



**Zrzeszenie Prawników Polskich  
Zarząd Główny  
Centrum Ekspertyz Prawnych**

00-028 Warszawa, ul. Bracka 20A tel./fax +4822 827 01 39; 827 01 94

---

dyrektor: dr Waldemar Gontarski, [waldemar.gontarski@onet.pl](mailto:waldemar.gontarski@onet.pl), tel.: 0-605993666

**Projekt ustawy z uzasadnieniem**

**dotyczy:**

zmiany ustawy z dnia 9 czerwca 2006r.  
o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym.

**projekt sporządzono:**

Na zlecenie Biura Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu

Warszawa, dnia 3 lipca 2006r.

## **USTAWA**

**z dnia.....**

**o zmianie ustawy z dnia 9 czerwca 2006r.**

**o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym**

W ustawie z dnia 9 czerwca 2006r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. Nr 104, poz. 708) wprowadza się następujące zmiany:

### **Art. 1.**

1) W art. 1 wykreśla się ust. 3 i 4.

2) W art. 22 w ust. 1 dodaje się zdanie drugie w brzmieniu:

„CBA może pozyskiwać tylko informacje niezbędne dla skutecznego prowadzenia konkretnego postępowania.”.

3) W art. 22 ust. 7 otrzymuje następujące brzmienie:

„7. Wszystkie dane osobowe osób podejrzanych o popełnienie przestępstw, które nie zostały skazane za przestępstwa, podlegają komisijnemu i protokolarnemu zniszczeniu niezwłocznie po uprawomocnieniu się stosownego orzeczenia.”.

4) W art. 41 dodaje się ust. 5 w brzmieniu:

„5. Do podstawowych obowiązków osoby pełniącej funkcję publiczną należy wyrażenie zgody na poddanie się czynnościom kontrolnym, określonym w art. 40 i 41.”.

### **Art. 2.**

1. Przepisy art. 1 pkt 1, 2 i 3 wchodzi w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia.
2. Przepis art. 1 pkt 4 wchodzi w życie po upływie 3 miesięcy od dnia ogłoszenia.

## UZASADNIENIE

1) Art. 1 ust. 3 ustawy zawiera definicję legalną „korupcji” – kluczowego pojęcia ustawowego, które stanowi kryterium podjęcia działań przez funkcjonariuszy CBA. Brzmienie tej definicji prowadzi do wniosków częściowo trudnych do zaakceptowania (*reductio ad absurdum*). Oto korupcja może dotyczyć: *jakiegokolwiek osoby* i korupcją jest: *obietnicowanie, proponowanie, wręczanie, żądanie, przyjmowanie... bezpośrednio lub pośrednio, jakiegokolwiek nienależnej korzyści... lub przyjmowanie propozycji lub obietnic takich korzyści w zamian za działanie lub zaniechanie działania... w toku działalności gospodarczej*. Brakuje tutaj zawężenia definicji korupcji w sektorze prywatnym przy pomocy przesłanek szkodliwe społecznych odwzajemnień, które sformułowano w art. 296a § 1 Kodeksu karnego (dodany nowelą antykorupcyjną z dnia 13 czerwca 2003r.; Dz.U. Nr 111, poz. 1061) - korupcja w sektorze prywatnym (*przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą albo jej obietnicę w zamian za zachowanie mogące wyrządzić tej jednostce szkodę majątkową albo za czyn nieuczciwej konkurencji lub za niedopuszczalną czynność preferencyjną na rzecz nabywcy lub odbiorcy towaru, usługi lub świadczenia*). Inaczej mówiąc, w art. 1 ust. 3 ustawy w części dotyczącej sektora prywatnego brakuje racjonalnego przedmiotu ochrony, którym w przypadku przestępstwa korupcji w sektorze prywatnym (gospodarczym) jest prawidłowy obrót gospodarczy. Przepisy penalizujące korupcję w sektorze publicznym (art. 228 i 229 Kodeksu karnego) chronią zaufanie obywateli do organów władzy

publicznej, w szczególności zaufanie do tego, że instytucje państwowe i samorządowe przy podejmowaniu decyzji kierują się wyłącznie obowiązującym prawem, a nie też motywacjami pozaprawnymi (art. 7 Konstytucji). Natomiast podmiot prawa prywatnego nie musi kierować się wyłącznie motywacjami prawnymi, byleby nie naruszał zakazów i nakazów prawnych (w sektorze prywatnym co nie jest prawem zabronione, przez prawo jest dozwolone). Logicznie rzecz biorąc różny zakres przedmiotu ochrony przestępstwa korupcji w sektorze prywatnym i publicznym powinien determinować różny zakres przedmiotowy obu tych rodzajów korupcji. Tego rozróżnienia w ustawie nie ma. W efekcie przedmiot ochrony art. 1 ust. 3 ustawy odnośnie korupcji w sektorze prywatnym wychodzi poza racjonalne dobro prawne – stąd wniosek: W tym przepisie mamy do czynienia wręcz z kwalifikowaną postacią niezgodności z zasadą rządów prawa (art. 2 Konstytucji) i z zasadą proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji), nie chodzi bowiem o zwykłą niekonstytucyjność, ale niekonstytucyjność niespełniającą nawet testu racjonalności.

Przy tak daleko idącej nieprecyzyjności ustawodawcy, mogą pojawić się praktyczne trudności z rozróżnieniem szkodliwej społecznie korupcji od zwykłych postanowień umownych formułowanych w ramach cywilnoprawnej swobody zawierania umów (w świetle przepisu art. 410 § 2 *in fine* Kodeksu cywilnego, korzyść nienależna jako świadczenie nienależne staje się należna, jeśli czynność zobowiązująca do świadczenia stała się ważna po spełnieniu świadczenia). W konsekwencji tak szeroka definicja legalna korupcji, godzi w wolność działalności gospodarczej - gwarantowaną przepisem zawartym w art. 20 Konstytucji. W myśl art. 22 Konstytucji, ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko ze względu na ważny interes publiczny. W orzecznictwie konstytucyjnym ważnym interesem publicznym jest np. stworzenie gwarancji wiarygodności organów samorządowych. Na tej podstawie Trybunał Konstytucyjny (TK) w wyroku z dnia 23 czerwca 1999r., K 30/98 orzekł, iż art. 4 pkt 6 w związku z art. 2 pkt 6 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997r. o

ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (Dz.U. Nr 106, poz. 679), potocznie zwanej ustawą antykorupcyjną - jest zgodny z art. 22 Konstytucji. Pod rządami poprzedniej Konstytucji, TK w orzeczeniu z dnia 20 sierpnia 1992r., K 4/92 zauważył: *„Ograniczenie musi być zatem na tyle merytorycznie uzasadnione, by w konflikcie z zasadą ‘swobodnej działalności gospodarczej’ rachunek aksjologiczny przeważał nad korzyść z ograniczenia”*. Stanowisko to zostało powtórzone na gruncie Konstytucji z 1997r. w wyroku TK z dnia 8 kwietnia 1998r., K 10/97: *„Istnieje w szczególności legitymowany interes państwa w stworzeniu takich ram prawnych obrotu gospodarczego, które pozwolą zminimalizować niekorzystne skutki mechanizmów wolnorynkowych, jeżeli skutki te ujawniają się w sferze, która nie może pozostać obojętna dla państwa ze względu na ochronę powszechnie uznawanych wartości”*. Tymczasem art. 3 ust. 1 ustawy w części odnoszącej się do korupcji w sektorze prywatnym ogranicza wolność gospodarczą w ten sposób, że ograniczenie to wychodzi nie tylko poza ważny interes publiczny (powszechnie uznawane wartości), ale też poza ochronę jakiegokolwiek racjonalnego interesu, co również jest swoistą niekonstytucyjnością (niezgodność z art. 22 Konstytucji) kwalifikowaną.

Na szkodliwych społecznie odwzajemnieniach oparte są przepisy dotyczące korupcji w sektorze prywatnym zawarte w Prawnkarnej Konwencji o Korupcji sporządzonej w Strasburgu dnia 27 stycznia 1999r. (Dz.U. z 2005 Nr 29, poz. 249). *Jakiegokolwiek nienależne korzyści... w zamian za działanie lub zaniechanie dziania, które narusza... obowiązki* - art. 7 Konwencji o Korupcji (przekupstwo czynne w sektorze prywatnym) i art. 8 (przekupstwo bierne w sektorze prywatnym) tej Konwencji. Słowem, nienależne korzyści, ale w zamian za naruszenie prawa podmiotowego. Mimo to, żeby uniknąć niespójności prawa karnego, Polska ratyfikując Konwencję o Korupcji zastrzegła sobie prawo do nieuznania za przestępstwa zachowania opisanego w artykule 7 i 8 Konwencji, w zakresie, w jakim zachowania opisanie w tych przepisach nie stanowią

przestępstwa określonego w przepisach Kodeksu karnego (Załącznik do Konwencji o Korupcji; Dz.U. z 2005r. Nr 29, poz. 249).

Skoro celem działalności CBA jest ściganie przestępstw (wyszczególnionych w art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy), to zasada stosunkowości - gwarantowana przez art. 2 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji - wymaga, aby zakres przedmiotowy działalności CBS nie wychodził poza ustawową określoność ściganych czynów zabronionych, sformułowaną w prawie karnym. Naruszenie tych dwóch regulacji konstytucyjnych polega tutaj na tym, że art. 1 ust. 3 zw. z ust. 1 art. 1 i art. 2 - oparty jest na założeniu, że zwalczane (ścigane – zwalczanie, zapobieganie i wykrywanie przestępstw) może być coś, co w myśl prawa karnego nie może być w ogóle penalizowane i co nie narusza zakazów prawa cywilnego (mieści się w ramach swobody zawierania umów). Wprawdzie w art. 2 ust. 1 pkt 1 lit. a, b i lit. c ustawy wyszczególniono przestępstwa sformułowane w prawie karnym, które mają być ścigane przez CBA, ale w przepisach zawartych w lit. b *in fine* pkt 1 ust. 1 art. 2 oraz lit. c *in fine* pkt 1 ust. 1 art. 2 rozciągnięto przedmiotowy zakres ścigania w ten sposób, że po wyszczególnieniu przepisów prawa karnego, dodano zwrot: *jeśli* (wyszczególnione przestępstwa) *pozostają w związku z korupcją*. W związku z tym art. 2 ust. 1 pkt 1 lit. b i c ustawy jest niezgodny z Konstytucją - w takim samym zakresie, jak art. 1 ust. 3 ustawy zawierający definicję korupcji.

W tym kontekście wątpliwości budzić musi brak dostatecznej określoności art. 1 ust 3 ustawy, a zwłaszcza nadmierna wieloznaczność oraz nieostrość zastosowanych w nim elementów definicyjnych. Tymczasem wg orzecznictwa konstytucyjnego, Konstytucja nakazuje, aby ustawa w sposób zupełny i wyczerpujący regulowała wszystkie sprawy o istotnym znaczeniu dla urzeczywistnienia wolności i praw człowieka i obywatela („wymóg odpowiedniej szczegółowości unormowania ustawowego” – wyrok TK z 12 stycznia 2000r., P 11/98; też wyrok z 20 lutego 2001r., P 2/00; wyrok z 8 lipca 2003r., P 10/02; wyrok z 26 listopada 2003r., SK 22/02).

CBA jest powołane do rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw (art. 2 ust. 1 ustawy) oraz do działalności z tym związanej (ust. 2-4). Dlatego definicja korupcji (art. 1 ust. 3) powinna spełniać wymóg ustawowej określoności czynów zabronionych (i ich typów), które mają być ścigane przez CBA – wymóg ten gwarantowany jest przede wszystkim przez art. 42 Konstytucji. Materialne elementy czynu, uznanego za przestępny, powinny być zdefiniowane w ustawie (zgodnie z konstytucyjną zasadą wyłączności ustawy) w sposób kompletny, precyzyjny i jednoznaczny.

„Czyn zabroniony”, o którym mowa w art. 42 Konstytucji, to konkretne (skonkretyzowane) zachowanie, jakie można przypisać jednostce. Jak czytamy w orzecznictwie konstytucyjnym: *„W konsekwencji jakiegokolwiek wskazanie ogólne, umożliwiające daleko idącą swobodę interpretacji co do zakresu znamion czynu zabronionego czy pewnego typu kategorii zachowań, nie może być traktowane jako spełniające wymóg określoności na gruncie art. 42 ust. 1 Konstytucji. Nie oznacza to jednak, że ustawodawca nie może określać pewnych zachowań stanowiących czyn zabroniony w sposób na tyle ogólny, aby w ich zakresie mieściły się różne działania, które są zabronione np. ze względu na cel, jaki ma być osiągnięty przez ich realizację. Wniosek przeciwny należałoby uznać za absurdalny, bowiem w krańcowym ujęciu prowadziłby do konieczności zaprzeczenia abstrakcyjnego i ogólnego charakteru normy prawnej. Nie może jednak budzić wątpliwości, że jednostka w konkretnych okolicznościach narażona jest na odpowiedzialność karną”* - wyrok TK z 26 listopada 2003r., SK 22/02.

Art. 42 Konstytucji nakazuje ustawodawcy takie wskazanie czynu zabronionego, aby zarówno dla adresata normy prawnokarnej, jak i organów stosujących prawo, nie budziło wątpliwości to, czy określone zachowanie *in concreto* wypełnia znamiona czynu, w szczególności podlega ściganiu przez CBA. Skoro bowiem ustawa wprowadza sankcję karną w przypadku zachowań zabronionych, nie może pozostawiać jednostki w nieświadomości czy nawet

niepewności co do tego, czy konkretne zachowanie stanowi czyn zabroniony. Ustawowy opis przestępstwa nie może być na tyle szeroki, aby w konsekwencji wybór przypadków, w których może dochodzić do odpowiedzialności karnej, pozostawia się organom ścigania (i sądom). Ustawodawca nie może wymagać od obywatela uświadomienia sobie zakazu karnego, jeżeli sam nie jest w stanie określić wyraźnie jego granic. Jest to sprzeczne nie tylko w wymogiem ustawowej określoności czynu zabronionego z art. 42 ust. 1 zd. pierwsze Konstytucji, ale też z szeroko pojmowaną w orzecznictwie konstytucyjnym zasadą wyłączności ustawowej z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Ta ostatnia zasada ta nie jest ograniczona tylko do obowiązku wydania ustawy. *„Jest to także sformułowanie wymogu odpowiedniej szczegółowości unormowania ustawowego. Skoro ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności mogą być ustanawiane ‘tylko’ w ustawie, to kryje się w tym nakaz kompletności unormowania ustawowego, które musi samodzielnie określać wszystkie podstawowe elementy ograniczenia danego prawa i wolności, tak aby już na podstawie lektury przepisów ustawy można było wyznaczyć kompletny zarys (kontur) tego ograniczenia. Niedopuszczalne jest natomiast przyjmowanie w ustawie uregulowań blankietowych, pozostawiających organom władzy wykonawczej czy organom samorządu lokalnego swobodę normowania ostatecznego kształtu owych ograniczeń, a w szczególności wyznaczania zakresu tych ograniczeń”* – wyrok TK z dnia 12 stycznia 2000r., P 11/98.

Odpowiednikiem art. 42 ust. 1 Konstytucji jest art. 7 ust. 1 Konwencji - zawierający gwarancje obejmujące całokształt reakcji prawnokarnej na przestępstwo. Zgodnie z orzecznictwem strasburskim gwarancje te obejmują m. in. *„przepisy określające co jest przestępstwem”* – orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu (ETPCz) z dnia 27 września 1995r., w sprawie G. v. Francja. Prawo karne powinno spełniać warunek przewidywalności. *„Przestępstwo musi być wyraźnie zdefiniowane przez prawo. Warunek ten jest spełniony, jeśli ze sformułowania przepisu można zorientować*



się, w razie potrzeby korzystając z pomocy wykładni sądowej, jakie działania i zaniechania powodują odpowiedzialność karną” – orzeczenie ETPCz z dnia 15 listopada 1996r., w sprawie *Cantoni v. Francja*. Tych warunków konwencyjnych nie spełnia ustawowa definicja korupcji.

2) CBA uzyskało prawo do „zbierania wszelkich danych osobowych” (art. 22 ust. 4 ustawy). Dane będą mogły być gromadzone bez wiedzy i zgody osoby, której dotyczą oraz będą mogły być przetwarzane (art. 22 ust. 4 *in fine* ustawy).

Przepisy art. 22 nie zawierają ograniczenia, że CBA zbiera dane osobowe, o ile są one niezbędne dla skutecznego prowadzenia konkretnego postępowania, chociaż wymóg taki *expressis verbis* wynika z art. 51 ust. 2 Konstytucji. Przepisy art. 22 ustawy przewidują jedynie, że CBA może gromadzić jakiegokolwiek dane osobowe, o ile mieści się to we właściwości CBA i jest „uzasadnione charakterem realizowanych zadań”. Takie ujęcie jest zbyt szerokie i jako takie nadmiernie ingeruje w sferę prywatności (art. 47 Konstytucji) oraz w autonomię informacyjną jednostki (art. 51 Konstytucji). Brakuje tutaj zachowania zasady proporcjonalności. „*Zasada proporcjonalności – zgodnie z ustalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego (acquis constitutionnel) – wymaga spełnienia określonych przesłanek, aby wkroczenie w prywatność (naruszenie autonomii informacyjnej) mogło być uznane za konstytucyjne:*

– *wkroczenie musi być ‘niezbędne’ (‘konieczne’) dla osiągnięcia wskazanych w art. 31 ust. 3 celów, które jedynie są władne uzasadnić naruszenie praw i wolności jednostki. Nie wystarczy, aby (wkroczenia)... ‘sprzyjały tym celom’, aby ułatwiały ich osiągnięcie’ albo ‘były wygodne’ dla władzy, która ma je wykorzystać do osiągnięcia tych celów...;*

– *wkroczenie musi (jeśli pomyślnie przejdzie testy oceny wskazane w poprzednich punktach) być środkiem najmniej dotkliwym dla osoby, której wolność lub prawo doznaje ograniczenia” - wyroku TK z dnia 20 listopada 2002r., K 41/02.*

CBA w oparciu przepisy art. 22 ustawy dysponuje podstawą prawną do budowania bazy danych o charakterze ogólnym, która obejmowała będzie informacje potrzebne tylko potencjalnie (hipotetycznie w ocenie samego CBA), które nie są związane z konkretnym postępowaniem przygotowawczym, z konkretną sprawą prowadzoną przez CBA, ale będą ewentualnie możliwe do wykorzystania w bliżej nie sprecyzowanych okolicznościach, w przyszłości. Ograniczenie prawa do prywatności bez skonkretyzowania celów tego ograniczenia, z czym mamy do czynienia w art. 22 ustawy, wychodzi nie tylko poza ramy wymogów ustawowej określoności ingerencji władz publicznych i konieczności w demokratycznym społeczeństwie (art. 8 ust. 2 Konwencji), ale też poza wymóg ograniczania prawa do prywatności jedynie w celach, dla których je wprowadzono (art. 18 Konwencji).

*„Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał (zob. uzasadnienie powołanego wyżej wyroku w sprawie o sygn. K 4/04), że ustawodawca, konstruując przepis, który ingeruje głęboko w sferę prywatności jednostki, musi uwzględnić nie tylko zasady przyzwoitej legislacji (w tym zasadę dookreśloności i konkretności), ale także rozważyć proporcjonalność zastosowanego środka. Nie wystarczy, aby stosowane środki sprzyjały zamierzonym celom, ułatwiały ich osiągnięcie albo były wygodne dla władzy, która ma je wykorzystać do osiągnięcia tych celów. Środki te powinny być godne państwa określanego jako demokratyczne i prawne. Pamiętać przy tym należy, że wskazane środki (czynności operacyjne) o tyle tylko mogą być uznane za usprawiedliwione, o ile ich własnym celem jest właśnie obrona wartości demokratycznego państwa prawnego. Minimalnym wymogiem konstytucyjnym jest to, aby przeszły one test 'konieczności w demokratycznym państwie prawnym'. Nie wystarczy zatem sama celowość, pożyteczność, taniość czy łatwość posługiwania się przez władzę – w odniesieniu do użytego środka” - wyrok TK z 12 grudnia 2005r., K 32/04; też wyrok TK z 3 października 2000r., K 33/99.*

Jednocześnie brak jest kontroli sądowej legalności działania CBA w zakresie gromadzenia i przetwarzania danych osobowych w trybie art. 22 ustawy. Ustawodawca nie przewiduje drogi sądowej nawet po prawomocnym orzeczeniu sądowym lub umorzeniu postępowania. W ten sposób zainteresowana osoba nie może skorzystać z prawa, jakie gwarantuje jej art. 51 ust. 4 Konstytucji (żądanie sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą). W konsekwencji nie jest możliwa także obiektywna weryfikacja działań CBA. W konsekwencji nie jest możliwa także obiektywna weryfikacja działań CBA. Tymczasem przepisy ustawy, jeśli uniemożliwiają zainteresowanemu, „*dostępu do dotyczących go, zgromadzonych w zasobie archiwalnym... informacji, w celu sprostowania czy też usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą oraz uniemożliwiają właściwą ochronę sądową, są niezgodne z art. 30, art. 31 ust. 3, art. 32, art. 45 ust. 1, art. 47 oraz art. 51 ust. 3 i 4 Konstytucji*” – wyrok TK z dnia 26 października 2005r., K 31/04.

Ust. 7 art. 22 ustawy wyszczególnia tzw. dane wrażliwe (w tym o życiu seksualnym), jako te, które również mogą się znaleźć w dyspozycji CBA. Prawo do życia prywatnego obejmuje w świetle Konwencji “*integralność fizyczną i psychiczną osoby ludzkiej*” - orzeczenie ETPCz z 26 marca 1985r., w sprawie X. i Y. v. Holandia; przy czym życie seksualne jest “*najbardziej intymnym elementem życia prywatnego*” - orzeczenie ETPCz z 22 października 1981r., w sprawie Dudgeon v. Wielka Brytania. W przypadku prawa do intymności (składającej się na najbardziej istotny element prywatności), na gruncie cywilnoprawnym nie obowiązuje zasada chcącemu krzywda się nie dzieje, tzn. zgoda na naruszenie prawa do intymności nie stanowi okoliczności wyłączającej bezprawność. Na gruncie konstytucyjnym tak daleko idąca ochrona intymności znajduje uzasadnienie w art. 31 ust. 3 zd. drugie (intymność jako istota prywatności). „*Interpretacja zakazu naruszania istoty ograniczanego prawa lub*

*wolności nie powinna sprowadzać się jedynie do płaszczyzny negatywnej, akcentującej odpowiednie miarkowanie dokonywanych ograniczeń. Należy widzieć w nim również stronę pozytywną, związaną z dążeniem do wskazania – choćby przykładowo – pewnego nienaruszalnego rdzenia danego prawa lub wolności, który pozostawać winien wolny od ingerencji prawodawcy nawet w sytuacji, gdy działa on w celu ochrony wartości wskazanych w art. 31 ust. 3 konstytucji” – wyrok TK z dnia 12 stycznia 1999r., P 2/98.*

Daleko idąca ochrona intymności znajduje konstytucyjną gwarancję także w art. 30 Konstytucji (niezbywalność godności człowieka).

Art. 22 ustawy nie przewiduje możliwości udostępniania zgromadzonych danych osobom, których one dotyczą. Budzi to wątpliwości z punktu widzenia standardu konwencyjnego. *“Przechowywanie w tajnym rejestrze policyjnym i udostępnianie informacji dotyczących życia prywatnego jednostki, połączone z odmową zgody na jakiegokolwiek poprawki, może rodzić problem na tle art. 8 Konwencji. Nie ma potrzeby udowodnienia, iż taka informacja została użyta na jej szkodę” - orzeczenie ETPCz z 26 marca 1987r., w sprawie Leander v. Szwecja.*

**3)** CBA prowadzi działalność kontrolną na podstawie rocznych planów kontroli zatwierdzanych przez Szefa CBA (art. 32 ust. 1 ustawy). CBA może prowadzić działania kontrolne także doraźnie, na podstawie zarządzeń Szefa CBA (ust. 2). Kontrolę przeprowadza się zgodnie z programem kontroli zatwierdzonym przez Szefa CBA lub osobę upoważnioną do działania w jego imieniu (art. 33 ust. 1). Kontrola powinna być ukończona w terminie 3 miesięcy (st. 3). W szczególnie uzasadnionych przypadkach okres kontroli może być przedłużany na dalszy czas oznaczony przez Szefa CBA, nie dłuższy jednak niż o 6 miesięcy (ust. 4).

Tak rozumianym kontrolom podlegają też przedsiębiorcy (art. 31 ust. 3 *in fine* ustawy). Przedsiębiorcy są poddawani kontrolom przeprowadzanym w ramach kontrolowania osób pełniących funkcje publiczne (art. 31 ust. 3 ustawy),

nawet jeśli są podmiotami nieotrzymującymi środków publicznych. W przypadku „jednostek niezaliczanych do sektora finansów publicznych”, kontroli podlegają jedynie te jednostki, które otrzymują środki publiczne (art. 31 ust. 3 ustawy); takiego zastrzeżenia nie zastosowano wobec przedsiębiorców (art. 31 ust. 3 ustawy *in fine*).

Równych traktujemy równo, nierównych – nierówno. Na tym polega arystotelesowska koncepcja "*sprawiedliwości rozdzielania*" (czyli sprawiedliwości dystrybutywnej, proporcjonalnej), zakładająca jednakowe traktowanie (dzielenie dóbr i rozkład ciężarów) podmiotów tej samej kategorii, znajdujących się w podobnej sytuacji. Racjonalność (obiektywność), proporcjonalność i sprawiedliwość - takie kryteria uzasadnionej dyferencjacji podmiotów prawa - i w tej właśnie kolejności (zaosttrzające rygory) - wskazuje TK w orzeczeniu z dnia 3 września 1996r., K 10/96.

W art. 31 ust. 3 ustawy brak zastrzeżenia, że spośród przedsiębiorców kontroli podlegają tylko podmioty otrzymujące środki publiczne, przy jednoczesnym zawarciu takiego zastrzeżenia odnośnie jednostek niezaliczanych do sektora finansów publicznych. Oznacza to nierówne traktowanie przedsiębiorców w stosunku do jednostek niezaliczanych do sektora finansów publicznych – w efekcie art. 31 ust. 3 ustawy jest niezgodny z art. 2 i art. 32 ust. 1 zd. pierwsze Konstytucji.

3-miesięczne, a nawet 6-miesięczne kontrole przedsiębiorców (art. 31 ust. 3 *in fine* w zw. z art. 33 ust. 3 i 4 ustawy), przeprowadzane w trybie doraźnym (art. 32 ust. 2 ustawy) niewątpliwie nie są obojętne dla działalności gospodarczej, mogą tą działalność utrudniać, czy nawet paraliżować. *Ratio legis* przepisów Rozdziału 4 ustawy polega na ochronie wartości sformułowanych w art. 7 Konstytucji. Dobro wymiaru sprawiedliwości (dążenie do ustalenia prawdy arystotelesowskiej) ma tutaj na celu ochronę zasady praworządności przed wpływami natury korupcyjnej. Jednak konstytucyjną wartością jest też wolność działalności gospodarcza (art. 20 Konstytucji), którą można ograniczać

jedynie ze względu na ważny interes publiczny (art. 22 Konstytucji). Przy takiej konstrukcji ustrojowej ograniczenie wolności gospodarczej musi spełniać wymóg konieczności, tzn. wolność działalności gospodarczej może ustąpić ochronie praworządności tylko pod warunkiem, że w inny sposób nie można zagwarantować ochrony praworządności. Wg utrwalonego orzecznictwa konstytucyjnego, ograniczenie wolności gospodarczej może być wprowadzone „*tylko w zakresie niezbędnym*” – orzeczenie TK z dnia 26 kwietnia 1995r., K 11/94.

Doraźnie kontrole przedsiębiorców trwające 3- lub 6-miesiące bez zastrzeżenia, że kontrole te przeprowadza się, gdy inne środki są bezskuteczne albo zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne – oznacza, iż art. 31 ust. 3 w zw. z art. 32 ust. 2 oraz art. 33 ust. 3 i 4 ustawy jest niezgodny z art. 20 i 22 Konstytucji.

4) Art. 40 ustawy dotyczy jedynie osób pełniących funkcje publiczne i zawiera podstawę prawną do dokonywania „ogłędzin” przy ustalaniu stanu majątkowego, tzn. do ingerencji w prywatność - ale bez wskazania wymogu konieczności. W efekcie osoby pełniące funkcje publiczne traktowane są jak podejrzani z założenia, co jest sprzeczne z zasadą demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji).

Dochodzi do ingerencji w prawo do prywatności, które zgodnie z art. 233 ust. 1 Konstytucji jest *“nienaruszalne nawet w ustawach ograniczających inne prawa, wydawanych w stanie wojennym i wyjątkowym. Oznacza to, że nawet warunki tak wyjątkowe i ekstremalne nie zezwalają ustawodawcy na złagodzenie przesłanek, przy spełnieniu których można wkroczyć w sferę życia prywatnego nie narażając się na zarzut niekonstytucyjnej arbitralności”* - wyroku TK z dnia 20 listopada 2002r., K 41/02.

Należy też uwzględnić wymogi konwencyjne, które nie wyłączają spod ochrony prawnej funkcjonariuszy publicznych. Zgodnie z orzecznictwem

strasburskim, *“status funkcjonariusza państwowego nie pozbawia ochrony wynikającej z art. 8 Konwencji”* - decyzja Komisji z 4 marca 1988r., w sprawie A.O. v. Holandia). Pojęcie życia prywatnego *“jest szerokie i nie daje się wyczerpująco zdefiniować”* - orzeczenie ETPCz z 25 marca 1993r., w sprawie Costello-Roberts v. Wielka Brytania. Ponadto art. 8 ust. 2 Konwencji przewiduje, że *“dopuszczalne wyjątki od prawa w nim zagwarantowanego powinien być wąsko interpretowany”* - orzeczeniu ETPCz z 6 września 1978r., w sprawie Klass i inni v. Niemcy. W tym ostatnim orzeczeniu ETPCz stwierdził: *„Z zasady rządów prawa wynika m.in., iż ingerencja organów władzy wykonawczej w prawa jednostki powinna być poddana skutecznej kontroli powierzonej zwykle sądom, przynajmniej w ostatniej instancji, jako że kontrola sądowa daje najlepsze gwarancje niezawisłości, bezstronności i właściwej procedury”*. Art. 40 ustawy zakłada przeprowadzanie oględzin przez funkcjonariusza kontrolującego na skutek złożenia oświadczenia o stanie majątkowym przez osobę pełniącą funkcję publiczną, a więc dopuszcza do ingerencji w prawa jednostki bez kontroli sądu.

Art. 40 ust. 2 ustawy dotyczy oględzin nieruchomości. W tym mieści się ingerencja w nienaruszalność mieszkania oraz przeszukanie mieszkania – wartości chronione przez art. 50 Konstytucji oraz przez art. 8 Konwencji. Wylania się tutaj zagadnienie proporcjonalności. *„Przesłanka konieczności ograniczenia w demokratycznym państwie”, sformułowana w art. 31 ust. 3, stanowi w pewnym sensie odpowiednik wypowiedzianych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego postulatów kształtujących treść zasady proporcjonalności. Z jednej strony stawia ona przed prawodawcą każdorazowo wymóg stwierdzenia rzeczywistej potrzeby dokonania w danym stanie faktycznym ingerencji w zakres prawa bądź wolności jednostki. Z drugiej zaś winna ona być rozumiana jako wymóg stosowania takich środków prawnych, które będą skuteczne, a więc rzeczywiście służące realizacji zamierzonych przez prawodawcę celów. Ponadto chodzi tu o środki niezbędne, w tym sensie, że*

*chronić będą określone wartości w sposób, bądź w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków. Niezbędność to również skorzystanie ze środków jak najmniej uciążliwych dla podmiotów, których prawa lub wolności ulegną ograniczeniu. Ingerencja w sferę statusu jednostki musi więc pozostawać w racjonalnej i odpowiedniej proporcji do celów, których ochrona uzasadnia dokonane ograniczenie”* – wyrok TK z dnia 12 stycznia 1999r., P 2/98. Tymczasem przepis art. 40 ust. 2, tak jak cały art. 40 ustawy, choć upoważnia CBA do ingerowania w konstytucyjne wolności i prawa, to nie zawiera właśnie pozytywnej przesłanki konieczności (z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 8 ust. 2 Konwencji), tzn. hipoteza przepisu ustawy w ogóle pomija kwestię, czy ingerencja ta (ograniczenie) jest niezbędna (konieczna) dla osiągnięcia celów ustawowych. W konsekwencji oznacza to niezgodność art. 40 ust. 2 ustawy z art. 50 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji i z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 Konwencji.