

STOWARZYSZENIE
DZIENNIKARZY POLSKICH
ZARZĄD GŁÓWNY
0-366 Warszawa, ul. Foksal 3/5
fax 8278720, NIP 525-10-65-229

Warszawa, dnia 17 sierpnia 2013 r.

Pan

Bartłomiej Sienkiewicz

Minister Spraw Wewnętrznych

ul. Stefana Batorego 5

02-591 Warszawa

Znak:

DP-III-0231-25/13/MZ

DP-III-0231-26/13/MZ

W związku z pismem MSW z dn. 5 sierpnia 2013 r., odnosząc się do projektów ustaw o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz o Agencji Wywiadu, przedstawiamy następujące stanowisko w sprawie.

Istotnym problemem, związanym z przedmiotem projektowanych uregulowań, jest zbyt szerokie zakreślenie uprawnień ABW przez projektodawcę.

W art. 3 ust. 1 pkt 2 projektu ustawy o ABW określono rodzaje przestępstw, których rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie ma należeć do zadań Agencji. O ile koncepcja enumeratywnego wymienienia tych czynów jest uzasadniona, o tyle ich katalog budzi wątpliwości. Powstają one również w związku z przyjętą w projekcie techniką legislacyjną. Sposób zredagowania kolejnych punktów w art. 3 ust. 1 pkt 2 powoduje, że nie jest pewne, czy należy uznać, że sam fakt skategoryzowania danego przestępstwa przypisuje je do danej grupy, czy też odwrotnie tzn. czyn musi się charakteryzować szczególną specyfiką. Np. brzmienie lit. c: „o charakterze ekstremistycznym, określonych w art. Kodeksu karnego” nie pozwala jednoznacznie określić, czy wszystkie rodzaje przestępstw w nim wymienionych uznaje się za „ekstremistyczne”, czy przeciwnie - tylko te spośród nich, które mają szczególny, ekstremistyczny charakter; jednak w projekcie nie określono, jak należy to rozumieć. Wprowadzenie kategorii przestępstw „o charakterze ekstremistycznym”

w sytuacji, gdy pojęcie to nie zostało zdefiniowane w Kodeksie karnym, a stosownej definicji nie zawarto także w projekcie, budzi wątpliwości.

Pojawiają się one również w związku z katalogiem czynów przestępnych, które projektodawca zdecydował się uznać za ekstremistyczne. Do tej kategorii zaliczono m. in. czyny stypizowane w art. 191 § 1 KK (*„Kto stosuje przemoc wobec osoby lub groźbę bezprawną w celu zmuszenia innej osoby do określonego działania, zaniechania lub znoszenia ...”*), art. 256 KK (§ 1: *„Kto publicznie propaguje faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa lub nawołuje do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość ...”*) oraz 257 KK (*„Kto publicznie znieważa grupę ludności albo poszczególną osobę z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu jej bezwyznaniowości lub z takich powodów narusza nietykalność cielesną innej osoby... ”*). W klasycznej swojej postaci i znaczeniu, jakie ukształtowało się w procesie historycznym oraz nauce prawa karnego w XX i XXI w., czyny te zasługują na potępienie. Nie zmienia to jednak faktu, że wszystkie one mogą i powinny być ścigane przez Policję. O ile przekazanie ABW rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania różnego rodzaju przestępstw wiążących się ze zbiorowym stosowaniem przemocy można uzasadnić, o tyle przekazanie Agencji również innych czynów jest niezrozumiałe.

Istnieje obawa, że przyjęcie ustawy w jej obecnym, projektowanym brzmieniu spowoduje, iż ABW stanie się służbą wykorzystywaną do zwalczania przeciwników politycznych, szczególnie pod zarzutem „faszyzmu”. Jak wiadomo, kontrowersyjna, niefortunna lub po prostu ostrzejsza wypowiedź działacza społecznego, dziennikarza lub polityka dotycząca np. sporów narodowościowych lub społecznych może być niekiedy uznana – niesłusznie lub słusznie - za „nawoływanie do nienawiści na tle różnic narodowościowych”, „groźbę bezprawną”, „publiczne znieważanie z powodu przynależności narodowej”, itp. Ryzyko nadużywania norm prawa karnego dla celów politycznych lub z powodu tzw. poprawności politycznej istnieje i teraz. O ile jednak obecnie zapobieganie opisanym wyżej czynom leży zasadniczo w gestii Policji, o tyle ich przekazanie ABW, która jest organem powołanym do ścigania najpoważniejszych czynów godzących w bezpieczeństwo kraju i jego ludności, musi niepokoić.

Doświadczenia historyczne wskazują bowiem, że sam fakt ścigania takich czynów przez organy bezpieczeństwa prowadzi do upolitycznienia tych organów i to zarówno w odbiorze opinii publicznej (oskarżanie grup osób o przeciwnych poglądach o „faszyzm” stało się ostatnio częste), jak i w praktyce (gdyż pokrywa się z deklaracjami składanymi ostatnio przez przedstawicieli Rządu RP). Wynika stąd poważne zagrożenie dla praw obywatelskich, gdyż ABW jako specjalna służba powołana do obrony bezpieczeństwa państwa, dysponuje również specjalnymi uprawnieniami, które bardzo głęboko ingerują w prawa i dobra osobiste jednostki. Dodać należy, że jest to rozwiązanie szkodliwe również dla wizerunku samej Agencji, która zamiast być kojarzona z profesjonalnym organem ochrony państwa i jego konstytucyjnego porządku, znowu zacznie być odbierana jako „bezpieka” w ściśle negatywnym znaczeniu, realizująca polityczne zapotrzebowania władzy.

Mając powyższe na względzie, oczekujemy, iż projektodawca wycofa się z koncepcji poddania art. 191 § 1 KK, art. 256 § 1 KK i art. 257 KK pod kognicję ABW w zakresie rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania tych przestępstw. Nie podzielamy bowiem opinii – która najprawdopodobniej leżała u podstaw projektu – że zagrożenie tego rodzaju przestępstwami jest w Polsce tak poważne, aby uzasadniało zastosowanie przez ustawodawcę radykalnych środków, wyraźnie nieproporcjonalnych do celu, któremu mają służyć.

Analogiczne zastrzeżenia podnosimy również wobec koncepcji poddania kognicji ABW rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstwa określonego w art. 119 § 1 KK. O ile bowiem stosowanie przemocy ogólnie uznaje się za niedopuszczalne i może ono w konkretnych przypadkach stanowić zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, o tyle już *„stosowanie groźby bezprawnej wobec grupy osób lub poszczególnej osoby z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej lub z powodu jej bezwyznaniowości”* łatwo zarzucić np. dziennikarzowi, który zdecydowanie, a nawet ostro wypowie się o działaniach określonej osoby lub jej grupy. Poddawanie takich czynów kognicji ABW wydaje się działaniem nadgorliwym i nieracjonalnym, gdyż w Polsce tego rodzaju czyny – również wtedy, gdy faktycznie można je zakwalifikować jako przestępstwa – występują w na tyle niewielkiej skali, że nie sposób je postrzegać jako stanowiące

realne zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa. W przypadku przyjęcia takiego uregulowania, nie tylko formalne zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa, ale nawet pospolite doniesienia o sprawach nie mających żadnego znaczenia dla bezpieczeństwa kraju będą rozpatrywane i analizowane przez ABW – również wtedy, gdy powinny być raczej przedmiotem zwykłego postępowania cywilnego w sądzie powszechnym.

Kolejnym elementem, który wymaga zwrócenia szczególnej uwagi, jest tzw. kontrola operacyjna określona w art. 21 projektu ustawy o ABW, polegająca na niejawnym kontrolowaniu treści korespondencji, zawartości przesyłek oraz uzyskiwaniu treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych. O ile samo dopuszczenie stosowania tego rodzaju środków – przy współdziałaniu prokuratury i sądu – uznaje się za dopuszczalne w państwach demokratycznych, o tyle meritum uregulowań zawartych w projekcie zasługuje na bardzo krytyczną ocenę. Całkowicie pominięto w nim bowiem zagadnienie tajemnicy dziennikarskiej i innych tajemnic ustawowo chronionych (np. tajemnicy adwokackiej i radcowskiej).

Rozpatrując tą kwestię, należy mieć na względzie normy Konstytucji RP z dn. 2 kwietnia 1997 r. oraz prawa międzynarodowego. Art. 2 Konstytucji statuuje fundamentalną zasadę, zgodnie z którą Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym. Państwo to ma zapewniać wolność prasy i innych środków społecznego przekazu (art. 14). Konstytucja dopuszcza również ograniczenia określonych w niej wolności i praw. Art. 31 ust. 3 Konstytucji stanowi, że ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Bardzo ważne jest też zawarte w tym przepisie zastrzeżenie, że ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Niezależnie od powyższego, istotne znaczenie mają również inne normy konstytucyjne: art. 49 (zgodnie, z którym zapewnia się m.in. wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się, a jej ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony),

art. 51 ust. 2 (w myśl którego władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach, niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym) oraz art. 47 (gwarantującego m. in. prawo do ochrony prawnej życia prywatnego). Ostatnia z wymienionych norm jest istotna dla sprawy ze względu na fakt, że w świetle krajowego orzecznictwa konstytucyjnego oraz orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC), prawo do prywatności rozciąga się również na czynności o charakterze profesjonalnym, zawodowym, o czym będzie mowa dalej.

Instytucja tajemnicy dziennikarskiej stanowi jedną z zasadniczych form praktycznej realizacji zagwarantowanej wolności słowa i prasy. Art. 15 ust. 2 ustawy z dn. 26 stycznia 1984 r. - Prawo prasowe stanowi, że dziennikarz ma obowiązek zachowania w tajemnicy:

- 1) danych umożliwiających identyfikację autora materiału prasowego, listu do redakcji lub innego materiału o tym charakterze, jak również innych osób udzielających informacji opublikowanych albo przekazanych do opublikowania, jeżeli osoby te zastrzegły nieujawnianie powyższych danych,
- 2) wszelkich informacji, których ujawnienie mogłoby naruszać chronione prawem interesy osób trzecich.

Zgodnie z art. 15 ust. 3 pr. Pras. obowiązek, o którym mowa w ust. 2, dotyczy również innych osób zatrudnionych w redakcjach, wydawnictwach prasowych i innych prasowych jednostkach organizacyjnych.

Naruszenie tajemnicy dziennikarskiej stanowi czyn przestępny, zagrożony karą grzywny lub ograniczenia wolności (art. 49 pr. Pras.). Ochrona tej tajemnicy ma oparcie w normach prawa międzynarodowego (m. in. art. 10 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności) oraz Konstytucji RP. Na jej kluczowe znaczenie wielokrotnie zwracano uwagę w orzecznictwie krajowym i międzynarodowym. Wg ETPC stanowi ona jeden z kamieni węgielnych wolności prasy, a brak ochrony prawnej mógłby powstrzymać informatorów od pomagania prasie w przekazywaniu społeczeństwu wiadomości o sprawach mających publiczne znaczenie. ETPC podkreślił też, że zwolnienie z tajemnicy może mieć charakter

wyjątkowy (orzeczenie z dn. 25 lutego 2003 r. - Roseman i Schmit przeciwko Luksemburgowi), a zasada ochrony dziennikarskich źródeł informacji stanowi podstawowy warunek wolności prasy (wyrok z dn. 27 marca 1996 r., 17488/90 w sprawie Goodwin p. Wielkiej Brytanii). W wyroku z dn. 27 listopada 2007 r. w sprawie Tillack przeciwko Belgii (skarga nr 20477/05) ETPC wskazał natomiast: *„Tajemnica dziennikarska nie może być traktowana jako zwykły przywilej, który jest przyznawany lub cofany w zależności od legalności lub nielegalności źródeł, lecz stanowi rzeczywisty atrybut prawa do informacji, do którego należy podchodzić z największą uwagą”*. Ingerencja w pracę dziennikarzy może być również rozpatrywana pod kątem art. 8 Konwencji, gwarantującej prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. W wyrokach: z dn. 25 czerwca 1997 r. w sprawie Halford przeciwko Wielkiej Brytanii (skarga nr 20605/92) oraz z dn. 3 kwietnia 2007 r. w sprawie Copland przeciwko Wielkiej Brytanii (skarga nr 62617/00) ETPC uznał, że prywatna korespondencja i komunikacja nie traci swojego poufnego charakteru bez względu na to, czy odbywa się za pośrednictwem prywatnych czy służbowych narzędzi porozumiewania się. Odnosząc się do zagadnienia tajemnicy dziennikarskiej, Sąd Najwyższy w uchwale 7 sędziów z dn. 19 stycznia 1995 r. (I KZP 15/94) stwierdził: *„Nie istnieje potrzeba szerszych rozważań o wysokiej społecznej użyteczności zawodu dziennikarza oraz o doniosłości instytucji tajemnicy dziennikarskiej. Sam fakt ustawowej regulacji statusu zawodowego dziennikarza, funkcje spełniane przez środki masowego przekazu we współczesnym społeczeństwie, wolność informacji łącznie ze statuowaniem określonego zakresu tajemnicy dziennikarskiej - świadczą o randze regulowanej materii i o uznaniu przez ustawodawcę potrzeby stworzenia takich ram prawnych działalności zawodowej dziennikarza, by mogła ona być pojmowana (...) w atmosferze niezbędnego społecznego zaufania”*. Wagę tajemnicy dziennikarskiej uwypukla się również w nauce i piśmiennictwie prawniczym (np. w: J. Skorupka, Jawność procesu karnego, publ. 2012). W doktrynie przeważa pogląd, opowiadający się przeciwko możliwości wykorzystywania podsłuchu w odniesieniu do dziennikarzy, jako łamiącego tajemnicę dziennikarską (Jacek Sobczak, Komentarz do art. 15 ustawy – Prawo prasowe, publ. LEX).

Tymczasem projekt ustawy o ABW nie zawiera jakichkolwiek przepisów, wprowadzających wyłączenia podmiotowe (tj. ze względu na fakt, że osobą co do której wnioskuje się o poddanie kontroli operacyjnej, jest dziennikarz) albo przedmiotowe (tj. ze względu na objęcie pozyskiwanych informacji tajemnicą dziennikarską). We wniosku o zarządzenie kontroli operacyjnej nie ma obowiązku wskazania, czy kontrola dotyczyć będzie dziennikarza lub danych objętych tajemnicą dziennikarską. Oznacza to, że organy rozpatrujące wniosek Szefa ABW (sąd, Prokurator Generalny) mogą nawet nie mieć wiedzy, że osoba, wobec której zastosowano kontrolę operacyjną, jest dziennikarzem albo, że może dojść do uzyskania informacji stanowiących tajemnicę dziennikarską. Kwestia, czy podmiot poddany kontroli jest dziennikarzem oraz, czy informacje są lub mogą stanowić tajemnicę dziennikarską, nie ma na gruncie projektowanych przepisów żadnego znaczenia ani nie stanowi przesłanki odstąpienia od stosowania kontroli. Poprzez ich wprowadzenie do krajowego porządku prawnego instytucja tajemnicy dziennikarskiej stała się w Polsce w znacznej mierze fikcją. To samo dotyczy zresztą tajemnicy adwokata i radcy prawnego.

Dodać należy, że ze względu na rozwój techniki telekomunikacyjnej ingerencja w tajemnicę dziennikarską może przyjmować formy wręcz rażące. Przykładowo, jeden z elementów kontroli operacyjnej, jakim jest monitorowanie rozmów telefonicznych, pozwala m.in. na ustalenie, jaka była treść rozmowy, z kim, kiedy i gdzie nawiązano kontakt. Umożliwia określenie lokalizacji logowania się telefonu (BTS) i miejsca pobytu osoby w danym czasie, a nawet zbudowanie profilu jej działań. Taka inwigilacja jest nie do obrony w demokratycznym państwie prawnym, gdyż nie tylko godzi w dobra osobiste dziennikarza, ale również powoduje „zdekonspirowanie” jego informatorów, którzy przekazują mu informacje w dobrej wierze, licząc na ochronę ich tożsamości tajemnicą dziennikarską. Tymczasem wyrokach: z dn. 25 lutego 2003 r. w sprawie Roemen i Schmit przeciwko Luksemburgowi (skarga nr 51772/99) oraz z dn. 15 lipca 2003 r. w sprawie Ernsti inni przeciwko Belgii (skarga nr 33400/96) ETPC podkreślił, że naruszenie tajemnicy dziennikarskiej może nastąpić nie tylko w sposób bezpośredni, tzn. przez nakaz ujawnienia danych adresowany do dziennikarza. W świetle orzecznictwa ETPC, naruszenie tej tajemnicy może

nastąpić także pośrednio, np. przez uzyskanie informacji od przedsiębiorcy telekomunikacyjnego.

Łamanie przez ABW tajemnicy dziennikarskiej spowoduje, że informatorzy będą odmawiać pomocy mediom w przekazywaniu danych o sprawach istotnych dla społeczeństwa demokratycznego. Będzie zatem godzić w fundamentalną funkcję prasy, która ma być „publicznym kontrolerem” działań władz. Stanowić będzie także rażące naruszenie praw obywatelskich i może spowodować bardzo poważne konsekwencje zarówno dla dziennikarza, jak i (przede wszystkim) jego informatora. Dodać należy, że problemy te występują już obecnie, gdyż obowiązujące obecnie uregulowania prawne zawierają identyczne wady.

W powyższym zakresie rozwiązania projektu nie odpowiadają międzynarodowym standardom wolności prasy i prawa do prywatności. Nie dają się uzasadnić na gruncie art. 8 i 10 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz są nie do przyjęcia w demokratycznym państwie prawnym, co prowadzi do sprzeczności z Konstytucją RP. Godzą w wolność prasy i ochronę tajemnicy komunikowania się, przyznają ABW prawo do gromadzenia informacji w znacznie szerszym zakresie, niż dopuszcza to Konstytucja, a przede wszystkim – poprzez swoje braki wprowadzają ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych praw, naruszając samą ich istotę.

Kolejnym uregulowaniem, które wg oceny SDP nie powinno wejść w życie, jest art. 26 ust. 2 projektu. W art. 26 ust. 1 stypizowano kategorie osób pełniących funkcje publiczne, z których tajnej współpracy ABW nie może korzystać przy wykonywaniu swoich zadań. Do tych osób zaliczono m. in. – trafnie – nadawców, redaktorów naczelnych, osoby prowadzące działalność wydawniczą oraz dziennikarzy. Jednak w art. 26 ust. 2 wprowadzono wyjątek od tej zasady, tzn. dopuszczono pozyskiwanie tajnych współpracowników za zgodą Szefa ABW i ministra właściwego do spraw wewnętrznych. Co znamienne, opisany wyżej wyjątek przewidziano jedynie wobec tych trzech grup osób. W tym zakresie projekt stanowi bardzo poważne zagrożenie dla wolności mediów (w Polsce, w praktyce i tak ograniczonej), gdyż dopuszcza instalowanie w nich agentury, co w demokratycznym państwie prawnym nie powinno mieć miejsca.

Analogicznymi brakami i uchybieniami dotknięty jest również projekt ustawy o Agencji Wywiadu, przede wszystkim we fragmentach zawierających odesłania do odnośnych przepisów projektowanej ustawy o ABW (np. w zakresie kontroli operacyjnej prowadzonej na terenie Rzeczypospolitej Polskiej – art. 3 ust. 4 projektu ustawy o AW w zw. z art. 21 projektu ustawy o ABW; pozyskiwania tajnych współpracowników spośród nadawców, redaktorów naczelnych, osób prowadzących działalność wydawniczą oraz dziennikarzy, za zgodą Szefa AW i Prezesa Rady Ministrów - art. 21 ust. 2 projektu ustawy o AW).

Niezależnie od powyższego, jest wątpliwe, czy istnieje potrzeba tworzenia dwóch odrębnych ustaw o ABW i AW, tym bardziej, że duża część przepisów tych ustaw będzie się powtarzać. W obu projektach powielono dotychczasowe wady obecnie obowiązujących uregulowań. Uwagę zwraca brak odpowiednich norm, np. w zakresie stosowania podglądu w miejscach publicznych. Nadmiernie rozbudowano uregulowania dotyczące kwestii socjalno - bytowych funkcjonariuszy obu służb. Nie uregulowano kwestii wszczynania i kończenia postępowań operacyjno - rozpoznawczych, werbunku obcych agentów itp.

Podsumowując, stoimy na stanowisku, że oba projekty, poza innymi wadami merytorycznymi i legislacyjnymi, budzą poważne wątpliwości przede wszystkim z uwagi na prawdopodobną kolizję z wartościami konstytucyjnymi (m. in. wolnością słowa i prasy). Natomiast w zakresie, w jakim pomijają one ochronę tajemnicy dziennikarskiej, są bez wątpienia niezgodne z art. 8 i 10 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz z następującymi normami Konstytucji: art. 2 (zasada demokratycznego państwa prawnego), art. 14 (wolność prasy i innych środków społecznego przekazu), art. 31 ust. 3 (w części dotyczącej zasady, zgodnie z którą ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie i nie mogą naruszać istoty wolności i praw), art. 47 (prawo do ochrony prawnej życia prywatnego), art. 49 (ochrona tajemnicy komunikowania się) oraz art. 51 ust. 2 (zakaz pozyskiwania i gromadzenia przez władze publiczne innych informacji o obywatelach, niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym).

Mając powyższe na uwadze, wnosimy o pilną zmianę powyższych projektów celem doprowadzenia do ich zgodności z Konstytucją RP i Konwencją o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, albo o ich zupełne wycofanie z procesu legislacyjnego.

Odnosząc się do przyjętego przez MSW trybu procedowania, informujemy, że określony termin (14 dni) jest zdecydowanie zbyt krótki na kompleksowe zaopiniowanie dwóch projektów ustaw, mających kluczowe znaczenie i poważny wpływ na prawa obywatelskie i bezpieczeństwo państwa. Wnosimy zatem, aby w przyszłości termin wynosił nie mniej, niż 30 dni. Zastrzegamy również, że uwagi zawarte w niniejszym piśmie nie wyczerpują całości zagadnienia, z uwagi na zbyt krótki okres czasu wyznaczony przez MSW na zajęcie stanowiska.

Za Zarząd Główny

Zarząd Główny
Stowarzyszenia Dziennikarzy Polskich
SKARBNIK
J. Jadwiga Chmielewska

Do wiadomości:

- Rzecznik Praw Obywatelskich

STOWARZYSZENIE
DZIENNIKARZY POLSKICH
ZARZĄD GŁÓWNY
00-360 Warszawa, ul. Foksal 3/5
tel./fax 8278720, NIP 525-10-65-229