



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa,

Adam Bodnar

WZF.7043.68.2017.TO

**Pani
Beata Szydło**

Prezes Rady Ministrów

uprzejmie informuję, że do Rzecznika Praw Obywatelskich z prośbą o wniesienie skargi kasacyjnej od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie w przedmiocie cofnięcia poświadczenia bezpieczeństwa zwrócił się funkcjonariusz Agencji Wywiadu. W wyniku analizy akt postępowania sądowoadministracyjnego ujawnił się problem braku dostępu Rzecznika do niejawniej treści uzasadnienia orzeczenia oraz akt kontrolnego postępowania sprawdzającego funkcjonariusza. Brak dostępu do informacji o okolicznościach faktycznych, skutkujących cofnięciem poświadczenia bezpieczeństwa uniemożliwia sformułowanie efektywnego środka zaskarżenia, pozbawiając tym samym funkcjonariuszy i żołnierzy prawa¹ do wystąpienia do Rzecznika Praw Obywatelskich z wnioskiem o pomoc w ochronie swoich wolności lub praw.

Zgodnie z art. 72 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. z 2016 r. poz. 1167 ze zm. dalej: ustawa o.i.n.) akta postępowań sprawdzających lub kontrolnych postępowań sprawdzających przeprowadzonych przez służby i instytucje uprawnione do prowadzenia poszerzonych postępowań sprawdzających i akta postępowań bezpieczeństwa przemysłowego są udostępniane do wglądu lub przekazywane wyłącznie na pisemne żądanie: (...) właściwemu organowi w celu przeprowadzenia kontroli prawidłowości postępowania, z wyłączeniem postępowań, o których mowa w art. 23 ust. 5. Stosownie natomiast do treści art. 23 ust. 5 ustawy o.i.n.

¹ Zgodnie z art. 80 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.) każdy ma prawo wystąpienia, na zasadach określonych w ustawie, do Rzecznika Praw Obywatelskich z wnioskiem o pomoc w ochronie swoich wolności lub praw naruszonych przez organy władzy publicznej.

Agencja Wywiadu, Centralne Biuro Antykorupcyjne, Biuro Ochrony Rządu, Policja, Służba Więzienna, Służba Wywiadu Wojskowego, Straż Graniczna oraz Żandarmeria Wojskowa **przeprowadzają** samodzielnie postępowania sprawdzające oraz **kontrolne postępowania sprawdzające odpowiednio wobec:**

- 1) **własnych funkcjonariuszy**, żołnierzy i pracowników oraz osób ubiegających się o przyjęcie do służby lub pracy,
 - 2) osób wykonujących na ich rzecz czynności zlecone lub ubiegających się o wykonywanie tych czynności
- z zastrzeżeniem ust. 3 i 4.

Z treści przytoczonych przepisów jednoznacznie wynika, że kontrolne postępowania sprawdzające prowadzone wobec funkcjonariuszy Agencji Wywiadu, w zakresie ich prawidłowości, pozostają poza kontrolą Rzecznika Praw Obywatelskich, który zgodnie z art. 208 ust. 1 Konstytucji stoi na straży wolności i praw człowieka określonych w Konstytucji oraz w innych aktach normatywnych.

W doktrynie² podkreśla się, że zakres podmiotowy prawa wystąpienia do RPO jest zakreślony szeroko, stosownie do koncepcji art. 80, jako postanowienia gwarancyjnego. Pojęcie „każdy” użyte w art. 80 należy wyklądać szeroko, co oznacza że będzie to każdy podmiot, który potrafi dowieść, że jego wolności i prawa zostały naruszone (np. spółka, stowarzyszenie), przy czym nie muszą to być wolności lub prawa konstytucyjne, bowiem art. 80 nie stawia takich ograniczeń. Zakres przedmiotowy wystąpienia do Rzecznika obejmuje ochronę praw i wolności uregulowanych także w innych aktach normatywnych. W sprawach stanowiących informację niejawną o klauzuli tajności "tajne" lub "ściśle tajne" udzielanie informacji lub umożliwianie Rzecznikowi wglądu do akt następuje na zasadach i w trybie określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych³. Użycie przez ustrojodawcę pojęcia „każdy” odnosi się również do funkcjonariuszy służb mundurowych. Możliwość zwrócenia się do Rzecznika z prośbą o ochronę wolności lub praw nabiera szczególnego znaczenia z punktu widzenia ustawowych ograniczeń wolności zrzeszania się⁴ funkcjonariuszy służb specjalnych w związkach zawodowych. Zgodnie bowiem z treścią art. 81 ust. 2 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu (Dz.U. z 2016 r. poz. 1897 ze zm.) funkcjonariusze nie mogą zrzeszać

² J. Trzeciński, „Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej komentarz”, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2001 tom II komentarz do artykułu 80, s. 1.

³ Art. 13 ust. 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz.U. z 2017 poz. 958).

⁴ Art. 59 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

się w związkach zawodowych⁵. Brak organów przedstawicielskich funkcjonariuszy służb specjalnych utrudnia dochodzenie przez nich praw wynikających z pragmatyk służbowych, w tym w szczególności związanych z postępowaniem zmierzającym do rozwiązania stosunku służbowego. Podkreślić należy, że zakres normowania przepisów dotyczących zasad zwalniania funkcjonariuszy ze służby pozostaje w bezpośrednim związku z art. 60 Konstytucji RP. Z tego punktu widzenia kwestie rozwiązania stosunków służbowych funkcjonariuszy służb specjalnych pozostają w szczególnym zainteresowaniu Rzecznika.

Podkreślić należy, iż co do zasady rozstrzygnięcie w przedmiocie cofnięcia poświadczenia bezpieczeństwa wywołuje wobec funkcjonariuszy (np. ABW, AW, Policji) konsekwencje służbowe w postaci wydania rozkazu personalnego o zwolnieniu ze służby – np. z uwagi na ważny interes służby. W tym miejscu należy wskazać na treść art. 21 ust. 1 ustawy o.i.n. zgodnie z którym dopuszczenie do pracy lub pełnienia służby na stanowiskach albo zlecenie prac związanych z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli "poufne" lub wyższej może nastąpić, z zastrzeżeniem art. 34, po uzyskaniu poświadczenia bezpieczeństwa oraz odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych. W wyroku z dnia 6 czerwca 2014 r. (sygn. ak I OSK 1116/13) Naczelny Sąd Administracyjny (dalej: NSA) rozpoznając skargę kasacyjną funkcjonariusza Policji wskazał, że w jego ocenie przez pojęcie "ważnego interesu służby" uzasadniającego zwolnienie policjanta na podstawie art. 41 ust. 2 pkt. 5 ustawy o Policji, należy rozumieć sytuację, w której pierwszeństwo ochrony przysługuje Policji, nawet gdy następuje to kosztem zwalnianego policjanta. W niniejszej sprawie zwolnienie skarżącego ze służby z powołaniem się na jej ważny interes jest całkowicie uzasadnione. Zdaniem NSA, uzasadnieniem tym jest brak po stronie skarżącego poświadczenia bezpieczeństwa, bez posiadania którego mianowanie na jakiegokolwiek stanowisko służbowe jest niemożliwe. Brak poświadczenia bezpieczeństwa jest równoznaczny z niedawaniem przez skarżącego rękojmi w zakresie ochrony informacji niejawnych. To zaś stanowi negatywną przesłankę do mianowania policjanta. Podobnie stanowisko wyraził Wojewódzki Sąd Administracyjny w nieprawomocnym orzeczeniu z dnia 1 grudnia 2016 r. (sygn. akt II SA/Wa 1135/16) wskazując, że Skarżący nie legitymując się żadnym poświadczeniem bezpieczeństwa nie może pełnić służby w Policji, ani na stanowisku równorzędnym do zajmowanego przed przeniesieniem do dyspozycji, ani na żadnym innym, skoro wszystkie stanowiska związane

⁵ Odpowiednio art. 73 ust. 3 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 . o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. z 2016 r. poz. 1310 ze zm.), art. 40 ust. 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego (Dz.U. z 2016 r. poz. 740 ze zm.).

ze służbą w Policji wymagają posiadania uprawnień do dostępu do informacji niejawnych. Inaczej mówiąc posiadanie poświadczenia bezpieczeństwa jest niezbędne do wykonywania przez funkcjonariusza zadań i czynności służbowych, szczególnie w służbach specjalnych. Z tych też względów sądy administracyjne stoją na stanowisku, że ważny interes służby przemawia za zwolnieniem funkcjonariuszy ze służby, której de facto pełnić realnie nie mogą.

Zauważenia wymaga ponadto, że w postępowaniach sprawdzających istnieje reguła⁶ zgodnie z którą interes ochronny informacji niejawnych ma pierwszeństwo przed innymi chronionymi interesami. W świetle powyższego w razie wystąpienia wobec funkcjonariusza poddanego kontrolnemu postępowaniu sprawdzającemu wątpliwości, co do wypełnienia przez niego przesłanek określonych w art. 24 ust. 2 i 3 ustawy o.i.n., właściwy organ zobowiązany jest cofnąć poświadczenie bezpieczeństwa. Przyjęte domniemanie wskazuje na pierwszeństwo interesu ochronnego informacji niejawnych nad interesem jednostki. Skuteczne cofnięcie poświadczenia bezpieczeństwa (szczególnie w służbach, w których jest ono warunkiem koniecznym wykonywania zawodu), w kolejnym postępowaniu administracyjnym w przedmiocie zwolnienia funkcjonariusza ze służby, przesądza o jego wyniku dając z kolei prymat interesowi służby.

Na marginesie pragnę zauważyć, iż przedstawiony mechanizm prowadzący do zwolnienia ze służby może mieć również charakter odwetowy – w przypadku podjęcia przez funkcjonariusza próby sygnalizowania nieprawidłowości w funkcjonowaniu swojej jednostki. Brak regulacji zapewniających ochronę prawną funkcjonariuszom sygnalizującym nieprawidłowości w służbie, a także skutecznego mechanizmu kontroli podejmowanych wobec takich osób decyzji w kontrolnym postępowaniu sprawdzającym stanowi swoistą lukę prawną, która może w konsekwencji doprowadzić do zagrożenia bezpieczeństwa państwa. Pragnę przypomnieć, iż pismem z dnia 3 listopada 2015 r. zwróciłem się w tej sprawie do ówczesnej Prezes Rady Ministrów (III.7050.7.2014.TO). Od ponad półtora roku, pomimo dwóch ponagieł⁷ nie otrzymałem na to wystąpienie merytorycznej odpowiedzi.

Nawiązując do treści wystąpienia z dnia 3 listopada 2015 r. pragnę przypomnieć, że upublicznienie nieprawidłowości stanowi ostatnie stadium działania „sygnalisty”. Gdyby zapewniono skuteczne narzędzia ochrony ich praw, informacje o nieprawidłowościach

⁶ Art. 24 ust. 4 ustawy o.i.n.

⁷ Pismo z dnia 11 maja 2016 r. do Ministra Obrony Narodowej (WZF.7050.1.2016.TO), Pismo do Prezes Rady Ministrów z dnia 22 listopada 2016 r. (WZF.7050.1.2016.TO).

w działalności służb mogłyby zostać wykryte i ocenione na wcześniejszym etapie. Wielu sygnalistów próbuje najpierw zainteresować nieprawidłowościami swoje środowisko. Dopiero brak reakcji ze strony przełożonych (tzw. „zamiatanie spraw pod dywan”) powoduje u nich konieczność powiadomienia instytucji zewnętrznych np. Rzecznika Praw Obywatelskich, Najwyższej Izby Kontroli czy innych służb inspekcji, aby na koniec, w razie niesatysfakcjonującego rozstrzygnięcia zwrócić się o ocenę i pomoc do opinii publicznej czy parlamentarzystów.

Rzecznik Praw Obywatelskich nie posiadając prawnej możliwości zapoznania się z aktami kontrolnego postępowania sprawdzającego prowadzonego wobec funkcjonariusza Agencji Wywiadu nie jest w stanie efektywnie korzystać z przysługujących mu środków procesowych w celu ochrony jego praw i wolności obywatelskich. Konsekwencją uprawomocnienia się orzeczenia Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego będzie najprawdopodobniej zwolnienie funkcjonariusza ze służby ze względu na ważny interes służby.

Działając na podstawie art. 16 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz.U. z 2017 r. poz. 958) uprzejmie proszę Panią Premier o podjęcie inicjatywy ustawodawczej w celu zmiany treści art. 72 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych. Będę jednocześnie zobowiązany za udzielenie odpowiedzi na pismo z dnia 3 listopada 2015 r. (III.7050.7.2014.TO), zgodnie z moimi wcześniejszymi dwukrotnymi przypomnieniami w tej sprawie.