

Wojciech Hermeliński

Bezpieczeństwo publiczne a prawo jednostki do prywatności

Palestra 58/1-2(661-662), 17-26

2013

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

BEZPIECZEŃSTWO PUBLICZNE A PRAWO JEDNOSTKI DO PRYWATNOŚCI¹

Obowiązujące przepisy, w tym także te rangi konstytucyjnej, nakładają na władze państwowe obowiązek zapewnienia odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa. Wypełniając tę powinność, współczesny ustawodawca musi się zmierzyć z trudnym problemem wiążącym się z zagrożeniami terroryzmem oraz przestępczością zorganizowaną, w tym także taką, która ma charakter ponadpaństwowy (transgraniczny)². Techniczne udogodnienia wpływające na szybkość komunikowania się i przemieszczania w równym stopniu mogą być wykorzystywane w celu ochrony bezpieczeństwa państwa, jak i przez przestępców. Działalność operacyjna policji, jak też innych służb, regulowana w ustawodawstwie zwykłym, realizowana w warunkach niejawności, pozostaje w naturalnym, nieusuwalnym konflikcie z niektórymi prawami zasadniczymi jednostki. Odnosi się to w szczególności do prawa jednostki: do prywatności, konstytucyjnej wolności komunikowania się i związanej z tym ochrony tajemnicy komunikowania się, ochrony autonomii informacyjnej (art. 49 i 51 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej³), a także z konstytucyjnej gwarancji sądowej ochrony praw jednostki.

Bezpieczeństwo publiczne, jako dobro co do zasady usprawiedliwiające ograniczenie przez ustawodawcę korzystania z wolności obywatelskich, wymaga zachowania proporcjonalności dopuszczalnego wkroczenia w imię ochrony bezpieczeństwa oraz sprawnego systemu kontroli, jak również zachowania tej proporcjonalności w praktyce⁴. W przeciwnym razie środki ochrony tego bezpieczeństwa, w postaci legalnie dopuszczalnej działalności operacyjnej, stwarzają zagrożenie dla tych wolności⁵. Pomiędzy działalnością operacyjną a stanowiącymi przedmiot konstytucyjnej ochrony prywatnością i autonomią informacyjną istnieje bowiem naturalna antynomia, która nakłada na ustawodawcę zwykłego, regulującego kompetencje i gwarancje proceduralne, obowią-

¹ Niniejszy tekst jest rozszerzoną wersją referatu wygłoszonego 2 marca 2012 r. we Frankfurcie nad Odrą podczas konferencji nt. „Prawa podstawowe. Między państwem narodowym a globalizacją”, zorganizowanej wspólnie przez Europejski Uniwersytet Viadrina we Frankfurcie nad Odrą oraz Uniwersytet Warszawski.

² Bliżej zob. B. Nita, *Einführende Bemerkungen*, (w:) *Rechtsstaat, Freiheit und Sicherheit in Europa/Rule of Law, Freedom and Security in Europe/État de droit, liberté et sécurité en Europe*, J. Iliopoulos-Strangas, O. Diggelmann, H. Bauer (red.), Ant. N. Sakkoulas/Nomos Verlagsgesellschaft/Brylant, Baden-Baden 2010, s. 3–16; tejsze, *Pro-European Interpretation of criminal Law Vis-à-vis the Constitutional Standards of the European Union Member States*, (w:) *Interpretation of Law in the Global World: from Particularism to a Universal Approach*, J. Jemielniak, P. Miklaszewicz (red.), Springer, Berlin 2010, s. 226.

³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483; z 2001 r. nr 28, poz. 319; z 2006 r. nr 200, poz. 1471 oraz z 2009 r. nr 114, poz. 946).

⁴ Por. B. Nita, *Einführende Bemerkungen*, s. 3 i n.

⁵ Jaskrawym tego przykładem – wcale niewyimaginowanym – może być system totalnej inwigilacji zaprezentowany w filmie Tony’ego Scotta pt. *Enemy of the State*.

zek zachowania szczególnej uwagi i staranności⁶. Dotyczy to także Trybunału Konstytucyjnego jako organu powołanego do sprawowania kontroli konstytucyjności prawa. Przy sprawowaniu tej kontroli na Trybunale Konstytucyjnym spoczywa konieczność zachowania dorobku własnego dotychczasowego *acquis constitutionnel* oraz powinności wynikające z Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej także: Konwencja).

Zarówno czynności wykrywcze, jak i operacyjno-rozpoznawcze muszą się charakteryzować tajnością *ex ante* (przede wszystkim – wobec osób poddawanych takim czynnościom)⁷. Nie zwalnia to jednakowoż ustawodawcy (a przeciwnie, właśnie do tego zobowiązuje) z obowiązku zachowania szczególnej precyzji i jednoznaczności przepisów określających granice ingerencji, ich form i postaci, jak również procedur, w jakich czynności te są przeprowadzane. Z tego też względu ustawodawca zobowiązany jest do zachowania szczególnej precyzji i jednoznaczności przepisów określających granice ingerencji, ich form i postaci, jak również procedur, w jakich czynności te są przeprowadzane. Dotyczy to zarówno regulacji materialnoprawnej, określającej granice stawiane przez system prawa wkroczeniu przez władzę w poszczególne sfery prywatności jednostki, jak też gwarancji proceduralnych, towarzyszących temu wkroczeniu i zawierających zasady zgłaszania kontroli organowi pozapolicyjnemu i trybu jej legalizacji przez ten organ, przesłanki i procedurę legalizacji, zasady udostępniania zainteresowanemu informacji o kontroli i jej rezultatach, środki kontroli na wypadek ekscesu organu przeprowadzającego kontrolę. Ciężące na ustawodawcy wskazane wyżej powinności stają się tym bardziej znaczące, jeśli zważy się, że dotyczą one policji oraz innych tzw. służb⁸.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreśla się, co następuje:

- czynności operacyjne „o tyle tylko mogą być usprawiedliwione, o ile ich własnym celem jest właśnie obrona wartości demokratycznego państwa prawnego. 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” – por. m.in. wyrok z 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04⁹;
- skoro czynności organu (funkcjonariusza) „dotykają sfery wolności człowieka, ustawodawca powinien wytyczyć w sposób jednoznaczny granice dopuszczalnej

⁶ E. Łętowska, zdanie odrębne do wyroku TK z 23 czerwca 2009 r., sygn. K 54/07, OTK ZU 2009, nr 6/A, poz 86.

⁷ Poza niniejszymi rozważaniami pozostają czynności związane z tzw. podsłuchem procesowym, objęte przepisami Rozdziału 26 Kodeksu postępowania karnego (por. w tym zakresie B. Nita, *Przedmiotowy zakres podsłuchu procesowego*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 9, s. 60 i n.

⁸ Ustawa z 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U. z 2007 r. nr 43, poz. 277 ze zm.); ustawa z 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz.U. z 2005 r. nr 234, poz. 1997 ze zm.); ustawa z 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (Dz.U. z 2004 r. nr 8, z 2011 r. nr 41, poz. 65 ze zm.); ustawa z 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz.U. nr 123, poz. 1353 ze zm.); ustawa z 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz.U. z 2010 r. nr 29, poz. 154, nr 182, poz. 1228 i nr 238, poz. 1578); ustawa z 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. nr 104, poz. 708 z późn. zm.); ustawa z 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz.U. nr 104, poz. 709 z późn. zm.).

⁹ OTK ZU 2005, nr 11/A, poz. 132.

- ingerencji funkcjonariusza i przewidzieć odpowiednie środki proceduralne umożliwiające kontrolę zasadności wydanego polecenia” – por. wyrok o sygn. K 45/02¹⁰. Może to dokonywać się także poprzez kontrolę *ex post* prowadzonych działań, które – przykładowo – nie doprowadziły do potwierdzenia podejrzeń (przeciwdziałanie pokusie gromadzenia danych „na zapas”) – por. wskazane powyżej wyroki o sygn.: K 45/02 i K 32/04 oraz postanowienie z 25 stycznia 2006 r., sygn. S 2/06¹¹;
- występuje problem refleksowego zbierania danych dotyczących osób trzecich (zbieranie danych „przy okazji”), z którymi inwigilowany pozostaje w kontaktach i rozmowach, czy też problem regulacji skutków postępowania z zebranymi danymi, które powinny być usuwane i w sposób rzeczywiste efektywnie niszczone – por. powołany powyżej wyrok o sygn. K 32/04.

Przedstawione powyżej tezy, wysłowione w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, pozostają w harmonii z orzecznictwem wypracowanym przez organy strasburskie na tle Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, w szczególności w kontekście jej art. 8, który dotyczy prywatności jednostki.

Zgodnie z tym przepisem niezbędne jest:

a) wskazanie dostatecznie precyzyjnej, a zarazem konkretnej podstawy prawnej wkroczenia w sferę wolności (praw) w drodze ustawy; nie jest dopuszczalne wprowadzanie ograniczeń aktami innej rangi (zob. wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, dalej także: ETPCz, z 2 sierpnia 1984 r. w sprawie *Malone przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 8691/79; z 26 marca 1987 r. w sprawie *Leander przeciwko Szwecji*, skarga nr 9248/81);

b) zaistnienie konieczności tego wkroczenia z punktu widzenia wymogów demokratycznego państwa prawa (niewystarczające jest odwołanie się wyłącznie do czynnika celowości) co do konkretnego ograniczenia wprowadzonego w ustawie zwykłej, traktującej wkroczenie w sferę chronionych praw jednostki jako zło konieczne, a nie jako czynnik usprawniający pracę policji (por. wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z: 6 września 1978 r. w sprawie *Klass i inni przeciwko Niemcom*, skarga nr 5029/71; 6 czerwca 2006 r. w sprawie *Segerstedt-Wilberg i inni przeciwko Szwecji*, skarga nr 62332/00; 22 maja 2008 r. w sprawie *Iliya Stefanov przeciwko Bułgarii*, skarga nr 65755/01; 22 maja 2008 r. w sprawie *Kirov przeciwko Bułgarii*, skarga nr 5182/02; 1 lipca 2008 r. w sprawie *Liberty i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 58243/00);

c) wskazanie celu ingerencji (chronionego interesu publicznego), wymienionego w art. 8 Konwencji (tj. bezpieczeństwa państwowego, bezpieczeństwa publicznego, dobrobytu gospodarczego kraju, ochrony porządku i zapobiegania przestępstwom, ochrony zdrowia i moralności oraz wolności innych osób). Konieczne jest tu wykazanie realnej potrzeby podjęcia środków ograniczających, i to w imię ochrony zasad demokratycznego porządku. Eksces polegający na tym, że „przy okazji” zbierania materiału operacyjnie przydatnego kontrola operacyjna zgromadzi także dane dotyczące kwestii prywatnych, obyczajowych – wykraczających poza cel prowadzenia kontroli – oznacza działanie władzy poza zakresem dozwolonego wkroczenia w sferę prywatności (por.

¹⁰ OTK ZU 2004, nr 4/A, poz. 30.

¹¹ OTK ZU 2006, nr 1/A, poz. 13.

wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04¹²; wyroki ETPCz: z 25 czerwca 1997 r. w sprawie *Halford przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 20605/92; z 25 marca 1998 r. w sprawie *Kopp przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 23224/94; z 4 grudnia 2008 r. *S. i Marper przeciwko Wielkiej Brytanii*, skargi nr: 30562/04 i 30566/04).

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie w swoim orzecznictwie odwoływał się do judykatów Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który oceniał, czy i w jaki sposób organy policyjne, dokonując niejawnych czynności policyjnych, naruszały prawo obywateli do prywatności.

Przykładowo w sprawach *Kruslin i Huvig przeciwko Francji* (wyroki z 24 kwietnia 1990 r., skargi nr: 11801/85 i 11105/84), dotyczących podsłuchu sądowego stosowanego w ramach procedury karnej i w związku z toczącym się postępowaniem, Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał, że uregulowania zawarte w Kodeksie postępowania karnego, na podstawie którego podsłuch zastosowano, były na tyle ogólnikowe i nieprecyzyjne, że nie spełniały wymagań wynikających z zasady rządów prawa. Zdaniem trybunału strasburskiego prawo francuskie nie definiowało kategorii osób, wobec których można stosować podsłuch na podstawie nakazu sędziego, rodzaju przestępstw, w związku z którymi można go stosować, nie określało sposobu i okoliczności niszczenia zapisów.

Podobnie w sprawie *Malone przeciwko Wielkiej Brytanii* (wyrok z 2 sierpnia 1984 r., skarga nr 8691/79) Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził naruszenie art. 8 Konwencji przez stosowanie podsłuchu na podstawie przepisów niespełniających wymogów dostatecznej dostępności, przewidywalności i ochrony przed arbitralnością władzy¹³.

W sprawie *Bykov przeciwko Rosji*¹⁴ Trybunał w Strasburgu stwierdził, że w przypadku przechwytywania połączeń dla celów śledztwa policyjnego prawo musi być wystarczająco jasno sformułowane, aby dawać obywatelom wskazówki dotyczące okoliczności i warunków, w jakich władze mogą sięgać po tego rodzaju środki. Konieczność zapobiegania przestępczości zorganizowanej, w tym zwłaszcza terroryzmowi, wymusza przyjmowanie nowych i bardziej wyspecjalizowanych form działania przez służby.

Rozwój technik podsłuchiwania był przedmiotem oceny Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Weber i Saravia przeciwko Niemcom* (wyrok z 29 czerwca 2006 r., skarga nr 54934/00), na kanwie rozszerzenia zakresu ustawy G10 na zgeneralizowany tzw. monitoring strategiczny. W nawiązaniu do wyroku zapadłego w powołanej powyżej sprawie *Klass i inni przeciwko Niemcom* Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał, że ingerencja spełniała wszystkie wymogi legalności formalnej. W wyroku tym Trybunał podsumował swoje dotychczasowe orzecznictwo w sprawie podsłuchów (m.in. sprawy: *Valenzuela Contreras przeciwko Hiszpanii*, wyrok z 30 lipca 1998 r., *Amann przeciwko Szwajcarii*, wyrok z 16 lutego 2000 r., *Prado Bugallo przeciwko Hiszpanii*, wyrok z 18 lutego 2003 r.), stwierdzając, że konieczne jest zawarcie w akcie rangi ustawowej co najmniej następujących elementów¹⁵:

¹² OTK ZU 2005, nr 11/A, poz. 132.

¹³ Por. Z. Cichoń, *Podsłuchiwanie rozmów telefonicznych a prawa człowieka*, „Rzeczpospolita” z 30 października 2009 r.

¹⁴ Wyrok z 3 marca 2009 r., skarga nr 4378/02.

¹⁵ Podaje za: I. Kondak, *Dopuszczalność stosowania podsłuchu telefonicznego i innych form kontroli środków komu-*

- określenie rodzaju przestępstw, w których może być zastosowany podsłuch¹⁶;
- zdefiniowanie kategorii osób, wobec których można zastosować podsłuch;
- określenie maksymalnego okresu stosowania podsłuchu;
- ustalenie procedury badania, użycia oraz przechowywania zgromadzonych danych;
- wskazanie środków, które należy zastosować przy przekazywaniu danych zgromadzonych w wyniku podsłuchu innym organom;
- określenie okoliczności, w których zgromadzone dane muszą zostać usunięte.

Ciągły rozwój i doskonalenie narzędzi do inwigilacji przez służby specjalne doprowadziły do tego, że do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wpłynęła sprawa inwigilacji podejrzanego za pomocą systemu GPS (*Global Positioning System*). Chodzi tu o sprawę *Uzun przeciwko Niemcom*¹⁷, w której istotą rozstrzygnięcia jest ocena przepisów pozwalających organom ścigania na śledzenie poczynań obywateli za pomocą systemu GPS. Wskazana sprawa zasługuje na szczególną uwagę. Była to bowiem pierwsza tego typu sprawa rozstrzygana przez Europejski Trybunał Praw Człowieka. W stanie faktycznym wskazanej sprawy pojawiła się m.in. praktyka niemieckich służb polegająca na zainstalowaniu nadajnika GPS w samochodzie śledzonej osoby. Ponieważ zanim z problemem tym zetknął się ETPCz, sprawa trafiła do niemieckiego sądu krajowego, w kontekście tamtejszego wewnętrznego systemu prawnego pojawiło się pytanie, czy służby miały prawo stosować tego typu środki inwigilacji. Oceniając niemiecką procedurę karną, Europejski Trybunał Praw Człowieka doszedł do wniosku, że Niemcy nie naruszyły ani art. 8 Konwencji, ani też art. 6 ust. 1 tej Konwencji. Trybunał uznał, że skoro GPS w mniejszym stopniu gromadzi informacje o osobie poddanej obserwacji niż np. podsłuch, nagrywanie wideo itp., to Trybunał nie widzi potrzeby zastosowania zabezpieczenia przed nadużyciami ponad te, które już rozwinęły się w orzecznictwie Trybunału w odniesieniu do przechwytywania przekazów telekomunikacyjnych. Ponadto Trybunał uznał, że niemiecki system prawny przewiduje odpowiednie gwarancje praw człowieka przy stosowaniu tego typu technik, jak GPS, m.in. poprzez ograniczenie stosowania takich technik do osób podejrzewanych o popełnienie najcięższych przestępstw.

Zdaniem Trybunału w Strasburgu działania podjęte w badanej sprawie służyły interesom zapewnienia bezpieczeństwa narodowego i bezpieczeństwa publicznego, zapo-

nikowania w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, (w:) 60 lat Rady Europy. Tworzenie i stosowanie standardów prawnych, pod red H. Machińskiej, Warszawa, pod mecenatem Orange, s. 383 i n.

¹⁶ W sprawie *Lordachi i inni przeciwko Mołdowie*, wyrok ETPCz z 10 lutego 2009 r., skarga nr 25198/02, Trybunał w Strasburgu dopatrywał się naruszenia przez władze mołdawskie art. 8 Konwencji, poprzez m.in. dopuszczenie nazbyt szerokiego zakresu przedmiotowego stosowania kontroli operacyjnej. Przepisy regulujące podsłuch i kontrolę korespondencji dopuszczały zastosowanie tych środków do bliżej nieokreślonej grupy poważnych przestępstw (*very serious and exceptionally serious crimes*; por. w tej mierze postanowienie sygnalizacyjne Trybunału Konstytucyjnego w sprawie pod sygn. S 4/10 z 15 listopada 2010 r., wydane po umorzeniu postępowania w sprawie P 79/08, w którym Trybunał stwierdził m.in., że „wyrażenie «przestępstwa godzące w podstawy ekonomiczne państwa» uniemożliwia identyfikację typów przestępstw, określonych przez ustawę karną”), co w rezultacie powodowało, iż podsłuch można było stosować w postępowaniach dotyczących ponad połowy przestępstw wymienionych w Kodeksie karnym (por. także wyrok ETPCz w sprawie *Association for European Integration and Human Rights & Ekinidzhiev przeciwko Bułgarii* z 28 czerwca 2007 r., skarga nr 62540/00).

¹⁷ Wyrok z 2 września 2010 r., skarga nr 35623/05.

biegania przestępczości oraz ochrony praw ofiar przestępstw. Jak wskazano, Trybunał uznał, że zastosowanie GPS było mniej inwazyjną formą inwigilacji niż inne możliwe tu techniki (podśluch, nagrywanie wideo itp.), a trwało ono przez stosunkowo krótki okres (3 miesiące), nadto dotyczyło inwigilowanego tylko wówczas, gdy jechał samochodem wraz z drugą osobą, w której samochodzie był nadajnik.

We wskazanej sprawie Trybunał uznał, że zastosowanie nadzoru GPS było proporcjonalne, a w konsekwencji nie doszukał się naruszenia art. 8 Konwencji¹⁸.

Warto tu na marginesie odnotować, że Sąd Najwyższy USA w dniu 23 stycznia 2012 r., rozpatrując podobny problem w sprawie *US v. Antoine Jones* (sygn. 131 S. Ct. 3064), uznał, że zainstalowanie GPS w samochodzie podejrzanego naruszało Czwartą Poprawkę do Konstytucji USA.

Na jedną jeszcze tezę wynikającą z orzeczenia zapadłego we wskazanej powyżej sprawie warto zwrócić uwagę.

Trybunał, rozważając charakter inwigilacji mającej miejsce poza domem lub pomieszczeniami prywatnymi danej osoby i zastanawiając się, czy i na ile inwigilacja taka stanowi ingerencję w życie prywatne, wypowiedział tutaj ważną myśl. Zdaniem Trybunału, jeśli ludzie świadomie i w sposób zamierzony angażują się w działania, które są lub mogą być jawnie rejestrowane lub opisywane, ich uzasadnione oczekiwania dotyczące zachowania prywatności są ważne, ale niekoniecznie rozstrzygające. Osoba idąca ulicą jest nieuchronnie widoczna dla każdej innej, która jest tam również obecna. Podobny charakter ma monitorowanie takiej przestrzeni publicznej z wykorzystaniem środków technicznych (np. przez strażników obserwujących za pomocą telewizji wewnętrznej). Względy życia prywatnego mogą się natomiast pojawiać w przypadku systematycznego lub stałego rejestrowania takiego materiału z przestrzeni publicznej¹⁹. Podkreślenia wymaga, że Trybunał już wcześniej stwierdzał, iż np. systematyczne robienie podejrzanemu zdjęć na komisariacie policji za pomocą techniki wideo, czy też tajne i systematyczne zapisywanie głosu podejrzanego jako próbek głosu do dalszej analizy jest ingerencją w życie prywatne²⁰.

Na kanwie przedstawionych powyżej wywodów Trybunału w Strasburgu można postawić pytanie, czy np. umieszczenie podśluchu w publicznej budce telefonicznej i podsłuchiwanie przez służby rozmów osoby zamieszanej w sprawę podejrzenia korupcji wicepremiera rządu i jednocześnie ministra rolnictwa – bez zgody sądu i prokuratora – stanowiłoby naruszenie prawa. Prokuratura prowadząca śledztwo w sprawie m.in. tego podśluchu umorzyła postępowanie z uzasadnieniem, że budka telefoniczna jest miejscem publicznym, a w miejscu publicznym służby mogą dokonywać inwigilacji bez zgody sądu. Jednocześnie wiceszef tejże prokuratury oświadczył dziennikarzom, że „zakres kompetencji służb jest tak niejasny, że naprawdę nikt nie wie, jakie mają uprawnienia”²¹.

Warto tu porównawczo nawiązać do wypadku, który wydarzył się w Wielkiej Brytanii

¹⁸ Zob. A. Lach, *Glosa do wyroku ETPC z dnia 2 września 2010 r.*, 35623/05, Lex/el. 2011.

¹⁹ Por. rozmowę z Ireną Lipowicz, Rzecznikiem Praw Obywatelskich, zamieszczoną w „Gazecie Wyborczej” z 19 września 2012 r. (*RPO krytykuje miejski monitoring*).

²⁰ *Perry przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPCz z 17 lipca 2003 r., skarga nr 63737/00; *P. G. i J. H. przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPCz z 25 września 2001 r., skarga nr 44767/98; *Elahi przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPCz z 20 września 2006 r., skarga nr 30034/04.

²¹ M. Kobialka, *Pluskwa w budce telefonicznej prawa nie lamie*, „Gazeta Wyborcza” z 8 lutego 2012 r.

podczas podsłuchiwanie przez policję wysokiego rangą funkcjonariusza policji – kobiety toczącej antydyskryminacyjną batalię o powołanie jej na wyższe stanowisko. Podstęp zastosowano wobec jej rozmów prowadzonych w domu (co niewątpliwie podpada pod art. 8 Konwencji), ale także wobec rozmów prowadzonych z wewnętrznej policyjnej linii w miejscu pracy. W kontekście tego stanu faktycznego Trybunał w Strasburgu stwierdził, że w związku z lakonicznością brytyjskiego prawa w tej mierze (chodziło o ustawę z 1985 r. o kontroli korespondencji) również podsłuch rozmów prowadzonych ze służbowego telefonu narusza art. 8 Konwencji (*Halford przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPCz z 25 czerwca 1997 r., skarga nr 20605/92)²².

W kontekście powyższego warto tu rozważyć dalszą kwestię, związaną z ingerencją w korespondencję adwokatów (obrońców) z ich klientami²³.

Jest rzeczą oczywistą, że ingerencja w postaci przeszukania kancelarii adwokackiej jest traktowana jako ingerencja w życie prywatne i korespondencję²⁴. Podobnie potraktował Trybunał w Strasburgu przeszukanie i zajęcie danych elektronicznych w komputerze adwokata, w jego kancelarii adwokackiej (*Wieser i Bicos Beteiligungen GmbH przeciwko Austrii*, wyrok z 16 października 2007 r., skarga nr 74336/01, *Smirnov przeciwko Rosji*, wyrok z 7 czerwca 2007 r., skarga nr 71362/01²⁵).

O ile ingerencja w postaci fizycznego przeszukania dokumentów (papierowych czy elektronicznych) jest „wizualnie” inwazyjna, o tyle ingerencja polegająca na podsłuchiowaniu rozmów czy kontrolowaniu korespondencji (papierowej bądź elektronicznej) – z oczywistych powodów niewidoczna – często jest o wiele bardziej intensywna i skuteczna.

Trybunał w Strasburgu (*Kopp przeciwko Szwajcarii*, wyrok z 25 marca 1998 r., skarga nr 23224/94, *Kennedy przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok z 18 maja 2010 r., skarga nr 26839/05) podkreślał, że nawet samo tylko uzasadnione przekonanie, że rozmowa jest podsłuchiwana, może wystarczyć do uznania, iż skuteczność pomocy adwokata została ograniczona (podnosi m.in. tę kwestię w swoim wniosku do Trybunału Konstytucyjnego Rzecznik Praw Obywatelskich, kwestionując przepisy pozwalające służbom na podsłuchy, por. wniosek K 23/11²⁶).

W sprawie *Modarca przeciwko Mołdowie* (wyrok z 10 maja 2007 r., skarga nr 14437/05) Trybunał w Strasburgu podkreślił, że ingerencja w uprzywilejowane relacje adwokat–klient, a w konsekwencji także w prawo aresztowanego do obrony, następuje nie tylko w razie rzeczywistego podsłuchu lub rejestracji rozmów. Uzasadnione przekonanie, że rozmowa jest podsłuchiwana, może wystarczyć do uznania, iż skuteczność pomocy adwokata została ograniczona. Podobny pogląd wyraził Trybunał we wspomnianych

²² Por. także A. Rzepliński, *Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 25 sierpnia 1997 r. Sprawa Halford przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 11–12, s. 143.

²³ Rzecznik Praw Obywatelskich wspomina o tym w uzasadnieniu swojego wniosku do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 23/11.

²⁴ Szerzej o tym P. Kardas, *Ochrona tajemnicy obrończej. Kilka uwag o dopuszczalności kontroli i utrwalaenia treści rozmów oraz przekazów informacji realizowanych przy użyciu środków technicznych pomiędzy obrońcą a mandantem*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych”, Rok XV: 2011, z. 4, s. 5 i n.

²⁵ Trybunał w Strasburgu wyraźnie podkreślił w uzasadnieniu orzeczenia konieczność ochrony tajemnicy adwokackiej w czasie przeszukania w domu adwokata.

²⁶ Wniosek na stronie internetowej Trybunału Konstytucyjnego: http://62.111.213.54/sprawa/sprawa_pobierz_plik62.asp?plik=F-274604174/K_23_11_Wns_2011_06_29.pdf&syg=K23/11

wcześniej sprawach: *Klass i inni przeciwko Niemcom* (wyrok ETPCz z 6 września 1978 r., skarga nr 5029/71) oraz *Halford przeciwko Wielkiej Brytanii* (wyrok ETPCz z 25 czerwca 1997 r., skarga nr 20605/92).

Przechodząc na grunt polskiej rzeczywistości, nie sposób tu nie wspomnieć o zawisłej w Trybunale Konstytucyjnym sprawie o sygnaturze SK 7/10, w której krakowski adwokat poskarżył się na przepisy ustawy o Policji. W toku prowadzonego przez prokuraturę okręgową śledztwa przeciwko klientowi wnoszącego skargę konstytucyjną adwokata rozmowy klienta z adwokatem były podsłuchiwane przez policję. Stenogramy tych rozmów znalazły się następnie w sądowych aktach sprawy, ale nie mogły być ujawnione procesowo z uwagi na ustawowy bezwzględny zakaz ujawniania tajemnicy adwokackiej (obrończej). Sąd odmówił zniszczenia stenogramów tych rozmów, powołując się na obowiązujące wówczas ustawodawstwo (2007 rok). Trybunał Konstytucyjny postanowieniem z 4 kwietnia 2012 r.²⁷ umorzył postępowanie w sprawie. Trybunał, uznając niedopuszczalność merytorycznego rozpoznania skargi, powołał się m.in. na zmianę przepisów regulujących kontrolę operacyjną, polegającą na uzupełnieniu zakwestionowanego art. 19 ustawy o Policji o nowe rozwiązania i odesłanie do Kodeksu postępowania karnego, a także możliwością ponowienia – dopuszczalną w aktualnym stanie prawnym – wniosku skarżącego o zniszczenie zapisów jego rozmów z obrońcą, podlegającego obecnie rozpoznaniu przez właściwy sąd. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że dotychczasowe przepisy nie gwarantowały ani możliwości zniszczenia utrwalonych już rozmów, ani procedury pozwalającej m.in. osobom podsłuchiwanym na skuteczne domaganie się zniszczenia materiałów niemających znaczenia dla postępowania. Sytuacja uległa natomiast zmianie po wejściu w życie noweli do ustawy o Policji z 2011 r.²⁸, gdyż nie tylko zrewidowano mechanizm odnoszący się do prowadzenia kontroli operacyjnej w ustawie o Policji (w tym zasady niszczenia materiałów i zapisów), ale przede wszystkim – poprzez odesłanie do uzupełnionych tą nowelizacją przepisów regulujących tzw. podsłuch procesowy w k.p.k. – uszczegółowiono tryb postępowania dotyczący zniszczenia utrwalonych zapisów rozmów. Trybunał Konstytucyjny zastrzegł jednocześnie, że nie może przesądzać, czy wprowadzony mechanizm jest efektywny, bowiem zarówno ukształtowany nowymi przepisami mechanizm nie został dotychczas zakwestionowany, jak też nie wykształciła się jeszcze praktyka stosowania tych przepisów²⁹.

Podkreślenia wymaga, że w Polsce aktualnie dziewięć służb mundurowych i specjal-

²⁷ OTK ZU 2012, nr 4/A, poz. 43.

²⁸ Dz.U. z 2011 r. nr 287, poz. 1687.

²⁹ Na marginesie podnieść należy, że Prokurator Generalny w pisemnym, dodatkowym stanowisku z 21 listopada 2011 r. w omawianej sprawie, przedstawionym Trybunałowi Konstytucyjnemu (http://62.111.213.54/sprawa/sprawa_pobierz_plik62.asp?plik=F1242523571/SK_7_10_RPO_2011_11_17_ADO.pdf&syg=SK7/10), stwierdził, że: „Regulacje zawarte w art. 19 ustawy o Policji, w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, w dalszym ciągu pomijają problematykę określenia granic wkroczenia przez stosującego czynności operacyjno-rozpoznawcze w sferę kontaktów oskarżonego z jego obrońcą oraz gwarancji proceduralnych towarzyszących takiemu wkroczeniu, natomiast zmiany uregulowań normujących sposób postępowania z informacjami uzyskanymi w toku takiej kontroli, które mogłyby znaleźć zastosowanie również odnośnie informacji dotyczących takich kontaktów, nie wydają się wystarczające do spełnienia standardów konstytucyjnych podnoszonych w skardze konstytucyjnej (...)”.

nych może podejmować działalność operacyjną w około 200 sytuacjach³⁰. Dodać należy, że ustawy normujące działalność tych służb przewidują podejmowanie przez te służby kontroli operacyjnej nie tylko w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców czy uzyskania i utrwalenia dowodów określonych przestępstw, ale również w wypadkach prowadzenia przez służby działań kontrolnych, planistycznych bądź analitycznych. Tak szerokie zakreślenie ram, w których poszczególne służby uzyskały możliwość wkraczania w sferę konstytucyjnie chronionych wolności i praw jednostki, nakłada na ustawodawcę obowiązek szczególnie precyzyjnego określenia procedur stosowania kontroli operacyjnej, w tym w szczególności ochrony praw i wolności osób przed poddaniem takiej kontroli w sposób nieuprawniony.

Na tym tle należy wspomnieć o zawistych przed Trybunałem Konstytucyjnym sprawach oznaczonych sygnaturami: K 23/11, K 29/11, K 34/11, K 15/12, K 21/12 i K 28/12 – połączonych do rozpoznania pod wspólną sygnaturą: K 23/11, zainicjowanych wnioskami Rzecznika Praw Obywatelskich oraz Prokuratora Generalnego³¹.

W sprawach tych Rzecznik Praw Obywatelskich oraz Prokurator Generalny zakwestionowali przepisy dotyczące uprawnień służb tzw. specjalnych i mundurowych w zakresie: 1) zbyt szerokiego i niesprecyzowanego stosowania środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawną informacji i dowodów oraz ich utrwalanie, a w szczególności treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych; 2) obowiązku udostępniania danych objętych tajemnicą wynikającą z przepisów Prawa telekomunikacyjnego w każdym przypadku, gdy służby o to się zwróca, a nie wtedy, gdy okazało się to niezbędne³²; 3) przepisów w zakresie, w jakim w ogóle nie przewidują zniszczenia tych spośród pozyskanych danych na podstawie przepisów Prawa telekomunikacyjnego, które nie zawierają informacji mających znaczenie dla prowadzonego postępowania; 4) zbyt szerokiego i niesprecyzowanego przedmiotowego zakresu stosowania kontroli operacyjnej.

Podkreślenia wymaga, że Rzecznik Praw Obywatelskich (oraz Prokurator Generalny we wniosku złożonym w sprawie K 15/12) kwestionuje nie tyle samą możliwość stosowania przez służby w ramach kontroli operacyjnej dostępnych środków technicznych w celu uzyskania informacji i dowodów, ile: 1) okoliczność, że przepisy te nie regulują

³⁰ Por. treść wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich w sprawie K 23/11 na stronie internetowej Trybunału Konstytucyjnego: http://62.111.213.54/sprawa/sprawa_pobierz_plik62.asp?plik=F-274604174/K_23_11_Wns_2011_06_29.pdf&syg=K 23/11

³¹ Zob. wniosek RPO oraz stanowiska uczestników w sprawie K 23/11 na stronie internetowej TK: http://62.111.213.54/sprawa/sprawa_pobierz_plik62.asp?plik=F-274604174/K_23_11_Wns_2011_06_29.pdf&syg=K 23/11

³² Ustawa z 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. nr 171 poz. 1800) w art. 180c ust. 1 stanowi: „Obowiązkiem, o którym mowa w art. 180a ust. 1, objęte są dane niezbędne do: 1) ustalenia zakończenia sieci, telekomunikacyjnego urządzenia końcowego, użytkownika końcowego: a) inicjującego połączenie, b) do którego kierowane jest połączenie; 2) określenia: a) daty i godziny połączenia oraz czasu jego trwania, b) rodzaju połączenia, c) lokalizacji telekomunikacyjnego urządzenia końcowego”. Z kolei art. 180d tej ustawy stanowi: „Przedsiębiorcy telekomunikacyjni są obowiązani do zapewnienia warunków dostępu i utrwalania oraz do udostępniania uprawnionym podmiotom, a także Służbie Celnej, sądowni i prokuratorowi, na własny koszt, przetwarzanych przez siebie danych, o których mowa w art. 159 ust. 1 pkt 1 i 3–5, w art. 161 oraz w art. 179 ust. 9, związanych ze świadczoną usługą telekomunikacyjną, na zasadach i przy zachowaniu procedur określonych w przepisach odrębnych”.

w sposób precyzyjny celu gromadzenia danych, odwołując się tylko do zakresu zadań poszczególnych służb, bądź posługują się ogólnikowym stwierdzeniem, iż dane te są pozyskiwane w celu zapobiegania lub wykrywania przestępstw, w sytuacji gdy art. 49 Konstytucji stanowi, że takie ograniczenie może nastąpić „jedynie w wypadkach określonych w ustawie”; 2) zbyt szerokie zakreślenie katalogu sytuacji, w których poszczególne służby mundurowe i specjalne mogą podejmować kontrolę operacyjną; 3) brak możliwości precyzyjnej identyfikacji typów przestępstw, których ma dotyczyć kontrola operacyjna; 4) brak wskazania kategorii osób, w stosunku do których niezbędne jest respektowanie ich tajemnicy zawodowej (np. adwokaci); 5) brak precyzyjnego wskazania, z jakich środków technicznych mogą korzystać służby w celu zdobycia informacji i dowodów³³; 6) brak wskazania, o jakie dowody i informacje chodzi; 7) okoliczność, że pozyskiwanie danych nie podlega żadnej zewnętrznej formie kontroli; 8) brak możliwości niszczenia istotnej części gromadzonych przez służby danych, gdy okażą się nieprzydatne z punktu widzenia realizowanych zadań.

Bez względu na to, jakiej treści orzeczenie podejmie w powyższej sprawie Trybunał Konstytucyjny, niewątpliwie jest, że pomoże ono w przyszłości kształtować zasady i tryb działania organów policyjnych oraz służb w zakresie pełnienia ich ustawowych obowiązków.

³³ Por. w tej mierze: B. Nita, *Przedmiotowy zakres*, s. 60 i n.

Summary

Wojciech Hermeliński

PUBLIC SAFETY AND THE RIGHT OF INDIVIDUALS TO PRIVACY

The subject of the article are reflections how to balance, on the one hand, the need to care by the democratic state about the security of its own citizens and, on the other hand, protection of individual rights to privacy, freedom of communication and connected with this protection of the secrecy of communication, protection of information, as well as the constitutional guarantee of judicial protection of the rights of the individual. Relying on the background of the case law of the European Court of Human Rights in Strasbourg as well as on the judgments of the Constitutional Court the article indicates conditions, which the police authorities should be guided in carrying out surveillance operations. Particular attention was given to the extra-procedural tapping and the obligation of the authorities to determine precisely with this respect the limits of entering in the privacy of the individual.

KEY WORDS: constitutional law, criminal law, protection of human rights

POJĘCIA KLUCZOWE: prawo konstytucyjne, prawo karne, ochrona praw człowieka