

WYROK
z dnia 15 października 2009 r.
Sygn. akt K 26/08*

W imieniu Rzeczypospolitej Polskiej

Trybunał Konstytucyjny w składzie:

Marian Grzybowski – przewodniczący
Wojciech Hermeliński
Marek Kotlinowski
Teresa Liszcz
Ewa Łętowska – sprawozdawca,

protokolant: Krzysztof Zalecki,

po rozpoznaniu, z udziałem wnioskodawcy oraz Sejmu i Prokuratora Generalnego, na rozprawie w dniu 15 października 2009 r., wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich o zbadanie zgodności:

- 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 art. 2 Konstytucji,
- 2) art. 21 ust. 5 ustawy powołanej w punkcie 1 z art. 2, art. 61 ust. 1, art. 31 ust. 3 w związku z art. 61 ust. 3 Konstytucji,

o r z e k a:

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, z 2006 r. Nr 104, poz. 708 i 711, Nr 149, poz. 1078, Nr 218, poz. 1592 i Nr 220, poz. 1600 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1056) jest zgodny z zasadą poprawnej legislacji wynikającą z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

- 2. Art. 21 ust. 5 ustawy powołanej w punkcie 1 jest zgodny:**
- a) z zasadą poprawnej legislacji wynikającą z art. 2 Konstytucji,
 - b) z art. 61 ust. 1 Konstytucji,
 - c) z art. 61 ust. 3 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

UZASADNIENIE

I

1. Rzecznik Praw Obywatelskich we wniosku z 8 sierpnia 2008 r. zakwestionował zgodność:

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.; dalej: ustawa o ochronie informacji niejawnych) z zasadą poprawnej legislacji wynikającą z art. 2 Konstytucji;

* Sentencja została ogłoszona dnia 27 października 2009 r. w Dz. U. Nr 178, poz. 1382.

2) art. 21 ust. 4 i 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych z zasadą poprawnej legislacji wynikającą z art. 2 i art. 61 Konstytucji.

Rzecznik Praw Obywatelskich oparł uzasadnienie wniosku na następujących argumentach:

1.1. 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 prawo do informacji o działalności władzy publicznej ma na celu społeczną kontrolę tej władzy i przeciwdziała wszelkim jej nadużyciom. Odpowiednikiem prawa do informacji jest spoczywający na organach władzy publicznej obowiązek udzielenia obywatelom określonych informacji o działalności instytucji. Obowiązek ten polega nie tylko na dostępności określonych informacji dla odbiorcy, lecz oznacza konieczność aktywnego działania organu udzielającego informacji, tak aby obywatel mógł się z nimi zapoznać.

Zarówno w świetle postanowień Konstytucji, jak i ustawy 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) prawo dostępu do informacji publicznej ma konstrukcję publicznego prawa podmiotowego. Zapewnia ono 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 ustawy o dostępie do informacji publicznej przewiduje, że 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. To, że odmowa informacji następuje w postaci decyzji, wskazuje, że co do zasady odmowa taka nie powinna cechować się arbitralnością.

Obowiązek udostępnienia informacji publicznej nie ma, co wynika wprost z Konstytucji, charakteru absolutnego (art. 61 ust. 3 Konstytucji). Ustawa o dostępie do informacji publicznej również wskazuje na istnienie odstępstw od zasady dostępu (art. 5 ust. 1). W razie odmowy udostępnienia informacji, z powołaniem się na jedną z normatywnie 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 wypadku 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 8 grudnia 2000 r., sygn. akt 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.

1.2. Art. 21 ustawy o ochronie informacji niejawnych, który reguluje kwestie związane z nadawaniem klauzuli tajności, jest niezwykle ważny z perspektywy zasady jawności życia publicznego i prawa obywateli dostępu do informacji publicznej. Ustęp 1 tego artykułu wskazuje, że 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 razie uznania, że 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 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 przykład na nadaniu wynikom badań naukowych o szczególnie ważnym znaczeniu dla obronności i bezpieczeństwa państwa (które zgodnie z załącznikiem do ustawy powinny stanowić informację niejawną oznaczoną 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, że informacja taka nie jest chroniona w prawidłowy sposób. W tym kontekście należy zauważyć, że zaniżanie i zawyżanie klauzuli tajności w pewnych sytuacjach podlega penalizacji. Art. 231 k.k. 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 zaniżenie klauzuli. 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 k.k., 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 zaniżaniem klauzuli tajności. „Ujawnić” oznacza uczynić jawnym, wiadomym. Ujawnieniem informacji jest każde zachowanie, które będzie powodować, że informacja dojdzie do osoby nieuprawnionej. Zaniżeniem klauzuli, niezależnie od tego, czy zaniżenie 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 zaniżeniem, w wypadku gdy zachowanie to nie wypełnia jednocześnie znamion przestępstwa określonego w art. 265 k.k. lub w innych przepisach rozdziału XXXIII k.k., ustawa nie wiąże żadnych konsekwencji prawnych.

Ustawa *expressis verbis* zabrania zawyżania i zaniżania klauzul tajności. W razie stwierdzenia przez odbiorców materiału takiego faktu nie nakłada jednak 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.

1.3. Artykuł 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych jest – wedle wnioskodawcy – niezgodny z konstytucyjną zasadą prawidłowej legislacji (art. 2 Konstytucji), w szczególności zasadą tworzenia logicznych, spójnych i kompletnych unormowań.

Kwestionowany przepis ustawy o ochronie informacji niejawnych, wprowadzający zasadę odpowiedzialności osoby upoważnionej do podpisania dokumentu, wskazuje bowiem na „odpowiedzialność za przyznanie klauzuli tajności”, ale nie określa, o jaką konkretnie

odpowiedzialność chodzi (karną, służbową czy być może dyscyplinarną). 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 ani 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. Przepis ten wskazuje bowiem, że 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 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.

1.4. Artykuł 21 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych jest niezgodny z zasadą prawidłowej legislacji wynikającą z art. 2 i art. 61 ust. 1 Konstytucji.

Unormowanie to ma charakter pozorny, któremu brakuje cech kompletności. Ustawodawca poprzestaje na stwierdzeniu, że 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. Ustanawianie zakazu lub przesądzanie, że pewna kategoria zachowań jest niedopuszczalna, oraz zadeklarowanie, że takie zachowania wiążą się z odpowiedzialnością, przy jednoczesnym braku sankcji za naruszenie powyższych reguł, nie tylko jest niezgodne z zasadą poprawnej legislacji, ale i z poprawnym konstruowaniem normy prawnej. W ten sposób przepis prawa materialnego – określający kto, w jakich okolicznościach i jak powinien się zachować – staje się w istocie martwy.

Sam zakaz zawyżania klauzuli tajności niepołączony – w razie stwierdzenia tego faktu – z obowiązkiem jej zmiany jest sprzeczny z wynikającym z art. 61 ust. 1 Konstytucji publicznym prawem podmiotowym dostępu do informacji. Prawo to polega na uprawnieniu jej otrzymania (art. 61 ust. 1 i art. 54 ust. 1 Konstytucji), chyba że dana informacja została utajniona na mocy ustawy (art. 61 ust. 3 i art. 31 ust. 3 Konstytucji) ze względu na ochronę wartości wskazanych w Konstytucji. Utajnienie pewnych informacji przez przyznanie im 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 zawyżeniem klauzuli tajności powinien być zatem związany – w myśl realizacji konstytucyjnego prawa dostępu do informacji – skutek w postaci konieczności obniżenia lub zniesienia takiej klauzuli. Niczym niekontrolowane nadawanie klauzul tajności prowadzi do zniweczenia konstytucyjnego prawa do informacji publicznej. Aby dostęp do informacji publicznej, wobec praktycznie zupełnej dowolności utajniania materiałów przez administrację publiczną, nie stał się uprawnieniem

czysto iluzorycznym, ustawodawca z zakazem zawyżania klauzuli tajności, w razie stwierdzenia takiego zawyżenia, powinien powiązać albo egzekwowlany prawny obowiązek zmiany klauzuli tajności albo wręcz automatyczny skutek prawny w postaci zmiany klauzuli.

Niekonstytucyjność kwestionowanego unormowania jest widoczna – wedle RPO – 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 że informacja ta nie odpowiada określonym w ustawie o ochronie informacji niejawnych materialnym kryteriom tajemnicy państwowej lub tajemnicy służbowej.

Informacje powinny korzystać z ochrony nie z powodu wyrazu woli jej dysponenta, ale ze względu na konieczność ochrony interesu publicznego. Samo przyznanie 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).

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 ustawy o ochronie informacji niejawnych 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, że kwestionowany przepis jest niezgodny z art. 2 Konstytucji.

Po drugie, jeżeliby przyjąć, że ustawodawca przez zawyżanie klauzuli tajności rozumie jedynie przyznanie klauzuli wyższego stopnia tajności spośród tych, które wymienia ustawa („zastrzeżone”, „poufne”, „tajne”, „ściśle tajne”), a pojęcie to nie obejmuje bezpodstawnego utajniania informacji, to art. 21 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych w tym zakresie jest sprzeczny z art. 61 ust. 1 Konstytucji. Brak wyraźnego ustawowego zakazu i kompletny brak reakcji na bezpodstawne utajnienie powoduje w konsekwencji zniweczenie normy wynikającej z art. 61 ust. 1 Konstytucji. W razie takiego rozumienia kwestionowanego 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 22 lutego 2007 r., sygn. akt 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 sprzyja nadużyciom władzy i powoduje, że informacje dla niej „niewygodne” mogą być dowolnie utajniane. W konsekwencji należy stwierdzić, że w ustawie ze względu na regulację przewidzianą w art. 61 ust. 1 Konstytucji powinien znaleźć się wyraźny i bezpośredni zakaz utajniania informacji w wypadku braku podstaw do dokonania takiej czynności.

1.5. Artykuł 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych jest sprzeczny z nakazem przestrzegania przez ustawodawcę zasad prawidłowej legislacji.

Po pierwsze, w kontekście analizowanego przepisu nasuwa się pytanie dlaczego dopiero z faktem wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia ustawa łączy skutek prawny w postaci obowiązku zgłoszenia tego faktu przez odbiorcę materiału skoro w myśl art. 21 ust. 4 zawyżanie i zaniżanie klauzuli tajności jest niedopuszczalne. Takie uregulowanie powoduje, że 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.

Po drugie, ustawodawca nie wyjaśnia pojęcia „wyraźnego zawyżenia lub zniżenia 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 ustawy o ochronie informacji niejawnych 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”. Łatwość zauważenia zawyżenia lub zniżenia klauzuli będzie zależeć od subiektywnego odczucia i oceny odbiorcy materiału.

Po trzecie, zgodnie z literalnym brzmieniem art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych odbiorca materiału ma obowiązek zgłosić fakt wyraźnego zawyżenia lub zniżenia 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, że stosując wykładnię literalną, odbiorca materiału może zgłosić fakt wyraźnego zawyżenia lub zniżenia klauzuli tajności tylko jednej osobie. Może to prowadzić do sytuacji, w której odbiorca materiału zgłasza zakazywane przez ustawodawcę zawyżenie lub zniżenie osobie podpisującej dokument i ponoszącej odpowiedzialność za przyznanie klauzuli. Jeżeli osoba ta nie podzieli odczucia odbiorcy materiału co do wyraźnego zawyżenia lub zniżenia klauzuli tajności, odbiorca pozbawiony jest możliwości przedstawienia tego faktu przełożonemu osoby ponoszącej odpowiedzialność za przyznanie klauzuli.

Można zaryzykować stwierdzenie, że osoby, którym zgłasza się fakt wyraźnego zawyżenia lub zniżenia klauzuli w rzeczywistości pełnią rolę pierwszej „instancji” weryfikującej prawidłowość utajnienia materiału. Art. 21 ust. 5 zdanie drugie ustawy o ochronie informacji niejawnych stanowi jednak, przez użycie wyrażenia „w przypadku gdy”, że ani osoba podpisująca dokument i przyznająca klauzulę tajności, ani jej przełożony nie mają prawnego obowiązku zmiany kwalifikacji, zajęcia stanowiska lub nawet rozważenia zmiany nieprawidłowej kwalifikacji materiału. Rozwiązanie takie pozostaje w sprzeczności z obywatelskim prawem dostępu do informacji publicznej. Mechanizm ustawowy działa w ten sposób, że każda informacja wytworzona w organach administracji publicznej może zostać – zgodnie z dyskrecjonalnym uznaniem podpisującego dokument pod jedynie teoretycznym warunkiem spełniania kryteriów tajemnicy państwowej lub służbowej – uznana za niejawną.

Pewnym rozwiązaniem mogłaby być sądowa kontrola utajniania informacji. Jak stwierdził bowiem Naczelny Sąd Administracyjny w orzeczeniu z 21 lutego 2000 r. (sygn. akt II SA 2230/99), „przyznawanie klauzuli tajności nie jest objęte żadną procedurą, nie odnosi się też do jakichś 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 zakwalifikowania informacji jako niejawnej.

2. Rzecznik Praw Obywatelskich w piśmie z 12 października 2009 r. zmodyfikował wniosek, wnosząc o stwierdzenie niezgodności: 1) art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych z art. 2 Konstytucji; 2) art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych z art. 2, art. 61 ust. 1, art. 31 ust. 3 w związku z art. 61 ust. 3 Konstytucji.

2.1. Rzecznik Praw Obywatelskich zgodził się ze stanowiskiem Prokuratora Generalnego, że art. 21 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych nie ma wpływu na

obywatelskie prawo dostępu do informacji publicznej (art. 61 Konstytucji). Nieograniczony dostęp do tychże informacji gwarantuje jedynie jawność, która zostaje wyłączona w momencie nadania jakiegokolwiek z klauzul, o których mowa w ustawie o ochronie informacji niejawnych.

Rzecznik Praw Obywatelskich wskazał, że w pozostałym zakresie wniosek z 8 sierpnia 2008 r. zachowuje swą aktualność.

2.2. Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich norma wynikająca z art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych ingeruje w wymaganą w warunkach demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji) jawność życia publicznego, jak również stanowi nieproporcjonalne ograniczenie obywatelskiego prawa dostępu do informacji publicznej oraz narusza jego istotę. Ustawa o ochronie informacji niejawnych nie przewiduje bowiem ani obowiązku zgłoszenia wadliwej kwalifikacji danej informacji (czy to w ramach istniejących klauzul czy nieuprawnionego utajnienia informacji), ani powinności osoby utajniającej dokonania merytorycznej weryfikacji tej informacji. Rzecznik Praw Obywatelskich nie neguje, że ważny interes publiczny i bezpieczeństwo państwa mogą czasem wyłączać swobodne uzyskiwanie pewnych informacji przez wszystkich obywateli, co wprost przewidziane jest w art. 61 ust. 3 Konstytucji. To właśnie zabezpieczeniu wskazanych tam wartości ma służyć całość regulacji ustawy o ochronie informacji niejawnych, co jednak nie znaczy, że przewidziany ustawowo zarówno zakres wyłączeń prawa dostępu do informacji publicznej, jak i procedura związana z nadawaniem klauzul tajności, nie muszą spełniać wymogów proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji. W przypadku bowiem konstruowania dopuszczalnego zakresu ograniczeń w korzystaniu z prawa przewidzianego w art. 61 ust. 1 dochodzi do współstosowania przepisów art. 61 ust. 3 oraz 31 ust. 3 Konstytucji.

Zdaniem Rzecznika stan prawny, w którym brak jest jakiegokolwiek regulacji zakazującej stwierdzenia nieuprawnionego utajnienia informacji publicznej powoduje nadmierne i nieproporcjonalne ograniczenie dostępu do informacji publicznej. Ustawodawca winien ustanowić instytucje, umożliwiające powrót bezprawnie utajnionej informacji do sfery życia publicznego.

Efektom powyższej regulacji jest również możliwość, że konkretny materiał – mimo że nie spełnia materialnych przesłanek wyłączenia jej z zasobu informacji publicznych – zostanie utajniony na stałe, co oznacza, że nikt (prócz wąskiego grona uprawnionych odbiorców) nie pozna nigdy jej treści. Samo prawdopodobieństwo zaistnienia tego typu sytuacji oznaczać będzie, że ustawodawca dopuścił możliwość naruszenia istoty prawa dostępu do informacji publicznej.

2.3. Ustosunkowując się do stanowiska Prokuratora Generalnego, Rzecznik Praw Obywatelskich w piśmie z 12 października 2009 r. wskazał na następujące argumenty:

2.3.1. Co do art. 21 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych Rzecznik uznał, że zarzuty wniosku wzmacnia stanowisko Prokuratora Generalnego.

2.3.2. Pogląd Prokuratora Generalnego, że odpowiedzialność za przestępstwo ujawnienia tajemnicy państwowej lub służbowej może ponieść wyłącznie osoba, do której obowiązków należy ochrona tej informacji przed ujawnieniem osobie nieuprawnionej, odbiega od poglądu przedstawionego w uchwale Sądu Najwyższego z 26 marca 2009 r., sygn. akt I KZP 35/08, OSNKW z. 5/2009, poz. 33 (takie samo stanowisko przedstawiono również w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2008 r., sygn. akt V KK 146/08, OSNKW z. 1/2009, poz. 9). Pogląd o powszechnym charakterze przestępstwa bezprawnego ujawnienia i wykorzystania tajemnicy państwowej wyrażony jest również w doktrynie.

2.3.3. W obecnym stanie prawnym, na podstawie art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych, wskazano bardzo wąski krąg podmiotów mogących zweryfikować prawidłowość nadanej klauzuli tajności. Możliwe jest, że do weryfikacji wadliwej klauzuli tajności, przy tak wąskim katalogu podmiotów uzyskujących dostęp do tajnych dokumentów,

nigdy nie dojdzie. Co więcej, jest też prawdopodobne, że nigdy nie dojdzie do weryfikacji prawidłowości klauzul bezpodstawnie zawyżonych, gdyż z wyższą klauzulą wiążą się większe ograniczenia podmiotowe w zakresie dostępu do takich materiałów. Rzecznik powołał tu dodatkowo uchwałę Sądu Najwyższego z 16 lutego 1994 r., sygn. akt I KZP 40/93, OSNKW z. 3-4/1994, poz. 18 oraz związane z nią postanowienie TK z 15 czerwca 1993 r., sygn. U 3/93, OTK w 1993 r., cz. II, poz. 23.

2.3.4. Rzecznik wyraźnie wskazał, że w swym wniosku nie podnosił zarzutów w stosunku do samej procedury uzyskiwania dostępu do informacji, które zostały utajnione, lecz zawarł jedynie sugestie, by każde zakwalifikowanie informacji lub materiału jako niejawnych mogło podlegać kontroli sądowej.

2.3.5. Pogląd Prokuratora Generalnego, że nadanie klauzuli tajności nie wywołuje skutków prawnych dla konkretnego obywatela i ma praktyczne znaczenie jedynie dla jednostek organizacyjnych oraz organów władzy publicznej, wiąże się z niedostrzeganiem przez Prokuratora „obywatelskiego” aspektu nadawania klauzuli tajności. Nadanie takiej klauzuli oznacza bowiem automatyczne wyjęcie informacji z zasobu tych, które stanowią informację publiczną.

W warunkach demokratycznego państwa prawnego nie powinno być tak, że reakcją osoby przyznającej klauzulę jest możliwość obniżenia, podwyższenia etc. Stwierdzenie takiego faktu, zgodnie z materialną koncepcją tajemnicy państwowej, powinno się wiązać z automatycznym prawnym obowiązkiem zmiany klauzuli czy jej zniesienia.

2.3.6. Prokurator Generalny wskazuje również, że art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych nie obejmuje obowiązku jej zniesienia. W rozumieniu ustawy o ochronie informacji niejawnych, w pojęciu „klauzula tajności” nie mieści się pojęcie „uchylenie klauzuli tajności”. Takie stanowisko Prokuratora uwypukla zarzut Rzecznika dotyczący niezgodności z art. 61 ust. 1 Konstytucji analizowanego przepisu. Odbiorca materiału stwierdza, że zgodnie z obiektywnymi przesłankami dana informacja nie kwalifikuje się jako niejawna i brak jest jakichkolwiek środków prawnych, aby klauzulę taką znieść.

2.3.7. Rzecznik Praw Obywatelskich w piśmie z 12 października 2009 r. poinformował ponadto, że w ostatnich tygodniach Rada Ministrów prowadziła intensywne prace nad przygotowaniem nowej ustawy o ochronie informacji niejawnych. Przekazany Rzecznikowi Praw Obywatelskich projekt tego aktu normatywnego rozwiązuje kilka kwestii podniesionych w omawianym wniosku do Trybunału Konstytucyjnego. Projekt przewiduje nowe definicje dotyczące informacji oznaczonych poszczególnymi klauzulami. Rzecznik propozycję taką ocenia pozytywnie, gdyż sugerowane rozwiązanie, zamiast dotychczasowych ogólnych definicji, wprowadza szczegółowe wymagania klasyfikowania utajnianego materiału, co jest niezwykle istotne z punktu widzenia prawidłowości utajniania materiałów. Zaproponowanie w samej ustawie szczegółowych, materialnych wymogów, które musi spełnić dana informacja, aby mogła zostać utajniona, sprzyja prawidłowemu ich klasyfikowaniu, a w konsekwencji również oddziałuje na obywatelskie prawo dostępu do informacji publicznej.

Rzecznik wskazuje, że przedłożony projekt ustawy porządkuje zasady przyznawania, zmiany i znoszenia klauzuli tajności, co ma istotny wpływ na obywatelskie prawo dostępu do informacji publicznej i czyni zadość niektórym postulatom wniosku Rzecznika. Po pierwsze, osoba, która nadaje klauzulę tajności, może określić datę lub wydarzenie, po których nastąpi zniesienie lub zmiana klauzuli. Jest to rozwiązanie racjonalne, które powoduje, że utajnione dokumenty nie są wyłączone spod zakresu dostępu do informacji publicznej na zawsze, lecz jedynie na z góry określony czas. Po drugie, zaproponowano, aby osoba nadająca klauzulę lub jej przełożony mogli samodzielnie znieść lub zmienić klauzulę tajności, co jest dodatkowo kontrolowane przez kierownika jednostki organizacyjnej, w której materiałowi została nadana

klauzula tajności. Co niezmiernie istotne, osoby te są odpowiedzialne za natychmiastowe podjęcie czynności niezbędnych polegających na naniesieniu odpowiednich zmian w oznaczeniu materiału i poinformowaniu ewentualnych odbiorców.

Przedłożony projekt ustawy nie zawiera przepisów analogicznych do tych, które zostały objęte wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich.

Ponadto na podstawie art. 9 projektowanej regulacji możliwe jest sprawniejsze niż dotychczas weryfikowanie wadliwie nadanych klauzul tajności. W myśl tego przepisu odbiorca materiału w razie stwierdzenia wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności może zwrócić się do osoby, która ją nadała (lub do jej przełożonego) z wnioskiem o dokonanie stosownej zmiany. W razie odmowy lub w wypadku braku reakcji podmiotu odpowiedzialnego odbiorca może zwrócić się do Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego lub Służby Kontrwywiadu Wojskowego o rozstrzygnięcie sporu, co jest rozwiązaniem nowym na gruncie regulacji ustawowych dotyczących ochrony informacji niejawnych. Rzecznik podniósł, że nie tylko wyraźne zawyżenie lub zaniżenie klauzuli powinno powodować możliwość reakcji odbiorcy materiału. Jego zdaniem należy postulować, aby również bezprawne nadanie klauzuli tajności, a więc w konsekwencji naruszenie obywatelskiego prawa dostępu do informacji publicznych, umożliwiała wystąpienie odbiorcy materiału o jej zmianę, a w razie odmowy powodowało rozstrzygnięcie sporu przez organ zewnętrzny.

Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich opracowywanie nowego projektu ustawy i zaproponowanie przez Radę Ministrów rozwiązania, w szczególności uniknięcie powtórzenia części zakwestionowanych przez Rzecznika przepisów, wydaje się sugerować, że obowiązująca ustawa nie wypełnia swojej funkcji. Przewidziane w analizowanym projekcie aktu normatywnego instytucje nie są tak niejasne i nie budzą takich wątpliwości z punktu widzenia zasad poprawnej legislacji, jak kwestionowane przez Rzecznika przepisy, co – w opinii Rzecznika – wydaje się dodatkowym argumentem na rzecz ich niekonstytucyjności.

3. Prokurator Generalny w piśmie z 2 marca 2009 r. przedstawił stanowisko, że: 1) art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych w zakresie, w jakim przepis ten, wskazując osobę ponoszącą odpowiedzialność za przyznanie klauzuli tajności, nie określa, o jaką odpowiedzialność chodzi oraz czy zaniżenie lub zawyżenie klauzuli bądź bezprawne utajnienie informacji powoduje uruchomienie owej odpowiedzialności, jest zgodny z art. 2 Konstytucji; 2) art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych w zakresie, w jakim przepis ten: a) nie przewiduje obowiązku zgłoszenia przez odbiorcę materiału niejawnego faktu zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności, łącząc ten obowiązek dopiero z faktem wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności, b) posługuje się pojęciem „wyraźne zawyżenie lub zaniżenie klauzuli tajności”, c) ogranicza możliwość zgłoszenia faktu wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności tylko do jednej z osób wymienionych w tym przepisie, jest zgodny z art. 2 Konstytucji; 3) art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych w zakresie, w jakim przepis ten nie określa prawnego obowiązku zmiany, przedstawienia stanowiska lub nawet rozważenia zmiany nieprawidłowo zakwalifikowanego materiału, w wypadku zgłoszenia przez odbiorcę materiału niejawnego faktu wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności, jest zgodny z art. 61 ust. 1 Konstytucji.

Prokurator Generalny stwierdził ponadto, że postępowanie w pozostałym zakresie podlega umorzeniu na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.; dalej: ustawa o TK) ze względu na niedopuszczalność wydania orzeczenia.

Prokurator Generalny oparł swe stanowisko na następujących argumentach:

3.1. Artykuł 21 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych nie może być przedmiotem kontroli Trybunału Konstytucyjnego, ponieważ nie zawiera treści normatywnej. Norma zawarta w tym przepisie ma jedynie charakter abstrakcyjny – określa klasę zachowań

niedopuszczalnych, natomiast nie określa adresata (nie mając dostatecznej pewności, można jedynie domniemywać, że odnosi się ona wyłącznie do osób upoważnionych do klasyfikowania informacji niejawnych), a także warunków jej zastosowania. Przepis ten zawiera jedynie upomnienie, że dane normy (nadawanie właściwych klauzul tajności) powinny być przestrzegane.

3.2. Materialna analiza pozostałych zarzutów Rzecznika musi być poprzedzona wskazaniem, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, na treść konkretnej normy prawnej składa się nie tylko literalne brzmienie zaskarżonego przepisu, ale i jego systemowe uwarunkowanie, przyjęte poglądy doktryny oraz ukształtowana w tej materii linia orzecznicza. Trybunał Konstytucyjny wyraził również pogląd, że przepis ma taką treść, jaka została mu nadana w procesie stosowania prawa, zwłaszcza jeżeli takie rozumienie przepisu znalazło jednoznaczny i autorytatywny wyraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego bądź Naczelnego Sądu Administracyjnego (zob. wyrok z 3 października 2000 r., sygn. K 33/99, OTK ZU nr 6/2000, poz. 188, s. 1002).

Na tle niniejszej sprawy istotne jest określenie definicji tajemnicy państwowej i służbowej na gruncie ustawy o ochronie informacji niejawnych oraz określenie znaczenia czynności polegającej na nadaniu informacji niejawnej klauzuli tajności. Zgodnie z dominującym poglądem doktryny (zob. T. Szewc, *Informacje niejawne*, „Przegląd prawa publicznego” nr 1-2/2007, s. 44-45; W. Wróbel, *Prawnokarna ochrona tajemnicy państwowej*, „Czasopismo prawa karnego i nauk penalnych” z. 1/2000, s. 131-132 oraz komentarz do art. 265 k.k., [w:] *Kodeks karny, Część szczególna, Komentarz do art. 117-277 Kodeksu karnego*, pod red. A. Zolla, Kraków 1999, s. 974-975), a także orzecznictwem Sądu Najwyższego (zob. uchwała Sądu Najwyższego z 16 stycznia 1997 r., sygn. akt I KZP 34/96, OSNKW nr 3-4/1997, poz. 24, podjęta na gruncie ustawy z dnia 14 grudnia 1982 r. o ochronie tajemnicy państwowej i służbowej; Dz. U. Nr 40, poz. 271; dalej: ustawa o ochronie tajemnicy państwowej i służbowej; niemniej w zakresie sposobu definiowania tajemnicy służbowej [a w konsekwencji też tajemnicy państwowej], w kontekście obowiązku jej sklasyfikowania, pozostaje ona aktualna także na gruncie ustawy o ochronie informacji niejawnych) na gruncie ustawy o ochronie informacji niejawnych definicje tajemnicy państwowej i służbowej mają charakter materialny, zaś odpowiedzialność za przestępstwo ujawnienia tajemnicy państwowej lub służbowej może ponieść wyłącznie osoba, do której obowiązków należy ochrona tej informacji przed jej ujawnieniem osobie nieuprawnionej.

Niektórzy autorzy opowiadają się jednak za mieszanym, materialno-formalnym charakterem definicji tajemnicy państwowej i służbowej. Reprezentatywne są tu poglądy B. Kunickiej-Michalskiej (*Nowe przepisy o ochronie tajemnicy państwowej i służbowej*, „Państwo i Prawo” z. 11/1983, s. 32 oraz komentarz do art. 265 k.k., [w:] *Kodeks karny, Część szczególna, Komentarz do artykułów 222-316*, pod red. A. Wąska, Warszawa 2005, t. 2, s. 502-503), których nie można uznać za trafne z kilku powodów. Przede wszystkim dlatego, że w ustawie o ochronie informacji niejawnych definicje tajemnicy państwowej i służbowej nie zawierają elementu formalnego, zaś w żadnym przepisie tej ustawy, w odróżnieniu od art. 12 ustawy o ochronie tajemnicy państwowej i służbowej, nie został ściśle określony obowiązek klasyfikowania informacji niejawnych. Ustawa o ochronie informacji niejawnych nie zawiera też normy analogicznej do art. 5 ust. 1 ustawy o ochronie tajemnicy państwowej i służbowej, określającej powszechny obowiązek zachowania tajemnicy państwowej, zaś źródłem takiego obowiązku nie może być przepis art. 265 § 1 k.k. Przeciwno powszechności zakazu ujawniania tajemnicy państwowej wynikającego z art. 265 § 1 k.k. przemawiają nie tylko argumenty o charakterze systemowym, ale przede wszystkim racje konstytucyjne. Argumenty systemowe to istnienie regulacji szczególnych, ustanawiających ochronę tajemnicy państwowej, oraz dobro prawne, którym jest nie informacja jako taka, ale informacja w jakiś sposób chroniona prawem, w szczególności zaś informacja, do której

przysługuje określone prawo podmiotowe.

Jeśli chodzi o racje konstytucyjne, to zakaz ujawniania informacji stanowiących tajemnicę państwową, nałożony także na osoby, które nie pełnią żadnych funkcji publicznych i zapoznały się z daną informacją poza działalnością w sferze publicznej, z istoty swojej ogranicza wolność do nieskrępowanego rozpowszechniania informacji i domaga się usprawiedliwienia w świetle kryteriów wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Przyjęcie w takiej sytuacji, że art. 265 § 1 k.k. ustanawia powszechny zakaz ujawniania tajemnicy państwowej, z uwagi na definicję tej tajemnicy przyjętą w ustawie o ochronie informacji niejawnych, prowadzi do sprzeczności tego zakazu z Konstytucją. Nie można bowiem wprowadzać ograniczenia swobody rozpowszechniania informacji z powołaniem się na ważny interes gospodarczy państwa. Tymczasem powszechny zakaz ujawniania tajemnicy państwowej wyinterpretowany z art. 265 § 1 k.k. siłą rzeczy takich informacji by dotyczył.

Ponadto ustawa o ochronie informacji niejawnych nie ma zastosowania powszechnego; jej normy skierowane są do dość wąskiego kręgu adresatów, należących w zasadzie do sektora publicznego. Zakres tych podmiotów określa art. 1 ust. 2 ustawy. Należy stąd wnosić, że ustawa o ochronie informacji niejawnych została pomyślana jako zespół reguł określających sposób postępowania z informacjami, które stanowią tajemnice państwowe czy służbowe w działalności tych jednostek i organów.

Z wypowiedzi doktryny (zob. T. Szewc, *op. cit.*, s. 45-46; T. R. Aleksandrowicz, *Komentarz do ustawy o dostępie do informacji publicznej*, Warszawa 2008, s. 186; W. Wróbel, *op. cit.*, s. 136) wynika, że za bezpodstawne sklasyfikowanie informacji niejawnych grozi odpowiedzialność karna (bezpodstawne zaniżenie lub zniesienie bądź zaniechanie nadania klauzuli tajności, o ile doszło do nieuprawnionego ujawnienia informacji niejawnej) lub odpowiedzialność „pozakarna”, czyli dyscyplinarna, służbowa lub porządkowa. Odpowiedzialność karna za ujawnienie tajemnicy państwowej i służbowej została określona w kodeksie karnym, zaś odpowiedzialność „pozakarna” za „przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków” (w tym za obrazę przepisów prawa) – w ustawach szczególnych zawierających pragmatyki służbowe.

W wypadku przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków, funkcjonariuszowi publicznemu, na co w uzasadnieniu wniosku (k. 6) trafnie wskazuje Rzecznik Praw Obywatelskich, może także grozić odpowiedzialność karna (oprócz odpowiedzialności „pozakarnej”) za przestępstwo z art. 231 k.k. Wbrew jednak przekonaniu Rzecznika, przestępstwo określone w art. 231 k.k. w typie podstawowym (§ 1) i kwalifikowanym (§ 2) nie jest przestępstwem skutkowym. Popełnienie przestępstwa z art. 231 k.k. w obu tych typach nie wymaga bowiem spowodowania efektywnej szkody, a jedynie spowodowania realnego niebezpieczeństwa jej spowodowania.

3.3. Zgodnie z ustawą o dostępie do informacji publicznej skarga na decyzję o odmowie udzielenia informacji publicznej podjętą przez organ zobowiązany do udzielania takiej informacji, ze względu na wyłączenie jej jawności w oparciu o przepisy ustawy o ochronie informacji niejawnych (art. 21 w związku z art. 5 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej), podlega kontroli sądu w postępowaniu sądoadministracyjnym.

Nadanie klauzuli tajności nie odbywa się w drodze wydania decyzji czy postanowienia. Nie jest także aktem, o którym mowa w art. 3 § 2 pkt 4 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. Nr 153, poz. 1270). Dlatego też samo nadanie danej informacji klauzuli tajności nie podlega kontroli sądu administracyjnego.

Nie oznacza to jednak, że klauzule tajności, mimo że stwarzają konkretne sytuacje na niekorzyść obywateli, polegające na odmowie udostępnienia informacji publicznej, wymykają się w ogóle spod kontroli sądu. Gdyby tak było, część działań administracji publicznej, wpływająca na sytuację prawną obywatela, w tym dostęp do informacji publicznej,

pozostawałaby poza kontrolą sądów, co jest nie do zaakceptowania, z uwagi na zasadę art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Na przykład M. Jaśkowska zadaje pytanie, na jakim etapie mogłyby podlegać kontroli czynności dotyczące nadania klauzuli tajności, jeżeli nie jest to możliwe na etapie jej nadania, i odpowiada, że „rozwiązania trzeba poszukiwać (...) na etapie indywidualizacji podmiotu czynności”, co oznacza „możliwość kwestionowania klauzuli przy okazji kontroli innych aktów będących następstwem jej nadania. W chwili więc, kiedy klauzula będzie jednym z elementów podstawy prawnej decyzji, postanowienia lub czynności faktycznej, będzie mogła podlegać kontroli jako element tej podstawy” (M. Jaśkowska, *Nadawanie klauzuli tajności a kontrola Naczelnego Sądu Administracyjnego*, *op.cit.*, s. 29).

Zgodna z tymi poglądami jest linia orzecznicza sądów (por. postanowienie NSA z 8 grudnia 2000 r., sygn. akt II SA 1568/00, Lex nr 53372 oraz wyrok SN z 1 czerwca 2000 r., sygn. akt III RN 64/00, OSNP nr 6/2001, poz. 183). Należy też dodać, co umknęło Rzecznikowi, że na skutek rewizji nadzwyczajnej Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego, powołany wyrok Sądu Najwyższego z 1 czerwca 2000 r., sygn. akt III RN 64/00, uchylił wyrok NSA z 21 lutego 2000 r., sygn. akt II SA 2230/99, a sprawa została przekazana Naczelnemu Sądowi Administracyjnemu w Warszawie do ponownego rozpoznania i – po ponownym jej rozpoznaniu – Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie, wyrokiem z 28 marca 2001 r., sygn. akt II SA 2838/00 (niepubl.), zaskarżoną odmowę udzielenia informacji publicznej uchylił.

Pytanie o zakres kontroli sądu administracyjnego decyzji o odmowie udostępnienia informacji publicznej z powodu oznaczenia tej informacji jedną z klauzul niejawności jest w istocie pytaniem o zakres kontroli sprawowanej przez sąd administracyjny w wyniku wniesienia skargi. W tej sprawie Naczelny Sąd Administracyjny wypowiedział się w uchwale z 8 stycznia 2007 r., sygn. akt I FPS 1/06 (OSP nr 2/2008, poz. 19) oraz wyroku składu siedmiu sędziów NSA z 16 stycznia 2006 r., sygn. akt I OPS 4/05 (ONSAiWSA nr 2/2006, poz. 39).

Podsumowując, ocena zgodności z prawem materialnym decyzji o odmowie udostępnienia informacji publicznej z powodu oznaczenia tej informacji jedną z klauzul niejawności, o których mowa w ustawie o ochronie informacji niejawnych, nie jest możliwa bez zbadania prawnych przesłanek oznaczenia tej informacji klauzulą niejawności. W przeciwnym razie sądowa kontrola tego rodzaju decyzji byłaby iluzoryczna.

3.4. W świetle powyższego Prokurator Generalny przedstawił następujące stanowisko:

3.4.1. W zakresie art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych.

Wbrew ocenie Rzecznika, celem wprowadzenia tego przepisu było nie ukształtowanie pełnego reżimu odpowiedzialności osób, w których gestii leży nadanie klauzuli tajności, lecz jedynie wskazanie, które osoby są wyłącznie odpowiedzialne za przyznanie klauzuli tajności i z tego też tytułu upoważnione do decydowania (wyrażenia zgody) o zmianie lub zniesieniu tej klauzuli. Taki zapis wynika z potrzeby zindywidualizowania odpowiedzialności karnej czy „pozakarnej” (dyscyplinarnej, służbowej lub porządkowej). Odpowiedzialność z tytułu nadania, zmiany lub zniesienia klauzuli tajności została natomiast ukształtowana w sposób wyczerpujący w kodeksie karnym oraz w ustawach szczególnych zawierających pragmatyki służbowe.

3.4.2. W zakresie art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych.

W art. 21 ust. 1-4 i art. 21 ust. 5 zdanie drugie ustawy o ochronie informacji niejawnych jest mowa o nadaniu klauzuli tajności, jej zaniżeniu, zawyżeniu oraz zmianie i znoszeniu. Przepisy te odnoszą się do osób upoważnionych do podpisania dokumentu lub oznaczenia innego niż dokument materiału (osób przyznających klauzule tajności) oraz przełożonych tych osób, kształtując treść ich obowiązków w tym zakresie.

Treść art. 21 ust. 5 zdanie pierwsze i trzecie ustawy o ochronie informacji niejawnych

wyłącznie wskazuje na to, że nierespektowanie obowiązku zgłoszenia faktu wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności będzie rodziło odpowiedzialność „pozakarną” (dyscyplinarną, służbową lub porządkową) odbiorców materiału niejawnego, wynikającą ze stosunku prawnego łączącego te osoby z jednostką organizacyjną zobowiązaną do przestrzegania ustawy o ochronie informacji niejawnych. Stąd też posłużenie się przez ustawodawcę, w odniesieniu do zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności, przymiotnikiem „wyraźne”, wskazującym wszak, że owo „zawyżenie” lub „zaniżenie” łatwo zauważyć i łatwo jednoznacznie zrozumieć (łatwo udowodnić niedopełnienie obowiązku). Przymiotnik „wyraźny” odwołuje się bowiem do przesłanek obiektywnych (niezależnych od woli odbiorcy materiału niejawnego) i od istnienia dopiero takich przesłanek ustawodawca uzależnia zgłoszenie („obiektywnie rozpoznawalnego”) faktu zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności.

Jeśli klauzula tajności nie wywołuje skutków prawnych dla konkretnego obywatela, wówczas ma znaczenie jedynie dla jednostek organizacyjnych oraz organów władzy publicznej, ponieważ jedynie w tych podmiotach informacje objęte tą klauzulą są wytwarzane, przetwarzane i przechowywane oraz pomiędzy tylko tymi podmiotami przekazywane. Ponadto przekazanie informacji niejawnej może nastąpić tylko wówczas, gdy zapotrzebowanie na nią zgłosi podmiot upoważniony do jej uzyskania i w warunkach, o których mowa w art. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych. To znaczy, że informacja niejawna przez długie lata może pozostawać u jej dysponenta (podmiotu, który ją wytworzył i sklasyfikował) bez szansy na weryfikację prawidłowości nadanej jej klauzuli tajności. Trzeba do tego dodać, że ustawa o ochronie informacji niejawnych, choć jako podmiot odpowiedzialny za przestrzeganie przepisów o ochronie informacji niejawnych wskazuje pełnomocnika do spraw ochrony informacji niejawnych (art. 18 ust. 2 ustawy o ochronie informacji niejawnych), to jednocześnie nie nakłada na dysponentów informacji niejawnych wyraźnego obowiązku weryfikacji klauzul tajności.

Z opisanych powodów może się okazać, że wbrew wynikom kontroli przestrzegania przepisów o ochronie informacji niejawnych przeprowadzonej przez ustanowionego w tym celu pełnomocnika (obowiązek takiej kontroli wynika z art. 18 ust. 4 pkt 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych), klauzulą tajności pozostanie objęta informacja, która nie jest już chroniona w trybie ustawy o ochronie informacji niejawnych, bo albo usunięto ją z wykazu takich informacji, albo upłynął okres jej ochrony. Dotyczy to także sytuacji, gdy dana informacja niejawna od pewnego czasu jest chroniona bardziej lub mniej (np. w wyniku nowelizacji ustawy o ochronie informacji niejawnych przesunięto ją z wykazu informacji stanowiących tajemnicę państwową do wykazu informacji stanowiących tajemnicę służbową, bądź na odwrót). Toteż, jak należy domniemywać, głównie dla takich właśnie sytuacji skonstruowano instytucję zgłoszenia faktu wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności, ponieważ stanowi ona dodatkowe zabezpieczenie realizacji celu określonego w ustawie o ochronie informacji niejawnych, jakim jest ochrona dostosowana do właściwie sklasyfikowanej informacji niejawnej, to jest sklasyfikowanej zgodnie z materialną definicją tajemnicy państwowej i służbowej.

Porównanie normy z art. 21 ust. 2 i art. 21 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych wskazuje też na to, że zgłoszenie wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności wyłącznie podmiotowi uprawnionemu do jej postulowanej w zgłoszeniu zmiany jest także obowiązkiem odbiorcy materiału niejawnego. Zatem i w tym zakresie przepis art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych nie narusza zasad poprawnej legislacji.

Nie jest też trafny zarzut wnioskodawcy naruszenia przez przepis art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych wzorca kontroli z art. 61 ust. 1 Konstytucji.

Przede wszystkim łączenie braku obowiązku zmiany klauzuli tajności w następstwie zgłoszenia faktu wyraźnego jej zawyżenia lub zaniżenia z obywatelskim prawem dostępu do informacji publicznej zdaje się wynikać z niezrozumienia znaczenia normy wyrażonej w art.

21 ust. 5 zdanie drugie ustawy o ochronie informacji niejawnych. Norma określona w tym przepisie nie dotyczy bowiem nadania, czy też zniesienia klauzuli tajności, lecz sytuacji, w której odbiorca informacji niejawnej zgłasza fakt wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia tej klauzuli. Reakcją osoby przyznającej klauzulę tajności albo jej przełożonego na tego rodzaju zgłoszenie może być jedynie obniżenie, podwyższenie bądź utrzymanie dotychczasowej klauzuli tajności, co nie ma jednak znaczenia w kontekście dostępu do informacji publicznej.

Uchylenie błędnie nadanej klauzuli tajności (ale też podwyższenie lub obniżenie tej klauzuli) będzie mogło nastąpić przede wszystkim na skutek działań podejmowanych przez pełnomocnika do spraw ochrony informacji niejawnych, powoływanego w każdej jednostce organizacyjnej, w której informacje niejawne są wytwarzane, przetwarzane, przekazywane lub przechowywane. Pełnomocnik ochrony odpowiada bowiem za zapewnienie przestrzegania przepisów o ochronie informacji niejawnych i z tego tytułu może przeprowadzać kontrole ochrony informacji niejawnych oraz przestrzegania przepisów o ochronie tych informacji (art. 18 ust. 2 i ust. 4 pkt 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych).

3.4.3. Pomimo niedopuszczalności rozpatrzenia przez Trybunał Konstytucyjny zarzutów wnioskodawcy wobec art. 21 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych, na marginesie należy podnieść, że nietrafność większości z tych zarzutów wynika zarówno z przedstawionych poglądów doktryny, orzecznictwa sądów, jak i powyższych rozważań na tle art. 21 ust. 3 i 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych.

Artykuł 21 ust. 4 ustawy o dostępie do informacji niejawnych przez określenie, że zawyżanie lub zaniżanie klauzuli tajności jest niedopuszczalne, wskazuje czytelnie, iż obowiązkiem osoby przyznającej informacji niejawnej klauzulę tajności jest sklasyfikowanie tej informacji zgodnie z jej „zawartością merytoryczną”, zatem bacząc, aby ani nie zawyżyć, ani nie zaniżyć klauzuli tajności. Posługując się zaś wykładnią językową, należy stwierdzić, że zawyżonej lub zaniżonej klauzuli nie można znieść. Zawyżoną klauzulę można jedynie obniżyć, a zaniżoną – podwyższyć. Znieść można wyłącznie określoną klauzulę tajności (art. 21 ust. 2 ustawy o ochronie informacji niejawnych). Art. 21 ust. 4 ustawy o dostępie do informacji niejawnych nie dotyczy więc w ogóle kwestii znoszenia klauzuli tajności. Niemniej wprowadzenie nawet do przepisu art. 21 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych obowiązku obniżenia zawyżonej klauzuli tajności nie ma znaczenia w kontekście dostępu obywatela do informacji publicznej, skoro nieograniczony dostęp do takiej informacji otwiera obywatelowi wyłącznie jawność tejsze informacji.

4. Sejm, w piśmie swego Marszałka z 4 marca 2009 r., wniósł o stwierdzenie, że: 1) art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych jest zgodny z art. 2 Konstytucji; 2) art. 21 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych jest zgodny z art. 2 i z art. 61 ust. 3 Konstytucji i nie jest niezgodny z art. 61 ust. 1, 2 i 4 Konstytucji; 3) art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych jest zgodny z art. 2 i z art. 61 ust. 3 Konstytucji i nie jest niezgodny z art. 61 ust. 1, 2 i 4 Konstytucji.

4.1. Sejm, odnosząc się do postawionych przez Rzecznika zarzutów, na wstępie zaznaczył, że choć przepisy ustawy o ochronie informacji niejawnych kwestionowane są z punktu widzenia dwóch konstytucyjnych wzorców kontroli, a więc odpowiednio art. 2 oraz całego art. 61 Konstytucji, to w uzasadnieniu wnioskodawca odnosi się już tylko do niezgodności przepisów kwestionowanej ustawy z art. 61 ust. 1 Konstytucji, nawiązując także w kilku miejscach do treści ust. 3 tego przepisu. W tej sytuacji wnioskowi można postawić zarzut braku wymaganego (art. 32 ust. 1 pkt 4 ustawy o TK) uzasadnienia postawionych zarzutów.

4.2. Sejm oparł swe stanowisko na następujących argumentach:

4.2.1. Artykuł 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych wyraża generalną

zasadę odpowiedzialności związanej z prawidłowym klasyfikowaniem informacji niejawnych przez każdą osobę upoważnioną do podpisania dokumentu lub oznaczenia innego niż dokument materiału. Jest zatem regulacją o charakterze uniwersalnym, która w istotny sposób dopełnia zakres obowiązków służbowych osób, które na podstawie przepisów szczególnych posiadają uprawnienia do podpisywania określonych dokumentów. Deklarowana w tym przypadku odpowiedzialność tych osób oznaczać ma takie ukształtowanie zakresu ich obowiązków, które uwzględniać będzie prawidłowe wykonywanie przez nie dyspozycji ustawodawcy przewidującego przyznawanie klauzul tajności konkretnym informacjom, zgodnie z materialnymi wymogami wynikającymi z ustawy. Istotą tej regulacji nie jest zatem, wbrew stanowisku Rzecznika, precyzyjne określenie wszystkich przypadków, w jakich realizować się ma odpowiedzialność za klasyfikowanie informacji niejawnych, w tym m.in. ściśle determinowanie rodzaju tej odpowiedzialności bądź jej przesłanek. Rozwiązania te stanowią bowiem materię uregulowań szczególnych odnoszących się do odpowiedniej kategorii funkcjonariuszy oraz innych osób zaliczających się do kategorii określonej w art. 21 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych. Pozostając wyłącznie na gruncie przywołanej tu ustawy, można też z łatwością dostrzec konsekwencję. Przepisy tej ustawy nie determinują zasad odpowiedzialności związanej z przyznawaniem klauzul tajności. Świadczy o tym m.in. cytowany we wniosku art. 54 ust. 1 pkt 5, w którym wyraźnie dopuszcza się możliwość zastosowania różnych reżimów odpowiedzialności za naruszenie przepisów o ochronie informacji niejawnych. Nawiązując w tym przepisie do odpowiedzialności karnej, dyscyplinarnej lub służbowej, ustawodawca świadomie nie przesądza jednak o tym, jaki rodzaj odpowiedzialności ponosić mają konkretne osoby w ramach swojej pracy lub służby, z którymi łączy się dostęp do informacji niejawnych. Nie można więc takiego rozstrzygnięcia uznawać kategorycznie za cel uregulowań zawartych w przytoczonych przepisach ustawy o ochronie informacji niejawnych, a w ślad za tym podnosić zarzutu rzekomej niekompletności.

Wyrażając pogląd o niespójności oraz oczywistym „braku kompletności normy art. 21 ust. 3” Rzecznik zdaje się także nie dostrzegać konieczności (na co zresztą wielokrotnie zwracał uwagę Trybunał Konstytucyjny) rekonstruowania norm prawnych na podstawie kilku przepisów. Obok podstawowych typów przepisów, przewidujących nakazy (zakazy), udzielających upoważnień do dokonania czynności ustanawiających czy aktualizujących uprzednio ustanowione czyjeś obowiązki, spotyka się przepisy, które nie mają samodzielnego znaczenia, lecz w różny sposób uzupełniają, modyfikują czy ograniczają treść norm sformułowanych w ogólnym zarysie w przepisach podstawowych o charakterze zrębowym. Istnieją także przepisy, które wprowadzają nie ustanawiają kompletnych norm prawnych, lecz które mają znaczenie normatywne, stanowiąc element normy, której zrab zawarty jest w innym akcie prawnym. Art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych byłby w takiej sytuacji istotnym elementem normy, którą należy każdorazowo rekonstruować także na podstawie dodatkowych przepisów szczególnych.

Jednocześnie naruszenie przepisów o ochronie informacji niejawnych może w niektórych przypadkach prowadzić do ponoszenia odpowiedzialności karnej. W zależności od okoliczności sprawy działalność osoby upoważnionej do klasyfikowania informacji niejawnych może podlegać penalizacji chociażby na podstawie art. 231 bądź art. 265 k.k. Z tych przyczyn zarzut o naruszeniu przez art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych art. 2 Konstytucji, z uwagi na brak pełnej regulacji ewentualnej odpowiedzialności osób tam wskazanych – trafia w próżnię.

4.2.2. Zarzuty wnioskodawcy odnoszące się do art. 21 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych powiązane są ściśle z argumentacją wskazującą na niekonstytucyjność art. 21 ust. 3 tej ustawy.

Ustawodawcy, działającemu zgodnie z zasadą prawidłowej legislacji przysługuje możliwość takiego kształtowania rozwiązań legislacyjnych, które w niektórych przypadkach

pozbawione będą elementu sankcji. W systemie prawa respektującym zasady demokratycznego państwa prawnego możliwe jest zatem funkcjonowanie norm, które nie zawsze konstruowane będą wyłącznie na podstawie tzw. trójczłonowej koncepcji normy prawnej. Pośród licznych koncepcji budowy normy prawnej szczególną akceptację i potwierdzenie w doktrynie zyskała natomiast teoria tzw. norm sprzężonych, opierająca się na uznaniu dwóch kategorii norm – sankcjonowanych i sankcjonujących. Przywołane tutaj koncepcje wypracowane przez teoretyków prawa znalazły potwierdzenie i zastosowanie nie tylko w orzecznictwie sądów powszechnych, ale i w wypowiedziach Trybunału Konstytucyjnego.

4.2.3. Jeżeli chodzi o zarzuty wobec art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych, wnioskodawca pomija tu istotę kwestionowanej regulacji, co prowadzi do nieprawidłowej interpretacji. Celem analizowanego uregulowania nie było stworzenie mechanizmu automatycznej weryfikacji wszystkich nadanych klauzul tajności, na podstawie ewentualnej kontroli sprawowanej przez odbiorcę materiału. Trudno więc dopatrywać się w treści kwestionowanego przepisu elementów postępowania o charakterze dwuinstancyjnym, którego uruchomienie byłoby uzależnione od zgłoszenia przez odbiorcę materiału jakichkolwiek wątpliwości dotyczących sposobu przyznania klauzuli tajności określonym informacjom. Opierając się na takim założeniu oraz traktując osobę odbiorcy materiału jako „osobę trzecią, a więc w założeniu ustawodawcy bardziej obiektywną”, trudno dostrzec nierozzerwalny związek, w jakim pozostaje kwestionowany art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych z poprzedzającymi go ust. 3 i 4. Wprowadzając bowiem odpowiedzialność za przyznawanie klauzul oraz zakaz ich zawyżania lub zaniżania, ustawodawca przewidywał jednocześnie obowiązek stosowania postanowień ustawy zarówno przez osoby nadające odpowiednie klauzule, jak i przez ich przełożonych.

Celem regulacji zawartej w art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych, odczytywanej w bezpośrednim związku z poprzedzającymi ją ust. 3 i 4, było wprowadzenie dodatkowego instrumentu pozwalającego na ewentualną modyfikację tych rozstrzygnięć związanych z nadawaniem klauzul tajności, które w sposób jednoznaczny i łatwo zauważalny obarczone były istotnymi wadami. Z tego też względu ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem „wyraźne zawyżenie lub zaniżenie”, pozostawiając odpowiedni margines oceny sytuacji zarówno odbiorcy materiału, który może zgłosić swoje wątpliwości, jak i osobie nadającej klauzulę lub jej przełożonemu, mogącym tych wątpliwości nie podzielić.

Powyższe stanowisko odnosi się również do tych wątpliwości Rzecznika, które dotyczą zastosowanego w art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych łącznika „albo”. Także w tym przypadku wnioskodawca opiera swoją tezę na przyjętych przez siebie, lecz niesłusznych celach, jakie wskazany przepis miałby realizować.

4.2.4. Nie ma także podstaw kateryczne stanowisko wnioskodawcy, że niekonstytucyjność kwestionowanego art. 21 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych wiąże się z brakiem określenia w tym przepisie „prawnego obowiązku zmiany” błędnie przyznanych klauzul. Podobny zarzut sformułowany jest także w odniesieniu do art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych, którego „niepełny” charakter wynikać ma z braku wprowadzenia ewentualnej zewnętrznej kontroli, mogącej weryfikować działania osób realizujących postanowienia ustawy.

Kwestionowane art. 21 ust. 4 i 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych są istotnymi elementami ustawowego mechanizmu służącego ochronie informacji, których ujawnienie mogłoby spowodować istotne zagrożenie m.in. podstawowych interesów państwa dotyczących porządku publicznego, obronności, bezpieczeństwa bądź też narażać na szkodę interes publiczny lub prawnie chroniony interes obywateli albo jednostki. Istotą ustawy o ochronie informacji niejawnych jest nie tylko wyłączenie pewnych informacji ze sfery

powszechnie dostępnej, ale jednocześnie stworzenie określonych barier posługiwania się takimi informacjami. Można tu wskazać przykładowo art. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych, zgodnie z którym dostęp do informacji niejawnych mogą mieć wyłącznie osoby dające rękojmię zachowania tajemnicy i tylko w zakresie niezbędnym do wykonywania przez nią pracy lub pełnienia służby na zajmowanym stanowisku albo innej zleconej pracy. Nawiązuje do tego chociażby art. 27 ust. 1 ustawy, uzależniający dopuszczenie do pracy lub pełnienia służby na stanowisku, z którym może łączyć się dostęp do informacji niejawnych, od uprzedniego przeprowadzenia postępowania sprawdzającego oraz przeszkolenia danej osoby w zakresie ochrony takich informacji. Nie ulega wątpliwości, że regulacje zawarte w art. 21 ustawy o ochronie informacji niejawnych mają stanowić dodatkowe zabezpieczenie takiego posługiwania się uprawnieniami wynikającymi z ustawy, które będzie służyło jej właściwemu zastosowaniu.

Zarzuty Rzecznika wobec art. 21 ust. 4, jak i ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych, opierają się na przekonaniu o braku dostatecznych ustawowych mechanizmów, które mogłyby niwelować nieprawidłowe działania osób realizujących postanowienia omawianej ustawy. W rezultacie trudna do weryfikacji teza o „pełnej dowolności po stronie administracji publicznej w utajnianiu materiałów” oraz wyłącznie „teoretycznym warunku spełniania kryteriów tajemnicy państwowej lub służbowej” staje się głównym argumentem.

Tak sformułowana argumentacja nie uwzględnia istotnej relacji, jaka już na poziomie konstytucyjnym zachodzi między art. 61 ust. 1 Konstytucji, wyrażającym ogólnie obywatelskie prawo dostępu do informacji o działalności organów władzy publicznej, a ust. 3 tego artykułu, który wyraźnie dopuszcza możliwość ograniczenia tego prawa w ustawie, podając przy tym materialne kryteria, jakie należy w tym zakresie spełnić. Wskazując na rzekomą „niepełność” obowiązujących przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych, wnioskodawca nie podejmuje się oceny tych regulacji w kontekście konstytucyjnie dopuszczalnych ograniczeń prawa dostępu do informacji publicznej, ale posługuje się nieadekwatnym w tym wypadku wzorcem kontroli w postaci art. 61 ust. 1 Konstytucji.

Rzecznik formułuje zarzuty, które abstrahują od zasad odpowiedzialności za naruszenie ochrony oraz zakazów, które zostały w tych przepisach jednoznacznie wyrażone. Umożliwia to z kolei posługiwanie się sformułowaniami, zgodnie z którymi każda informacja wytworzona w organach administracji publicznej może zostać uznana za niejawną zgodnie z „dyskrecjonalnym uznaniem podpisującego dokument”, a następnie funkcjonować w obrocie prawnym wyłącznie z uwagi na „wolę osoby podpisującej dokument albo jej przełożonego”. Gdyby w istocie tego rodzaju sytuacja miała miejsce, należałoby uznać, że osoby uprawnione do klasyfikowania informacji niejawnych działają w całkowitej próżni prawnej, nie zaś na podstawie kryteriów wskazanych w ustawie, ponosząc przy tym odpowiedzialność za przyznawanie klauzul.

Zarzuty wnioskodawcy wobec zwrotu „zawyżanie klauzuli tajności”, zawartego w art. 21 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych, mają charakter pozorny. Działalnością niezgodną z ustawą o ochronie informacji niejawnych będzie każdy przypadek nadania klauzul dokumentom (lub innym materiałom), zawierającym informacje nieodpowiadające materialnym kryteriom ich zakwalifikowania jako jeden z rodzajów tajemnicy. Skoro niedopuszczalne jest podwyższanie klauzuli, a więc np. klasyfikowanie informacji jako „ściśle tajne”, podczas gdy powinny otrzymać klauzulę „tajne”, to w równym stopniu działaniem niedopuszczalnym na gruncie ustawy będzie nadawanie klauzuli tajności takim dokumentom lub materiałom, które w ogóle nie powinny być chronione. W obu przypadkach mamy bowiem do czynienia z „przyznaniem klauzuli tajności”, za które zgodnie z art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych, odpowiedzialność ponosić będzie zawsze osoba, która jest upoważniona do podpisania dokumentu lub oznaczenia innego niż dokument materiału.

5. W dniu 14 października 2009 r. do Trybunału Konstytucyjnego wpłynął wniosek umocowanego przedstawiciela Sejmu o odroczenie terminu rozprawy, uzasadniony koniecznością przygotowania stanowiska w sprawie zmodyfikowanego 12 października 2009 r. wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich.

II

Po otwarciu 15 października 2009 r. rozprawy przewodniczący składu orzekającego zwrócił się do uczestników postępowania o ustosunkowanie się do wniosku Sejmu o odroczenie rozprawy. Przedstawiciel Rzecznika Praw Obywatelskich i Prokuratora Generalnego pozostawili wniosek do uznania Trybunału Konstytucyjnego, przy czym przedstawiciel Prokuratora Generalnego zaznaczył, że w istocie modyfikacja wniosku przez Rzecznika Praw Obywatelskich polega na dodaniu jako wzorca kontroli art. 31 ust. 3 Konstytucji, który jest ściśle związany z postawionym wcześniej przez wnioskodawcę zarzutem naruszenia art. 61 Konstytucji.

Trybunał Konstytucyjny postanowił nie uwzględnić wniosku Sejmu o odroczenie rozprawy, wskazując, że modyfikacja wniosku w istocie dotyczy tylko wzorca kontroli konstytucyjności, i to wzorca w postaci art. 31 ust. 3 Konstytucji, który – co podkreślił zarówno sam wnioskodawca, jak i Prokurator Generalny – pozostaje w związku z powołanym we wniosku z 8 sierpnia 2008 r. art. 61 ust. 3 Konstytucji.

Przedstawiciel Rzecznika Praw Obywatelskich wyjaśnił, że po modyfikacji dokonanej w piśmie z 12 października 2009 r. przedmiotem wniosku Rzecznika jest tylko art. 21 ust. 3 i 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych. Zaznaczył przy tym, że celem Rzecznika było wywołanie dyskursu dotyczącego problematyki zakresu dostępu do informacji publicznej, a jednym z powodów wystąpienia z wnioskiem do Trybunału Konstytucyjnego była sprawa odmowy udostępnienia Rzecznikowi tzw. raportu Julii Pitery. Co do poszczególnych zarzutów przedstawiciel Rzecznika podtrzymał argumenty przytoczone we wniosku i w jego modyfikacji.

Przedstawiciel Prokuratora Generalnego podtrzymał stanowisko pisemne. Podkreślił przy tym, że trudno dokonać rekonstrukcji norm postulowanych przez Rzecznika. Nawet jeśli postulaty wnioskodawcy są słuszne, to wymagałyby one zmian systemowych (całego kompleksu norm), a nie tylko zakwestionowanych we wniosku przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych. Konflikt między ochroną informacji niejawnych a dostępem do informacji publicznej krystalizuje się wtedy, gdy obywatel ubiega się o dostęp do informacji, co nie jest kwestią zaskarżonych przepisów, ale domeną ustawy o dostępie do informacji publicznej, która przewiduje określone procedury i kontrolę sądu administracyjnego. Prokurator Generalny, podsumowując, stwierdził, że art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych jest zgodny z art. 2 Konstytucji, a art. 21 ust. 5 tej ustawy jest zgodny z art. 2, art. 61 ust. 1 i art. 61 ust. 3 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Przedstawiciel Sejmu podtrzymał stanowisko pisemne, wnosząc jednocześnie o stwierdzenie, że art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych jest zgodny z art. 2 Konstytucji, a art. 21 ust. 5 tej ustawy jest zgodny z art. 2 i art. 61 ust. 3 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji i nie jest niezgodny z art. 61 ust. 1 Konstytucji.

III

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. Zarzuty i wątpliwość konstytucyjna, która je spowodowała.

1.1. Przedmiot zarzutów.

Rzecznik Praw Obywatelskich zakwestionował konstytucyjność dwóch przepisów ustawy 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). Przepisy te dotyczą:

1) art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych, który wskazuje, że podmiot (osoba) nadający klauzulę tajności (jako „ponoszący odpowiedzialność” za przyznanie klauzuli) jest jednocześnie właściwy do jej zniesienia lub zmiany. Wnioskodawca uważa, że sens i funkcja tego przepisu polega na statuowaniu odpowiedzialności (wyrażenie „ponoszenie odpowiedzialności”) wskazanej w nim osoby przyznającej klauzulę. W związku z tym RPO zarzuca, że zaskarżony przepis wykazuje „niepełność normowania” (co narusza art. 2 Konstytucji), albowiem – zdaniem wnioskodawcy – regulacja reżimu prawnego odpowiedzialności byłaby konstytucyjna tylko wówczas, gdyby w zaskarżonym przepisie były wskazane także charakter, przesłanki i tryb odpowiedzialności;

2) art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych, który nakłada na odbiorcę informacji niejawnej obowiązek notyfikacji faktu „wyraźnego” zawyżenia lub zaniżenia klauzuli, realizowany wobec funkcjonariusza, który nadał klauzulę (lub jego zwierzchnika). Zarzut RPO jest sformułowany jako:

- ograniczenie obowiązku notyfikacji tylko do „wyraźnych” (a nie wszystkich, jak zdaniem RPO powinno być to tu uregulowane) wypadków zawyżenia lub zaniżenia klauzuli;
- nieobjęcie obowiązkiem notyfikacyjnym błędnego nadania klauzuli informacjom tego niewymagającym.

Oba zarzuty są zbliżone do zarzutu sformułowanego w pierwotnej wersji wniosku RPO wobec art. 21 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych.

Zarzuty dotyczące art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych prowadzą wnioskodawcę do tezy, że wskazane przez niego niekompletności normowania dają organom administrującym informacją niejawną nadmierną i niepodlegającą kontroli swobodę dowolnego, arbitralnego nadawania klauzul tajności. Z tego RPO wyprowadza wniosek o ścieśnieniu w nieproporcjonalny sposób zakresu informacji publicznych ogólnodostępnych i objętych ochroną konstytucyjną (naruszenie art. 61 ust. 1 oraz art. 61 ust. 3 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji).

1.2. Problem konstytucyjny w ujęciu wniosku: nadmierna swoboda nadawania klauzul tajności jako niekonstytucyjne ograniczenie dostępu obywateli do informacji publicznej.

Zarzuty dotyczące wyżej wskazanych fragmentów unormowania zawartego w art. 21 ustawy o ochronie informacji niejawnych RPO uważa za przyczynę umożliwiającą niekontrolowaną manipulację klauzulami tajności, wbrew materialnoprawnym przesłankom ich nakładania, znoszenia, kwalifikowania informacji niejawnych do odpowiednich kategorii. To – zdaniem RPO – automatycznie ogranicza pole informacji publicznej, która zgodnie z art. 61 Konstytucji powinna być dostępna dla obywateli. Zdaniem wnioskodawcy przyczyną tej niekonstytucyjnej nieprawidłowości jest istnienie zarzucanych przez niego wadliwości normowania zawartego we wskazanych przezeń we wniosku przepisach ustawy o ochronie informacji niejawnych.

1.3. Konieczność weryfikacji tez wniosku. Problem manipulacji informacjami niejawnymi i niewłaściwego, zbyt szerokiego, zakresienia pola tych informacji (co wiąże się m.in. z ekscesywnym utajnianiem informacji tego niewymagających, jak również ich nieprawidłową, bo zawyżoną kwalifikacją) może wynikać z omyłki, asekuranctwa, manipulacji. Ponieważ rzeczywiście zakres informacji kwalifikowanych jako niejawne wpływa na zmniejszenie puli informacji publicznej, chronionej publicznym podmiotowym prawem dostępu do informacji (art. 61 Konstytucji) – samo postawienie problemu przez wnioskodawcę uznać należy za właściwe, tym bardziej że obawy o podobne manipulacje były już wielokrotnie zgłaszane w piśmiennictwie (zob. T. R. Aleksandrowicz, *Komentarz do*

ustawy o dostępie do informacji publicznej, wyd. 4, Warszawa 2008 i przywołana przez tego autora literatura).

Wnioskodawca formułuje zarzuty niekonstytucyjności nie nawiązując do praktyki stosowania klauzul tajności. We wniosku nie pojawia się wywód, że patologiczna praktyka doprowadziła do nadania kwestionowanym przepisom znaczenia takiego, jak się we wniosku wskazuje. To znaczy, że RPO uważa wprost, że samo istnienie zakwestionowanych przepisów (jako mających znaczenie takie, jakie im przypisuje wnioskodawca) jest niekonstytucyjne, bo prowadzi do wskazanych przezeń niekonstytucyjnych konsekwencji w zakresie dostępu do informacji. Ewentualne błędy i nadużycia (jak sugeruje Rzecznik – polegające także na bezpodstawnym utajnianiu informacji) należą do sfery stosowania prawa. Dopiero wykazanie, że skala nieprawidłowości, błędów, nadużyć prowadzi do trwałej zmiany kształtu kwestionowanej normy mogłoby prowadzić do uwzględnienia tego stanu rzeczy w ocenie konstytucyjności samej normy. We wniosku nie przeprowadza się rozumowania idącego w tym kierunku, zadowalając się stwierdzeniem, że werbalne ujęcie zaskarżonych przepisów jest sprzeczne z zasadą „tworzenia logicznych, spójnych i kompletnych unormowań” (naruszenie art. 2 Konstytucji). To znaczy, że kontroli i oceny wymaga związek między sformułowaniem zaskarżonych przepisów a istnieniem patologii zagrażającej realizacji prawa ustanowionego w art. 61 ust. 1 Konstytucji.

Rozumowanie przeprowadzone we wniosku wymaga weryfikacji dotyczącej jego kolejnych przesłanek. W szczególności dotyczy to: założenia, że w systemie prawnym brak w ogólności zakazu wadliwego (błędnego, omyłkowego, manipulatorskiego) posługiwania się klauzulami tajności i że brak jest sankcji takiego właśnie posługiwania się tymi klauzulami; zarzutów dotyczących niekompletności normowania art. 21 ust. 3 i 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych – tezy, że ta brakująca regulacja powinna znajdować się właśnie w zaskarżonych przepisach; analizy mechanizmu wskazanego w art. 61 Konstytucji, w którym granicę prawa dostępu do informacji publicznej (ust. 1) tworzy klauzula wyłączająca (ust. 3). Istotnym problemem jest bowiem to, czy akurat wskazane we wniosku jako niekonstytucyjne przepisy mieszczą się, czy nie mieszczą, w granicach klauzuli ograniczającej i czy akurat one są źródłem manipulacji zarzucanej we wniosku RPO.

2. Prawo do informacji publicznej a ochrona informacji niejawnych – ujęcie konstytucyjne i ustawowe.

2.1. Doniosłość konstytucyjnej zasady dostępu do informacji publicznej. 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 (zob. P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 83), a z drugiej, umożliwia efektywną kontrolę obywatelską działań podejmowanych przez organy władzy publicznej (zob. W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Kraków 1998, s. 58; I. Lipowicz, [w:] *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, pod red. J. Bocia, Wrocław 1998, s. 114). 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 (zob. J. E. Stiglitz, *On Liberty, the Right to Know, and Public Discourse: The Role of Transparency in Public Life*, [w:] *Globalizing Right. The Oxford Amnesty Lectures*, pod red. U. J. Gibneya, Oxford-New York 2003, s. 115 i n.). Tworzenie gradacji różnych kręgów wtajemniczenia poprzez powierzenie 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 (zob. T. Górczyńska, *Kilka uwag o prawie do informacji i zasadzie jawności*, [w:] *Państwo prawa, administracja, sądownictwo*, pod red. A. Łopatki i in., Warszawa 1999, s. 117).

2.2. Konstytucjonalizacja prawa do informacji publicznej. Ustrojowa doniosłość dostępności do informacji publicznej dla obywateli uzasadnia umieszczenie w Konstytucji ochrony prawa obywateli do uzyskania takiej informacji.

W art. 61 ust. 1 Konstytucji zostało określone powszechne obywatelskie prawo dostępu do informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Obejmuje ono także uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. Korelatem tego prawa podmiotowego jest spoczywający przede wszystkim na organach władzy publicznej obowiązek udzielania obywatelom określonych informacji o działalności instytucji. Obowiązek ten polega zatem nie tyle na dostępności określonych informacji dla odbiorcy, ile przynajmniej co do zasady oznacza konieczność aktywnego działania ze strony organu udzielającego informacji, które polega na dostarczeniu osobie zainteresowanej na jej żądanie pewnego zakresu informacji (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20 marca 2006 r., sygn. K 17/05, OTK ZU nr 3/A/2006, poz. 30; podobnie wyrok ETPC z 14 kwietnia 2009 r., *Társaság a Szabadságjogokért* przeciw Węgrom; w tej sprawie obowiązek udzielenia informacji stowarzyszeniu dotyczył węgierskiego Trybunału Konstytucyjnego).

Formy realizacji obywatelskiego prawa do informacji publicznej Konstytucja określa w ust. 2 tegoż przepisu, wskazując możliwość dostępu do dokumentów urzędowych oraz wstępu na posiedzenia kolegialnych organów władzy publicznej pochodzących z powszechnych wyborów (z możliwością rejestracji obrazu i dźwięku).

Zakres prawa do informacji zdeterminowany jest w znacznej mierze przez samą Konstytucję. Art. 61 ust. 1 i 2 Konstytucji określają bowiem treść uprawnień składających się na to prawo oraz wskazują podmioty obowiązane do podjęcia działań umożliwiających jego realizację. Art. 61 ust. 3 Konstytucji wyznacza granice dopuszczalnego ograniczenia tego prawa: ograniczenie może nastąpić 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. Art. 61 ust. 4 stanowi, że tryb udzielania informacji publicznej określają ustawy, a w odniesieniu do Sejmu i Senatu ich regulaminy. Oznacza to, że obywatelskie prawo do informacji nie ma charakteru bezwzględnego i że ustawodawca zwykły – który ogranicza w wydawanych ustawach zwykłych dostępność informacji publicznej – musi respektować konieczność wazenia zasady (dostęp do informacji publicznej) i wartości wskazanych w art. 61 ust. 3 jako dopuszczalnych kryteriów ograniczenia zasady dostępności (por. podobnie także wyrok TK w sprawie o sygn. K 17/05). Ograniczenia dostępności informacji publicznej i kryteria wazenia kolidujących ze sobą wartości podlegają ocenie z punktu widzenia mechanizmu proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji, na co zwrócono uwagę w uzasadnieniu wyroku Trybunału w sprawie o sygn. K 17/05).

Zakres ograniczeń jest wyraźnie określany przez mechanizm proporcjonalności zawarty w art. 31 ust. 3 i art. 61 ust. 3 Konstytucji. Wzajemny stosunek obu wskazanych norm konstytucyjnych nie rysuje się jednoznacznie. Możliwy jest teoretycznie pogląd, że art. 61 ust. 3 stanowi regulację szczególną (*lex specialis*) w stosunku do ogólnej zasady wyrażonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Oznaczałoby to nie tylko zawężenie samych przesłanek ingerencji (warto zauważyć, że art. 61 ust. 3 nie wskazuje na moralność publiczną, ochronę środowiska oraz zdrowie publiczne jako na wartości uzasadniające ingerencję

ustawodawczą), ale wywoływałyoby konsekwencje znacznie dalej idące. Odnosiłyby się one bowiem do samego mechanizmu proporcjonalności i jego konstrukcji, która opiera się na założeniu ważenia pozostających w konflikcie dóbr, wyraźnego zakresienia granic niezbędności wkroczenia w sferę gwarantowanego prawa oraz zakresu zakazu takiego wkroczenia. Art. 31 ust. 3 Konstytucji wymaga uzasadnienia ingerencji zawsze wtedy, kiedy jest to „konieczne w demokratycznym państwie”, a ponadto bezwzględnie zakazuje wkraczania w istotą gwarantowanego prawa. Trybunał Konstytucyjny przychyliła się do stanowiska, prezentowanego już wcześniej w orzecznictwie, że nawet jeśli norma szczegółowa Konstytucji wyznacza samodzielnie przesłanki ingerencji w sferze prawa, tak jak to czyni art. 61 ust. 3 w odniesieniu do prawa do informacji o działalności instytucji publicznych, nie może to oznaczać eliminacji pozostałych elementów mechanizmu proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Przepisy te mają w stosunku do siebie charakter komplementarny (zob. sygn. K 17/05).

2.3. Przedmiot wniosku a mechanizm ograniczania dostępu do informacji publicznej. Realność i efektywność poszanowania zasady powszechnego obywatelskiego dostępu do informacji publicznej zależy w tej sytuacji 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. Te ostatnie bowiem mogą działać ograniczająco w rozmaity sposób: nie jest wszak wykluczone dalsze doprecyzowanie („dookreślenie”) zarówno cech i zakresu podmiotów obowiązanych do udzielenia informacji, jak i samej treści tej informacji i sposobu jej pozyskiwania (zob. wyrok TK z 16 września 2002 r., sygn. K 38/01, OTK ZU nr 5/A/2002, poz. 59). W tym wypadku jednak, dopuszczalne na poziomie ustawy zwykłej uszczegółowienie zasady wyrażonej w art. 61 ust. 1 Konstytucji, może wpływać ograniczająco na jej zakres; ustawodawca zwykły może stanowić wyjątki, dopuszczone w art. 61 ust. 3 Konstytucji, w granicach tam wskazanych; wreszcie ograniczenia mogą wynikać z wykonania odesłania, o którym mowa w ust. 4 tegoż przepisu, mówiącego o trybie udostępniania informacji publicznej. „Tryb udzielania informacji”, o którym jest mowa w art. 61 ust. 4 Konstytucji, to dyrektywy proceduralne, wskazujące sposób urzeczywistnienia materialnej treści tego prawa. Poza dyrektywami proceduralnymi uzupełniające, lecz istotne znaczenie mają uregulowania zagadnień organizacyjno-technicznych; bez nich urzeczywistnienie prawa do informacji byłoby utrudnione, a nawet czasami niemożliwe (na co wskazano w wyroku w sprawie o sygn. K 38/01). Trybunał wykazał tam, że są takie dyrektywy proceduralne, które przesądzać mogą wprost o istnieniu prawa do informacji. Dowodzi tego 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). Zawiera ona dyrektywy proceduralne, określające sposób urzeczywistnienia materialnej treści prawa do informacji. Właśnie ich przegląd wskazuje, że dyrektywy proceduralne dotyczyć mogą kwestii takich, jak konkretyzacja form dostępu do informacji poprzez rozstrzygnięcie, czy taka informacja ma być udostępniana przez jej ogłoszenie w publikatorze, czy też przez wyłożenie lub wywieszenie w miejscach ogólnie dostępnych, zapewnienie możliwości kopiowania takiej informacji lub uzyskania odpowiedniego wydruku, przesłania takiej informacji albo przeniesienia jej na odpowiedni, powszechnie stosowany nośnik informacji, ustalenie, czy dana informacja udostępniana ma być z urzędu, czy też na wniosek wraz ze związaniem organu powołanego do jej udostępnienia określonym terminem, określenie formy, w jakiej nastąpić ma ewentualna odmowa udzielenia informacji wraz ze sprecyzowaniem środków zaskarżenia w tej mierze, itd.

Jak więc widać, sama Konstytucja w art. 61 dopuszcza kształtowanie treści i zakresu dostępności informacji publicznej dla obywatela w różnych aktach, niekoniecznie nawet

bezpośrednio odnoszących się do informacji publicznej, lecz także regulujących sprawy „techniczne” związane z tym dostępem czy kwestie utajniania niektórych informacji. W mechanizmie dostępności informacji publicznej wpływ na zakres dostępności ma nie tylko będąca przedmiotem zaskarżenia ustawa o ochronie informacji niejawnych i nie tylko w zaskarżonym fragmencie.

Mechanizm ograniczania zasady dostępności informacji publicznej przez ustawodawcę zwykle wynika (na tle konstrukcji art. 61 Konstytucji) nie tylko z tego, jak ustawodawca uregulował kwestie nadawania klauzul tajności (co jest przedmiotem ustawy o ochronie informacji niejawnych, której dwa przepisy tworzą przedmiot zaskarżenia; zaskarżone przepisy nie wyczerpują zresztą wszystkich zagadnień operowania klauzulami tajności określonymi w tej właśnie ustawie). Wyjątki ograniczające zasadę dostępności informacji publicznej nie są umieszczone tylko w ustawie o ochronie informacji niejawnych, ale i w innych regulacjach ustawowych (pozostających poza zakresem zaskarżenia w niniejszej sprawie). Dotyczy to zwłaszcza uregulowań zawartych w ustawie o dostępie do informacji publicznej, ponieważ ta właśnie ustawa służy implementacji zasady przewidzianej w art. 61 ust. 1 i 3 Konstytucji.

Trybunał Konstytucyjny zwraca tu uwagę na debatę dotyczącą ustawy o dostępie do informacji publicznej, a w szczególności tego jej rozwiązania, które przewiduje szczególną relację tej ustawy wobec innych ustaw. Koncentrowała się ona wokół art. 1 ust. 2 przewidującego, że przepisy tej ustawy nie naruszają przepisów innych ustaw określających odmienne zasady i tryb dostępu do informacji będących informacjami publicznymi, oraz wokół art. 5 ust. 1, zgodnie z którym prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych (zob. np. T. R. Aleksandrowicz, *op.cit.*).

W literaturze wyraźnie stwierdza się, że twórcy ustawy o dostępie do informacji publicznej wykazują tu daleko idącą rewerencję wobec innych regulacji ustawowych. Świadczy o tym wprowadzenie do ustawy przepisu powodującego, iż ustawa o dostępie do informacji publicznej uzyskuje w trwały sposób subsydiarny charakter wobec innych ustaw określających odmienne zasady i tryb dostępu do informacji mających skądinąd charakter informacji publicznej. Chodzi o art. 1 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej. Nie jest on przepisem intertemporalnym, lecz ma charakter uniwersalnej trwałej zasady ogólnej. Powoduje, że każde „inne” uregulowanie dostępu do informacji (a więc także ograniczenia w tym zakresie), zarówno istniejące w momencie wejścia w życie ustawy o dostępie do informacji publicznej, jak i każdorazowe później uchwalone ograniczenie ma pierwszeństwo wobec ustawy o dostępie do informacji publicznej, a więc ustawy regulującej zasadę konstytucyjną z art. 61 ust. 1 Konstytucji. „Techniczna” regulacja zasady dostępności jest więc regulowana na poziomie ustawy zwykłej, podobnie jak wszelkie gwarancje i procedura związane z dostępnością takiej informacji. Istnienie art. 1 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej oznacza odwrócenie na poziomie regulacji ustaw zwykłych hierarchii wynikającej z regulacji konstytucyjnej. Dlatego więc trafna jest występująca w piśmiennictwie krytyka tego przepisu jako powodującego subsydiaryzację ustawy o dostępie do informacji publicznej i pozbawiającego tę ustawę „zdolności twórczego porządkowania ustawodawstwa i dostosowywania go do wymagań konstytucji” (np. zob. A. Goszczyński, A. Rzepliński, *Dostęp bez dostępu. Nowa ustawa nie umożliwia obywatelom uzyskiwania urzędowych informacji*, „Rzeczpospolita” z 9 sierpnia 2001 r.). Konstatacja ta wynika z dostrzeżenia faktu, że ustawa o dostępie do informacji publicznej, wcielająca na poziomie ustawowym to, co art. 61 ust. 1 Konstytucji uznaje za zasadę (dostęp do informacji publicznej), została – na skutek umieszczenia w niej klauzuli subsydiarności w art. 1 ust. 2 – skazana na odgrywanie roli pomocniczej wobec ustaw regulujących ograniczenia tej zasady. To znaczy, że w ramach mechanizmu, jaki łącznie tworzą Konstytucja i ustawy zwykłe,

określające stosunek zasady i jej ograniczeń, inaczej ujmuje się relację zasada – wyjątek w samej Konstytucji (art. 61), a inaczej na poziomie ustawodawstwa zwykłego. Ta kwestia – niewątpliwie wkraczająca w problematykę konstytucyjną i dotycząca problemu, któremu przeciwdziałanie skłoniło Rzecznika do wystąpienia z wnioskiem, nie jest jednak objęta zaskarżeniem w niniejszej sprawie.

Wielość ustaw wpływających ograniczająco na zasadę dostępności informacji publicznej (będących elementami mechanizmu: udostępnienie jako konstytucyjna zasada – ograniczenia ustawą zwykłą jako wyjątek) ma znaczenie dla wniosku będącego przedmiotem oceny w niniejszej sprawie. Rzecznik Praw Obywatelskich ma bowiem rację, jeżeli upatruje zagrożenia zasady dostępności informacji publicznej w zmniejszaniu puli tej informacji, w wyniku ekscesywnego kwalifikowania informacji jako tajnych i jeżeli to zagrożenie uważa za naruszenie konstytucyjnego wzorca z art. 61 ust. 1 i ust. 3 (gwarancje dotyczące stanowienia wyjątków od zasady dostępności). Jednakże na tle zarysowanego mechanizmu, który tworzą Konstytucja oraz ustawy zwykłe, i rysującej się tu relacji między wyjątkiem i regułą niezbędne jest wykazanie, że źródłem niekonstytucyjności zagrażającej konstytucyjnemu dostępowi do informacji publicznej są normy wskazane we wniosku. Jeśli bowiem celem wniosku jest eliminacja zagrożenia polegającego na dowolnym, nadmiernym, niedostatecznie kontrolowanym uszczuplaniu zasady dostępności informacji publicznej (art. 61 ust. 1 Konstytucji) i jeżeli na to uszczuplenie mają wpływ ustawy zwykłe, to ograniczenie się RPO do wskazanego w *petitum* przedmiotu zaskarżenia (konkretne przepisy ustawy o ochronie informacji niejawnych) skutkuje obowiązkiem wykazania, że sygnalizowane zagrożenie wiąże się tylko albo przede wszystkim z tymi właśnie, wskazanymi we wniosku, ustawowymi ograniczeniami prawa dostępu do informacji, określonymi w ustawie o ochronie informacji niejawnych, i że eliminacja zaskarżonych norm wpłynęłaby na podniesienie poziomu ochrony konstytucyjnej dostępności informacji publicznej.

3. Charakterystyka ustawy o ochronie informacji niejawnych.

3.1. *Ratio* ustawy o ochronie informacji niejawnych. Uzasadnieniem przygotowania tej ustawy (zob. druk sejmowy nr 748, III kadencja Sejmu) było z jednej strony to, że wcześniej obowiązujące regulacje, organizacja i funkcjonowanie systemu ochrony tajemnicy państwowej były niewystarczające (zwłaszcza jeśli chodzi o obowiązki administracji państwowej w zakresie systemu administrowania i ochrony informacji niejawnych), a z drugiej strony to, że należało dostosować podstawy prawne oraz organizację i funkcjonowanie systemu ochrony informacji niejawnych do obowiązujących w tym zakresie wymagań Organizacji Paktu Północnoatlantyckiego, które w szczególności zostały określone w Umowie między stronami traktatu północnoatlantyckiego o ochronie informacji (Dz. U. z 2000 r. Nr 64, poz. 740) oraz w przyjętym przez Radę Północnoatlantycką dokumencie dotyczącym minimalnych wymagań w zakresie bezpieczeństwa informacji klasyfikowanych NATO (dok. C-M/55/15).

3.2. Niekonsekwencje normowania zakresu przedmiotowego ustawy o ochronie informacji niejawnych. Ustawa reguluje obowiązki administracji w zakresie: organizowania ochrony informacji niejawnych, ich klasyfikowania, udostępniania; postępowania sprawdzającego, czy osoba nim objęta daje rękojmię zachowania tajemnicy; szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych; ewidencjonowania, przechowywania, przetwarzania i udostępniania danych uzyskiwanych w związku z prowadzonymi postępowaniami o ustalenie rękojmi zachowania tajemnicy, w zakresie określonym w ankiecie bezpieczeństwa osobowego oraz w kwestionariuszu bezpieczeństwa przemysłowego; organizacji kontroli przestrzegania zasad ochrony informacji niejawnych; ochrony informacji niejawnych w systemach i sieciach teleinformatycznych; stosowania środków fizycznej ochrony informacji niejawnych. W art. 2 pkt 1 ustawa definiuje pojęcie tajemnicy państwowej (załącznik nr 1,

informacja której niezasadne ujawnienie może spowodować istotne zagrożenie dla podstawowych interesów Rzeczypospolitej Polskiej dotyczących porządku publicznego, obronności, bezpieczeństwa, stosunków międzynarodowych lub gospodarczych państwa). Załącznik nr 1 zawiera 29 rodzajów informacji, które mogą być oznaczone klauzulą „ściśle tajne” i 59 rodzajów informacji, które mogą być oznaczone klauzulą „tajne”.

Ochrona informacji stanowiących tajemnicę państwową wiąże się z informacjami należącymi do któregoś z rodzajów informacji szczegółowo określonych w załączniku do ustawy; zapoznanie się z nimi osoby nieuprawnionej ma stanowić zagrożenie dla podstawowych interesów RP, w sposób przykładowy wymienionych w dalszej części tego przepisu. Sama definicja tajemnicy państwowej na gruncie ustawy występuje w co najmniej kilku znaczeniach: a) materialnym – wynikającym z treści art. 2 pkt 2 ustawy, w którym kryterium definicyjnym jest zagrożenie, jakie dla podstawowych interesów RP może spowodować ujawnienie danej informacji; b) opisowym – poprzez wyliczenie rodzajów informacji, które uznaje się za tajemnicę państwową (tak w załączniku do ustawy); c) formalnym – przez nadanie stosownej klauzuli tajności przewidzianą do tego procedurą (por. art. 19 i n. ustawy) – (zob. W. Wróbel, *Prawnokarna ochrona tajemnicy państwowej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” z. 1/2000, s. 126, 131, 132).

Jako tajemnicę służbową ustawa o ochronie informacji niejawnych określa informację niejawną niebędącą tajemnicą państwową, uzyskaną 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.

Z perspektywy zarzutów przedstawionych przez Rzecznika Praw Obywatelskich istotne jest, że na tle definiowania poszczególnych znaczeń tajemnicy państwowej może dochodzić do sytuacji, gdy materialnoprawne wymagania dotyczące prawidłowego zakwalifikowania do określonego typu informacji niejawnej nie będą się pokrywały z formalną kwalifikacją (posiadanie klauzuli tajności). Warto zwrócić uwagę na wątpliwości podnoszone przez W. Wróbla (*op. cit.*, s. 130): „Analiza załącznika sugeruje wszakże, iż swoją treścią wkracza on poza granice znaczeniowe pojęcia tajemnicy państwowej, wyznaczone w art. 2 ustawy. Co prawda, jeszcze sam tytuł załącznika zawiera deklarację, iż chodzi o «wykaz informacji niejawnych stanowiących tajemnicę państwową», tym niemniej pojęcie tajemnicy państwowej musiało tu zostać użyte w innym znaczeniu, niżby wynikało to z definicji zawartej w art. 2 pkt 1 ustawy. Ponieważ definicja ta ma także charakter materialny i związana jest z konkretnym narażeniem podstawowych interesów państwa polskiego, wykaz rodzajów informacji ujęty w załączniku nr 1 należy rozumieć jako enumeratywne wyliczenie tych rodzajów informacji, które potencjalnie mogą stanowić tajemnicę państwową, o ile spełnione są pozostałe kryteria wynikające z art. 2. Nie zmienia to oczywiście faktu, że sama przynależność określonej informacji do któregoś z wymienionych w załączniku rodzajów może rodzić określone konsekwencje prawne. Podobnie jest wówczas, gdy określone dokumenty uzyskują formalną klauzulę tajności. Można wówczas mówić o wprowadzeniu pewnych instrumentów ochronnych w stosunku do informacji, które to informacje nie muszą posiadać cech tajemnicy państwowej według definicji z art. 2 pkt 1 ustawy. Taki sposób ochrony, mający niejako charakter prewencyjny, jest dopuszczalny, o ile spełnione są konstytucyjne warunki ograniczenia prawa do informacji”. Autor wskazuje także, że: „Określając w pkt III załącznika, jakie rodzaje informacji niejawnych oznacza się klauzulą «tajne» stwierdzono, iż następuje to «ze względu na ważny interes państwa», przy czym nie chodzi tutaj o obronność, bezpieczeństwo państwa lub porządek publiczny, tego bowiem dotyczy pkt II załącznika. W istocie z treści owego pkt III wynika, iż obejmuje on głównie informacje dotyczące systemu finansowego państwa oraz odnoszące się do sfery interesów gospodarczych. Kwalifikacja informacji tajnych dokonana w pkt III pozostaje wszakże w

sprzeczności z treścią art. 2 pkt 1 ustawy. W definicji tajemnicy państwowej stwierdzono, iż obejmuje ona wyłącznie informacje mające znaczenie dla «podstawowych interesów» RP. Jest to niewątpliwie coś więcej niż «ważny interes państwa». Nie bez znaczenia jest również fakt, iż w art. 61 ust. 3 Konstytucji RP znacznie wężiej ujęto katalog wartości konstytucyjnych uzasadniających ograniczenie prawa do informacji. Przepis ten wspomina bowiem wyłącznie o «ważnym interesie gospodarczym państwa». Owe niekonsekwencje dotyczą także ustawowych przesłanek nadawania klauzuli tajności. Zgodnie z art. 23 ust. 1 informacje niejawne zaklasyfikowane jako stanowiące tajemnicę państwową oznaczają się klauzulą:

– «ściśle tajne» – w przypadku, gdy ich nieuprawnione ujawnienie mogłoby spowodować istotne zagrożenie dla niepodległości, nienaruszalności terytorium albo polityki zagranicznej lub stosunków międzynarodowych Rzeczypospolitej Polskiej albo zagrażać nieodwracalnymi lub wielkimi stratami dla interesów obronności, bezpieczeństwa państwa i obywateli lub innych istotnych interesów państwa albo narazić je na szkodę w wielkich rozmiarach;

– «tajne» – w przypadku, gdy ich nieuprawnione ujawnienie mogłoby spowodować zagrożenie dla międzynarodowej pozycji państwa, interesów obronności, bezpieczeństwa państwa i obywateli, innych istotnych interesów państwa albo narazić je na znaczną szkodę.

W tym przypadku ustawodawca posłużył się jeszcze innym pojęciem: «istotnych interesów państwa». Trudno dociec, czym różnią się od siebie interesy «ważne» i «istotne». Na pewno wszakże ta druga kategoria ma szersze znaczenie od użytego w definicji tajemnicy państwowej określenia «podstawowe interesy Rzeczypospolitej Polskiej». Należy zwrócić także uwagę na fakt, iż pośród przesłanek nadawania klauzuli tajności wymieniono zagrożenie dla polityki zagranicznej oraz stosunków międzynarodowych Rzeczypospolitej Polskiej, a także dla międzynarodowej pozycji państwa. Interesów z tym związanych nie wymieniono osobno w definicji tajemnicy państwowej, nie zna ich także wspomniany wcześniej art. 61 ust. 3 Konstytucji RP. Niewątpliwie, w pewnym zakresie ochrona tych interesów związana będzie z ochroną bezpieczeństwa zewnętrznego państwa i w tym aspekcie może mieć charakter ochrony podstawowych interesów RP. Nie można jednakże utożsamiać każdego zagrożenia dla aktualnej polityki zagranicznej lub stanu stosunków międzynarodowych z zagrożeniami dla racji stanu. Polityka zagraniczna definiowana jest bowiem przez każdorazowy rząd wyłoniony przez większość parlamentarną. Zmiana prowadzonej polityki zagranicznej może stanowić naturalny cel opozycji parlamentarnej. Stąd brak jest dostatecznych przesłanek, by utożsamiać aktualną politykę zagraniczną z obiektywnie rozumianym «interesem państwa».

Także w komentarzu do art. 61 Konstytucji znajdujemy takie stwierdzenie: „Ograniczenia ze względu na ochronę porządku publicznego lub bezpieczeństwa państwa mogą być wprowadzone na zasadach określonych w ustawach, a w szczególności w ustawie o ochronie informacji niejawnych (zob. art. 5 ust. 1 u.d.i.p.). Kryteria, o jakich tu mowa, są oceniane jako najbardziej kontrowersyjne z uwagi na nieostrość takich pojęć, jak «porządek publiczny» czy «bezpieczeństwo państwa», co ma tym większe znaczenie, że właśnie te pojęcia najczęściej pojawiają się w uzasadnieniu odmowy udzielenia informacji publicznej (zob. K. Tarnacka, *Prawo do informacji...*, s. 78; por. R. i M. Taradejna, *Dostęp...*, s. 22)” (W. Skrzydło, *op.cit.*).

Wskazane wyżej niekonsekwencje normowania ustawy o ochronie informacji niejawnych (kwestie tajemnicy i nadawania klauzuli tajności) rzutują na jej zakres przedmiotowy. Należy zaś pamiętać, że każdorazowe uznanie jakiejś informacji za niejawną zmniejsza zarazem pulę informacji publicznej, objętej ochroną art. 61 ust. 1 Konstytucji. Potwierdza to tezę, leżącą u podstaw wniosku RPO, że nadawanie klauzuli tajności może nie pokrywać się z materialnoprawnymi kryteriami ustawowo wymaganymi do tego, aby

informacje utajnić (a tym samym uszczuplić pulę dostępnej informacji publicznej). Jednakże bynajmniej nie prowadzą one do wniosku, że w tym zakresie panuje pełna dowolność i arbitralność i że akurat przepisy zaskarżone we wniosku są przyczyną naganego stanu rzeczy. Co więcej akurat przepisy, na tle których zrodziły się wątpliwości (kryteria i wzajemny stosunek różnych definicji tajemnicy, nadawanie klauzuli tajności – art. 23 ustawy) – pozostają poza granicami wniosku.

3.3. Podmiotowy zakres ustawy o ochronie informacji niejawnych. Jak wskazuje literalne brzmienie przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych, ustanowiony w niej zakaz udostępniania informacji niejawnych nie ma charakteru powszechnego (art. 3), lecz odnosi się do podmiotów wskazanych w art. 1 ust. 2 ustawy o ochronie informacji niejawnych i powinności tych podmiotów. Zgodnie z tym przepisem, podmiotami tymi nie są osoby fizyczne – obywatele, lecz jednostki organizacyjne oraz organy władzy publicznej. W tym zakresie ustawa przyniosła zmianę sytuacji w porównaniu ze stanem prawnym obowiązującym od 1982 r., kiedy to powinność ochrony informacji uznanych za tajemnice nałożono nie tylko na administrację, lecz na wszystkich obywateli. Zakres podmiotowy ustawy wskazuje, że nie dotyczy ona także uprawnień jednostek (obywateli) w zakresie dostępu do informacji, lecz że reguluje ona powinności organów administracji w zakresie administrowania informacjami niejawnymi (ich ochrony). Ustawa o ochronie informacji niejawnych zobowiązuje jej adresatów (funkcjonariusze administracji, do których gestii należy administrowanie informacjami niejawnymi, w tym dokonywanie odpowiednich kwalifikacji powodujących nadanie stosownych klauzul tajności) do realizacji kompetencji zgodnie z prawem (art. 7 Konstytucji). Do tak określonych adresatów są adresowane materialnoprawne przepisy ustawy przewidujące kryteria uznawania wiadomości za objętą tajemnicą oraz instytucjonalne gwarancje (np. art. 22 ustawy o ochronie informacji niejawnych) mające służyć prawidłowości działania funkcjonariuszy w tym zakresie. Brak jest podstaw do twierdzenia (sformułowanego we wniosku), jakoby nie istniał obowiązek prawidłowego dokonywania kwalifikacji informacji jako niejawnych i opatrzenia odpowiednią klauzulą (na tę bezpodstawność wniosku zwrócono uwagę w stanowisku Sejmu). Wniosek nie zajmuje się ani materialnoprawnymi przepisami o kryteriach kwalifikacji, ani rozszanymi po ustawie przepisami gwarancyjnymi. Nie dostrzega ich istnienia i roli w zapewnieniu prawidłowości nakładania klauzul tajności, choć zarzut niekonstytucyjności zaskarżonych przepisów dotyczy „niekompletności” prawnego reżimu uznawania informacji za niejawne.

4. Zarzut naruszenia przez art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych art. 2 Konstytucji.

Stawiając zarzut naruszenia przez art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych art. 2 Konstytucji, RPO formułuje zarzut niepełności i niejasności normowania, a więc nierzetelności legislacyjnej. Analiza zasadności tego zarzutu ma znaczenie dla zarzutów RPO dotyczących niezgodności z art. 2 Konstytucji także art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych, z uwagi na podobny sposób formułowania zastrzeżeń konstytucyjnych (por. niżej pkt 5 i 6).

4.1. Zasada określoności (art. 2 Konstytucji) w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wypowiadał się o tej zasadzie (zob. np. opracowanie *Proces prawotwórczy w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*; tekst dostępny na stronie internetowej Trybunału Konstytucyjnego w katalogu e-publikacje, adres: <http://www.trybunal.gov.pl/index2.htm>). Dla potrzeb niniejszej sprawy najistotniejsze są następujące tezy:

– wymóg jasności oznacza nakaz tworzenia przepisów klarownych i zrozumiałych dla ich adresatów, niebudzących wątpliwości co do treści nakładanych obowiązków i

przyznawanych praw. Związana z jasnością precyzja przepisu winna przejawiać się w konkretności nakładanych obowiązków i przyznawanych praw, tak by ich treść była oczywista i pozwalała na wyegzekwowanie;

- niejasne formułowanie treści przepisów nie może pozostawiać organom mającym je stosować nadmiernej swobody ustalania ich zakresu podmiotowego i przedmiotowego;

- każdy przepis ograniczający konstytucyjne wolności lub prawa winien być sformułowany w sposób pozwalający jednoznacznie ustalić, kto i w jakiej sytuacji podlega ograniczeniom, przepis ten powinien być na tyle precyzyjny, aby zapewniona była jego jednolita wykładnia i stosowanie, oraz powinien być tak ujęty, aby zakres jego zastosowania obejmował tylko te sytuacje, w których działający racjonalnie ustawodawca istotnie zamierzał wprowadzić regulację ograniczającą korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw;

- adresat normy prawnej musi wiedzieć, jakie jego zachowanie i z jakich przyczyn ma znaczenie prawne; nakaz określoności wymaga szczególnego zaakcentowania w zakresie prawa daninowego, ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności jednostki, a także prawa karnego (zob. wyrok z 12 września 2005 r., sygn. SK 13/05, OTK ZU nr 8/A/2005, poz. 91);

- reguła określoności wskazana w art. 42 Konstytucji wyznacza dopuszczalność i zakres stosowania norm prawa karnego o charakterze blankietowym; nakazuje ona ustawodawcy takie wskazanie czynu zabronionego (jego znamion), aby nie budziło wątpliwości zarówno adresata normy prawnokarnej, jak i organów stosujących prawo i dokonujących „odkodowania” treści regulacji w drodze wykładni normy prawa karnego to, czy określone zachowanie *in concreto* wypełnia te znamiona; „rdzeń zakazu” powinien być zawsze dokładnie i w sposób niebudzący wątpliwości oznaczony w ustawie karnej (zob. wyrok z 13 maja 2008 r., sygn. P 50/07, OTK ZU nr 4/A/2008, poz. 58).

- niejasność przepisu może uzasadniać stwierdzenie jego niezgodności z Konstytucją, o ile jest tak daleko posunięta, że wynikających z niej rozbieżności nie da się usunąć za pomocą zwyczajnych środków służących eliminowaniu niejedności stosowania prawa; pozbawienie mocy obowiązującej określonego przepisu z powodu jego niejasności winno być traktowane jako środek ostateczny, stosowany dopiero wtedy, gdy inne metody usuwania skutków niejasności treści przepisu okażą się niewystarczające (zob. wyroki z: 20 czerwca 2005 r., sygn. K 4/04, OTK ZU nr 6/A/2005, poz. 64, 3 grudnia 2002 r., sygn. P 13/02, OTK ZU nr 7/A/2002, poz. 90, 13 września 2005 r., sygn. K 38/04, OTK ZU nr 8/A/2005, poz. 92).

Brak jednak w orzecznictwie Trybunału dotyczącym art. 2 Konstytucji twierdzenia, jakoby wymagał on realizacji postulatu kompletności regulacji odnoszącej się do kwestii np. ujęcia reżimu normatywnego odpowiedzialności w ramach jednego przepisu statuującego taką odpowiedzialność.

4.2. Przedmiot wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich w zakresie naruszenia art. 2 Konstytucji przez art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych. Kwestionując zgodność art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych z „zasadą tworzenia logicznych, spójnych i kompletnych unormowań” (art. 2 Konstytucji), Rzecznik Praw Obywatelskich uznaje, że zaskarżony przepis nie nadaje się do realizacji zakładanego celu. Nie wiadomo bowiem – wedle wniosku – o jaką odpowiedzialność chodzi, jak ona się kształtuje oraz czy zaniżenie, zawyżenie lub bezprawne utajnienie powoduje jej uruchomienie.

W *petitum* wniosku Rzecznik jako przedmiot kontroli wskazuje cały art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych. Z uzasadnienia wynika natomiast, że zarzut niekonstytucyjności dotyczy normy, że osoba, która jest upoważniona do podpisania dokumentu lub oznaczenia innego niż dokument materiału, „ponosi odpowiedzialność” za przyznanie klauzuli tajności. To znaczy, że RPO zaskarżony przepis uważa za autonomiczny nośnik normy penalizującej zachowanie (źródło nałożenia odpowiedzialności, która bez tego przepisu by nie istniała) i formułuje w związku z tym zarzuty niepełności i nieprecyzyjności

normowania tak, jak gdyby wymagania dotyczące jasności i pełności normowania prawnego reżimu odpowiedzialności odnosić się miały tylko do art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych, a poza tym przepisem miałyby nie istnieć żadne inne przepisy zawierające normy penalizujące nieprawidłowe zachowania osób nakładających klauzule wyłączające dostępność informacji (błędy, nadużycia) – wbrew zasadom prawidłowego działania administracji w tym zakresie.

4.3. Charakter i funkcja regulacji zawartej w art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych. Zarzut RPO byłby zasadny, gdyby zakwestionowany przepis rzeczywiście pełnił funkcję, jaką mu przypisano we wniosku na podstawie wykładni przeprowadzonej przez wnioskodawcę. Jednakże w rzeczywistości celem zaskarżonego przepisu nie jest penalizacja zachowań opisanych we wniosku ani regulacja całości reżimu prawnego odpowiedzialności za naruszające prawo posłużenie się władzą nadawania, podwyższania, obniżania lub znoszenia klauzul. Art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych nie jest przepisem pełniącym funkcję, którą mu przypisuje wnioskodawca. Nie jest jego celem określenie odpowiedzialności funkcjonariuszy nieprawidłowo realizujących ciążące na nich obowiązki w zakresie nadawania, podwyższania, obniżania lub znoszenia klauzul kwalifikujących informację jako niejawną. W rzeczywistości art. 21 ust. 3 jest przepisem kompetencyjnym, dotyczącym wymagania zgody funkcjonariusza, który przyznał klauzulę (jego przełożonego) – na zmianę lub zniesienie klauzuli. Inaczej mówiąc – celem zaskarżonego przepisu nie jest wprowadzenie penalizacji zachowań funkcjonariusza realizującego swe kompetencje w zakresie administrowania informacjami niejawnymi, lecz wskazanie konieczności uzyskiwania zgody funkcjonariusza nadającego klauzulę, gdy zamierza się ją zmienić lub znieść. Zwrot „ponosi odpowiedzialność za przyznanie klauzuli tajności” występujący w art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych odnosi się do kompetencji, tak jak niekiedy mówi się, że określony organ lub osoba „ponoszą odpowiedzialność” za jakąś sferę działania. Na przykład w podobny sposób użyto tego zwrotu w art. 18 ust. 1 tej ustawy (niezaskarżony), mianowicie, że za ochronę informacji niejawnej „odpowiada” kierownik jednostki organizacyjnej, w której taka informacja się znajduje. Już w uzasadnieniu projektu ustawy wskazano, że w ustawie bynajmniej nie zamierzano uregulować kwestii, których brak zarzuca wnioskodawca. Zrezygnowano z umieszczenia w projekcie regulacji dotyczących odpowiedzialności z tytułu naruszającego prawo ujawnienia informacji niejawnych. Uznano, że kwestię innych, w szczególności prawnokarnych skutków ujawnienia informacji niejawnych reguluje w sposób dostateczny ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, ze zm.; dalej: k.k.), natomiast ustawa powinna określać obowiązki i odpowiedzialność tych, którzy z racji pełnionych funkcji lub zajmowanego stanowiska mają szczególną powinność ochrony powierzonej im tajemnicy państwowej (zob. druk sejmowy nr 748, III kadencja Sejmu). Zarówno Sejm, jak i Prokurator Generalny wyciągają tu właściwy wniosek (dokonawszy odmiennej interpretacji zaskarżonego przepisu niż RPO), że celem wprowadzenia tego przepisu nie było samo erygowanie czy ukształtowanie odpowiedzialności osób, które nadają klauzulę tajności, lecz jedynie wskazanie, które osoby jako wyłącznie odpowiedzialne za przyznanie klauzuli tajności są z tego też tytułu upoważnione do decydowania (wyrażenia zgody) o zmianie lub zniesieniu tej klauzuli. Taki zapis wynika zarówno z potrzeby wskazania „kto” ma wyrażać zgodę na zmiany i zniesienie klauzuli, jak i zindywidualizowania (realizowania przypisania) w tym zakresie odpowiedzialności karnej czy „pozakarnej” (dyscyplinarnej, służbowej lub porządkowej). Natomiast same zasady tej odpowiedzialności, obejmujące jej pełny reżim, są określone w innych aktach normatywnych. Dlatego zarzut „niepełności” normowania jest chybiony. Normowanie jest pełne, tyle że nie znajduje się w samym zaskarżonym przepisie.

4.4. Błędne założenie interpretacyjne wnioskodawcy co do konieczności regulacji

całości reżimu prawnego odpowiedzialności w art. 21 ust. 3 ustawy. Nigdzie w doktrynie ani w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego nie występuje pogląd, jakoby zasada rzetelności legislacyjnej (art. 2 Konstytucji) wymagała rezygnacji z norm, które nie mają trójczłonowej budowy (hipoteza – dyspozycja – sankcja) wyrażonej w jednej jednostce redakcyjnej. Trybunał Konstytucyjny przychylił się do stanowiska Sejmu, że w systemie prawa legalne, możliwe i zgodne z Konstytucją jest funkcjonowanie norm, które nie zawsze konstruowane będą wyłącznie na podstawie tzw. trójczłonowej koncepcji normy prawnej, obejmującej hipotezę, dyspozycję i sankcję. Istnienie systemu spójnych oraz powiązanych ze sobą regulacji prawnych, wbrew opinii RPO, nie jest uwarunkowane określeniem sankcji wraz z pozostałymi elementami danej normy wyłącznie w ramach tej samej jednostki redakcyjnej bądź wyłącznie w tym samym akcie normatywnym. Zarzuty niekonstytucyjności są więc sformułowane we wniosku na podstawie przyjęcia metodologicznie błędnego założenia interpretacyjnego, prowadzącego do mylnego wniosku o kryteriach konstytucyjności wymaganych przez art. 2 Konstytucji.

4.5. Odpowiedzialność dotycząca funkcjonariusza określonego jako „odpowiedzialnego” za klauzulę (treść i zakres).

4.5.1. Funkcjonariusz, czy to nakładający klauzulę, czy to zmieniający ją (podwyższający lub obniżający), czy znoszący, jest obowiązany działać zgodnie z treścią sformułowanych w ustawie o ochronie informacji niejawnych kryteriów materialnoprawnych. Wynika to z ogólnej zasady legalizmu działania administracji (art. 7 Konstytucji). Obowiązany jest także, interpretując przepisy tej ustawy, stosować wykładnię zgodną z Konstytucją. To znaczy, że mając świadomość, iż uznanie jakiejś informacji za niejawną ścieśnia pole dostępności informacji publicznej, i nawet mając wątpliwości co do zakresu przedmiotowego ustawy o ochronie informacji niejawnych, co daje mu możliwość manewru przy podejmowaniu decyzji, musi liczyć się z ograniczeniami wskazanymi w art. 61 ust. 3 Konstytucji. Jeżeli tego nie czyni – naraża się na odpowiedzialność. Błędne jest zatem założenie przyjęte we wniosku (krytykowane w stanowisku Sejmu), jakoby tylko literalnie wyrażona treść w przepisach wskazanych we wniosku określała powinności funkcjonariusza. Powinności te wynikają także z innych przepisów i nie muszą być formułowane akurat w art. 21 ust. 3, 4 i 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych, co powoduje, że nie można zaskarżonym przepisom postawić zarzutu niepełności normowania.

4.5.2. Jeśli chodzi o odpowiedzialność funkcjonariusza naruszającego obowiązki wynikające z ustawy o ochronie informacji niejawnych, najdalej idąca jest odpowiedzialność karna. Z punktu widzenia przedmiotu niniejszej sprawy podstawowe znaczenie mają przepisy rozdziału XXXIII k.k. „Przestępstwa przeciwko ochronie informacji” oraz rozdziału XXIX „Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego”. W tym zakresie podstawowe znaczenie ma art. 265 k.k.; wskazują go też uczestnicy postępowania. Trybunał Konstytucyjny przychylił się tu do poglądów zawartych w wypowiedzi W. Wróbla, że nadanie klauzuli tajności, „rodzi określone konsekwencje normatywne, określające w szczególności sposób postępowania z dokumentami i materiałami tak oznaczonymi, nie przesądza jednakże o tym, czy istotnie treść owych dokumentów lub materiałów zawiera tajemnicę państwową, w rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy. W przypadku zaś mylnego przyjęcia, iż udostępniane innej osobie dokumenty zawierają tajemnicę państwową z powodu opatrzenia ich klauzulą tajności, w grę może wchodzić odpowiedzialność karna za nieudolne usiłowanie popełnienia przestępstwa z art. 265 z powodu na brak zdatnego przedmiotu (art. 13 § 2 k.k.)” (W. Wróbel, *op. cit.*, s. 132; zob. też – komentarz W. Wróbla do art. 265 k.k. [w:] *Kodeks karny, Część szczególna, Komentarz do art. 117-277 Kodeksu karnego*, pod red. A. Zolla, Kraków 1999, s. 974-975).

Jeżeli chodzi o znaczenie zniesienia klauzuli tajności, stanowiącego uprawnienie wynikające wprost z treści art. 21 ust. 2 ustawy o ochronie informacji niejawnych, to

znaczenie tej czynności może być różne. „Po pierwsze, może oznaczać skorygowanie błędnego nadania klauzuli tajności dokumentom lub materiałom, które w istocie nie zawierają tajemnicy państwowej. Po drugie, zniesienie samo może mieć błędny charakter, doprowadzając do uchylecia ochrony dokumentów lub materiałów, które nie przestały posiadać charakteru tajemnicy państwowej. Po trzecie wreszcie, zniesienie klauzuli tajności może wynikać z temporalnego charakteru samej tajemnicy. Materialna definicja niewątpliwie bowiem łączy się z koniecznością każdorazowej oceny, czy ujawnienie określonych informacji zagraża podstawowym interesom RP. W wyniku zmiany okoliczności faktycznych czy też zmiany postrzegania zagrożeń dla podstawowych interesów RP może dojść do modyfikacji zakresu informacji definiowanych jako tajemnica państwowa. Zniesienie klauzuli tajności, jakkolwiek samoistnie nie skutkuje wyłączeniem określonych informacji z zakresu tajemnicy państwowej, może stanowić wskazówkę, iż tak właśnie się stało. W każdym przypadku zniesienie klauzuli tajności powinno być traktowane jako okoliczność wymagająca rozważenia w perspektywie ewentualnego błędu co do bezprawności” (W. Wróbel, *op. cit.*, s. 132-133). Artykuł 265 k.k. dotyczy tylko ujawnienia tajemnicy państwowej (a zatem prawdopodobnej sytuacji zaniżenia klauzuli tajności, zaniechania jej przyznania lub bezpodstawnego jej zniesienia). Wydaje się, że regulacja taka nie dotyczy sytuacji zawyżenia klauzuli, aczkolwiek tutaj powstaje pytanie, czy w określonych okolicznościach nie można by jej kwalifikować jako wykorzystania tajemnicy państwowej.

Trzeba dodać, że w wypadku przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków, funkcjonariuszowi publicznemu, na co w uzasadnieniu wniosku trafnie wskazuje Rzecznik Praw Obywatelskich, może także grozić odpowiedzialność karna (oprócz odpowiedzialności „pozakarnej”) za przestępstwo określone w art. 231 k.k. Wnioskodawca niezasadnie minimalizuje znaczenie tej odpowiedzialności, twierdząc, że jest to przestępstwo skutkowe, a więc trudniejsze do wykazania. Zarówno Prokurator Generalny, jak i piśmiennictwo są w tej ostatniej kwestii przeciwnego zdania, twierdząc, że przestępstwo określone w art. 231 k.k., w typie podstawowym (§ 1) i kwalifikowanym (§ 2), nie jest przestępstwem skutkowym, albowiem nie wymaga spowodowania efektywnej szkody, lecz jedynie spowodowania realnego niebezpieczeństwa jej spowodowania. Inaczej mówiąc, określone w tym przepisie działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego jest charakterystyką nie skutku, lecz zachowania się sprawcy. Jest to więc przestępstwo formalne z (abstrakcyjnego) narażenia (zob. komentarz A. Zolla do art. 231 k.k. [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, pod red. A. Zolla, Kraków 1999, s. 779-780 oraz A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2001, s. 630).

Jak z tego wynika, nieprawidłowości w operowaniu klauzulami tajności, mimo milczenia w tym względzie zaskarżonych przepisów – inaczej, niż twierdzi się to we wniosku – wiążą się z istnieniem sankcji karnych.

4.5.3. Pozostałe rodzaje odpowiedzialności. Niezależnie od odpowiedzialności karnej, naruszenie przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych może prowadzić do odpowiedzialności dyscyplinarnej, służbowej i porządkowej, na co zwraca uwagę Prokurator Generalny i piśmiennictwo. Tytułem przykładu można tu także wskazać regulacje zawarte w ustawie z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94, ze zm.), ustawie z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych (Dz. U. z 2001 r. Nr 86, poz. 953, ze zm.), ustawie z dnia 22 marca 1990 r. o pracownikach samorządowych (Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1593, ze zm.), ustawie z dnia 24 sierpnia 2006 r. o służbie cywilnej (Dz. U. Nr 170, poz. 1218, ze zm.), ustawie z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277, ze zm.), ustawie z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. Nr 98, poz. 1070, ze zm.) oraz ustawie z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze (Dz. U. z 2008 r. Nr 7, poz. 39, ze zm.).

4.6. Podsumowanie – brak potwierdzenia zarzutów wniosku co do niepełności

normowania art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych. Przeprowadzona analiza wykazała, że zarzut wobec art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych, iż ze względów konstytucyjnych powinien zawierać sankcję dla wskazanych tam „ponoszących odpowiedzialność” funkcjonariuszy, nie potwierdził się.

Po pierwsze, znaczenie tego przepisu, związane z jego funkcją, jest inne, niż to przyjęto we wniosku. Nie jest to przepis nakładający odpowiedzialność na funkcjonariusza będącego adresatem powinności tam wskazanej. Powinnością tą jest uzyskanie zgody funkcjonariusza nakładającego klauzulę na jej zmianę i zniesienie. Art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych zawiera ogólne, kompetencyjne wskazanie, że ten, kto – jako podpisujący dokument i jednocześnie właściwy do nałożenia klauzuli tajności – „ponosi odpowiedzialność” (jest gestorem) klauzuli tajności, powinien mieć także wpływ na dalsze losy tej klauzuli (zmiana, zniesienie). Wpływ ten wyraża się w obowiązku uzyskania jego zgody na zmianę (zniesienie) klauzuli. Właśnie regulacja tej ostatniej kwestii jest głównym celem wprowadzenia omawianego przepisu. O tym natomiast, jakiego rodzaju odpowiedzialność nastąpi na wypadek różnych postaci nieprawidłowego wykonywania kompetencji dotyczących wykonywania obowiązków administrowania wiadomościami niejawnymi (czego brak wnioskodawca zarzuca zaskarżonemu przepisowi) – przesądzają inne przepisy szczególne. Czynią to w różny sposób, obejmując swym zakresem różne sytuacje. Być może niektórym z nich można by postawić zarzut niepełności (np. kwestia odpowiedzialności karnej za zawyżenie klauzuli tajności), ale Rzecznik tego nie czyni. Zarzut, że art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych nie określa, „o jaką odpowiedzialność chodzi, jak ona się kształtuje oraz czy zaniżenie, zawyżenie lub bezprawne utajnienie powoduje jej uruchomienie”, oparty jest na asystemowej wykładni zaskarżonego przepisu. Na gruncie materialnej definicji tajemnicy państwowej i z uwzględnieniem miejsca tego przepisu w systemie innych przepisów tworzących mechanizm odpowiedzialności za nieprawidłowe wykonywanie obowiązków funkcjonariuszy mających kompetencje w zakresie administrowania informacjami niejawnymi (nadawanie, zmienianie, znoszenie klauzuli), tj. „ponoszącymi odpowiedzialność za przyznanie klauzuli”, rysuje się on inaczej, niż zakłada się we wniosku. Zarzucane braki i luki przepisu powodujące jego nielogiczność i niepełność występowałyby tylko wówczas, gdyby przepis interpretować co do zakresu i funkcji tak, jak to przyjęto we wniosku. Tymczasem zarówno zakres, jak i funkcja tego przepisu są odmienne – jak na to wskazują m.in. inni uczestnicy postępowania. Sankcje naruszenia obowiązków przez funkcjonariuszy, w których gestii leży posługiwanie się klauzulami tajności, stosowny reżim prawny i reguły proceduralne – regulują inne przepisy. Brak jest podstaw do stawiania zarzutu jakoby w ogólności w systemie prawnym występowała luka co do istoty, przesłanek i trybu odpowiedzialności.

Po drugie, zarzut „niepełności normowania” (naruszenie art. 2 Konstytucji) jest niezasadny, ponieważ nie podobna przyjąć, jakoby istniał na tle art. 2 Konstytucji obowiązek umieszczenia wszystkich kwestii normujących prawny reżim związany z nieprawidłowym administrowaniem informacjami niejawnymi – w jednym przepisie, i to akurat w art. 21 ust. 3 ustawy o informacjach niejawnych. Dlatego Trybunał Konstytucyjny uznał, że Rzecznik Praw Obywatelskich nie wykazał, że art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych jest niezgodny z art. 2 Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny nie widzi podstaw do generalnego stwierdzenia, że przepis ten narusza art. 2 Konstytucji.

5. Zarzuty dotyczące naruszenia przez art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych art. 2 Konstytucji.

5.1. Przedmiot wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich. Zaskarżony przepis przewiduje obowiązek notyfikacji (funkcjonariuszowi, który nadał klauzulę, albo jego przełożonemu) zauważonego przez odbiorcę informacji niejawnej faktu „wyraźnego”

zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności. Rzecznik Praw Obywatelskich uznaje za niekonsekwencję ograniczenie obowiązku tylko do „wyraźnego” zawyżenia lub zaniżenia klauzuli; uznaje za niejasne pojęcie „wyraźnego” (zwrot niedookreślony), zawyżenia lub zaniżenia, co budzi wątpliwości interpretacyjne – co jest naruszeniem art. 2 Konstytucji; zarzut dotyczy też zastosowania w kwestionowanym przepisie alternatywy rozłącznej „albo”, co powoduje, że odbiorca materiału może zgłosić fakt wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tylko jednej z osób wskazanych w tym przepisie.

5.2. Kwestia niedookreśloności regulacji zawartej w art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych.

5.2.1 Wyrażenie „wyraźne zawyżenie lub zaniżenie klauzuli tajności” zawiera element ocenny, a przez to regulacja, w której jest umieszczone ma charakter niedookreślony. W piśmiennictwie dotyczącym informacji niejawnych sygnalizowano niezręczność; ponieważ ustawa przewiduje konkretne, cztery klauzule, to każda nieprawidłowość w klasyfikacji powinna uprawniać do uruchomienia procedury sygnalizacyjnej przewidzianej w art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych. Dlatego T. Szewc posłużył się przez ustawodawcę pojęciem „wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia” określił jako *lapsus linguae* (zob. T. Szewc, *Informacje niejawne*, „Przegląd Prawa Publicznego” nr 1-2/2007, s. 44).

5.2.2. W dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego konsekwentnie przyjmowano, że stwierdzenie niekonstytucyjności z powodu niedookreśloności przepisu jest środkiem ostatecznym, który powinien być stosowany wówczas, gdy dostępne metody wykładni są niewystarczające dla usunięcia niejasności (zob. pkt 4 tej części niniejszego uzasadnienia). Adresatem nakazu sformułowanego w art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych są odbiorcy informacji.

5.2.3. Funkcja przepisu art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych; błędność interpretacji przyjętej we wniosku. Celem mechanizmu notyfikacji nie jest automatyczna weryfikacja wszystkich klauzul tajności na podstawie ewentualnej kontroli dokonywanej przez odbiorcę materiału, aczkolwiek jest to rodzaj kontroli wewnętrznej. Wszyscy adresaci przepisu (odbiorca materiału, osoba, która przyznała określoną klauzulę lub jej przełożony) pozostają w kręgu podmiotów zobowiązanych przestrzegać przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych, i ponoszą za to odpowiedzialność. Wszystkie te osoby muszą legitymować się poświadczeniem bezpieczeństwa, są zobowiązane uwzględniać materialne przesłanki kwalifikowania informacji. Informacje objęte tą klauzulą są wytwarzane, przetwarzane i przechowywane oraz pomiędzy tylko tymi podmiotami przekazywane. Można nawet powiedzieć, że są to podmioty w pewnym sensie wyspecjalizowane w ochronie informacji niejawnych. Dlatego posłużył się przez ustawodawcę, w odniesieniu do zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności, przymiotnikiem „wyraźne” odwołuje się do przesłanek zobiektywizowanych, wskazujących na poważne, zobiektywizowane wadliwości kwalifikacji, łatwo zauważalne. Wobec takich „wyraźnych” zaniżeń lub zawyżeń istnieje więc obowiązek notyfikacji i tym samym wszczęcia przez odbiorcę informacji rodzaju kontroli wewnętrznej, stanowiącej zabezpieczenie realizacji celu określonego w ustawie o ochronie informacji niejawnych, jakim jest ochrona dostosowana do właściwie sklasyfikowanej informacji niejawnej, to jest sklasyfikowanej zgodnie z materialną definicją tajemnicy państwowej i służbowej. Uchybienie temu obowiązkowi może wiązać się z odpowiedzialnością odbiorcy, który zaniecha notyfikacji i inicjowania wskazanej kontroli. Obrona przed tą odpowiedzialnością może przybierać postać zarzutu, że błędna kwalifikacja nie była „wyraźna”. W takim wypadku ten, kto zaniechał notyfikacji, nie będzie odpowiadał. „Wyraźność” błędnej kwalifikacji klauzuli (zwrot niedookreślony) będzie oceniana i weryfikowana w procedurze prowadzącej do ukarania funkcjonariusza, który – wbrew swemu obowiązkowi – zaniechał notyfikacji. Artykuł 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych bynajmniej nie oznacza (jak to przyjmuje wnioskodawca), że istnieje zakaz

notyfikacji czy wszczynania kontroli weryfikacyjnej, gdy zaniżenie lub zawyżenie klauzuli nie miało cechy „wyraźności”. Zarzut wniosku jest oparty na przyjętej we wniosku interpretacji zaskarżonego przepisu (nie poparto go analizą praktyki).

5.2.4. Posłużenie się w zaskarżonym przepisie alternatywą rozłączną. Trybunał Konstytucyjny zgadza się z Prokuratorem Generalnym, że fakt „wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia klauzuli” powinien być zgłaszany osobie uprawnionej do zmiany tej klauzuli. Ma to znaczenie także na płaszczyźnie indywidualizacji odpowiedzialności osoby dokonującej klasyfikacji informacji. Alternatywa rozłączna („albo”), oddzielająca w opisie normy ustawowej podmioty, do których należy zgłaszać fakt wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności, uzasadniona jest tym, że zgłaszanie faktu „wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia klauzuli” podmiotowi, który nie ma przyznanych mu przez ustawę o ochronie informacji niejawnych kompetencji do nadania właściwej klauzuli tajności, a tym samym – przywrócenia stanu zgodnego z prawem (o ile rzeczywiście wyraźnie zawyżono lub zaniżono klauzulę tajności), jest bezprzedmiotowe. Porównanie normy zawartej w art. 21 ust. 2 i normy zawartej w art. 21 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych wskazuje też na to, że zgłoszenie faktu wyraźnego zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności wyłącznie podmiotowi uprawnionemu do jej postulowanej w zgłoszeniu zmiany jest obowiązkiem odbiorcy materiału niejawnego.

5.2.5. Ocena zarzutu naruszenia art. 2 Konstytucji przez art. 21 ust. 3 i 5 ustawy. Cechy mające uzasadniać zarzuty wobec art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych nie mają źródła w tekście tego przepisu. We wniosku nie wykazano także, jakoby ustalona i powszechna praktyka wykładni doprowadziła do nadania zaskarżonemu przepisowi znaczenia przypisywanego przez RPO. W tej sytuacji zarzut niekonstytucyjności przez art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych nie został wykazany.

Zarzuty wobec art. 21 ust. 3 i 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych miały służyć wykazaniu, że braki w tych unormowaniach naruszają zasadę przyzwoitej legislacji (art. 2 Konstytucji). Jak wynika z analizy przeprowadzonej wyżej, zarzuty wniosku wynikały z przypisania zaskarżonym przepisom funkcji, których one nie miały pełnić (por. pkt 4.3. i 4.4. tej części uzasadnienia) i z odczytania treści zaskarżonych przepisów przy użyciu wadliwych dyrektyw wykładni (zwłaszcza gdy idzie o zarzut niekompletności zaskarżonych przepisów (por. pkt 4.4. tej części uzasadnienia). Weryfikacja tych założeń i rozumowania prowadzi do wniosku, że art. 21 ust. 3 i 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych nie narusza art. 2 Konstytucji.

6. Zarzut manipulacji w stosowaniu klauzul tajności w celu ograniczenia dostępu do informacji publicznej (art. 61 Konstytucji).

6.1. Nieadekwatność zakresu zaskarżenia i zarzut naruszenia art. 61 Konstytucji. Wedle wniosku, konstytucyjne usterki art. 21 ust. 3 i 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych powodują, że te właśnie przepisy są niewłaściwym środkiem do zapewnienia, aby praktyka nadawania klauzul tajności nie była ekscesywna, a tym samym by nie uszczuplała zakresu informacji jawnej, do której istnieje publiczny dostęp, co tworzy prawo chronione konstytucyjnie w art. 61 Konstytucji.

Wnioskodawcy chodzi o wyłączenie ekscesywnego i wadliwego posługiwania się instrumentarium ustawy o ochronie informacji niejawnych (kwestia stosowania klauzul w praktyce – dostępu do informacji publicznej). Przedmiotem troski (skądinąd uzasadnionej por. wyżej 1.3 i 2.3. tej części uzasadnienia) wnioskodawcy jest wykorzystanie klauzul tajności jako „narzędzia” do utajniania informacji publicznej. Wnioskodawca uważa jednak, że to właśnie zaskarżone przepisy ustawy o ochronie informacji niejawnych, i to z uwagi na wadliwość wskazane we wniosku jako naruszenie art. 2 Konstytucji, są (ten zarzut wymagałby choćby uprawdopodobnienia takiej praktyki), czy też mogą być, przyczyną

ekscesywnego nadawania klauzul tajności i tym samym ścieśnienia pola informacji publicznej. Jak już powiedziano, obawa o manipulacje utajnieniem „na zapas” informacji publicznej (przekształcania jej w ten sposób w informacje niejawną) jest realna. Skoro jednak zarzucane wadliwości zaskarżanych przepisów nie istnieją, jako oparte na mylnym przypisaniu im funkcji, których nie mają pełnić, to zarzut ścieśniania pola dostępnej informacji publicznej przez te właśnie przepisy, z uwagi na zarzucane im we wniosku cechy, jest po prostu nie wykazany. Nie znaczy to, że nie istnieje sam problem manipulacji zakresem informacji niejawnych, aby ograniczyć informację publiczną, dostępną dla obywateli (art. 61 Konstytucji). Problemem jest bowiem niezakwestionowany we wniosku mechanizm (lub też braki w tym mechanizmie), np. jeśli chodzi o gwarancje proceduralne, odpowiedniość i dostateczność środków ochrony, proporcjonalność, zawarte nie w tylko w zaskarżonych przepisach, lecz w regulacjach rozproszonych w dwóch aktach normatywnych: ustawie o dostępie do informacji publicznej (tu m.in. ocena proporcjonalności dopuszczalnych ograniczeń dostępu do informacji z punktu widzenia art. 61 ust. 3 Konstytucji, efektywność sądownoadministracyjnej kontroli odmowy dostępu do informacji, ograniczona do badania formalnego zakwalifikowania informacji jako niejawnnej, bez analizy materialnoprawnych przesłanek nadania klauzuli) oraz ustawie o ochronie informacji niejawnych (tu przede wszystkim przepisy o kryteriach materialnego i formalnego kwalifikowania informacji niejawnych, w tym także treść załączników do ustawy, efektywność zawartych w tym akcie całości komplementarnie działających norm gwarancyjnych mających zapewnić prawidłowość kwalifikacji informacji jako niejawnnej itd.). Zarzuty dotyczące realizacji *ratio* leżącej u podstaw tych regulacji mogłyby się mieścić także w zarzucie naruszenia art. 2 Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny przypomina swój wcześniejszy pogląd, wyrażony już w 1994 r., 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 osłabiałoby równocześnie skuteczność mechanizmów gwarancyjnych, ważnych dla ochrony rzeczywistych interesów Państwa. Stojąc na gruncie takiego rozumienia cyt. wyż. art. 93, przepisy o ustanowieniu i ochronie tajemnicy państwowej i służbowej należy przeanalizować przede wszystkim na tle zasady wolności słowa i druku (...) oraz na tle prawa obywateli do informacji (...). 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 z 13 czerwca 1994 r., sygn. W 3/94, OTK w 1994 r., cz. I, poz. 26).

6.2. Trybunał Konstytucyjny orzeka co do przedmiotu zaskarżenia w granicach wniosku. Nie może więc podjąć z urzędu kontroli norm we wniosku niewskazanych i umieszczonych w innej ustawie, niż wskazanej w *petitum*. Problem wykorzystania mechanizmu operowania klauzulami tajności w celu ograniczenia dostępności informacji publicznej nie może być przedmiotem kontroli w ramach niniejszego wniosku, ponieważ wskazane rzekome wadliwości tego mechanizmu nie potwierdziły się. Nie znaczy to, że wadliwości te nie istnieją – nie wynikają one akurat jednak z tych cech przepisów zaskarżonych, które wskazano we wniosku; ani nie ograniczają się one do przepisów wskazanych we wniosku, ani nawet do zaskarżonej ustawy.

6.3. Na marginesie rozważań należy zaznaczyć, że Trybunał Konstytucyjny dostrzega problem realności ochrony sądownoadministracyjnej realizowanej poprzez skargę na odmowę dostępu do informacji publicznej, gdyby kontrola zgodności z prawem odmowy miała się

ograniczać do tego, czy informacja tylko formalnie miała klauzulę tajności, bez wnikania w to, czy odpowiadało to materialnoprawnym przesłankom utajnienia. W tym zakresie należy jednak wskazać, że praktyka sądów administracyjnych nie rysuje się tak jednoznacznie, jak to ujęto we wniosku. Wnioskodawca, powołując się na orzeczenia Naczelnego Sądu Administracyjnego: postanowienie z 8 grudnia 2000 r., sygn. akt II SA 1568/00, Lex nr 53372 oraz wyrok z 21 lutego 2000 r., sygn. akt II SA 2230/99, podkreślił, że „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 (...) na badaniu, czy dana informacja rzeczywiście jest informacją wchodzącą w wyżej wymieniony zakres odstępstw (...), [ponieważ] 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”. Wywód ten ma uzasadniać iluzoryczność sądownoadministracyjnej kontroli odmowy dostępu do informacji publicznej. W związku z tym argumentem należy stwierdzić, że: po pierwsze, zasady sądowej kontroli odmowy dostępu do informacji publicznej nie są unormowane w przepisach, które we wniosku zaskarżono; po drugie, umknęło uwagi wnioskodawcy, że w wyniku rewizji nadzwyczajnej Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego, powołany wyrok Sądu Najwyższego z 1 czerwca 2000 r., sygn. akt III RN 64/00 (OSNP nr 6/2001, poz. 183), uchylił wyrok NSA z 21 lutego 2000 r., sygn. akt II SA 2230/99, a sprawa została przekazana Nacelnemu Sądowi Administracyjnemu w Warszawie do ponownego rozpoznania i – po ponownym jej rozpoznaniu – Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie, wyrokiem z 28 marca 2001 r., sygn. akt II SA 2838/00 (niepubl.), zaskarżoną odmowę udzielenia informacji publicznej uchylił. To znaczy, że praktyka sądów administracyjnych nie jest tak sformalizowana, jak to przyjęto we wniosku, i kształtuje się w sposób bardziej zróżnicowany. Być może zresztą właśnie nieświadomość istnienia stosownej praktyki orzeczniczej NSA na tle ustawy o dostępie do informacji publicznej spowodowała, iż wnioskodawca, poszukując instrumentów, które miały mu zapewnić dostęp do informacji (co – jak wynika z wystąpienia wnioskodawcy w czasie rozprawy – było impulsem do zgłoszenia wniosku), uznał, że instrumentów tych w ogólności brak, ponieważ nie znajdują się one w ustawie o ochronie informacji niejawnych.

Na gruncie art. 145 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. Nr 153, poz. 1270, ze zm.; dalej: p.p.s.a.) sąd, uwzględniając skargę na decyzję lub postanowienie, uchyla je w całości lub części, jeżeli stwierdzi: a) naruszenie prawa materialnego, które miało wpływ na wynik sprawy, b) naruszenie prawa dające podstawę do wznowienia postępowania administracyjnego, c) inne naruszenie przepisów postępowania, jeżeli mogło ono mieć wpływ na wynik sprawy. Potwierdza to zasadę, że zgodnie z art. 1 § 2 ustawy z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz. U. Nr 153, poz. 1269, ze zm.) oraz art. 3 § 1 i 2 p.p.s.a., kontrola sądowa musi być dokonywana we wszystkich trzech wyżej wymienionych płaszczyznach. Wyeliminowanie którejkolwiek z nich czyniłoby ją ułomną, i to w sposób, który godziłby w konstytucyjne prawo do sądu, określone w art. 45 ust. 1 Konstytucji. To znaczy, że w zakresie kontroli decyzji odmawiających dostępu do informacji publicznych istnieją normatywne podstawy do objęcia nią także materialnoprawnych podstaw decydujących o przyznaniu klauzuli, co umożliwiłoby kontrolę materialnych przesłanek utajniania informacji. Rzecznik postuluje nawet wyraźnie wprowadzenie sądowej kontroli materialnych przesłanek utajniania informacji – klucz do rozwiązania tego problemu widzi jednak w stwierdzeniu niekonstytucyjności wskazanych przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych. Tymczasem problemem jest praktyka sądowa ukształtowana na tle gwarancji przewidzianych w ustawie o dostępie do informacji publicznej – nieobjętych niniejszym wnioskiem. To zwalnia Trybunał Konstytucyjny od dalszej analizy tego problemu,

w szczególności oceny, czy trwała, powszechna, niebudząca wątpliwości praktyka sądowa doprowadziła do nadania przepisom treści, która mogłaby być przedmiotem kontroli konstytucyjności.

7. Propozycje zmian sygnalizowane przez wnioskodawcę. Wnioskodawca zarówno w pierwotnym wniosku pisemnym, jak i jego uzupełnieniu i modyfikacji oraz w czasie rozprawy sygnalizował potrzebę zmian *de lege ferenda*. Sygnalizował zarazem, że Rada Ministrów przygotowała projekt nowej ustawy o ochronie informacji niejawnych, w którym niektóre kwestie zgłaszane przez wnioskodawcę, ujmują się – jego zdaniem – lepiej niż w przepisach zaskarżonych w niniejszej sprawie. Trybunał Konstytucyjny podkreśla, że wyrok w niniejszej sprawie nie oznacza, że badane przepisy (czy powiązane z nimi inne przepisy ustawy o ochronie informacji niejawnych, a nawet szerzej – mechanizm ochrony takich informacji, których powszechna dostępność ograniczona została już na poziomie konstytucyjnym) nie mogą być skonstruowane w sposób lepiej zabezpieczający standard konstytucyjny. Sam fakt przygotowywania nowych rozwiązań nie może być jednak uznany sam przez się za argument o niekonstytucyjności przepisów obowiązujących.

8. Konkluzja.

Uwzględniając, że:

– zarzuty wniosku wynikały z przypisania zaskarżonym przepisom funkcji, których one nie miały pełnić;

– art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych jest przepisem kompetencyjnym (zob. pkt 4.3 tej części uzasadnienia) i że zasady odpowiedzialności osób przyznających klauzulę wynikają z innych przepisów (zob. pkt 4.5. tej części uzasadnienia), a Rzecznik Praw Obywatelskich oparł się na błędnym metodologicznie założeniu interpretacyjnym dotyczącym kryteriów konstytucyjności przepisu wymaganych przez art. 2 Konstytucji (zob. pkt 4.4 tej części uzasadnienia);

– obowiązek przyznawania właściwej klauzuli tajności istnieje i wynika z materialnoprawnych kryteriów klasyfikacji informacji oraz z art. 7 Konstytucji;

– art. 21 ust. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych nie oznacza zakazu notyfikacji czy wszczynania kontroli weryfikacyjnej, gdy zaniżenie lub zawyżenie klauzuli nie ma cech „wyraźności”, a Rzecznik Praw Obywatelskich interpretuje ten przepis w sposób niepoparty analizą praktyki jego stosowania (zob. pkt 5.2.3 i 5.2.4 tej części uzasadnienia) a przede wszystkim to, że problem konstytucyjny podniesiony we wniosku pojawia się nie tyle na tle przepisów zakwestionowanych we wniosku, ile dotyczy konstrukcji mechanizmu wynikającego z regulacji rozproszonych w dwóch aktach normatywnych: ustawie o dostępie do informacji publicznej i ustawie o ochronie informacji niejawnych (zob. pkt 2.3 i pkt 6.1 tej części uzasadnienia), których Rzecznik nie skarży,

Trybunał Konstytucyjny orzekł jak w sentencji.