



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Adam Bodnar

Warszawa,

7/09/2018

VII.6060.48.2017.MKS

Naczelny Sąd Administracyjny  
ul. Gabriela Piotra Boduena 3/5  
00-011 Warszawa

**Skarżący:** Fundacja Panoptykon  
**Strona:** Szef Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego  
(adresy w aktach sprawy)  
**sygn. akt. I OSK 2687/17**

#### Pismo procesowe Rzecznika Praw Obywatelskich

Działając na podstawie art. 14 pkt 6 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o *Rzeczniku Praw Obywatelskich* (Dz. U. z 2017 r., poz. 958 ze zm.; dalej jako: ustawa o RPO) oraz art. 8 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. - *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi* (Dz. U. z 2018 r., poz. 1302; dalej jako: p.p.s.a.) Rzecznik Praw Obywatelskich **zglasza udział w postępowaniu** toczącym się przed Naczelnym Sądem Administracyjnym w Warszawie w sprawie ze skargi kasacyjnej Fundacji Panoptykon od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 17 sierpnia 2017 r. o sygn. akt II SA/Wa 80/17 w przedmiocie udostępnienia informacji publicznej oraz

**wnosi** na podstawie art. 185 § 1 p.p.s.a o uwzględnienie skargi kasacyjnej, uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Wojewódzkiemu Sądowi Administracyjnemu w Warszawie.

Ewentualnie na podstawie art. 188 p.p.s.a. Rzecznik wnosi o uchylenie zaskarżonego wyroku i rozpoznanie skargi kasacyjnej.

## UZASADNIENIE

### I.

#### 1. Stan faktyczny

Do Rzecznika Praw Obywatelskich zwróciła się Fundacja Panoptykon (dalej jako: Skarżąca) z prośbą o przystąpienie do postępowania przed Naczelnym Sądem Administracyjnym w sprawie dostępu do informacji publicznej na temat działań Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego. Fundacja wskazała: „zauważamy niepokojącą tendencję Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie do ograniczania gwarantowanego Konstytucją prawa do informacji publicznej na temat działalności służb specjalnych, takich jak Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, a tym samym ograniczenie społecznej kontroli nad tymi służbami”. Jak przekonuje Skarżąca: „Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie oddalił skargi Fundacji Panoptykon i Fundacji ePaństwo, powołując się na »stan (niewypowiedzianej, ale rzeczywistej) wojny terroryzmu z całym światem demokratycznym«, który wymaga zwiększenia »działań dyskrecjonalnych państw demokratycznych w zakresie bezpieczeństwa wewnętrznego ich obywateli«. Uważamy, że tak populistyczne argumenty nie mogą być podstawą ograniczenia dostępu obywateli do informacji publicznej. W związku z coraz dalej idącymi uprawnieniami służb specjalnych, odmowa udostępnienia takich danych w połączeniu ze znikomą, zazwyczaj następczą kontrolą sądową nad działalnością służb powodują, że wzrasta ryzyko nadużyć oraz naruszania praw - zwłaszcza prawa do prywatności - osób objętych kontrolą operacyjną lub innymi działaniami służb”.

Wniosek Fundacji, złożony w trybie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2018 r., poz. 1330; dalej jako: ustawa o dostępie do informacji publicznej), dotyczył informacji na temat danych statystycznych odnoszących się do korzystania przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego (dalej jako: ABW) z uprawnień, o których mowa w art 9-11 ustawy z 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 452; dalej jako: ustawa o działaniach antyterrorystycznych) oraz udostępnienia sprawozdania złożonego do Sądu Okręgowego w Warszawie, o którym mowa w art. 28a ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji

Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2017 r., poz. 1920 ze zm.; dalej jako: ustawa o ABW).

Szef ABW, decyzją z dnia 23 sierpnia 2016 r. (nr P-13960/2016) oraz – utrzymującą w mocy tę decyzję – decyzją z dnia 21 listopada 2016 r. (nr P-15834/2016) odmówił udostępnienia wymienionych wyżej informacji, uznając je za informacje niejawne, którym nadano klauzulę tajności „zastrzeżone” w trybie ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2018 r. poz. 412; dalej jako: ustawa o ochronie informacji niejawnych).

WSA w wyroku z dnia 17 sierpnia 2017 r., sygn. akt II SA/Wa 80/17 oddalił skargę Fundacji złożoną na decyzje Szefa ABW, zgadzając się z argumentami zaprezentowanymi przez organ. Jak wskazał Sąd, „istnieje realne zagrożenie w upublicznieniu informacji o ilości przypadków skorzystania bądź nieskorzystania przez ABW z uprawnień przewidzianych w art. 9-11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, dlatego też informacja ta, sama w sobie, winna pozostać niejawna”.

Skarżąca złożyła skargę kasacyjną od wyroku WSA w Warszawie zarzucając wyrokowi naruszenie zarówno przepisów prawa materialnego – w postaci art. 61 ust. 1 w zw. z art. 61 ust. 3 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz art. 1 ust. 1 w zw. z art. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych w zw. z art. 5 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji niejawnych – jak i przepisów postępowania – tj. art. 1 i art. 3 § 1 i 2 pkt 1 p.p.s.a., art. 234 § 1 p.p.s.a. i art. 133 § 1 p.p.s.a., art. 144 § 4 i art. 135 p.p.s.a. oraz art. 145 § 1 pkt 1a i c p.p.s.a. Fundacja wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy WSA w Warszawie do ponownego rozpoznania, ewentualnie o uwzględnienie skargi i rozpoznanie skargi.

## **2. Uzasadnienie przystąpienia Rzecznika Praw Obywatelskich do postępowania przed NSA**

Zgodnie z art. 208 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 1 ust. 2 ustawy o RPO, Rzecznik Praw Obywatelskich powołany jest do ochrony praw i wolności człowieka i obywatela, określonych w Konstytucji RP oraz innych aktach normatywnych. Stojąc na straży wyżej wymienionych praw i wolności Rzecznik podejmuje te sprawy, w których dochodzi

do naruszeń ze strony organów władzy publicznej praw i wolności przysługujących obywatelom. Stosownie zaś do treści art. 8 § 1 p.p.s.a., Rzecznik Praw Obywatelskich może wziąć udział w każdym toczącym się postępowaniu, a także wnieść skargę, skargę kasacyjną, zażalenie oraz skargę o wznowienie postępowania, jeżeli według jego oceny wymagają tego ochrona praw człowieka i obywatela. Z możliwości tych Rzecznik korzysta wyjątkowo, zwłaszcza wtedy, gdy istnieje konieczność rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego budzącego wątpliwości z punktu widzenia ochrony praw i wolności, albo gdy sprawa ma charakter precedensowy, a jej rozstrzygnięcie będzie miało istotne znaczenie dla ukształtowania sytuacji prawnej innych obywateli.

Decyzja Szefa ABW – będąca przedmiotem badania sądu – odmawiająca udostępnienia informacji publicznej o czynnościach ABW ze względu na uznanie żądanych informacji za informacje niejawne prowadzi do ograniczenia prawa dostępu do informacji publicznej. W ocenie Rzecznika ograniczenie to nie znajduje jednak usprawiedliwienia w świetle art. 61 ust. 3 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, biorąc od uwagę okoliczności niniejszej sprawy. Rzecznik zgadza się z zarzutami zaprezentowanymi w skardze kasacyjnej wskazującymi, że przy ocenie przedmiotowej decyzji Sąd nie dokonał prawidłowego wyważenia proporcji między konstytucyjną zasadą dostępności a zakresem ograniczenia wynikającego z ustawy o ochronie informacji niejawnych. W konsekwencji, **zdaniem Rzecznika, zaskarżony wyrok prowadzi do naruszenia prawa dostępu do informacji publicznej, co uniemożliwia dokonanie społecznej kontroli działań służb specjalnych. W ocenie Rzecznika niezwykle istotne jest natomiast, aby zapewnić transparentność działań służb specjalnych, w szczególności podejmowanych na podstawie ustawy o działaniach antyterrorystycznej, co do której istnieją wątpliwości natury konstytucyjnej. Swoje wątpliwości odnośnie tej ustawy Rzecznik wyrażał we wniosku skierowanym do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 35/16.**

Biorąc pod uwagę powyższe oraz prawo obywateli do uzyskiwania informacji publicznych na temat działania organów władzy publicznej, zasadne jest przystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich do postępowania toczącego się przed Naczelnym Sądem Administracyjnym w sprawie Fundacji Panoptykon. Rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie będzie bowiem miało istotne znaczenie dla ukształtowania sytuacji prawnej również innych obywateli.

## II.

1. 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. danych statystycznych o czynnościach wykonywanych przez ABW na podstawie ustawy o ABW oraz ustawy o działaniach antyterrorystycznych, powołując się na ochronę informacji niejawnych.

WSA rozstrzygający niniejszą sprawę wskazał na wynikającą z art. 61 ust. 3 Konstytucji RP oraz art. 5 ustawy o dostępie do informacji publicznej możliwość ograniczenia prawa dostępu do informacji publicznej i stwierdził, że zasadna była decyzja organu o odmowie udostępnienia informacji publicznej.

W pierwszej kolejności należy zatem wskazać, za wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 października 2009 r. o sygn. akt 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 w ust. 3 jedynie wyjątkowe odstępstwa. **Odstępstwa od zasady muszą być więc 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 określa zasady ograniczania 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 niewydrażenie jej z treści poprzez kreowane wyjątki (zob. cytowany wyrok TK, sygn. akt K 26/08).

2. Przystępując do niniejszego postępowania Rzecznik Praw Obywatelskich zwraca uwagę, że istotną okolicznością w analizowanej sprawie, której nie wziął pod uwagę WSA w Warszawie, jest to, że żądane informacje dotyczą czynności podejmowanych przez ABW na podstawie art. 28a ustawy o ABW oraz art. 9-11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, a zatem czynności inwigilacyjnych ingerujących w prawo do prywatności osób, wobec których je zastosowano. Konstytucja RP w art. 47 i art. 51, określając natomiast elementy prawa do prywatności, zobowiązuje władze publiczne do

nieingerencji w określony przez nie zakres życia (aktywności) jednostki i zapewnia stosowną ochronę przed wszelkimi działaniami w niego godzącymi.

Ważne jest również to, że ustawa o działaniach antyterrorystycznych, będąca podstawą zastosowania tych czynności, budzi 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. 9 i 10 ustawy, a zatem przepisów odnoszących się do działalności służb, o którą pyta Fundacja w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej. Rzecznik przedstawił stanowisko, że art. 9 ust. 1 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, w zakresie, w jakim przewidziana w nim możliwość stosowania niejawnych czynności operacyjno-rozpoznawczych stanowi zbyt daleko idącą i nieuzasadnioną ingerencję w prawa i wolności jednostki, a także w zakresie, w jakim różnicuje sytuację prawną osób, które nie są obywatelami Rzeczypospolitej Polskiej i obywateli RP oraz w zakresie, w jakim nie ustanawia mechanizmu kontroli stosowania przewidzianych w nim czynności jest niezgodny z art. 2, art. 47 i art. 51 Konstytucji RP w związku z art. 37 i 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz z art. 8 EKPCz. Natomiast art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, w ocenie Rzecznika, jest niezgodny z art. 2, art. 47 oraz art. 51 Konstytucji RP w zw. z art. 37 i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a także z art. 8 w zw. z art. 14 EKPCz oraz z art. 7 i 8 w zw. z art. 20 oraz art. 52 ust. 1 KPP UE.

Rzecznik podkreślał, że w orzecznictwie TK oraz ETPCz ustanowienie odpowiednich mechanizmów, chociażby następczej kontroli nad prowadzeniem czynności operacyjno-rozpoznawczych, jest uważane za fundamentalny warunek funkcjonowania demokratycznego państwa prawnego (por. wyrok TK z 30 lipca 2014 r., sygn. akt K 23/11; wyrok ETPCz w sprawie *Zakharov przeciwko Rosji*, skarga nr 47413/06 oraz wyrok ETPCz w sprawie *Szabó i Vissy przeciwko Węgrom*, skarga 37138/14). Jakkolwiek czynności operacyjno-rozpoznawcze mają na celu zapewnienie bezpieczeństwa społeczeństwa, pamiętać należy jednocześnie, że zapewnienie tego bezpieczeństwa nie może odbywać się bez uwzględnienia wagi oraz istoty dóbr i wartości, które mają zostać poświęcone w imię osiągnięcia tego celu. W tym kontekście, skoro ustawodawca zdecydował się na

pozbawienie pewnych grup jednostek fundamentalnego prawa do prywatności, to jego konstytucyjnym obowiązkiem w demokratycznym państwie prawa jest zapewnienie realizacji minimalnego standardu ochrony w postaci ustanowienia chociażby następczej kontroli sądowej w tym zakresie. Brak takiego rozwiązania na gruncie procedur prowadzących do daleko idącej ingerencji w prawo do prywatności jednostki przewidziane w art. 9 ustawy o działaniach antyterrorystycznych, należy uznać za sprzeczne z podstawowymi założeniami ustroju prawnego Rzeczypospolitej Polskiej.

Rzecznik Praw Obywatelskich zwracał również uwagę, że samo zróżnicowanie pozycji prawnej osób nieposiadających polskiego obywatelstwa oraz obywateli RP w zakresie pozyskiwania informacji o nich i ochrony ich danych osobowych rodzi wątpliwość nie tylko co do zgodności z art. 47 i 51 w zw. z art. 37 i 31 ust. 3 Konstytucji RP, ale także z umowami międzynarodowymi, których Polska jest stroną, w tym z zasadą niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, wyrażoną w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (art. 14 w zw. z art. 8 EKPCz), czy też w Karcie Praw Podstawowych UE (art. 20 KPP UE). W przypadku art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych Karta Praw Podstawowych UE znajdzie zastosowanie i powinna być uwzględniona ze względu na wejście w życie i rozpoczęcie stosowania przepisów rozporządzenia ogólnego, czyli rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (Dz. Urz. UE L 119 z 4.5.2016) oraz dyrektywy 2016/680, tj. dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/680 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchyłającej decyzję ramową Rady 2008/977/WSiSW (Dz. Urz. UE L 119 z 4.5.2016 r.). Dyrektywa ta określa bowiem nie tylko zasady gromadzenia i przetwarzania danych osobowych przez właściwe organy do celów zwalczania przestępczości, ale reguluje również prawa przysługujące podmiotowi danych, które to prawa – jak było widać z analizy przeprowadzonej we wniosku RPO w



odniesieniu do przepisów Konstytucji RP – nie zostały zrealizowane w art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych.

Wniosek Rzecznika nie był jednak przedmiotem merytorycznej oceny Trybunału. Rzecznik był bowiem 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 TK<sup>1</sup>. Jak wskazywał Rzecznik, orzekanie przez TK w tej sytuacji mogło prowadzić wyłącznie do pogłębienia stanu niepewności prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej, a co za tym idzie do spotęgowania stanu naruszającego prawa obywatelskie.

Dlatego też, zdaniem Rzecznika, tak istotne jest dokonanie rzetelnej sądowej oceny wydawanych przez ABW decyzji dotyczących udostępnienia informacji publicznej o czynnościach prowadzonych na podstawie ustawy o działaniach antyterrorystycznych. 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 mechanizmu kontroli sądowej w tym zakresie.

3. Rzecznik Praw Obywatelskich stoi na stanowisku, że w analizowanej sprawie Sąd nie dokonał właściwej oceny 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

---

<sup>1</sup> Pismo RPO z dnia 30 kwietnia 2018 r. w sprawie wycofania wniosku RPO z Trybunału Konstytucyjnego; postanowienie TK z dnia 6 czerwca 2018 r., sygn. akt K 35/16 o umorzeniu postępowania.

informacje klauzula tajności będąca przyczyną odmowy udostępniania informacji publicznej.

Trzeba jednak zwrócić uwagę, że Sąd I instancji 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, czyniłoby ustawę o ochronie informacji niejawnych zbyteczną i nadto naruszałoby zasadę wyrażoną w art. 61 ust. 3 Konstytucji RP, 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 określonemu 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 jednak podkreślić, że w świetle poglądów doktryny i orzecznictwa sądów administracyjnych nie budzi wątpliwości przeprowadzanie 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 dnia 15 października 2009 r., sygn. akt K 26/08, Trybunał uznając zgodność z Konstytucją RP 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 1047/10<sup>2</sup>, 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

---

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

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 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., sygn. akt 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 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: „organ (...) będąc dysponentem informacji ocenił w tym konkretnym przypadku ryzyko, jakie wiąże się z ujawnieniem pożądanых informacji i doszedł do przekonania, iż nie powinno być one upublicznione, co znalazło swoje normatywne oparcie w art. 5 uion”. Uznał jedynie, że „w ocenie Sądu nie ma podstaw twierdzić, iż dokumentowi nadano klauzulę tajności w sposób nieprawidłowy”. W uzasadnieniu wyroku z 17 czerwca 2011 r., sygn. akt 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 uoin), 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 jednak istotne 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 rzeczywiście spowoduje lub mogłoby spowodować szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej albo byłoby z punktu widzenia jej interesów niekorzystne. Należy natomiast wskazać, że informacja statystyczna zawarta w sprawozdaniu, o którym mowa w art. 28a ustawy o ABW, a także informacja o czynnościach, o których mowa w art. 9 i 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych ma zupełnie inny charakter niż np. informacja o działaniach, o których mowa w art. 11 tej ustawy. O ile ta pierwsza dotyczy uzyskiwania przez ABW danych telekomunikacyjnych, pocztowych lub internetowych (art. 28a ustawy o ABW), prowadzenia niejawnych czynności wobec osoby niebędącej obywatelem Rzeczypospolitej Polskiej, w stosunku do której istnieje obawa co do możliwości prowadzenia przez nią działalności terrorystycznej (art. 9 ustawy o działaniach antyterrorystycznych) oraz pobierania obrazu linii papilarnych lub utrwalania wizerunku twarzy lub nieinwazyjnego pobierania materiału biologicznego w celu oznaczenia profilu DNA osoby niebędącej obywatelem Rzeczypospolitej Polskiej (art. 10 ustawy o działaniach antyterrorystycznych), o tyle druga grupa informacji dotyczy dostępu do danych i informacji zgromadzonych w rejestrach publicznych i ewidencjach prowadzonych przez różne podmioty, np. ZUS, czy Głównego Geodetę Kraju (art. 11 ustawy o działaniach antyterrorystycznych). A zatem ocena zasadności utajnienia tych informacji powinna uwzględniać ich zróżnicowany charakter. Sąd I instancji nie dokonał zaś wyczerpujących

ustaleń w tym zakresie, 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., sygn. akt I OSK 397/12).

**Ponadto, w ocenie Rzecznika, istotne znaczenia w rozstrzygnięciu niniejszej sprawy ma okoliczność, że żądane informacje mają charakter statystyczny.** Należy przy tym zauważyć, że w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego wielokrotnie zajmowano się kwestią kwalifikacji informacji dotyczącej służb specjalnych z perspektywy informacji publicznej. Przyjmowano w tym zakresie, że dane statystyczne na temat czynności podejmowanych przez służby 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., sygn. akt I OSK 1149/10, NSA podkreślał, 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)”. Zauważyć, również trzeba, że w wyroku z dnia z dnia 28 czerwca 2007 r., nr skargi 62540/00, ETPCz 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.

Należy przy tym zwrócić uwagę, jak wskazuje Fundacja, że żądane informacje miały służyć ustaleniu „czy organ w związku z dwoma wydarzeniami publicznymi, tj. światowymi dniami młodzieży i szczytem NATO, których to organizacja przez Polskę m.in. uzasadniała wprowadzenie tzw. ustawy antyterrorystycznej, korzystał z nowych kompetencji” – a zatem wniosek Skarżącej dotyczył zdarzeń z przeszłości (okresu od dnia 2 lipca 2016 r. do dnia 23 sierpnia 2016 r.). Skarżącej chodziło o „informacje o tym jak często inwazyjne – wymienione w nim – środki zarządza się bez zgody sądu, czy jest pokusa po sięgnięciu po nie z uwagi na mniej sformalizowany charakter niż chociażby kontroli operacyjnej zarządzanej na podstawie ustawy o działaniach antyterrorystycznych, a następnie przedłużanych na podstawie przepisów ustawy o ABW oraz AW”. Uzyskanie żądanych informacji pozwoliłoby zatem na sprawdzenie, czy stosowane przez ABW środki nie są nadużywane. Żądane informacje nie dotyczyły natomiast ani konkretnych czynności operacyjnych ani postępowań, które mogłyby świadczyć o kierunkach zainteresowań ABW, czy możliwościach tej służby, jak twierdzi organ. Ograniczenie dostępu do tych informacji – informacji statystycznych, nie można zatem uznać za konieczne w demokratycznym państwie prawnym.

Jednocześnie należy dostrzec, że w uzasadnieniu wyroku Sąd wskazuje, że „z najnowszego orzecznictwa sądów administracyjnych, obu instancji, w sprawach z zakresu udip, w których stroną jest któryś z szefów służb specjalnych (ABW, AW, SKW, CBA) wynika, iż sądy odmiennie od dotychczasowej linii orzeczniczej dokonują ważenia proporcji między przejrzystością działalności służb specjalnych, a ograniczeniem dostępności informacji o niej, jak również stosowanych przez nie środkach, formach i metodach pracy”. Sąd nie przywołuje jednak żadnych orzeczeń na potwierdzenie powyższej tezy. Trudno więc uznać, że doszło do podważenia dotychczasowej linii orzeczniczej, zgodnie z którą dane statystyczne dotyczące działalności służb specjalnych należy uznać za podlegające ujawnieniu.

**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 żądane informacje mają charakter statystyczny, a zatem ich ujawnienie nie mogłoby spowodować szkody dla RP ani nie byłoby z punktu widzenia jej interesów**

niekorzystne. Informacja o tym, w ilu przypadkach, ile razy i wobec ilu osób funkcjonariusze korzystali z uprawnień przewidzianych w art. 28a ustawy o ABW oraz 9-11 ustawy antyterrorystycznej pozwoliłaby natomiast dokonać oceny, czy nie doszło do nadużyć w zakresie korzystania przez służby specjalne ze środków ingerujących w prawo do prywatności osób.

Podkreślić przy tym trzeba, że nadmierne rozszerzenie katalogu spraw objętych tajemnicą państwową, bądź nadmierne rozszerzanie ich zakresu w drodze wykładni, prowadziłyby do kolizji z innymi wartościami konstytucyjnymi (wolność wypowiedzi, wolność informacji, demokratyczna kontrola obywatelska nad organami państwowymi) i osłabiałoby 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 dnia 1 października 2010 r., sygn. akt 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.

Tym samym należy uznać, 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. Penalizacja i ściganie aktów terroryzmu musi więc następować zgodnie z zasadą proporcjonalności.

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 zw. z art. 5 ustawy o informacjach niejawnych, które miało wpływ na wynik sprawy. **Zaskarżony wyrok prowadzi zatem do niezasadnego ograniczenia konstytucyjnego prawa 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 prywatności, pozostających bez kontroli sądowej, skierowanych wobec osób niebędących obywatelami RP – kontrola społeczna ich działalności wydaje się być szczególnie istotna z punktu widzenia ochrony prawa do prywatności osób objętych czynnościami służb.

### III.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 185 p.p.s.a, Rzecznik Praw Obywatelskich wnosi o uwzględnienie skargi kasacyjnej i przekazanie sprawy Wojewódzkiego Sądowi Administracyjnemu do ponownego rozpoznania, ewentualnie na podstawie art. 188 p.p.s.a. o uchylenie zaskarżonego wyroku i rozpoznanie skargi kasacyjnej.

Załącznik:

- 1) 3 odpisy pisma procesowego.

