

Uwagi do projektu ustawy o zmianie ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (druk nr 3113)

Przed odniesieniem się do rozwiązań proponowanych w projekcie ustawy o zmianie ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (dalej „Projekt”) pozwalamy sobie wrócić do problemu zasadniczego, który został przez Projekt pominięty, tj. usytuowania Szefa CBA w strukturze władzy.

Zespół Programu Przeciw Korupcji już w czasie prac legislacyjnych nad ustawą o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (dalej Ustawa) wskazywał na konieczność zabezpieczenia służby przed ryzykiem nacisków politycznych. W uwagach do ówczesnego projektu zwracaliśmy uwagę, że „Centralne Biuro Antykorupcyjne jak każda służba specjalna może być wykorzystane do zwalczania przeciwników politycznych. Prof. Susan Rose-Ackerman w książce »Korupcja i rządy« pisze: »Kampanie antykorupcyjne można wykorzystać do zwalczania przeciwników politycznych i dyscyplinowania grup sprawiających kłopoty.«” Już pierwsze lata funkcjonowania służby dowiodły, że obawy te nie były bezpodstawne. Podkreślić przy tym trzeba, że ryzyko wikłania CBA w gry polityczne ma charakter systemowy.

Mankamenty modelu przyjętego w pierwotnym brzmieniu Ustawy dostrzegają większość partii politycznych, w tym w również Platforma Obywatelska. W czasie kampanii wyborczej w 2007r. pani Julia Pitera zadeklarowała w imieniu PO wobec Antykorupcyjnej Koalicji Organizacji Pozarządowych wprowadzenie zmian w tym zakresie, o ile PO wygra wybory. W deklaracjach przysłanych 11 października 2007 czytamy: „Wadliwą koncepcję pogłębia dodatkowo polityczna zależność szefa nominowanego przez Premiera, co zawsze będzie rodzić pokusę wykorzystywania tej służby w celach politycznych. Tak więc trzeba je gruntownie zreformować. Niezłym modelem byłaby instytucja oparta na wzorze Najwyższej Izby Kontroli, czyli niezależny organ państwa podlegający wyłącznie Sejmowi. Prezes takiego urzędu powinien być wybierany przez posłów (...)” (patrz „I Raport Podsumowujący 2008”: <http://www.akop.pl/materialy/publikacje.html>). Z rozczarowaniem więc przyjmujemy fakt, iż nie próbowano rozszerzyć nowelizacji o to zagadnienie.

Poniżej przedstawiamy uwagi do rozwiązań budzących nasze wątpliwości:

1. Usunięcie z Ustawy definicji korupcji - art. 1 pkt 1) Projektu

Projekt przewiduje usunięcie z Ustawy definicji korupcji. Rozwiązanie takie stanowi odpowiedź na zarzut Trybunału Konstytucyjnego o niekonstytucyjności definicji korupcji w sektorze prywatnym. Jak wynika z uzasadnienia Projektu podjęte zostały próby sformułowania definicji odpowiadającej wymogom Konstytucji, jednak zakończyły się niepowodzeniem. Projektodawcy wyjaśniają, iż „po dokonaniu dogłębnych analiz uznano, że w świetle aktualnego stanu prawnego nie jest możliwe takie sformułowanie definicji, która nie byłaby w dalszym ciągu narażona na zarzut niekonstytucyjności”. Nie kwestionując możliwych trudności pragniemy przedstawić konsekwencje wiążące się z taką propozycją.

Definicja korupcji zawarta w ustawie regulującej działalność jednej ze służb specjalnych pełni funkcję gwarancyjną. Dookreśla ona pole działania tej służby, a co za tym idzie pozwala wytyczyć granice działań funkcjonariuszy CBA. Precyzyjne

określenie obszaru działania CBA ma ogromne znaczenie wobec faktu, że służba ta została wyposażona w szerokie uprawnienia pozwalające ingerować w sferę wolności praw jednostki.

Właściwość CBA wyznaczają dwa kryteria. Z jednej strony jest to art. 2 ust. 1 Ustawy wskazujący zadania Biura w określonych obszarach, m.in. na polu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania enumeratywnie wymienionych przestępstw, konfliktu interesów, oświadczeń majątkowych, prywatyzacji i komercjalizacji, zamówień publicznych, rozporządzania mieniem publicznym, przyznawania koncesji i zezwoleń oraz różnych form wsparcia ze strony państwa (zwolnień podmiotowych i przedmiotowych, ulg, preferencji, kontyngentów, plafonów, poręczeń i gwarancji kredytowych). Drugim kryterium wyznaczającym granice właściwości CBA jest wymóg, aby podejmowane sprawy miały związek z korupcją lub działaniami godzącymi w interesy ekonomiczne państwa.

Wymienione więc w art. 2 Ustawy zagadnienia będą się mieścić w obszarze właściwości CBA pod warunkiem jednak, że w konkretnym wypadku będą wiązać się z korupcją lub działaniami godzącymi w interesy ekonomiczne państwa (vide art. 2 ust. 1 w zw. z art. 1 ust. 1 Ustawy). Ograniczenie to ma istotne znaczenie z uwagi na fakt, że nie wszystkie wymienione w art. 2 problemy każdorazowo będą miały związek z korupcją. Przykładowo wśród przestępstw, którymi ma się zajmować CBA, znajdują się również takie czyny zabronione jak: nadużycie władzy (231 k.k.), udział w zorganizowanej grupie przestępczej (258 k.k.), składanie fałszywych zeznań (233 k.k.), fałszowanie dokumentów i in. zw. z wiarygodnością dokumentów (270 – 273 k.k.), wyłudzenie (286 k.k.), podrabianie pieniądza, środków płatniczych (310 k.k.), nadużycie zaufania w obrocie gospodarczym (296 k.k.), wyłudzenie kredytu (297 k.k.). Są to więc przestępstwa, które mogą lecz nie zawsze będą miały związek z korupcją.

Przy proponowanym rozwiązaniu, tj. przy braku ustawowej definicji korupcji, funkcjonariusze CBA samodzielnie i według własnego rozumienia terminu „korupcja” będą kwalifikować daną sprawę jako mieszczącą się w zakresie działania CBA lub nie. Dochodzi zatem do sytuacji, w której to funkcjonariusz, nie zaś Ustawa, dookreślać będzie obszar działań CBA. Oczekiwać można, że wynik decyzji funkcjonariusza zależeć będzie od jego wiedzy, doświadczenia zawodowego, doświadczenia życiowego, intuicji. Nie można wykluczyć, że decyzja funkcjonariusza będzie wynikiem również innych – niepożądanych - czynników, np. presji przełożonych, sympatii politycznych, chęci zdyskredytowania danej osoby. Konstrukcja przyjęta w Ustawie w połączeniu z brakiem definicji korupcji takie ryzyko otwiera.

Projektodawcy rezygnując z zamieszczenia definicji korupcji przyjmowali zapewne, że pozwoli to ominąć zarzuty podniesione w wyroku Trybunału Konstytucyjnego. Takie założenie można poddawać w wątpliwość. Trybunał wskazał, że wadliwie skonstruowana definicja korupcji powoduje, że nie jest możliwe „wyznaczenie linii demarkacyjnej pomiędzy dopuszczalnym (i społecznie nieszkodliwym) korzystaniem z wolności działalności gospodarczej a działalnością noszącą cechy «społecznie szkodliwych odwzajemnień»”. W sytuacji, gdy ustawodawca zrezygnuje z próby zamieszczenia definicji w Ustawie, o tym, czy dany stan faktyczny mieści się w zasadzie swobody umów czy też należy do zachowań szkodliwych społecznie, decydować będą samodzielnie funkcjonariusze CBA. Tym samym ponownie wracamy

do sytuacji, w której na podstawie samej Ustawy nie jest możliwe wyznaczenie granicy oddzielającej zgodne z prawem prowadzeniem działalności gospodarczej a działaniami bezprawnym.

Rezygnacja z definicji skutkuje brakiem przewidywalności interwencji oraz „otwartością” kompetencji funkcjonariuszy. W konsekwencji normy kompetencyjne nie gwarantują, że instrumentarium, jakim dysponuje CBA, w tym w szczególności możliwość zbierania danych osobowych (również wrażliwych), dokonywania oględzin przedmiotów należących do majątku prywatnego, zakładania podsłuchów, przeprowadzania kontrolowanego wręczenia korzyści majątkowej, używane będzie wyłącznie w celu zwalczania zjawisk korupcyjnych.

Powyższe uwagi można również odnieść do wycofania z tekstu Ustawy definicji „działalności godzącej w interesy ekonomiczne państwa”. Niemniej wydaje się, że nie otwiera to ryzyka porównywalnego do ryzyka wynikającego z usunięcia definicji korupcji. Potoczne rozumienie korupcji wydaje się dużo bardziej pojemne i mniej jednoznaczne niż to co można rozumieć pod określeniem „działalność godząca w interesy ekonomiczne państwa”.

2. Kontrola nad legalnością zbierania wrażliwych danych osobowych – art. 22 b Projektu

W odpowiedzi na zarzut Trybunału Konstytucyjnego, iż Ustawa o CBA „[nie gwarantuje] instrumentów kontroli sposobu przechowywania i weryfikacji danych oraz sposobu usuwania danych zbędnych dla wykonywania ustawowych zadań”, projektodawcy proponują powołanie pełnomocnika do spraw kontroli przetwarzania przez CBA danych osobowych. Zadaniem pełnomocnika ma być nadzór nad zgodnością przetwarzania danych osobowych, zarówno wrażliwych jak i zwykłych, z przepisami ustawy o ochronie danych osobowych. Zaznaczyć przy tym trzeba, że jeśli chodzi o ochronę zwykłych danych osobowych Projekt ustanawia dalej idącą ochronę niż wynikałoby to z treści wyroku Trybunału. Trybunał bowiem za zgodne z Konstytucją uznał przepisy regulujące gromadzenie zwykłych danych osobowych przez CBA. Oceniając więc stopień ochrony zwykłych danych osobowych z aprobatą należy przyjąć pomysł ustanowienia wewnętrznego stanowiska dedykowanego tej problematyce.

Odmienne natomiast wygląda ocena proponowanego rozwiązania, gdy idzie o ochronę danych wrażliwych, a więc w kontekście właściwego zarzutu Trybunału Konstytucyjnego. Nasuwa się bowiem pytanie, czy proponowane w Projekcie rozwiązanie będzie narzędziem kontroli **realnej**. Pytanie to staje się konieczne w świetle rozważań Trybunału Konstytucyjnego zawartych w uzasadnieniu wyroku.

Przed wszystkim Trybunał wskazał na ścisły związek pomiędzy prawem do prywatności a godnością jednostki, stanowiącą wedle słów Trybunału „podstawę konstytucyjnych wolności i praw jednostki”. „Zachowanie godności człowieka wymaga poszanowania jego sfery czysto osobistej (...)”. Zależność ta oznacza, że naruszenia prawa do prywatności w wielu przypadkach mogą pociągać za sobą naruszenia godności. Jak wskazał Trybunał, rangę prawa do prywatności odzwierciedla Konstytucja chroniąc prywatność na wielu płaszczyznach - poczynając od ochrony prawa do prywatności życia prywatnego i rodzinnego przez prawo

rodziców do wychowywania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami, tajemnicy komunikowania się, nienaruszalności mieszkania po tzw. autonomię informacyjną jednostki (art. 47 - 51 Konstytucji).

Trybunał Konstytucyjny skonkludował, że „realizacja tej zasady [zasady minimalizacji niekoniecznych wkroczeń w prywatność] wymaga (...) **efektywnej** kontroli zapobiegającej ekscesowi.” Myśl ta jest kontynuowana dalej w słowach: „W ramach standardów demokratycznego państwa prawa dopuszczalne jest nawet głębokie wkroczenie w sferę prywatności, o ile wkroczenie to opatrzone zostanie **należyty**mi gwarancjami proceduralnymi i **w efekcie nie doprowadzi do naruszenia godności osoby poddanej kontroli**” (podkreślenia własne). W świetle tych dyrektyw oczekiwać można, że ustawodawca tworząc narzędzie kontroli powinien skoncentrować się na jego efektywności, a nie ograniczać swojego wysiłku do ustanowienia narzędzia jako takiego.

Aby kontrola miała charakter efektywny, podmiot, któremu powierza się jej wykonywanie, powinien zostać wyposażony w wystarczające gwarancje niezależności. Tymczasem w myśl Projektu pełnomocnika ds. kontroli przetwarzania danych osobowych powoływać i odwoływać będzie Szef CBA. W znacznym stopniu osłabia to jego niezależność, a co za tym idzie - zdolność do dokonywania rzeczywistej kontroli. W szczególności nie sposób realnie oczekiwać, że funkcjonariusz CBA, któremu zostanie powierzona rola pełnomocnika, wytknie nieprawidłowości o istotnej wadze, lub też te, za powstanie których współodpowiedzialne będzie kierownictwo Biura.

Realistyczne oczekiwania co do działalności pełnomocnika podporządkowanego Szefowi CBA odnosić można do działań o charakterze organizacyjno-technicznym (np. dotyczących ujednoczenia procedur, ich porządkowania), względnie do działań polegających na usuwaniu drobnych nieprawidłowości.

Powyższą ocenę w niewielkim tylko stopniu łagodzi fakt, iż odwołanie pełnomocnika lub jego zwolnienie ze służby będzie mogło nastąpić jedynie za zgodą Prezesa Rady Ministrów. Wydaje się, że już pozostawienie w gestii Szefa CBA powołania na ww. stanowisko determinuje fakt zależności osoby, która je obejmie. Już bowiem na tym etapie Szef CBA podejmuje decyzję, kto potencjalnie będzie kontrolował pracę nie tylko innych funkcjonariuszy CBA, lecz również kierownictwa tej służby. Iluzoryczna natomiast staje się ta gwarancja w sytuacji, gdy ta sama osoba będzie powoływać Szefa CBA, a następnie – gdy zajdzie potrzeba – zatwierdzać odwołane pełnomocnika.

Jak wynika z uzasadnienia do Projektu, rozważany był również alternatywny do przyjętego model kontroli, tj. model kontroli zewnętrznej. Marcowa wersja Projektu przewidywała konieczność uzyskania zgody sądu na przetwarzanie danych wrażliwych. Zespół Programu Przeciw Korupcji wsparł ten pomysł jako gwarantujący rzeczywistą i niezależną ochronę. Niemniej z uwagi na trudności model kontroli zewnętrznej w ocenie Projektodawców rozdziłby w praktyce (mowa o „konieczności zatwierdzania wszelkiego rodzaju działań obejmujących przetwarzanie danych osobowych”), został on odrzucony. Rozwiązaniem, które z jednej strony wychodziło naprzeciw wskazywanym przez projektodawców aspektom praktycznym, z drugiej natomiast w znaczącym stopniu wzmacniało ochronę prywatności jednostki, byłoby

nałożenie na CBA obowiązku informowania *ex post* osób, których dane osobowe były przetwarzane, o takim fakcie.

Takie rozwiązanie koresponduje również z rozważaniami Trybunału Konstytucyjnego na temat prawa do kształtowania swego publicznego obrazu (art. 51 ust. 4 Konstytucji). Jak stwierdził Trybunał: „Prawo to obejmuje żądanie sprostowań oraz usunięcia informacji niepełnych, nieprawdziwych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. **Z zasięgu tego prawa nie są wyłączone informacje zebrane w drodze działalności operacyjnej.** W sytuacji, gdy dane pochodzące z kontroli operacyjnej nie są ujawniane wobec zainteresowanego przy rozpoczęciu oraz w czasie trwania kontroli operacyjnej, możliwość skorzystania z uprawnienia, o którym mowa w art. 51 ust. 4 Konstytucji, jest *de facto* ograniczona”.

Kwestię tę jeszcze dobitniej podkreśliła prof. Ewa Łętowska w zdaniu odrębnym: „Nie ma np. w ustawie obowiązku informowania *ex post* o stosowanych technikach o zbieraniu danych wobec osoby, która okazała się być w porządku. Tymczasem taka gwarancja (sugerowana w wyroku o sygn. K 32/04 i aprobowana np. w niemieckim systemie prawnym) sprzyja samodyscyplinie funkcjonariuszy służb stosujących techniki niejawne i zbieranie danych.”

Tego rodzaju rozwiązanie wprowadza element kontroli zewnętrznej, która nie posiada mankamentów modelu kontroli wewnętrznej, a przy tym jest stosunkowo ekonomiczna i prosta w stosowaniu.