

Warszawa, 6 stycznia 2003 r.

**Opinia prawna w sprawie konstytucyjności
przepisów art. 21 ust. 1 pkt. 1 i 6 ustawy o Wojskowych Służbach
Informacyjnych (druk nr 897)**

W granicach zadań Wojskowych Służb Informacyjnych, jakie określone są w art. 3 ust. 1 projektu, rozróżnia się trzy sfery czynności tej Służby. Mianowicie, żołnierze WSI wykonują czynności operacyjno- rozpoznawcze, czynności analityczno – informacyjne, inne czynności służbowe wynikające z odrębnych przepisów, zgodnie z zakresami działania jednostek organizacyjnych WSI, w których pełnią czynną służbę wojskową.

W projekcie znajduje się ogólna klauzula o przestrzeganiu przez żołnierzy WSI praw człowieka. Przepis z art. 19 stanowi iż „żołnierze WSI, w toku wykonywania czynności służbowych, mają obowiązek respektowania godności ludzkiej oraz przestrzegania i ochrony praw człowieka, a także wykonywania tych czynności w sposób możliwie najmniej naruszający dobra osobiste i majątkowe osoby, wobec których są podejmowane.” Doceniając jej przywołanie w ustawie o działalności jednej z niewąlgicznych służb państwa, trzeba podkreślić, iż wszystkie organy państwa, w myśl Konstytucji działają na podstawie i w granicach prawa. W myśl formuły sformułowanej w orzecznictwie konstytucyjnym mają funkcjonować według formuły iż „wszystko jest im zakazane co nie jest im dozwolone”. Wspomniana zasada z art. 19, nie zwalnia jednak projektodawcy od wysiłku o takie właściwe ujęcie konkretnych przepisów dotyczących zwłaszcza uprawnień tej służby wobec obywateli, aby odpowiadały one wymogom jakie wynikają ze standardów praw człowieka.

1.Art. 21 ust. 1. projektu reguluje zakres czynności operacyjno – rozpoznawczych prowadzonych przez żołnierzy WSI. Projekt stanowi, iż żołnierze WSI, wykonując czynności operacyjno – rozpoznawcze mają prawo do „wydawania

poleceń określonego zachowania się, w granicach niezbędnych do wykonania tych czynności”. Pozostałe przepisy z tego artykułu – w odróżnieniu od przepisu z ustępu 1 – określają konkretne czynności jakie mieszczą się w obrębie czynności operacyjno –rozpoznawczych (np. legitymowanie osób w celu ustalenia ich tożsamości, zatrzymanie osób w trybie i w przypadkach określonych w przepisach kpk, przeszukania osób, pomieszczeń, dokonywania kontroli osobistej, itd.). Już z tego przykładowego zestawienia czynności wynika, że czynność wymieniona w punkcie 1 (wydawanie poleceń określonego zachowania się w granicach niezbędnych do wykonania tych czynności) razi swoją nieokreślonością. Po pierwsze, brak jest bowiem wskazania elementu przedmiotowego tej regulacji (nie jest nim samo *polecenie określonego zachowania się* wydane przez żołnierza tej służby), po wtóre, przepis ten zawiera swego rodzaju odesłanie do ram w których to zachowanie może nastąpić – są nim *granice niezbędne do wykonania tych czynności*. Granice czynności operacyjno – rozpoznawczych nie są jednak określone, co więcej brak jest nawet definicji ustawowej takich czynności. Mamy więc do czynienia z podwójnym niejasnym swego rodzaju odesłaniem zawartym w tym przepisie. Niejasność „polecenia określonego zachowania się” ma być bowiem wyjaśniona poprzez kolejną niejasność jaką są „granice niezbędne do wykonywania tych czynności”. Przepis ten można w sumie więc określić mianem „tajemniczego”.

W orzecznictwie konstytucyjnym występuje interesujący pogląd, iż nieostrość (niedookreśloność) przepisu sama w sobie nie oznacza jeszcze jego wadliwości, jeżeli użyte w nim pojęcia dadzą się wyjaśnić i uzasadnić przy użyciu przyjętych technik interpretacyjnych. Ilekroć ustawodawca posługuje się kategoriami niedookreślonymi, to ma świadomość, że istnieją prawem dopuszczalne możliwości jego określenia w praktyce stosowania prawa (zob. bliżej, J.Oniszczyk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Zakamycze 2000, s.114). W przypadku rozważanego przepisu, jego nieostrość jest tak spotęgowana, że przypuszczalnie, nie ma możliwości jego praworządnego – zgodnego ze standardami praw człowieka - stosowania go w praktyce.

Dlatego podtrzymuję ocenę, iż przepis ten razi brakiem określoności. Jego utrzymanie w projekcie jest sprzeczne z zasadą przyzwoitej legislacji, która stanowi składnik zasady demokratycznego państwa prawnego. Każdy kto analizuje przepis z ust. 1 art. 21 musi postawić sobie pytanie o jakie określone zachowania się chodzi.

Kolejny zarzut wobec pkt.1 ust. 1 art.21 polega na tym, iż przepis ten, poprzez swoją nieokreśloność, godzi w prawa człowieka. Znana teza z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego głosi, iż każda regulacja prawna, nawet o charakterze ustawowym, dająca organowi państwa uprawnienie do wkraczania w sferę praw i obowiązków obywateli, musi spełniać wymóg „dostatecznej określoności”. Należy przez to rozumieć wymóg precyzyjnego wyznaczenia dopuszczalnego zakresu ingerencji oraz wskazanie trybu w jakim podmiot ograniczony w swoich prawach może się bronić przed nieuzasadnionym naruszeniem jego dóbr (por. szerzej J. Oniszczyk, *iw.*, s. 109). Analizowany przepis z art. 21 ust. 1 pkt. 1 wymogów tych nie spełnia. Wymóg określoności prawa ma zaś elementarne znaczenie w przypadku przepisów ograniczającym prawa obywatelskie, a tym bardziej przepisów o charakterze represyjnym.

Ustawy policyjne z 1990 r. posługują się także pojęciem „czynności operacyjno – rozpoznawczych” (zob. przykładowo, art. 19, 19 a, 19 b, 20 ustawy policji z 6 kwietnia 1990 r, tekst jedn. Dz. U. z 2000 r., nr 101, poz. 1092). Jednakże żadna z tych ustaw nie definiuje pojęcia „czynności operacyjno – rozpoznawcze”. Jak pisze znawca problematyki prawnej czynności operacyjno – rozpoznawczych A.Taracha (por. *Zakres czynności operacyjno – rozpoznawczych w świetle ustawodawstwa „policyjnego”*, [w:] *Kierunki i stan reformy prawa karnego*, Lublin 1995) „brak ustawowych wyróżników powoduje, że zaliczenie określonych działań służb policyjnych do określonej kategorii czynności napotyka na poważne trudności” (s.100). Szczególnie trudne jest ustalenie zakresu czynności operacyjno – rozpoznawczych w oparciu o analizę warstwy normatywnej ustaw policyjnych. W ustawodawstwie policyjnym tylko niektóre czynności operacyjno – rozpoznawcze unormowane zostały wyraźnie, chociaż w sposób daleki od doskonałości (kontrola korespondencji, zakup kontrolowany, kontrolowane wręczenie i przyjęcie korzyści majątkowej, wykorzystanie tajnych współpracowników).

2. Artykuł 21 ust.1 pkt. 6 ustawy stanowi, „żołnierze WSI, wykonując czynności operacyjno – rozpoznawcze, mają prawo do „obserwowania i rejestrowania, przy użyciu środków technicznych, obrazu zdarzeń i dźwięku towarzyszącego tym zdarzeniom w miejscach publicznych”,

Konstytucyjno –prawnych zastrzeżeń nie budzi ta część tej normy wedle której żołnierze WSI mają prawo do „obserwowania i rejestrowania” „przy użyciu środków technicznych” obrazu zdarzeń w „miejscu publicznym”. Obraz zdarzeń w miejscu publicznym jest dostępny wszystkim. „Miejsce publiczne” jest zaś pojęciem które daje się definiować na gruncie prawa karnego (w przypadku przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu, np. znieważenia pomnika lub innego miejsca publicznego – por. Z. Ćwiąkalski, *Komentarz do Kodeksu karnego. Część szczególna*, t.2, *Zakamycze 1999*, s. 944). Środkiem technicznym służącym do obserwowania i rejestrowania może być także zwykła lornetka. Dopuszczalność obserwowania i rejestrowania nie budzi zatem wątpliwości. Jest to jedna z podstawowych form pracy służb specjalnych, której legalność trudno byłoby kwestionować.

Natomiast wątpliwość budzi możliwość rejestracji dźwięku dotyczącego tych zdarzeń. Przepis ten stwarza okazję do zbyt dalekiego wkroczenia w sferę praw człowieka, gdyż trudno będzie ustalić w takim przypadku granicę pomiędzy „rejestracją dźwięku” a podsłuchem (który może być prowadzony tylko za zgodą sądu). „Rejestrowanie ...dźwięku” wprowadza niebezpieczeństwo podsłuchiwania ludzi w miejscach publicznych, a w każdym razie wejścia w prywatność postronnych osób, które mimo przebywania w miejscu publicznym nie chcą aby ich rozmowa była słyszalna przez osoby trzecie. Dźwięk dotyczy informacji (jest związany z informacją) i dźwięk stanowi część składową informacji która, istocie przeciwieństwie do obrazu, nie jest dostępna dla wszystkich. W istocie więc, przepis ten może stanowić furtkę dla nielegalnego zdobywania informacji o obywatelach. Projektowane uprawnienie WSI należy konfrontować z konstytucyjnym prawem do prywatności (wyrażonym w art. 47 konstytucji), w tym z przepisami o jego ochronie. Konfrontacja ta, moim zdaniem, wypada niekorzystnie dla analizowanej tu części przepisu z art. 21 ustawy. Istnieją bowiem konstytucyjnie ustanowione ograniczenia dotyczące ujawnienia, pozyskiwania i dostępności informacji o osobach prywatnych (art. 51). W myśl zwłaszcza art. 51 ust. 2 „władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym”. Przepis ten jest interpretowany – słusznie – w ten sposób, że każda informacja którą dana osoba uzna za prywatną lub intymną może być przez nią zachowana w tajemnicy (zob. P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000 ,s.

69). Dlatego, norma z pkt. 6 ust. 1 art. 21, umożliwiając gromadzenie informacji poprzez nieograniczone rejestrowania dźwięku nawet w „miejscu publicznym” (a więc dostępnym dla wszystkich) może stanowić zagrożenie dla tak ważnego dobra jakim jest prawo do prywatności.

Konkluzje:

1. Zdaje sobie sprawę z faktu, iż działalność służb specjalnych (określanych do niedawna, nie bez przyczyny, mianem „tajnych”) ma swoją specyfikę. Analizując wady przepisów - pierwszej – co należy odnotować i podkreślić - ustawy o Wojskowych Służbach Informacyjnych, nie chodzi o utrudnianie metod pracy tego rodzaju instytucji poprzez mnożenie kolejnych procedur (np. w Niemczech dyskutowano niedawno nad ustanowieniem zgody sądu na obserwację w miejscach publicznych), lecz o to aby działania takie mieściły się w obowiązującym prawie, w tym aby respektowały konstytucyjne normy o prawach człowieka. Jest to o tyle skomplikowane, iż w grę wchodzi dobra konkurencyjne: prawo do prywatności i zarazem ograniczenia w jego ochronie, wolność człowieka i możliwość jej ograniczania, itd.

Działalność WSI, jak są tego świadomi twórcy projektu (*uzasadnienie, s. 2*) wkracza w sferę podstawowych praw i wolności obywatelskich. Te zaś, jak głosi dalej uzasadnienie, mogą ulegać ograniczeniu tylko w zakresie ustalonym w ustawie. Autorzy projektu mimo że przywołują znany konstytucyjny przepis limitujący warunki ingerencji w korzystanie z praw człowieka (art. 31 ust.3), to w części analizowanych przepisów projektu, nie utrzymali standardu jaki wyznacza ta norma.

2. Konieczne jest usunięcie pkt. 1 ust.1 art. 21 albo zasadnicze skorygowanie go poprzez bardziej precyzyjne określenie charakteru czynności kamuflowanych w tym przepisie (nazwanie ich wprost i szczegółowe wskazanie na czym czynności te mają polegać, co pozwoliłoby na ocenę ich legalności i konstytucyjności). Przepis ten, w obecnej wersji, jest sformułowany zbyt szeroko i stanowi niebezpieczeństwo dla funkcjonowania praw człowieka. Nie spełnia on kryteriów ingerencji w

ograniczenie w korzystaniu z konstytucyjnych wolności i praw, tak jak zakłada to art. 31 ust. 1 konstytucji.

Przepis ten nie odpowiada także wymogom przyzwoitej legislacji i stąd też jest sprzeczny z zasadami demokratycznego państwa prawnego.

3. Przepis z pkt. 6 ust. 1 art. 21 jest konstytucyjny tylko w zakresie w jakim dotyczy obserwowania i rejestrowania przez WSI obrazu w miejscu publicznym. Uważam, iż ta część normy która uprawnia do rejestrowania dźwięku „towarzyszącego tym zdarzeniom” jest obciążona zbyt dużym ryzykiem ingerencji w prawo do prywatności, w tym prowadzenia nielegalnego *de facto* podsłuchu obywateli w miejscach publicznych. W moim przekonaniu jest on nie do pogodzenia z konstytucyjnymi przepisami o ochronie prawa do prywatności.

Sporządził: Mirosław Granat