

Inwigilacja po 6 lutego 2016 roku

5 października 2015

Dziesiątki godzin pracy – urzędników, senatorów, przedstawicieli służb i naszych. Mimo to nie będzie w tej kadencji ustawy regulującej działanie służb specjalnych. 6 lutego przyszłego roku wejdzie w życie wyrok Trybunału Konstytucyjnego stwierdzający niekonstytucyjność ich niektórych uprawnień. Wobec upływającego czasu i nadchodzących wyborów coraz ważniejsze staje się pytanie: a co, jeśli do tego czasu nie powstaną nowe przepisy? Czy możemy sobie na to pozwolić?

Osiemnaście miesięcy – tyle czasu Trybunał Konstytucyjny dał ustawodawcy na naprawienie obecnych przepisów. Naruszają one Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej m.in. przez fakt, że policja i służby specjalne mogą sięgać po dane telekomunikacyjne bez pytania kogokolwiek o zgodę, bez zewnętrznej kontroli. Długo w tej sprawie nic się nie działo, aż w czerwcu okazało się, że gotowy projekt, wprowadzający quasi-kontrolę nad służbami, przygotowali senatorowie Platformy Obywatelskiej. Długo można by wymieniać instytucje, które projekt skrytykowały. Popierały go jednak MSW, policja i służby, co w kontekście regulowanej materii mogło być rozstrzygające. Po błyskawicznym przyjęciu projektu przez Senat uchwalenie ustawy przez posłów wydawało się czystą formalnością. Jednak coś się zacięło: rząd nie przyjął stanowiska w tej sprawie, a powołana do prac nad projektem podkomisja nawet nie zebrała się na merytoryczną dyskusję.

Nie wiemy, czy o zablokowaniu projektu przesądził spór w Radzie Ministrów, a konkretnie zdecydowany sprzeciw G10D0, MSZ i MAiC. Wpływ na decyzję rządu mogła mieć też szeroka krytyka regulacji przez media i organizacje społeczne, również Fundację Panoptikon. Nie można jednak wykluczyć, że

przesądziła polityczna kalkulacja i chęć podrzucenia tego legislacyjnego „gorącego kartofla” kolejnej ekipie. Bez względu na motywy jasne jest, że nie ma już szans na przyjęcie przepisów w obecnej kadencji (w miniony piątek zakończyło się przedostatnie posiedzenie Sejmu).

Zaniechanie prac nad wdrożeniem wyroku Trybunału Konstytucyjnego w tej kadencji stawia pod znakiem zapytania możliwość przyjęcia nowych przepisów przed jego wejściem w życie. Nie stanie się to w kampanijno-wyborczym październiku, może się nie udać w listopadzie, kiedy będzie tworzony nowy rząd. A potem już tylko grudzień i styczeń, z przerwą bożonarodzeniową pośrodku. Co stanie się więc 6 lutego? Czy służby stracą możliwość szybkiego sięgania po billingi i inne dane, co – jeśli wierzyć zapewnieniom funkcjonariuszy – częstokroć przesądza o skuteczności ich działań?

CZY GROŻĄ NAM BEZZĘBNE SŁUŻBY?

Żeby odpowiedzieć na to pytanie, trzeba bliżej przyjrzeć się wyrokowi z 30 lipca 2014 r. Trybunał stwierdził niekonstytucyjność przepisów w czterech punktach. Dwa z nich dotyczą tzw. pominięć ustawodawczych. Zdaniem Trybunału przepisy dotyczące pobierania danych telekomunikacyjnych (np. billingów) przez niektóre służby (np. art. 28 ustawy o ABW) są niezgodne z Konstytucją „w zakresie, w jakim nie przewidują zniszczenia danych niemających znaczenia dla prowadzonego postępowania”. Zgodnie z treścią wyroku przepisy te tracą moc obowiązującą „w zakresach w nich wskazanych” po upływie 18 miesięcy, a więc właśnie w lutym. Co to oznacza? Wyrok w tym punkcie nie odnosi się przecież wprost do istniejących przepisów, ale do czegoś, czego w systemie prawnym nie ma. Czy – ze względu na brak wymaganych przez Konstytucję gwarancji – przestanie obowiązywać cały przepis, czy tylko pojawi się obowiązek po stronie ustawodawcy ich niezwłocznego „uzupełnienia”? Zdania w doktrynie co do skutków wyroków stwierdzających niekonstytucyjność pominięcia ustawodawczego są podzielone. W tym konkretnym przypadku prawdopodobnie nie

obędzie się bez rozstrzygnięcia tych wątpliwości przez sąd. Operatorzy telekomunikacyjni zapewne nie wezmą na siebie ryzyka błędnej interpretacji obowiązującego prawa i któryś z nich, po wejściu w życie wyroku, zdecyduje się skierować sprawę do sądu.

Podobnie wygląda sprawa, jeśli chodzi o kontrolę operacyjną – regulujące ją przepisy są niekonstytucyjne w zakresie, w jakim nie przewidują gwarancji ochrony materiałów zawierających tajemnicę prawnie chronioną, np. adwokacką. Skutek: w jednym wariantcie przepisy nadal obowiązują, a ustawodawca ma obowiązek je poprawić; w drugim – wszystkie znikają.

BILINGI JAK PODSŁUCHY?

Dwa kolejne punkty wyroku nie stwarzają większych wątpliwości interpretacyjnych i efekt ich wejścia w życie można przewidzieć już dziś. Jeśli do lutego 2016 r. nie pojawią się nowe przepisy, ABW nie będzie mogła prowadzić kontroli operacyjnej (np. podsłuchu) w sprawach przestępstw „godzących w podstawy ekonomiczne państwa”. Trybunał uznał ten przepis za zbyt ogólny.

W czwartym punkcie TK stwierdził niekonstytucyjność obowiązujących przepisów dotyczących sięgania po dane telekomunikacyjne ze względu na brak „niezależnej kontroli udostępniania danych telekomunikacyjnych”. Trybunał nie posłużył się w tym wypadku pojęciem „w zakresie...”, co oznacza, że zakwestionowane przepisy po prostu przestaną obowiązywać.

Co się wówczas stanie? Naszym zdaniem dostęp do danych telekomunikacyjnych powinien być wówczas traktowany jak forma kontroli operacyjnej – ze wszystkimi tego konsekwencjami. W praktyce, przede wszystkim, będzie to oznaczać konieczność uzyskiwania każdorazowo zgody prokuratora i sądu. Wynika to z konstrukcji tzw. ustaw kompetencyjnych (np. ustawy o ABW), w których obecny tryb sięgania po dane telekomunikacyjne jest wyjątkiem od zasadniczego trybu obowiązującego przy

prowadzeniu kontroli operacyjnej. Jeśli zniknie ów wyjątek, zostanie właśnie reguła ogólna. Definicja kontroli operacyjnej obejmuje stosowanie środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie „treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnej”. Duża część danych telekomunikacyjnych, np. billingi i informacje o lokalizacji, do tej kategorii niewątpliwie należą. Dlatego – według nas – ich udostępnianie będzie poddane tym samym zasadom co np. założenie podsłuchu.

Jeśli do 6 lutego przyszłego roku nie wejdą w życie nowe przepisy dotyczące uprawnień służb, to w praktyce będą obowiązywać zasady udostępniania danych telekomunikacyjnych bliskie tym, których wprowadzenie od lat postulujemy: aby sięgnąć po billing czy lokalizację konkretnej osoby, służby powinny uzyskać zgodę sądu. Inne dane, takie jak dane abonenckie, które nie mieszczą się w kategorii danych „przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnej”, będą udostępniane na podstawie ogólnych przepisów, które dają służbom podstawę do żądania każdego rodzaju danych osobowych.

JAKA BĘDZIE PRAKTYKA SŁUŻB?

Powyżej przedstawiliśmy – naszym zdaniem – najbardziej prawdopodobną interpretację prawa, które będzie obowiązywać po wejściu w życie wyroku TK. Z dzisiejszej perspektywy trudno jednak przewidzieć, czy praktyka pozyskiwania danych telekomunikacyjnych pójdzie w tym właśnie kierunku. Z jednej strony mamy nowe zasady prowadzenia postępowania karnego, które pozwalają na podważenie dowodów uzyskanych w sposób niezgodny z prawem. W tym kontekście można liczyć na to, że funkcjonariusze nie będą ryzykować i naginać prawa. Z drugiej strony, wobec braku niezależnych mechanizmów kontroli nad funkcjonowaniem polskich służb, nietrudno sobie wyobrazić inny scenariusz. Posługując się kategorią „interesu służby specjalnej” (oznaczającej coś innego, niż interes publiczny), trudno jednoznacznie ocenić, czy nieprzyjęcie jakichkolwiek przepisów do 6 lutego przyszłego roku będzie dla służb

korzystne. Faktem jest, że nie pojawią się dodatkowe gwarancje dotyczące osób wykonujących zawody zaufania publicznego czy niszczenia pobranych danych. Niewątpliwie pojawią się jednak trudne dylematy: czy sięgać po billing bez zgody sądu, ryzykując podważenie tego dowodu w dalszym procesie, ale za to zyskując cenny czas? Jak traktować przepisy, w których TK wskazał na pominięcie ustawodawcze?

I z perspektywy działającego pod presją czasu funkcjonariusza, i z perspektywy szefów służb lepiej jest, kiedy prawo nie stwarza takich wątpliwości. Wreszcie: nie będzie to dobry scenariusz również z punktu widzenia obywateli, zmniejszy się bowiem przejrzystość i pewność prawa w newralgicznym obszarze. Ktokolwiek zatem utworzy za kilka tygodni rząd, powinien zacząć od zmian legislacyjnych w działaniu służb specjalnych.

Autorstwo: Wojciech Klicki, Katarzyna Szymielewicz

Źródło: [Panoptikon.org](https://panoptikon.org)