



RZECZPOSPOLITA POLSKA
Rzecznik Praw Obywatelskich

Janusz KOCHANOWSKI

RPO-591811-I/08/AK

00-090 Warszawa Tel. centr. 0-22 551 77 00
Al. Solidarności 77 Fax 0-22 827 64 53

Warszawa, 08/08/2008r.

Trybunał Konstytucyjny

Warszawa

Wniosek

Rzecznika Praw Obywatelskich

Na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. Nr 78, poz. 483 ze zm.) oraz art. 16 ust 2 pkt 2 ustawy z 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2001 r. Nr 14, poz. 147 ze zm.)

wnoszę o

stwierdzenie niezgodności:

1. art. 21 ust. 3 ustawy z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2005 r. Nr 196, poz. 1631 ze zm.) z zasadą poprawnej legislacji wynikającą z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej;
2. art. 21 ust. 4 ustawy wskazanej w punkcie 1 z zasadą poprawnej legislacji wynikającą z art. 2 i art. 61 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej;
3. art. 21 ust. 5 ustawy wskazanej w punkcie 1 z zasadą poprawnej legislacji wynikającą z art. 2 i art. 61 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej

UZASADNIENIE

Zasada jawności działania organów władzy publicznej, będąca jednym z fundamentów demokratycznego państwa prawnego, konkretyzuje się między innymi w prawie dostępu obywateli do informacji publicznej. Ujęte w art. 61 ust. 1 i 2 Konstytucji RP prawo do informacji o działalności władzy publicznej ma na celu społeczną kontrolę tej władzy i przeciwdziała wszelkim jej nadużyciom. Powszechny i możliwie szeroki dostęp do informacji publicznej wydaje się stanowić niezbędną przesłankę zaistnienia społeczeństwa obywatelskiego. Tym samym, poprzez stworzenie mechanizmów udostępniania pewnych kategorii informacji, dochodzi do urzeczywistnienia demokratycznych zasad funkcjonowania władzy publicznej w Rzeczypospolitej.

Prawo do uzyskiwania informacji realizowane jest w różnych formach - Konstytucja wskazuje na najważniejsze z nich, czyli dostęp do dokumentów, a także wstęp na posiedzenia kolegialnych organów władzy publicznej pochodzących z powszechnych wyborów. Odpowiednikiem prawa do informacji jest spoczywający na organach władzy publicznej obowiązek udzielenia obywatelom określonych informacji o działalności instytucji. Obowiązek ten polega nie tyle na dostępności określonych informacji dla odbiorcy, lecz oznacza konieczność aktywnego działania ze strony organu udzielającego informacji. Polega ono w szczególności na dostarczeniu osobie zainteresowanej - na jej żądanie, pewnego zakresu informacji, związanego z działalnością publiczną (tak Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 20 marca 2006 r., sygn. K 17/05, OTK ZU 3/A/2006).

Założenia powyższe realizuje ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz. 1198 ze zm.; dalej: ustawa o dostępie do informacji publicznej lub u.d.i.p.). Zarówno w świetle postanowień Konstytucji, jak i niniejszej ustawy, prawo dostępu do informacji publicznej ma konstrukcję publicznego prawa podmiotowego, które zapewnia obywatelowi możliwość żądania od organów władzy publicznej określonego zachowania w postaci udostępnienia informacji. Skuteczność tego uprawnienia wzmocniona jest możliwością egzekwowania dostępu do informacji w drodze odpowiednich instytucji procesowych. Art. 16 ust. 1 u.d.i.p. wskazuje bowiem, iż odmowa

udostępnienia informacji publicznej oraz umorzenie postępowania o udostępnienie informacji przez organ władzy publicznej następuje w drodze decyzji administracyjnej, do której zastosowanie znajduje - z nielicznymi modyfikacjami - Kodeks postępowania administracyjnego. Wydawanie decyzji powoduje, iż odmowa udostępnienia informacji co do zasady nie powinna cechować się arbitralnością.

Obowiązek udostępnienia informacji publicznej nie ma, co wynika wprost z Konstytucji, charakteru absolutnego. Zgodnie z dyspozycją art. 61 ust. 3 ustawy zasadniczej, ze względu na określone w ustawach ochronę wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych oraz ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa następuje ograniczenie powszechnego dostępu do informacji. Ze względu na to, iż jest to odstępstwo od ogólnej zasady udostępniania informacji publicznej, wyjątek ten powinien być interpretowany jak najściślej, a wszelkie wątpliwości powinno się rozstrzygać na rzecz obywatelskiego prawa dostępu do informacji. Również ustawa o dostępie do informacji publicznej wskazuje na istnienie odstępstw, w art. 5 ust. 1 stanowiąc, że prawo do informacji podlega ograniczeniu w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych. Zasada jawności informacji publicznej podlega tym samym wyłączeniu z mocy szczegółowych uregulowań ustawowych. W razie odmowy udostępnienia informacji z powołaniem się na jedną z wymienionych wartości bądź ze wskazaniem na ustawowe ograniczenie, organ władzy publicznej powinien wyraźnie oznaczyć podstawę decyzji odmownej. Decyzja taka może być następnie przedmiotem niezależnej kontroli ze strony organu sądowego. W przypadku kontroli decyzji odmownej, która opiera się na wyjątku przewidzianym w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych, sąd poprzestaje jednak na badaniu, czy dana informacja rzeczywiście jest informacją wchodzącą w wyżej wymieniony zakres odstępstw. Odrębna kontrola czynności nadania klauzuli „poufne” jest niedopuszczalna (zob. postanowienie NSA z dnia 8 grudnia 2000 r., sygn. II SA 1568/00). W tej procedurze kontroli sądowej nie podlegają natomiast przesłanki oraz zasadność zakwalifikowania danej informacji jako informacji niejawnej w świetle przepisów o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych.

Informacje niejawne, zgodnie z ustawą z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2005 r. Nr 196, poz. 1631 ze zm.; dalej: ustawa o ochronie informacji niejawnych lub u.o.i.n.) mają postać albo tajemnicy państwowej czyli informacji, której nieuprawnione ujawnienie może spowodować istotne zagrożenie dla podstawowych interesów Rzeczypospolitej Polskiej dotyczących porządku publicznego, obronności, bezpieczeństwa, stosunków międzynarodowych lub gospodarczych państwa albo tajemnicy służbowej, którą jest informacja niejawna niebędąca tajemnicą państwową, uzyskana w związku z czynnościami służbowymi albo wykonywaniem prac zleconych, której nieuprawnione ujawnienie mogłoby narazić na szkodę interes państwa, interes publiczny lub prawnie chroniony interes obywateli albo jednostki organizacyjnej. Wynika z powyższego, iż w zasadzie pewne kategorie informacji nie korzystają z ochrony z powodu wyrazu woli jej dysponenta, lecz ze względu na konieczność ochrony interesu publicznego. Takie rozumienie narzuca art. 61 ust. 3 Konstytucji, który wyraźnie wskazuje na materialne wartości, ze względu na które następuje ograniczenie obywatelskiego prawa do informacji.

Ustawa o ochronie informacji niejawnych określa zasady ochrony tych informacji, w tym - istotne z punktu widzenia niniejszego wniosku - reguły dotyczące klasyfikowania informacji niejawnych oraz ich udostępniania. Klasyfikowanie informacji niejawnej oznacza przyznanie tej informacji, w sposób wyraźny, przewidzianej w ustawie jednej z klauzul tajności. Informacje niejawne, zgodnie z art. 23 ust. 1 u.o.i.n., zaklasyfikowane jako tajemnica państwowa oznacza się klauzulą „ściśle tajne” (zgodnie z wykazem, który stanowi część I załącznika nr 1 do ustawy) albo „tajne” (zgodnie z wykazem, który stanowi część II załącznika nr 1 do ustawy); informacje zaklasyfikowane jako tajemnica służbowa oznacza się natomiast jako „poufne” - w wypadku, gdy ich nieuprawnione ujawnienie powodowałoby szkodę dla interesów państwa, interesu publicznego lub prawnie chronionego interesu obywateli - lub „zastrzeżone” - w przypadku gdy ich nieuprawnione ujawnienie mogłoby spowodować szkodę dla prawnie chronionych interesów obywateli albo jednostki organizacyjnej (art. 23 ust. 2 u.o.i.n.). Informacje niejawne, którym przyznano określoną klauzulę tajności są chronione m.in. poprzez fakt, iż mogą być udostępnione wyłącznie osobie uprawnionej do dostępu do informacji niejawnych o określonej klauzuli tajności, muszą być wytwarzane, przetwarzane, przekazywane lub przechowywane w warunkach uniemożliwiających ich nieuprawnione ujawnienie, jak

również muszą być chronione, odpowiednio do przyznanej klauzuli tajności, przy zastosowaniu środków określonych w ustawie (art. 20 u.o.i.n.). Powyższy „reżim”, związany z samym faktem przyznania informacji klauzuli tajności, powoduje, iż w momencie zaklasyfikowania informacji jako niejawnej obywatele *de facto* zostają pozbawieni możliwości realizacji konstytucyjnego prawa dostępu do informacji publicznej.

Niezwykle ważny z perspektywy zasady jawności życia publicznego i prawa obywateli dostępu do informacji publicznej jest art. 21 ustawy o ochronie informacji niejawnych, który reguluje kwestie związane z nadawaniem klauzuli tajności. Ust. 1 tego artykułu wskazuje, iż klauzulę taką przyznaje osoba, która jest upoważniona do podpisania dokumentu lub oznaczenia innego niż dokument materiału. Uprawnienie do przyznawania, zmiany i znoszenia klauzuli tajności przysługuje wyłącznie w zakresie posiadanego prawa dostępu do informacji niejawnych. Ponadto, zgodnie z art. 21 ust. 3, osoba przyznająca klauzulę tajności ponosi odpowiedzialność za jej przyznanie. Bez jej zgody albo bez zgody jej przełożonego klauzula nie może być zmieniona lub zniesiona. W związku z tą odpowiedzialnością pozostaje dyspozycja ust. 4 omawianego artykułu, która uznaje za niedopuszczalne zawyżanie lub zaniżanie klauzuli tajności. Odbiorca informacji niejawnej, w przypadku uznania, iż doszło do wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności, zgłasza ten fakt osobie przyznającej klauzulę tajności lub jej przełożonemu. W przypadku, gdy osoba ta lub jej przełożony zdecyduje się na zmianę klauzuli, powinna poinformować o tym odbiorców materiału.

Ustawa o ochronie informacji niejawnych - jak wskazano wyżej - zabrania zawyżania i zaniżania klauzuli tajności (art. 21 ust. 4). Zakaz ten jest oczywisty z punktu widzenia ochrony interesów państwa. Zaniżanie klauzuli tajności może polegać na fackie nadania przykładowo wynikom badań naukowych o szczególnie ważnym znaczeniu dla obronności i bezpieczeństwa państwa (które zgodnie z załącznikiem do ustawy powinny stanowić informację niejawną oznaczona klauzulą „ściśle tajne”) klauzuli „poufne”. Dochodzi tym samym do nadania konkretnej informacji klauzuli niższej niż wynika to z przepisów ustawy. Rygory, które w stosunku do informacji poufnych nie są ustanowione na tak wysokim poziomie, jak dla informacji ściśle tajnych (np. okres ochrony), powodują, iż informacja taka nie jest chroniona w prawidłowy sposób. W tym kontekście należy zauważyć, iż zaniżanie i zawyżanie klauzuli tajności w pewnych sytuacjach podlega

penalizacji. Art. 231 kodeksu karnego reguluje bowiem, ścigane z oskarżenia publicznego, przestępstwo przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków przez funkcjonariusza publicznego. Z jednej strony przekroczeniem uprawnień, a więc czynnością wykraczającą poza uprawnienia służbowe funkcjonariusza, może być zawyżenie klauzuli tajności, z drugiej, niedopełnieniem obowiązków, czyli zaniechaniem ich wykonania, może być zniżenie klauzuli. Warto jednak zaznaczyć, iż przestępstwo określone w art. 231 k.k. jest przestępstwem skutkowym - konieczne jest działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego. Ponadto, na karalność niektórych czynności w ramach nadawania klauzul tajności wskazują postanowienia rozdziału XXXIII kodeksu karnego, które regulują kwestie związane z ujawnianiem lub nieuprawnionym wykorzystywaniem informacji stanowiących tajemnicę państwową (np. art. 265 k.k.). Zachodzi jednak istotna różnica między ujawnianiem informacji a zniżaniem klauzuli tajności. Ujawnić to uczynić jawnym, wiadomym. Ujawnieniem informacji jest każde zachowanie, które będzie powodować, iż informacja dojdzie do osoby nieuprawnionej. Nie jest natomiast istotny sposób ujawnienia - może nastąpić to w formie wypowiedzi ustnej, pisemnej, okazania dokumentów, a nawet poprzez użycie znaku lub gestu. Zniżeniem klauzuli, niezależnie od tego czy zniżenie wiąże się jednocześnie z nieuprawnionym ujawnieniem, będzie natomiast nadanie konkretnej informacji klauzuli niższej niż ta, na którą zasługuje i jaka jest wymagana dla jej ochrony. W omawianym tu zakresie jedynie bezprawne ujawnienie informacji łączy się z pewnymi sankcjami. Z samym jednak faktem zniżenia, w przypadku, gdy zachowanie to nie wypełnia jednocześnie znamion przestępstwa określonego w art. 256 k.k. lub w innych przepisach rozdziału XXXIII k.k., ustawa nie wiąże żadnych konsekwencji prawnych.

W przypadku zawyżania klauzul tajności, ustawa *expressis verbis*, tak jak w przypadku zniżania, zabrania tego typu zachowań. W razie stwierdzenia takiego faktu przez odbiorców materiału nie nakłada na nich, ani na osobę, która przyznała klauzulę obowiązku jej zmiany. Podobnie ustawa pomija całkowicie problematykę bezprawnego utajnienia informacji, czyli nadania klauzuli tajności takim informacjom, które są już dostatecznie chronione na podstawie innych regulacji prawnych bądź takim informacjom, które nie odpowiadają kryteriom określonym w definicji tajemnicy, a więc niepodlegającym ochronie w demokratycznym państwie prawnym, którego istotnym składnikiem jest obywatelskie prawo dostępu do informacji.

Na tle powyższego stanu prawnego można zatem sformułować następujące zarzuty w zakresie niekonstytucyjności podanych w petitum wniosku przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych:

- niezgodność art. 21 ust. 3 u.o.i.n. z zasadą prawidłowej legislacji wynikającą z art. 2 Konstytucji RP

Przepis art. 21 ust. 3 u.o.i.n. w brzmieniu: „osoba, o której mowa w ust. 1, ponosi odpowiedzialność za przyznanie klauzuli tajności i bez jej zgody albo bez zgody jej przełożonego klauzula nie może być zmieniona lub zniesiona. Dotyczy to również osoby, która przekazała dane do dokumentu zbiorczego”, jest w przekonaniu Rzecznika Praw Obywatelskich niezgodny z konstytucyjną zasadą prawidłowej legislacji, w szczególności zasadą tworzenia logicznych, spójnych i kompletnych unormowań, wynikającą z art. 2 ustawy zasadniczej. Kwestionowany przepis ustawy o ochronie informacji niejawnych, wprowadzający zasadę odpowiedzialności osoby upoważnionej do podpisania dokumentu, wskazuje bowiem na „odpowiedzialność za przyznanie klauzuli tajności” bez wskazywania o jaką konkretnie odpowiedzialność chodzi (karną, służbową czy być może dyscyplinarną). Jak wskazano powyżej, zaklasyfikowanie informacji niejawnej może wyjątkowo stanowić jednocześnie przestępstwo bezprawnego ujawnienia informacji i w tym wypadku może łączyć się z odpowiedzialnością karną. Natomiast każda inna czynność związana z przyznawaniem klauzul tajności wbrew przepisom ustawy (zawyżanie, zaniżanie, bezprawne utajnianie) będzie wiązać się z odpowiedzialnością, której ustawodawca w ustawie o ochronie informacji niejawnych nie precyzuje. Ustawodawca nie odnosi się do zasad odpowiedzialności związanej z przyznawaniem klauzuli tajności - nie uściśla, czy odpowiedzialność ta opiera się na zasadzie winy obiektywnej lub subiektywnej, jakimi posługuje się sankcjami, czy w jakim trybie jest realizowana. W ustawie nie przesądzono również, czy zasad tej odpowiedzialności należy poszukiwać w innych aktach normatywnych. Art. 54 ust. 1 pkt 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych pozwala jedynie domniemywać, że odpowiedzialność ta może być karna, dyscyplinarna i służbowa. Przedmiotowy przepis wskazuje bowiem, iż dopuszczenie do pracy lub służby, z którymi

łączy się dostęp do informacji niejawnych, poprzedza szkolenie w zakresie ochrony informacji niejawnych prowadzone w celu zapoznania się z odpowiedzialnością karną, dyscyplinarną i służbową za naruszenie przepisów o ochronie informacji niejawnych. Regulacja art. 54 u.o.i.n., wskazująca na odpowiedzialność karną, dyscyplinarną i służbową o zdecydowanie szerszym zakresie podmiotowym, gdyż dotycząca każdego, kto mógłby naruszyć przepisy o ochronie informacji niejawnych, a nie jedynie osób przyznających klauzulę tajności, nie określa jednak ani zasad ani warunków ponoszenia odpowiedzialności przez osoby przyznające klauzulę tajności.

Powyższy stan prawny stoi zatem w sprzeczności z zasadą demokratycznego państwa prawa, w którym obowiązują zasady prawidłowej legislacji. Ustawodawca, decydując się na wprowadzenie przepisu art. 21 ust. 3 u.o.i.n. postawił sobie za cel ukształtowanie odpowiedzialności osób, które nadają klauzulę tajności. Kwestionowane uregulowanie nie jest jednak prawidłowe, gdyż sformułowane ostatecznie przepisy nie wyrażają w prawidłowy sposób wysławianej normy i nie nadają się do realizacji zakładanego celu (zob. wyrok TK z dnia 24 lutego 2003, sygn. K 28/02, OTK ZU 2/A/2003, poz. 13). Norma prawna, z której wynika, że osoba nadająca klauzulę tajności ponosi za nią odpowiedzialność nie nadaje się do realizacji zakładanego celu. Nie wiadomo bowiem o jaką odpowiedzialność chodzi, jak ona się kształtuje oraz czy zaniżenie, zawyżenie lub bezprawne utajnienie powoduje jej uruchomienie.

Z zasad prawidłowej legislacji, wywodzonych z art. 2 Konstytucji RP, wynika obowiązek stanowienia przepisów, które sformułowane są w sposób jasny, poprawny i precyzyjny. Ustawodawca ma również obowiązek zapewnienia przewidywalności skutków zastosowania danej normy, która musi być kompletna. Brak kompletności normy art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych, mówiącej o tym, że osoba przyznająca klauzulę tajności ponosi odpowiedzialność za jej przyznanie, wydaje się oczywisty, gdyż z jej zastosowaniem nie wiążą się żadne skutki prawne. W ustawie brakuje doprecyzowania w zakresie ponoszenia odpowiedzialności za przyznawanie klauzuli tajności. W przekonaniu Rzecznika Praw Obywatelskich, kwestionowane unormowanie ma charakter pozorny, gdyż ustawa wskazuje osobę ponoszącą odpowiedzialność za przyznanie klauzuli tajności, nie określając o jaką odpowiedzialność chodzi. Istotą jakiegokolwiek odpowiedzialności jest bowiem jej ukształtowanie tak, aby w momencie jej aktualizacji

rodziły się konkretne skutki prawne. W chwili obecnej, na gruncie ustawy o ochronie informacji niejawnych z faktem zadeklarowania odpowiedzialności osoby podpisującej dokument ustawa nie wiąże w sferze normatywnej żadnych skutków prawnych.

- niezgodność art. 21 ust. 4 u.o.i.n. z zasadą prawidłowej legislacji wynikającą z art. 2 i art. 61 ust. 1 Konstytucji RP

Również art. 21 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych w brzmieniu: „zawyżanie lub zaniżanie klauzul tajności jest niedopuszczalne” jest niezgodny z zasadami prawidłowej legislacji wynikającymi z art. 2 Konstytucji RP. Także w stosunku do tego unormowania należy podnieść, iż jest to rozstrzygnięcie legislacyjne o charakterze pozornym, któremu brakuje cech kompletności. Ustawodawca poprzestaje bowiem na stwierdzeniu, iż pewna kategoria postępowania w stosunku do informacji niejawnych jest niedopuszczalna. Z zakazem tym nie wiążą się jednak żadne skutki prawne w postaci obowiązku zmiany klauzuli tajności. Mimo tego, iż ustawa pewne czyny określa jako niedopuszczalne, a więc takie, których nie można tolerować, ze stwierdzeniem takiego stanu rzeczy nie wiąże jakichkolwiek skutków prawnych. W przekonaniu Rzecznika Praw Obywatelskich, ustanawianie zakazu lub przesądzanie, iż pewna kategoria zachowań jest niedopuszczalna oraz zadeklarowanie, iż takie zachowania wiążą się z odpowiedzialnością, przy jednoczesnym braku sankcji za naruszenie powyższych reguł, nie tylko jest niezgodne z zasadą prawidłowej legislacji, ale i z poprawnym konstruowaniem normy prawnej. Można zaryzykować stwierdzenie, że w ten sposób przepis prawa materialnego - określający kto, w jakich okolicznościach i jak powinien się zachować - staje się w istocie martwy.

W tym kontekście należy stwierdzić, iż niekonstytucyjność kwestionowanej regulacji ustawowej ma swoje źródło w działaniach ustawodawcy, który w sposób nierzetelny ukształtował rozwiązanie legislacyjne. W demokratycznym państwie prawnym prawo powinno być zbiorem powiązanych ze sobą przepisów, które tworzą funkcjonalną całość. W przypadku kwestionowanej przez Rzecznika Praw Obywatelskich regulacji ustawy o ochronie informacji niejawnych owej funkcjonalności brakuje, bowiem z zakazanym ustawowo faktem zawyżenia lub zniżenia klauzuli tajności ustawa nie łączy skutków w postaci uruchomienia odpowiedzialności karnej, służbowej lub dyscyplinarnej bądź

skutku w postaci obowiązku zmiany lub nawet rozważania zmiany zawyżonej lub zaniżonej klauzuli. W świetle powyższego stwierdzić należy, iż ustawowa regulacja uznająca za niedopuszczalne zawyżanie i zaniżanie klauzul tajności, przypisująca nieskonkretyzowaną i niesprecyzowaną odpowiedzialność, stoi w sprzeczności z zasadami prawidłowej legislacji z art. 2 Konstytucji RP.

W przypadku art. 21 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych można mówić o jeszcze innym aspekcie niekonstytucyjności kwestionowanego unormowania. Sam zakaz zawyżania klauzuli tajności, niepołączony - w razie stwierdzenia tego faktu - z obowiązkiem jej zmiany, wydaje się być sprzeczny z wynikającym z art. 61 ust. 1 Konstytucji RP publicznym prawem podmiotowym dostępu do informacji. Prawo to polega na uprawnieniu jej otrzymania (art. 61 ust. 1 i art. 54 ust. 1 Konstytucji RP), chyba że dana informacja została utajniona na mocy ustawy (art. 61 ust. 3 i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP) ze względu na ochronę wartości wskazanych w ustawie zasadniczej. Utajnienie pewnych informacji poprzez przyznanie jej klauzuli tajności, zgodnie z wskazanymi wyżej normami Konstytucji (art. 61 ust. 3), jak i postanowieniami ustawy o dostępie do informacji publicznej (art. 5 ust. 1) pozbawia obywatela możliwości realizacji konstytucyjnego prawa dostępu do informacji publicznej. Nadanie klauzuli tajności ma charakter powszechny - jest skuteczne wobec każdego obywatela, nieposiadającego certyfikatu dostępu do informacji niejawnych, każdy taki obywatel zostaje pozbawiony dostępu do informacji publicznej. Z faktem zawyżenia klauzuli tajności, a więc przyznania danej informacji klauzuli wyższej niż ta, na którą zasługuje, powinien być zatem związany - w myśl realizacji konstytucyjnego prawa dostępu do informacji - skutek w postaci konieczności obniżenia lub zniesienia takiej klauzuli. Bezpodstawne przyznawanie wyższych klauzul tajności bez prawnego obowiązku ich zmiany po stronie osób za nie odpowiedzialnych, zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, jest zaprzeczeniem obywatelskiego prawa dostępu do informacji publicznej. W ten sposób, niczym niekontrolowane nadawanie klauzul tajności prowadzi do zniweczenia konstytucyjnego prawa do informacji publicznej. W przekonaniu Rzecznika Praw Obywatelskich, aby dostęp do informacji publicznej - wobec praktycznie zupełnej dowolności po stronie administracji publicznej w utajnianiu materiałów - nie stał się uprawnieniem czysto iluzorycznym, ustawodawca z zakazem zawyżania klauzuli tajności, w razie stwierdzenia takiego zawyżenia, powinien powiązać albo egzekwowalny

obowiązek prawny do zmiany klauzuli tajności albo wręcz automatyczny skutek prawny w postaci zmiany klauzuli.

Niekonstytucyjność kwestionowanego przez Rzecznika unormowania jest widoczna jeszcze wyraźniej w zakresie, w jakim pomija problematykę bezprawnego utajniania informacji. Bezprawne utajnienie informacji to nadanie pewnym dokumentom, do których powszechny dostęp mają obywatele, klauzuli tajności, mimo tego, iż informacja ta nie odpowiada określonym w ustawie o ochronie informacji niejawnych materialnym kryteriom tajemnicy państwowej lub tajemnicy służbowej. W tym kontekście należy stwierdzić, iż - po pierwsze - brak jasności, co do tego, czy ustawodawca zakazuje bezpodstawnego utajniania informacji, czy jedynie zawyżania w ramach istniejących klauzul, przesądza, zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, o niezgodności art. 21 ust. 4 u.o.i.n. z zasadą prawidłowej legislacji wynikającą z art. 2 Konstytucji. Po drugie, jeżeli przyjąć interpretację, iż ustawodawca nie zakazuje bezpodstawnego utajniania informacji, to w tym zakresie art. 21 ust. 4 u.o.i.n. okazuje się być niezgodny z obywatelskim prawem jednostki dostępu do informacji wynikającym z art. 61 ust. 1 ustawy zasadniczej.

Jak zaznaczono na wstępie niniejszego wniosku, pewne informacje powinny korzystać z ochrony nie z powodu wyrazu woli jej dysponenta, ale ze względu na konieczność ochrony interesu publicznego. Tę regułę wyraża art. 61 ust. 3 ustawy zasadniczej oraz potwierdza obowiązująca ustawa o ochronie informacji niejawnych, definiując w art. 2 pkt 1 pojęcie tajemnicy państwowej i służbowej. Co do zasady zatem, o przyznaniu danej informacji klauzuli niejawności powinny decydować względy materialne - bądź przyjęcie, że informacja jest jedną z kategorii figurujących w załączniku nr 1 do ustawy i jej nieuprawnione ujawnienie może spowodować istotne zagrożenie dla podstawowych interesów Rzeczypospolitej Polskiej dotyczących porządku publicznego, obronności, bezpieczeństwa, stosunków międzynarodowych lub gospodarczych państwa (tajemnica państwowa) bądź groźba, że nieuprawnione ujawnienie informacji może powodować szkodę dla interesów państwa, interesu publicznego lub prawnie chronionych interesów obywateli albo jednostki organizacyjnej (tajemnica służbowa). Co więcej, sam fakt przyznania klauzuli tajności, jak również nadanie takiej a nie innej klauzuli, nie jest badane przez żaden „zewnątrzny” w stosunku do osoby podpisującej dokument organ (np. sąd administracyjny). Powoduje to, że informacji niespełniającej, zgodnie z definicją

ustawową, kryteriów ani tajemnicy państwowej, ani tajemnicy służbowej, klauzula niejawności może być swobodnie przyznana, bez konieczności jej zmiany, czy też uchylecia. Na tym tle rysują się dwie wątpliwości.

Po pierwsze, czy ustawodawca przez stwierdzenie „zawyżanie [...] klauzuli tajności jest niedopuszczalne” rozumie również bezprawne przyznawanie klauzuli tajności informacjom, które w świetle obowiązującej ustawy ochrony takiej nie wymagają. Innymi słowy, czy „zawyżenie” w rozumieniu art. 21 ust. 4 u.o.i.n. to jedynie przykładowo zakwalifikowanie informacji jako „ściśle tajne”, podczas gdy wymaga ona ochrony na poziomie „tajne”, czy może zawyżanie odnosi się również do przyznania klauzuli tajności informacji, która w demokratycznym państwie prawnym nie wymaga ochrony i zgodnie z ustawą o dostępie do informacji publicznej powinna być jawna. Powyższe wątpliwości interpretacyjne, które nie mogą zostać usunięte za pomocą zwykłych metod wykładni, powodują, iż kwestionowany przepis jest niezgodny z art. 2 Konstytucji. Brak możliwości jednoznacznego ustalenia zakresu zakazu uregulowanego w art. 21 ust. 4 u.o.i.n. poprzez brak jednoznacznie ustalonych kryteriów kwalifikacyjnych w stosunku do określenia, czym jest „zawyżanie” klauzuli tajności, powoduje naruszenie wymagań przyzwoitej legislacji. Nie ulega bowiem wątpliwości, że przyjęcie nieprecyzyjnych i nieostrych pojęć, zwłaszcza w przypadku regulowania zakazu podejmowania pewnych czynności przez pracowników organów władzy publicznej, które to czynności mogą wiązać się z naruszeniem obywatelskiego prawa dostępu do informacji publicznej, jest naruszeniem przez ustawodawcę kanonu podstawowych reguł prawidłowej legislacji wynikających z art. 2 Konstytucji RP.

Po drugie, jeżeli by przyjąć, iż ustawodawca przez zawyżanie klauzuli tajności rozumie jedynie przyznanie wyższej klauzuli tajności spośród tych, które wymienia ustawa („zastrzeżone”, „poufne”, „tajne”, „ściśle tajne”), a pojęcie to nie obejmuje bezpodstawnego utajniania informacji, wówczas norma art. 21 ust. 4 u.o.i.n. w tym zakresie jest sprzeczna z art. 61 ust. 1 Konstytucji. Jak wskazano powyżej, nadanie klauzuli tajności powoduje wyłączenie obywatelskiego prawa dostępu do danej informacji. Brak wyraźnego ustawowego zakazu i kompletny brak reakcji na bezpodstawne utajnienie powoduje w konsekwencji zniweczenie normy wynikającej z art. 61 ust. 1 ustawy zasadniczej. W razie takiego rozumienia kwestionowanego przez Rzecznika przepisu, pracownicy

organów władzy publicznej, w zależności od własnego uznania, mogliby nadawać klauzule tajności informacjom, które nie wymagają takiej ochrony w demokratycznym państwie prawnym. Ponadto, tylko osoba przyznająca klauzulę lub jej przełożony mogą ją znieść lub wyrazić zgodę na jej zniesienie (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 lutego 2007 r., sygn. V KK 181/06). Z każdorazowym żądaniem obywatela uzyskania informacji w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej mogłaby się łączyć - mimo braku ustawowych podstaw - czynność utajnienia tej informacji. Mechanizm taki, w ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich, sprzyja nadużyciom władzy i powoduje, że informacje dla niej „niewygodne” mogą być dowolnie utajniane. W konsekwencji należy stwierdzić, iż w ustawie ze względu na regulację przewidzianą w art. 61ust. 1 Konstytucji powinien znaleźć się wyraźny i bezpośredni zakaz utajniania informacji w przypadku braku podstaw do dokonania takiej czynności. Ponadto, zakaz ten powinien - ze względu na wymogi prawidłowej legislacji wynikające z art. 2 ustawy zasadniczej, w tym konieczność zapewnienia kompletności regulacji i realizacji zakładanego przez nią celu - wiązać się ze skonkretyzowaną odpowiedzialnością prawną w stosunku do osoby, która bezpodstawnie utajniając informację, w zasadniczy sposób narusza zasadę jawności życia publicznego i konstytucyjne prawa obywateli.

- niezgodność art. 21 ust. 5 u.o.i.n. z art. 2 i art. 61 ust. 1 Konstytucji RP

Kwestionowany przez Rzecznika Praw Obywatelskich art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych stanowi, iż „odbiorca materiału zgłasza osobie, o której mowa w ust. 1, albo jej przełożonemu fakt wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności. W przypadku gdy osoba ta lub jej przełożony zdecyduje o zmianie klauzuli, powinna poinformować o tym odbiorców tego materiału. Odbiorcy materiału, którzy przekazali go kolejnym odbiorcom, są odpowiedzialni za poinformowanie ich o zmianie klauzuli”. W stosunku do tak sformułowanego przepisu ustawy można wskazać na szereg uchybień, które stoją w sprzeczności z wynikającym z zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji) nakazem przestrzegania przez ustawodawcę zasad prawidłowej legislacji.

Po pierwsze, w kontekście analizowanego przepisu powstaje pytanie dlaczego, skoro w myśl art. 21 ust. 4 niedopuszczalne jest zawyżanie i zaniżanie klauzuli tajności, dopiero z faktem wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia ustawa łączy skutek prawny w postaci obowiązku zgłoszenia tego faktu przez odbiorcę materiału. Takie uregulowanie powoduje, iż ustawodawca, choć zabrania zawyżania i zaniżania klauzul, fakt ten do pewnego stopnia - a mianowicie do momentu gdy staje się on wyraźny, zupełnie ignoruje. Stawia to pod znakiem zapytania sens całej regulacji, skoro w ramach zachowań zabronionych mieszczą się takie, które w zasadzie mogą zostać pominięte przez odbiorców materiału. Tego typu uregulowanie, w przekonaniu Rzecznika Praw Obywatelskich, przeczy fundamentalnej w demokratycznym państwie prawnym zasadzie konstruowania logicznych i spójnych przepisów prawnych, które nadają się do realizacji celów wyznaczonych danemu uregulowaniu.

Po drugie, ustawodawca nie wyjaśnia pojęcia „wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności”. Słownikowe znaczenie przymiotnika „wyraźny” wskazuje na zjawisko łatwo zauważalne, dające się łatwo i jednoznacznie zrozumieć. Nie wiadomo jednak, czy w myśl art. 21 ust. 5 u.o.i.n. zaklasyfikowanie danej informacji jako „ściśle tajne”, podczas gdy informacja wymaga ochrony na poziomie „tajne” jest już łatwo zauważalne i w związku z tym nosi znamiona wyraźnego zawyżenia klauzuli tajności, czy będzie nim np. dopiero fakt nadania klauzuli „ściśle tajne” informacji spełniającej ustawowe kryteria do zakwalifikowania jej jako „poufne” lub „zastrzeżone”. Ponadto, należy podnieść, że łatwość zauważenia zawyżenia lub zaniżenia klauzuli będzie zależeć od subiektywnego odczucia i oceny odbiorcy materiału. To, co dla pewnych osób okazuje się łatwo zauważalne i wyraźne, w przekonaniu innych wcale nie musi takiej kwalifikacji posiadać. W świetle powyższego należy zatem zastanowić się, czy analizowane przepisy sformułowane są w poprawny i precyzyjny sposób i czy nadają się do realizacji zakładanego celu. Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, odpowiedź na powyższą kwestię powinna być negatywna, gdyż regulacja art. 21 ust. 5 u.o.i.n., ze względu na niemożność ustalenia czym w rzeczywistości jest „wyraźne zawyżenie lub zaniżenie klauzuli tajności” jest jaskrawym przykładem niejasnego, budzącego wątpliwości interpretacyjne sprzeniewierzenia się przez ustawodawcę zasadzie prawidłowej legislacji.

Po trzecie, zgodnie z literalnym brzmieniem art. 21 ust. 5 u.o.i.n. odbiorca materiału ma obowiązek zgłosić fakt wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności albo osobie, która jest upoważniona do podpisania dokumentu lub oznaczenia innego niż dokument materiału albo jej przełożonemu. Zastosowanie w kwestionowanym przepisie alternatywy rozłącznej „albo” powoduje, iż stosując wykładnie literalną odbiorca materiału może zgłosić fakt wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności tylko jednej osobie, nie ma możliwości zakomunikowania tej nieprawidłowości zarówno pracownikowi, jak i jego przełożonemu. Może prowadzić to do sytuacji, w której odbiorca materiału zgłasza zakazywane przez ustawodawcę zawyżenie lub zaniżenie osobie podpisującej dokument i ponoszącej odpowiedzialność za przyznanie klauzuli. Jeżeli osoba ta nie podzieli odczucia odbiorcy materiału co do wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności, odbiorca - zgodnie z brzmieniem art. 21 ust. 5 u.o.i.n. - pozbawiony jest możliwości przedstawienia tego faktu przełożonemu osoby ponoszącej odpowiedzialność za przyznanie klauzuli. Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, unormowanie takie nie służy osiągnięciu zakładanego celu i tym samym jest sprzeczne z wyrażoną w art. 2 Konstytucji zasadą prawidłowej legislacji. Celem unormowania, sprzyjającym konstytucyjnej zasadzie obywatelskiego dostępu do informacji publicznej, powinno być bowiem wyeliminowanie nieprawidłowości związanych z nadawaniem klauzuli tajności w możliwie szerokim zakresie i możliwie szybko. Natomiast unormowanie, które ogranicza możliwość zgłoszenia takiej nieprawidłowości tylko jednej z osób wymienionych w art. 21 ust. 5 u.o.i.n. przeczy celowi polegającemu na sprawnym i szybkim weryfikowaniu zawyżonych lub zaniżonych klauzul tajności.

Art. 21 ust. 5 zd. 2 u.o.i.n. stanowi, że w przypadku, gdy osoba ponosząca odpowiedzialność za przyznanie klauzuli tajności zdecyduje się na zmianę klauzuli, powinna poinformować o tym odbiorców tego materiału. Na gruncie tego uregulowania można wskazać na następujące problemy natury konstytucyjnej.

Ustawa o ochronie informacji niejawnych wprowadziła mechanizm sygnalizowania zakazanego faktu zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności przez odbiorców materiału. Można zaryzykować stwierdzenie, iż w rzeczywistości są oni osobami, które otrzymując utajniony materiał pełnią rolę pierwszej „instancji” weryfikującej prawidłowość utajnienia materiału. Fakt nieprawidłowości (lecz jedynie - ze względu na normatywną wadliwość

kwestionowanych przepisów - w zakresie wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia) odbiorca materiału powinien zasygnalizować osobie podpisującej dokument albo jej przełożonemu. Dalsza część normy wyinterpretowanej na gruncie art. 21 ust. 5 zd. 2 u.o.i.n. stanowi jednak, poprzez użycie wyrażenia „w przypadku, gdy”, że ani osoba podpisująca dokument i przyznająca klauzulę tajności ani jej przełożony nie mają prawnego obowiązku zmiany, przedstawienia stanowiska lub nawet rozważenia zmiany nieprawidłowo zakwalifikowanego materiału. Rozwiązanie takie, zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, pozostaje w sprzeczności z obywatelskim prawem dostępu do informacji publicznej. Funkcjonowanie w obrocie prawnym informacji niejawnej, a więc pozostającej poza zakresem jawności życia publicznego, w myśl kwestionowanego przepisu, mimo tego, że może nosić cechy informacji wadliwie zakwalifikowanej, w zasadzie zależy wyłącznie od woli osoby podpisującej dokument albo jej przełożonego. Niezwiązanie z faktem zakomunikowania wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności żadnego skutku prawnego, chociażby w postaci obowiązku rozważania zmiany lub przedstawienia stanowiska w tym zakresie, w przekonaniu Rzecznika Praw Obywatelskich, narusza fundamentalną zasadę jawności życia publicznego i dostępu obywatela do informacji. Mechanizm ustawy działa w ten sposób, iż każda informacja wytworzona w organach administracji publicznej może zostać - zgodnie z dyskrecyjnym uznaniem podpisującego dokument przy jedynie teoretycznym warunku spełniania kryteriów tajemnicy państwowej lub służbowej - uznana za niejawną. W momencie, gdy odbiorca materiału - osoba trzecia, a więc w założeniu ustawodawcy bardziej obiektywna, zgłasza niedopuszczalny fakt wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia, a więc w istocie fakt naruszenia prawa dostępu do informacji publicznej, ustawa nie łączy z tym zgłoszeniem skonkretyzowanych skutków prawnych. Podpisujący dokument albo jego przełożony może, lecz nie musi zmienić klauzulę tajności. Powyższe względy przesądzają zatem o niezgodności tego mechanizmu normatywnego z art. 61 ust. 1 Konstytucji. Na marginesie powyższych rozważań należy zaznaczyć, iż osoba podpisująca dokument i ponosząca za niego odpowiedzialność klauzulę tajności może zmienić w każdym momencie. Fakt zgłoszenia przez odbiorcę materiału nieprawidłowości zakwalifikowania informacji, w postaci wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia klauzuli, nie wpływa zatem wiążąco ani na prawa ani obowiązki osoby podpisującej dokument bądź jej przełożonego.

Rzecznik Praw Obywatelskich zdaje sobie sprawę, iż fakt wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności może być subiektywnym odczuciem odbiorcy materiału. Stąd ze stwierdzeniem wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności (lub poprawniej z samym faktem zawyżenia lub zaniżenia, gdyż na gruncie art. 21 ust. 4 u.o.i.n. czynności te są niedopuszczalne) nie postuluje się powiązania się automatycznego skutku prawnego w postaci obowiązku zmiany klauzuli. Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, pewnym rozwiązaniem mogłaby być sądowa kontrola utajniania informacji. Jak stwierdził bowiem Naczelny Sąd Administracyjny w orzeczeniu z dnia 21 lutego 2000 r. (sygn. II SA 2230/99) „przyznawanie klauzuli tajności nie jest objęte żadną procedurą, nie odnosi się też do jakiś konkretnych podmiotów, a w konsekwencji, z tego tytułu, nie może być zaskarżane jako decyzja lub postanowienie.” W obecnym stanie prawnym nie jest zatem możliwa sądowa ocena, czy w konkretnym przypadku rzeczywiście istniały materialne przesłanki do zakwalifikowanie informacji jako niejawnej.

Z powyższych względów wnoszę, jak na wstępie.

/-/ Janusz Kochanowski