

Wokół „ustawy inwigilacyjnej”. Geneza, przepisy i konsekwencje *Ustawy z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw*

Streszczenie

Niniejszy artykuł omawia genezę, przepisy i konsekwencje tzw. ustawy inwigilacyjnej, czyli uchwalonej 15 stycznia 2016 r. nowelizacji ustawy o Policji i ustaw kompetencyjnych innych instytucji bezpieczeństwa. Ustawa wywołała wielkie kontrowersje i była jedną ze spraw najczęściej komentowanych w mediach. Autor skoncentrował się na analizie dwóch zagadnień: wpływu ustawy na wykonywanie czynności operacyjno-rozpoznawczych przez instytucje bezpieczeństwa i postawy elit politycznych wobec ustawy. W artykule zanalizowano akty normatywne i ich projekty, sprawozdania stenograficzne oraz inne dokumenty instytucji publicznych.

Słowa kluczowe: ustawa inwigilacyjna • Prawo i Sprawiedliwość • Platforma Obywatelska • retencja danych • Policja

Abstract

The article presents the origins, rules and consequences of the so-called Polish Surveillance Act, i.e. the Act of 15 January 2016 amending the Police Act and certain other Acts. The act has caused great controversy and has become one of the most discussed topics in the media. The author focuses on two issues: How did the Act affect the surveillance procedures in Poland and what was the attitude of the political elite towards it? The author analyses normative acts and their projects, shorthand reports, and other documents of public institutions.

Keywords: surveillance act • Law and Justice • Civic Platform • data retention • Police

Wstęp

Na początku 2016 r. jednym z najpopularniejszych tematów w polskich mediach była tzw. ustawa inwigilacyjna¹, czyli nowelizacja obowiązującej od 1990 r. ustawy o Policji² i ustaw kompetencyjnych innych instytucji bezpieczeństwa. Choć od jej przyjęcia do października 2018 r. ustawa o Policji została zmieniona 145 razy, to właśnie nowelizacja z 15 stycznia 2016 r. jest

¹ *Ustawa z dnia 15 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw*, „Dziennik Ustaw” (dalej jako: Dz. U.) 2016, poz. 147.

² *Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji*, Dz. U. 1990 nr 30 poz. 179.

zapewne tą budzącą najwięcej kontrowersji. Warto przyrzeć się jej z perspektywy blisko trzech lat, tym bardziej, że nie została dotąd wyczerpująco omówiona w literaturze przedmiotu³.

Celem niniejszego artykułu jest analiza genezy, przepisów i konsekwencji ustawy z 15 stycznia 2016 r. Sformułowano dwa pytania badawcze: 1. W jaki sposób ustawa wpłynęła na wykonywanie czynności operacyjno-rozpoznawczych przez instytucje bezpieczeństwa?; 2. Jaka była postawa elit politycznych wobec regulacji dotyczących wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych? Trzeba zaznaczyć, że autor nie aspirował do całościowego opisania problematyki związanej z ustawą, która zasługuje na dalsze, pogłębione badania. W niniejszym artykule poruszono jedynie niewielką część zagadnień związanych z aktualnymi rozwiązaniami prawnymi dotyczącymi czynności operacyjno-rozpoznawczych⁴. Jako że najważniejsze zmiany wprowadzone przez tzw. ustawę inwigilacyjną dotyczyły pozyskiwania danych pochodzących z retencji, autor poświęcił mniej miejsca kwestii kontroli operacyjnej. Nie odnoszono się również do problematyki działań inwigilacyjnych prowadzonych w ramach czynności procesowych na podstawie Kodeksu postępowania karnego⁵.

W niniejszym artykule posługiwano się metodą historyczną i neoinstytucjonalną⁶. Podstawą źródłową artykułu są akty normatywne i ich projekty, sprawozdania stenograficzne oraz inne dokumenty instytucji publicznych. Wykorzystano także literaturę przedmiotu z zakresu nauk o polityce i administracji oraz prawa. Artykuł składa się ze wstępu, trzech części i podsumowania. Część pierwsza jest poświęcona genezie ustawy, część druga – jej najważniejszym przepisom, zaś trzecia – towarzyszącej jej debacie publicznej i konsekwencjom jej uchwalenia. Wszystkie tłumaczenia dokumentów anglojęzycznych pochodzą od autora.

Dziękuję dr hab. Agnieszce Grzelak i dr. Mateuszowi Kolaszyńskiemu za uwagi zgłoszone do roboczej wersji artykułu.

1. Geneza „ustawy inwigilacyjnej”

Materia prawna dotycząca czynności operacyjno-rozpoznawczych była w XXI w. wielokrotnie przedmiotem namysłu polskiego ustawodawcy. Zasadniczą zmianę wprowadzono w 2001 r.,

³ Zob. np. B. Opaliński, *Pozyskiwanie danych telekomunikacyjnych przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 30 lipca 2014 roku*, „Ius Novum” 2017, t. 3, s. 154–159.

⁴ Zob. np. M. Kolaszyński, *Status ustrojowy polskich służb specjalnych po 1989 r.*, Kraków 2016, s. 131–146.

⁵ Zob. np. M. Tomkiewicz, *Stosowanie kontroli operacyjnej w toku postępowania karnego*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2016, t. 26, nr 4, s. 118–124.

⁶ V. Lowndes, *Instytucjonalizm*, [w:] D. Marsh, G. Stoker (red.), *Teorie i metody w naukach politycznych*, tł. J. Tegnerowicz, Kraków 2006, s. 96–100.

kiedy kontrola operacyjna została objęta uprzednią kontrolą sądową⁷. W ostatnich latach powstało kilka niezrealizowanych projektów reformy całości czynności operacyjno-rozpoznawczych⁸, miały też miejsce częste nowelizacje cząstkowe⁹. W międzyczasie krytycznie o stanie prawa w tym obszarze wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny (TK), sygnalizując w postanowieniu S 2/06 z 25 stycznia 2006 r. Sejmowi „potrzebę podjęcia inicjatywy ustawodawczej w przedmiocie zagwarantowania w ustawie o Policji konstytucyjnych praw osób poddanych kontroli operacyjnej”¹⁰.

Geneza tytułowej ustawy sięga lat 2011–2012, kiedy prokurator generalny i Rzecznik Praw Obywatelskich (RPO) zaskarżyli do TK przepisy dotyczące kompetencji „inwigilacyjnych” polskich instytucji bezpieczeństwa, regulujące stosowanie podsłuchów i pozyskiwanie danych telekomunikacyjnych oraz określające katalog zbieranych informacji i tryb ich niszczenia. Za rozwiązanie wadliwe uznawano m.in. możliwość uzyskania dostępu do bilingów bez zgody sądu. Właściwe instytucje składały rocznie do operatorów setki tysięcy wniosków o udostępnienie danych i otrzymywały je, bez kontroli zewnętrznej – uprzedniej bądź następczej. W sumie do TK wpłynęło siedem wniosków prokuratora generalnego i RPO. Trybunał rozpatrywał je łącznie, w pełnym składzie. Po czterech posiedzeniach w dniach 1–3 kwietnia i 30 lipca 2014 r., TK wydał wyrok¹¹, w którym nakazał wieloaspektowe uszczelnienia procesu pozyskiwania informacji drogą czynności operacyjno-rozpoznawczych. Kwietniowe trzydniowe posiedzenie TK było bezprecedensowe, a prezes Andrzej Rzepliński stwierdził, że jest to „największa dotychczas sprawa dla Trybunału”¹².

⁷ Zob. np. A. Taracha, *Sądowa kontrola czynności operacyjno-rozpoznawczych*, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2003, t. 2, s. 29–30.

⁸ *Poselski projekt ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych*, druk nr 1570 z 26 I 2007 r.; *Poselski projekt ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych*, druk nr 353 z 7 II 2008 r. Zob. na ten temat A. Taracha, *O „Projekcie ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych”*, „*Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio G*” 2009/2010, t. 56/57, s. 163–164. Zob. też np. *Projekt ustawy o Komisji Kontroli Służb Specjalnych* z 11 X 2013 r.; *Rządowy projekt ustawy o Agencji Wywiadu*, druk nr 2294 z 1.04.2014 r.; *Rządowy projekt ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego*, druk nr 2295 z 1.04.2014 r.; B. Grabowska-Moroz, A. Pietryka, *Służby specjalne, policyjne i skarbowe a prawa człowieka – standardy konstytucyjne i międzynarodowe oraz kierunki niezbędnych zmian legislacyjnych*, „*Raporty, Opinie, Sprawozdania*” Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, Warszawa, maj 2016, s. 18–21.

⁹ Zob. np. *Ustawa z dnia 26 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw*, Dz. U. 2014, poz. 1199.

¹⁰ Postanowienie TK z dnia 25 stycznia 2006 r., 13/1/A/2006, sygn. akt S 2/06.

¹¹ *Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r. sygn. akt K 23/11*, Dz. U. 2014 poz. 1055. Zob. też np. B. Opaliński, *Gromadzenie i udostępnianie danych telekomunikacyjnych w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] P. Brzeziński, B. Opaliński, M. Rogalski (red.), *Gromadzenie i udostępnianie danych telekomunikacyjnych*, Warszawa 2016, s. 11–27.

¹² *TK kontynuuje badanie przepisów o inwigilacji*, Wolters Kluwer, 2.04.2014, www.lex.pl/czytaj/-/artykul/tk-kontynuuje-badanie-przepisow-o-inwigilacji (dostęp: 31.12.2017).

1.1. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawach połączonych *Digital Rights Ireland* oraz *Kärntner Landesregierung i in.*

Pomiędzy trzecim a czwartym posiedzeniem TK, w dniu 8 kwietnia 2014 r., zapadł wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) w sprawach połączonych *Digital Rights Ireland* oraz *Kärntner Landesregierung i in.*, w którym za nieważną uznano tzw. dyrektywę retencyjną, czyli dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej z dnia 15 marca 2006 r.¹³

Przyjęta w związku z zagrożeniem terrorystycznym (zamachy w Madrycie w 2004 r. i w Londynie w 2005 r.), dyrektywa zobowiązywała państwa członkowskie do zatrzymywania danych telefonicznych i internetowych, które są niezbędne do ustalenia: źródła, odbiorcy, rodzaju, daty, godziny i czasu trwania połączenia oraz narzędzia komunikacji i lokalizacji urządzenia komunikacji ruchomej. Dane musiały być zatrzymywane przynajmniej przez pół roku, ale nie dłużej niż dwa lata od daty połączenia. Jednocześnie dyrektywa za niezgodne z prawem uznawała zatrzymywanie danych, które „ujawniają treść komunikatu”. W zakresie dostępu do danych zobowiązała państwa członkowskie UE do podjęcia środków w celu zagwarantowania, że zatrzymywane dane są „udostępniane jedynie właściwym organom krajowym, w szczególnych przypadkach i zgodnie z krajowym ustawodawstwem”. Wykorzystywanie danych pochodzących z retencji wymagało spełnienia kryteriów konieczności i proporcjonalności¹⁴. Polskie prawo dostosowano do dyrektywy w 2009 r., ustalając okres retencji na dwa lata¹⁵. W 2012 r. skrócono go do 12 miesięcy¹⁶.

W orzeczeniu wydanym w trybie prejudycjalnym, po pytaniach złożonych przez sądy irlandzki i austriacki, TSUE przedstawił wieloaspektową krytykę dyrektywy, wskazując na brak „jasnych i precyzyjnych reguł określających zakres ingerencji” w prawa zawarte w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej. Trybunał orzekł, że dyrektywa ingeruje w nie „wyjątkowo

¹³ Dyrektywa 2006/24/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. w sprawie zatrzymywania generowanych lub przetwarzanych danych w związku ze świadczeniem ogólnie dostępnych usług łączności elektronicznej lub udostępnianiem publicznych sieci łączności oraz zmieniająca dyrektywę 2002/58/WE, „Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej” (dalej jako: Dz. Urz. UE) 2006 nr L 105, s. 54.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ustawa z dnia 24 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. 2009 nr 85 poz. 716.

¹⁶ Ustawa z dnia 16 listopada 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. 2012 poz. 1445. Zob. np. K. Majchrzak, P. Misztal, *Charakter dowodowy retencji danych telekomunikacyjnych w polskim postępowaniu karnym*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 2015, nr 4, s. 7–8.

szeroko i mocno”, pozostawiając wiele obszarów nieuregulowanych lub pozbawionych obiektywnych kryteriów. Nie zabezpieczono „niezbędności” sięgania po dane pochodzące z retencji i przekroczono granice, które „wyznacza poszanowanie zasady proporcjonalności”. Choć dyrektywa miała służyć zwalczaniu poważnych przestępstw, objęła „całościowo wszystkie korzystające z usług łączności elektronicznej osoby”, także te, których komunikacja jest objęta tajemnicą zawodową. Zabrakło gwarancji dotyczącej „nieodwracalnego zniszczenia danych po upływie ich okresu zatrzymania”. TSUE podkreślił, że nie zagwarantowano także „uprzedniej kontroli sądu lub niezależnego organu administracyjnego” nad udostępnianiem i wykorzystywaniem danych. Jeśli chodzi o okres zatrzymania danych telekomunikacyjnych, to wszystkie ich rodzaje potraktowano tak samo, nie wprowadzając zróżnicowania w tym zakresie. TSUE zauważył również, że w dyrektywie nie określono, że dane muszą być zatrzymywane na obszarze UE¹⁷. Orzeczenie nie odnosiło się do polskich rozwiązań prawnych, ale wskazało na standardy, jakich powinny przestrzegać państwa członkowskie. Tym samym wyrok TSUE musiał wpłynąć na orzeczenie TK.

1.2. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 30 lipca 2014 r. (K 23/11)

W wyroku K 23/11 z dnia 30 lipca 2014 r. TK uznał, że polskie prawo powinno zostać zmienione przede wszystkim w ośmiu obszarach, obejmujących wymagania formalne, materialne i proceduralne. Po pierwsze, konieczne było uregulowanie zakresu przedmiotowego czynności operacyjno-rozpoznawczych, zarówno kontroli operacyjnej, jak i pozyskiwania danych telekomunikacyjnych¹⁸. Jeśli chodzi o kontrolę operacyjną, to chociaż w ustawach kompetencyjnych istniały katalogi przestępstw w postaci odesłań do odpowiednich przepisów Kodeksu karnego, zawierały one również nieostre sformułowania, takie jak zwalczanie przestępstw godzących w „bezpieczeństwo państwa” lub „podstawy ekonomiczne państwa”, jak ujęto to ustawie o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (ABW) i Agencji Wywiadu (AW)¹⁹.

¹⁷ Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 8.04.2014 r., *Digital Rights Ireland Ltd (C-293/12) przeciwko Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Commissioner of the Garda Síochána, Irlandii, The Attorney General, przy udziale: Irish Human Rights Commission, oraz Kärntner Landesregierung (C-594/12), Michael Seitlinger, Christof Tsochogl i in.*, sygn. ECLI:EU:C:2014:238, s. 19–21. Zob. też np. P. Brzeziński, *Stanowisko Trybunału Sprawiedliwości w sprawach połączonych Digital Rights Ireland i Kärntner Landesregierung*, [w:] P. Brzeziński, B. Opaliński, M. Rogalski (red.), op. cit., s. 43–102; P. Brzeziński, *Wpływ wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawach Digital Rights Ireland i Kärntner Landesregierung na prawo wewnętrzne państw członkowskich UE*, [w:] P. Brzeziński, B. Opaliński, M. Rogalski (red.), op. cit., s. 103–107.

¹⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 lipca 2014 r., 80/7/A/2014, sygn. akt K 23/11, s. 72.

¹⁹ Ibidem, s. 81.

Po drugie, należało ustawowo określić zamknięty „katalog rodzajów środków technicznych służących do niejawnego pozyskiwania informacji i dowodów ogranicza arbitralność organów państwa” (jednakże bez wskazywania „konkretnych środków techniki operacyjnej ani tym bardziej zdefiniowanie ich parametrów”). Po trzecie, ustawodawca powinien doprecyzować „maksymalny czas prowadzenia niejawnych czynności, po upływie którego dalsze ich prowadzenie jest już niedopuszczalne”. Bezterminowości ich prowadzenia nie można było, zdaniem TK, pogodzić z demokratycznym państwem prawa – nawet w odniesieniu do poważnych przestępstw. Po czwarte, uregulowana musiała zostać „procedura zarządzania czynności operacyjno-rozpoznawczych, włączywszy w to powierzenie kompetencji do zarządzania tych czynności, a także badanie ich legalności przez zewnętrzny i niezależny od organów władzy wykonawczej podmiot, najlepiej przez sąd”²⁰. Wskazano zarazem, że ustawowe „unormowania kontroli muszą wykluczać jej fasadowość”. Właściwe organy musiały zostać wyposażone w „kompetencje pozwalające na ocenę celowości i subsydiarności czynności operacyjno-rozpoznawczych, jak również sposobów ich prowadzenia w indywidualnej sprawie względem konkretnych podmiotów”. Za podstawową uznano kontrolę uprzednią (*ex ante*), która „powinna być traktowana jako zasada przynajmniej wtedy, gdy organy państwa pozyskują w sposób niejawny informacje o jednostkach związane z treścią przekazywanych wiadomości”. Można było również stosować kontrolę następczą (*ex post*), powinno być to jednak „wyjątkiem dopuszczalnym wówczas, gdy uzyskanie zgody uprzedniej zagrażałoby szczególnie cennym dobrom, znacząco osłabiało efektywność działania bądź prowadziło do bezpowrotnej utraty informacji o szczególnym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego”²¹.

Po piąte, TK stwierdził, że konieczne jest precyzyjne wskazanie zakresu „wykorzystania danych pozyskanych w toku czynności operacyjno-rozpoznawczych, a zwłaszcza wykorzystanie ich w procesie karnym jako materiałów dowodowych”. Ustawodawca powinien też uregulować „postępowanie z materiałami, które podlegają niezwłocznemu, protokolarnemu i komisijnemu zniszczeniu, z uwagi na ich zbędność lub nieprzydatność”²². Za szczególnie szkodliwy uznano brak uregulowania dotyczącego konieczności niszczenia materiałów, które zawierają „informacje objęte zakazami dowodowymi, co do których sąd nie uchylił tajemnicy zawodowej

²⁰ Ibidem, s. 73.

²¹ Ibidem, s. 76.

²² Ibidem, s. 74.

bądź uchylenie było niedopuszczalne”²³. Po szóste, TK uznał, że czynności operacyjno-rozpoznawcze muszą być „środkiem subsydiarnym, czyli stosowanym, gdy inne rozwiązania są nieprzydatne lub nieskuteczne”²⁴. Po siódme, należało wprowadzić „obowiązek poinformowania jednostki o podjętych wobec niej działaniach operacyjno-rozpoznawczych oraz pozyskaniu informacji na jej temat, i to bez względu na to, czy były to osoby podejrzane o naruszenie prawa, czy osoby postronne, które przypadkowo stały się obiektem kontroli”. O konieczności wprowadzenia obowiązku notyfikacyjnego TK mówił we wspomnianym postanowieniu sygnalizacyjnym ze stycznia 2006 r.²⁵ Po ósme, koniecznym było „wprowadzenia prawnego obowiązku podawania do publicznej wiadomości zagregowanych danych statystycznych o liczbie i rodzaju stosowanych czynności operacyjno-rozpoznawczych ingerujących w konstytucyjne wolności i prawa człowieka”²⁶. Zdania odrębne zgłosili Wojciech Hermeliński, Marek Zubik i Mirosław Granat. Nie wystąpili oni jednak w obronie zaskarżonych przepisów – wręcz przeciwnie, zdanie pierwszej dwójki na ich temat było bardzo krytyczne²⁷.

Zgodnie z orzeczeniem, uznane za niezgodne z ustawą zasadniczą artykuły miały utracić moc obowiązującą wraz z upływem osiemnastu miesięcy²⁸ od dnia ogłoszenia wyroku w „Dzienniku Ustaw”. Wyrok został opublikowany 6 sierpnia 2014 r., co oznaczało, że 7 lutego 2016 r. działania „inwigilacyjne” instytucji bezpieczeństwa zostałyby sparaliżowane. Już w marcu 2014 r. Zbigniew Rau, były wiceminister spraw wewnętrznych, wskazywał: „Wkraczamy w okres trzech kolejnych wyborów. Obawiam się, że nikt w rządzie nie będzie miał głowy do pisania tak skomplikowanych ustaw, a zmiany mogą dotyczyć ponad 30 z nich”²⁹. Przypuszczenia te okazały się trafne.

²³ Ibidem, s. 132.

²⁴ Ibidem, s. 76.

²⁵ Ibidem, s. 77.

²⁶ Ibidem, s. 77.

²⁷ Ibidem, s. 146–170.

²⁸ Zgodnie z art. 190 ust. 3. ustawy zasadniczej jest to maksymalny termin przewidziany w takich sytuacjach. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r.*, Dz. U. 1997 nr 78 poz. 483.

²⁹ R. Zieliński, *Czy trybunał wyłączy służby*, „Dziennik.pl”, 20.03.2014, wiadomosci.dziennik.pl/wydarzenia/artykuly/453880,czy-trybunal-konstytucyjny-wylaczy-sluzby-co-dalej-z-policja-cba-abw.html (dostęp: 31.12.2017).

1.3. Senacki projekt ustawy Platformy Obywatelskiej

Rządząca koalicja PO i Polskiego Stronnictwa Ludowego (PSL) zaczęła pracować nad ustawą wiosną 2015 r., po wyborach prezydenckich i na kilka miesięcy przed wyborami parlamentarnymi. Zmiany zostały zainicjowane nie przez Radę Ministrów lub posłów koalicji, tylko przez senatorów PO. Opozycja sugerowała, że projekt senacki był w istocie projektem rządowym³⁰. Wiceminister spraw wewnętrznych Grzegorz Karpiński (PO) zaprzeczył, mówiąc, że rząd pracował nad własną ustawą³¹. Datowany na 25 czerwca 2015 r. senacki projekt ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw³² został skierowany do trzech komisji. Prace komisyjne odbyły się w dniach 21 (pierwsze czytanie) i 24 lipca³³. W dniu 24 lipca Senat podjął uchwałę w sprawie wniesienia go do Sejmu³⁴. Projekt senatorów PO został poparty przez senacką reprezentację opozycyjnego Prawa i Sprawiedliwości (PiS). Izba wyższa była w tej sprawie niemal jednomyślna³⁵.

Kilka dni później projektowi nadano numer druku sejmowego³⁶. W międzyczasie spotkał się on z krytyką wielu instytucji: pierwszego prezesa Sądu Najwyższego, Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka (HFPC), Naczelnej Rady Adwokackiej (NRA) i Fundacji Panoptykon. Także ekspertyza Biura Analiz Sejmowych przygotowana przez Antoniego Bojańczyka wskazywała na wiele jego mankamentów³⁷. W trakcie sejmowej dyskusji projekt skrytykowali przedstawiciele opozycyjnych Sojuszu Lewicy Demokratycznej (SLD) i PiS-u. Reprezentujący tę drugą partię Jarosław Zieliński mówił wówczas, że projekt „nie stanowi wykonania orzeczenia (...), w znacznej mierze z tym orzeczeniem, z jego intencjami, się rozmija. W pewnych obszarach poszerza orzeczenie trybunału (...) w przypadku znacznej części propozycji uregulowań

³⁰ Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, kadencja VII, *Sprawozdanie Stenograficzne z 98. posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 4 sierpnia 2015 r. (pierwszy dzień obrad)*, s. 108.

³¹ Ibidem, s. 113.

³² *Senacki projekt ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw*, druk nr 967 z 25.06.2015 r.

³³ *Sprawozdanie Komisji Ustawodawczej, Komisji Obrony Narodowej oraz Komisji Praw Człowieka, Praworządności i Petycji o projekcie ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (druk nr 967)*, druk nr 967 S z 21 VII 2015 r.; *Dodatkowe sprawozdanie Komisji Ustawodawczej, Komisji Praw Człowieka, Praworządności i Petycji oraz Komisji Obrony Narodowej (wraz z zestawieniem wszystkich wniosków) o projekcie ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw*, druk nr 967 X z 24.07.2015 r.

³⁴ *Uchwała Senatu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 24 lipca 2015 r. w sprawie wniesienia do Sejmu projektu ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw*.

³⁵ Senat Rzeczypospolitej Polskiej, kadencja VIII, *Sprawozdanie Stenograficzne z 79. posiedzenia Senatu Rzeczypospolitej Polskiej w dniach 22, 23 i 24 lipca 2015 r.*, s. 250, 278.

³⁶ *Senacki projekt ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw*, druk nr 3765 z 28.07.2015 r.

³⁷ Biuro Analiz Sejmowych, opinia zlecona, dr hab. Antoni Bojańczyk, prof. UW, Uniwersytet Warszawski, Warszawa, 26.08.2015 r., *Opinia prawna na temat projektu ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy 3765)*, s. 18–20.

prawnych sytuuje się obok orzeczenia albo ponad orzeczeniem”³⁸. Klub PiS-u złożył wniosek o odrzucenie projektu w pierwszym czytaniu. Poparł go klub SLD. Jeden z jego posłów nazwał projekt „kuriozalnym” oraz „nieprzemyślanym i źle skonstruowanym”³⁹.

Spośród 438 głosujących posłów za odrzuceniem projektu było 205 (prawie cała opozycja oraz 10 reprezentantów PSL-u), przeciwnego zdania było 218 (klub PO i nieco ponad połowa klubu PSL-u, a także jeden reprezentant PiS-u), a 15 wstrzymało się od głosu (w tym trzech z ramienia PiS-u i siedmiu z ramienia PSL-u)⁴⁰. Projekt ustawy został skierowany do Komisji Spraw Wewnętrznych (KSW)⁴¹, w której spędził resztę kadencji Sejmu. Poza powołaniem podkomisji brak jest śladów dalszych czynności związanych z projektem. PO podkreślała jednak później, że kolejne tygodnie poświęcono na jego konsultacje. Można zastanawiać się, czy brak determinacji w finalizacji procesu legislacyjnego przed końcem kadencji nie był rozmyślną taktyką polityczną. Z jednej strony, choć sondaże nie przesądzały sprawy⁴², trzecie z rzędu zwycięstwo PO w wyborach parlamentarnych i utrzymanie władzy przez tę partię uznawano za mało prawdopodobne. W tej sytuacji pozostawienie PiS-owi zadania dostosowania prawa do wyroku TK było wygodne dla rządzącej koalicji. Maciej Wąsik (PiS), po wyborach 2015 r. sekretarz stanu w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów pełniący funkcję zastępcy ministra koordynatora służb specjalnych, wspominał, że poseł Marek Biernacki (PO)⁴³, koordynator służb specjalnych w rządzie Ewy Kopacz, skierował do Marka Wójcika (PO), przewodniczącego KSW, ponagląjące pismo⁴⁴. Z drugiej strony, Wójcik twierdził później, że to PiS nie był zainteresowany pracą nad projektem. Politycy ówczesnej opozycji mieli mówić, że okres „gorączki wyborczej” nie sprzyja zajmowaniu się tematem i że powinien podjąć go Sejm następnej kadencji⁴⁵.

³⁸ Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, kadencja VII, *Sprawozdanie Stenograficzne z 98. posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 4 sierpnia*, op. cit., s. 109.

³⁹ Ibidem, s. 110.

⁴⁰ *Głosowanie nr 28 na 98. posiedzeniu Sejmu dnia 05-08-2015 r. o godz. 20:29:51*, strona internetowa Sejmu RP, www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/agent.xsp?symbol=glosowania&nrkadencji=7&nraposiedzenia=98&nrglosowania=28 (dostęp: 31.12.2017).

⁴¹ Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, kadencja VII, *Sprawozdanie Stenograficzne z 98. posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 5 sierpnia 2015 r. (drugi dzień obrad)*, s. 247.

⁴² Zob. np. Centrum Badania Opinii Społecznej, *Preferencje partyjne w lipcu*, „Komunikat z badań”, nr 100 z lipca 2015 r., s. 2.

⁴³ W latach 1999–2001 Biernacki był ministrem spraw wewnętrznych i administracji, w latach 2013–2014 pełnił funkcję ministra sprawiedliwości, a w latach 2014–2015 kierował Komisją do Spraw Służb Specjalnych.

⁴⁴ Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, kadencja VIII, *Sprawozdanie Stenograficzne z 8. posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 14 stycznia 2016 r. (drugi dzień obrad)*, s. 186.

⁴⁵ Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, kadencja VIII, *Sprawozdanie Stenograficzne z 8. posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 15 stycznia 2016 r. (trzeci dzień obrad)*, s. 207.

Politycy PO komplementowali później projekt senacki i przekonywali, że podczas „daleko idących konsultacji społecznych” został poprawiony. Jego ulepszona wersja miała by w pełni wykonać wyrok TK⁴⁶. Trzeba jednak zauważyć, że jeszcze we wrześniu krytycznie na jego temat wypowiadali się prezes NRA i RPO⁴⁷. W sierpniu Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji (MAiC) zwróciło uwagę, że ustawa powinna uwzględniać również wytyczne wynikające ze wspomnianego wyroku TSUE z 8 kwietnia 2014 r. Projektodawca uznał, że wystarczającym dla wykonania wyroku jest usunięcie art. 180g z ustawy o prawie telekomunikacyjnym⁴⁸, MAiC zwróciło uwagę, że sprawa jest bardziej złożona⁴⁹.

2. Przyjęcie i przepisy „ustawy inwigilacyjnej”

Wyłoniony w zwycięskich dla PiS-u wyborach 25 października 2015 r. Sejm RP VIII kadencji zebrał się po raz pierwszy 12 listopada 2015 r. 16 listopada powstał rząd Beaty Szydło, a 20 listopada utworzono Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji (MSWiA), włączając do Ministerstwa Spraw Wewnętrznych komórki organizacyjne MAiC⁵⁰. Bardzo szybko podjęto prace nad nowelizacją prawa dotyczącego czynności operacyjno-rozpoznawczych. Projekt poselski był gotowy już miesiąc później⁵¹. Pośpiech ustawodawcy był uzasadniony. Kiedy projektowi nadano numer druku, do przewidzianego przez TK terminu przyjęcia zmian pozostało nieco ponad sześć tygodni. Trzeba zauważyć, że chociaż projekt ustawy został złożony przez posłów, to wiceminister spraw wewnętrznych i administracji Jarosław Zieliński mówił później, że pracami „kierował” Mariusz Kamiński (PiS), od listopada 2015 r. minister

⁴⁶ Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, kadencja VIII, *Sprawozdanie Stenograficzne z 7. posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 30 grudnia 2015 r. (drugi dzień obrad)*, s. 213.

⁴⁷ List Rzecznika Praw Obywatelskich do Prezesa Naczelnej Rady Adwokackiej, II.519.109.2015, 21.09.2015, s. 1–3.

⁴⁸ Dodany w 2009 r. do ustawy o prawie telekomunikacyjnym przez ustawę implementującą dyrektywę retencyjną art. 180g nakładał na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego obowiązek corocznego składania prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej (UKE) informacji dotyczącej danych telekomunikacyjnych udostępnionych instytucjom bezpieczeństwa oraz sądom i prokuraturom. Prezes UKE, także w trybie corocznym, przekazywał te informacje Komisji Europejskiej. *Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 10 stycznia 2014 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy – Prawo telekomunikacyjne*, Dz. U. 2014 poz. 243.

⁴⁹ Uwagi Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji do senackiego projektu ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw, DP-WL.0210.965.2015, 12.08.2015, s. 1–2.

⁵⁰ *Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 20 listopada 2015 r. w sprawie utworzenia Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji*, Dz. U. 2015 poz. 1946.

⁵¹ *Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw*, druk nr 154 z 23.12.2015 r.

koordynator służb specjalnych, działając w „porozumieniu” z ministrem spraw wewnętrznych i administracji⁵².

2.1. Poselski projekt ustawy Prawa i Sprawiedliwości

Projekt ustawy wniesiony przez posłów Prawa i Sprawiedliwości ewidentnie powstawał w oparciu o projekt senacki z poprzedniej kadencji. Przyznał to zresztą poseł sprawozdawca PiS-u, mówiąc w Sejmie: „Był co prawda projekt senacki, nad którym można było pracować, ale komisja nie przeprowadziła do końca prac nad tym projektem, więc my musieliśmy się nad nim pochylić”⁵³. PO skrytykowała jednak rządzącą partię za to, że zamiast złożyć projekt będący kopią projektu senackiego, przygotowała własną, nieudaną ustawę⁵⁴. Była to próba zdystansowania się od niewygodnej medialnie problematyki. Jedna z posłanek PO posunęła tę narrację jeszcze dalej, odcinając się także od projektu senackiego. Odwołała się przy tym do istotnej funkcji pełnionej przez izbę wyższą w zakresie wykonywania orzeczeń TK⁵⁵. Tłumaczyła: „Chciałabym zwrócić państwa uwagę, że projekt, o którym tutaj mówicie jako o projekcie Platformy Obywatelskiej, jest projektem senackim. Senat w ramach podziału kompetencji pomiędzy izbami parlamentu od wielu lat zajmuje się wykonywaniem wyroków trybunału i inicjatywą w tym względzie. Czyli jeszcze raz powtarzam: nie jest to projekt Platformy Obywatelskiej, jest to inicjatywa senacka i to w tej kwestii jest rzeczą najważniejszą”⁵⁶. Politycy PO zdecydowanie skrytykowali poselski projekt PiS-u, jeden z nich cytował George’a Orwella i mówił, że ustawa „wprowadza pełną inwigilację obywatela”⁵⁷.

Tym razem to Platforma złożyła wniosek o odrzucenie projektu w pierwszym czytaniu. Poparła go cała opozycja (193 głosy), przeciwni byli mu posłowie klubu PiS-u i dwóch posłów niezrzeszonych (230). Warto zwrócić uwagę, że w klubie PO tylko jedna osoba wstrzymała się

⁵² *Odpowiedź na interpelację nr 8003 w sprawie ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw*, 3.01.2018, www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=459B9388 (dostęp: 12.10.2018).

⁵³ Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, kadencja VIII, *Sprawozdanie Stenograficzne z 8. posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 14 stycznia*, op. cit., s. 170.

⁵⁴ Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, kadencja VIII, *Sprawozdanie Stenograficzne z 7. posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 30 grudnia*, op. cit., s. 203; *Sprawozdanie Stenograficzne z 8. posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 14 stycznia*, op. cit., s. 189.

⁵⁵ Zob. np. P. Radziewicz, *Wykonywanie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego przez prawodawcę*, Warszawa 2010, s. 35–38.

⁵⁶ Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, kadencja VIII, *Sprawozdanie Stenograficzne z 7. posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 30 grudnia*, op. cit., s. 216.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 210.

od głosu – był nią Marek Biernacki⁵⁸. Ustawa trafiła do Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych (KAiSW), która powołała podkomisję. Ta ostatnia przedstawiła swoje sprawozdanie w dniu 13 stycznia, rekomendując przyjęcie ustawy w wyrażnie zmienionym kształcie. Było to konsekwencją przyjęcia wszystkich poprawek przedstawionych przez stronę rządową, zmierzających do wykonania wyroku TK w szerszym zakresie⁵⁹. W drugim czytaniu (14 stycznia), po pełnej emocji i ubogiej merytorycznie debacie⁶⁰, projekt został ponownie skierowany do prac komisyjnych. Trzecie czytanie odbyło się w dniu 15 stycznia. Liczba poprawek zgłoszonych przez opozycję, zawartych w dodatkowym sprawozdaniu podkomisji⁶¹, zapowiadała równie emocjonalne obrady. Zgodnie z rekomendacją komisji, Sejm przyjął część poprawek zgłoszonych przez klub Nowoczesnej i odrzucił pozostałe⁶².

Ostatecznie tego dnia 234 posłów (klub PiS-u i dwóch posłów niezrzeszonych) spośród 450 głosujących poparło projekt, 213 było mu przeciwnych (niemal cała opozycja), a trzech wstrzymało się od głosu. Dwoje spośród nich należało do klubu PO. Był to wspomniany już Marek Biernacki i Teresa Piotrowska (szef MSW w latach 2014–2015)⁶³. Senat nie wniósł poprawek do ustawy, a prezydent podpisał ją w dniu 3 lutego 2016 r. Ośrodek prezydencki podkreślił, że nie uznaje przepisów za „doskonałe”, argumentował jednak, że ustawę należało podpisać w związku z presją czasu. Prezydent deklarował gotowość do prowadzenia dalszych rozmów na temat ustawy⁶⁴. Ustawa weszła w życie z dniem 7 lutego. Zmieniła w sumie 12 aktów prawnych. Wśród nich znalazły się ustawy regulujące funkcjonowanie wszystkich

⁵⁸ *Głosowanie nr 61 na 7. posiedzeniu Sejmu dnia 30-12-2015 r. o godz. 17:47:04*, strona internetowa Sejmu RP, www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/agent.xsp?symbol=glosowania&nrkadencji=8&nrposiedzenia=7&nrglosowania=61 (dostęp: 31.12.2017).

⁵⁹ *Sejmowa podkomisja ds. inwigilacji zakończyła prace*, „Polska Agencja Prasowa”, 13.01.2016, www.pap.pl/aktualnosci/kraj/news,456158,sejmowa-podkomisja-ds-inwigilacji-zakonczyła-prace.html (dostęp: 31.12.2017).

⁶⁰ Minister Wąsik mówił: „Bardzo dziękuję za stanowiska klubów, które zostały tutaj przedstawione. Bardzo dziękuję za pytania. Bardzo dziękuję tym posłom, którzy zechcieli przeczytać ustawę i zrozumieć jej treść. To jest bardzo cenne”. Na jego słowa krytyki pod adresem kompetencji uczestników debaty odpowiedziała jedna z posłanek PO, prosząc, aby nie oceniał „poziomu sumienia posłów”. Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, kadencja VIII, *Sprawozdanie Stenograficzne z 8. posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 14 stycznia*, op. cit., s. 169–190.

⁶¹ *Dodatkowe sprawozdanie Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych o poselskim projekcie ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (druk nr 154)*, druk nr 183-A z 14.01.2016 r.

⁶² Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, kadencja VIII, *Sprawozdanie Stenograficzne z 8. posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 15 stycznia*, op. cit., s. 206–216.

⁶³ *Głosowanie nr 25 na 8. posiedzeniu Sejmu dnia 15-01-2016 r. o godz. 10:27:08*, strona internetowa Sejmu RP, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/agent.xsp?symbol=glosowania&nrkadencji=8&nrposiedzenia=8&nrglosowania=25> (dostęp: 31.12.2017).

⁶⁴ *Protest przeciw inwigilacji. Pikietyjacy spotkali się z prezydentem*, „TVN24.pl”, 5.02.2016, <https://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/protest-przeciw-inwigilacji-pod-palacem-prezydenckim,617023.html> (dostęp: 31.12.2017).

dziesięciu instytucji posiadających uprawnienia do prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych: pięciu służb specjalnych, czyli ABW, AW, Służby Kontrwywiadu Wojskowego (SKW), Służby Wywiadu Wojskowego (SWW) i Centralnego Biura Antykorupcyjnego (CBA)⁶⁵, a także wywiadu skarbowego działającego w ramach kontroli skarbowej⁶⁶, Służby Celnej (SC)⁶⁷, Żandarmerii Wojskowej (ŻW)⁶⁸, Straży Granicznej (SG)⁶⁹ i Policji. Zmiany wprowadzone do ustawy o Policji wprowadzono *mutatis mutandis* we wszystkich pozostałych ustawach kompetencyjnych.

2.2. „Ustawa inwigilacyjna” według Platformy Obywatelskiej oraz Prawa i Sprawiedliwości – najważniejsze podobieństwa i różnice

Przyjęta ustawa była w wielu aspektach kopią rozwiązań zawartych w projekcie senackim PO. Podobieństwa polegały m.in. na wprowadzeniu 18 miesięcy jako maksymalnego okresu prowadzenia kontroli operacyjnej dla Policji, SG, wywiadu skarbowego i Żandarmerii Wojskowej oraz braku górnej granicy dla ABW i SKW. Różnica dotyczyła CBA – PO nie zamierzała wyznaczać górnej granicy okresu kontroli (a więc wszystkie służby specjalne zamierzała potraktować w ten sam sposób), natomiast PiS w swoim projekcie wpisało ograniczenie 18 miesięcy. Taki właśnie przepis znalazł się w ustawie. Podobieństwa dotyczyły też wprowadzenia kontroli *ex post* w zakresie pozyskiwania danych telekomunikacyjnych i pocztowych (zgodnie założono brak kontroli *ex ante* w tym zakresie, PiS odrzuciło także propozycję klubu Nowoczesnej wprowadzającą kontrolę równoległą) oraz związanego z tym półrocznego trybu przedkładania przez instytucje bezpieczeństwa sprawozdań właściwym sądom okręgowym. Obie partie zgadzały się też w sprawie możliwości pozyskiwania tych danych przy użyciu stałego łącza, bez udziału pracowników firm-operatorów. Przepisy te stały się obowiązujące⁷⁰. Wprowadzono

⁶⁵ Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, Dz. U. 2006 nr 104 poz. 709; Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, Dz. U. 2006 nr 104 poz. 708; Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, Dz. U. 2002 nr 74 poz. 676.

⁶⁶ Ustawa z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej, Dz. U. 1991 nr 100 poz. 442.

⁶⁷ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o Służbie Celnej, Dz. U. 2009 nr 168 poz. 1323.

⁶⁸ Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, Dz. U. 2001 nr 123 poz. 1353.

⁶⁹ Ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej, Dz. U. 1990 nr 78 poz. 462.

⁷⁰ Możliwość pozyskiwania danych telekomunikacyjnych (np. bilingów) przez instytucje bezpieczeństwa bez udziału podmiotu świadczącego usługę istniała jeszcze przed wejściem w życie ustawy z 15 stycznia 2016 r. Na przykład art. 20c. ust. 2a ustawy o Policji wskazywał, że „udostępnianie danych telekomunikacyjnych odbywa się bez udziału pracowników podmiotu prowadzącego działalność telekomunikacyjną lub przy niezbędnym ich udziale, jeżeli możliwość taka jest przewidziana w porozumieniu zawartym pomiędzy Komendantem Głównym

również obowiązek prowadzenia rejestru wystąpień o uzyskanie danych. W obu wersjach projektu i uchwalonej ustawie doprecyzowano katalog sytuacji uzasadniających sięganie po czynności operacyjno-rozpoznawcze i katalog ich rodzajów. Oba projekty i ustawa w wersji finalnej nie wprowadzały ograniczeń jeśli chodzi o okres, w którym możliwe było przetwarzanie danych pochodzących z retencji⁷¹.

W bardzo podobny sposób uregulowano postępowanie z materiałami objętymi tajemnicą zawodową (np. adwokacką, lekarską czy dziennikarską), które uzyskano drogą kontroli operacyjnej. W przypadku wystąpienia podejrzenia, że w toku kontroli uzyskano tego rodzaju informacje, właściwa instytucja miała być zobowiązana do przekazania ich prokuratorowi, ten zaś miał skierować je do sądu, który zarządził kontrolę operacyjną. Decyzję dotyczącą tego, czy zgromadzone materiały można wykorzystać w postępowaniu karnym, czy też należy je zniszczyć, miał podejmować sędzia. Jako kryterium wskazano sytuację, w której wykorzystanie materiałów byłoby „niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu” (przepis o dokładnie takim brzmieniu zawarto w obu projektach i finalnej wersji ustawy). Nie obejmowało to tajemnicy obrończej i tajemnicy spowiedzi – tego rodzaju dane musiały być obowiązkowo niszczone⁷².

PiS, tak jak PO, nie wykonało wyroku TSUE, ograniczając się do uchylecia art. 180g prawa telekomunikacyjnego. Oba projekty i przyjęta ustawa zgodnie przewidywały, że prezesi

Policji a tym podmiotem”. *Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 20 lutego 2015 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy o Policji*, Dz. U. 2015 poz. 355. Por. art. 28 ust. 3 ówczesnego brzmienia ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu: *Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 22 października 2015 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu*, Dz. U. 2015 poz. 1929. Podczas konferencji „Retencja danych: troska o bezpieczeństwo czy inwigilacja obywateli?”, zorganizowanej w dniu 21 maja 2011 r. przez Naczelną Radę Adwokacką, dyrektor Biura Kryminalnego Komendy Głównej Policji poinformował opinię publiczną, że 327 funkcjonariuszy Policji posiadało uprawnienia do bezpośredniego korzystania z danych telekomunikacyjnych pochodzących z retencji. Dokładna liczba funkcjonariuszy Policji, którzy obecnie posiadają takie uprawnienia, jak również liczba posiadających je funkcjonariuszy innych służb policyjnych i specjalnych, nie jest znana. *Ponad 300 policjantów z dostępem do naszych bilingów*, „TVN24.pl”, 21.05.2011, <https://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/ponad-300-policjantow-z-dostepem-do-naszyc-bilingow,171897.html> (dostęp: 12.05.2018). Tryb uzyskiwania i przetwarzania przez Policję danych pochodzących z retencji określa decyzja Komendanta Głównego. Zob. *Decyzja nr 98 Komendanta Głównego Policji z dnia 1 kwietnia 2016 r. w sprawie uzyskiwania i przetwarzania przez Policję danych telekomunikacyjnych, pocztowych oraz internetowych*, „Dziennik Urzędowy KGP” 2016 nr 98 poz. 14.

⁷¹ Por. *Senacki projekt ustawy o zmianie ustawy*, op. cit.; *Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw*, druk nr 154, op. cit.; *Ustawa z dnia 15 stycznia*, op. cit.

⁷² Różnica w kwestii tajemnicy obrończej i tajemnicy spowiedzi dotyczyła trybu. Na przykładzie Policji wyglądała ona następująco. Według projektu PO decyzję o zniszczeniu materiałów, co do których zachodziło przypuszczenie, że zawierają tego rodzaju informacje, podejmowałby „Komendant Główny Policji, Komendant CBŚP albo komendant wojewódzki Policji”. Natomiast według projektu PiS-u mieliby oni przekazywać te materiały prokuratorowi, a ten sędziemu, który zarządził kontrolę operacyjną. Dopiero sędzia podejmowałby decyzję o zniszczeniu materiałów. W wersji finalnej ustawy przyjęto rozwiązanie z projektu PO. Por. *ibidem*.

cywilnych i wojskowych sądów będą co roku przekazywali ministrowi sprawiedliwości „informację na temat przetwarzania danych”, ten zaś, również w trybie corocznym, będzie przedstawiał „zagregowaną informację” na ten temat Sejmowi i Senatowi. Różnica dotyczyła jednak tego, jakiego rodzaju będą to dane (zob. poniżej)⁷³.

Co do różnic, to projekt PiS-u nie zawierał klauzuli subsydiarności w zakresie sięgania po dane pochodzące z retencji⁷⁴, nie precyzował też, że zniszczenie zebranych danych, które nie są instytucjom potrzebne⁷⁵, powinno nastąpić w terminie 14 dni. Wskazywał jedynie, że powinno to nastąpić „niezwłocznie”. Nie uwzględniono w nim również przepisu zawartego w projekcie senackim PO, który przewidywał, że w „sprawach dotyczących udostępnienia danych telekomunikacyjnych i pocztowych albo wykorzystania materiałów z tych czynności w postępowaniu karnym w odniesieniu do posłów, senatorów i Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej postanowienie wydaje Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego”⁷⁶. W projekcie PiS-u zaznaczono, że instytucje bezpieczeństwa przekazywały właściwym sądom sprawozdania dotyczące pozyskiwania danych pochodzących z retencji z „zachowaniem przepisów o ochronie informacji niejawnych”. Podobnego przepisu nie umieszczono w projekcie PO. W projektach odmiennie uregulowano również kwestię danych pochodzących z wykazu abonenckiego, zawierającego dane uzyskiwane przez usługodawcę przy zawieraniu umowy (np. informacja dotycząca tego, kto jest właścicielem danego numeru telefonu komórkowego). PiS, w odróżnieniu od PO, zamierzał zwolnić pozyskiwanie tych danych z kontroli następczej sądu. Tak też się stało. Wszystkie wymienione powyżej kwestie nie uległy zmianie na dalszych etapach procesu legislacyjnego i przepisy te znalazły się w finalnej wersji ustawy⁷⁷.

Najważniejsza różnica pomiędzy projektami dotyczyła danych internetowych. Podczas gdy projekt senacki PO regulował stały dostęp do danych telekomunikacyjnych i pocztowych oraz wprowadzał kontrolę *ex post* nad procesem, projekt poselski PiS-u dodał do nich także „dane internetowe”⁷⁸. Było to pojęcie nieobecne dotąd w polskim porządku prawnym. Wcześniej kwestię tę regulowała ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną, której art. 18

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Minister Wąsik tłumaczył, że sprzeciwia się temu rozwiązaniu, ponieważ „w przypadku zaginięć dane telekomunikacyjne są pierwszym sposobem na odnalezienie danej osoby”. *Sejmowa podkomisja ds. inwigilacji zakończyła prace*, op. cit.

⁷⁵ Projekt PO mówił o sytuacji, w której „w wyniku weryfikacji ustalono, że dalsze przetwarzanie danych (...) nie jest niezbędne dla realizacji ustawowych zadań”, natomiast projekt PiS-u i ustawa w finalnym kształcie o sytuacji, w której dane „nie mają znaczenia dla postępowania karnego”.

⁷⁶ Por. *Senacki projekt ustawy o zmianie ustawy*, op. cit.; *Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw*, druk nr 154, op. cit.; *Ustawa z dnia 15 stycznia*, op. cit.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ Ibidem.

ust. 6 wskazywał: „Usługodawca udziela informacji o danych (...) organom państwa na potrzeby prowadzonych przez nie postępowań”⁷⁹. Ustawa z 15 stycznia nadała temu przepisowi odmienny kształt: „Usługodawca nieodpłatnie udostępnia dane (...) organom państwa uprawnionym na podstawie odrębnych przepisów na potrzeby prowadzonych przez nie postępowań”⁸⁰. Zwraca uwagę nie tylko zmiana „udzielania” na „udostępnianie” i dodanie „bezpłatności”, ale także utrzymanie „postępowania” jako warunku uzyskania dostępu do danych. Tworzy to niejasną relację np. z art. 20c ustawy o Policji w brzmieniu nadanym mu przez ustawę z 15 stycznia. Rzeczony przepis wskazuje bowiem, że instytucja ta może uzyskiwać dane telekomunikacyjne, pocztowe i internetowe w celu „zapobiegania lub wykrywania przestępstw albo w celu ratowania życia lub zdrowia ludzkiego bądź wsparcia działań poszukiwawczych lub ratowniczych” (przepis w takim samym kształcie zawarto w obu projektach)⁸¹. Nie jest więc jasne, czy prowadzenie postępowania jest nieodzowne do sięgania przez Policję po dane internetowe. Poza tym projekt ustawy autorstwa polityków PiS-u (podobnie jak senacki projekt PO) nie wskazywał *expressis verbis*, że z katalogu danych wyłączone będą treści (np. treść maila lub zapis czatu)⁸². Na etapie prac komisyjnych dodano zastrzeżenie, że bez uprzedniej zgody sądu pozyskiwać można jedynie „dane niestanowiące treści”⁸³. Znalazło się ono w przyjętej ustawie. Inicjatorem zmiany był rząd⁸⁴. Nie oznacza to jednak rozwiązania problemu, jako że samo pojęcie „treści” jest, z uwagi na specyfikę komunikowania internetowego, trudne do zdefiniowania⁸⁵ (zob. 3.2.).

Kontroli nad pozyskiwaniem danych nadano charakter fakultatywny: oba projekty i przyjęta ustawa wskazywały, że „sąd okręgowy może zapoznać się z materiałami uzasadniającymi udostępnienie” danych, a nie, że jest do tego zobligowany. W projekcie PiS-u

⁷⁹ *Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 15 października 2013 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, Dz. U. 2013 poz. 1422.

⁸⁰ *Ustawa z dnia 15 stycznia*, op. cit.

⁸¹ *Ibidem*. Do przyjęcia tzw. ustawy inwigilacyjnej art. 20c i art. 20d ustawy o Policji stanowiły, że instytucja ta mogła pozyskiwać dane telekomunikacyjne i pocztowe w celu „zapobiegania lub wykrywania przestępstw”. *Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 20 lutego*, op. cit.

⁸² Por. *Senacki projekt ustawy o zmianie ustawy*, op. cit.; *Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw*, druk nr 154, op. cit.

⁸³ *Sprawozdanie Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych o poselskim projekcie ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw*, druk nr 183 z 14.01.2016 r.

⁸⁴ Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, kadencja VIII, *Sprawozdanie Stenograficzne z 8. posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 14 stycznia*, op. cit., s. 170.

⁸⁵ Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, kadencja VIII, *Sprawozdanie Stenograficzne z 8. posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 14 stycznia*, op. cit., s. 174; Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, kadencja VIII, *Sprawozdanie Stenograficzne z 8. posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 15 stycznia*, op. cit., s. 213–214. Por. Fundacja Panoptykon, *Rok z ustawą inwigilacyjną. Co się zmieniło? Czy było się czego bać?*, Warszawa 2017, s. 4.

i ustawie nie wskazano również, jakie środki może przedsięwziąć sąd po stwierdzeniu nieprawidłowości. Przepisy o takim brzmieniu znalazły się też w projekcie PO, ale dotyczyły tylko danych telekomunikacyjnych i pocztowych. Zaznaczono w nim również, że w „przypadku stwierdzenia przez sąd okręgowy braku podstaw do pozyskania danych”, podlegają one „niezwłocznemu komisijnemu i protokolarnemu zniszczeniu”. Takiego przepisu zabrakło w projekcie poselskim PiS-u i w ustawie z 15 stycznia⁸⁶.

3. Ustawa w praktyce – kontrowersje i konsekwencje

3.1. Reakcja na wejście w życie ustawy

Ustawa z 15 stycznia 2016 r. spotkała się też ze zmasowaną krytyką mediów. Portale internetowe publikowały poradniki dotyczące tego, jak „zabezpieczyć komputer, telefon, pocztę i komunikator przed rządową inwigilacją”⁸⁷, powstała inicjatywa Stop Inwigilacji 2016, która zebrała ponad 30 tys. podpisów pod petycją przeciwko ustawie⁸⁸. Popularne stało się zapowiadanie skali społecznego niezadowolenia podobnego do protestów z 2012 r. przeciwko Umowie handlowej dotycząca zwalczania obrotu towarami podrabianymi (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*, ACTA)⁸⁹. Komitet Obrony Demokracji zapowiedział protesty w ponad 30 polskich miastach⁹⁰ a Federacja Anarchistyczna ogłosiła tydzień „akcji przeciwko inwigilacji społeczeństwa”⁹¹. Jeden z postów PO stwierdził, że „data 15 stycznia będzie tą, kiedy wolny

⁸⁶ Por. *Senacki projekt ustawy o zmianie ustawy*, op. cit.; *Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw*, druk nr 154, op. cit.; *Ustawa z dnia 15 stycznia*, op. cit.

⁸⁷ M. Nowak, *Jak zabezpieczyć komputer, telefon, pocztę i komunikator przed rządową inwigilacją – poradnik dla początkujących*, „Spider's Web”, 15.01.2016, <https://www.spidersweb.pl/2016/01/ustawa-inwigilacyjna-szyfrowanie-danych-ochrona-privacy-poradnik.html> (dostęp: 31.12.2017).

⁸⁸ Zob. *Sejm RP: Władza pragnie przeświecić nasze życie i nasze komputery*, Petycje Obywatelskie Avaaz, https://secure.avaaz.org/pl/petition/Sejm_RP_Wladza_pragnie_przeswietlic_nasze_zycie_i_nasze_komputery/?njexbkb (dostęp: 31.12.2017).

⁸⁹ Zob. np. Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, kadencja VIII, *Sprawozdanie Stenograficzne z 7. posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 30 grudnia*, op. cit., s. 203; K. Błaszkiwicz, *Będzie drugie „Stop ACTA”? Tysiące ludzi protestuje przeciw planom inwigilacji internetu przez rząd PiS*, „naTemat.pl”, 2.01.2016, natemat.pl/167083,bedzie-drugie-stop-acta-tysiacze-ludzi-protestuje-przeciw-planom-inwigilacji-internetu-przez-rzad-pis (dostęp: 31.12.2017).

⁹⁰ Post zawierający listę manifestacji Komitetu Obrony Demokracji, profil Komitetu Obrony Demokracji na portalu Facebook, 17.01.2016, <https://www.facebook.com/KomitetObronyDemokracji/posts/1682256535345767> (dostęp: 31.12.2017).

⁹¹ *Wezwanie do tygodnia akcji przeciwko inwigilacji społeczeństwa*, 13.01.2016, federacja-anarchistyczna.pl/index.php/artykuly/dzialania-fa/item/1047-wezwania-do-tygodnia-akcji-przeciwko-inwigilacji-spoleczenstwa/artykuly/dzialania-fa (dostęp: 31.12.2017).

Internet umiera”⁹². W kontekście ustawy pisano o „Wielkim Bracie”⁹³ i „powszechnej inwigilacji” sieci⁹⁴, przestrzegając, że dzięki nowelizacji Policja i służby specjalne „zyskały praktycznie nieograniczoną możliwość obserwowania aktywności obywateli w Internecie”⁹⁵. Wspólnym punktem w głosach krytyki było przekonanie, że czynności podejmowane przez instytucje bezpieczeństwa pozostaną poza kontrolą społeczeństwa i niezależnych organów. Stanisław Żaryn, rzecznik ministra koordynatora służb specjalnych, stwierdził, że opozycja rozpętała wokół ustawy „kuriozalną histerię”, która „ośmieszyła” jej polityków⁹⁶.

Kilka dni po wejściu w życie ustawy TK opublikował komunikat, w którym opisywał związek pomiędzy wyrokiem K 23/11 a jej przepisami. Trybunał tłumaczył, że ustawa realizuje go „jedynie częściowo”, a „dodatkowo wprowadza inne rozwiązania prawne”, których wyrok TK „nie wymagał bądź do których w ogóle się nie odnosił”. Zwrócono m.in. uwagę, że nie wnosił on o uregulowanie problematyki pozyskiwania danych internetowych, a w ustawie nadal nie przewidziano informowania osób o zakończonej kontroli operacyjnej, którą wobec nich prowadzono⁹⁷.

Tak jak projekt autorstwa senatorów PO, ustawa z 15 stycznia została negatywnie oceniona m.in. przez Fundację Panoptikon, HFPC, NRA i RPO. Ten ostatni w dniu 18 lutego 2016 r. złożył do TK wniosek o zbadanie zgodności przepisów ustawy z ustawą zasadniczą, argumentując, że stanowią one „poważne zagrożenie dla najważniejszych wolności i praw człowieka”⁹⁸. Zgłoszone przez niego uwagi dotyczyły ośmiu kwestii. Po pierwsze, prowadzenie kontroli operacyjnej przez 18 miesięcy uznano za „nieproporcjonalnie długotrwałe”

⁹² Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, kadencja VIII, *Sprawozdanie Stenograficzne z 8. posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 15 stycznia*, op. cit., s. 213.

⁹³ Zob. np. W. Głowacki, *Wielki Brat już może przejrzeć nasze dane*, „Polska The Times”, 8.02.2016, www.polskatimes.pl/arttykul/9375559,wielki-brat-juz-moze-przejrzec-nasze-dane,id,t.html (dostęp: 31.12.2017); E. Siedlecka, *Ustawa inwigilacyjna przyjęta. Wielki PiS czuwa*, „Gazeta Wyborcza”, 16.01.2016, wyborcza.pl/1,75248,19484333,ustawa-inwigilacyjna-przyjeta-wielki-pis-czuwa.html (dostęp: 31.12.2017).

⁹⁴ J. Noch, *Od niedzieli powszechna inwigilacja internetu w Polsce stała się możliwa. Jak się przed tym obronić?*, „NaTemat.pl”, 9.02.2016, natemat.pl/170849,od-niedzieli-wladza-inwigiluje-internet-kto-jest-na-ich-celowniku-i-jak-sie-przed-tym-obronic (dostęp: 31.12.2017).

⁹⁵ A. Hall, *Zła zmiana*, Sopot 2016, s. 83.

⁹⁶ S. Żaryn, *Historia skrajnej manipulacji... Opozycja rozpętała kuriozalną histerię wokół ustawy dot. „inwigilacji”, ośmieszając siebie i podważając swoją wiarygodność*, „wPolityce.pl”, 31.01.2016, <https://wpolityce.pl/polityka/280055-historia-skrajnej-manipulacji-opozycja-rozpetala-kuriozalna-histerie-wokol-ustawy-dot-inwigilacji-osmieszajac-siebie-i-podwazajac-swoja-wiarygodnosc> (dostęp: 15.02.2018).

⁹⁷ TK ws. noweli ustawy o Policji (komunikat), „Polska Agencja Prasowa”, 10.02.2016, [http://centrumprasowe.pap.pl/cp/pl/news/info/48326,36,tk-ws-noweli-ustawy-o-policji-\(komunikat\)](http://centrumprasowe.pap.pl/cp/pl/news/info/48326,36,tk-ws-noweli-ustawy-o-policji-(komunikat)) (dostęp: 31.12.2017). Zwraca uwagę błąd, który TK popełnił w swoim komunikacie – ustawa datowana jest nie na 4 lutego, tylko na 15 stycznia.

⁹⁸ Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich do Trybunału Konstytucyjnego, 18.02.2016, II.519.109.2015.KłS/VV/AG, s. 59.

i naruszające „zasadę demokratycznego państwa prawnego”⁹⁹. Także brak górnej granicy w tym zakresie dla instytucji kontrwywiadowczych został uznany za niedopuszczalny¹⁰⁰. Po drugie, RPO skrytykował ustawę za niedostateczne zagwarantowanie ochrony tajemnic zawodowych. Możliwość ich wykorzystania „na podstawie wyjątkowo nieostrych kryteriów” uznał za „szczególnie niebezpieczne z punktu widzenia ochrony praw i wolności jednostki”¹⁰¹. Po trzecie, zwrócił uwagę na „nadmiernie szeroki” zakres przedmiotowy pobierania i przetwarzania danych telekomunikacyjnych, pocztowych i internetowych¹⁰². W odróżnieniu od kontroli operacyjnej, w przypadku której istnieje katalog przestępstw, które można zwalczać przy użyciu tej metody (np. art. 19 ust. 1 ustawy o Policji lub art. 9e ust. 1 ustawy o SG), w kontekście metadanych jest mowa jedynie o „przestępstwie” (np. art. 20cb ust. 1 ustawy o Policji lub art. 10b ust. 1 ustawy o SG). Oznacza to, że Policja i inne uprawnione instytucje mogą pobierać i przetwarzać dane w związku z każdym czynem, który spełnia znamiona przestępstwa. Rzecznik podkreślił, że konsekwencją braku wprowadzenia mechanizmu subsydiarności może być to, że po dane sięgać się będzie „nie tylko wówczas, gdy jest to rzeczywiście konieczne do wykrywania lub zapobiegania przestępstwom, ale także wtedy gdy jest to po prostu najprostsze i najwygodniejsze”¹⁰³. Ombudsman zauważył również problem, o którym była mowa powyżej: „Uzyskiwanie i przetwarzanie danych internetowych nie będzie też miało związku z żadnym toczącym się postępowaniem”¹⁰⁴.

Po czwarte, RPO skrytykował instytucję porozumień zawieranych przez instytucje bezpieczeństwa z firmami-operatorami, stwierdzając, że zapisana w ustawie bezpłatność dostępu do danych „może prowadzić do ingerencji w zasadę swobody działalności gospodarczej”¹⁰⁵. Skrytykował także tzw. stałe łącza, pisząc, że przepisy „pozwalające na nieograniczone w praktyce zbieranie danych internetowych, bez następczego informowania osoby, których zbierane dane dotyczyły, stanowią naruszenie tak fundamentalnych zasad, jak zasada demokratycznego państwa prawnego, godność człowieka i wynikające z niej prawo do prywatności, wolność i ochrona tajemnicy komunikowania się czy w końcu ochrona informacji o sobie”. Ustawa z 15 stycznia umożliwiła „utrzymywanie stałej infrastruktury prowadzącej do permanentnego zbierania danych internetowych, telekomunikacyjnych

⁹⁹ Ibidem, s. 18.

¹⁰⁰ Ibidem, s. 27.

¹⁰¹ Ibidem, s. 32.

¹⁰² Ibidem, s. 39.

¹⁰³ Ibidem, s. 41.

¹⁰⁴ Ibidem, s. 44.

¹⁰⁵ Ibidem, s. 45.

i pocztowych”¹⁰⁶. Po piąte, kontrola pozyskiwania danych telekomunikacyjnych, pocztowych i internetowych została uznana za „iluzoryczną”. RPO stwierdził, że przewidziana w ustawie kontrola następcza „nie powinna być stosowana domyślnie”, tylko w wyjątkowych sytuacjach, w których „zachodzi potrzeba natychmiastowego działania służb”. Przeprowadzania spełniającej w większym stopniu kryteria „niezbędności, adekwatności i celowości” kontroli uprzedniej w ogóle nie przewidywano¹⁰⁷. Po szóste, w ustawie z 15 stycznia nie uregulowano kwestii, o których mówił wyrok Trybunału z 2014 r., m.in. obowiązku informowania osoby, wobec której prowadzone były czynności operacyjno-rozpoznawcze¹⁰⁸. Nie określono również, jak długo instytucje bezpieczeństwa mogą przetwarzać uzyskane dane telekomunikacyjne, pocztowe i internetowe¹⁰⁹. Po siódme, RPO zwrócił uwagę, że ustawa z 15 stycznia wprowadziła obowiązek zniszczenia jedynie tych pozyskanych danych, które „nie mają znaczenia dla postępowania karnego”. Zrazem umożliwiła zachowanie danych, które są istotne dla „bezpieczeństwa państwa” (ABW) lub jego „obronności” (SKW)¹¹⁰. W ustawie przewidziano natomiast obowiązek zniszczenia danych, których „wykorzystanie w postępowaniu karnym jest niedopuszczalne”¹¹¹. Po ósme, RPO zaskarżył przepisy przejściowe ustawy. Założono w nich, że do kontroli operacyjnej rozpoczętej przed wejściem w życie ustawy należy stosować „przepisy dotychczasowe”, a więc te, które w 2014 r. TK uznał za sprzeczne z konstytucją. Praktyka ta, zdaniem RPO, „niewątpliwie narusza zasadę przyzwoitej legislacji, zasadę zaufania obywatela do państwa i zasadę pewności prawa”¹¹².

Po ponad dwóch latach, 21 lutego 2018 r., TK miał przedstawić wyniki kontroli¹¹³. Tak się jednak nie stało. 13 lutego sprawa spadła z wokandy TK¹¹⁴, a kilka tygodni później RPO wycofał swój wniosek sprzed dwóch lat¹¹⁵. W uzasadnieniu pisma skierowanego do Trybunału wskazał na dwa powody swojej decyzji. Po pierwsze, chodziło o zmianę składu orzekającego,

¹⁰⁶ Ibidem, s. 45–46.

¹⁰⁷ Ibidem, s. 50.

¹⁰⁸ Ibidem, s. 52.

¹⁰⁹ Ibidem, s. 53.

¹¹⁰ Ibidem, s. 54.

¹¹¹ *Ustawa z dnia 15 stycznia*, op. cit.

¹¹² Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich do Trybunału Konstytucyjnego, 18.02.2016, op. cit., s. 56.

¹¹³ *Zasady stosowania kontroli operacyjnej przez służby policyjne i służby specjalne*, K 9/16, strona internetowa Trybunału Konstytucyjnego, trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wokanda/art/9990-zasady-stosowania-kontroli-operacyjnej-przez-sluzby-policyjne-i-sluzby-specjalne/ (dostęp: 31.12.2017).

¹¹⁴ W. Tumidalski, *Z wokandy Trybunału Konstytucyjnego spadł wniosek RPO dot. inwigilacji*, „Rzeczpospolita”, 19.02.2018, www.rp.pl/Mundurowi/302199977-Z-wokandy-Trybunalu-Konstytucyjnego-spadl-wniosek-RPO-dot-inwigilacji.html (dostęp: 26.02.2018).

¹¹⁵ W. Tumidalski, *Inwigilacja w TK: Bodnar nie ufa sędziom dublerom*, „Rzeczpospolita”, 15.03.2018, www.rp.pl/Dobra-osobiste/303159976-Inwigilacja-w-TK-Bodnar-nie-ufa-sedziom-dublerom.html (dostęp: 15.03.2018).

która w ocenie RPO nie miała podstawy prawnej. Andrzej Rzepliński, który do grudnia 2016 r. kierował Trybunałem, zarządził rozpoznanie sprawy w pełnym składzie (sędzią sprawozdawcą miał być Stanisław Rymar). Jego następca, Julia Przyłębska, uznała, że wystraczający będzie skład pięcioosobowy. Po drugie, RPO negatywnie ocenił fakt, że do składu wyznaczono dwie osoby, które w jego ocenie są „nieuprawnione do orzekania”¹¹⁶, jako że „zostały wybrane z naruszeniem Konstytucji RP”¹¹⁷. Wcześniej RPO wnioskował o ich wyłączenie ze składu orzekającego. We wniosku z 15 stycznia pisał również o wątpliwościach co do „bezstronności” jednego z sędziów¹¹⁸. W związku z tym, w ocenie RPO, gdyby w lutym 2018 r. doszło do wydania wyroku w sprawie „ustawy inwigilacyjnej”, mógłby on przyjąć postać „orzeczenia nieistniejącego”. Mogłoby to „skutkować chaosem prawnym”, a wydane orzeczenie mogłoby być „kwestionowane przez pełnomocników stron także w procesach przed sądami europejskimi”¹¹⁹. Wobec cofnięcia wniosku Trybunał Konstytucyjny umorzył postępowanie. Mariusz Muszyński, jeden z sędziów, których RPO uznał za nieuprawnionych do orzekania (w mediach nazywany jednym z „sędziów dublerów”¹²⁰), który miał zostać sędzią sprawozdawcą w miejsce Rymara, zgłosił zdanie odrębne do uzasadnienia postanowienia TK¹²¹.

¹¹⁶ Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich do Trybunału Konstytucyjnego, 14.03.2018, II.519.109.2015.MM, s. 1–2.

¹¹⁷ Ibidem, s. 6.

¹¹⁸ Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich do Trybunału Konstytucyjnego, 15.01.2018, II.519.109.2015.MM, s. 4.

¹¹⁹ Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich do Trybunału Konstytucyjnego, 14.03.2018, op. cit., s. 6–7. W komunikacie RPO napisano: „Dziś RPO nie widzi szansy na niezależne i merytoryczne rozpoznanie swojego wniosku. Mają go bowiem oceniać w Trybunale osoby, których nie tylko status sędziowski ale bezstronność w sprawie uprawnień służb może być kwestionowana. RPO obawia się, że w takiej sytuacji wyrok Trybunału mógłby zamrozić stan prawny, który jest niezgodny ze standardami konstytucyjnymi i europejskimi. Adam Bodnar nie chce przyłożyć do tego ręki”. *RPO wycofuje wniosek do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie inwigilacji*, strona internetowa Rzecznika Praw Obywatelskich, 14.03.2018, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-wycofuje-wniosek-do-trybunału-konstytucyjnego-w-sprawie-inwigilacji> (dostęp: 16.03.2018).

¹²⁰ Zob. np. M. Kryszkiewicz, *Trybunał Konstytucyjny skutecznie spacyfikowany*, „GazetaPrawna.pl”, 9.07.2018, <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1167649,zmiany-w-trybunale-konstytucyjnym-omowienie.html> (dostęp: 15.09.2018).

¹²¹ Podkreślając doniosłość problematyki, której dotyczył wniosek, Muszyński przedstawił trzy wątpliwości dotyczące decyzji RPO o jego cofnięciu. Po pierwsze, miała ona świadczyć o niewykonywaniu określonych w konstytucji obowiązków Rzecznika. Zaskarżony przez RPO w 2016 r. stan prawny dotyczący czynności operacyjno-rozpoznawczych nie uległ do 2018 r. zmianie, a zatem brak było przesłanek uzasadniających taką decyzję. W ocenie Muszyńskiego miało to świadczyć o tym, że „bardziej niż na ochronie wolności i praw człowieka” ombudsmanowi zależało na „wchodzeniu w polemikę” z Trybunałem. Po drugie, Muszyński odrzucił argumenty RPO dotyczące nieprawidłowości związanych ze zmianami składu orzekającego, uznając je za „nieracjonalne i pozbawione podstaw prawnych”. Składanie przez RPO kolejnych wniosków miało zaś być przykładem „sądowego pieniactwa”. Po trzecie, Muszyński stwierdził, że argument o możliwości powstania tzw. orzeczeń nieistniejących, jest bezzasadny. Uznał go za nieuprawnioną „hipotezę naukową” i poddał w wątpliwość, czy pełniący funkcję RPO Adam Bodnar „wyróżnia się wiedzą prawniczą”, co – zgodnie z ustawą o RPO – powinno charakteryzować ombudsmana. Zdanie odrębne wieńczyło stwierdzenie, że niewykonywanie przez Bodnara jego obowiązków i fakt, że w ten sposób „sprzeniewierza się” on złożonemu ślubowaniu, stanowi „przesłankę do pozbawienia go sprawowanej funkcji”. Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 marca 2018 r., sygn. akt K 9/16.

W kolejnych miesiącach RPO podjął decyzję o cofnięciu jeszcze pięciu swoich wniosków¹²².

W sprawie zabrała głos także Europejska Komisja na rzecz Demokracji przez Prawo, czyli tzw. komisja wenecka. W opinii z 13 czerwca 2016 r. sformułowała ona pięć zaleceń dotyczących polskiego prawa. Dotyczyły one: a) „wzmocnienia zasady proporcjonalności”, czyli przyjęcia, że czynności operacyjno-rozpoznawcze będą stosowane jedynie w przypadku „najpoważniejszych przestępstw”, b) ograniczenia sytuacji, w których naruszona mogłaby zostać tajemnica adwokacka, c) ograniczenia czasu pobierania metadanych internetowych oraz zagwarantowania, że informacje na ten temat zostaną zachowane w celu umożliwienia realizacji efektywnej kontroli *ex post*, d) wzmocnienia nadzoru nad kontrolą operacyjną poprzez wprowadzenie instytucji „adwokata prywatności” lub obowiązkowej kontroli *ex post*, e) wprowadzenie „mechanizmu efektywnej kontroli” pobierania metadanych internetowych przez „niezależny organ”, dysponujący możliwością oceny przeprowadzonych działań i mogący sięgać po „odpowiednie środki prawne”¹²³. Następnego dnia Parlament Europejski przyjął rezolucję „w sprawie niedawnych wydarzeń w Polsce i ich wpływu na prawa podstawowe określone w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej”. Tytułowa ustawa została w niej skrytykowana za „niewspółmierną ingerencję w prawo do prywatności i niezgodność powszechnych działań inwigilacyjnych na dużą skalę i masowego przetwarzania danych osobowych z orzecznictwem UE i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka”¹²⁴. Rezolucja

¹²² Po raz drugi RPO cofnął swój wniosek w kwietniu 2018 r. Wycofany wniosek z maja 2016 r. dotyczył tzw. owoców zatrutego drzewa. Trzecie cofnięcie, które miało miejsce w maju 2018 r., dotyczyło wniosku o zbadanie zgodności z konstytucją przepisów ustawy o działaniach antyterrorystycznych, złożonego przez RPO w lipcu 2016 r. Czwarte cofnięcie również miało miejsce w maju 2018 r. – w kwietniu 2016 r. RPO wnioskował o zbadanie zgodności z konstytucją zgody następczej na wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodów uzyskanych w drodze kontroli operacyjnej. Po raz piąty RPO wycofał swój wniosek w październiku 2018 r. Cofnięty wniosek z kwietnia 2016 r. dotyczył zwiększenia uprawnień prokuratora generalnego. Po raz szósty RPO wycofał wniosek w grudniu 2018 r. Cofnięty wniosek ze stycznia 2016 r. dotyczył braku możliwości złożenia zażalenia na użycie środków przymusu bezpośredniego i broni palnej przez niektóre instytucje bezpieczeństwa. Pierwotnie wszystkie wymienione sprawy miały zostać rozpoznane przez pełny skład TK. W przypadku pięciu z nich doszło do zmiany składu orzekającego na pięcioosobowy, co zakwestionował Rzecznik. We wszystkich przypadkach podniósł również argument o „osobach nieuprawnionych” w składzie TK. Dane za stroną Rzecznika Praw Obywatelskich, www.rpo.gov.pl (dostęp: 10.10.2018). Rzecznik nie zadeklarował jednak, że będzie wycofywał wszystkie złożone do TK wnioski, jeśli w składzie orzekającym znajdują się „sędziowie dublerzy”. Podjął decyzję o niewycofaniu wniosku o zbadanie zgodności z konstytucją nowelizacji Kodeksu karnego dotyczącej kary łączej. Tłumaczył, że „stało się tak, gdyż w przypadku pełnego składu nie ma ryzyka manipulacji składem”. Poza tym „wyrok miał charakter techniczny, a nie ustrojowy. Nie dotyczył również kwestii fundamentalnych w zakresie ochrony praw człowieka”. M. Kryszkiewicz, *Trybunał Konstytucyjny*, op. cit.

¹²³ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Poland – Opinion on the Act of 15 January 2016 amending the Police Act and certain other Acts, adopted by the Venice Commission at its 107th Plenary Session (Venice, 10–11 June 2016)*, Strasbourg, 13 June 2016, Opinion No. 839/2016, CDL AD(2016)012, s. 32.

¹²⁴ *Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 14 września 2016 r. w sprawie niedawnych wydarzeń w Polsce i ich wpływu na prawa podstawowe określone w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej (2016/2774(RSP))*, Dz. Urz. UE 2018 nr C 204, s. 98.

podzieliła polskich europarlamentarzystów. Poparli ją politycy wybrani z list PO i SLD, przeciw byli reprezentanci PiS-u, a trzech spośród czterech polityków PSL-u nie oddało głosu¹²⁵.

3.2. Pozyskiwanie danych telekomunikacyjnych, pocztowych i internetowych w praktyce

Ze szczególnie dużymi kontrowersjami spotkała się sprawa stałego dostępu instytucji bezpieczeństwa do danych internetowych. Kontrowersjom sprzyjał poziom skomplikowania materii, któremu nie potrafili sprostać polscy dziennikarze¹²⁶. Część opinii publicznej odczytała ją jako wprowadzenie nieobecnej dotąd, nieograniczonej możliwości śledzenia wszelkich form aktywności internautów w sieci¹²⁷, w tym kontroli treści korespondencji mailowej bez uprzedniej zgody sądu. Wynikało to z niejasności pojęcia „danych internetowych” odnoszącego się do art. 18 ust. 1–5 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Zgodnie z przyjętymi przepisami za „dane internetowe” należy bowiem uznać także dane eksploatacyjne (ust. 5), czyli np. „informacje o rozpoczęciu, zakończeniu oraz zakresie każdorazowego korzystania z usługi świadczonej drogą elektroniczną” i „informacje o skorzystaniu przez usługobiorcę z usług świadczonych drogą elektroniczną”¹²⁸. W zakres danych internetowych wchodzi więc np. dodanie posta na forum lub zapisanie zdjęcia na dysku twardym. Nie jest jednak jasne, czy dotyczy to wyłącznie pozyskania informacji o wykonanej czynności (dodanie posta, zapisanie zdjęcia), czy też także o jej „zawartości” (co napisano w poście?; co przedstawiało zdjęcie?). Ustawodawca wskazał wprawdzie *expressis verbis*, że chodzi o pozyskiwanie „danych niestanowiących treści”, ale nie uściślił, co należy rozumieć przez to pojęcie. W przypadku danych telekomunikacyjnych czy pocztowych to rozgraniczenie jest czytelne, jednakże w przypadku stron internetowych trudno jednoznacznie określić, gdzie zaczyna się treść.

¹²⁵ *Recent developments in Poland and their impact on fundamental rights as laid down in the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Vote details*, strona internetowa VoteWatch Europe, <https://www.votewatch.eu/en/term8-recent-developments-in-poland-and-their-impact-on-fundamental-rights-as-laid-down-in-the-charter-of--4.html> (dostęp: 7.10.2018).

¹²⁶ Problem dotyczył nawet prasy fachowej. Informowano w niej np., że ustawa wprowadziła dotychczas nieobecny w polskim prawie limit 18 miesięcy inwigilacji internautów. Taki przepis nie znalazł się jednak w ustawie, a podobne stwierdzenia wynikały z nieodróżniania kontroli operacyjnej od pozyskiwania danych pochodzących z retencji. *Ustawa inwigilacyjna: czy jest się czego obawiać?*, „Komputer Świat”, 14.03.2016, www.komputerswiat.pl/artykuly/redakcyjne/2016/03/ustawa-inwigilacyjna.aspx (dostęp: 31.12.2017).

¹²⁷ Stąd opinie w rodzaju: „Najważniejszą nowością, którą zapisali w projekcie posłowie PiS, jest jednak możliwość inwigilowania aktywności w internecie bez zgody sądu”. Ł. Woźnicki, *Ustawa inwigilacyjna w Sejmie. Rzqd: Nie będzie można pobierać treści korespondencji*, „Gazeta Wyborcza”, 13.01.2016, wyborcza.pl/1,75398,19469366,ustawa-inwigilacyjna-w-sejmie-wzywamy-poslow-do-wprowadzenia.html (dostęp: 31.12.2017).

¹²⁸ *Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, Dz. U. 2002 nr 144 poz. 1204.

Zwłaszcza, że nie sprzyjają temu rozwiązania techniczne, co oznacza, że problem może dotyczyć również korespondencji mailowej. Wprawdzie w tym przypadku różnica pomiędzy metadanymi (np. identyfikacja nadawcy i odbiorcy, ustalenie daty i godziny wysłania wiadomości) a treścią (zawartość maila) nie budzi wątpliwości, trzeba jednak zauważyć, że oba rodzaje danych przechowywane są w tym samym miejscu na serwerze i są dostępne za pomocą tych samych rozwiązań technicznych. Zasadnym jest więc pytanie o instrumenty zabezpieczające jednostkę przed sięganiem przez instytucje bezpieczeństwa po informacje znajdujące się np. poniżej nagłówka maila¹²⁹. W styczniu 2016 r. minister Wąsik zapewniał jednak, że jeżeli „nie będzie możliwości technicznej oddzielenia tych danych”, to „nie będzie możliwości zdalnego dostępu” do nich¹³⁰.

Pozyskiwanie informacji dotyczących aktywności w sieci nie zostało wprowadzone przez tzw. ustawę inwigilacyjną, znacząco uprościła ona jednak proces – zamiast każdorazowo zwracać się z wnioskiem do dostawcy usług internetowych, instytucje bezpieczeństwa uzyskały możliwość pobierania danych przy pomocy stałego, bezpiecznego łącza. Fundacja Panoptykon zwróciła się do Policji, CBA, ŻW i ABW z pytaniami, czy skorzystały one z możliwości uruchomienia stałego łącza służącego do pobierania danych internetowych i podpisały w tym celu umowy z dostawcami usług internetowych. W opublikowanym w styczniu 2017 r. raporcie Fundacja poinformowała, że Policja i CBA odpowiedziały przecząco, ŻW przekazała wiadomość o podpisaniu czterech tego rodzaju umów, a ABW odmówiła odpowiedzi na pytanie¹³¹. Już po publikacji raportu SG poinformowała, że podpisała pięć porozumień¹³². Fundacja zaskarżyła decyzję ABW do sądu, skarga została jednak oddalona – sąd argumentował, że w dobie „(niewypowiedzianej ale rzeczywistej) wojny terroryzmu z całym światem demokratycznym”¹³³ zasadne jest traktowanie tych informacji jako niejawnych¹³⁴. Wyrok pozostaje nieprawomocny.

¹²⁹ Zob. np. A. Czarnacka, *Kto będzie stróżem stróża? Tzw. ustawa inwigilacyjna demoluje demokrację, biznes i życie*, „Gazeta Wyborcza”, 16.01.2016.

¹³⁰ Nagranie magazynu reporterów TVN24 „Czarno na białym”, odcinek „Wielki brat” Leszka Dawidowicza, „TVN24.pl”, 28.01.2016, <https://www.tvn24.pl/czarno-na-bialym,42,m/czarno-na-bialym-wielki-brat,614624.html> (dostęp: 10.10.2018).

¹³¹ Fundacja Panoptykon, *Rok z ustawą inwigilacyjną*, op. cit., s. 4.

¹³² *Pięć porozumień Straży Granicznej*, strona internetowa Fundacji Panoptykon, 14.02.2017, <https://panoptykon.org/wiadomosc/piec-porozumien-strazy-granicznej> (dostęp: 10.10.2018).

¹³³ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 29.05.2017 r., II SA/Wa 291/17.

¹³⁴ *Sąd uznał, że ABW może zataić informacje o wykorzystaniu nowych uprawnień do inwigilacji*, strona internetowa Fundacji Panoptykon, 17.08.2017, <https://panoptykon.org/wiadomosc/sad-uznal-ze-abw-moze-zataic-informacje-o-wykorzystaniu-nowych-uprawnien-do-inwigilacji> (dostęp: 10.01.2018).

Fundacja Panoptykon złożyła skargę kasacyjną do Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA). Odpowiadając na prośbę Fundacji, RPO zgłosił swój udział w postępowaniu przed NSA¹³⁵.

Fundacja zwróciła się również do pięciu sądów okręgowych z wnioskiem o udostępnienie wyników kontroli sprawozdań złożonych przez instytucje bezpieczeństwa za okres od 7 lutego do 31 czerwca 2016 r. Trzy z nich odpowiedziały pozytywnie, informując, że nie wykryły nieprawidłowości, a dwa przyjęły stanowisko, że wyniki kontroli mają charakter niejawny¹³⁶. Zarazem okazało się, że sędziowie w różny sposób podchodzą do kontroli – jeden z nich stwierdził brak nieprawidłowości w oparciu o prostą tabelę, inny przyjrzał się bliżej dziesięciu wybranym sprawom¹³⁷. Sąd Okręgowy w Gdańsku stwierdził zaś, że przepisy ustawy nie stwarzają „możliwości zweryfikowania, czy sięgnięcie po informacje było niezbędne, celowe i należycie uzasadnione w kontekście subsydiarności działań operacyjnych, a więc nie daje podstawy do przeprowadzenia realnej – spełniającej standardy ochrony praw człowieka – kontroli uzyskiwania przez Policję danych telekomunikacyjnych, pocztowych lub internetowych”¹³⁸. Fundacja Panoptykon poinformowała również, jak wyglądały same sprawozdania składane przez instytucje bezpieczeństwa, powołując się na dokumenty przedłożone przez Komendę Stołeczną Policji i Komendę Wojewódzką Policji w Białymstoku. Były to proste tabele zawierające numer sprawy, nazwę jednostki pozyskującej dane, artykuł stanowiący podstawę prawną i typ pozyskanych danych: telekomunikacyjnych (z podziałem na raporty połączeń, lokalizacje stacji abonenckich i inne), pocztowych i internetowych (z podziałem na raporty połączeń i dane użytkowników)¹³⁹.

Kwestia nadzoru i kontroli nad pozyskiwaniem danych jest zagadnieniem kluczowym dla zrozumienia znaczenia tytułowej ustawy. Poza kontrolą sprawowaną przez sądy istotna jest również kwestia nadzoru i kontroli społecznej. Po usunięciu art. 180g z ustawy o prawie telekomunikacyjnym zniknęła możliwość zapoznania się z danymi gromadzonymi corocznie przez UKE dla Komisji Europejskiej¹⁴⁰. Jak już wspomniano, w ustawie zapisano natomiast obowiązek corocznego przedstawiania parlamentowi przez ministra sprawiedliwości „zagregowanej informacji” na temat przetwarzanych danych pochodzących z retencji. Z datowaną na 30 czerwca 2017 r. lakoniczną, trzystronicową informacją, zawierającą

¹³⁵ Zob. *Pismo procesowe Rzecznika Praw Obywatelskich* z 7.09.2018 r., VII.6060.36.2018.MKS.

¹³⁶ Fundacja Panoptykon, *Rok z ustawą inwigilacyjną*, op. cit., s. 6.

¹³⁷ *Ibidem*, s. 6–8.

¹³⁸ Pismo Prezes Sądu Okręgowego w Gdańsku do Fundacji Panoptykon z 31.05.2017 r., adm. -554-33/17, s. 1.

¹³⁹ Fundacja Panoptykon, *Rok z ustawą inwigilacyjną*, op. cit., s. 6–7.

¹⁴⁰ *Ibidem*, s. 8–9.

jednostronicowe sprawozdanie MS-S50, opinia publiczna mogła zapoznać się na początku lipca. Z obejmującej 2016 r. informacji wynikało, że instytucje bezpieczeństwa przetworzyły w tym czasie 1,1 mln danych telekomunikacyjnych, 1,8 tys. danych pocztowych i 23,1 tys. danych internetowych. Za blisko trzy czwarte z nich (73,5%) odpowiadała Policja, na dalszych miejscach uplasowały się „inne instytucje”, jak zbiorczo nazwano ABW, SKW, CBA, wywiad skarbowy i ŻW (15,1%) oraz SG (11,3 %). Minister sprawiedliwości poinformował, że spośród 121 kontroli przeprowadzonych w 2016 r. trzy zakończyły się wystawieniem negatywnej oceny¹⁴¹. Przedłożona rok później analogiczna informacja obejmująca 2017 r. wskazywała na zwiększenie się liczby pozyskanych danych: o 7% w przypadku danych telekomunikacyjnych, o 650% w przypadku danych pocztowych i o 3% w przypadku danych internetowych. Kolejność podmiotów, które pozyskiwały dane telekomunikacyjne, pocztowe i internetowe, była taka sama: pierwsze miejsce zajęła Policja (pozyskała 71,1% danych), drugie „inne instytucje” (15,6%), a trzecie Straż Graniczna (12,6%). W 2017 r. przeprowadzono 71 kontroli, wynik czterech były negatywne¹⁴².

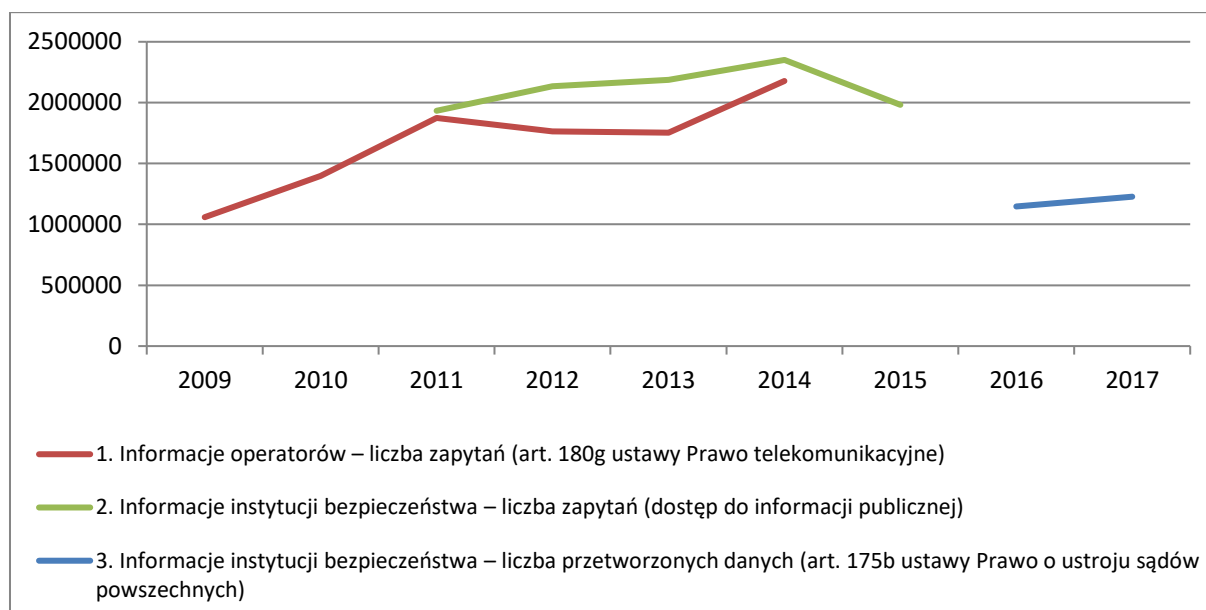
Dane porównawcze są dostępne dzięki rocznym informacjom UKE i działaniom Fundacji Panoptykon. W pierwszym przypadku dostępne są informacje z lat 2009–2014, obejmujące liczbę żądań udostępnienia danych telekomunikacyjnych, z którymi do operatorów zgłaszały się uprawnione instytucje. W przypadku drugim informacje pochodzą od instytucji bezpieczeństwa, do których Fundacja Panoptykon co roku zwracała się z wnioskami o udostępnienie informacji publicznej w zakresie pozyskiwania danych pochodzących z retencji. Jeśli chodzi o dane telekomunikacyjne, to dzięki jej wnioskowi dostępne są statystyki obejmujące lata 2011–2015. Analogiczna informacja dotycząca danych internetowych obejmuje lata 2014–2015¹⁴³. Zamieszczony poniżej wykres przedstawia informacje dotyczące danych telekomunikacyjnych zebrane przez UKE i Fundację Panoptykon oraz przedstawione parlamentowi przez ministra sprawiedliwości, zgodnie z ustawą Prawo o ustroju sądów powszechnych, znowelizowaną przez „ustawę inwigilacyjną”.

¹⁴¹ Informacja ministra sprawiedliwości, druk senacki nr 543 z 30.06.2017 r., s. 1–3.

¹⁴² Informacja ministra sprawiedliwości, druk senacki nr 887 z 28.06.2018 r., s. 1–3.

¹⁴³ *Zapytania służb o dane telekomunikacyjne – zestawienie 2011–2015*, strona internetowa Fundacji Panoptykon, 22.03.2016, https://panoptykon.org/sites/default/files/publikacje/zapytania_o_dane_telekom_2011-2015_tabela_1.pdf (dostęp: 31.12.2017); *Nowe liczby, stare problemy*, strona internetowa Fundacji Panoptykon, 22.03.2016, <https://panoptykon.org/wiadomosc/nowe-liczby-stare-problemy> (dostęp: 31.12.2017).

Wykres 1. Dane telekomunikacyjne w latach 2009–2017 – liczba zapytań i przetworzonych danych



Źródło: Urząd Komunikacji Elektronicznej, *Informacja o rocznym sprawozdaniu dotyczącym udostępniania danych telekomunikacyjnych*, archiwalna strona internetowa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, 17.03.2014, <https://archiwum.uke.gov.pl/informacja-o-rocznym-sprawozdaniu-dotyczacym-udostepniania-danych-telekomunikacyjnych-13495> (dostęp: 27.09.2018); A. Obem, K. Szymielewicz, *Dane telekomunikacyjne: karuzela liczb trwa, a problem nadal tkwi w złym prawie*, strona internetowa Fundacji Panoptikon, 19.03.2015, <https://panoptikon.org/wiadomosc/dane-telekomunikacyjne-karuzela-liczb-trwa-problem-nadal-tkwi-w-zlym-prawie> (dostęp: 27.09.2018); *Zapytania służb o dane telekomunikacyjne*, op. cit.; Informacja ministra sprawiedliwości, druk senacki nr 543, op. cit., s. 1; Informacja ministra sprawiedliwości, druk senacki nr 887, op. cit., s. 1.

Trzeba zauważyć, że dane UKE (seria 1 na wykresie) uwzględniają zapytania wszystkich uprawnionych instytucji, w tym sądów i prokuratur (nieprzedstawionych w seriach 2 i 3) oraz instytucji bezpieczeństwa, które nie udzieliły odpowiedzi na pytania Fundacji Panoptikon¹⁴⁴ (seria 2). Pomimo węższego grona podmiotów, liczba zapytań wykazywanych przez instytucje bezpieczeństwa (seria 2) była konsekwentnie wyższa niż liczba zapytań wykazywanych przez operatorów (seria 1). Przedstawione powyżej liczby należy traktować bardzo ostrożnie, mając na uwadze, że ich wartość porównawcza jest ograniczona. Sam UKE zwracał uwagę, że

¹⁴⁴ Szczególnie niechętna udzieleniu informacji na temat zapytań o udostępnienie danych była dotąd SKW. Od 2016 r. Fundacja Panoptikon próbuje nakłonić instytucję do zmiany stanowiska i poinformowania, ile danych telekomunikacyjnych pozyskała w 2015 r. SKW zastania się obronnością państwa. W październiku 2018 r. NSA oddalił skargę kasacyjną SKW od wyroku sądu pierwszej instancji. Orzekł, że statystyki dotyczące danych pochodzących z retencji są informacją publiczną, stwierdził jednak również, że nie każdą informację publiczną można udostępnić. Wyrok nie kończy zatem sprawy. Ponowny wniosek Fundacji spotka się zapewne z negatywną odpowiedzią SKW, która posłuży się argumentem o obronności państwa i uzna rzeczzone informacje za niepodlegające udostępnieniu. W. Klicki, *Zwycięstwo! Billingi informacją publiczną*, strona internetowa Fundacji Panoptikon, 26.10.2018, <https://panoptikon.org/wiadomosc/zwyciestwo-bilingi-informacja-publiczna> (dostęp: 31.12.2017).

nieporównywalność publikowanych przezeń informacji z informacjami służb specjalnych czy Policji „wynika ze stosowania odmiennych kryteriów definiowania zapytań, czy też klasyfikowania przypadków udostępnienia danych retencyjnych”¹⁴⁵.

Porównując informacje przedstawione w seriach 2 i 3 można stwierdzić, że w 2016 r., a więc po wejściu w życie tytułowej ustawy, liczba czynności „inwigilacyjnych” w zakresie danych telekomunikacyjnych spadła o 40% w porównaniu do roku poprzedniego. Jeśli zaś chodzi o nieujęte na wykresie dane internetowe, to zmniejszyła się niemal dziesięciokrotnie (w 2014 r. instytucje skierowały 52,2 tys. zapytań, a w 2015 r. – 217,7 tys.¹⁴⁶). Wyjaśnienie pierwszej z tych wartości nie sprawia trudności – „zagregowana informacja” ministra sprawiedliwości nie uwzględnia danych z wykazów abonenckich, których pozyskiwanie zwolniono z następczej kontroli sądowej, a według kalkulacji Fundacji stanowiły one około 35–45% wszystkich zapytań¹⁴⁷. O wiele bardziej problematyczna jest druga z wartości, tym bardziej, że w styczniu 2016 r. minister Wójcik poinformował posłów, że Policja „średniorocznie zadaje 60 tys. tego typu zapytań”¹⁴⁸.

Wojciech Klicki z Fundacji Panoptykon pisał w 2017 r.: „Mimo to należy chyba odetchnąć z ulgą: wprowadzone tzw. ustawą inwigilacyjną ułatwienie w sięganiu po dane na temat naszej aktywności w Internecie – jeśli wierzyć statystykom – nie doprowadziło do pozyskiwania tych danych przez służby na masową skalę”. Zauważył przy tym: „Znów mamy więc liczby, za którymi nie wiadomo co się kryje”¹⁴⁹. Trzeba też podkreślić, że wejście w życie tytułowej ustawy utrudniło lub nawet uniemożliwiło występowanie do instytucji bezpieczeństwa z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej w zakresie pozyskiwania danych telekomunikacyjnych, pocztowych lub internetowych. Jak bowiem wspomniano wcześniej, zgodnie z ustawą są one przekazywane sądom z „zachowaniem przepisów o ochronie informacji niejawnych”, co staje się asumptem do wydawania przez instytucje bezpieczeństwa decyzji odmownych. Tym samym dwa dotychczasowe, alternatywne źródła wiedzy na ten temat (UKE, czyli dane operatorów

¹⁴⁵ Urząd Komunikacji Elektronicznej, *Informacja o rocznym sprawozdaniu dotyczącym*, op. cit.

¹⁴⁶ *Nowe liczby, stare problemy*, op. cit.

¹⁴⁷ *Zapytania służb o dane telekomunikacyjne*, op. cit.

¹⁴⁸ Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, kadencja VIII, *Sprawozdanie Stenograficzne z 8. posiedzenia Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 14 stycznia*, op. cit., s. 187.

¹⁴⁹ *Sąd: nie mamy jak kontrolować działań Policji*, strona internetowa Fundacji Panoptykon, 7.07.2017, <https://panoptykon.org/wiadomosc/sad-nie-mamy-jak-kontrolowac-dzialan-policji> (dostęp: 31.12.2017). Przedstawiając senatorom informację na temat danych przetworzonych w 2017 r. przez instytucje bezpieczeństwa zastępczyni dyrektora w Ministerstwie Sprawiedliwości nazwała kilkusetprocentowy wzrost dotyczący danych pocztowych „ciekawostką”. Senat Rzeczypospolitej Polskiej, Zapis stenograficzny posiedzenie Komisji Praw Człowieka, Praworządności i Petycji, posiedzenie nr 258. w dniu 18.07.2018 r., s. 3.

oraz udostępnienie informacji publicznej, czyli dane instytucji bezpieczeństwa) zostały zastąpione przez jedno – coroczną informację ministra sprawiedliwości¹⁵⁰.

Podsumowanie

Konsekwencje ustawy

Konsekwencje „ustawy inwigilacyjnej” dla prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych wyrażają się przede wszystkim w dwóch wymiarach. Po pierwsze, instytucje bezpieczeństwa rzadko pozbawia się uprzednio przyznanych im zadań i kompetencji. Dzieje się raczej przeciwnie – instytucje przyzwyczajają się do poszerzonych uprawnień i domagają się kolejnych zmian tego rodzaju. Tak właśnie stało się w następnych miesiącach. Zmiany wprowadziły tzw. ustawa antyterrorystyczna¹⁵¹ oraz nowelizacje Kodeksu postępowania karnego (ograniczenie niedopuszczalności dowodu – tzw. owoc zatrutego drzewa oraz wykorzystanie dowodu uzyskanego w wyniku kontroli operacyjnej i kontroli procesowej)¹⁵² i Kodeksu karnego (konfiskata rozszerzona)¹⁵³. W chwili zamykania niniejszego artykułu trwały prace nad nowelizacją ustawy o KAS poszerzającej „inwigilacyjne” kompetencje tej instytucji¹⁵⁴. W przyszłości należy spodziewać się kontynuacji tego trendu, niezależnie od tego, która z dwóch najbardziej relewantnych polskich partii będzie tworzyła rząd. Trendu, którego, należy zaznaczyć, ustawa z 15 stycznia nie stworzyła, ale przyczyniła się do jego wzmocnienia.

Wobec wzrostu znaczenia mediów elektronicznych w codziennym życiu, standardy subsydiarności i proporcjonalności w zakresie pozyskiwania danych pochodzących z retencji nabierają kluczowego znaczenia¹⁵⁵. Od 2012 r. zwiększa się częstotliwość sięgania przez

¹⁵⁰ Nagranie audio seminarium *Inwigilacja dwa lata później. Sprawa wyroku ETPCz Sacharow (Zakharov) vs Rosja*, które odbyło się 24.09.2018 r. w Biurze Rzecznika Praw Obywatelskich, kanał Rzecznika Praw Obywatelskich w serwisie YouTube, 28.09.2018, <https://www.youtube.com/watch?v=dHONIPrT02s> (dostęp: 10.10.2018); Fundacja Panoptikon, *Rok z ustawą inwigilacyjną*, op. cit., s. 9–10.

¹⁵¹ *Ustawa z dnia 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych*, Dz. U. 2016 poz. 904.

¹⁵² *Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw*, Dz. U. 2016 poz. 437. Zob. np. A. Łukaszewicz, *Owoc zatrutego drzewa nie taki trujący*, „Rzeczpospolita”, 20.12.2017.

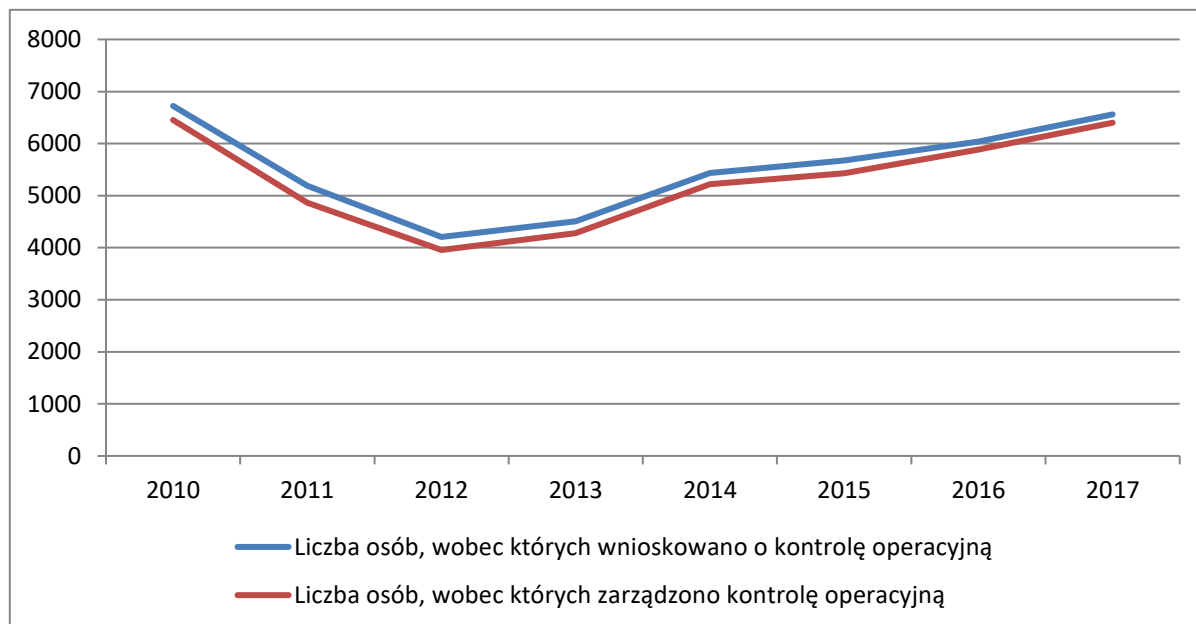
¹⁵³ *Ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw*, Dz. U. 2017 poz. 768.

¹⁵⁴ *Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o Krajowej Administracji Skarbowej oraz niektórych innych ustaw*, druk nr 2905 z 12.10.2018 r.

¹⁵⁵ W połowie 2017 r. Komenda Główna Policji przyznała, że miało miejsce 12 przypadków zwracania się przez jednostki i komórki Policji do operatorów z wnioskiem o udostępnienie danych w związku z popełnionymi wykroczeniami, a więc niezgodnie z przywoływanym wcześniej art. 20c ust. 1 ustawy o Policji. W przypadku dwóch spośród tych nieuprawnionych wniosków operatorzy odpowiedzieli pozytywnie i przekazali dane. KGP zapewniła,

instytucje bezpieczeństwa po inną formę czynności operacyjno-rozpoznawczych – kontrolę operacyjną. Obrazuje to zamieszczony poniżej wykres, przygotowany w oparciu o informacje, które począwszy od 2011 r. corocznie przedstawia parlamentowi prokurator generalny¹⁵⁶.

Wykres 2. Kontrola operacyjna w latach 2010–2017 – liczba złożonych wniosków i osób objętych kontrolą



Opracowanie własne na podstawie: Informacja prokuratora generalnego z 21.06.2011 r., druk senacki nr 1267, s. 1; Informacja prokuratora generalnego z 27.02.2012 r., druk senacki nr 64, s. 1; Informacja prokuratora generalnego z 8.03.2013 r., druk senacki nr 317, s. 1; Informacja prokuratora generalnego z 21.03.2014 r., druk senacki nr 598, s. 1; Informacja prokuratora generalnego z 5.03.2015 r., druk senacki nr 850, s. 1; Informacja prokuratora generalnego z 23.02.2016 r., druk senacki nr 95, s. 1; Informacja prokuratora generalnego z 13.06.2017 r., druk senacki nr 530, s. 1; Informacja prokuratora generalnego z 15.06.2018 r., druk senacki nr 876, s. 1.

Zapewne zmiany wprowadzone przez ustawę okażą się trwałe. Decyzja RPO o wycofaniu wniosku o zbadanie zgodności ustawy z konstytucją nie oznacza oczywiście, że analogicznego wniosku nie może złożyć inny podmiot, jest to jednak mało prawdopodobne. Przedstawiciele obecnej władzy nie są tym oczywiście zainteresowani, a organy niezależne (np. pierwszy prezes Sądu Najwyższego) i podmioty opozycyjne wobec władzy (posłowie i senatorowie opozycji) nie zaryzykują skierowania wniosku do TK, który uznają za sprzyjający rządowi. Znaczenie ustawy

że „nie zostały one wykorzystane”, zostały natomiast „niezwłocznie zniszczone”. Zapowiedziano uszczelnienie procesu, aby w przyszłości nie dochodziło do podobnych sytuacji. Pismo Biura Kontroli Komendy Głównej Policji do Fundacji Panoptykon z 1.06.2017 r., L.dz. IK-658/364/2017, s. 1–2.

¹⁵⁶ Obowiązek ten wprowadzono w 2011 r. ustawą nowelizującą ustawę o prokuraturze z 1985 r. (art. 10ea). Obecnie określa go art. 11 ustawy Prawo o prokuraturze z 2016 r. *Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw*, Dz. U. 2011 nr 53 poz. 273; *Ustawa z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze*, Dz. U. 2016 poz. 177.

nie wynika więc przede wszystkim z tego, że instytucje bezpieczeństwa otrzymały dzięki niej o wiele szersze uprawnienia (tak się nie stało), ani na tym, że dostęp do danych internetowych pochodzących z retencji został dzięki niej technicznie ułatwiony. Jej funkcja jest tak istotna, ponieważ ustawa w sensie politycznym zakonserwowała porządek prawny zakwestionowany dotychczasową linią orzeczniczą TK. Pytania dotyczące charakteru kontroli czy informowania o zakończeniu prowadzenia kontroli operacyjnej pozostają aktualne. Tym bardziej, że grono instytucji bezpieczeństwa uprawnionych do prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych powiększa się – w 2018 r. dołączyła do niego nowo utworzona Służba Ochrony Państwa¹⁵⁷.

Po drugie, ustawa nie tylko nie rozwiązała starych problemów, na które wskazywały orzeczenia TK, ale wprowadziła do polskiego prawa nowe. Częstemu sięganiu przez instytucje bezpieczeństwa po czynności operacyjno-rozpoznawcze, a zwłaszcza wykorzystywaniu danych pochodzących z retencji, sprzyja brak rygorystycznych instrumentów kontroli. Pozyskiwanie danych obudowano wprawdzie nieobecnymi wcześniej w Polsce ograniczeniami, jednakże jakość mechanizmu kontroli następczej realizowanej przez sądy okręgowe jest zasadnie krytykowana. Niejasność przepisów w tym zakresie dotyczy zarówno merytorycznych, jak i technicznych aspektów procesu¹⁵⁸. Także wątpliwości dotyczące definicji „danych internetowych” i relacji pomiędzy „treścią” a metadanymi są uprawnione. Lakoniczność rocznych sprawozdań ministra sprawiedliwości stwarza natomiast jedynie iluzję społecznej kontroli nad procesem.

Perspektywy

W kierunku przeciwnym względem działań polskiego ustawodawcy może zmierzać orzecznictwo Sądu Najwyższego, czego przykładem jest uchwała z czerwca 2018 r., ograniczająca możliwość wykorzystania w postępowaniu dowodów uzyskanych w drodze kontroli operacyjnej. Chodzi o sytuację, w której podczas prowadzenia kontroli operacyjnej uzyskano informacje, które obciążają osobę inną niż ta, wobec której sąd zarządził kontrolę

¹⁵⁷ Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Służbie Ochrony Państwa, Dz. U. 2018, poz. 138. Ponadto w latach 2016–2017 połączono kontrolę skarbową i administrację podatkową ze Służbą Celną, tworząc Krajową Administrację Skarbową (KAS). W ramach KAS-u wyodrębniono Służbę Celno-Skarbową, jednolitą i umundurowaną formację. Posiada ona prawo do prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych, tak jak wcześniej wywiad skarbowy i SC. Ustawa z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej, Dz. U. 2016 poz. 1947.

¹⁵⁸ M. Tomkiewicz, *Zakres funkcjonalny i przedmiotowy pozaprocesowej kontroli „danych komunikacyjnych” – próba systematyzacji pojęć*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2017, t. 27, nr 3, s. 9–11.

operacyjną. Siedmioosobowy skład SN uznał, że wykorzystanie zgromadzonych w ten sposób dowodów możliwe jest jedynie wtedy, kiedy dotyczą one „przestępstw katalogowych”, czyli tych wymienionych w przepisach szczegółowych (np. art. 19 ust. 1 ustawy o Policji)¹⁵⁹. Przypadek ten pokazuje, jak wielką rolę w sprawie inwigilacji mogą odegrać sądy powszechne i Sąd Najwyższy. Oprócz zmian legislacyjnych ważnym czynnikiem wpływającym na sposób i skalę prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych będzie kształtowanie się orzecznictwa w tej sprawie.

Istotną rolę odegra też orzecznictwo na szczeblu międzynarodowym. Ważne wyroki dotyczące inwigilacji zapadły w Trybunale Sprawiedliwości Unii Europejskiej i strasburskim Europejskim Trybunale Praw Człowieka (ETPC).

Jeśli chodzi o TSUE, to polskie rozwiązania prawne pozostają w konflikcie nie tylko ze wspomnianym wyrokiem *Digital Rights Ireland* oraz *Kärntner Landesregierung i in.* z 8 kwietnia 2014 r., ale także z wyrokiem z 21 grudnia 2016 r. w sprawach połączonych *Tele2 Sverige* oraz *Watson i in.* Orzeczenie wydano w trybie prejudycjalnym, po pytaniach dotyczących obowiązku retencji, które złożyły sądy szwedzki i brytyjski. Wielka Izba TSUE uznała, że zatrzymywanie i pozyskiwanie danych musi być ograniczone „do tego, co jest absolutnie konieczne”. Oznacza to, że krajowe rozwiązania przewidujące „uogólnione i nieodróżnicowane zatrzymywanie wszystkich danych o ruchu oraz danych dotyczących lokalizacji wszystkich abonentów i zarejestrowanych użytkowników wszystkich środków łączności elektronicznej” są niezgodne z prawem UE. Obowiązkiem państw członkowskich jest również ustanowienie materialnych i proceduralnych kryteriów korzystania z zatrzymanych danych. Sytuacji, w której dostęp do nich nie jest ograniczony do przeciwdziałania „poważnej przestępczości”, nie wymaga on „uprzedniej kontroli sprawowanej przez sąd lub niezależny organ administracyjny” (z wyjątkiem „należyte uzasadnionych pilnych przypadków”), brak jest też „wymogu, aby dane te były przechowywane na obszarze Unii”, nie da się pogodzić z unijnym porządkiem prawnym¹⁶⁰. W orzeczeniu TSUE odniósł się do wyroków ETPC w sprawach

¹⁵⁹ Zob. *Uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2018 r.*, sygn. akt I KZP 4/18, s. 1–27.

¹⁶⁰ Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 21.12.2016 r., *Tele2 Sverige AB (C-203/15) przeciwko Post- och telestyrelsen, oraz Secretary of State for the Home Department (C-698/15) przeciwko Tomowi Watsonowi, Peterowi Brice'owi, Geoffreyowi Lewisowi, przy udziale: Open Rights Group, Privacy International, The Law Society of England and Wales*, sygn. ECLI:EU:C:2016:970, s. 28, 30–31.

*Zakharov przeciwko Rosji*¹⁶¹ oraz *Szabó i Vissy przeciwko Węgrom*¹⁶². Kolejny ważny wyrok ETPC zapadł we wrześniu 2018 r.

Wyrok ETPC w sprawach połączonych *Big Brother Watch i in.* jest pokłosiem afery związanej z programem PRISM, którego istnienie ujawnił w 2013 r. Edward Snowden. Zgodność szeregu rozwiązań inwigilacyjnych stosowanych przez Zjednoczone Królestwo z *Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności* zakwestionowały w trzech odrębnych wnioskach dwie osoby fizyczne i 14 organizacji pozarządowych. W wyroku ETPC przyznał częściowo rację wnioskodawcom¹⁶³. Wykazał, że naruszano przepisy konwencji m.in. w zakresie pozyskiwania metadanych, którego nie ograniczono do poważnych przestępstw¹⁶⁴, oraz w braku rozwiązań prawnych „wystarczająco solidnych, aby zapewnić odpowiednie gwarancje przeciwko nadużyciom”¹⁶⁵. Za „największą obawę” ETPC uznał „brak solidnego niezależnego nadzoru” nad tym, kto przeprowadza selekcję zatrzymanych danych i jakie stosuje kryteria wyszukiwania¹⁶⁶. Jednocześnie ETPC orzekł, że wprowadzenie kontroli uprzedniej nad pozyskiwaniem danych „jest ważnym zabezpieczeniem, a być może nawet »najlepszą praktyką«, nie może być jednak uznana za „konieczną ani wystarczającą” do ochrony prawa do poszanowania życia prywatnego¹⁶⁷. Chociaż zatrzymywanie danych na dużą skalę („*a bulk interception regime*”) odgrywa ważną rolę w przeciwdziałaniu poważnym przestępstwom i międzynarodowemu terroryzmowi, ich wykorzystywanie nie może być pozbawione odpowiednich ograniczeń¹⁶⁸. Należy sądzić, że gdyby zaskarżono przepisy wprowadzone przez tzw. ustawę inwigilacyjną, ETPC przynajmniej w części uznałby je za niezgodne z konwencją, Polska byłaby zaś zobowiązana do wykonania wyroku¹⁶⁹. Niewykluczone, że tego rodzaju wniosek czeka już na rozpatrzenie.

¹⁶¹ Zob. np. Omówienie orzeczenia *Zakharov przeciwko Rosji*, strona internetowa Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/01/Omowienie_orzeczenia_Zakharov_przeciwko_Rosji.pdf (dostęp: 10.10.2018).

¹⁶² Zob. np. Omówienie orzeczenia *Szabó i Vissy przeciwko Węgrom*, strona internetowa Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/01/Omowienie_orzeczenia_Szabo_i_Vissy_przeciwko_Wegrom.pdf (dostęp: 10.10.2018).

¹⁶³ Europejski Trybunał Praw Człowieka, *Case of Big Brother Watch and Others V. The United Kingdom (Applications nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15)*, Judgment, Strasbourg, 13.09.2018, s. 184–185.

¹⁶⁴ *Ibidem*, s. 170, 178.

¹⁶⁵ *Ibidem*, s. 140.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ *Ibidem*, s. 133.

¹⁶⁸ *Ibidem*, s. 149–150.

¹⁶⁹ Zob. *Wykonywanie wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przez Sejm*, Biuro Analiz Sejmowych, Warszawa 2012.

Wszystkie wymienione powyżej problemy wymagają więc nie tylko prac ustawodawczych i dalszego namysłu w obszarze nauk społecznych, ale także poszerzenia i uporządkowania debaty publicznej. Postawa elit politycznych, przede wszystkim PO i PiS-u, wskazuje jednak, że szanse na to ostatnie są niewielkie. Charakteryzują ją trzy właściwości. Po pierwsze, dwie najbardziej relewantne partie polityczne udowodniły, że do kwestii czynności operacyjno-rozpoznawczych podchodzą bardzo podobnie. Uzasadnionym jest mówienie o konsensusie w tym zakresie. Po drugie, obie partie w dyskusjach nad swoimi projektami kierowały się przede wszystkim rywalizacją polityczną, a nie troską o stanowanie dobrego prawa. Tym samym konieczność dostosowania prawa do wyroku TK z 2014 r. nie została wykorzystana jako sposobność do systemowego namysłu nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi i zwiększenia świadomości społecznej w tym zakresie. Kolejną szansą może być debata nad opóźnioną ustawą wdrażającą tzw. dyrektywę policyjną¹⁷⁰. Po trzecie, polskie elity polityczne udowodniły, że do prowadzenia rzeczowej dyskusji na ten temat są w dużej mierze nieprzygotowane, wyjąwszy grupę specjalistów, niektórych członków komisji¹⁷¹ oraz byłych i obecnych przedstawicieli władzy wykonawczej. Kształt debaty publicznej, charakter rywalizacji pomiędzy PiS-em a PO oraz negatywna rola mediów, które albo nie były w stanie precyzyjnie informować opinię publiczną o kształcie ustawy, albo nie były do tego skłonne, pozwala sądzić, że w najbliższej przyszłości nie należy spodziewać się poprawy przedstawionego stanu rzeczy.

¹⁷⁰ K. Markowski, RODO: *Dyrektywa policyjna nadal w poczekalni*, „GazetaPrawna.pl”, 22.08.2018, <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1226312,rodo-przetwarzanie-danych-przez-policje.html> (dostęp: 10.10.2018).

¹⁷¹ Kiedy w lipcu 2018 r. zastępczyni dyrektora w Ministerstwie Sprawiedliwości przedstawiała członkom senackiej Komisji Praw Człowieka, Praworządności i Petycji sprawozdanie dotyczące danych pozyskanych w 2017 r. przez instytucje bezpieczeństwa, reprezentujący PO senator Jan Rulewski skrytykował je za to, że nie uwzględnia ono podsłuchów. „Skoro media o tym wiedzą, to chyba tym bardziej przysługuje ta informacja senatorom” – mówił. Urzędnik ministerstwa musiał wytłumaczyć senatorowi, że kontrola operacyjna jest odrębnym zagadnieniem. Senat Rzeczypospolitej Polskiej, Zapis stenograficzny posiedzenie Komisji Praw Człowieka, Praworządności i Petycji, op. cit., s. 3–4.