



IM.STEFANA

**FUNDACJA
BATOREGO**

ul. Sapieżyńska 10a
00-215 Warszawa
tel. |48 22| 5360200
fax |48 22| 5360220
batory@batory.org.pl
www.batory.org.pl



Program Przeciw Korupcji

Rada

Przewodniczący
prof. Marcin Król

Warszawa, 3 wrzesień 2009r.

Jan Krzysztof Bielecki

Bogdan Borusewicz

Wojciech Fibak

prof. Leszek Kolakowski

Olga Krzyżanowska

prof. Krzysztof Michalski

Andrzej Olechowski

prof. Zbigniew Pełczyński

bp prof. Tadeusz Pieronek

prof. Andrzej Rapaczynski

prof. Hanna Suchocka

prof. Stanisław Wellisz

Pan Jacek Cichocki

Sekretarz Stanu

Sekretarz Kolegium do Spraw Służb Specjalnych

Kancelaria Prezesa Rady Ministrów

Szanowny Panie Ministrze,

W odpowiedzi na pismo KSS-10-11(12)/09 z dnia 17 lipca 2009r. w sprawie projektu ustawy o ochronie informacji niejawnych przedstawiamy poniżej uwagi zespołu Programu Przeciw Korupcji.

Zarząd

Prezes
Aleksander Smolar

Członkowie
Klaus Bachmann
Nathalie Bolgert
Szymon Gutkowski
Irena Herbst
Jacek Kochanowicz
Andrzej Rychard
Andrzej Ziabicki

Dyrektor
Anna Rozicka

Obecnie zarówno w odbiorze społecznym jak i w perspektywie organizacji pozarządowych zbyt wiele informacji na temat życia publicznego, funkcjonowania państwa oraz instytucji publicznych jest utajniana. Z uzasadnienia projektu wnioskować można, że projektodawcy również dostrzegają ten aspekt funkcjonowania aktualnej ustawy o ochronie informacji niejawnych. W uzasadnieniu zauważa się m.in., że „dotychczasowe rozwiązania powodują (...) wymóg nadawania klauzul tajności olbrzymiej liczbie informacji, w wielu przypadkach nie wymagających ochrony oraz notoryczne zawyżanie klauzul bez żadnego racjonalnego uzasadnienia (...)”. Taka ocena projektodawców daje podstawy, aby oczekiwać, iż nowa regulacja doprowadzi do stanu, w którym ograniczeniu ulegną te obszary życia publicznego, które pod rządami obecnej ustawy pozostają poza domeną wiedzy publicznej. To jednak wymagałoby z jednej strony ograniczenia uznaniowości urzędników dysponujących kompetencjami do nadawania klauzuli tajności, a z drugiej - wzmocnienia mechanizmów umożliwiających kontrolę zasadności jej nałożenia.

Konto bankowe
81 1030 1016
0000 0000 6145 0000

Lektura projektu nasuwa wątpliwości, czy projekt istotnie takie warunki tworzy. Wątpliwości te przedstawiamy poniżej:

I. Poszerzenie obszaru uznaniowości wyłączenia informacji z domeny publicznej

W aktualnym stanie prawnym w odniesieniu do ochrony tajemnicy państwowej nadanie określonej klauzuli tajności wiąże się ze spełnieniem dwóch przesłanek:

- (i) przesłanki ostrej – informacja, która ma być objęta klauzulą, musi mieścić się w wykazie rodzajów informacji stanowiącym załącznik nr 1 do ustawy; oraz
- (ii) przesłanki uznaniowej – klauzula może być nadana wówczas, gdy „ujawnienie [danej informacji] może spowodować istotne zagrożenie dla podstawowych interesów Rzeczypospolitej Polskiej dotyczących porządku publicznego, obronności, bezpieczeństwa, stosunków międzynarodowych lub gospodarczych państwa” (art. 2 pkt 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych).

Powyższe przesłanki muszą być spełnione łącznie, a więc do nadania klauzuli tajności obok oceny, że ujawnienie rodzi ryzyko dla interesów państwa, spełniony musi być i ten warunek, że informacja dotyczy jednego z obszarów, o których mowa w załączniku nr 1 do ustawy.

Projekt nowej ustawy opisując w art. 5 sposób klasyfikowania informacji jako niejawne odchodzi od powyższej koncepcji. Klauzula tajności ma być nadawana w oparciu o przesłanki definiujące odpowiednio klauzule: „ściśle tajne”, „tajne”, „poufne”. W przeciwieństwie jednak do obecnego stanu prawnego odpada ostra przesłanka wyłączenia informacji z domeny publicznej. Definicje wymienionych powyżej klauzul opierają się bowiem wyłącznie na przesłankach ocennych (ujawnienie informacji „stwarzałoby zagrożenie...”, „w istotny sposób zagrażałoby...”, „wyrządzałoby nieodwracalne szkody...”, „w znacznym stopniu narażałoby na uszczerbek...”, „uniemożliwiałoby realizację...”, „osłabiłoby...”, „naraziłoby...” itd.).

Projektodawcy proponują więc rozwiązanie, w którym decyzja o wyłączeniu danej informacji z obiegu publicznego będzie miała wyłącznie uznaniowy charakter.

II. Osłabienie mechanizmów kontroli społecznej

Rezygnacja z tzw. kafeterii, tj. wykazów zawartych w załączniku nr 1 do dziś obowiązującej ustawy, wydaje się ponadto ograniczać jedyny obecnie dostępny

mechanizm kontroli prawidłowości nadawania klauzul, który może być wykorzystany przez podmioty zewnętrzne.

System ochrony informacji niejawnych w Polsce jest skonstruowany w sposób, który w bardzo niewielkim zakresie dopuszcza kontrolę zewnętrzną nad ilością i celowością nadawanych klauzul. Jednym z nielicznych, a być może jedynym mechanizmem kontroli społecznej, jest skarga do sądu administracyjnego na podstawie art. 127 §1 k.p.a. w zw. z art. 16 ust. 2 Ustawy o dostępie do informacji publicznej. Osoba, której odmówiono udostępnienia informacji publicznej z powołaniem się na tajemnicę państwową może po wykorzystaniu środków odwoławczych skierować skargę do sądu administracyjnego na decyzję odmowną.

Kontrola sądowa jest jednak - w myśl art. 1 § 2 Ustawy – Prawo o ustroju sądów administracyjnych – ograniczona wyłącznie do kryterium **zgodności z prawem**. Poza kognicją sądu pozostaje więc weryfikowanie, czy ujawnienie informacji stwarza ryzyko dla interesów państwa. W orzecznictwie przyjmuje się, że nadanie klauzuli może być poddane kontroli sądowej jedynie w wypadkach, gdy „przesłanką odmowy prawa dostępu do informacji publicznej będzie niezgodne z tą ustawą zastosowanie klauzuli tajności, np. przez nieuprawniony do tego organ lub w niewłaściwym trybie” (Wyrok NSA z 14.11.2003; II SA 2794/03).

Podobnie w kognicji sądu mieścić się będzie ocena, czy klauzula została nadana zgodnie z prawem w przypadku, gdy dana informacja nie odnosi się do żadnego z obszarów wyszczególnionych w załączniku 1 do obowiązującej ustawy. Istnienie tzw. kafeterii umożliwia zweryfikowanie, czy informacja objęta klauzulą mieści się w ustawowej definicji tajemnicy państwowej. O ile definicje poszczególnych klauzul opierać się będą, jak proponuje projekt, wyłącznie na przesłankach ocennych, sądowa kontrola legalności nadawania klauzul ograniczać się będzie wyłącznie do badania prawidłowości zastosowanego trybu, względnie innych pobocznych zagadnień.

Projektodawcy uzasadniając rezygnację z wykazów informacji niejawnych powołują się na fakt, iż wykazy te były „w praktyce całkowicie lekceważone”. Inną niedogodnością ma być fakt, że są one rozbudowane. Uwzględniając jednak konsekwencje, jakie rodzi nowa koncepcja dla przejrzystości życia publicznego, trudno jednak te argumenty uznać za przekonujące. Wydaje się, że są to zmiany, które sprawią, że nadawanie klauzul będzie z pewnością prostsze, jednak mniej przejrzyste.

III. Możliwość „odwołania” się od decyzji dotyczącej nadania klauzuli tajności

Nowym rozwiązaniem zawartym w art. 9 projektu jest propozycja, aby odbiorca materiału oznaczonego klauzulą tajności przystępowało *quasi* odwołanie. Odbiorca materiału, który stwierdzi wyraźne zawyżenie lub zaniżenie klauzuli tajności, będzie mógł zwrócić się do osoby, która klauzulę nadała albo do jej przełożonego z wnioskiem o dokonanie stosownej zmiany. W przypadku zaś odmowy wnioskodawca będzie mógł zwrócić się ABW lub SKW o rozstrzygnięcie sporu. Gdyby wytwórcą materiału miała być ABW lub SKW, spór rozstrzygał będzie Prezes Rady Ministrów.

W chwili obecnej odbiorca materiału, jak wskazują projektodawcy w uzasadnieniu, może jedynie apelować o zmianę klauzuli, a decyzja należy wyłącznie do osoby, która ją nadała lub też do jej przełożonego. Stąd projektodawcy przewidują, że rozwiązanie to powinno „wpłynąć na ograniczenie liczby przypadków bezpodstawnego zawyżania klauzul tajności”.

Pomimo że powyższe rozwiązanie wprowadza pewną formę kontroli zasadności nadawania klauzuli tajności, sądzimy, że przedwcześnie jest podzielać wyżej cytowane oczekiwania projektodawców. Przede wszystkim jest to instrument o bardzo miękkim charakterze i nadal mieści się w kategorii *apelu*. Zakładać można, że to swoiste *odwołanie* w większości przypadków, o ile w ogóle będzie stosowane, rozstrzygane będzie przez służby specjalne (ABW, SKW). Dotychczas w funkcjonowaniu służb specjalnych bardziej widoczna była tendencja do zamykania dostępu do informacji publicznej, niż ich udostępniania na szerokim forum.

Z tych powodów wydaje się, że rozwiązanie to nie spowoduje przełomu w przejrzystości życia publicznego i raczej nie wpłynie w zasadniczy sposób na ograniczenie praktyki bezpodstawnego zawyżania klauzul tajności.

Na koniec podkreślić trzeba, że rozwiązanie to z pewnością nie rekompensuje niekorzystnych skutków, jakie płyną z koncepcji oparcia definicji poszczególnych klauzul tajności wyłącznie na przesłance ocennej.

Z poważaniem,

Grażyna Kopińska
Dyrektor Programu Przeciw Korupcji

Anna Wojciechowska-Nowak
Koordynator Projektu Pomocy Prawnej