowym, które będą miały miejsce w Polsce.

Podpis na oryginale