

Argumentacja RPO w sprawie wniosku Fundacji ePaństwo o dostęp do informacji publicznej ABW. Sprawa przed NSA, sierpień 2018 r.

Przedstawiona Rzecznikowi sprawa dotyczy udostępnienia informacji na temat działalności ABW, a zatem informacji publicznej do udostępnienia której zobowiązany był Szef ABW. Przedmiotem oceny Sądu była decyzja Szefa ABW o odmowie udzielenia informacji ze względu na ochronę informacji niejawnych. W niniejszej sprawie kwestią wymagającą rozstrzygnięcia jest zatem ustalenie, czy organ zasadnie odmówił udostępnienia żądanej informacji publicznej, tj. informacji o czynnościach wykonywanych przez ABW na podstawie art. 32c ustawy o ABW, powołując się przy tym na ochronę informacji niejawnych.

Art. 32c ustawy o ABW dotyczy tzw. blokady dostępności w systemach teleinformatycznych określonych danych informatycznych mających związek ze zdarzeniem o charakterze terrorystycznym lub usług teleinformatycznych służących lub wykorzystywanych do spowodowania zdarzenia o charakterze terrorystycznym. Przepis ten został dodany w ustawie o ABW przez art. 38 pkt 6 ustawy z 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 452; dalej: ustawa o działaniach antyterrorystycznych). Przepis ten reguluje przesłanki i procedurę zarządzenia blokady dostępności. Możliwość zarządzenia blokady dostępności przewidziana jest dla realizacji celu zapobiegania, przeciwdziałania i wykrywania przestępstw o charakterze terrorystycznym oraz ścigania ich sprawców.

WSA rozstrzygający niniejszą sprawę stwierdził, że Szef ABW trafnie argumentuje, iż ujawnienie żądanej informacji może powodować zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa oraz może dekonspirować działania Agencji.

W pierwszej kolejności należy zatem wskazać za wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 15 października 2009 r. (sygn. K 26/08), że „powszechny i szeroki dostęp do informacji publicznej stanowi niezbędną przesłankę istnienia społeczeństwa obywatelskiego, a co za tym idzie — urzeczywistnienia demokratycznych zasad funkcjonowania władzy publicznej w polskim państwie prawnym. Dostęp do informacji publicznej jest bowiem, z jednej strony, warunkiem świadomego uczestnictwa obywateli w podejmowaniu rozstrzygnięć władczych, a z drugiej, umożliwia efektywną kontrolę

obywatelską działań podejmowanych przez organy władzy publicznej. Stąd wielkie znaczenie powszechności dostępu do informacji publicznej. W demokratycznym społeczeństwie podstawowym prawem jest wiedzieć i być informowanym o tym, co i dlaczego czynią władze publiczne. Tworzenie gradacji różnych kręgów wtajemniczenia poprzez powierzanie coraz szerszych zasobów informacji coraz węższym grupom odbiorców pozostaje w sprzeczności z pryncypiami każdego państwa demokratycznego, stwarzając wąskiej elicie sposobność manipulowania opinią publiczną i czyniąc z reglamentacji dostępu do informacji narzędzie sprawowania władzy”.

Podstawową przesłanką interpretacji wszelkich ograniczeń prawa do informacji publicznej musi być więc konstatacja, że w art. 61 Konstytucji RP sformułowano zasadę dopuszczającą, a nawet zakładającą w ust. 3, wyjątkowe odstępstwa. **Odstępstwa od zasady muszą być interpretowane jak najściślej — jako wyjątkowe, zaś wszelkie wątpliwości powinno się rozstrzygać na rzecz obywatelskiego prawa dostępu do informacji publicznej.** Należy również wskazać, że art. 61 ust. 3 Konstytucji RP nie pozwala na wprowadzanie arbitralnych ograniczeń w prawie do informacji, poprzez wyraźne wskazanie, kiedy są one możliwe. Dzieje się to wyłącznie 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. Co więcej, na taką interpretację nie pozwala też artykuł 31 ust. 3 Konstytucji RP, który poświęcony jest ograniczeniom w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności. Stanowi on, że wszelkie ograniczenia praw i wolności muszą zostać zawarte w ustawie i muszą być konieczne dla zagwarantowania bezpieczeństwa, porządku publicznego, ochrony środowiska, zdrowia, moralności publicznej oraz wolności i praw innych osób. Co najważniejsze zaś, ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreślono jednocześnie, że efektywność zasady powszechnego obywatelskiego dostępu do informacji publicznej zależy od prawidłowości wyważenia proporcji między konstytucyjną zasadą dostępności a zakresem ograniczeń i wyjątków określanych w ustawach zwykłych, procedur i gwarancji zapewniających pozostawienie zasadzie należnego jej miejsca i niewydrążenie jej z treści poprzez kreowane wyjątki (zob. cytowany wyżej wyrok TK w sprawie o sygn. K 26/08).

1. Przystępując do niniejszego postępowania Rzecznik Praw Obywatelskich zwraca uwagę, że istotną okolicznością w analizowanej sprawie, której nie wziął pod uwagę WSA w Warszawie wydając zaskarżony wyrok jest to, że żądane informacje dotyczą czynności podejmowanych przez ABW na podstawie art. 32c ustawy o ABW, który został wprowadzony ustawą o działaniach antyterrorystycznych. Ustawa ta budzi zaś poważne wątpliwości natury konstytucyjnej. Swoje stanowisko na temat tej ustawy Rzecznik wyrażał już na etapie prac parlamentarnych nad ustawą, a także skierował wniosek do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności z Konstytucją RP przepisów tej ustawy (sprawa o sygn. akt K 35/16). W przedmiotowym wniosku Rzecznik zakwestionował zgodność z Konstytucją RP m.in. art. 38 pkt 6 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, który dodawał art. 32c w ustawie o ABW. W ocenie Rzecznika zbyt ogólny sposób sformułowania przesłanek, nieprecyzyjne określenie zakresu oraz procedura, która nie zapewnia wystarczających gwarancji ochrony praw powodują, że przepis ten stwarza ryzyko arbitralnego korzystania z tego narzędzia przez organy państwa. Tym samym przepis ten należy uznać za niezgodny z art. 2 oraz z art. 54 ust. 1 Konstytucji RP w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a także z art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej jako: EKPCz).

Rzecznik we wniosku skierowanym do Trybunału Konstytucyjnego dowodził, że wprowadzenie możliwości zarządzenia blokady dostępności oznacza ingerencję w wolność wypowiedzi, o której mowa w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP. Oznacza też ingerencję w prawo określone w art. 10 ust. 1 EKPCz. Filtry włączane przez usługodawcę będą mogły – w związku z niejasnością używanego w ustawie pojęcia „zdarzenie o charakterze terrorystycznym” – stać się, na wniosek Szefa ABW, narzędziem, które może zostać wykorzystane również do filtrowania innego rodzaju treści (np. działalności strażniczej, czy aktywności obywatelskiej polegającej na wyrażaniu sprzeciwu w debacie publicznej). Jak wskazywano we wniosku do TK, przepisy te tworzą podwaliny dla cenzury prewencyjnej i będą miały negatywny wpływ na rozwój społeczeństwa informacyjnego.

Rzecznik podkreślał również, że ustawa o działaniach antyterrorystycznych, w dodawanym art. 32c ustawy o ABW, nie przewiduje efektywnej kontroli sądu. Kontrola sądu nie może bowiem ograniczać się do stwierdzenia, czy istnieją podstawy do zastosowania środka przewidzianego w art. 32c, ale powinna także odnosić się do tego, czy

zastosowany środek nie ma charakteru nadmiernego. Procedura blokowania wymaga co prawda uprzedniej zgody sądu, zaś następcza zgoda sądu została ograniczona wyłącznie do przypadków „niecierpiących zwłoki”, a zatem przyjęte w art. 32c ust. 1-6 ustawy o ABW rozwiązanie stwarza pewne gwarancje chroniące przed nieuzasadnioną ingerencją w wolność wypowiedzi, jednak prawodawca nie zabezpieczył przed możliwością nadużywania przypadków, w których dopuszczalna będzie następcza zgoda sądu. W szczególności ocena sądu nie będzie obejmowała wszystkich przesłanek blokowania, a także zakresu stosowania środka pod kątem jego proporcjonalności i adekwatności. Decyzja w sprawie uznania, że zaistniały przesłanki do zarządzenia blokady jest pozostawiona sądowi, który na wydanie postanowienia ma 5 dni i będzie je wydawał w oparciu o przekazane przez Szefa ABW materiały „uzasadniające potrzebę zastosowania blokady dostępności” (art. 32c ust. 2 ustawy o ABW), a nie w oparciu o wszystkie materiały w sprawie. Treść wniosku Szefa ABW określona została w art. 32c ust. 6 ustawy, gdzie w szczególności wskazano, że wniosek powinien zawierać „okoliczności uzasadniające potrzebę blokady dostępności”. Z art. 32c ustawy nie wynikają uprawnienia sądu do żądania przedstawienia dodatkowych dokumentów w sprawie, zaś w posiedzeniu – które odbywać się będzie w warunkach przewidzianych dla przekazywania, przechowywania i udostępniania informacji niejawnych – może wziąć udział wyłącznie prokurator i Szef ABW, a zatem ani usługodawca ani żaden inny podmiot nie może przedstawić swoich argumentów. Tak zarysowana kontrola sądowa ma w praktyce charakter iluzoryczny.

Wniosek Rzecznika nie był jednak przedmiotem merytorycznej oceny Trybunału. Rzecznik był zmuszony wycofać wniosek z TK z powodu dokonanych zmian w składzie orzekającym Trybunału Konstytucyjnego, które nie miały zdaniem Rzecznika podstawy prawnej w obowiązujących przepisach oraz z powodu niewłaściwie obsadzonego składu TK¹. Jak wskazywał Rzecznik, orzekanie przez TK mogło prowadzić wyłącznie do pogłębienia stanu niepewności prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej, a co za tym idzie spotęgowania stanu naruszającego prawa obywatelskie.

¹ Zob. pismo RPO z dnia 30 kwietnia 2018 r. w sprawie wycofania wniosku RPO z Trybunału Konstytucyjnego oraz postanowienie TK z dnia 6 czerwca 2018 r., sygn. akt K 35/16 o umorzeniu postępowania.

Dlatego też, zdaniem Rzecznika, tak istotne jest w niniejszej sprawie dokonanie rzetelnej sądowej oceny wydawanych przez ABW decyzji dotyczących udostępnienia informacji publicznej o czynnościach prowadzonych na podstawie art. 32c ustawy o ABW. Konieczne jest również, przy analizie przesłanek uzasadniających odmowę udostępnienia żądanych informacji ze względu na ochronę informacji niejawnych, przyjęcie takiej interpretacji przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej i ustawy o ochronie informacji niejawnych, która umożliwi efektywny dostęp do informacji o działalności ABW i zagwarantuje kontrolę społeczną tych działań, skoro ustawa nie przewiduje efektywnego mechanizmu kontroli sądowej w tym zakresie.

2. Rzecznik Praw Obywatelskich stoi na stanowisku, że w analizowanej sprawie Sąd nie dokonał właściwej oceny ukształtowania proporcji pomiędzy prawem obywatela do informacji publicznej a ochroną informacji niejawnych, błędnie uznając, że żądane informacje powinny pozostać niejawne.

Na wstępie należy wskazać, że w niniejszej sprawie dokumentom żądanym w trybie dostępu do informacji publicznej została nadana klauzula tajności na podstawie art. 5 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych – klauzula „zastrzeżone”. Na podstawie art. 5 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej prawo do informacji podlega zaś ograniczeniu w zakresie i na zasadach określonych m.in. w przepisach o ochronie informacji niejawnych. Istotne jest zatem ustalenie, czy zasadnie została nałożona na żądane informacje klauzula tajności będąca przyczyną odmowy udostępniania informacji publicznej.

Trzeba jednak zwrócić uwagę, że Sąd uznał, iż „żądanie dostępu do informacji publicznej w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej nie może służyć weryfikacji klauzul tajności. Takie rozumienie instytucji obywatelskiego dostępu do informacji publicznych, czyniło by ustawę o ochronie informacji niejawnych zbyteczną i nadto naruszałoby zasadę wyrażoną w art. 61 ust. 3 Konstytucji, który zezwala na ustawowe ograniczenie prawa dostępu do informacji. Ograniczenie to ustawodawca urzeczywistnił, wprowadzając do polskiego porządku prawnego, ustawę o ochronie informacji niejawnych oraz odpowiednią normę kolizyjną w ustawie o dostępie do informacji publicznej (art. 5 ust. 1)”. Sąd wskazał również, że „w przypadku wątpliwości, co do prawidłowości nadania

określonego materiałowi klauzuli tajności, jedynymi wytycznymi dla organu, mającymi umocowanie w obowiązującym systemie prawa, mogłoby być ewentualne zobowiązanie Szefa ABW do zwrócenia się do Prezesa Rady Ministrów o rozstrzygnięcie kwestii ewentualnego zawyżenia klauzuli, w trybie art. 9 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych”.

Należy zatem podkreślić, że w świetle poglądów doktryny i orzecznictwa sądów administracyjnych nie budzi wątpliwości możliwość przeprowadzenia przez sąd administracyjny kontroli zarówno materialnych, jak i formalnych przesłanek nadania klauzuli tajności, w tym w postępowaniach dotyczących udostępnienia informacji publicznej. W wyroku TK z 15 października 2009 r. (sygn. K 26/08) Trybunał, uznając zgodność z Konstytucją RP zakwestionowanych przez RPO regulacji ustawy z 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych stwierdził, że w zakresie kontroli decyzji odmawiających dostępu do informacji publicznych istnieją normatywne podstawy do objęcia nią także materialnych podstaw decydujących o przyznaniu klauzuli, co umożliwiłoby kontrolę materialnych przesłanek utajnienia informacji (zob. też uchwała TK z dnia 13 czerwca 1994 r., W 3/94). Taka możliwość została także potwierdzona w literaturze oraz w orzecznictwie sądów administracyjnych (zob. wyroki NSA z: 14 września 2010 r. I OSK 1047/10², 5 czerwca 2012 r., I OSK 527/12, 14 września 2012 r. I OSK 1134/12, 1 października 2011 r., I OSK 1149/10, 17 czerwca 2011 r., I OSK 491/11 wyrok WSA w Warszawie z 9 lutego 2012 r. II SA/Wa 2451/11). Wskazuje się, że w sytuacji, gdy klauzula tajności będzie jednym z elementów „podstawy prawnej decyzji, postanowienia czy czynności faktycznej, będzie mogła podlegać kontroli jako element tej podstawy. Stąd zauważa się, że w celu wykonywania postanowień u.d.i.p sąd władny jest badać zasadność utajnienia konkretnej informacji. Nie może on co prawda zmienić klauzuli, ale może nakazać ujawnienie informacji”. Podkreśla się również, że w przypadku gdy nie mamy do czynienia z informacją niejawną w znaczeniu materialnym mimo nadania jej odpowiedniej klauzuli tajności, sposób postępowania sądu powinien być uzależniony od tego, jaki podmiot nadał stosowną klauzulę. W sytuacji gdy nadał ją podmiot, który zarówno posiada informację, jak i odmówił jej udzielenia, sąd mógłby uchylić orzeczenie, wskazując na brak przesłanek materialnych (zob. M. Jaśkowska: *Dostęp do informacji publicznej*

² Por. wcześniejsze orzeczenie NSA z 14 listopada 2003 r., II SA 2794/03.

w orzecznictwie sądów administracyjnych (wybrane problemy); „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 1 (52)/2014; Irena Kamińska, Mirosława Rozbicka-Ostrowska: *Komentarz do art.1 ustawy o dostępie do informacji publicznej*, Warszawa. 2015). Zwrócił na to uwagę NSA w wyroku z 14 września 2010 r., I OSK 1047/10, stwierdzając, że „w celu wykonywania postanowień u.d.i.p. sąd administracyjny władny jest badać zasadność utajnienia konkretnej informacji”. W przypadku, gdy odmawiającym udzielenia informacji opatrzonej klauzulą tajności jest podmiot, który nie nadał tej klauzuli, sąd w razie przekonania o braku elementu materialnego wynikającego z u.o.i.n. mógłby uchylić decyzję o odmowie udzielenia informacji jedynie z uwagi na brak wykorzystania mechanizmu przewidzianego w art. 9 ustawy. Nie będzie to jednak możliwe, gdy procedura taka została zastosowana, a właściwy organ odmówił uchylecia klauzuli. Przepis ten upoważnia bowiem do rozstrzygnięcia sporu dotyczącego zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności organy pozasądowe, co usuwa tego rodzaju sprawy z zakresu kontroli sądów administracyjnych”.

W analizowanej sprawie mamy zaś do czynienia z sytuacją, gdy podmiot który odmówił udzielenia informacji publicznej nadał też jej klauzulę tajności (ABW), a zatem sąd jest kompetentny zbadać zasadność nadania klauzuli. Trzeba przy tym wskazać, że z uwagi na brak innych mechanizmów kontrolnych decyzji organu taka wykładnia ustawy o dostępie do informacji publicznej oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych sprzyja zasadzie transparentności władz publicznych. Tym samym należy zgodzić się z zarzutami Skarżącej, że Sąd I instancji nie dokonał wyczerpujących ustaleń, które potwierdziłyby zasadność odmowy udostępnienia informacji publicznej ze względu na ochronę informacji niejawnych. Jednocześnie przyjęte stanowisko Sądu stanowi odejście od ukształtowanej w tym zakresie linii orzeczniczej sądów administracyjnych.

Należy przy tym podkreślić, że w celu oceny prawidłowości wydania zaskarżonych decyzji przez organ Sąd musi dysponować materiałami pozwalającymi mu na kontrolę żądanych informacji. Tylko w ten sposób Sąd może dokonać realnej kontroli decyzji odmownej udostępniania informacji publicznej. Tymczasem, jak wynika z uzasadnienia wyroku, Sąd oparł się na ustaleniach i argumentacji przedstawionej przez organ, nie dokonując przy tym oceny żądanej informacji (w uzasadnieniu brakuje informacji na temat tego, czy Sąd zapoznał się z dokumentem, w którym wskazywano, że udzielenie informacji

może mieć szkodliwy wpływ na funkcjonowanie ABW), ani dokładnej analizy tych informacji. Sąd wskazał jedynie na ustalenia organu: „trafna jest decyzja organu odmawiająca udostępnienia informacji na powyższy temat”. Uznał także, odnosząc się do kwestii zbadania zasadności nałożenia klauzuli tajności i przywołując art. 9 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych, że „jednakże w tym materiale sprawy, w ocenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie byłoby to nieuzasadnione”. W uzasadnieniu wyroku z 17 czerwca 2011 r., I OSK 491/11, NSA wskazał, że o zbadaniu legalności zaskarżonej decyzji w granicach zakreślonych przepisem art. 145 § 1 p.p.s.a. i w konsekwencji o sprawiedliwym i bezstronnym rozpatrzeniu skargi wnioskodawcy można byłoby mówić tylko wtedy, gdyby sąd zapoznał się z dokumentem, do którego odmówiono dostępu ze względu na klauzulę tajności. Badanie takie jest konieczne nie tylko dla stwierdzenia istnienia dokumentu i nadania mu klauzuli „tajne”, lecz także pod kątem zasadności utajnienia konkretnej informacji, której udzielenia domagał się wnioskodawca. Akceptacja odmiennego poglądu skutkowałaby iluzorycznością sprawowanej przez sąd kontroli i naruszałaby zagwarantowane konstytucyjnie prawo do rozpatrzenia sprawy przez niezależny, bezstronny i niezawisły sąd (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP).

Trzeba jednak zauważyć, że Sąd I instancji stwierdził, że „niewątpliwie udzielenie odpowiedzi na pytania Fundacji może mieć szkodliwy wpływ na funkcjonowanie ABW. (...) Nieuprawnione ujawnienie informacji we wnioskowanym zakresie, spowodowałoby lub mogłoby spowodować szkody dla RP albo byłoby z punktu widzenia jej interesów niekorzystne (art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych), co pozwala uznać takie informacje za podlegające reżimowi przewidzianemu dla ochrony informacji niejawnych, bez względu na to, czy takiej informacji nadano klauzulę tajności i sformalizowano je w formie konkretnego dokumentu. Udostępnienie tych informacji byłoby zagrożeniem realnym, stanowiącym możliwość wyrządzenia, określonej w ustawie o ochronie informacji niejawnych, szkody. Powyższe dane pozwalają bowiem na sformułowanie wniosków dotyczących nie tylko kierunków zainteresowań ABW, lecz przede wszystkim realnych możliwości tej służby”.

Powyższe twierdzenia budzą zasadnicze wątpliwości. Skoro bowiem Sąd nie zapoznał się z żądanymi informacjami pod kątem oceny zasadności uznania ich za informacje niejawne, twierdzenia Sądu należy uznać za hipotetyczne. Ponadto

nieprecyzyjność ustaleń Sądu potwierdza chociażby to, że Sąd potraktował wszystkie żądane informacje zbiorczo, bez dokonania dogłębnej analizy czy ujawnienie konkretnych żądanych informacji, np. liczby adresów publikacji zablokowanych treści na wniosek ABW, rzeczywiście spowoduje lub mogłoby spowodować szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej albo byłoby z punktu widzenia jej interesów niekorzystne. Tym samym, należy uznać, że Sąd I instancji nie dokonał wyczerpujących ustaleń pozwalających ocenić, czy w niniejszej sprawie mamy do czynienia z informacjami niejawnymi, co skutkowało naruszeniem przepisów postępowania, mające istotny wpływ na wynik sprawy. Nie można bowiem uznać, że doszło do sprawiedliwego i bezstronnego rozpatrzenia skargi Fundacji w niniejszej sprawie (por. wyrok NSA z dnia 30 sierpnia 2012 r., I OSK 397/12).

Ponadto, w ocenie Rzecznika, istotne znaczenie w rozstrzygnięciu niniejszej sprawy ma okoliczność, że wniosek Skarżącej dotyczy m.in. informacji mających charakter statystyczny. Należy jednak zauważyć, że Sąd uznał, że wniosek Skarżącej o udostępnienie informacji publicznej jest nieprecyzyjny: „zastosowanie w tym wniosku słowa »liczby« nie wskazuje w sposób oczywisty na żądanie informacji o dane statystyczne (jak to Fundacja podnosi w skardze). Brak tu bowiem wskazania konkretnego okresu dotyczącego danych, interesujących stronę skarżącą”. W ocenie Rzecznika sformułowanie wniosku nie budzi jednak żadnych wątpliwości w tym zakresie. Trzeba również zauważyć, że wątpliwości takich nie miał również organ. Jak bowiem wskazano w decyzji z dnia 25 sierpnia 2016 r., „właściwa merytorycznie do zajęcia stanowiska w przedmiotowej sprawie, wskazała w swoim dokumencie o klauzuli zastrzeżone, iż udzielenie odpowiedzi na pytanie wnioskodawcy może mieć szkodliwy wpływ na dalsze funkcjonowanie ABW”.

Należy przy tym zauważyć, że w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego wielokrotnie zajmowano się kwestią kwalifikacji informacji dotyczącej służb specjalnych z w kontekście dostępu do informacji publicznej. Przyjmowano w tym zakresie, że dane statystyczne na temat czynności podejmowanych przez specjalne stanowią informację publiczną. W wyroku z dnia 21 września 2012 r., I OSK 1393/12, NSA uznał, że dane statystyczne dotyczące kontroli operacyjnej w zakresie, o jakim mowa w art. 27 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, w okresie od 1 lipca 2002 r. do 31 marca 2009 r., nawet z podziałem na poszczególne lata, nie stanowią podstawy utajnienia, nie pozwalają bowiem na sformułowanie wniosków

dotyczących kierunków i częstotliwości działań operacyjnych służby specjalnej oraz podmiotów pozostających w jej zainteresowaniu. W wyroku z dnia 1 października 2010 r., I OSK 1149/10, NSA podkreślił, że „dane statystyczne, których domagała się Fundacja nie są informacjami stanowiącymi tajemnicę państwową, o których mowa w punktach 24 i 25 załącznika nr 1 do ustawy o ochronie informacji niejawnych. Ich ujawnienie nie może spowodować zagrożenia, a zwłaszcza istotnego jak chce art. 2 ust. 1 u.o.i.n. dla wartości chronionych tym przepisem. Może natomiast dla opinii publicznej stanowić ważny sygnał jak często narzędzie w postaci kontroli operacyjnej było wykorzystywane i jaka była postawa sądu wobec wniosków Szefa CBA (por. też wyroki: z 30 października 2013 r. sygn. akt I OSK 1413/13, z 30 sierpnia 2012 r. sygn. akt I OSK 397/12; czy z 30 czerwca 2016 r. sygn. akt I OSK 3271/14). Warto dodać też, że w wyroku z dnia z dnia 28 czerwca 2007 r. (nr skargi 62540/00) Europejski Trybunał Praw Człowieka, przywołując dane statystyczne dotyczące działalności służb specjalnych w Bułgarii, wskazał, że dane te pokazują, iż system kontroli niejawnej w Bułgarii jest co najmniej nadużywany, co może częściowo wynikać z nieodpowiednich zabezpieczeń ustanowionych w prawie krajowym. Dane statystyczne służą zatem ocenie prawidłowości korzystania z uprawnień przyznanych służbom.

Tym samym, zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, w analizowanej sprawie Sąd nie dokonał właściwej oceny proporcji pomiędzy prawem obywatela do informacji publicznej a ochroną informacji niejawnych. Należy bowiem zwrócić uwagę, że chociażby w zakresie w jakim żądane informacje dotyczą informacji statystycznych ich ujawnienie nie można uznać za mogące spowodować szkody dla RP ani że byłoby z punktu widzenia interesów RP niekorzystne. Informacja o liczbie adresów publikacji zablokowanych treści, a zatem informacja o czynnościach dokonanych przez ABW na podstawie art. 32c ustawy o ABW, pozwoliłaby natomiast dokonać oceny, czy nie doszło do nadużyć w zakresie korzystania przez służby specjalne ze środków przewidzianych w tym przepisie.

Podkreślić przy tym trzeba, że nadmierne rozszerzenie katalogu spraw objętych tajemnicą państwową, bądź nadmierne rozszerzanie ich zakresu w drodze wykładni, prowadziłoby do kolizji z innymi wartościami konstytucyjnymi (wolność wypowiedzi, wolność informacji, demokratyczna kontrola obywatelska nad organami państwowymi)

i osłabiało równocześnie skuteczność mechanizmów gwarancyjnych, ważnych dla ochrony rzeczywistych interesów państwa. Obejmowanie niektórych wiadomości zakresem tajemnicy państwowej lub służbowej stanowi bowiem ograniczenie zarówno wolności przekazywania i komunikowania poglądów i informacji, jak i prawa uzyskiwania informacji i dostępu do tych informacji. Już z tego względu ustawowa regulacja tajemnicy państwowej i służbowej musi być traktowana jako wyjątek (co m.in. rodzi zakaz wykładni rozszerzającej), a dopuszczalność jej ustanowienia musi znajdować oparcie w innych normach, zasadach czy wartościach konstytucyjnych” (uchwała TK z 13 czerwca 1994 r., sygn. W 3/94). Ponadto, w wyroku z 1 października 2010 r. (I OSK 1149/10) Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że prawo dostępu do informacji publicznej jest jednym z najważniejszych praw w katalogu praw obywatelskich i politycznych. Ma służyć tworzeniu społeczeństwa obywatelskiego i przez zwiększanie transparentności w działaniach władzy publicznej chronić i umacniać zasady obowiązujące w demokratycznym państwie prawa, wreszcie zapewniać społeczną kontrolę nad działaniami organów władzy publicznej. Przejrzystość procesu decyzyjnego umacnia demokratyczny charakter instytucji oraz zaufanie obywateli do administracji. Zagrożenie terroryzmem i rozwój przestępczości zorganizowanej powodują, że coraz częściej musimy godzić się na takie działania służb chroniących porządek prawny i nasze bezpieczeństwo, które ograniczają swobody obywatelskie, w tym sferę prywatności. Tym ważniejsze jest, aby działalność służb specjalnych podlegała społecznej kontroli w obszarach, które nie ograniczają możliwości ich skutecznego działania i nie dotyczą konkretnych prowadzonych postępowań. Przy stosowaniu przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych konieczne jest w tej sytuacji używanie wykładni celowościowej i ustalenie, czy ujawnienie żądanych we wniosku informacji zagraża interesom chronionym nadaniem określonej klauzuli tajności.

Trzeba również wskazać, że obowiązkiem pozytywnym państwa nie jest wyłącznie zabezpieczenie bezpieczeństwa publicznego, lecz uczynienie tego w taki sposób, że istota praw podmiotowych będzie należycie chroniona. Pod hasłem walki z terroryzmem nie można ingerować w prawa i wolności człowieka w sposób nieproporcjonalny i nadmierny. Zasada proporcjonalności nakazuje porównywanie w każdym wypadku stosowanych ograniczeń potencjalnych skutków negatywnych dla realizacji prawa z zamierzonym celem

ograniczenia. Negatywne skutki nigdy nie powinny przeważać i muszą zawsze pozostawać w rozsądnej proporcji do zamierzonego celu i treści gwarantowanych przez normy konstytucyjne w zakresie wolności i praw. W przeciwnym razie środki ochrony bezpieczeństwa publicznego, w postaci legalnie dopuszczalnej działalności organów ścigania oraz służb specjalnych, same w sobie stwarzają zagrożenie dla tych wolności. Będzie tak wtedy, gdy – po pierwsze – wprowadzane ograniczenia będą arbitralne, nieproporcjonalne do ewentualnych zagrożeń i – po drugie – gdy będą one wyłączone (również faktycznie) spod kontroli sprawowanej przez instytucje demokratyczne.

W ocenie Rzecznika, w świetle powyższych ustaleń, z uwagi na statystyczny charakter informacji dotyczących działalności służb specjalnych nie znajduje uzasadnienia – z punktu widzenia zasady proporcjonalności – decyzja odmawiająca ujawnienia tych informacji przez organ. W konsekwencji niedokonania przez Sąd wyczerpujących ustaleń w zakresie uznania żądanych informacji za informacje niejawne, należy stwierdzić, że decyzja organu ma charakter arbitralny. Rzecznik zgadza się więc z zarzutami powołanymi w skardze kasacyjnej. W ocenie Rzecznika w niniejszej sprawie doszło do naruszenia prawa materialnego, tj. art. 1 w związku z art. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych w związku z art. 5 ustawy o dostępie do informacji publicznej, które miało wpływ na wynik sprawy. **Zaskarżony wyrok prowadzi zatem do niezasadnego ograniczenia konstytucyjnego prawa dostępu do informacji publicznej, a więc ograniczenia kontroli społecznej działalności służb specjalnych. Należy natomiast zauważyć, że przy uzyskaniu przez służby specjalne znacznych uprawnień przewidzianych w ustawie o działalności antyterrorystycznej – ingerujących w prawo do wolności słowa, pozostających bez efektywnej kontroli sądowej – kontrola społeczna ich działalności wydaje się być szczególnie istotna z punktu widzenia ochrony prawa do wolności wypowiedzi osób objętych czynnościami służb.**