



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa,

Adam Bodnar

VII.519.2.2019.AG

**Pan
Waldemar Andzel
Przewodniczący Komisji do
Spraw Służb Specjalnych**

W dniu 28 sierpnia 2019 r. stacja tvn24.pl w magazynie „Czarno na białym” poinformowała o wynikach dochodzenia dziennikarskiego, z którego wynika, że w posiadaniu Centralnego Biura Antykorupcyjnego od dwóch lat jest system o nazwie Pegasus, udostępniony przez izraelską firmę NSO Group polskim władzom za pośrednictwem jednej z polskich firm zajmujących się sprzedażą systemów IT¹. System Pegasus ma być obecnie najdoskonalszym narzędziem inwigilacji i niejawnego nadzoru wycelowanego w konkretne osoby poprzez program operacyjny instalowany na urządzeniach typu smartfon, wykorzystywanym również przez służby specjalne innych państw. Informacje o tym, że taki system mógłby być w posiadaniu polskich służb pojawiały się w domenie publicznej już od dłuższego czasu. W szczególności, z raportu grupy The Citizen Lab – interdyscyplinarnego laboratorium z siedzibą na Uniwersytecie w Toronto w Kanadzie wynika, że w latach 2016-2018 zidentyfikowano 45 państw, których służby wykorzystywały system Pegasus do prowadzenia niejawnych operacji inwigilacyjnych. Wśród tych państw wymieniona została Polska, co ma wynikać m.in. z wykrycia obecności systemu w działalności operatorów telekomunikacyjnych, w których sieciach namierzono inwigilowane osoby². O tym, jak działa

¹ Zob. materiał <https://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/czarno-na-bialym-czy-cba-kupilo-system-pegasus,964707.html> dostęp 28.08.2019 r.

² Szczegółowe informacje o wynikach pracy The Citizen Lab i ustalenia, w tym dotyczące Polski, zob. na stronie <https://citizenlab.ca/2018/09/hide-and-see-tracking-nso-groups-pegasus-spyware-to-operations-in-45-countries/> dostęp 28.08.2019 r.

system Pegasus, pisano również w polskich portalach internetowych³. Z ustaleń tych wynika, że istota tego systemu polega na możliwości pozyskania wszelkich informacji z każdego telefonu komórkowego typu smartfon, po dokonaniu przełamania zabezpieczeń i zainstalowaniu niewykrywalnego w praktyce oprogramowania, pozwalającego przejąć kontrolę nad urządzeniem.

Materiał ujawniony przez dziennikarzy budzi najwyższe obawy Rzecznika Praw Obywatelskich i rodzi potrzebę natychmiastowego wyjaśnienia przedstawionych informacji nie tylko w kontekście dopuszczalności inwigilowania obywateli przez służby, ale także w związku z nadal nieistniejącym systemem niezależnego nadzoru nad niejawnymi działaniami organów państwowych oraz ze sposobem wydatkowania środków publicznych z funduszy, które miały służyć zupełnie innym celom.

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że kontrola operacyjna jest narzędziem stosowanym przez organy ścigania i służby specjalne na całym świecie. Umożliwia ona realne prowadzenie czynności, do których te służby zostały powołane. Trudne, jeżeli nie niemożliwe, byłoby zapewnienie bezpieczeństwa państwu i jego obywatelom, bez dopuszczenia do korzystania z niejawnych technik operacyjnych. Próba zapewnienia skutecznej ochrony przed działalnością przestępczą, polegająca na wykorzystaniu tylko metod jawnych, byłaby z góry skazana na niepowodzenie. Zrozumiałe jest zatem, że skuteczna walka z tymi zjawiskami wymaga nie tylko korzystania z tych kanałów informacyjnych, ale także uzyskania dostępu do informacji wymienianych między osobami prowadzącymi działalność grożącą bezpieczeństwu. W związku z tym **Rzecznik Praw Obywatelskich nigdy nie kwestionował co do zasady – możliwości, a nawet potrzeby stosowania kontroli operacyjnej.** Co więcej, zauważał, że niejednokrotnie to właśnie stosowanie czynności z zakresu kontroli operacyjnej może przysłużyć się do ochrony wolności i praw człowieka⁴.

To nie oznacza jednak zgody na działania takie, jakie opisali w swoim materiale dziennikarze TVN24.

³ Zob. np. informacje zamieszczone na stronie już w 2018 r.: <https://niebezpiecznik.pl/post/jak-wykryto-slady-rzadowego-trojana-na-smartfonach-w-polsce/> albo <https://zaufanatrzeciastrona.pl/post/to-prawdopodobnie-cba-kupilo-platforme-podsluchowa-pegasus/> dostęp 28.08.2019 r.

⁴ Zob. chociażby treść wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich do TK w sprawie K 9/16, pismo z 18.2.2016 r. II.519.109.2015.KŁS/VV/AG (tzw. ustawa inwigilacyjna) oraz treść wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich do TK w sprawie K 35/16, pismo z 11.7.2016 r. VII.520.6.2016.VV/AG (tzw. ustawa antyterrorystyczna).

Nie można w żadnym momencie zapominać, że **czynności operacyjno-rozpoznawcze w swojej istocie w sposób poważny ingerują w fundamentalne wolności i prawa człowieka**, w tym w gwarantowane przez art. 47 i art. 51 Konstytucji RP prawo do prywatności czy wolność komunikowania się, o której mowa w art. 49 Konstytucji RP. Nie zawsze i nie w każdym zakresie ingerencja taka może być usprawiedliwiona koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa publicznego. Działania nakierowane na ochronę bezpieczeństwa obywateli nie mogą w sposób nieograniczony ingerować w inne dobra prawne – **zbyt duży zakres dopuszczalnej ingerencji prowadziłby niewątpliwie do ryzyka poważnych nadużyć polegających na wykorzystywaniu szerokich uprawnień przez organy państwa w celu realizacji dobra nie tyle wspólnego, co bardziej partykularnego interesu służb.**

Instrumentarium prawne, którym obudowana jest kontrola operacyjna, jest konstruowane w oparciu o świadome i pogłębione studium kolizji dóbr chronionych, w tym wypadku dóbr najważniejszych dla wspólnoty politycznej, sięgających godności człowieka, dobra wspólnego i zasady demokratycznego państwa prawnego. Rzecznik Praw Obywatelskich powołany jest do prowadzenie szczególnie intensywnej kontroli, weryfikującej, czy granica proporcjonalności stosowania czynności operacyjno-rozpoznawczych w państwie demokratycznym nie została naruszona. Ograniczenia nakładane na służby policyjne i służby specjalne mogą skutkować w jakimś stopniu zwiększeniem ryzyka niebezpieczeństwa, niemniej daleko idące ograniczenie tego ryzyka byłoby możliwe tylko poprzez budowanie państwa ostatecznie totalitarnego. W przypadku działania systemu Pegasus problemem jest jednak nie tylko nieproporcjonalne wykorzystanie zasadniczo dopuszczalnych środków, lecz w ogóle działanie służb bez żadnej podstawy prawnej, co wyklucza w ogóle badanie proporcjonalności.

Działania prowadzone w ramach szeroko rozumianej kontroli operacyjnej mają oczywiście charakter niejawni. Podkreślić należy, że z jednej strony niejawnosc prowadzonych czynności determinuje ich skuteczność, jednakże z drugiej strony ogranicza jednostce możliwość realizacji ochrony swoich praw i wolności zagwarantowanych w Konstytucji RP, albowiem obywatel nie ma wiedzy, że organy państwa ingerowały w jego prawa i wolności. Z tego też względu tak ważne i istotne jest, by w demokratycznym państwie prawnym obowiązywała zasada legalizmu, wymagająca od wszystkich organów państwa

działania na podstawie i w granicach prawa. **W kontekście systemu Pegasus i domniemanego zakupu go i użytkowania przez polskie służby państwowe – jeżeli potwierdzą się ustalenia dziennikarzy - istnieje niemal pewność, że zasada legalizmu, o której mowa w art. 7 w zw. z art. 2 Konstytucji RP została naruszona. Żaden bowiem przepis prawa nie pozwala żadnemu organowi państwowemu na przełamywanie zabezpieczeń i przechwytywanie, a także wykorzystywanie, w ten sposób treści przekazów komunikacyjnych oraz uzyskiwanie dostępu do wszelkich informacji i danych z urządzenia mobilnego.** Również przepisy prawa regulujące zasady stosowania kontroli operacyjnej na to nie zezwalają. Nie dopuszczają tego nawet przepisy ustawy z 10 czerwca 2019 r. o działaniach antyterrorystycznych⁵ ani żadne inne przepisy regulujące działania poszczególnych służb, w tym w szczególności przepisy ustawy z 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym⁶. Na marginesie warto tylko dodać, że akurat do zadań CBA w ogóle nie należą działania, do których przydatny w kontekście zwalczania terroryzmu mógłby być omawiany system Pegasus (por. art. 1 i 2 ustawy o CBA).

Wielokrotnie Rzecznik Praw Obywatelskich w swoich wystąpieniach wskazywał na standard dopuszczalności ingerencji organów państwowych w informacje przekazywane przez obywateli i treść komunikacji. Należy tu tylko dla przypomnienia odesłać do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz) i Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). Oba sądy międzynarodowe nie dopuszczają możliwości dokonywania inwigilacji obywateli, bez zapewnienia niezbędnych gwarancji prawnych, wskazując chociażby na obowiązek ustanowienia jasnej i wyraźnej podstawy prawnej, w której wskazane zostaną kategorie osób, które mogłyby podlegać niejawnemu nadzorowi i ich ewentualny związek z zagrożeniem terrorystycznym; na konieczność uzasadniania potrzeby uzyskania dostępu do informacji przez służby; na potrzebę precyzyjnego określenia maksymalnego okresu, przez jaki nadzór może być prowadzony,

⁵ Dz. U. z 2019 r. poz. 796

⁶ Dz. U. z 2018 r. poz. 2104 ze zm.

a także – w szczególności – na zapewnienie efektywnych środków kontroli na działalnością służb⁷.

W nawiązaniu do opisywanego sposobu działania systemu Pegasus i możliwości wykorzystania informacji pozyskanych za jego pośrednictwem, Rzecznik Praw Obywatelskich musi również zwrócić uwagę po raz kolejny na zasadnicze zastrzeżenia dotyczące zgodności art. 168a ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego z przepisami Konstytucji. Ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 437) zmieniono brzmienie art. 168a k.p.k., który obecnie wskazuje, że „Dowodu nie można uznać za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego, chyba że dowód został uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności”. Poważne zastrzeżenia Rzecznika Praw Obywatelskich, wyrażone we wniosku do Trybunału Konstytucyjnego⁸ z 6 maja 2016 r. (), nie zostały rozstrzygnięte w związku z sytuacją, jaka ma miejsce w Trybunale Konstytucyjnym oraz potrzebą wycofania wniosku z TK z powodów, o których mowa w piśmie RPO z 9 kwietnia 2018 r. To jednak nie oznacza, że sprawa jest rozstrzygnięta, a przepisy zgodne z Konstytucją. Wręcz przeciwnie, Rzecznik Praw Obywatelskich podtrzymuje swoje zastrzeżenia, a ich waga i istota jest jeszcze bardziej wyraźna w sytuacji, w której organy państwowe korzystają z systemów, które pozwalają na pozyskanie informacji mogących stanowić dowód w postępowaniu, czyniąc to wbrew obowiązującym przepisom.

To prowadzi do kolejnego zagadnienia, jakim jest kwestia sprawowania nadzoru nad służbami. Jak zauważono w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2005 r., istotną cechą czynności operacyjnych jest również ich poufny lub tajny charakter, co stanowi przesłankę skuteczności, ale jednocześnie powoduje, że zainteresowany, nie wiedząc o

⁷ Wymienić tu można chociażby starsze sprawy *Weber i Saravia*, sprawa nr 54934/00; *Rotaru p. Rumunii*, skarga nr 28341/95; *Uzun p. Niemcom*, skarga nr 35623/05. W ostatnim czasie ETPCz zajmował się tą problematyką chociażby w sprawach *Szabó i Vissy p. Węgrom*, skarga 37138/14, *Zakharov p. Rosji*, skarga nr 47413/06 czy *Big Brother Watch i inni p. Wielkiej Brytanii*, skargi 58170/13, 62322/14 i 24960/15. Z kolei w przypadku TSUE zob. wyrok TSUE z 8 kwietnia 2014 r. w połączonych sprawach C-293/12 *Digital Rights Ireland* i C-594/12 *Kärntner Landesregierung* i in albo wyrok z z 21.12.2016 r. w sprawach połączonych C-203/15 i C-698/15 *Tele2 Sverige AB przeciwko Post- och telestyrelsen* oraz *Secretary of State for the Home Department przeciwko Tom Watson, Peter Brice, Geoffrey Lewis*.

⁸ Wniosek RPO do TK z 6 maja 2016 r., II.510.360.2016.KŁS.

prowadzonej wobec niego kontroli operacyjnej, nie jest w stanie, z przyczyn czysto faktycznych, uruchomić procedur i gwarancji, których wykorzystanie jest zależne od jego wiedzy i inicjatywy (zob. wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04). **Wielokrotnie w swoich wystąpieniach kierowanych do różnych organów państwowych⁹ Rzecznik Praw Obywatelskich wskazywał na istotę zapewnienia niezależnego systemu kontroli na działalnością służb. W mojej ocenie, w chwili obecnej taki system nie funkcjonuje.** Tymczasem zarówno z orzecznictwa sądów międzynarodowych (w szczególności ETPCz, ale również TSUE) jasno wynika, jak taki system powinien wyglądać i jakie kryteria powinien spełniać. Temat ten był już przedmiotem nie tylko wspomnianych wcześniej wystąpień Rzecznika Praw Obywatelskich, ale także licznych opracowań naukowych¹⁰.

Przypomnieć jedynie należy, że **zgodnie z zasadami obowiązującymi w demokratycznym państwie prawnym, sprawność działania instytucji publicznych, ale także zasada legalizmu wymagają, by wykreowany został mechanizm, który z jednej strony umożliwiłby służbom odpowiedzialnym za bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny efektywną walkę z zagrożeniami, ale zapewniał niezależny i dogłębny nadzór działalnością służb.** Komisja Wenecka, w opinii dotyczącej zmian w ustawie o Policji dokonanych w 2016 r.¹¹ wyraźnie stwierdziła, że istotą system nadzorczego jest nie tylko uprzednia kontrola sądowa, ale również dokonywanie efektywnej kontroli wszelkich działań prowadzonych przez Policję i inne służby, przy czym sam kształt organu nadzorczego i jego usytuowanie w systemie państwa może być dowolne, jednak istotne jest by to był organ niezależny, uprawniony do efektywnej kontroli i wyposażony w środki prawne umożliwiające wykrywanie i zwalczanie nadużyć. Podobne wnioski, dotyczące nadzoru nad organami prowadzącymi działalność wywiadowczą, ale także bardziej ogólnie mającą na celu zwalczanie przestępczości poprzez

⁹⁹ Zob. chociażby ww. wnioski RPO do TK w sprawie K 9/16, ale także pisma kierowane do Ministra – członka Rady Ministrów – Koordynatora służb specjalnych (18.10.2016 r., VII.501.178.2015.AG), Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji (np. z 1.2.2017 r., VII.501.178.2015. AG czy wcześniejsze z 5.10.2016 r., VII.501.178.2016.AG), ale także do Ministra Spraw Zagranicznych (VII.520.11.2017.AG z 13.9.2017 r.), do Ministra Cyfryzacji (VII.520.11.2017.AG z 1.2.2017 r., Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych (VII.520.11.2017.AG z 7.2.2017 r.).

¹⁰ Zob. chociażby pracę doktorską B. Grabowskiej-Moroz oraz literaturę tam przywołaną. Por. B. Grabowska-Moroz, Kontrola służb specjalnych w Polsce - standard konstytucyjny i prawnomiędzynarodowy, praca dostępna w repozytorium UW <https://depotuw.ceon.pl/handle/item/2143>, dostęp 28.08.2019 r.

¹¹ Opinion on the Act of 15 January 2016 amending the Police 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

zbieranie danych i informacji o osobach, płyną również z raportu Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej, opublikowanych w 2015 i 2017 r.¹². Zdaniem ekspertów nadzór ma na celu zapobieganie nadużywaniu uprawnień, legitymizację wykonywania uprawnień o charakterze ingerencyjnym i uzyskanie lepszego rezultatu po dokonaniu oceny konkretnych działań. Sprawozdanie Komisji Weneckiej oraz inne badania naukowe wskazują na ogólny konsensus co do tego, że nadzór powinien łączyć w sobie kontrolę wykonawczą, nadzór parlamentarny, uwzględnienie roli organów eksperckich i kontrolę sądową. **W chwili obecnej, w ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich taki efektywny system kontroli nad działalnością służb nie istnieje.**

Wreszcie, należy odnieść się do źródła sfinansowania zakupu systemu Pegasus. Rzecznik Praw Obywatelskich wielokrotnie zwracał się do Ministra Sprawiedliwości z pytaniami dotyczącymi funkcjonowania Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym i Pomocy Postpenitencjarnej („Funduszu Sprawiedliwości”) i podmiotów otrzymujących środki z tegoż Funduszu¹³, a także sposobu przyznawania dotacji z Funduszu¹⁴. Na żadne z tych wystąpień Rzecznik Praw Obywatelskich nie otrzymał odpowiedzi, co stanowi naruszenie art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy o Rzeczniku Praw Obywatelskich, nakazującego organowi, do którego zwróci się Rzecznik, współdziałanie, a w szczególności udzielanie Rzecznikowi żądanych przez niego informacji i wyjaśnień. Tymczasem w raporcie ogłoszonym w czerwcu 2018 r. Najwyższa Izba Kontroli wyraźnie wskazywała¹⁵, że w dniu 29 września 2017 r. zawarto umowę z Centralnym Biurem Antykorupcyjnym na kwotę 25 mln zł (umowa objęta jest klauzulą niejawności), w ramach realizacji przez jednostki sektora finansów publicznych zadań ustawowych związanych z ochroną interesów osób pokrzywdzonych i świadków, a także wykrywaniem i zapobieganiem przestępczości¹⁶. W ocenie NIK, Ministerstwo Sprawiedliwości złamało prawo przekazując CBA te środki, co mogło stanowić naruszenie dyscypliny finansów publicznych. NIK zwracała uwagę, że na rzeczywistą pomoc z Funduszu

¹² Zob. dwa raporty z 2015 i 2017 r., przygotowane przez Agencję Praw Podstawowych: Inwigilacja prowadzona przez służby wywiadowcze: środki zabezpieczające prawa podstawowe oraz środki prawne dostępne w Unii Europejskiej (<http://fra.europa.eu/en/publication/2015/surveillance-intelligence-services> oraz <https://fra.europa.eu/en/publication/2017/surveillance-intelligence-socio-lega>, dostęp 28.8.2019 r.

¹³ Zob. wystąpienie RPO z 7.5.2018 r. oraz z 20.2.2019 r. w sprawie II.518.3.2018.MH.

¹⁴ Zob. serię trzech wystąpień w sprawie VII.612.32.2017.MM, ostatnio z 7.5.2018 r.

¹⁵ Informacje o raporcie NIK oraz jego tekst znajdują się na stronie <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/fundusz-pomocy-pokrzywdzonym.html>, dostęp 28.8.2019 r.

¹⁶ Informacja o wynikach kontroli – Pomoc ofiarom przestępstw w ramach Funduszu Pomoc Pokrzywdzonym (Funduszu Sprawiedliwości), KPB.430.001.2017 Nr ewid. 200/2017/P/17/038/KPB, s. 34. Dokument dostępny na stronie <https://www.nik.gov.pl/plik/id,17114,vp,19674.pdf>

Pomocy Pokrzywdzonym trafiały stosunkowo niewielkie sumy - z 385 mln zł, które wpłynęły na Fundusz w 2016 roku, na bezpośrednią pomoc ofiarom przestępstw wydano jedynie 16 mln zł. Sytuacji nie poprawiły nowe przepisy wprowadzone w 2017 r., które znacząco rozszerzyły zakres zadań Funduszu o przedsięwzięcia niezwiązane z pomocą pokrzywdzonym, a to mogło skutkować dalszym ograniczeniem realizacji podstawowych zadań, czyli pomocy ofiarom przestępstw i ich rodzinom. W efekcie, miliony złotych przeznaczone dla ofiar przestępstw popłynęły na zakup środków techniki specjalnej dla CBA, która to służba może wykorzystać je wbrew przepisom i zasadom obowiązującym w demokratycznym państwie prawnym.

W związku z powyższym, mając na uwadze konieczność ochrony praw i wolności obywateli przed arbitralnym i nieuzasadnionym działaniem służb państwowych, ingerujących głęboko i bez podstawy prawnej w najbardziej istotne obszary prywatności, działając na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2018 r. poz. 2179 ze zm.), **proszę Pana Przewodniczącego o podjęcie działań zgodnie z kompetencjami Komisji do Spraw Służb Specjalnych i pilne wyjaśnienie sprawy, o której mowa w doniesieniach dziennikarskich, dotyczących zakupu systemu Pegasus, a także o poinformowanie mnie o stanowisku Komisji w tej sprawie.**