

157/9/A/2008

WYROK

z dnia 19 listopada 2008 r.

Sygn. akt Kp 2/08*

W imieniu Rzeczypospolitej Polskiej

Trybunał Konstytucyjny w składzie:

Bohdan Zdziennicki – przewodniczący
Stanisław Biernat
Zbigniew Cieślak
Maria Gintowt-Jankowicz
Mirosław Granat
Marian Grzybowski
Wojciech Hermeliński – I sprawozdawca
Adam Jamróz – II sprawozdawca
Marek Kotlinowski
Teresa Liszcz
Ewa Łętowska
Marek Mazurkiewicz
Janusz Niemcewicz
Mirosław Wyrzykowski,

protokolant: Grażyna Szałygo,

po rozpoznaniu, z udziałem wnioskodawcy oraz Sejmu i Prokuratora Generalnego, na rozprawie w dniu 19 listopada 2008 r., wniosku Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej złożonego w trybie art. 122 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej o zbadanie zgodności:

- 1) art. 1 pkt 1, w części dotyczącej dodanego art. 65b, w związku z art. 2 ustawy z dnia 25 lipca 2008 r. o zmianie ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego oraz ustawę o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego w zakresie, w jakim z mocą wsteczną przyznaje żołnierzom zawodowym, o których mowa w art. 65a, wykonującym obowiązki służbowe w Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, uprawnienia określone w rozdziale 3 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, z art. 2 Konstytucji;
- 2) art. 1 pkt 2 ustawy z 25 lipca 2008 r. powołanej w punkcie 1 w zakresie, w jakim różnicuje sytuację prawną żołnierzy zawodowych oraz pracowników Wojskowych Służb Informacyjnych w postępowaniu o mianowanie, wyznaczenie na stanowiska służbowe oraz zatrudnienie w Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, z art. 32 ust. 1 Konstytucji;
- 3) art. 1 pkt 2 ustawy z 25 lipca 2008 r. powołanej w punkcie 1 w zakresie, w jakim narusza zasadę zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz zasadę określoności przepisów prawa, z art. 2 Konstytucji,

* Sentencja została ogłoszona dnia 25 listopada 2008 r. 2008 r. w M. P. Nr 89, poz. 780.

o r z e k a:

1. Art. 1 pkt 1 ustawy z dnia 25 lipca 2008 r. o zmianie ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego oraz ustawę o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego, w części, w jakiej dodaje w ustawie z dnia 9 czerwca 2006 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego oraz ustawę o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego (Dz. U. Nr 104, poz. 711 i Nr 218, poz. 1592, z 2007 r. Nr 7, poz. 49 oraz z 2008 r. Nr 122, poz. 797) art. 65b, w związku z art. 2 ustawy z 25 lipca 2008 r. nie narusza zasady niedziałania prawa wstecz, a przez to jest zgodny z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

2. Art. 1 pkt 2 ustawy z 25 lipca 2008 r. powołanej w punkcie 1:

a) nie narusza zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz zasady określoności przepisów prawa, a przez to jest zgodny z art. 2 Konstytucji,

b) jest zgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

UZASADNIENIE

I

1. 29 lipca 2008 r. Marszałek Sejmu przedłożył Prezydentowi do podpisu, w trybie określonym w art. 122 ust. 1 Konstytucji, ustawę z dnia 25 lipca 2008 r. o zmianie ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego oraz ustawę o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego (dalej: zaskarżona ustawa, ustawa z 25 lipca 2008 r. lub ustawa nowelizująca). Ustawa ta uzupełniła ustawę z dnia 9 czerwca 2006 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego oraz ustawę o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego (Dz. U. Nr 104, poz. 711, ze zm.; dalej: przepisy wprowadzające lub ustawa nowelizowana) o trzy nowe jednostki redakcyjne:

– art. 65a (dodany przez art. 1 pkt 1 ustawy z 25 lipca 2008 r.): „Do żołnierzy zawodowych, którzy złożyli wnioski, o których mowa w art. 65 ust. 1, nie ma zastosowania przepis art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (Dz. U. Nr 179, poz. 1750, z późn. zm.)”;

– art. 65b (dodany przez art. 1 pkt 1 ustawy z 25 lipca 2008 r.): „Żołnierze zawodowi, o których mowa w art. 65a, wykonujący obowiązki służbowe w SKW i SWW posiadają uprawnienia i podlegają obowiązkom określonym w rozdziale 3 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego”;

– art. 66a (dodany przez art. 1 pkt 2 ustawy z 25 lipca 2008 r.): „Mianowanie na funkcjonariuszy SKW albo SWW, wyznaczanie na stanowiska służbowe w SKW albo SWW oraz zatrudnianie w SKW albo SWW osób, o których mowa w art. 65 ust. 1 i art. 66, następuje po złożeniu oświadczeń, o których mowa w art. 67 ust. 1 i 3, oraz zapoznaniu się ze stanowiskiem Komisji Weryfikacyjnej, co do zgodności oświadczeń z prawdą, w przypadku sporządzenia takiego stanowiska”.

Ustawa z 25 lipca 2008 r. miała wejść w życie „z dniem ogłoszenia, z mocą od dnia 1 lipca 2008 r.” (art. 2).

2. Przed podpisaniem ustawy, wnioskiem z 15 sierpnia 2008 r., Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie art. 122 ust. 3 Konstytucji zwrócił się do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności:

– art. 1 pkt 1, w części dotyczącej dodanego art. 65b, w związku z art. 2 ustawy z 25 lipca 2008 r., w zakresie, w jakim z mocą wsteczną przyznaje żołnierzom zawodowym, o których mowa w art. 65a, wykonującym obowiązki służbowe w Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (dalej: kontrwywiad i wywiad lub SKW i SWW), uprawnienia określone w rozdziale 3 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz. U. Nr 104, poz. 710; dalej: ustawa o SKW i SWW), z art. 2 Konstytucji;

– art. 1 pkt 2 ustawy z 25 lipca 2008 r., w zakresie, w jakim różnicuje sytuację prawną żołnierzy zawodowych oraz pracowników Wojskowych Służb Informacyjnych (dalej: WSI) w postępowaniu o mianowanie, wyznaczenie na stanowiska służbowe oraz zatrudnienie w SKW i SWW, z art. 32 ust. 1 Konstytucji;

– art. 1 pkt 2 ustawy z 25 lipca 2008 r., w zakresie, w jakim narusza zasadę zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz zasadę określoności przepisów prawa, z art. 2 Konstytucji.

Uzasadniając niekonstytucyjność art. 1 pkt 1 zaskarżonej ustawy, wnioskodawca stwierdził, że potrzeba zapewnienia legalności działania byłych żołnierzy zawodowych WSI, którzy nie zostali wyznaczeni na stanowiska w SKW i SWW, lecz jedynie wykonują w nich obowiązki służbowe, nie ulega wątpliwości. Przyznanie tym osobom uprawnień funkcjonariuszy SKW i SWW jest konieczne dla ich efektywnego wykorzystania (także w działaniach operacyjnych). Uznając zasadność celu analizowanej regulacji, wnioskodawca kwestionuje jednak fakt, że – choć została ona uchwalona 25 lipca 2008 r. – ma uzyskać moc obowiązującą już od 1 lipca 2008 r., co zostało zapisane wprost w jej art. 2. W opinii wnioskodawcy prowadzi to do przyznania uprawnień, które pozwalają na ingerencję w konstytucyjne wolności i prawa jednostki (np. upoważniają do użycia broni, rejestrowania obrazu i dźwięku w miejscach publicznych itd.), z mocą wsteczną. Zauważa on, że wyjątki od zasady *lex retro non agit* są wprawdzie dopuszczalne, ale tylko w wyjątkowych sytuacjach. Skoro zaś w trakcie prac parlamentarnych nie wskazano argumentów przemawiających za koniecznością nadania retroaktywnego charakteru dodanemu art. 65b przepisów wprowadzających, to badaną regulację należy uznać za sprzeczną z art. 2 Konstytucji.

Jeżeli chodzi o zarzut niezgodności art. 1 pkt 2 nowelizacji przepisów wprowadzających z art. 32 ust. 1 Konstytucji, to wnioskodawca podkreśla, że odstąpienie od obowiązujących obecnie standardów przyjmowania do pracy lub podejmowania służby w SKW i SWW przez byłych żołnierzy i pracowników WSI prowadzi do nieuzasadnionego zróżnicowania sytuacji prawnej osób, charakteryzujących się tą samą cechą relewantną. W jego opinii cechą tą jest praca (służba) w WSI i złożenie oświadczeń, przewidzianych przez art. 67 ust. 1 i 3 przepisów wprowadzających. Zarzut naruszenia zasady równości wnioskodawca opiera na tym, że osoby niezweryfikowane (które złożyły oświadczenia weryfikacyjne, ale nie uzyskały stanowiska Komisji Weryfikacyjnej):

– unikają odpowiedzialności karnej za podanie nieprawdy w oświadczeniach lub wyjaśnieniach składanych przed Komisją Weryfikacyjną, bo nie ma ustawowych rozwiązań umożliwiających dokonanie takiej oceny; zdaniem wnioskodawcy jest to „dyskryminacja na gruncie prawa karnego”;

– uzyskują łatwiejszy dostęp do pracy w SKW lub SWW, ponieważ w odniesieniu do nich szefowie służb nie dysponują oceną dokonaną przez Komisję Weryfikacyjną (a więc tym bardziej nie mają obowiązku wzięcia ich pod uwagę); w opinii wnioskodawcy osoby zweryfikowane są w związku z tym w „radykalnie” gorszej sytuacji podczas procesu naboru do służb.

W opinii wnioskodawcy, ustawodawca powinien albo zrezygnować z weryfikacji (z czym wiązałoby się m.in. uznanie stanowisk Komisji za niebyłe, uznanie braku ich wpływu na proces rekrutacji, pozbawienie szefów SKW i SWW wglądu do akt postępowania weryfikacyjnego); albo zdecydować się na dokończenie tego procesu (jak wynika z całości wniosku – na dotychczasowych zasadach, przy przedłużeniu terminu zakończenia prac przez Komisję Weryfikacyjną).

Art. 1 pkt 2 ustawy z 25 lipca 2008 r. budzi także zastrzeżenia wnioskodawcy w kontekście dwóch zasad szczegółowych, wywodzonych z art. 2 Konstytucji. Po pierwsze, odstąpienie od obligatoryjności zapoznania się ze stanowiskiem Komisji Weryfikacyjnej w procesie naboru do służb powoduje „zamknięcie drogi” uzyskania stanowiska i pomija kwestię przyszłości nierozpoznanych przez Komisję oświadczeń, co wskazuje na sprzeczność z zasadą zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa. Po drugie, zaskarżony przepis narusza – według wnioskodawcy – zasadę dostatecznej określoności i stabilności unormowań prawnych, wprowadza bowiem rozwiązania sprzeczne z innymi obowiązującymi regulacjami. Dodany art. 66a do przepisów wprowadzających wskazuje, że zapoznanie się ze stanowiskiem Komisji Weryfikacyjnej jest obligatoryjne tylko wtedy, gdy zostało ono sporządzone, podczas gdy dotychczasowy (i nieuchylony wprost przez analizowaną ustawę) art. 60 ust. 7 przepisów wprowadzających nie przewidywał żadnych wyjątków od obowiązku zapoznania się z tym stanowiskiem.

3. W piśmie z 9 września 2008 r. (nr 505/7/08/DP/MZ) stanowisko w sprawie zajął Minister Obrony Narodowej; uznał zarzuty zawarte we wniosku za bezzasadne.

Minister Obrony Narodowej wskazał, że wprowadzany przez art. 1 pkt 1 ustawy nowelizującej art. 65b przepisów wprowadzających ma „zapewnić legalność działania” niezwerfikowanym żołnierzom WSI, którzy zostali zwolnieni z zajmowanych stanowisk, przeniesieni do rezerwy kadrowej i którym powierzono wykonywanie obowiązków w SKW i SWW. W jego opinii „legalizowanie określonych stanów faktycznych” nie stanowi przekroczenia konstytucyjnych granic dopuszczalności działań prawodawcy. Rozwiązanie wprowadzone przez zaskarżony przepis stanowi usprawiedliwione odstępstwo od zasady *lex retro non agit*, ponieważ nie prowadzi do pogorszenia sytuacji prawnej adresatów badanej normy prawnej, a przeciwnie – przyczynia się do jej polepszenia.

Minister nie podzielił także poglądu, że art. 1 pkt 2 ustawy nowelizującej powoduje niedopuszczalne zróżnicowanie sytuacji prawnej żołnierzy zweryfikowanych i niezwerfikowanych. Stanowiska Komisji Weryfikacyjnej nie miały charakteru władczego, a szefowie SKW i SWW nie byli nimi związani w procesie doboru personalnego tworzonych służb. Jego zdaniem, zmiana modelu postępowania weryfikacyjnego mieści się w zakresie swobody regulacyjnej ustawodawcy, wyznaczonej normami, zasadami i wartościami konstytucyjnymi.

W kontekście zarzutu naruszenia zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, Minister Obrony Narodowej wskazał, że żaden z obowiązujących przepisów prawa – z wyjątkiem przepisów wprowadzających oraz ustawy o służbie funkcjonariuszy SKW i SWW – „nie warunkuje i nie ogranicza” możliwości zatrudnienia, podjęcia wykonywania zawodu lub jakiegokolwiek działalności ani nie uzależnia takiej możliwości od wylegitymowania się przez zainteresowaną osobę

dokumentem, potwierdzającym zgodność z prawdą złożonego przez nią oświadczenia weryfikacyjnego. Jego zdaniem, „jedynie względy osobiste nie mogą uzasadniać aktywności państwa w zakresie tworzenia procedur prawnych, służących potwierdzeniu określonych faktów”.

Odnosząc się do zarzutu pozostawienia w przepisach wprowadzających art. 60 ust. 7, Minister Obrony Narodowej stwierdził, że „cały” art. 60 dotyczył spraw związanych z organizacją SKW i SWW, których wymiar czasowy był ograniczony. „Jeżeli ustawowo określone terminy upłynęły, [...] dany przepis traci swoje normatywne znaczenie i jego dodatkowe eliminowanie w drodze nowelizacji ustawy bądź uchylecia jest zbędne”.

4. W piśmie z 17 września 2008 r. (sygn. akt PR II TK 111/08) stanowisko w sprawie zajął Prokurator Generalny: wniósł o uznanie zgodności zaskarżonych przepisów ustawy z 25 lipca 2008 r. ze wskazanymi przez wnioskodawcę wzorcami kontroli.

Prokurator Generalny zauważył, że art. 2 ustawy nowelizującej wyznacza zasady wejścia w życie nie tylko przepisu zaskarżonego przez Prezydenta, ale całej ustawy. W jego opinii nie budzi wątpliwości, że zamiarem ustawodawcy było nadanie zakwestionowanemu aktowi prawnemu charakteru retroaktywnego. Wsteczne działanie ustawy ograniczone zostało datą kalendarzową, poprzedzającą datę uchwalenia ustawy tylko o niespełna miesiąc.

Ocena konstytucyjności art. 1 pkt 1 ustawy z 25 lipca 2008 r. sprowadza się – zdaniem Prokuratora Generalnego – do stwierdzenia, czy badany przepis doprowadził do pogorszenia sytuacji jego adresatów, tj. „żołnierzy zawodowych, o których mowa w art. 65a, wykonujących obowiązki służbowe w SKW i SWW”. Powołując się na argumenty zawarte w uzasadnieniu rządowego projektu ustawy i prezentowane przez przedstawicieli rządu podczas prac parlamentarnych, Prokurator Generalny stwierdził, że zaskarżona ustawa w sposób oczywisty poprawia „sytuację prawną grupy zawodowej, do której się odnosi”; likwiduje bowiem stan niepewności powstały po zakończeniu prac Komisji Weryfikacyjnej. W jego opinii, nie można także podzielić argumentu o negatywnych skutkach wejścia w życie kontrolowanej ustawy dla innych osób, skoro czynności operacyjne były prawnie dozwolone od dnia wejścia w życie ustawy o SKW i SWW (tj. od 1 października 2006 r.). Ustawa nowelizująca nie wprowadziła żadnych nowych rodzajów czynności operacyjnych, nie może więc być oceniana jako „mogąca legalizować” niedozwolone wcześniej czynności obu służb. Dodatkowo należy także zwrócić uwagę, że wykonywanie czynności operacyjnych podlega kontroli wewnętrznej (szefów służb) oraz zewnętrznej (np. sądowej w wypadku kontroli operacyjnej). Prokurator Generalny zauważył także, iż sposób określenia wejścia w życie zaskarżonej ustawy koresponduje z art. 5 ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (Dz. U. z 2007 r. Nr 68, poz. 449), dopuszczającej możliwość nadania aktowi normatywnemu wstecznej mocy obowiązującej, jeżeli zasady demokratycznego państwa prawnego nie stoją temu na przeszkodzie. Powierzenie, z mocą wsteczną, obowiązków i przyznanie uprawnień, określonych w rozdziale 3 ustawy o SKW i SWW żołnierzom zawodowym, wykonującym obowiązki służbowe w tych służbach, nie narusza czyichkolwiek praw i równocześnie pozwala na pełne wykorzystywanie tych żołnierzy zawodowych aspirujących do służb, których oświadczenia (a tym samym wiarygodność) nie zostały podważone przez Komisję Weryfikacyjną. Zakwestionowana regulacja jest więc zgodna z art. 2 Konstytucji.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia zasady równości, Prokurator Generalny wskazał, że sposób zaskarżenia zakwestionowanej ustawy (a w szczególności brak wskazania jako wzorca kontroli art. 60 Konstytucji) świadczy o tym, że źródłem wątpliwości wnioskodawcy nie jest naruszenie zasad dostępu do służby publicznej (w tym

wypadku: w SKW i SWW). W opinii Prokuratora Generalnego, wnioskodawca dopatruje się w zaskarżonej nowelizacji dyskryminacji na gruncie prawa karnego polegającej na tym, że osób niezwyfikowanych nie będzie można w przyszłości pociągnąć do ewentualnej odpowiedzialności karnej za podanie nieprawdy w oświadczeniach weryfikacyjnych. Jego zdaniem, z takim poglądem nie można się zgodzić przede wszystkim dlatego, że wiąże on konstytucyjną zasadę równości wobec prawa z problematyką odpowiedzialności karnej, której zaskarżona ustawa w ogóle nie porusza. Zakończenie działalności przez Komisję Weryfikacyjną nie likwiduje obowiązku zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu, ciążącego na każdej instytucji państwowej i samorządowej, które w związku ze swą działalnością powzięły o tym wiadomość (por. art. 304 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. Nr 89, poz. 555, ze zm.). Wobec tego, mając na uwadze także brak wiążącego charakteru stanowiska Komisji Weryfikacyjnej, zaskarżony przepis należy uznać za zgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji. Nie różnicuje on szans kandydatów ubiegających się o przyjęcie do służb, zwłaszcza gdy weźmie się pod uwagę, że w demokratycznym państwie prawnym nie do przyjęcia jest domniemanie winy.

Oceniając art. 1 pkt 2 zaskarżonej ustawy w świetle zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, Prokurator Generalny stwierdził, że zasada pewności prawa, chroniąca obywatela przed zmianami nagłymi, godzącymi w interesy w toku, nie może być utożsamiana z „wyraźnie przecenianym znaczeniem [...] stanowiska Komisji Weryfikacyjnej, które nie ma prawotwórczego charakteru, jest niejawne i dla strony niedostępne i które [...] nie może być gwarantem realizacji planów zawodowych”. Wyraził także pogląd, że niezwyfikowane oświadczenia – jako składnik akt postępowań weryfikacyjnych – powinny podlegać przekazaniu szefom służb na mocy § 15 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 24 lipca 2006 r. w sprawie trybu działania Komisji Weryfikacyjnej powołanej w związku z likwidacją Wojskowych Służb Informacyjnych, Dz. U. Nr 135, poz. 953). Jego zdaniem, jako naruszenie zasady lojalności państwa wobec obywateli należałoby ocenić brak działań ustawodawcy w analizowanej sytuacji, co oznaczałoby zamknięcie dostępu do SKW i SWW osobom nie ze swojej winy niezwyfikowanym.

Jeżeli zaś chodzi o zarzut kolizji dodanego, przez art. 1 pkt 2 ustawy nowelizującej – art. 66a – z dotychczas obowiązującym art. 60 ust. 7 przepisów wprowadzających, to Prokurator Generalny wskazał, że błąd ten uchylia raczej zasadzie prawidłowej legislacji, niż zasadzie określoności prawa, przywołanej przez wnioskodawcę jako wzorzec kontroli. W jego opinii, wada ta nie kwalifikuje się do orzeczenia niekonstytucyjności zaskarżonego przepisu, ponieważ przy zastosowaniu zasady *lex posterior derogat legi priori* możliwe jest – w zgodzie z Konstytucją – ustalenie, że dodany ustawą nowelizującą art. 66a, jako przepis późniejszy, eliminuje z dniem 1 lipca 2008 r. obowiązek uzyskania stanowiska Komisji Weryfikacyjnej.

5. Marszałek Sejmu w piśmie z 30 października wniósł o stwierdzenie, że:

1) art. 1 pkt 1 ustawy z 25 lipca 2008 r. w zakresie, w jakim z mocą wsteczną przyznaje żołnierzom zawodowym, wykonującym obowiązki służbowe w Służbie Kontrwywiadu Wojskowego i Służbie Wywiadu Wojskowego uprawnienia, określone w rozdziale 3 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, jest zgodny z art. 2 Konstytucji;

2) art. 1 pkt 2 powołanej wyżej ustawy z 25 lipca 2008 r. w zakresie, w jakim różnicuje sytuację prawną żołnierzy zawodowych oraz pracowników Wojskowych Służb Informacyjnych, zwanych dalej WSI, w postępowaniu o mianowanie, wyznaczenie na

stanowisko służbowe oraz zatrudnienie w Służbie Kontrwywiadu Wojskowego lub Służbie Wywiadu Wojskowego, jest zgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji;

3) art. 1 pkt 2 powołanej wyżej ustawy z 25 lipca 2008 r. w zakresie, w jakim narusza zasadę zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz zasadę określoności przepisów prawa, jest zgodny z art. 2 Konstytucji.

W uzasadnieniu swego stanowiska Marszałek Sejmu w pierwszej kolejności ustosunkował się do zarzutu wprowadzenia, z naruszeniem zasady *lex retro non agit*, art. 1 pkt 1 zaskarżonej ustawy. Podkreślił, że terminarz prac legislacyjnych nad projektem tej ustawy: 12 czerwca 2008 r. – pierwsze czytanie projektu, 25 czerwca 2008 r. – przyjęcie sprawozdania podkomisji przez Komisję Obrony Narodowej, 27 czerwiec 2008 r. – 2 i 3 czytanie projektu ustawy), wskazywał na brak możliwości dochowania terminu wejścia w życie ustawy, określonego w przedłożeniu rządowym (druk nr 571), bez naruszenia konstytucyjnych terminów rozpatrzenia ustawy przez Senat i Prezydenta RP. Biorąc pod uwagę termin zakończenia działalności Komisji Weryfikacyjnej (30 czerwca 2008 r.), ustawodawca uznał, że określenie późniejszego terminu wejścia w życie ustawy, niż został określony w art. 2 projektu ustawy, prowadziłyby do naruszenia zasady pewności prawa, na której opiera się zasada ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa. Żołnierze, wypełniając swój ustawowy obowiązek, złożyli odpowiednie oświadczenia. Jednak ponad połowa z 2 tysięcy oświadczeń żołnierzy nie została zweryfikowana do dnia złożenia projektu ustawy w Sejmie z przyczyn leżących po stronie Komisji Weryfikacyjnej.

Marszałek Sejmu wskazał również, że w świetle brzmienia tytułu rozdziału 3 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego: „Uprawnienia funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego i Służby Wywiadu Wojskowego oraz żołnierzy zawodowych wyznaczonych na stanowiska służbowe w Służbie Kontrwywiadu Wojskowego i Służbie Wywiadu Wojskowego” – uzasadniony wydaje się pogląd, że dwa lata wcześniej ustawodawca przewidywał wyposażenie, oprócz funkcjonariuszy SKW i SWW, również żołnierzy, którzy złożyli wyżej wymienione oświadczenia oraz zostali wyznaczeni na stanowiska SKW i SWW, w uprawnienia do przeprowadzenia m.in. czynności operacyjno-rozpoznawczych, użycia broni palnej oraz kontroli operacyjnej. Przyznanie tych uprawnień ma na celu ochronę bezpieczeństwa państwa oraz ochronę wolności i praw obywatelskich, a określone w rozdziale 3 ustawy gwarancje pozasadowej i sądowej kontroli legalności przyznaných uprawnień oraz odnoszące się do nich wytyczne ustawowe, w ocenie Marszałka Sejmu, spełniają standardy demokratycznego państwa prawnego.

Marszałek Sejmu nadmienił także, że w obecnym stanie prawnym, w świetle art. 20 ust. 1, 2 oraz art. 25 ust. 1a ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych, a także art. 22 przepisów wprowadzających z dnia 9 czerwca 2006 r. możliwe jest powierzenie obowiązków służbowych żołnierzowi zawodowemu będącemu w dyspozycji albo w rezerwie kadrowej, który przestał zajmować stanowisko służbowe w WSI, złożył wniosek o wyznaczenie na stanowisko służbowe w SKW lub SWW, mianowanie na funkcjonariusza SKW lub SWW albo zatrudnienie w SKW albo SWW.

Przywołując stanowisko Prokuratora Generalnego, Marszałek podkreślił, że z uwagi na to, iż rozwiązanie legislacyjne zawarte w art. 65b, z jednej strony nie naruszające czyichkolwiek praw, a z drugiej strony, z uwagi na sytuację żołnierzy zawodowych aspirujących do służb, w jakiej się znaleźli po zakończeniu w dniu 30 czerwca 2008 r. działalności Komisji Weryfikacyjnej, pozwalające na pełne wykorzystanie tych spośród nich, których oświadczenia, a tym samym wiarygodność, nie zostały do upływu tego dnia podważone – jest uzasadnione i mieści się w zakresie dopuszczalnych ograniczeń zasady *lex retro non agit*. Odstąpienie od tej zasady usprawiedliwione jest również realizacją innej

zasady konstytucyjnej, wynikającej z art. 5 Konstytucji, nakazującej zapewnić bezpieczeństwo państwa i obywateli.

Przechodząc do zarzutu niezgodności art. 1 pkt 2 zaskarżonej ustawy z art. 32 ust. 1 Konstytucji, Marszałek Sejmu stwierdził, że grupę adresatów zaskarżonego przepisu należy wyznaczyć w oparciu o cechę relewantną, jaką jest posiadanie statusu żołnierza WSI lub pracownika oraz spełnienie wymogu złożenia oświadczenia wraz z wnioskiem o dokonanie czynności określonej w art. 65 ust. 1.

Wskazał nadto, że: „Spośród osób spełniających wyżej wymienione warunki szef SKW lub szef SWW, zgodnie z art. 49 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, może wyznaczyć żołnierza zawodowego na stanowisko służbowe niezależnie od opinii Komisji Weryfikacyjnej, która nie ma charakteru wiążącego dla szefów SKW lub SWW odpowiednich służb. Jest to analogiczny stan do sytuacji Pełnomocników do spraw organizacji SKW albo SWW”, w odniesieniu do której Trybunał Konstytucyjny wypowiedział się w wyroku z 27 czerwca 2008 r. (sygn. K 52/05). W świetle powyższego wyroku, Marszałek Sejmu wyraził pogląd, że posiadanie lub brak opinii Komisji Weryfikacyjnej nie jest kryterium istotnym dla wyznaczania żołnierzy zawodowych na stanowiska służbowe SKW lub SWW.

Uzasadniając swoje stanowisko w sprawie zgodności art. 1 pkt 2 zaskarżonej ustawy w zakresie art. 66a przepisów wprowadzających, z zasadą zaufania obywateli do państwa, wynikającą z zasady demokratycznego państwa prawnego, Marszałek Sejmu podkreślił, że w tym zakresie należy mieć na względzie przede wszystkim „przepisy wydane na podstawie art. 63 ust. 7 ustawy – Przepisy wprowadzające, tj. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 24 lipca 2006 r. w sprawie trybu działania Komisji Weryfikacyjnej powołanej w związku z likwidacją Wojskowych Służb Informacyjnych (Dz. U. Nr 135, poz. 953). Zgodnie z zawartymi w § 16 tego rozporządzenia ograniczeniami w zakresie dostępności akt postępowań weryfikacyjnych, na skutek stosowania do tych dokumentów ochrony przewidzianej dla ochrony informacji niejawnych na podstawie przepisów ustawy z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2005 r. Nr 196, poz. 1631, ze zm.), uprawniony wydaje się wniosek, że ww. osoba nie będzie mogła posiadać dokumentu, który zwalniałby od stosowania wobec niej postępowania kwalifikacyjnego wymaganego przepisami pragmatyki służbowej w procesie rekrutacji do odpowiednich służb specjalnych”.

Marszałek wskazał ponadto, że z uzasadnienia projektu ustawy (druk nr 571) wynika, że celem zaskarżonych przepisów było zagwarantowanie uprawnień żołnierzom WSI oraz pracownikom WSI, których oświadczenia nie zostały zweryfikowane przez Komisję Weryfikacyjną, w okresie działalności Pełnomocnika do spraw organizacji SKW oraz Pełnomocnika do spraw SWW. Wobec bowiem wyekspirowania art. 60 przepisów wprowadzających, koniecznym działaniem legislacyjnym, mającym na celu zapewnienie bezpieczeństwa prawnego, było wprowadzenie art. 66a. Zaskarżona regulacja służy zatem realizacji konstytucyjnej zasady zaufania obywateli do państwa.

Odnosząc się do zarzutów Prezydenta RP, dotyczących niezgodności wprowadzonego art. 66a przepisów wprowadzających, z art. 2 Konstytucji w zakresie naruszenia zasady dostatecznej określoności przepisów prawa, stwierdził Marszałek, że „stanowisko Prezydenta RP opiera się na błędnej wykładni treści normatywnej art. 60 ust. 7 ustawy – Przepisy wprowadzające, którego zakres czasowy oraz podmiotowy dotyczy okresu działania Pełnomocnika do spraw organizacji SKW oraz Pełnomocnika do spraw organizacji SWW. Natomiast przepis art. 66a dotyczy zakresu czasowego działania szefa SKW i szefa SWW”. W związku z powyższym, Marszałek Sejmu stwierdził, że zakresy przywołanych przepisów nie pokrywają się. Dlatego też uznał za nietrafny zarzut Prezydenta naruszenia konstytucyjnej zasady określoności normy prawnej.

II

Na rozprawie w dniu 19 listopada 2008 r. uczestnicy postępowania podtrzymali swoje pisemne stanowiska.

III

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. Warunki formalne wniosku, zakres zaskarżenia i wzorce kontroli.

Warunki formalne dopuszczalności wniosku o kontrolę prewencyjną zostały spełnione (por. Z. Czeszejko-Sochacki, L. Garlicki, J. Trzeciński, *Komentarz do ustawy o Trybunale Konstytucyjnym*, Warszawa 1999, s. 21-22), gdyż:

– jej przedmiotem jest ustawa uchwalona w ostatecznym brzmieniu przez parlament;

– skierowanie wniosku do Trybunału Konstytucyjnego miało miejsce w konstytucyjnym terminie, przewidzianym na decyzję Prezydenta w art. 122 Konstytucji (ustawa została przekazana Prezydentowi do podpisu 29 lipca 2008 r., a wniosek, noszący datę 15 sierpnia 2008 r., wpłynął do TK 18 sierpnia 2008 r.; ustawa nie miała charakteru pilnego w znaczeniu art. 123 Konstytucji, nie ma więc zastosowania krótszy, 7-dniowy termin podpisania ustawy przez Prezydenta);

– zarzuty wniosku dotyczą niezgodności przepisów ustawy z przepisami Konstytucji.

Przedmiotem zaskarżenia w niniejszej sprawie są przepisy ustawy z dnia 25 lipca 2008 r. o zmianie ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego oraz ustawę o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego (dalej: zaskarżona ustawa, ustawa z 25 lipca 2008 r. lub ustawa nowelizująca), a mianowicie:

– art. 1 pkt 1 ustawy nowelizującej, w zakresie dotyczącym dodanego do ustawy nowelizowanej art. 65b, w związku z art. 2 ustawy nowelizującej,

– art. 1 pkt 2 ustawy nowelizującej.

Wzorcami kontroli są trzy szczegółowe zasady wyprowadzane z art. 2 Konstytucji (zasada niedziałania prawa wstecz, zasada zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz zasada określoności przepisów prawa) oraz art. 32 ust. 1 Konstytucji, statuujący zasadę równości wobec prawa.

2. Geneza i cele ustawy z 25 lipca 2008 r. – kontekst orzekania.

2.1. Zaskarżone w niniejszej sprawie przepisy łączą się ze zmianami wprowadzonymi do systemu wojskowych służb specjalnych przez ustawę z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz. U. Nr 104, poz. 709; dalej: ustawa o SKW i SWW). Polegały one na powołaniu – w miejsce istniejących od 1989 r. Wojskowych Służb Informacyjnych (dalej: WSI) – z dniem 1 lipca 2006 r. dwóch nowych struktur: Służby Kontrwywiadu Wojskowego i Służby Wywiadu Wojskowego (dalej: SKW i SWW).

Zapleczem kadrowym dla nowych służb miały być dwie kategorie osób:

– osoby z „nowego naboru”, które nie były pracownikami lub żołnierzami WSI;

– byli żołnierze i pracownicy WSI lub wojskowych jednostek organizacyjnych realizujących zadania w zakresie wywiadu lub kontrwywiadu wojskowego, przed

wejściem w życie ustawy z 9 lipca 2003 r. o Wojskowych Służbach Informacyjnych (Dz. U. Nr 139, poz. 1326, ze zm.; dalej: ustawa o WSI).

2.2. Ponieważ zaskarżone przepisy dotyczą wyłącznie procedur przyjmowania do SKW i SWW osób należących do drugiej z powyższych kategorii, zasadne jest dokładniejsze przedstawienie zasad naboru dotyczących tej właśnie grupy.

Zostały one uregulowane w ustawie z dnia 9 czerwca 2006 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego oraz ustawę o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego (Dz. U. Nr 104, poz. 711, ze zm.; dalej: przepisy wprowadzające lub ustawa nowelizowana) oraz w wydanych do tej ustawy aktach wykonawczych (m.in. w rozporządzeniach Prezesa Rady Ministrów: z dnia 24 lipca 2006 r. w sprawie trybu działania Komisji Weryfikacyjnej powołanej w związku z likwidacją Wojskowych Służb Informacyjnych, Dz. U. Nr 135, poz. 953, dalej: rozporządzenie w sprawie trybu działania Komisji Weryfikacyjnej; z dnia 24 lipca 2006 r. w sprawie trybu składania oświadczeń weryfikacyjnych w związku z likwidacją Wojskowych Służb Informacyjnych oraz sposobu ich ewidencjonowania, archiwizowania i udostępniania, Dz. U. Nr 135, poz. 954, ze zm.).

Byli pracownicy i żołnierze WSI (oraz ich wcześniejszych odpowiedników) mogli ubiegać się o pracę (służbę) w nowych służbach jako:

- osoby wyznaczone na stanowisko służbowe w SKW lub SWW;
- funkcjonariusze SKW i SWW;
- pracownicy SKW i SWW.

Przepisy wprowadzające wymagały od nich spełnienia warunków ogólnych (wymaganych od osób spoza WSI – art. 60 ust. 3 i 4 przepisów wprowadzających), a dodatkowo złożenia – w ciągu 30 dni od wejścia w życie przepisów wprowadzających (czyli w ciągu 30 dni od 1 października 2006 r.) – następujących dokumentów:

- wniosku o wyznaczenie na stanowisko służbowe, mianowanie na funkcjonariusza albo zatrudnienie w SKW lub SWW (art. 65 ust. 1 i art. 66 przepisów wprowadzających);
- oświadczenia o podejmowaniu (niepodejmowaniu) – w okresie służby (zatrudnienia) w WSI lub w związku z tą służbą (zatrudnieniem) – działań sprzecznych z prawem, wymienionych w art. 67 ust. 1 przepisów wprowadzających, takich jak między innymi naruszenie tajemnicy służbowej lub państwowej, bezprawne ujawnienie lub wykorzystanie informacji uzyskanych w trakcie działalności operacyjnej, niezawiadomienie o przestępstwie mimo ustawowego obowiązku, utrudnianie postępowania karnego, bezprawnego wpływanie na decyzje władzy publicznej;
- oświadczenia o prowadzeniu (nieprowadzeniu) działalności gospodarczej w zakresie wskazanym w art. 67 ust. 2 przepisów wprowadzających (m.in. członkostwa w organach spółek prawa handlowego i spółdzielni oraz prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek lub wspólnie z innymi osobami).

Od obowiązku złożenia oświadczeń tymczasowo, maksymalnie do 31 marca 2007 r., zwolnieni zostali żołnierze lub pracownicy WSI, którzy przebywali za granicą i nie mogli złożyć oświadczeń ze względu na bezpieczeństwo państwa (art. 76 przepisów wprowadzających). Oświadczenia weryfikacyjne mogły złożyć także osoby nieubiegające się o przyjęcie do SKW i SWW (art. 68 przepisów wprowadzających).

Oświadczenia były przekazywane do Komisji Weryfikacyjnej, składającej się z dwudziestu czterech osób, połowę składu wyznaczał Prezydent, a połowę Prezes Rady Ministrów (art. 63 ust. 1 przepisów wprowadzających). Komisja ta, po ewentualnym wysłuchaniu wyjaśnień osoby zainteresowanej lub innych osób i porównaniu treści oświadczenia z materiałami archiwalnymi i operacyjnymi, miała za zadanie sformułować

stanowisko co do zgodności oświadczeń z prawdą i przedstawić je pełnomocnikom lub szefom SKW i SWW (art. 63 ust. 2 przepisów wprowadzających). Zgodnie z art. 60 ust. 7 przepisów wprowadzających, stanowiska te nie miały charakteru wiążącego, w tym sensie, że nawet stwierdzenie przez Komisję podania nieprawdy w oświadczeniu nie zamykało zainteresowanym osobom dostępu do pracy (służby) w SKW lub SWW. Osoby odpowiedzialne za nabór do służb (pełnomocnicy, a następnie szefowie SKW i SWW) miały jedynie obowiązek zapoznać się z tymi stanowiskami przed podjęciem decyzji o mianowaniu, wyznaczeniu na stanowisko lub zatrudnieniu byłych żołnierzy albo pracowników WSI (ewentualnie wcześniejszych struktur wywiadu/kontrwywiadu). Do czasu wydania stanowisk przez Komisję Weryfikacyjną, byli żołnierze WSI zostali przeniesieni do rezerwy kadrowej, w której mogli przebywać jednorazowo najdłużej dwa lata (termin ten wynikał z art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych, Dz. U. Nr 179, poz. 1750, ze zm.; dalej: ustawa o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych; miał on zostać zniesiony w stosunku do byłych żołnierzy WSI, którzy złożyli oświadczenia weryfikacyjne, przez art. 65a, dodany do przepisów przejściowych przez art. 1 pkt 1 zaskarżonej ustawy).

Treść oświadczeń i wyjaśnień składanych przed Komisją Weryfikacyjną, nie mogła być podstawą do pociągnięcia ich autorów do odpowiedzialności karnej lub dyscyplinarnej (art. 69 przepisów wprowadzających). Sankcjonowane (i to karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat) było natomiast podanie nieprawdy w oświadczeniach lub wyjaśnieniach przed Komisją (art. 79 i art. 79a przepisów wprowadzających).

2.3. Niektóre elementy powyższej procedury były przedmiotem badania pod względem zgodności z Konstytucją w sprawie o sygn. K 52/07, zakończonej wyrokiem z 27 czerwca 2008 r. (OTK ZU nr 5/A/2008, poz. 88).

Trybunał Konstytucyjny nie dopatrył się wówczas naruszenia, przez zaskarżone przepisy ustawy o SKW i SWW oraz przepisy wprowadzające, wskazanych przez wnioskodawców wzorców kontroli, nie znajdując m.in. podstaw do zakwestionowania obowiązku składania oświadczeń weryfikacyjnych.

Przy okazji analizy mechanizmów naboru do SKW i SWW, przewidzianych w badanych regulacjach, Trybunał Konstytucyjny dokonał wykładni przepisów wprowadzających, podkreślając odpowiedzialność pełnomocników za nabór do służb oraz wyłącznie opiniodawczą rolę stanowisk Komisji Weryfikacyjnej w tym procesie. Wskazał także – nie uzasadniając bliżej tego poglądu – iż „brak oceny wydanej przez Komisję Weryfikacyjną nie może stanowić przeszkody w dostępie do służby publicznej” (s. 16 uzasadnienia wyroku).

2.4. Realizacja procesu weryfikacji byłych żołnierzy i pracowników WSI przebiegała powoli. Już w kwietniu 2008 r. prasa sygnalizowała, że prawdopodobnie komisja nie zdąży ocenić wszystkich złożonych do niej oświadczeń do 30 czerwca 2008 r., kiedy to – zgodnie z zarządzeniem nr 130 Premiera Rady Ministrów z dnia 8 listopada 2007 r. w sprawie terminu zakończenia działalności Komisji Weryfikacyjnej (M. P. Nr 83, poz. 880; dalej: zarządzenie nr 130) – miała ona zakończyć swoje prace.

Komisja Weryfikacyjna w ciągu dwóch lat działalności stwierdziła zgodność z prawdą 1482 oświadczeń, a 135 uznała za niezgodne z prawdą. W stosunku do 774 oświadczeń (czyli 32,4% wszystkich złożonych oświadczeń) nie zajęła ostatecznego stanowiska; prawdziwość 179 oświadczeń wzbudziła jej „wstępne wątpliwości” (por. komunikat prasowy Ministerstwa Obrony Narodowej z 12 września 2008 r., <http://www.mon.gov.pl/pl/artukul/5679>).

2.5. Na miesiąc przed upływem terminu działania Komisji Weryfikacyjnej, 29 maja 2008 r. rząd skierował do Sejmu projekt ustawy, będącej przedmiotem kontroli konstytucyjnej w niniejszej sprawie (druk sejmowy nr 571/VI kadencja). W uzasadnieniu projektu napisano m.in., że „zmiana przedmiotowej ustawy [tj. przepisów wprowadzających] podyktowana jest koniecznością podjęcia prac pozwalających rozwiązać sytuację żołnierzy zawodowych zniesionych Wojskowych Służb Informacyjnych, którzy do chwili obecnej nie zostali zweryfikowani przez Komisję Weryfikacyjną [...], gdyż utrzymywanie w niepewności żołnierzy realizujących zadania na rzecz Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego jest niezgodne ze standardami państwa prawa” (s. 1 uzasadnienia).

Projekt ustawy został przyjęty przez Sejm 27 czerwca 2008 r. 11 lipca 2008 r. Senat zdecydował się na wprowadzenie do niej poprawki, polegającej na wykreśleniu jednego z projektowanych przepisów, co 25 lipca 2008 r. zostało zaakceptowane przez Sejm. Ustawa została przekazana Prezydentowi do podpisu 29 lipca 2008 r.

Wśród szczegółowych rozwiązań, ostateczny tekst uchwalonej ustawy przewidywał:

– wprowadzenie w odniesieniu do byłych żołnierzy WSI, którzy złożyli oświadczenia weryfikacyjne, wyjątku od zasady, że okres przebywania w rezerwie kadrowej może wynosić jednorazowo dwa lata (art. 65a, dodany przez art. 1 pkt 1 zaskarżonej ustawy);

– „doprecyzowanie” statusu żołnierzy zawodowych, wykonujących obowiązki służbowe w SKW i SWW, przez wskazanie, że mają oni podlegać takim samym prawom i obowiązkom, jak funkcjonariusze i żołnierze zawodowi wyznaczeni na stanowiska służbowe w SKW i SWW (art. 65b, dodany przez art. 1 pkt 1 zaskarżonej ustawy);

– zmianę zasad przyjmowania do SKW i SWW, polegającą na tym, że zniesiono obowiązek zapoznawania się ze stanowiskiem Komisji Weryfikacyjnej przez osoby dokonujące naboru do SKW i SWW w odniesieniu do tych osób, które złożyły oświadczenia weryfikacyjne, ale nie uzyskały stanowiska Komisji (art. 66a, dodany przez art. 1 pkt 2 zaskarżonej ustawy).

Nowelizacja ta miała wejść w życie z dniem ogłoszenia, z mocą od 1 lipca 2008 r.

2.6. Oprócz wniesienia projektu ustawy, rząd podjął także działania praktyczne, mające na celu wykorzystanie niezweryfikowanych żołnierzy WSI. 916 żołnierzy rozwiązanych WSI (63% żołnierzy przeniesionych do rezerwy) zostało wyznaczonych na stanowiska służbowe w jednostkach organizacyjnych sił zbrojnych oraz w SWW i SKW. 189 osób zostało wyznaczonych na stanowiska służbowe w jednostkach organizacyjnych Ministerstwa Obrony Narodowej. Ponadto Minister Obrony Narodowej 12 września 2008 r. przeniósł 123 niezweryfikowanych żołnierzy byłej WSI na tzw. etat zbiorczy, a następnie przywrócił do rezerwy kadrowej, w której mogą oni przebywać kolejne dwa lata (komunikat prasowy Ministerstwa Obrony Narodowej z 12 września 2008 r., <http://www.mon.gov.pl/pl/artykul/5679>).

3. Zarzut naruszenia zasady niedziałania prawa wstecz.

3.1. Zarzut naruszenia zasady niedziałania prawa wstecz wnioskodawca formułuje w stosunku do art. 1 pkt 1 zaskarżonej ustawy, w związku z art. 2 tej ustawy, w zakresie dotyczącym dodanego przez tę ustawę, do przepisów wprowadzających, art. 65b. Opiera on się na założeniu, że wprawdzie zasada niedziałania prawa wstecz nie ma charakteru absolutnego, jednak nie może mieć zastosowania do przepisów, które pozwalają organom władzy publicznej (w tym wypadku: osobom wykonującym obowiązki w SWW i SKW) na

ingerencję w konstytucyjne wolności i prawa jednostki. Zakres zaskarżenia – wiążący dla Trybunału Konstytucyjnego – jest więc wskazany bardzo wąsko: wnioskodawca nie kwestionuje ewentualnej retroaktywności pozostałych przepisów ustawy z 25 lipca 2008 r.; nie podważa celowości obowiązywania art. 65b na przeszłość.

3.2. Ocena trafności powyższego zarzutu wymaga na wstępie rekonstrukcji treści zasady *lex retro non agit* jako wzorca kontroli konstytucyjności, a także wskazania kryteriów dopuszczalności ustanowienia od niej wyjątków. Kwestia ta, w różnych aspektach, była już wielokrotnie przedmiotem analizy Trybunału Konstytucyjnego, jeszcze przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r., począwszy od orzeczenia z 28 maja 1986 r. w sprawie o sygn. U 1/86 (OTK w 1986 r., poz. 2), wobec czego w tym miejscu wystarczy ograniczyć się do przypomnienia najważniejszych ustaleń dotychczasowego orzecznictwa, które mają znaczenie w niniejszej sprawie.

Istotę zasady niedziałania prawa wstecz można sprowadzić do twierdzenia, że „nie należy stanowić norm prawnych, które nakazywałyby stosować nowo ustanowione normy prawne do zdarzeń (rozumianych sensu *largo*), które miały miejsce przed wejściem w życie nowo ustanowionych norm prawnych i z którymi prawo nie wiązało dotąd skutków prawnych normami tymi przewidzianych” (powołane orzeczenie w sprawie o sygn. U 1/86). Innymi słowy, „ustawa działa z mocą wsteczną, kiedy początek jej stosowania pod względem czasowym ustalony został na moment wcześniejszy, aniżeli ustawa stała się obowiązująca (została nie tylko uchwalona, lecz także prawidłowo ogłoszona w organie publikacyjnym)” (orzeczenie z 29 stycznia 1992 r., sygn. K 15/91, OTK w 1992 r., poz. 8).

Trybunał Konstytucyjny zawsze traktował zasadę niedziałania prawa wstecz jako skierowaną pod adresem organów stanowiących prawo dyrektywę postępowania, będącą jedną z podstawowych zasad porządku prawnego. Trybunał podkreślał też, że „znajduje ona swoje oparcie w takich wartościach, jak bezpieczeństwo prawne i pewność obrotu prawnego oraz poszanowanie praw nabytych” i dlatego złamanie tej zasady jest dopuszczalne tylko „wyjątkowo, z bardzo ważnych powodów” (cyt. wyżej orzeczenie z 29 stycznia 1992 r.).

Przy okazji badania zarzutu retroaktywności różnych przepisów, Trybunał Konstytucyjny wyodrębnił i doprecyzował szereg kryteriów dopuszczalności wstecznego działania przepisów. Równocześnie jednak podkreślał, iż „wyjątkowość sytuacji należy oceniać w każdym z osobna przypadku, jako że trudno jest tu o wypracowanie ogólniejszej, uniwersalnej reguły” (cyt. orzeczenie z 29 stycznia 1992 r.).

W świetle dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, przepisy działające wstecz można uznać za zgodne z zasadą demokratycznego państwa prawnego wyjątkowo. Konieczne jest jednak przestrzeganie następujących zasad:

– Niedopuszczalna jest retroaktywność przepisów prawa karnego materialnego, w tej bowiem sferze zakaz działania prawa wstecz ma charakter bezwzględny, o czym jednoznacznie przesądza art. 42 ust. 1 Konstytucji. Stanowienie norm retroaktywnych jest też niewskazane w dziedzinie prawa daninowego (por. liczne orzeczenia TK np. z: 8 listopada 1989 r., sygn. K. 7/89, OTK w 1989 r., poz. 8; 7 grudnia 1993 r., sygn. K. 7/93, OTK w 1993 r., poz. 42; 29 marca 1994 r., sygn. K. 13/93, OTK w 1994 r., poz. 6; 15 marca 1995 r., sygn. K. 1/95, OTK w 1995 r., poz. 7. Jak stwierdził TK w wyroku z 22 października 2001 r., sygn. SK 19/06, OTK ZU nr 7/2001, poz. 214, na gruncie obowiązującej Konstytucji nie można jednak tego całkowicie wykluczyć), w sferze regulacji mających wpływ na działalność gospodarczą (por. orzeczenie z 14 grudnia 1993 r., sygn. K. 8/93, OTK w 1993 r., poz. 43) oraz w tych dziedzinach prawa, w których jednostka podporządkowana jest bezpośrednio władztwu państwa (por. orzeczenie z 18 października 1994 r., sygn. K. 2/94, OTK w 1994 r., poz. 36). Retroaktywność jest

natomiast stosunkowo najbardziej akceptowalna w dziedzinie prawa cywilnego (por. orzeczenie z 25 lutego 1992, sygn. K 3/91, OTK w 1992 r., poz. 1).

– Przepisy działające wstecz mogą być zawarte wyłącznie w ustawie, stanowienie retroaktywnych regulacji w przepisach rangi podustawowej jest wykluczone (por. powołane wyżej orzeczenia o sygn. U 1/86, sygn. K. 7/89).

– retroaktywność musi być konieczna (niezbędna) dla realizacji (urzeczywistnienia) (wyroki z: 31 stycznia 2000 r., sygn. P 4/99, OTK ZU nr 1/2001, poz. 5; 24 czerwca 2008 r., sygn. SK 16/06, OTK ZU nr 5/A/2008, poz. 85) lub ochrony (wyrok z 19 marca 2007 r., sygn. K 47/05, OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 27) konkretnych wartości konstytucyjnych w tym sensie, że realizacja (ochrona) tych wartości nie jest możliwa bez wstecznego działania prawa. Te inne wartości konstytucyjne muszą być szczególnie cenne (por. cytowany już wyrok w sprawie sygn. SK 19/06) i ważniejsze od wartości chronionej zakazem retroakcji (por. powołany wyrok w sprawie o sygn. P 4/99 oraz wyrok z 5 września 2007 r., sygn. P 21/06, OTK ZU nr 8/A/2007, poz. 96). W konkretnych wypadkach wartością taką może być np. sprawiedliwość społeczna (por. orzeczenie z 24 lipca 1990 r., sygn. K 5/90, OTK w 1990 r., poz. 4), ale już niekoniecznie równość (por. orzeczenie z 24 maja 1994 r., sygn. K 1/94, OTK w 1994 r., poz. 10). Ponadto wskazany wymóg należy traktować ściśle: „przekonanie o celowości czy potrzebie retroaktywności, czy tylko o «pożytku» lub «korzyści» płynących z takiego rozwiązania normatywnego, nie wystarcza” (wyrok z 16 stycznia 2007 r., sygn. U 5/06, OTK ZU nr 1/A/2007, poz. 3).

– Stanowienie retroaktywnych przepisów wymaga zachowania odpowiednich proporcji, tzn. racje konstytucyjne przemawiające za retroaktywnością powinny równoważyć jej negatywne skutki (zob. wyrok w sprawie o sygn. U 5/06). Innymi słowy, „im bardziej intensywna jest ingerencja prawodawcy w sferę stosunków prawnych ukształtowanych w przeszłości, tym większa musi być waga wartości konstytucyjnych uzasadniających taką ingerencję” (zob. wyrok w sprawie o sygn. SK 19/06).

– Zakaz stanowienia przepisów z mocą wsteczną może się odnosić „wyłącznie do przepisów ograniczających prawa lub zwiększających zobowiązania” (powołane orzeczenie w sprawie o sygn. K 5/90). Wobec tego retroaktywne przepisy można uznać za konstytucyjne, jeżeli poprawiają one sytuację prawną niektórych adresatów danej normy prawnej i zarazem nie pogarszają sytuacji prawnej pozostałych adresatów tej normy (por. wyrok z 25 września 2000 r., sygn. K 26/99, OTK ZU nr 6/2000, poz. 186; podobnie np. powołana sprawa o sygn. K 47/05; wymóg ten nie ma charakteru bezwzględnego – por. cytowane orzeczenie w sprawie o sygn. K. 15/91).

– Stanowienie przepisów retroaktywnych, które pogarszają sytuację adresatów norm, jest szczególnie trudne do akceptacji, kiedy problem rozwiązywany przez te regulacje był znany ustawodawcy wcześniej i mógł być rozwiązany z wyprzedzeniem bez użycia przepisów działających wstecz (zob. orzeczenia z: 19 października 1993 r., sygn. K. 14/92, OTK w 1992 r., poz. 35; 29 marca 1994 r., sygn. K. 13/93, OTK w 1994 r., poz. 6).

3.3. Przenosząc powyższe ustalenia na grunt rozpatrywanej sprawy, należy przede wszystkim ustalić, czy zaskarżone przepisy rzeczywiście są retroaktywne, a więc czy – jak twierdzi wnioskodawca – w rezultacie uzyskania przez nie mocy obowiązującej żołnierze zawodowi, wykonujący obowiązki służbowe w SKW i SWW, będą dysponowali „z mocą wsteczną” uprawnieniami funkcjonariuszy tych służb. Dopiero w wypadku twierdzącej odpowiedzi na to pytanie, należy rozważyć, czy badana regulacja mieści się w granicach dopuszczalnych wyjątków od zasady *lex retro non agit*, ze szczególnym uwzględnieniem argumentów podnoszonych przez wnioskodawcę.

3.4. Zarzut retroaktywności jest stawiany przez wnioskodawcę bezpośrednio w związku z brzmieniem art. 2 zaskarżonej ustawy, stanowiącego, iż „ustawa wchodzi w życie z dniem ogłoszenia, z mocą od dnia 1 lipca 2008 r.”.

Sama formuła zastosowana w tym przepisie nie ma charakteru wyjątkowego; art. 5 ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (Dz. U. z 2007 r. Nr 68, poz. 449) mówi wprost, że istnieje możliwość nadania aktowi normatywnemu wstecznej mocy obowiązującej, jeżeli zasady demokratycznego państwa prawnego nie stoją temu na przeszkodzie. Zasady techniki prawodawczej dopuszczają taką możliwość, wskazując, że sformułowanie „Ustawa wchodzi w życie z dniem ..., z mocą od dnia...” jest właściwym sposobem redakcji przepisów retroaktywnych (por. § 51 ust. 1 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, Dz. U. Nr 100, poz. 908; dalej: zasady techniki prawodawczej).

Przepisy o bardzo podobnym brzmieniu były już badane przez Trybunał Konstytucyjny (między innymi) w sprawach o sygn. K 8/93 (orzeczenie z 14 grudnia 1993, OTK w 1993 r., poz. 43), sygn. K 13/93 (orzeczenie z 29 marca 1994 r., OTK w 1994 r., poz. 6) i sygn. K 8/94 (orzeczenie z 20 grudnia 1994 r., OTK w 1994 r., poz. 43). Nie zawsze były one oceniane przez Trybunał Konstytucyjny jako niedopuszczalne – konsekwentnie akcentowana była natomiast naganność praktyki rozdzielania zwrotów: „wejście w życie” i „nabrania mocy obowiązującej” w sferze ustaw podatkowych (tak wprost w wyroku w powołanej wyżej sprawie o sygn. K 8/93).

3.5. Analizę zarzutu retroaktywności art. 1 pkt 1 zaskarżonej ustawy należy rozpocząć od stwierdzenia, że pierwotnie nie był on pomyślany jako przepis retroaktywny. W projekcie rządowym przewidywano, że ustawa wejdzie w życie 1 lipca 2008 r. Jak wskazuje dokumentacja procesu legislacyjnego, regulujący tę kwestię art. 2 został zmieniony w toku prac w Sejmie podczas pierwszego czytania na skutek uwag zgłoszonych przez legislatora z Biura Legislacyjnego Sejmu. Wskazał on mianowicie, że skoro pierwsze czytanie projektu odbyło się 12 czerwca 2008 r., to ustalenie terminu wejścia w życie ustawy na 1 lipca 2008 r. prowadziłoby do naruszenia konstytucyjnie określonych uprawnień pozostałych uczestników procesu legislacyjnego: Senatu, który ma 30 dni na rozpatrzenie ustawy i ewentualne zaproponowanie do niej poprawek (art. 121 ust. 2 Konstytucji), oraz Prezydenta RP, który ma 21 dni na jej podpisanie (art. 122 ust. 2 Konstytucji) (por. biuletyn 18 posiedzenia sejmowej Komisji Obrony Narodowej, 12 czerwca 2008 r., s. 41. Argumentacja ta uzyskała akceptację podkomisji nadzwyczajnej, a następnie Komisji Obrony Narodowej Sejmu i znalazła wyraz w nowym brzmieniu art. 2 ustawy („Ustawa wchodzi w życie z dniem ogłoszenia, z mocą od dnia 1 lipca 2008 r.”).

Trybunał Konstytucyjny nie podziela tezy wnioskodawcy, że podczas procesu legislacyjnego nie wzięto pod uwagę argumentów, uzasadniających potrzebę i dopuszczalność retroaktywności zaskarżonej regulacji. *Ratio legis* takiego określenia sposobu wejścia w życie ustawy było wprowadzenie regulacji, które wypełniłaby „luka” powstała po zakończeniu prac Komisji Weryfikacyjnej (30 czerwca 2008 r.), ale której równocześnie nie można byłoby postawić zarzutu naruszenia procedur poprawnej legislacji.

3.6. Punktem wyjścia oceny ewentualnego wstecznego skutku omawianej regulacji było zbadanie, czy dodany do przepisów wprowadzających art. 65b miał być zupełną nowością normatywną (przyznawać nowe prawa i obowiązki), czy też – jak podkreślali przedstawiciele rządu podczas prac legislacyjnych – miał mieć jedynie charakter „doprecyzowujący” (por. wypowiedź dyrektora Departamentu Prawnego MON, płk P.

Pabisiaka-Karwowskiego, podczas pierwszego czytania projektu ustawy, biuletyn 18 posiedzenia sejmowej Komisji Obrony Narodowej, 12 czerwca 2008 r.).

W pierwszym wypadku należałoby stwierdzić brak praktycznej możliwości wstecznego przyznania uprawnień funkcjonariuszy SKW i SWW tym żołnierzom zawodowym, którzy wykonywali obowiązki we wspomnianych służbach, z uwagi na art. 7 Konstytucji („Organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa”). Przyjmując, że sformułowana w tym przepisie zasada praworządności formalnej jest przestrzegana w praktyce, należy też uznać, że dopóki nie ma odpowiednich przepisów kompetencyjnych (czyli dopóki zaskarżona ustawa nie wejdzie w życie), nie jest dopuszczalne, aby żołnierze zawodowi, wykonujący obowiązki w SKW lub SWW, dysponowali uprawnieniami i podlegali obowiązkowi przewidzianym dla funkcjonariuszy SKW i SWW. Innymi słowy – inaczej niż uważa wnioskodawca – należy przyjąć, że nawet, jeżeli badana ustawa wejdzie w życie, to nie powinna działać wstecz we wskazanym zakresie, ponieważ nie można domniemywać „zaszłych” stanów faktycznych (nielegalnego korzystania z uprawnień, wymienionych w art. 66b), do których usankcjonowania (zalegalizowania) można by było ją stosować. Przyjęcie przeciwnego założenia (tzn. twierdząca odpowiedź na pytanie o retroaktywność badanych przepisów) byłoby równoznaczne z domniemaniem, że żołnierze zawodowi, wykonujący obowiązki w SKW i SWW, korzystali z uprawnień funkcjonariuszy tych służb bez podstawy prawnej, co z kolei rodziłoby pytanie o odpowiedzialność prawną osób odpowiedzialnych za taki stan rzeczy.

W drugim zaś wypadku, przyjęcia, że art. 65b jedynie doprecyzowuje uprawnienia żołnierzy zawodowych, wykonujących obowiązki SKW i SWW, w tym sensie, że potwierdza (powtarza) to, co już wynika z innych przepisów, należy uznać, że nie wprowadza on żadnych faktycznych zmian do istniejącego stanu prawnego. Z punktu widzenia zasady *lex retro non agit* sposób ujęcia kwestii intertemporalnych pozbawiony jest praktycznego znaczenia.

Dodany do przepisów wprowadzających art. 65b jest w istocie przepisem kompetencyjnym – określa, że uprawnienia funkcjonariuszy SKW i SWW mają przysługiwać nie tylko tym funkcjonariuszom, ale także żołnierzom zawodowym, którzy wykonują obowiązki służbowe w SKW i SWW. Trafnie wskazuje Prokurator Generalny, nie łączy się to z powołaniem zupełnie nowych uprawnień, nie prowadzi więc do rozszerzenia sfery dopuszczalnej ingerencji w prawa i wolności obywatelskie.

Trybunał Konstytucyjny stwierdza, że bez względu na to, czy art. 1 pkt 1 zaskarżonej ustawy traktowany jest jako nowość normatywna, czy też przepis powielający („doprecyzowujący”) obecne regulacje, należy uznać, że nie można go rozpatrywać w kategoriach naruszenia zasady nieretroaktywności przepisów i norm prawnych.

3.7. Niezależnie od powyższego, Trybunał Konstytucyjny uważa, że – w świetle sformułowanych wyżej kryteriów – badanej regulacji nie można potraktować jako niedopuszczalnego wyjątku od zasady niedziałania prawa wstecz, nawet jeśli przyjąć, że mogłaby mieć skutek retroaktywny.

Po pierwsze, nie ulega wątpliwości, że leży ona w sferze, w której nie ma bezwzględного zakazu niedziałania prawa wstecz i jest przepisem rangi ustawowej. Na aprobatę – czego nie podważa wnioskodawca – zasługuje także cel wskazanej regulacji, którym jest – jak wyjaśniono w trakcie prac legislacyjnych – zapewnienie legalności działania żołnierzy zawodowych, wykonujących obowiązki służbowe w SKW i SWW, przez przyznanie im koniecznych uprawnień (tak – w imieniu rządu – płk P. Pabisiak-Karwowski podczas pierwszego czytania projektu ustawy; biuletyn 18 posiedzenia sejmowej Komisji Obrony Narodowej, 12 czerwca 2008 r., s. 33-34). Uzyskana dzięki

temu możliwość wykorzystania, czasem unikatowych, kwalifikacji tych osób nie tylko przyczyni się do realizacji takich konstytucyjnych wartości, jak w szczególności bezpieczeństwo państwa, ale – z powodu aktualnego zaangażowania Polski w misje wojskowe poza granicami kraju – jest, co podkreśla rząd, także konieczna dla zapewnienia bezpieczeństwa sił zbrojnych. Zważywszy czas i środki, potrzebne dla rekrutacji i wyszkolenia pełnowartościowych funkcjonariuszy SKW i SWW, nie wydaje się, aby cel ten można było osiągnąć w inny sposób, a zwłaszcza przez przyjęcie do służb nowych funkcjonariuszy spoza grona adresatów zaskarżonej regulacji, w szczególności osób niebędących żołnierzami zawodowymi. Spełnione są więc także sformułowane w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego warunki proporcjonalności i konieczności.

W toku prac legislacyjnych wskazywano, że ustawa nowelizująca działa na korzyść obywateli, bo żołnierze też są obywatelami, argumentując za dopuszczalnością nadania badanej regulacji mocy wstecznej (biuletyn 19 posiedzenia sejmowej Komisji Obrony Narodowej, 25 czerwca 2008 r.). Istotne jest, co trafnie podnosi Prokurator Generalny, że nie wynikają z niej żadne bezpośrednie negatywne skutki także dla podmiotów innych niż adresaci zaskarżonej regulacji, skoro nie wprowadza ona nowych uprawnień, nie kreuje nowych form ingerencji w prawa i wolności obywatelskie, lecz jedynie modyfikuje (rozszerza, potwierdza) krąg podmiotów uprawnionych do ich stosowania. To, że praktyczną konsekwencją zwiększenia liczby osób upoważnionych do korzystania z uprawnień funkcjonariuszy wywiadu i kontrwywiadu jest wzrost intensywności działań tych struktur i większe prawdopodobieństwo ich oddziaływania na obywateli, jest kwestią pozaprawną.

Należy także zwrócić uwagę, że w zaskarżonej regulacji wyraźnie przyjęto, że żołnierzy zawodowych, wykonujących obowiązki służbowe w SKW i SWW, dotyczy cały rozdział 3 ustawy o SKW i SWW; zawierający nie tylko uprawnienia, ale także obowiązki. Nie ma więc mowy o selektywnym stosowaniu tych przepisów, a zwłaszcza o nadaniu adresatom art. 65b tylko praw, bez zobligowania ich do przestrzegania mechanizmów zapobiegających nadużyciom. Ich uprawnienia są istotnie – jak podkreśla wnioskodawca – rozległe, bo obejmują m.in. prawo do:

- żądania od instytucji państwowych, organów administracji rządowej i samorządu terytorialnego oraz niektórych przedsiębiorców niezbędnej, nieodpłatnej i leżącej w zakresie ich działania pomocy, a także zwracania się o niezbędną pomoc do innych podmiotów (art. 28 ust. 1 ustawy o SKW i SWW);

- obserwowania i rejestrowania przy użyciu środków technicznych obrazu zdarzeń w miejscach publicznych oraz dźwięku towarzyszącego tym zdarzeniom (art. 29 ust. 1 ustawy o SKW i SWW);

- używania broni palnej (art. 30 ustawy o SKW i SWW);

- niejawnego prowadzenia tzw. kontroli operacyjnej, tj. kontrolowania treści korespondencji i zawartości przesyłek, a także stosowania podsłuchów (art. 31 ust. 1 i 4 ustawy o SKW i SWW);

- stosowania tzw. prowokacji, tzn. dokonywania w sposób niejawny nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów, przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej, niejawnego wytwarzania, przemieszczania, przechowywania i obrotu przedmiotami przestępstw (art. 33 i art. 34 ustawy o SKW i SWW);

- uzyskiwania i przetwarzania informacji oraz danych osobowych uzyskanych w wyniku wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych, także bez wiedzy i zgody osoby, której te dane dotyczą (art. 37 i art. 38 ustawy o SKW i SWW);

- korzystania z tajnej pomocy (współpracy) niektórych osób niebędących funkcjonariuszami, także odpłatnej (art. 40 i art. 41 ustawy o SKW i SWW).

Równocześnie wykonywanie tych uprawnień podlega istotnym ograniczeniom: przede wszystkim muszą one leżeć w granicach zadań służb (por. art. 25 w związku z art. 5

oraz art. 26 w związku z art. 6 ust. 1 ustawy o SKW i SWW) i nie mogą naruszać zakresu działania innych służb lub instytucji (art. 27 ust. 1 ustawy o SKW i SWW). Są one obwarowane mechanizmami ochronnymi, które zapobiegają nadużywaniu zwłaszcza procedur kontroli operacyjnej, prowokacji i użycia broni palnej. Tytułem przykładu można wymienić:

– nadzór ze strony szefów służb, którzy z kolei podlegają Ministrowi Obrony Narodowej (a także w zakresie określonym ustawą: Prezesowi Rady Ministrów lub Ministrowi-Koordinatorowi Służb Specjalnych, w wypadku jego powołania) oraz kontroli Sejmu (art. 3 ust. 2 i 3 ustawy o SKW i SWW);

– sądową kontrolę wykorzystywania najbardziej represyjnych uprawnień, tj. kontroli operacyjnej (art. 31 ustawy o SKW i SWW przewiduje, że może ona być zarządzana wyłącznie na podstawie postanowienia Wojskowego Sądu Okręgowego w Warszawie, na pisemny wniosek szefa SKW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego);

– nadzór prokuratorski nad sposobem przeprowadzania obserwacji oraz rejestracji dźwięku i obrazu (na mocy art. 29 ust. 2 ustawy o SKW i SWW osoby poddane tym czynnościom mają prawo do złożenia zażalenia do prokuratora właściwego ze względu na miejsce przeprowadzenia czynności);

– nałożony na szefa SKW obowiązek informowania Prokuratora Generalnego o wynikach kontroli operacyjnej po jej zakończeniu, a na jego żądanie również o przebiegu tej kontroli, przedstawiania zebranych w jej toku materiałów, a także przekazywania materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej, które mogą być dowodami w postępowaniu karnym (art. 31 ust. 13 i 14 ustawy o SKW i SWW).

Ponadto rozdział 3 ustawy o SKW i SWW nakłada także na żołnierzy zawodowych, wykonujących obowiązki służbowe w SKW i SWW, określone powinności, między innymi:

– informowanie prokuratury o uzasadnionym podejrzeniu popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, a także dostatecznie uzasadnionym podejrzeniu popełnienia wykroczenia lub wykroczenia skarbowego, oraz uzyskanych dowodach (art. 27 ust. 3 i 4 ustawy o SKW i SWW);

– składanie – odpowiednio – szefowi SKW lub SWW oświadczenia o stanie majątkowym w rozumieniu ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (Dz. U. Nr 106, poz. 679, ze zm. – art. 42 ustawy o SKW i SWW).

Pewne wątpliwości Trybunału Konstytucyjnego może budzić sprawa dość późnego uzyskania przez ustawodawcę wiedzy na temat konieczności podjęcia działań prawodawczych. Na tyle późnego, że doprowadziło to do postawienia zarzutu retroaktywności. Zarzut ten w sposób szczególnie wyraźny jest związany z art. 65b, bo problemy z niedostatecznym uregulowaniem uprawnień i obowiązków żołnierzy zawodowych, którym powierzono wykonywanie obowiązków w SKW i SWW, ujawniły się prawdopodobnie wkrótce po powstaniu tych służb. Niemniej, skoro analizowana regulacja nie pogarsza sytuacji adresatów norm, zbyt późne przyjęcie analizowanych przepisów nie może być samoistną podstawą uznania, że stanowi ona niedopuszczalny wyjątek od zasady niedziałania prawa wstecz.

4. Zarzut naruszenia zasady równości.

4.1. Wnioskodawca uważa, że art. 1 pkt 2 ustawy nowelizującej jest niezgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji przez to, że powodując odstępianie od obowiązujących obecnie standardów przyjmowania do pracy lub podejmowania służby w SKW i SWW przez

byłych żołnierzy i pracowników WSI – prowadzi do nieuzasadnionego zróżnicowania sytuacji prawnej osób charakteryzujących się tą samą cechą relewantną: pracowały (lub pełniły służbę) w WSI i złożyły oświadczenia weryfikacyjne. Owo nieuzasadnione zróżnicowanie przejawia się w tym, że osoby niezwerfikowane:

- unikają odpowiedzialności karnej za podanie nieprawdy w oświadczeniach lub wyjaśnieniach składanych przed Komisją Weryfikacyjną, bo nie ma ustawowych rozwiązań umożliwiających dokonanie takiej oceny; zdaniem wnioskodawcy jest to „dyskryminacja na gruncie prawa karnego”;

- uzyskują łatwiejszy dostęp do pracy w SKW lub SWW, gdyż „mogą zostać przyjęte do służby lub pracy pomimo tego, że okoliczności ich służby lub pracy w WSI nie zostały wyjaśnione”. Zdaniem wnioskodawcy, osoby zweryfikowane są w związku z tym w sytuacji „radykalnie” gorszej podczas procesu naboru do służb, niż osoby niezwerfikowane.

4.2. Art. 32 ust. 1 Konstytucji jest jedynym z najczęściej przywoływanym w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wzorców kontroli; zarówno istota, jak i kryteria kontroli zaskarżonych przepisów z punktu widzenia tych wzorców są już dostatecznie utrwalone w linii orzeczniczej Trybunału.

Trybunał Konstytucyjny, jeszcze przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r. stwierdzał, że zasada równości wymaga, aby wszystkie podmioty prawa (adresaci norm prawnych), charakteryzujące się daną cechą istotną (relewantną) w równym stopniu, były traktowane równo – bez dyskryminowania i faworyzowania (por. zwłaszcza orzeczenie z 23 października 1995 r., sygn. K 4/95, OTK w 1995, poz. 31).

Ta linia orzecznicza została potwierdzona wielokrotnie na gruncie Konstytucji z 1997 r., poprzez wskazanie treści normatywnych art. 32 ust. 1. Trybunał wyjaśniał, że z zasady równości wynika „nakaz jednakowego traktowania podmiotów prawa w obrębie określonej klasy (kategorii). Wszystkie podmioty prawa charakteryzujące się w równym stopniu daną cechą istotną (relewantną) powinny być traktowane równo, a więc według jednakowej miary bez zróżnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących” (zob. wyrok TK z 28 maja 2002 r., sygn. P 10/01, OTK ZU nr 3/A/2002, poz. 35; zob. też np. wyroki TK z 15 listopada 2006 r., sygn. P 23/05, OTK ZU nr 10/A/2006, poz. 151; z 16 października 2007 r., sygn. SK 63/06, OTK ZU nr 9/A/2007, poz. 105; z 21 grudnia 2004 r., sygn. SK 19/03, OTK ZU nr 11/A/2004, poz. 118).

Równość nie jest zasadą bezwzględną. Wyjątki od niej są dopuszczalne, jeżeli:

- są relewantne, tzn. pozostają w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma, oraz służą realizacji tego celu i treści;

- są proporcjonalne, tzn. waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, pozostaje w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych;

- są związane z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych (por. orzeczenie sygn. K 4/95, zob. też np. wyrok TK z 22 lutego 2005 r. sygn. K 10/04, OTK ZU nr 2/A/2005, poz. 17, z 7 listopada 2007 r., sygn. K 18/06, OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 122).

4.3. Ocenę zarzutów naruszenia zasady równości należy rozpocząć od ustalenia cechy relewantnej (cech relewantnych), charakteryzującej porównywane podmioty i przesądzającej o ich podobieństwie.

Zaskarżony przepis art. 1 pkt 2 ustawy nowelizującej (art. 66a ustawy nowelizowanej), w związku z art. 66 ustawy nowelizowanej reguluje sytuację osób, które:

– pracowały lub pełniły służbę w WSI, a także – co pomija wnioskodawca – w „wojskowych jednostkach organizacyjnych, realizujących zadania w zakresie wywiadu wojskowego lub kontrwywiadu wojskowego” przed wejściem w życie ustawy o WSI;

– złożyły oświadczenia weryfikacyjne, o których mowa w art. 67 ust. 1 i 3 przepisów wprowadzających;

– ubiegają się o mianowanie na funkcjonariusza, wyznaczenie na stanowisko służbowe lub zatrudnienie w SKW albo SWW, a więc m.in. złożyły w przepisany terminie stosowne wnioski (dodany art. 66a w związku z art. 65 i art. 66 przepisów wprowadzających); kryterium to – nieuwzględnione przez wnioskodawcę – jest o tyle istotne, że pozwala na wyłączenie z grupy podmiotów objętych zaskarżonym przepisem osób, które spełniają pozostałe wymienione warunki, lecz nie aspirują do pracy w służbach (istnienie takiej kategorii osób przewiduje art. 68 przepisów wprowadzających).

Nie jest natomiast taką cechą relewantną fakt sporządzenia stanowiska przez Komisję Weryfikacyjną w wyniku złożenia wniosku, o którym mowa w art. 65 ust. 1 i art. 66 oraz oświadczenia, o którym mowa w art. 67 ust. 1 i ust. 3 ustawy z 9 czerwca 2006 r. Zgodnie z art. 49 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, szef SKW lub szef SWW może wyznaczyć żołnierza zawodowego na stanowisko służbowe niezależnie od opinii Komisji Weryfikacyjnej, która to opinia nie ma charakteru wiążącego dla szefów powyższych służb. Taki niewiążący charakter stanowiska Komisji Weryfikacyjnej podkreśla zresztą również Prezydent RP w swoim wniosku zwracając uwagę, że „stanowiska podejmowane przez Komisję Weryfikacyjną nie miały charakteru władczego i sposób rozstrzygnięcia Komisji Weryfikacyjnej nie decydował o służbie i zatrudnieniu w nowych wojskowych służbach specjalnych. Jedynym warunkiem było złożenie przedmiotowego oświadczenia”.

Marszałek Sejmu zauważa trafnie, że jest to sytuacja uprawnień analogicznych do tych, którymi dysponowali pełnomocnicy do spraw organizacji SKW oraz SWW. Ustalił to Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 27 czerwca 2008 r. (sygn. K 52/07), stwierdzając, między innymi: „Ustawa nie zakazuje wyznaczania na stanowiska służbowe, mianowania ani zatrudniania osób, które przyznają w złożonych oświadczeniach popełnienie czynów określonych w tym przepisie. Jednocześnie nie przewiduje wyraźnie ani też nie dopuszcza wyraźnie wyznaczania na stanowiska służbowe, mianowania ani zatrudniania osób, które przyznają popełnienie wymienionych czynów. Pełnomocnicy do spraw organizacji SKW i SWW mogą w każdym razie wyznaczać na stanowiska służbowe, mianować lub zatrudniać osoby, które przyznają się do popełnienia czynów, o których mowa w art. 67 ust. 1 ustawy. Oznacza to, że przyznanie tych faktów nie stanowi przeszkody w przyjęciu do służby, wyznaczeniu na stanowisko lub zatrudnieniu w SKW i SWW” (OTK ZU nr 5/A/2008, poz. 88).

Prezydent RP stwierdza, że cechą relewantną w świetle zaskarżonego przepisu art. 1 pkt 2 ustawy z 25 lipca 2008 r., dotyczącej podmiotów prawa (adresatów norm prawnych), którzy powinni być traktowani według jednakowej miary, bez różnicowań dyskryminujących i faworyzujących, jest „łączone wystąpienie okoliczności pełnienia służby w WSI oraz złożenie oświadczeń, o których mowa w art. 67 ust. 1 i 3”. Ta cecha relewantna przyjęta przez ustawodawcę prowadzi jednak, zdaniem Prezydenta RP, do dyskryminacji na gruncie prawa karnego, bowiem konsekwencją zaskarżonej nowelizacji jest prawne usankcjonowanie różnicowania w zakresie odpowiedzialności karnej osób, które oświadczyły nieprawdę w postępowaniu weryfikacyjnym. Żołnierze zawodowi i pracownicy, którzy oświadczyli nieprawdę, a których oświadczenia weryfikacyjne zostały zbadane, będą, w razie popełnienia przestępstwa, podlegać odpowiedzialności karnej. Natomiast żołnierze zawodowi i pracownicy WSI, którzy złożyli nieprawdziwe (fałszywe) oświadczenia, a więc którzy popełnili przestępstwo, lecz które to oświadczenia nie zostały

zweryfikowane przez Komisję Weryfikacyjną – unikną, zdaniem Prezydenta, takiej odpowiedzialności. W ten sposób doszło, wedle Prezydenta, w konsekwencji zaskarżonej regulacji prawnej, do utworzenia dwu grup żołnierzy i pracowników, z których grupa pierwsza, żołnierzy i pracowników „zweryfikowanych” – znalazła się w gorszej sytuacji. Zaskarżony przepis „w sposób radykalny” pogorszył ich sytuację gdyż, zdaniem prezydenta, oświadczenia weryfikacyjne oraz akta postępowania weryfikacyjnego tych osób mogą mieć decydujący wpływ na decyzję szefa SKW lub SWW o mianowaniu, wyznaczaniu na stanowiska lub zatrudnianiu tych osób. Natomiast – jak wspomniano – osoby, których proces weryfikacji się nie zakończył, mogą zostać przyjęte do służby lub pracy, chociaż nie wszystkie okoliczności służby lub pracy w WSI zostały wyjaśnione.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego powyższa argumentacja, dowodząca naruszenia art. 32 ust. 1 Konstytucji przez zaskarżony przepis art. 1 pkt 2 ustawy nie jest przekonująca; nie obala domniemania konstytucyjności, z którego korzysta w szczególności ustawodawca dysponujący konieczną swobodą w zakresie działalności ustawodawczej, polegającą na uciekaniu się do różnych rozwiązań prawnych, wynikających z przyjętej polityki ustawodawczej.

Trybunał pragnie przypomnieć, o czym już wcześniej wspomniano, że to państwo nie wywiązało się z przyrzeczenia danego osobom zweryfikowanym, iż weryfikacja zakończy się do 30 czerwca 2008 r. (zarządzenie nr 130 Prezesa Rady Ministrów z 8 listopada 2007 r.). Weryfikacja miała być realizowana po złożeniu przez zainteresowanych oświadczeń weryfikacyjnych, w ciągu 30 dni od wejścia w życie ustawy z 9 czerwca 2006 r. o SKW oraz SWW. Weryfikacja miała się dokonać w okresie niemal dwu lat od złożenia oświadczeń weryfikacyjnych, w trakcie których zainteresowani mieli prawo oczekiwać, że państwo wywiąże się z danego przyrzeczenia wydania w tym czasie stanowiska Komisji Weryfikacyjnej w sprawie podstawowej dla ich przyszłości oraz przyszłości ich rodzin, bo związanej z dostępem do służby publicznej.

Wszyscy zainteresowani mogli złożyć oświadczenia weryfikacyjne w okresie 30 dni, w czasie, kiedy nikt nie mógł przewidzieć, że Komisja nie zweryfikuje wszystkich oświadczeń. Nie można więc zakładać, że część zainteresowanych składała nieprawdziwe oświadczenia, licząc na to, że Komisja nie zdąży ich przeanalizować albo że nie zdoła wyjaśnić wszystkich wątpliwości. Należy ponadto podkreślić, że chodzi tutaj o oświadczenia zainteresowanych, a więc dokumenty, co do których przyjmuje się prawdziwość ich treści, dopóki ich nieprawdziwość nie zostanie udowodniona. Gdyby zaś z prawdziwością lub nieprawdziwością związany był bezpośredni skutek prawny polegający na naruszeniu lub ograniczeniu chronionych prawnie praw zainteresowanych lub praw innych osób, ustalenie nieprawdy w oświadczeniu musiałoby się dokonać w stosownej, wynikającej z ustawy, procedurze. Tak jednak w przypadku omawianych oświadczeń, składanych do Komisji Weryfikacyjnej, nie jest, gdyż, jak wspomniano, stanowisko Komisji, po weryfikacji oświadczenia zainteresowanego, nie wiąże szefów SKW i SWW w kwestii mianowania na funkcjonariusza SKW lub SWW, wyznaczania na stanowisko służbowe w tych służbach lub zatrudniania w nich. Jak wspomniano, na taki charakter stanowiska Komisji zwraca też uwagę Prezydent R.P., którego zdaniem „osoba, której oświadczenie zostało uznane za niezgodne z prawdą, ze względu na niewielki zakres uchybień w nim zawartych mogła zostać zatrudniona w SKW lub SWW”.

W kontekście powyższych ustaleń należy oceniać zarzuty Prezydenta RP dotyczące nierówności dwu wspomnianych wyżej grup: osób, które zostały zweryfikowane (stanowisko Komisji zostało sporządzone) i osób, które również złożyły oświadczenia, lecz stanowisko Komisji nie zostało sporządzone. Trafnie stwierdza Prokurator Generalny, że przyjęte rozwiązanie legislacyjne, nie naruszając czyichkolwiek praw, biorąc pod uwagę sytuację żołnierzy zawodowych aspirujących do służb, w jakiej znaleźli się po zakończeniu

w dniu 30 czerwca 2008 działalności Komisji Weryfikacyjnej, „pozwala na pełne wykorzystanie tych spośród nich, których oświadczenia, a tym samym wiarygodność, nie zostały do upływu tego dnia podważone”. Z istoty oświadczenia wynika bowiem wspomniane domniemanie prawdziwości jego treści.

Wbrew zarzutom Prezydenta, zaskarżony przepis ustawy nie różnicuje odpowiedzialności karnej obydwu wspomnianych wyżej grup osób, ponieważ ustawa nowelizująca nie dotyczy problematyki odpowiedzialności karnej osób weryfikowanych. Odpowiedzialność ta wynika z innych przepisów, a w szczególności z przepisów kodeksu karnego, a obowiązek zawiadamiania organów ścigania o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu spoczywa na każdej instytucji państwowej i samorządowej, która powzięła o tym wiadomość w związku ze swą działalnością; zakończenie działalności przez Komisję Weryfikacyjną obowiązku takiego nie znosi – na co zwraca również uwagę Prokurator Generalny.

Trybunał Konstytucyjny nie podziela też poglądu Prezydenta, że zaskarżona nowelizacja w sposób radykalny pogorszyła sytuację tych żołnierzy i pracowników WSI, którzy zostali już ocenieni przez Komisję Weryfikacyjną. Zaskarżone przepisy polepszyły natomiast sytuację tych żołnierzy i pracowników, którzy wypełnili wszystkie ustawowe wymogi, a w szczególności złożyli oświadczenie weryfikacyjne, lecz mimo to, nie z własnej winy, nie zostali zweryfikowani (Komisja nie sporządziła stanowiska).

Powstała w ten sposób istotnie sytuacja pewnej nierówności między dwiema wspomnianymi grupami osób (zweryfikowani i niezweryfikowani). Jednakże ta nierówność nie ma na tyle istotnego znaczenia, aby pociągała za sobą niekonstytucyjność wskazywaną przez Prezydenta. Celem zaskarżonych przepisów ustawy nowelizującej z 9 czerwca 2006 r. – Przepisy wprowadzające, było bowiem określenie warunków mianowania na funkcyjnariuszy, wyznaczania na stanowiska oraz zatrudniania żołnierzy zawodowych pełniących służbę w WSI oraz pracowników zatrudnionych w WSI.

Jednakowe wymogi rekrutacji tych osób do SKW oraz do SWW, tzn. kryteria relewantne, dotyczą w szczególności złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 67 ust. 1 i ust. 3 ustawy z 9 czerwca 2006 r. – Przepisy wprowadzające, lecz nie obejmują sporządzenia stanowiska przez Komisję Weryfikacyjną. Ustalił to, jak wspomniano, Trybunał, gdyż wynika to z charakteru prawnego „oświadczenia weryfikacyjnego”, na tle przepisów ustawy nowelizowanej. Ustalenia Trybunału oraz związana z tym konstatacja, że wytworzona nierówność, powstała wskutek zastosowania zaskarżonych przepisów ustawy, nie narusza wskazanego przez Prezydenta wzorca kontroli konstytucyjnej zawartego w art. 32 ust. 1 Konstytucji – dotyczą oczywiście ustaleń i wniosków na płaszczyźnie prawnej, a w szczególności na płaszczyźnie prawnokonstytucyjnej.

Trybunał nie wypowiada się na temat psychologicznych, socjologicznych czy politycznych aspektów wskazanej przez Prezydenta nierówności.

Trybunał nie wypowiada się również na temat postulatów legislacyjnych Prezydenta w związku z zakończeniem działalności Komisji Weryfikacyjnej, mimo niesporządzenia przez nią stanowisk we wszystkich sprawach dotyczących rekrutacji do SKW i SWW (przedłużenie okresu weryfikacji; uznanie sporządzonych przez Komisję stanowisk za niebyłe). W ramach swojej kognicji Trybunał poddał kontroli konstytucyjnej zaskarżone przez Prezydenta przepisy ustawy nowelizującej i stwierdził, że nie naruszyły one art. 32 ust. 1 Konstytucji. Trybunał stwierdził tym samym, że ustawodawca działał w ramach przysługującej mu swobody, inspirowany określonymi poglądami w sferze polityki ustawodawczej, których trafności Trybunał nie ocenia; podobnie jak nie ocenia propozycji legislacyjnych Prezydenta, wynikających z innych założeń polityki ustawodawczej. Ocena polityki państwa, w tym także polityki ustawodawczej, nie należy do sfery kognicji Trybunału.

5. Zarzut naruszenia zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa.

5.1. Naruszenie zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa – to drugi z zarzutów podnoszonych przez wnioskodawcę wobec art. 1 pkt 2 ustawy z 25 lipca 2008 r. Jego zdaniem, niezgodność tego przepisu ze wskazanym wzorcem kontroli polega na tym, że:

– odstąpienie od obligatoryjności zapoznania się ze stanowiskiem Komisji Weryfikacyjnej w procesie naboru do służb powoduje „zamknięcie drogi” do uzyskania tych stanowisk przez osoby, które złożyły oświadczenia weryfikacyjne w nadziei na ich otrzymanie i które mają interes prawny i faktyczny w uzyskaniu tych stanowisk;

– ponadto badana regulacja pomija kwestię „przyszłości oświadczeń, złożonych na podstawie obowiązujących obecnie przepisów, w odniesieniu do których nie zakończone zostało postępowanie prowadzone przez Komisję Weryfikacyjną”.

5.2. Zasada zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, zwana także zasadą lojalności państwa względem obywateli, jest jedną z najważniejszych zasad pochodnych, wynikających z zasady demokratycznego państwa prawnego (por. np. wyrok z 20 grudnia 1999 r., sygn. K 4/99, OTK ZU nr 7/1999, poz. 165; W. Sokolewicz, uwaga do art. 2, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. 5, Warszawa 2007, s. 33). Wykazuje ona pewne podobieństwo do znanej z prawa prywatnego i prawa międzynarodowego zasady dotrzymywania umów, a równocześnie „w ustrojach demokratycznych stanowi wykładnik roli państwa i oparcie dla wszystkich stosunków między nim a obywatelami” (M. Wyrzykowski, uwaga do art. 1 przepisów utrzymanych w mocy, [w:] *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. L. Garlicki, t. 1, Warszawa 1995, s. 35).

Istotę zasady lojalności państwa względem obywateli da się przedstawić jako zakaz zastawiania przez przepisy prawne pułapek, formułowania obietnic bez pokrycia, bądź nagłego wycofywania się przez państwo ze złożonych obietnic lub ustalonych reguł postępowania; jako niedopuszczalność kreowania organom państwowym możliwości nadużywania swojej pozycji wobec obywatela (takie rozumienie tej zasady zostało sformułowane już w wyroku TK z 3 grudnia 1996 r., sygn. K 25/95, OTK ZU nr 6/1996, poz. 52, a następnie było wielokrotnie powtarzane w kolejnych orzeczeniach, przy aprobacie przedstawicieli doktryny; por. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2006, s. 65). „Zasada zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa opiera się na pewności prawa, a więc takim zespole cech przysługujących prawu, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne; umożliwiają jej decydowanie o swoim postępowaniu w oparciu o pełną znajomość przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie jej działania mogą pociągnąć za sobą. Jednostka winna mieć możliwość określenia zarówno konsekwencji poszczególnych zachowań i zdarzeń na gruncie obowiązującego w danym momencie systemu, jak też oczekiwać, że prawodawca nie zmieni ich w sposób arbitralny. Bezpieczeństwo prawne jednostki związane z pewnością prawa umożliwia więc przewidywalność działań organów państwa, a także prognozowanie działań własnych” – stwierdził Trybunał w wyroku z 14 czerwca 2000 r. (sygn. P 3/00, OTK ZU nr 5/2000, poz. 138).

W dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego odnaleźć można szereg bardziej szczegółowych dyrektyw i ocen, skierowanych do prawodawcy, będących konsekwencjami respektowania powyższej zasady; w szczególności następujących:

– zasada pewności prawa podważana jest szczególnie przez niejasność i niespójność regulacji (zob. wyrok z 20 listopada 2002 r., sygn. K 41/02, OTK ZU nr 6/A/2002, poz. 83), zwłaszcza wtedy, gdy powoduje ona rozbieżność rozumienia norm prawnych i konieczność wchodzenia w spór prawny z organami państwa, (por. wyrok z 6 lutego 2007 r., sygn. P 25/06, OTK ZU nr 2/A/2007, poz. 9);

– zasada ochrony zaufania do państwa i prawa powinna być tym silniej respektowana, im dłuższa jest w danej sferze życia perspektywa czasowa podejmowanych działań (zob. wyrok z 7 lutego 2001 r., sygn. K 27/00, OTK ZU nr 2/2001, poz. 29);

– niedopuszczalne jest, aby najpierw namawiać obywateli do pewnego rozwiązania, a następnie traktować osoby, które „dały się na to nabrać”, gorzej niż osoby, które zignorowały zachęty ustawodawcy (wyrok z 29 maja 2007 r., sygn. P 8/06, OTK ZU nr 6/A/2007, poz. 51);

– jeśli zapewniono obywatela, że przez pewien czas obowiązywać go będą pewne reguły, a obywatel ów – kierując się tym zapewnieniem – rozpoczął konkretne działania, to reguł tych nie można już zmieniać na niekorzyść obywatela (por. rozwinięcie koncepcji poszanowania tzw. interesów w toku w odniesieniu do przedsięwzięć gospodarczych i finansowych w wyroku z 25 listopada 1997 r., sygn. K. 26/97, OTK ZU nr 5-6/1997, poz. 64);

– prawodawca narusza wartości, znajdujące się u podstaw omawianej zasady, „wtedy, gdy jego rozstrzygnięcie jest dla jednostki zaskoczeniem, bo w danych okolicznościach nie mogła go przewidzieć, szczególnie zaś wtedy, gdy przy jego podejmowaniu prawodawca mógł przypuszczać, że gdyby jednostka przewidywała zmianę prawa, byłaby inaczej zadecydowała o swoich sprawach” (powołany wyżej wyrok w sprawie o sygn. P 3/00);

– „przyjmowane przez ustawodawcę nowe unormowania nie mogą zaskakiwać ich adresatów, którzy powinni mieć czas na dostosowanie się do zmienionych regulacji i spokojne podjęcie decyzji co do dalszego postępowania” (sygn. K 27/00);

– „prawodawca, wprowadzając zmiany w systemie prawnym – powinien [...] preferować rozwiązania najmniej uciążliwe dla jednostki i ustanawiać regulacje, które ułatwią adresatom dostosowanie się do nowej sytuacji” (sygn. K 52/02).

Trybunał Konstytucyjny wyprowadził z zasady ochrony zaufania jednostki do państwa i prawa również zasadę ochrony praw nabytych. Ustalając znaczenie tej zasady, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „zasada ochrony praw nabytych zakazuje arbitralnego znoszenia lub ograniczania praw podmiotowych przysługujących jednostce lub innym podmiotom prywatnym występującym w obrocie prawnym. Zasada ochrony praw nabytych zapewnia ochronę praw podmiotowych – zarówno publicznych, jak i prywatnych. Poza zakresem stosowania tej zasady znajdują się natomiast sytuacje prawne, które nie mają charakteru praw podmiotowych ani ekspektatyw tych praw” (wyrok z 22 czerwca 1999 r., sygn. K. 5/99, OTK ZU nr 5/1999, poz. 100). W kontekście zasady zaufania obywateli do prawa, Trybunał Konstytucyjny podkreślał, że „przyznanie jednostce określonych praw podmiotowych zakłada szczególną lojalność państwa wobec jednostki” (powołany wyrok w sprawie o sygn. K 52/02).

5.3. Na tle powyższego rozumienia treści normatywnych zasady ochrony zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, zarzuty wnioskodawcy stawiane wobec art. 1 pkt 2 ustawy z 25 lipca 2008 r. należy uznać za nieadekwatne, przede wszystkim ze względu na niewłaściwie wskazany przedmiot zaskarżenia.

Po pierwsze, argument, że, zawarte w zaskarżonej regulacji, zniesienie wymogu zapoznania się ze stanowiskiem Komisji Weryfikacyjnej „zamyka drogę do otrzymania stanowiska komisji przez żołnierzy zawodowych i pracowników WSI” – nie jest trafny.

Przepis ten nie reguluje kwestii, kto i w jakich warunkach jest uprawniony do uzyskania stanowiska Komisji, a tym bardziej nie wskazuje, kiedy Komisja może odmówić wydania tego dokumentu; określa natomiast znaczenie stanowiska Komisji w procesie rekrutacji do SKW i SWW.

Po drugie, mając na uwadze treść zaskarżonej regulacji, tzn. art. 1 pkt 2 ustawy z 25 lipca 2008 r., nie można racjonalnie uzasadnić, że (z uwagi na zasadę lojalności państwa względem obywateli) wskazany przez wnioskodawcę przepis prawny winien być rozszerzony o – bliżej niesprecyzowane przez wnioskodawcę – regulacje dotyczące „przyszłości” wszystkich oświadczeń weryfikacyjnych. Przedmiotem normowania zaskarżonego przepisu – co ponownie należy podkreślić – jest określenie znaczenia oświadczeń, o których mowa w art. 67 ust. 1 i 3 ustawy nowelizowanej oraz znaczenia Komisji Weryfikacyjnej – w procesie rekrutacji do SKW i SWW. Nie reguluje on natomiast postępowania z oświadczeniami weryfikacyjnymi, które jest ujęte przede wszystkim w art. 63 przepisów wprowadzających. Przy założeniu, że określenie „przyszłości” oświadczeń powinno obejmować wskazanie podmiotu zobowiązanego do ich oceny, jego skład i organizację, stosowane kryteria itd., żądanie uzupełnienia zaskarżonego przepisu w zakresie wskazanym przez wnioskodawcę prowadziłoby nie tylko do jego ukształtowania w sposób wątpliwy z punktu widzenia zasad techniki prawodawczej (por. § 55 ust. 1 „Każdą samodzielną myśl ujmuje się w odrębny artykuł”), ale przede wszystkim wprowadzałoby niespójność w strukturze całej ustawy. Innymi słowy, także ten zarzut należy uznać za „wadliwie” adresowany, ponieważ brak pełności regulacji – w takim ujęciu, jakie zostało zaprezentowane przez wnioskodawcę – odnieść można ewentualnie do całości przepisów wprowadzających, a nie do konkretnego przepisu art. 1 pkt 2 ustawy nowelizującej.

5.4. Niezależnie od powyższego, należy także zauważyć, że sformułowane przez wnioskodawcę zarzuty, a zwłaszcza drugi z nich, budzą wątpliwości pod względem dopuszczalności rozpoznania ich przez Trybunał Konstytucyjny (zaniechanie legislacyjne nie podlega rozpoznaniu).

Ustawa nowelizująca (łącznie z art. 1 pkt 2) była wynikiem świadomej decyzji ustawodawcy, aby w pierwszej kolejności rozwiązać najbardziej palący problem związany z weryfikacją byłych pracowników i żołnierzy WSI, pozostawiając inne zagadnienia – w tym metodę „dokończenia weryfikacji” – do uregulowania w innych aktach prawnych. Świadczy o tym chociażby fakt, że nie znalazły odzwierciedlenia w pracach legislacyjnych znane parlamentarzystom i rządowi postulaty ekspertów sejmowych i senackich, aby przy okazji uchwalania tej ustawy dokonać całościowego uregulowania procesu weryfikacji (por. opinia B. Witkowskiej do druku sejmowego nr 571/VI kadencja z 24 czerwca 2008 r., sygn. BAS-WAL-1510/08, s. 4; opinia A. Niemczewskiego z 8 lipca 2008 r. do druku senackiego nr 198/V kadencja, s. 4).

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał, że nie jest uprawniony do orzekania o zaniechaniach ustawodawcy, może natomiast i ma obowiązek badać, czy w uchwalonych przepisach nie brakuje pewnych elementów normatywnych, koniecznych z punktu widzenia Konstytucji, bo stanowiących pominięcie legislacyjne (zob. np. orzeczenia: z 3 grudnia 1996 r., sygn. K. 25/95, OTK ZU nr 6/1996, poz. 52 oraz wyrok z 6 maja 1998 r., sygn. K. 37/97, OTK ZU nr 3/1998, poz. 33, podtrzymujące wcześniejszą linię orzecznictwa, po uchwaleniu Konstytucji z 1997 r.). Nie może to jednak prowadzić do „uzupełniania” obowiązującego stanu prawnego o rozwiązania pożądane z punktu widzenia inicjatora postępowania, ponieważ wykraczałoby to poza konstytucyjną rolę Trybunału, naruszając zarazem zasadę podziału władzy (zob. np. wyrok z 19 listopada 2001 r., sygn. K. 3/00, OTK ZU nr 8/2001, poz. 251). „Zadaniem Trybunału

Konstytucyjnego jest cenzurowanie tylko takich działań ustawodawcy, którym udowodnić można naruszenie określonych norm, zasad bądź wartości konstytucyjnych. Trybunał nie jest zaś powołany do oceny trafności, skuteczności i racjonalności decyzji ustawodawcy, nie jest też jego rolą ustalenie, jakimi poglądami czy interesami ustawodawca kierował się przy ich podejmowaniu. Należy to bowiem do wyborców” (orzeczenie z 23 czerwca 1997 r., sygn. K 3/97, OTK ZU nr 2/1997, poz. 22; teza powtórzona m.in. w wyroku z 1 kwietnia 2008 r. w sprawie o sygn. SK 96/06, OTK ZU nr 3/A/2008, poz. 40).

5.5. Trybunał Konstytucyjny nie znajduje także wystarczających podstaw do stwierdzenia niezgodności art. 1 pkt 2 ustawy z 25 lipca 2008 r. z zasadą lojalności państwa wobec obywateli, wynikającą z art. 2 Konstytucji, w oderwaniu od zarzutów stawianych tej regulacji przez wnioskodawcę.

Skoro po 30 czerwca 2008 r. nie jest już w praktyce możliwe uzyskanie stanowiska Komisji Weryfikacyjnej, to jako naruszające zasadę zaufania należałoby ocenić utrzymanie wymogu obligatoryjnego przedstawienia takiego dokumentu przez wszystkie osoby, ubiegające się o przyjęcie do służb (art. 60 ust. 7 przepisów wprowadzających). Nie ulega wątpliwości, że w demokratycznym państwie prawnym nie jest dopuszczalne żądanie od obywateli spełnienia wymogów niemożliwych, zwłaszcza w sytuacji, gdy brak szans na ich dopełnienie jest bezpośrednim wynikiem działania organów państwa i w żadnym stopniu nie jest zawiniony przez osoby zainteresowane.

Należy także zwrócić uwagę, że zasada zaufania obywateli do prawa odnosi się przede wszystkim do sytuacji, gdy na skutek zmian prawnych sytuacja adresatów norm prawnych została w sposób nieoczekiwany pogorszona w stosunku do poprzedniego stanu prawnego. Tymczasem – jak wspomniano – zaskarżony art. 1 pkt 2 – choć mógł stanowić pewne zaskoczenie dla jego adresatów – takiego skutku nie wywołuje, gdyż zamiast dotychczasowych, bardziej rygorystycznych wymogów (obligatoryjnego zapoznania się ze stanowiskiem Komisji Weryfikacyjnej) wprowadza wymóg łagodniejszy (zapoznanie się z tym dokumentem, ale tylko jeśli został on sporządzony). Z powyższych powodów, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że art. 1 pkt 2 ustawy z 25 lipca 2008 r. nie naruszył zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, wynikającej z art. 2 Konstytucji.

6. Zarzut naruszenia zasady określoności przepisów prawnych.

6.1. Wnioskodawca wnosi o uznanie niekonstytucyjności art. 1 pkt 2 ustawy z 25 lipca 2008 r. także z powodu niezgodności tego przepisu z zasadą określoności przepisów prawnych, wywodzoną z art. 2 Konstytucji. Powodem zastrzeżeń wnioskodawcy jest nakładanie się treści normatywnych zaskarżonego przepisu na unormowanie zawarte w innym przepisie, a w rezultacie równoległe funkcjonowanie dwóch konkurujących, kolidujących ze sobą reguł rekrutacji do SKW i SWW, różniących się pod względem sposobu sformułowania wymogu zapoznania się ze stanowiskiem Komisji Weryfikacyjnej. Przepisy, wskazane przez wnioskodawcę jako kolidujące ze sobą, brzmią następująco:

– przepis dotychczasowy, tj. art. 60 ust. 7 przepisów wprowadzających: „Mianowanie na funkcjonariuszy, wyznaczanie na stanowiska oraz zatrudnianie osób, o których mowa w art. 65 ust. 1 i art. 66, następuje po złożeniu oświadczeń, o których mowa w art. 67 ust. 1 i 3, oraz zapoznaniu się ze stanowiskiem Komisji Weryfikacyjnej. Pełnomocnicy mogą zwrócić się o przekazanie oświadczeń, o których mowa w art. 67 ust. 1 i 3, oraz protokołów z czynności złożenia wyjaśnień”;

– przepis nowy, tj. art. 66a przepisów wprowadzających, dodany przez art. 1 pkt 2 ustawy nowelizującej: „Mianowanie na funkcjonariuszy SKW albo SWW, wyznaczanie na

stanowiska służbowe w SKW albo SWW oraz zatrudnianie w SKW albo SWW osób, o których mowa w art. 65 ust. 1 i art. 66, następuje po złożeniu oświadczeń, o których mowa w art. 67 ust. 1 i 3, oraz zapoznaniu się ze stanowiskiem Komisji Weryfikacyjnej, co do zgodności oświadczeń z prawdą, w przypadku sporządzenia takiego stanowiska”.

6.2. Przyjęte w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego rozumienie zasady określoności przepisów prawa jest inne niż sformułowane we wniosku (por. zwłaszcza s. 10: „Niezgodne z zasadą określoności jest wprowadzenie nowych norm prawnych, które tworzą regulacje niespójne i niekonkretne”).

Trybunał Konstytucyjny podkreślał wielokrotnie, że zasada określoności przepisów prawa nakazuje unikać stanowienia przepisów „w sposób nieprecyzyjny, niejednoznaczny i powodujący istotne wątpliwości prawne”, a także regulacji, które posługują się niezdefiniowanymi pojęciami, albo mają niezrozumiałą treść (wyrok TK z 17 grudnia 2002 r., sygn. U 3/02, OTK ZU nr 7/A/2002, poz. 95). Stwierdzenie niezgodności przepisu z Konstytucją uzasadnia jego niejasność wówczas, gdy jest ona „tak daleko posunięta, iż wynikających z niej rozbieżności nie da się usunąć za pomocą zwyczajnych środków mających na celu wyeliminowanie niejednorodności w stosowaniu prawa”, przy czym „pozbawienie mocy obowiązującej określonego przepisu z powodu jego niejasności winno być traktowane jako środek ostateczny, stosowany dopiero wtedy, gdy inne metody usuwania skutków niejasności treści przepisu, okażą się niewystarczające” (wyrok TK z 20 czerwca 2005 r., sygn. K 4/04, OTK ZU nr 6/A/2005, poz. 64; por. też np. wyrok TK z 3 grudnia 2002 r., sygn. P 13/02, OTK ZU nr 7/A/2002, poz. 90).

6.3. Art. 1 pkt 2 ustawy z 25 lipca 2008 r. nie budzi większych wątpliwości z punktu widzenia tak rozumianej zasady określoności przepisów prawa. Przepis ten posługuje się pojęciami stosowanymi w regulacjach dotyczących wywiadu i kontrwywiadu wojskowego, z których część ma nawet definicje ustawowe. Nie można go ocenić jako niejasny czy wewnętrznie sprzeczny, mimo, że zawiera dwukrotne odesłania do innych przepisów tej samej ustawy.

Jedyny, jak się wydaje zarzut, który można mu postawić, to brak wskazania podmiotu zobowiązanego do „zapoznania się” ze stanowiskiem Komisji Weryfikacyjnej. Wadę tę można jednak łatwo usunąć za pomocą wykładni systemowej analizowanego przepisu; powinność ta ciąży na podmiotach dokonujących mianowania na funkcjonariuszy, wyznaczania na stanowiska służbowe lub zatrudniania w SKW i SWW, czyli pełnomocnikach (art. 60 ust. 1 pkt 3 przepisów wprowadzających), a następnie szefach służb (art. 9 ustawy o służbie funkcjonariuszy SKW i SWW oraz art. 22 ust. 3 w związku z art. 22 ust. 1 ustawy o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych).

Trybunał nie znajduje podstaw do stwierdzenia niezgodności zaskarżonego przepisu z art. 2 Konstytucji.

6.4. Argumenty wymienione przez wnioskodawcę w uzasadnieniu wniosku zdają się wskazywać na potrzebę dokonania przez Trybunał kontroli zaskarżonej regulacji także z punktu widzenia innej zasady konstytucyjnej, wywodzonej z art. 2 Konstytucji, niż wskazana przez wnioskodawcę zasada określoności prawa. Trafnie zauważa w swoim stanowisku Prokurator Generalny, że, w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, brak „obudowania” nowych przepisów regulacjami bezpośrednio uchylającymi dotychczasowe unormowania był łączony konfrontowany z zasadą prawidłowej legislacji.

W orzeczeniach dotyczących tego zagadnienia, Trybunał Konstytucyjny konsekwentnie podkreślał, że jego rolą jest orzekanie wyłącznie o hierarchicznej

zgodności norm prawnych, a nie rozstrzyganie konfliktów poziomych pomiędzy normami o tej samej randze (tak m.in. orzeczenia TK z: 11 lutego 1992 r., sygn. K 14/91, OTK w 1992 r., poz. 7; 16 lutego 1993 r., sygn. K 13/92, OTK w 1993 r., poz. 4; wśród nowszych orzeczeń np. wyrok TK z 13 marca 2007 r., sygn. K 8/07, OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 26). W związku z tym Trybunał uchylał się też od zastępowania organów stosujących prawo i stwierdzania sprzeczności między normami ustawowymi nawet wtedy, gdy wnioskodawca domagał się tego powołując się na zasady prawidłowej legislacji (np. orzeczenie z 18 października 1994 r., sygn. K 2/94, OTK w 1994 r., poz. 36; wyrok z 13 września 2005 r., sygn. K 38/04, OTK ZU nr 8/A/2005, poz. 92). Trybunał wskazywał, że jedynym dostępnym mu instrumentem reakcji na wątpliwości co do spójności systemu prawa jest wydanie postanowienia sygnalizującego Sejmowi konieczność podjęcia działań prawodawczych, którego podstawą prawną jest obecnie art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.; dalej: ustawa o TK).

Niezależnie od powyższego przypomnienia, Trybunał Konstytucyjny pragnie podkreślić, że ewentualna kolizja między normami ustawowymi, wynikającymi z różnych ustaw, winna być rozstrzygana w sferze stosowania prawa, poprzez wykorzystanie ogólnie przyjętych reguł wykładni. Kwestia dopuszczalnych w świetle Konstytucji technik derogacyjnych była sporadycznie uwzględniana w uzasadnieniach orzeczeń Trybunału. (zob. orzeczenie z 8 listopada 1994 r. sygn. P 1/94, OTK w 1994 r., t. II, poz. 37; z 12 stycznia 1995 r., sygn. K 12/94, OTK w 1995 r., poz. 2 oraz wyrok z 29 października 2003 r., sygn. K 53/02, OTK ZU nr 8/A/2003, poz. 83).

Trybunał Konstytucyjny zwraca uwagę, że pojęcie „derogacji” rozumiane jest w doktrynie prawniczej dość powszechnie jako uchylenie normy prawnej, konstruowanej na gruncie przepisu prawa, bez uchylenia mocy obowiązującej tego przepisu. Oznacza to w praktyce niestosowanie tej normy, w przypadku konfliktu treściowego (logicznego) z inną normą konstruowaną na gruncie innego przepisu prawa. Derogacja taka może nastąpić w wyniku zastosowania jednej z powszechnie przyjętych reguł derogacyjnych. Jedną z takich reguł jest w szczególności reguła *lex posterior derogat legi priori*, w myśl której norma późniejsza (*lex posterior*), która weszła w życie później, uchyla normę wcześniejszą (*lex prior*), pod warunkiem, że norma późniejsza jest co najmniej tego samego stopnia (nie jest niższego stopnia). Oznacza to, w myśl powyższej reguły zwanej temporalną (czasową), że w przypadku powyższej kolizji należy stosować normę późniejszą, skonstruowaną na gruncie przepisów późniejszych (weszły w życie później).

Trybunał Konstytucyjny opowiada się za dopuszczalnością w rozpoznawaniu spraw, będących przedmiotem jego kognicji, powyższej wykładni, posługującej się tzw. regułami kolizyjnymi, rozstrzygającymi o kolizji norm konstruowanych na gruncie różnych przepisów prawnych.

6.5. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że wskazana przez Prezydenta RP kolizja między normą wynikającą z dotychczasowego przepisu art. 60 ust. 7 ustawy nowelizowanej, a normą wynikającą z art. 66a (art. 1 pkt 2 ustawy nowelizującej) da się usunąć w drodze wykładni, poprzez zastosowanie reguły *lex posterior derogat legi priori*. Trybunał ocenił, że zaskarżony art. 1 pkt 2 ustawy nowelizującej nie naruszył zasady określoności przepisów prawnych, wynikającej z art. 2 Konstytucji.

Równocześnie trzeba podkreślić, że z punktu widzenia bezpieczeństwa prawnego obywateli, lepszą metodą unikania kolizji między normami prawnymi, będącej konsekwencją wprowadzania zmian w prawie, jest wykorzystanie wyraźnych klauzul derogacyjnych, uchylających odpowiednie przepisy prawne. Trafnie wskazano w § 39 ust.

1 zasad techniki prawodawczej, że: „W przepisie uchylającym wyczerpująco wymienia się ustawy lub poszczególne przepisy, które ustawa uchyla; nie poprzestaje się na domyślnym uchyleniu poprzedniej ustawy ani jej przepisów przez odmienne uregulowanie danej sprawy w nowej ustawie”.

Z powyższych względów Trybunał Konstytucyjny orzekł jak w sentencji.

Zdanie odrębne
sędziego TK Zbigniewa Cieślaka
do wyroku Trybunału Konstytucyjnego
z dnia 19 listopada 2008 r., sygn. akt Kp 2/08

Na podstawie art. 68 ust. 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.) oraz § 46 Regulaminu Trybunału Konstytucyjnego (M. P. z 2006 r. Nr 72, poz. 720) zgłaszam zdanie odrębne do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 19 listopada 2008 r. o sygn. Kp 2/08 w zakresie, w jakim Trybunał Konstytucyjny uznał, że art. 1 pkt 2 ustawy z dnia 25 lipca 2008 r. o zmianie ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego oraz ustawę o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego (dalej: ustawa zmieniająca) jest zgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

1. Zasada równości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego.

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wypowiadał się na temat rozumienia zasady równości wynikającej z art. 32 ust. 1 Konstytucji. W szczególności w wyroku z 20 października 1998 r. (sygn. K. 7/98, OTK ZU nr 6/1998, poz. 96 i cytowane tam orzeczenia) przypomniał, że zasada równości stanowi nakaz jednakowego traktowania podmiotów prawa w obrębie określonej klasy (kategorii). Wszystkie podmioty prawa charakteryzujące się w równym stopniu daną cechą istotną powinny być traktowane równo, a więc według jednakowej miary, bez zróżnicowań zarówno dyskryminujących jak i faworyzujących. Wobec tego punktem wyjścia do oceny zgodności danej regulacji prawnej z zasadą równości jest rozważenie, czy można wskazać wspólną cechę istotną uzasadniającą równe traktowanie podmiotów prawa, biorąc pod uwagę treść i cel danej regulacji prawnej. Jeżeli kontrolowana norma traktuje odmiennie adresatów, którzy odznaczają się określoną cechą wspólną, to mamy do czynienia z odstępstwem od zasady równości. Takie odstępstwo nie musi jednak oznaczać naruszenia art. 32 Konstytucji. Niezbędna jest wówczas ocena przyjętego kryterium różnicowania. Aby odpowiedzieć na pytanie, czy dane kryterium może stanowić podstawę różnicowania podmiotów prawa, charakteryzujących się wspólną cechą istotną, należy rozstrzygnąć:

- 1) czy kryterium to pozostaje w racjonalnym związku z celem i treścią danej regulacji;
- 2) czy waga interesu, któremu różnicowanie ma służyć, pozostaje w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku wprowadzonego różnicowania;
- 3) czy kryterium różnicowania pozostaje w związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych.

2. Cecha istotna i kryterium różnicowania w art. 1 pkt 2 ustawy zmieniającej.

Zgodnie z art. 1 pkt 2 ustawy zmieniającej, mianowanie na funkcjonariuszy SKW albo SWW, wyznaczanie na stanowiska służbowe w SKW albo SWW oraz zatrudnianie w SKW albo SWW osób, o których mowa w art. 65 ust. 1 i art. 66 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego oraz ustawę o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego (Dz. U. Nr 104, poz.

711, ze zm.; dalej ustawa – Przepisy wprowadzające), następuje po złożeniu oświadczeń, o których mowa w art. 67 ust. 1 i 3 ustawy – Przepisy wprowadzające, oraz zapoznaniu się ze stanowiskiem Komisji Weryfikacyjnej, co do zgodności oświadczeń z prawdą, w przypadku sporządzenia takiego stanowiska.

Powyższa regulacja pozwala – biorąc pod uwagę jej cel – na wyznaczenie kategorii osób odznaczających się określonymi cechami wspólnymi, jak również na wskazanie przyjętego przez ustawodawcę kryterium różnicowania. Należy zgodzić się ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego wyrażonym w niniejszej sprawie o sygn. Kp 2/08, że cechy istotne, wprowadzone ze względu na potrzebę wyeliminowania na przyszłość niepożądanych zjawisk w funkcjonowaniu wojskowych służb specjalnych (zob. uzasadnienie projektu ustawy – Przepisy wprowadzające, druk sejmowy nr 406 z 13 marca 2006 r., Sejm V kadencji), wyodrębniające grupę osób wymagających równego traktowania, są następujące:

- osoby te pracowały lub pełniły służbę w WSI lub w wojskowych jednostkach organizacyjnych realizujących zadania w zakresie wywiadu wojskowego lub kontrwywiadu wojskowego przed wejściem w życie ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o Wojskowych Służbach Informacyjnych (Dz. U. Nr 139, poz. 1326, ze zm.);

- osoby te złożyły oświadczenia weryfikacyjne, o których mowa w art. 67 ust. 1 i 3 ustawy – Przepisy wprowadzające;

- osoby te złożyły wniosek, w przepisany w art. 65 ust. 1 i art. 66 ustawy – Przepisy wprowadzające terminie, o wyznaczenie na stanowisko służbowe w SKW lub SWW, mianowanie na funkcjonariusza albo zatrudnienie w SKW lub SWW.

Treść art. 1 pkt 2 ustawy zmieniającej pozwala na sformułowanie wniosku, że ustawodawca zdecydował się na przyjęcie kryterium różnicującego powyższą kategorię osób w postaci tego, czy w odniesieniu do oświadczenia osoby ubiegającej się o przyjęcie do służby lub zatrudnienie Komisja Weryfikacyjna zajęła stanowisko co do jego zgodności z prawdą.

3. Ocena art. 1 pkt 2 ustawy zmieniającej z punktu widzenia zasady równości.

Punktem wyjścia dokonania oceny zgodności normy prawnej z Konstytucją jest wykładnia, a więc sprecyzowanie znaczenia i prawnych konsekwencji normy (por. Z. Czeszejko-Sochacki, L. Garlicki, J. Trzeciński, *Komentarz do ustawy o Trybunale Konstytucyjnym*, Warszawa 1999, s. 19). Wobec tego badając zgodność art. 1 pkt 2 ustawy zmieniającej z art. 32 ust. 1 Konstytucji, nie można nie uwzględnić skutków prawnych wywoływanych przez normę. Na tym tle należy stwierdzić, że bez wątplenia to, czy oświadczenie kandydata do pracy lub służby w SKW lub SWW zostało ocenione przez Komisję Weryfikacyjną, może mieć wpływ na wybór tej osoby. „Osoba zweryfikowana” odznacza się bowiem taką cechą, że jej przeszłość została w sposób obiektywny wyjaśniona za pomocą postępowania weryfikacyjnego i oceniona w stanowisku Komisji. W odniesieniu do niej można również wyprowadzić – umotywowany stanowiskiem Komisji Weryfikacyjnej – wniosek dotyczący tego, czy jest osobą godną zaufania i gwarantuje rzetelną realizację celów stawianych przed SKW i SWW. W gorszej sytuacji znajdują się podmioty, których oświadczenia nie zostały zbadane przez Komisję Weryfikacyjną, przede wszystkim z tego względu, że Szef SKW lub Szef SWW ma mniej informacji o takiej osobie. Niewątpliwie może to wpłynąć na decyzję Szefa danej służby dotyczącą wyboru do służby lub pracy w SKW lub SWW tego kandydata, którego oświadczenie zostało zweryfikowane. Trudno zatem obronić pogląd, jakoby nie była to konsekwencja prawna normy wyprowadzonej z art. 1 pkt 2 ustawy zmieniającej. Przyjęte kryterium różnicujące może bowiem wywoływać skutki w sferze nawiązywanych

stosunków pracy w ramach SKW i SWW, a tych skutków nie sposób nie uwzględnić przy ocenie konstytucyjności normy.

Wobec powyższego niezasadny jest wniosek, że zróżnicowanie osób ubiegających się o przyjęcie do służby lub zatrudnienie w SKW lub SWW może nastąpić jedynie w aspekcie psychologicznym, socjologicznym czy politycznym, jako skutek zastosowania kwestionowanego przepisu, a nie dotyczy płaszczyzny prawnej, co miałyby wynikać z niewiążącego charakteru stanowiska Komisji Weryfikacyjnej w procesie rekrutacyjnym. Wprawdzie opinia Komisji formalnie nie wiąże Szefa danej służby, ale może istotnie wpływać na jego działania w sferze obowiązującego prawa, co stanowi bezpośrednią konsekwencję kwestionowanych unormowań.

Jednocześnie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, odstępstwo od zasady równości nie musi oznaczać naruszenia art. 32 Konstytucji, jeżeli przyjęte kryterium różnicowania spełnia określone cechy (wskazane w punkcie pierwszym zdania odrębnego). Odnosząc te cechy do kryterium zastosowanego przez ustawodawcę w art. 1 pkt 2 ustawy zmieniającej, uzasadniona jest konstatacja, zgodnie z którą kryterium to w żaden sposób nie pozostaje w związku z celem i treścią danej regulacji prawnej, godząc w sposób wyraźny w cele, jakim miało służyć wprowadzenie wymogu składania oświadczeń określonych w art. 67 ust. 1 i 3 ustawy – Przepisy wprowadzające i ich ocena przez Komisję Weryfikacyjną. Chodziło mianowicie o wyeliminowanie niepożądanych zjawisk w funkcjonowaniu wojskowych służb specjalnych (zob. uzasadnienie projektu ustawy – Przepisy wprowadzające) przez zagwarantowanie, że osoby pełniące służbę lub pracujące w SKW lub w SWW będą godne zaufania, uczciwe oraz odpowiedzialne za swoje czyny i słowa.

Powyższy wniosek jest wystarczającą podstawą do stwierdzenia, że art. 1 pkt 2 ustawy zmieniającej narusza art. 32 ust. 1 Konstytucji, bez konieczności badania tego, czy kryterium różnicowania zawarte w kwestionowanym w niniejszej sprawie przepisie spełnia pozostałe warunki ustalone w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego.

Z podanych wyżej względów czuję się zobligowany do zgłoszenia zdania odrębnego do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 19 listopada 2008 r. w sprawie o sygn. Kp 2/08.

Zdanie odrębne
sędziego TK Wojciecha Hermelińskiego
do wyroku Trybunału Konstytucyjnego
z dnia 19 listopada 2008 r., sygn. akt Kp 2/08

Zgłaszam zdanie odrębne do pkt 2 lit. b wyroku Trybunału Konstytucyjnego, w którym stwierdzono zgodność art. 1 pkt 2 ustawy z dnia 25 lipca 2008 r. o zmianie ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego oraz ustawę o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego (dalej: nowelizacja przepisów wprowadzających, zaskarżona ustawa) z art. 32 ust. 1 Konstytucji. Podzielam opinię Trybunału Konstytucyjnego, że przepis ten w sposób oczywisty nie wprowadza jakiegokolwiek „dyskryminacji na gruncie prawa karnego”. Odmienne jednak niż większość składu orzekającego w niniejszej sprawie, uważam, że art. 1 pkt 2 nowelizacji przepisów wprowadzających jest źródłem niekonstytucyjnego zróżnicowania kandydatów do pracy i służby w Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (dalej: SKW i SWW). Wobec tego należało uznać, że jest on sprzeczny z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

Zdanie odrębne uzasadniam następująco:

Podstawą mojej odmiennej oceny zaskarżonego przepisu są zastrzeżenia wobec dwóch kwestii, mających zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego. Nie zgadzam się z:

– dokonaną przez Trybunał Konstytucyjny oceną znaczenia stanowisk Komisji Weryfikacyjnej (dalej: komisja) w procesie rekrutacji do SKW i SWW (por. pkt 4.3 uzasadnienia wyroku),

– wyrażoną w wyroku tezą, że nierówność, polegająca na braku możliwości wylegitymowania się oświadczeniami przez część kandydatów do służb, „nie ma na tyle istotnego znaczenia, aby pociągała za sobą niekonstytucyjność” badanego rozwiązania (por. pkt 4.3 uzasadnienia wyroku).

1. Znaczenie stanowisk Komisji Weryfikacyjnej w procesie rekrutacji do SKW i SWW.

Trybunał Konstytucyjny trafnie ustalił, że stanowiska Komisji Weryfikacyjnej nie miały charakteru wiążącego w tym sensie, że – bez względu na swoją treść – ani nie gwarantowały, ani też nie zamykały drogi do służby czy zatrudnienia w SKW i SWW (por. także wyrok TK z 27 czerwca 2008 r., sygn. K 52/07, OTK ZU nr 5/A/2008, poz. 88). Moim zdaniem nie znaczy to jednak, że są one dokumentami pozbawionymi prawnego znaczenia w procesie rekrutacji do służb, które można rozpatrywać jedynie w kategoriach „psychologicznych, socjologicznych czy politycznych” (por. 4.3 uzasadnienia wyroku). Z punktu widzenia praw osób kandydujących do SKW i SWW nie są one „neutralnym” (irrelevantnym prawnie) wymogiem formalnym, ale istotną cechą prawną różnicującą osoby ubiegające się o przyjęcie do służb. W przeciwieństwie do wnioskodawcy, uważam przy tym, że osobami poszkodowanymi zaskarżonym rozwiązaniem są kandydaci do służb, którzy złożyli wnioski o wyznaczenie na stanowisko służbowe, mianowanie na funkcjonariusza albo zatrudnienie w SKW lub SWW (art. 65 ust. 1 i art. 66 przepisów wprowadzających) i oświadczenia weryfikacyjne (art. 67 ust. 1 i 2 przepisów wprowadzających), lecz nie uzyskali stanowisk Komisji Weryfikacyjnej do końca jej działania (dalej: osoby niezwerfikowane). W mojej opinii znalazły się one w gorszej

sytuacji z punktu widzenia dostępu do pracy/służby w SKW i SWW oraz późniejszej kariery zawodowej niż osoby zweryfikowane (tzn. takie, które uzyskały stanowisko Komisji Weryfikacyjnej). Przemawiają za tym następujące argumenty:

Nie ulega wątpliwości, że specyfika działania wywiadu i kontrwywiadu wojskowego wymaga, aby ich Szefowie mieli pełne zaufanie do podległych im pracowników i funkcjonariuszy, a stanowiska Komisji Weryfikacyjnej mogą być jednym z ważnych instrumentów budowania tego zaufania. Ujawnienie i wyjaśnienie dotychczasowego postępowania kandydatów do SKW i SWW stanowiło pewnego rodzaju gwarancję ich odporności na wpływy z zewnątrz. Ewentualne wątpliwości co do pracy czy służby w Wojskowych Służbach Informacyjnych (względnie poprzednich służbach o tym samym zakresie działania) nie mogły już później być wykorzystywane do nielegalnego wywierania wpływu na przyszłych pracowników SKW i SWW (np. szantażu). Wiedza na temat działalności gospodarczej kandydatów do służb pozwalała także Szefom SKW i SWW przewidzieć ewentualne problemy związane np. z konfliktem interesów między ich zadaniami służbowymi i przedsięwzięciami prywatnymi. Należy wobec tego uznać, że większe szanse na sukces w naborze do służb miały osoby, których wiarygodność została sprawdzona przez komisję (niezależnie od wyniku), niż osoby, których oświadczenia nie zostały zweryfikowane.

W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że kandydaci zweryfikowani mieli podczas procedury weryfikacyjnej okazję do wyjaśnienia motywów swojego postępowania (co było odnotowywane w aktach sprawy, przekazanych Szefom służb na podstawie § 15 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 24 lipca 2006 r. w sprawie trybu działania Komisji Weryfikacyjnej powołanej w związku z likwidacją Wojskowych Służb Informacyjnych, Dz. U. Nr 135, poz. 953). Procedura postępowania przed komisją obejmowała bowiem nie tylko porównanie treści oświadczenia z materiałami archiwalnymi i operacyjnymi, ale również wysłuchanie wyjaśnień osoby zainteresowanej oraz – gdy komisja uznała to za konieczne – także innych osób za ich zgodą (art. 63 ust. 4 i 4a przepisów wprowadzających). Szansy tej byli pozbawieni kandydaci niezwerfikowani, w stosunku do których Szefowie służb dysponowali tylko „suchymi” oświadczeniami. W mojej opinii wiedza o tym kontekście mogła przesądzać o powodzeniu procesu rekrutacji, wobec czego możliwość poddania się pełnej procedurze weryfikacyjnej stawała częścią osób kandydujących do służb w uprzywilejowanej pozycji.

Co bardzo istotne, znaczenie stanowiska Komisji Weryfikacyjnej nie ogranicza się do procesu rekrutacji do służb. Osoby zweryfikowane jako bardziej wiarygodne mają większe szanse na awansowanie, nagradzanie i wykonywanie szczególnie ambitnych czy trudnych zadań. Tym samym nierówność w dziedzinie naboru do służb generuje kolejną („wtórną”) nierówność, jeżeli chodzi o szanse rozwoju zawodowego.

W mojej opinii powyższe negatywne konsekwencje braku stanowisk Komisji Weryfikacyjnej dla części kandydatów do służb nie mogą być niwelowane założeniem o prawdziwości oświadczeń złożonych przez te osoby. Tego typu mechanizm nie obowiązuje przecież w żadnym wypadku, gdy konieczne jest przedstawienie w procesie rekrutacji urzędowego zaświadczenia o prawdziwości pewnych faktów. Tytułem przykładu można wskazać, że np. w procedurze przyjmowania do zawodów prawniczych nieprzedstawienie zaświadczenia o niekaralności z Krajowego Rejestru Sądowego nie może być skutecznie zastąpione jednostronnym oświadczeniem zainteresowanego. Dodatkowo należy mieć na uwadze, że Ministerstwo Obrony Narodowej w oficjalnym komunikacie na temat wyników prac Komisji Weryfikacyjnej ogłosiło, że powzięła ona „wstępne wątpliwości” co do 179 z 774 nierozpatrzonych oświadczeń (dla porównania, komisja zakwestionowała 135 i stwierdziła zgodność z prawdą 1482 oświadczeń zweryfikowanych; por. komunikat prasowy Ministerstwa Obrony Narodowej z 12

września 2008 r.; cytowany w: „PAP – doniesienia agencyjne” z 12 września 2008 r., s. 1035; <http://www.rp.pl/artykul/2,189812.html>; komunikat ten był dostępny na stronie internetowej <http://www.mon.gov.pl/pl/artykul/5679> w dniu rozprawy przed Trybunałem Konstytucyjnym; dalej: komunikat MON z 12 września 2008 r.). Trudno zakładać, że informacja ta, mająca charakter oficjalny i publiczny, nie była znana Szefom Służb i brana pod uwagę w procesie rekrutacji (na marginesie należy wyrazić zdziwienie, że nie była ona znana wyznaczonemu do udziału w postępowaniu przedstawicielowi Ministerstwa Obrony Narodowej). Wobec tego założenie o domniemaniu prawdziwości nierozpatrzonej oświadczeń wydaje się mieć małą moc perswazyjną.

Wobec powyższego, należy uznać, że brak stanowisk komisji w stosunku do części kandydatów zmniejszył ich szanse na dostanie się do SKW i SWW w porównaniu z szansami osób zweryfikowanych, a także stawiał ich w gorszej pozycji w stosunku do osób zweryfikowanych nawet po pomyślnym przejściu procesu rekrutacji. Pozostaje jeszcze do rozważenia, czy rozwiązanie to można uznać za usprawiedliwione i konieczne w demokratycznym państwie prawnym.

2. Ocena konstytucyjności odrębnych trybów naboru do SKW i SWW dla osób zweryfikowanych i dla osób niezwyfikowanych.

Moim zdaniem to, że stanowiska Komisji Weryfikacyjnej są uwzględniane tylko w stosunku do części kandydatów, nie spełnia warunków dopuszczalnego różnicowania sytuacji podmiotów podobnych.

Należy rozpocząć od stwierdzenia, że sporządzenie lub niesporządzenie stanowiska w stosunku do danej osoby nie jest cechą „pierwotną”, związaną bezpośrednio z indywidualnymi właściwościami osób zainteresowanych pracą lub służbą w wywiadzie czy kontrwywiadzie. W przeciwieństwie do takich „zastanych” cech kandydatów, jak wykształcenie, znajomość języków czy umiejętności operacyjne, uzyskanie lub nieuzyskanie stanowiska Komisji Weryfikacyjnej jest cechą stworzoną przez prawo (konkretnie: przepisy przejściowe) i to wyłącznie na użytek byłych pracowników i żołnierzy WSI (lub służb istniejących wcześniej). Tylko te pierwsze zależą bezpośrednio od możliwości i zdolności osób zainteresowanych, wynikających z biologicznych i społecznych różnicowań między ludźmi. Możliwość wylegitymowania się stanowiskiem komisji miała zaś być „automatycznym” rezultatem złożenia oświadczenia weryfikacyjnego w przepisany termin, a więc podjęcia pewnej czynności urzędowej. W założeniu (w stanie prawnym stworzonym przez przepisy wprowadzające) nie miało to być kryterium różnicującym kandydatów do służb, lecz przeciwnie – miało to prowadzić do ich zrównania. Wszyscy byli żołnierze i pracownicy WSI aspirujący do nowych służb mieli złożyć oświadczenia o tych samych faktach, prawdziwość ich oświadczeń miała być następnie urzędowo sprawdzana w jednolitej dla wszystkich zainteresowanych procedurze. Ten mechanizm został jednak w praktyce wypaczony, ponieważ komisja zdołała zweryfikować tylko część chętnych, a organy państwa odpowiedzialne za taki stan rzeczy nie podjęły działań zmierzających do dokończenia procesu weryfikacji i uzyskania stanowisk przez wszystkie osoby, które złożyły oświadczenia weryfikacyjne. W rezultacie stanowiska – zamiast zrównywać szanse w naborze do służb poprzez ujawnienie i ocenę przeszłości wszystkich kandydatów – stały się dodatkowym czynnikiem ich różnicującym, i to w sposób zupełnie arbitralny. Co bowiem bardzo istotne, ani zainteresowani, ani też Trybunał Konstytucyjny nie dysponują wiedzą na temat kryteriów, którymi kierował się ten organ przy ustalaniu kolejności weryfikacji napływających do niej dokumentów. Informacji na ten temat nie miał także umocowany do udziału w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym przedstawiciel Ministerstwa Obrony Narodowej. Nie jest więc jasne, czy osoby niezwyfikowane – poza tym, że ich wiarygodność nie została

oceniona przez komisję – charakteryzują się jakimiś cechami wspólnymi (np. jeżeli chodzi o treść złożonych przez nich oświadczeń, przydatność dla służby, wiek, dotychczasowy staż zawodowy), które uzasadniałyby ich odmienne traktowanie w procesie naboru do służb. Nie można wykluczyć, że takich korelacji nie ma i w związku z tym przynależność do kandydatów zweryfikowanych i niezweryfikowanych zależała w gruncie rzeczy od przypadku lub czynników czysto uznaniowych (np. osobistych preferencji członków komisji). Innymi słowy, kryterium to tylko pozornie jest kryterium obiektywnym i uzasadnionym, podczas gdy w rzeczywistości jest arbitralne i przypadkowe.

Przechodząc do oceny, czy omówione wyżej zróżnicowanie można uznać za usprawiedliwione z punktu widzenia art. 32 ust. 1 Konstytucji, należy w pierwszej kolejności ustalić, czy zastosowane kryterium różnicowania (możliwość uwzględnienia stanowiska Komisji Weryfikacyjnej w procesie naboru do służb tylko w stosunku do części kandydatów) jest relewantne, tzn. związane z celem i treścią badanej regulacji oraz służące realizacji tego celu i treści. W mojej opinii konieczne jest przy tym uwzględnienie nie tylko celu i treści badanego przepisu (art. 1 pkt 2 zaskarżonej ustawy), ale całokształtu procesu naboru byłych pracowników i żołnierzy WSI do SKW i SWW, uregulowanego w przepisach przejściowych.

Celem przepisów przejściowych, w których zmiany miał wprowadzać badany art. 1 pkt 2 zaskarżonej regulacji, było umożliwienie naboru do SKW i SWW tylko takich żołnierzy i pracowników WSI, których przeszłość została w sposób obiektywny wyjaśniona za pomocą postępowania weryfikacyjnego i oceniona w stanowiskach Komisji Weryfikacyjnej. Dzięki temu nowe służby miały być wolne od patologii poprzednich służb, ale równocześnie miały korzystać z umiejętności i wiedzy tych osób, które poddały się procedurze weryfikacyjnej i zostały uznane za godne zaufania przez Pełnomocników, a następnie Szefów nowych służb.

Badane rozwiązanie cele te realizuje, ale jedynie połowicznie: o tyle, o ile w dalszym ciągu wymaga zapoznania się ze stanowiskiem Komisji Weryfikacyjnej w stosunku do tych kandydatów, którzy zostali ocenieni przez ten organ (czyli w zakresie, w jakim jest zbieżne z dotychczasowym art. 60 ust. 7 przepisów przejściowych). W tej części, w której umożliwiają przyjmowanie do służb osób niezweryfikowanych, jest zaś w sposób ewidentny dysfunkcyjne. Przyjmowanie do SKW i SWW osób bez stanowisk komisji nie przyczyni się do zwiększenia wiarygodności tych służb oraz zapewnienia jakości ich pracowników i funkcjonariuszy.

Jest dla mnie oczywiste, że ustawodawca ma prawo do zmiany dotychczasowych zasad naboru do SKW i SWW. Musi to jednak czynić z poszanowaniem wartości i zasad konstytucyjnych, w tym zwłaszcza zasady równości. Jeżeli więc dokonuje zmian, powinien nimi objąć wszystkie osoby, charakteryzujące się w równym stopniu tymi samymi cechami relewantnymi, a więc wszystkich byłych żołnierzy i pracowników WSI, którzy poddali się procedurze weryfikacji i ubiegają o przyjęcie do nowych służb. Tymczasem zaskarżone rozwiązanie oddziałuje na sytuację tylko części osób, wyodrębnionych arbitralnie na skutek nieprawidłowego działania organów państwa, i prowadzi w ten sposób – jak wskazano wyżej – do pogorszenia ich sytuacji.

Zaskarżone rozwiązanie zasługuje na krytykę przede wszystkim z powodu jego genezy. Przyczyną jego wprowadzenia nie była ogólna zmiana koncepcji naboru do służb, skoro wymóg zapoznania się ze stanowiskami komisji utrzymano we wszystkich wypadkach, jeśli dokumenty te zostały sporządzone. Zniesienie wymogu obligatoryjnego zapoznania się ze stanowiskiem Komisji Weryfikacyjnej w stosunku do części kandydatów było rezultatem nieustosunkowania się przez Komisję Weryfikacyjną do ok. 48% poddanych jej ocenie oświadczeń weryfikacyjnych (zgodnie z informacjami Ministerstwa Obrony Narodowej, nie wydała ona stanowiska w stosunku do 774 z 1617 oświadczeń –

por. powołany wyżej komunikat MON z 12 września 2008 r.; obecny na rozprawie przedstawiciel Ministerstwa Obrony Narodowej powiedział, że zweryfikowana została „około połowa” oświadczeń). Powody odstąpienia od dotychczasowych zasad naboru do służb były więc próbą dostosowania („naprawienia”) stanu prawnego do stanu faktycznego, za którego wystąpienie wyłączną odpowiedzialność ponosiły organy państwa. Można bowiem przypuszczać, że gdyby wszystkie oświadczenia zostały przez komisję ocenione, dotychczasowe rozwiązanie (tj. obligatoryjność wymogu zapoznania się jej stanowiskiem, art. 60 ust. 7 przepisów wprowadzających) zostałoby zachowane jako reguła obowiązująca przy rekrutacji do służb wszystkich byłych pracowników i żołnierzy WSI. Wskazuje na to decyzja ustawodawcy co do utrzymania tego wymogu w tych wypadkach, w których jego spełnienie jest możliwe (to znaczy w odniesieniu do osób, których oświadczenia zostały zweryfikowane).

Na marginesie należy zauważyć, że wątpliwości co do zgodności omawianego rozwiązania z zasadą równości były podnoszone – częściowo z innych powodów, niż wymienione w niniejszym zdaniu odrębnym – w dwóch z czterech opinii eksperckich, przygotowanych w toku prac legislacyjnych (por. opinia B. Witkowskiej z 24 czerwca 2008 r. do druku sejmowego nr 571/VI kadencja, sygn. BAS-WAL-1510/08, s. 5; opinia A. Niemczewskiego z 8 lipca 2008 r. do druku senackiego nr 198/V kadencja, s. 2-3). Równocześnie jednak jedna opinia stwierdzała brak naruszenia zasady równości (por. opinia W. Odrowąż-Sypniewskiego z 23 czerwca 2008 r. do druku sejmowego nr 571/VI kadencja, sygn. BAS-WAU iP-1694/08, s. 3-4). Kwestia ta nie była jednak niestety przedmiotem większego zainteresowania parlamentarzystów.

Choć niespełnienie przez zaskarżoną regulację warunku relewantności jest wystarczającą przesłanką stwierdzenia sprzeczności zaskarżonej regulacji z art. 32 ust. 1 Konstytucji, można wskazać na jej wadliwość także z punktu widzenia innych zasad i wartości konstytucyjnych, a zwłaszcza zasady proporcjonalności.

Wydaje się, że trudno wskazać wartości konstytucyjne, które dzięki zaskarżonemu rozwiązaniu są realizowane, a których urzeczywistnienie nie byłoby możliwe innymi metodami (zwłaszcza – jak wskazuje np. opinia prof. K. Pawłowicz – za pomocą przedłużenia czasu działania Komisji Weryfikacyjnej). Brakuje również argumentów świadczących o zrównoważeniu negatywnych konsekwencji tego przepisu przez korzyści w postaci zwiększonego poszanowania czy realizacji wartości konstytucyjnych.

Przede wszystkim zaskarżone rozwiązanie nie broni się z punktu widzenia zasady zaufania obywateli do prawa. W przeciwieństwie do stanowiska Ministra Obrony Narodowej, przedstawionego w niniejszej sprawie, uważam, że wszystkie osoby, które złożyły oświadczenia weryfikacyjne, miały prawo oczekiwać uzyskania od Komisji Weryfikacyjnej stanowiska co do zgodności tych oświadczeń z prawem w terminie określonym prawem, i wiązać z tym swoje plany zawodowe i osobiste. Dopuszczenie ich do pracy i służby w SKW i SWW bez tych – niemożliwych do uzyskania po 30 czerwca 2008 r. – dokumentów, jak wskazano wyżej, tylko częściowo rekompensuje niekorzystne skutki braku weryfikacji. Brak potwierdzenia wiarygodności oświadczeń zmniejsza szanse przyjęcia osób niezaweryfikowanych do służb w porównaniu z szansami osób, których wiarygodność została urzędowo potwierdzona przez komisję. Nie wiadomo też, co stanie się z ich oświadczeniami, a zwłaszcza czy zostaną one automatycznie (bez zgody osób zainteresowanych) przekazane jakiejś nowej strukturze weryfikacyjnej, a także jaki będzie ewentualny wpływ ocen dokonanych przez tę strukturę na ich dalszą pracę/służbę w SKW i SWW. Nie ma więc pewności, czy istniejący obecnie stan nierówności ma charakter przejściowy, czy też w przyszłości zostanie w jakiś sposób zlikwidowany, tym bardziej, że obecny na rozprawie przed Trybunałem Konstytucyjnym przedstawiciel Ministerstwa Obrony Narodowej poinformował o zawieszeniu prac nad aktami prawnymi, które miałyby

być podstawą dokończenia weryfikacji. Jest to o tyle ważne, że Trybunał Konstytucyjny dokonuje oceny przepisów w stanie prawnym obowiązującym w dniu wydania wyroku, nie może więc uwzględniać w swoim orzekaniu regulacji, które w tym momencie nie tylko nie weszły w życie, ale w ogóle jeszcze nie powstały.

Nie da się także z całą pewnością stwierdzić, że dodany art. 66a przyczyni się do wzrostu bezpieczeństwa państwa poprzez zapewnienie lepszego funkcjonowania wywiadu i kontrwywiadu wojskowego. Taka konkluzja byłaby uprawniona tylko przy założeniu, że cele weryfikacji (m.in. uzyskanie wiedzy o nadużyciach byłych pracowników i funkcjonariuszy WSI oraz ocena ich wiarygodności z punktu widzenia potrzeb nowych służb) zostały w sposób dostateczny spełnione przez sam fakt złożenia oświadczeń weryfikacyjnych. Byłoby to równoznaczne z uznaniem, że ocena oświadczeń przez Komisję Weryfikacyjną nie była koniecznym elementem tego procesu, a jeżeli tak, to organ ten w ogóle był zbędny, a jego funkcjonowanie było nadmierną restrykcją w dostępie do SKW i SWW. Dodatkowo należałoby udowodnić, że przyjęcie do SKW i SWW osób, w stosunku do których proces weryfikacji się nie zakończył i co do których nie wiadomo, czy nie popełniały one w przeszłości nadużyć, jest konieczne dla wzrostu bezpieczeństwa państwa, a także, że rozwiązanie to nie może być zastąpione np. przez mechanizm przewidziany w art. 1 pkt 2 badanej ustawy (tj. powierzenie tym osobom wykonywania obowiązków w SKW i SWW, bez ich mianowania, powołania czy zatrudnienia). Konieczne w końcu byłoby także wskazanie, że zadania Komisji Weryfikacyjnej mogłyby w sposób skuteczny zostać przejęte przez Szefów służb, pozbawionych odpowiednich zasobów (np. pracowników z doświadczeniem w sprawach kwerend archiwalnych, jak i dostępu do wszystkich dokumentów archiwalnych, a nie tylko tych pozostających w depozycie u Szefa danej służby).

3. Konkluzja.

W mojej opinii kumulacja wszystkich powyższych wątpliwości przesądza o tym, że art. 1 pkt 2 nowelizacji przepisów przejściowych należy uznać za niezgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji. Choć być może każdy z nich z osobna nie byłby wystarczający do obalenia konstytucyjności badanego rozwiązania, to łącznie przekraczają one możliwą do zaakceptowania „masę krytyczną”.

Moim zdaniem nie można aprobować sytuacji, w której skutkiem ubocznym niewykonania w określonym terminie (i to w stopniu rażącym) zadań przez organ państwowy jest wprowadzenie rozwiązania różnicującego sytuację osób cechujących się tą samą cechą relewantną, według kryterium w istocie przypadkowego (wydania lub niewydania stanowiska przez Komisję Weryfikacyjną). To, czy dana osoba „miała szczęście” i uzyskała stanowisko komisji, czy też nie, pozostawało poza jej wpływem i nie było uwarunkowane żadnymi racjonalnymi powodami. Uznanie konstytucyjności badanego rozwiązania oznaczałoby aprobatę dla sankcjonowanej nieefektywności władzy publicznej kosztem interesów obywateli, co jest niedopuszczalne w demokratycznym państwie prawnym. Wyraźnie przy tym chciałbym podkreślić, że nie uważam, aby jedynym konstytucyjnie dopuszczalnym rozwiązaniem zaistniałego problemu było „zrównanie do najniższego wspólnego mianownika” i usunięcie wymogu zapoznania się ze stanowiskiem Komisji Weryfikacyjnej w wypadku tych osób, które je uzyskały. W mojej opinii możliwe było przyjęcie także innych mechanizmów, które nie byłyby sprzeczne z zasadą równości obywateli wobec państwa.

Z powyższych powodów zgłoszenie zdania odrębnego uznałem za konieczne.

Zdanie odrębne
sędziego TK Marka Kotlinowskiego
do wyroku Trybunału Konstytucyjnego
z 19 listopada 2008 r. w sprawie o sygn. Kp 2/08

Na podstawie art. 68 ust. 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.) zgłaszam zdanie odrębne od punktu 2b sentencji i części uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 19 listopada 2008 r., sygn. Kp 2/08.

Nie zgadzam się z oceną, że art. 1 pkt 2 ustawy z dnia 25 lipca 2008 r. o zmianie ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego oraz ustawę o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego (dalej: zaskarżona ustawa) jest zgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

Niniejsza sprawa dotyczy bardzo istotnej kwestii, jaką jest bezpieczeństwo państwa polskiego i jego obywateli. Ustawodawca ma swobodę kreowania tego obszaru polityki, jednak w tak strategicznej dziedzinie wymagana jest od niego nadzwyczajna staranność i rzetelność. Likwidując Wojskowe Służby Informacyjne (WSI), ustawodawca zdecydował, że należy umożliwić żołnierzom, funkcjonariuszom i pracownikom WSI zatrudnienie w nowych służbach: Służbie Kontrwywiadu Wojskowego i Służbie Wywiadu Wojskowego. Zreformowane służby miały odznaczać się sprawnością, najwyższą dbałością o bezpieczeństwo państwa i lojalnością wobec niego. Dlatego każdy żołnierz, funkcjonariusz i pracownik zlikwidowanych WSI, ubiegający się o pracę w nowych służbach, musiał spełnić kilka warunków, między innymi złożyć oświadczenie o podejmowaniu albo niepodejmowaniu działań sprzecznych z prawem. Ustawą wprowadzającą z dnia 9 czerwca 2006 r. ustawodawca powołał Komisję Weryfikacyjną (dalej: komisja), której zadaniem była weryfikacja na podstawie jednakowej procedury wszystkich oświadczeń co do zgodności z prawdą deklarowanego przez kandydatów charakteru i przebiegu dotychczasowej służby lub zatrudnienia w WSI. Każde zatrudnienie, mianowanie czy wyznaczenie na stanowisko w nowych służbach musiało być poprzedzone zapoznaniem się ze stanowiskiem komisji przez szefów tych służb. Stanowisko miało charakter opiniujący i nie było wiążące dla szefów służb, bez wątpienia jednak obowiązek zapoznania się z nim stanowił ustawowy element procedury naboru nowych kadr. Niewątpliwie założeniem ustawodawcy było więc poddanie jednakowej weryfikacji wszystkich żołnierzy, funkcjonariuszy i pracowników zlikwidowanych WSI chcących podjąć pracę w nowych służbach. Komisja nie ukończyła jednak swojej pracy, bo zgodnie z zarządzeniem nr 130 Prezesa Rady Ministrów z dnia 8 listopada 2007 r. zakończyła działalność, pomimo że była w trakcie prac nad oświadczeniami. Nie ulega wątpliwości, że w tym momencie wyodrębniły się dwie grupy wśród żołnierzy, funkcjonariuszy i pracowników zlikwidowanych WSI – osoby, których oświadczenia zostały zweryfikowane przez komisję, i osoby, których oświadczenia – z przyczyny od nich niezależnej – nie zostały zweryfikowane. Powstał problem, jak w tym momencie stosować dotychczasową procedurę naboru. Rozwiązanie zawarte w zaskarżonej ustawie polega na tym, że znosi się obowiązek zapoznawania się ze stanowiskiem komisji odnośnie do tych osób, które złożyły oświadczenia weryfikacyjne, ale nie uzyskały stanowisk komisji.

Trybunał Konstytucyjny trafnie wskazał wspólne cechy charakteryzujące porównywane w niniejszej sprawie podmioty. Nie zgadzam się jednak z twierdzeniem Trybunału, że dokonane przez ustawodawcę zróżnicowanie podmiotów podobnych, jakimi

są żołnierze, funkcjonariusze i pracownicy zlikwidowanych WSI, ubiegający się o pracę w nowych służbach, na osoby, których oświadczenia zostały zweryfikowane przez komisję, i osoby, których oświadczeń komisja nie zdążyła zweryfikować, ma charakter uzasadniony, a zatem nie narusza zasady równości wyrażonej w art. 32 ust. 1 Konstytucji.

Zróżnicowanie jest nieuzasadnione, bo nie służy realizacji nadrzędnego celu, jakim jest reforma służb. W pierwotnym założeniu wszyscy żołnierze, funkcjonariusze i pracownicy zlikwidowanych WSI mieli przejść procedurę weryfikacyjną, po to aby szefowie nowych służb mogli z pełną świadomością podjąć decyzję o ich przyjęciu do nowych, zreformowanych kadr. Rozwiązanie ustawodawcze zawarte w zakwestionowanym przepisie ideę tę przekreśla. Istotą problemu nie jest, moim zdaniem, kwestia, które z tych osób – zweryfikowane czy niezwerfikowane – są w lepszej sytuacji. Ustawodawca, który wcześniej stworzył jednakowe dla wszystkich zasady naboru, w sposób nieuzasadniony zasady te zmienił, stawiając zainteresowane osoby w niepewnej sytuacji, na ile fakt bycia zweryfikowanym bądź niezwerfikowanym przez komisję będzie wpływał na przyjęcie ich do nowych służb.

Zasadniczą kwestią przesądzającą o niekonstytucyjności tego przepisu jest to, że zróżnicowanie dokonane przez ustawodawcę uniemożliwia realizację celu reformy strategicznego obszaru funkcjonowania państwa, którym jest bezpieczeństwo jego i jego obywateli, zapewniane między innymi przez rzetelną procedurę naboru kadr.

Z powyższych względów zgłaszam niniejsze zdanie odrębne.

Zdanie odrębne
Sędziego TK Teresy Liszcz
do wyroku Trybunału Konstytucyjnego
z dnia 19 listopada 2008 r., w sprawie o sygn. Kp 2/08

Na podstawie art. 68 ust. 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.) zgłaszam zdanie odrębne do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 listopada 2008 r., sygn. akt Kp 2/08, w części dotyczącej pkt 1 oraz pkt 2b powołanego wyroku.

UZASADNIENIE

1. W punkcie 1 powołanego wyżej wyroku Trybunał Konstytucyjny uznał, że przepis art. 65b ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego oraz ustawę o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego (Dz. U. Nr 104, poz. 711, ze zm.; dalej: ustawa z 2006 r. albo ustawa nowelizowana), wprowadzany do niej przez ustawę nowelizującą z dnia 25 lipca 2008 r. (niepodpisaną jeszcze przez Prezydenta RP; dalej: ustawa z 2008 r. albo ustawa nowelizująca) i ujmowany w związku z jej art. 2 ust. 2, nie narusza zasady niedziałania prawa wstecz, wynikającej z art. 2 Konstytucji.

Przepis ten nadaje żołnierzom zawodowym, wykonującym obowiązki w Służbie Kontrwywiadu Wojskowego (dalej: SKW albo kontrwywiad) albo w Służbie Wywiadu Wojskowego (dalej: SWW albo wywiad), którzy wcześniej byli funkcjonariuszami Wojskowych Służb Informacyjnych (dalej: WSI) lub ich odpowiedników (tj. innych jednostek organizacyjnych pełniących funkcje właściwe dla wywiadu lub kontrwywiadu), a obecnie ubiegają się o status funkcjonariusza SKW lub SWW, uprawnienia i obowiązki, które z mocy ustawy o tych nowych służbach przysługują tylko funkcjonariuszom SKW i SWW. Niektóre z tych uprawnień pozwalają na głęboką ingerencję w konstytucyjne prawa i obowiązki obywateli (np. śledzenie, instalowanie podsłuchu, kontrola korespondencji, prawo użycia broni palnej). Wnioskodawca zarzuca, że w związku z art. 2 ustawy nowelizującej, według którego wchodzi ona w życie „z dniem ogłoszenia, z mocą od 1 lipca 2008 r.”, uprawnienia te zostały nadane z mocą wsteczną, za okres liczony „do tyłu” od dnia ogłoszenia ustawy w Dzienniku Ustaw do 1 lipca 2008 r. Przepisy te naruszają więc – jego zdaniem – zasadę niedziałania prawa wstecz (*lex retro non agit*), wywodzoną z wyrażonej w art. 2 Konstytucji zasady zaufania obywatela do państwa oraz stanowionego przez nie prawa, oraz sankcjonują bezprawie.

W niniejszej sprawie nie ma wątpliwości co do tego, że nowemu przepisowi art. 65b ustawy nowelizowanej nadano moc wsteczną – przepis art. 2 ustawy nowelizującej jest bowiem jednoznaczny. Należy zatem rozważyć, czy mamy tutaj do czynienia z usprawiedliwionym wyjątkiem od zasady *lex retro non agit*, jak to przyjęła większość składu orzekającego Trybunału Konstytucyjnego. Zasada *lex retro non agit* nie ma bowiem charakteru absolutnego. Odstępstwa od niej są dopuszczalne, o ile uzasadnia je konieczność ochrony innych wartości konstytucyjnych. Akceptuje się w szczególności wsteczne działanie ustaw, które jednoznacznie poprawiają sytuację obywateli lub innych podmiotów prywatnych, np. ustanawiają dla nich nowe uprawnienia, bez równoczesnego obarczania ich nowymi obowiązkami. Ten właśnie argument podnosi TK w uzasadnieniu wyroku, stwierdzając, że zaskarżony przepis nadaje „uprawnienia” żołnierzom zawodowym pełniącym służbę w SKW i SWW, a niemającym statusu funkcjonariusza

tych służb, którzy „też są obywatelami”. Pragnę jednak zaznaczyć, że wyjątek od zasady niedziałania prawa wstecz może być uzasadniony w razie przyznania określonym podmiotom praw podmiotowych, a nie uprawnień do posługiwania się przez żołnierzy zawodowych lub innych funkcjonariuszy państwowych określonymi instrumentami prawnymi o charakterze represyjnym, wykorzystywanymi z reguły przeciwko obywatelom. Nie mamy też tutaj do czynienia z nadaniem określonych kompetencji organom państwa, gdyż w nowym art. 65b ustawy nowelizowanej nie chodzi o przypisanie nowych kompetencji organom, jakimi są SKW i SWW, lecz z upoważnieniem do stosowania przewidzianych wcześniej w ustawie instrumentów „operacyjnych” oraz prawa użycia broni palnej w celu realizacji zadań tych służb przez osoby, które dotąd takich uprawnień nie miały.

Moim zdaniem, nie jest też spełniony inny warunek legitymizujący odstępianie od stosowania zasady *lex retro non agit*, to mianowicie, że nie można było w inny sposób zrealizować celu, jaki przyświecał ustanowieniu kwestionowanej normy prawnej. Od wielu miesięcy poprzedzających uchwalenie zakwestionowanych przepisów było wiadomo, że Komisja Weryfikacyjna WSI nie zdąży dokonać weryfikacji oświadczeń byłych funkcjonariuszy tej służby, deklarujących gotowość służenia w SKW i SWW. Wyjściem najbardziej logicznym, możliwym do zastosowania i pozwalającym na zgodne z Konstytucją rozwiązanie tego problemu było zatem uchwalenie we właściwym czasie ustawy, która pozwalałaby na dokończenie procesu weryfikacji. Odwołując się do przyjmowanego w dotychczasowym orzecznictwie TK rozróżnienia na „konieczność” i „celowość” („potrzebę”) retroaktywności (zob. m.in. wyrok TK z 16 stycznia 2007 r. w sprawie o sygn. akt U 5/06, OTK ZU nr 1/A/2007, poz. 3), należy więc zająć stanowisko, że zakwestionowana regulacja owemu wymogowi „konieczności” nie czyni zadość.

Najbardziej bulwersujące jest jednak według mnie to, że nadanie z mocą wsteczną prawa posługiwania się wskazanymi wyżej instrumentami działalności operacyjnej oznacza w istocie legalizację bezprawia, jakiego mogli się dopuszczać pod osłoną tego przepisu żołnierze pełniący służbę w SKW bądź SWW, niemający statusu funkcjonariuszy tych służb, jeśli nie wręcz zachętę do takich bezprawnych działań. Co więcej, zakwestionowana regulacja może wręcz świadczyć o tym, że takie działania miały miejsce; w przeciwnym razie powołana norma, w odniesieniu do stanów z przeszłości (poprzedzających ogłoszenie ustawy nowelizującej) byłaby pozbawiona sensu. W tym punkcie wywód uzasadnienia, w którym sformułowana jest z jednej strony teza o konieczności zapewnienia legalności działań funkcjonariuszy SKW i SWW, a z drugiej – o braku działań, które wymagałyby takiej następczej legalizacji, jest wewnętrznie sprzeczny. Uważam też, że tolerowanie takich rozwiązań, i to w bardzo newralgicznej dziedzinie praw i obowiązków obywateli, może stworzyć niebezpieczny precedens. Toteż stanowczo nie zgadzam się ze stanowiskiem większości Trybunału Konstytucyjnego, według którego zaskarżony przepis nie narusza zasady niedziałania prawa wstecz, wynikającej z art. 2 Konstytucji.

2. Nie zgadzam się również ze stanowiskiem większości Trybunału w sprawie oceny art. 66a ustawy nowelizowanej jako zgodnego z art. 32 ust. 1 Konstytucji. Przepis ten ustanawia nowy tryb mianowania na funkcjonariuszy SKW i SWW byłych funkcjonariuszy WSI, będących obecnie żołnierzami zawodowymi, wykonującymi obowiązki w SKW i SWW, w związku z zakończeniem działalności Komisji Weryfikacyjnej WSI. *Novum* polega na tym, że byłych funkcjonariuszy WSI, których oświadczeń dotyczących służby w tej formacji Komisja Weryfikacyjna nie zdążyła zweryfikować, będzie można przyjmować do nowych służb wywiadu i kontrwywiadu bez jakiegokolwiek weryfikacji.

Oznacza to, moim zdaniem, nierówne traktowanie dwóch grup byłych funkcjonariuszy WSI, ubiegających się o przyjęcie do nowych służb wywiadowczych (SKW i SWW): tych, których oświadczenia zostały zweryfikowane przez Komisję Weryfikacyjną WSI, i tych, którzy nie doczekali się tej weryfikacji. *Prima facie*, wydaje się przy tym, że w korzystniejszej sytuacji znaleźli się ci drudzy, ponieważ uniknęli niezbyt komfortowej, jak można sądzić, procedury weryfikacyjnej. Dotyczy to zwłaszcza tych byłych funkcjonariuszy WSI, którzy prawdopodobnie nie przeszliby z wynikiem pozytywnym weryfikacji. Negatywna weryfikacja nie wykluczałaby wprawdzie ich przyjęcia do SKW i SWW, ale na pewno ograniczałaby ich szanse. Ponadto brak weryfikacji ułatwia im uniknięcie odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia, przewidzianej w ustawie nowelizowanej. Pokrzywdzeni przez wprowadzenie nowych zasad naboru do SKW i SWW są jednak w istocie ci byli niezwerfikowani funkcjonariusze WSI, którzy nie mieli podstaw, aby obawiać się weryfikacji (czyli większość). Zostali oni bowiem pozbawieni możliwości uzyskania swoistego oficjalnego „świadczenia uczciwości” w służbie, co nie tylko stwarza im pewien dyskomfort, ale też pozbawia istotnego atutu przy podejmowaniu innej służby lub innego zajęcia zarobkowego.

Nie jest przy tym przekonujący argument, że weryfikacja oświadczeń może być prowadzona przez szefów SKW i SWW, jeśli treść oświadczenia wzbudzi ich wątpliwości. Po pierwsze – szefowie wymienionych służb nie mają prawnego obowiązku prowadzić systematycznego badania prawdziwości oświadczeń, mogą tylko „wrywkowo” zweryfikować niektóre z nich. Stwarza to dodatkową nierówność w traktowaniu w obrębie grupy niezwerfikowanych byłych funkcjonariuszy WSI. Po drugie zaś – szefowie SKW i SWW dysponują na potrzeby weryfikacji niepełną dokumentacją; każdy z nich może korzystać tylko z dokumentów znajdujących się w zasobach archiwalnych danej służby, podczas gdy Komisja Weryfikacyjna dysponowała materiałami znajdującymi się obecnie we władaniu obu tych służb oraz mogła korzystać z osobowych źródeł informacji (zeznań świadków).

Rodzi to niebezpieczeństwo, że do SKW i SWW mogą zostać przyjęci także tacy byli funkcjonariusze WSI, którzy nie pełnili służby w tej formacji nienagannie i skłamali w swoich oświadczeniach, a to zagrażałoby bezpieczeństwu państwa. Stwierdzenie takie wydaje się uprawnione już w kontekście wyników prac Komisji Weryfikacyjnej WSI, która w obrębie grupy zweryfikowanych funkcjonariuszy zakwestionowała około 10% złożonych oświadczeń. Nie zgadzam się przy tym ze stanowiskiem TK (stanowiącym zresztą jedną z podstaw całego uzasadnienia), że związek pomiędzy mechanizmem naboru do służb a sposobem korzystania z uprawnień przyznanych im funkcjonariuszom jest kwestią pozaprawną (tak m.in. na s. 26 wyroku). Idąc konsekwentnie tym tokiem myślenia, można byłoby zakwestionować zasadność wprowadzania jakichkolwiek przesłanek i trybu naboru do służby publicznej. Nawiązując do uwag zamieszczonych powyżej (w pkt 1 zdania odrębnego), należy też wskazać, że brak konsekwencji ustawodawcy jest godny napiętnowania tym bardziej, że stan zaawansowania prac Komisji Weryfikacyjnej ocenia się na 2/3 ogólnej liczby oświadczeń (zob. dane przytaczane na s. 17 wyroku), a brak kontynuacji dotychczasowych rozwiązań oznacza umożliwienie służby w SKW lub SWW co najmniej 179 osobom, których oświadczenia wzbudziły wstępne wątpliwości Komisji. W tym kontekście za paradoks można uznać to, że sama procedura weryfikacyjna i cele działania Komisji Weryfikacyjnej WSI zostały już uznane za zgodne z aksjologią i istotnymi wartościami konstytucyjnymi w wyroku Trybunału z 27 czerwca 2008 r. w sprawie o sygn. akt K 52/07 (OTK ZU nr 5/A/2008, poz. 88). Tymczasem powyższy wyrok Trybunału umożliwia wejście w życie przepisów, które wyniki dokonanych dotychczas zmian w istotnej mierze zaprzepaszczą.

Z tych wszystkich względów zgłosiłam zdanie odrębne.