



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa, 7/09/2018

Adam Bodnar

VII.6060.36.2018.MKS

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

Skarżący: Fundacja Panoptykon
Strona: Szef Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego
(*adresy w aktach sprawy*)
sygn. akt I OSK 2152/17

Pismo procesowe Rzecznika Praw Obywatelskich

Działając na podstawie art. 14 pkt 6 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. *o Rzeczniku Praw Obywatelskich* (Dz. U. z 2017 r., poz. 958 ze zm.; dalej jako: ustawa o RPO) oraz art. 8 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. - *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi* (Dz. U. z 2017 r., poz. 1369 ze zm.; dalej jako: p.p.s.a.) Rzecznik Praw Obywatelskich **zglasza udział w postępowaniu** toczącym się przed Naczelnym Sądem Administracyjnym w Warszawie w sprawie ze skargi kasacyjnej Fundacji Panoptykon od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 29 maja 2017 r., II SA/Wa 291/17 w przedmiocie udostępnienia informacji publicznej oraz

wnosi na podstawie art. 185 § 1 p.p.s.a

o uwzględnienie skargi kasacyjnej, uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Wojewódzkiemu Sądowi Administracyjnemu w Warszawie.

UZASADNIENIE

I.

1. Stan faktyczny

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

Wniosek Fundacji złożony w trybie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2018 r., poz. 1330; dalej: ustawa o dostępie do informacji publicznej) dotyczył informacji na temat danych statystycznych odnoszących się do korzystania przez ABW z uprawnień, o których mowa w 28 ust. 3 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2017, poz. 1920 ze zm.; dalej jako: ustawa o ABW).

Szef ABW, decyzją z dnia 22 listopada 2016 r. (nr P-15991/2016) oraz – utrzymującą w mocy tę decyzję – decyzją z dnia 2 stycznia 2017 r. (nr P-1/2017) odmówił udostępnienia wymienionych wyżej informacji, uznając je za informacje niejawne, którym nadano klauzulę tajności „zastrzeżone” w trybie ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie

informacji niejawnych (Dz. U. z 2018 r. poz. 412 ze zm.; dalej: ustawa o ochronie informacji niejawnych).

WSA w wyroku z dnia 29 maja 2017 r., sygn. akt II SA/Wa 291/17, oddalił skargę Fundacji złożoną na decyzje Szefa ABW, zgadzając się z argumentami zaprezentowanymi przez organ. Jak wskazał Sąd, „z uwagi na brzmienie powołanych przepisów uzasadnione jest twierdzenie, iż porozumienia ABW z przedsiębiorcą telekomunikacyjnym, operatorem pocztowym, usługodawcą świadczącym usługi drogą elektroniczną, są zawierane w celu realizacji ustawowych zadań ABW, do których należy rozpoznawanie, zapobieganie i zwalczanie zagrożeń wymienionych w art. 5 ustawy o ABW oraz AW. Zatem przedmiot sprawy dotyczy zagadnień związanych bezpieczeństwem Państwa, a przede wszystkim bezpieczeństwem publicznym. Zatem Szef ABW nie pozostaje w błędzie twierdząc, iż ujawniania żądanej informacji może powodować zagrożenie dla bezpieczeństwa Państwa”.

Skarżąca złożyła skargę kasacyjną od wyroku WSA w Warszawie zarzucając wyrokowi naruszenie zarówno przepisów prawa materialnego – w postaci art. 61 ust. 1 w zw. z art. 61 ust. 3 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP w zw. z art. 5 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej oraz z art. 1 ust. 1 w zw. z art. 5 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych – jak i przepisów postępowania – tj. art. 141 § 4, art. 135 p.p.s.a oraz art. 145 § 1 pkt 1 a i c p.p.s.a. Fundacja wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy WSA w Warszawie do ponownego rozpoznania.

2. Uzasadnienie przystąpienia Rzecznika Praw Obywatelskich do postępowania przed NSA

Zgodnie z art. 208 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 1 ust. 2 ustawy o RPO Rzecznik Praw Obywatelskich powołany jest do ochrony praw i wolności człowieka i obywatela, określonych w Konstytucji RP oraz innych aktach normatywnych. Stojąc na straży wyżej wymienionych praw i wolności Rzecznik podejmuje te sprawy, w których dochodzi do naruszeń ze strony organów władzy publicznej praw i wolności przysługujących jednostkom. Stosownie zaś do treści art. 8 § 1 p.p.s.a., Rzecznik Praw Obywatelskich może wziąć udział w każdym toczącym się postępowaniu, a także wnieść skargę, skargę kasacyjną, zażalenie oraz skargę o wznowienie postępowania, jeżeli według jego oceny

wymagają tego ochrona praw człowieka i obywatela. Z możliwości tych Rzecznik korzysta wyjątkowo, zwłaszcza wtedy, gdy istnieje konieczność rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego budzącego wątpliwości z punktu widzenia ochrony praw i wolności, albo gdy sprawa ma charakter precedensowy, a jej rozstrzygnięcie będzie miało istotne znaczenie dla ukształtowania sytuacji prawnej innych obywateli.

Decyzja Szefa ABW – będąca przedmiotem badania sądu – odmawiająca udostępnienia informacji publicznej o czynnościach ABW ze względu na uznanie żądanych informacji za informacje niejawne prowadzi do ograniczenia prawa dostępu do informacji publicznej. W ocenie Rzecznika ograniczenie to nie znajduje jednak usprawiedliwienia w świetle art. 61 ust. 3 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, biorąc od uwagę okoliczności niniejszej sprawy. Rzecznik zgadza się z zarzutami zaprezentowanymi w skardze kasacyjnej wskazującymi, że przy ocenie przedmiotowej decyzji Sąd nie dokonał prawidłowego wyważenia proporcji między konstytucyjną zasadą dostępności a zakresem ograniczenia wynikającego z ustawy o ochronie informacji niejawnych. W konsekwencji, zdaniem Rzecznika, **zaskarżony wyrok prowadzi do naruszenia konstytucyjnie chronionego prawa dostępu do informacji publicznej, co uniemożliwia dokonanie społecznej kontroli działań służb specjalnych. W ocenie Rzecznika niezwykle istotne jest natomiast, aby zapewnić transparentność działań służb specjalnych, w szczególności jeśli chodzi o działania ingerujące w prawa i wolności osób objętych kontrolą służb.**

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

II.

1. Przedstawiona Rzecznikowi sprawa dotyczy udostępnienia informacji na temat działalności ABW, a zatem informacji publicznej do udostępnienia której zobowiązany był Szef ABW. Przedmiotem oceny Sądu była decyzja Szefa ABW

o odmowie udzielenia informacji ze względu na ochronę informacji niejawnych. W niniejszej sprawie kwestią wymagającą rozstrzygnięcia jest zatem ustalenie, czy organ zasadnie odmówił udostępnienia żądanej informacji publicznej, tj. danych statystycznych o czynnościach wykonywanych przez ABW na podstawie art. 28 ust. 3 ustawy o ABW powołując się na ochronę informacji niejawnych.

Zgodnie z art. 28 ust. 3 ustawy o ABW w przypadku, gdy przedsiębiorca telekomunikacyjny, operator pocztowy lub usługodawca świadczący usługi drogą elektroniczną udostępnia za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej nieodpłatnie dane – niestanowiące treści odpowiednio, przekazu telekomunikacyjnego, przesyłki pocztowej albo przekazu w ramach usługi świadczonej drogą elektroniczną, określone w ustawach: Prawo telekomunikacyjne, Prawo pocztowe, w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną – funkcjonariuszowi ABW posiadającemu upoważnienie Szefa ABW, odbywa się to bez udziału pracowników przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, operatora pocztowego lub usługodawcy świadczącego usługi drogą elektroniczną, lub przy ich niezbędnym współudziale, jeżeli możliwość taką przewiduje porozumienie zawarte pomiędzy Szefem ABW a tym podmiotem.

Skarżąca żądała informacji dotyczących tego, ile zawarto porozumień pomiędzy ABW a usługodawcami świadczącymi usługi drogą elektroniczną, w których przewidziano możliwość zdalnego przekazywania danych, o których mowa w art. 28 ust. 3 ustawy o ABW.

WSA rozstrzygający niniejszą sprawę stwierdził, że zasadna była decyzja organu o odmowie udostępnienia informacji publicznej. Sąd uznał, że „sprawa dotyczy zagadnień związanych z bezpieczeństwem Państwa, a przede wszystkim bezpieczeństwem publicznym. Zatem Szef ABW nie pozostaje w błędzie twierdząc, iż ujawnienia żądanej informacji może powodować zagrożenie dla bezpieczeństwa Państwa”.

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

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

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

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

3. Przystępując do niniejszego postępowania Rzecznik Praw Obywatelskich zwraca uwagę, że istotną okolicznością w analizowanej sprawie, której nie wziął pod uwagę WSA w Warszawie, jest to, że żądane informacje dotyczą czynności inwigilacyjnych podejmowanych przez ABW ingerujących w prawo do prywatności osób wobec których je zastosowano. Konstytucja RP w art. 47 i art. 51, określając natomiast elementy prawa do prywatności, zobowiązuje władze publiczne do nieingerencji w określony przez nie zakres życia (aktywności) jednostki i zapewnia stosowną ochronę przed wszelkimi działaniami w niego godzącymi.

Dlatego też zdaniem Rzecznika tak istotne jest dokonanie rzetelnej sądowej oceny wydawanych przez ABW decyzji dotyczących udostępnienia informacji publicznej o czynnościach prowadzonych na podstawie ustawy o działaniach antyterrorystycznych. Konieczne jest również, przy analizie przesłanek uzasadniających odmowę udostępnienia żądanych informacji ze względu na ochronę informacji niejawnych, przyjęcie takiej interpretacji przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej i ustawy o ochronie informacji niejawnych, która umożliwi efektywny dostęp do informacji o działalności ABW i zagwarantuje kontrolę społeczną tych działań.

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

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

Trzeba jednak zwrócić uwagę, że Sąd I instancji uznał, iż „żądanie dostępu do informacji publicznej w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej nie może służyć weryfikacji klauzul tajności. Takie rozumienie instytucji obywatelskiego dostępu do

informacji publicznych, czyniłoby ustawę o ochronie informacji niejawnych zbyteczną i nadto naruszałoby zasadę wyrażoną w art. 61 ust. 3 Konstytucji, który zezwala na ustawowe ograniczenie prawa dostępu do informacji. Ograniczenie to ustawodawca urzeczywistnił, wprowadzając do polskiego porządku prawnego ustawę o ochronie informacji niejawnych oraz odpowiednią normę kolizyjną w ustawie o dostępie do informacji publicznej (art. 5 ust. 1)”. Sąd wskazał również, że „w przypadku wątpliwości, co do prawidłowości nadania określonemu materiałowi klauzuli tajności, jedynymi wytycznymi dla organu, mającymi umocowanie w obowiązującym systemie prawa, mogłoby być ewentualne zobowiązanie Szefa ABW do zwrócenia się do Prezesa Rady Ministrów o rozstrzygnięcie kwestii ewentualnego zawyżenia klauzuli, w trybie art. 9 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych”.

Należy jednak podkreślić, że w świetle poglądów doktryny i orzecznictwa sądów administracyjnych nie budzi wątpliwości przeprowadzenie przez sąd administracyjny kontroli zarówno materialnych, jak i formalnych, przesłanek nadania klauzuli tajności, w tym w postępowaniach dotyczących udostępnienia informacji publicznej. W wyroku TK z dnia 15 października 2009 r., sygn. akt K 26/08, Trybunał uznając zgodność z Konstytucją RP ustawy z 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych stwierdził, że w zakresie kontroli decyzji odmawiających dostępu do informacji publicznych istnieją normatywne podstawy do objęcia nią także materialnych podstaw decydujących o przyznaniu klauzuli, co umożliwiłoby kontrolę materialnych przesłanek utajnienia informacji (zob. też uchwała TK z dnia 13 czerwca 1994 r. sygn. akt W 3/94). Taka możliwość została także potwierdzona w literaturze oraz w orzecznictwie sądów administracyjnych (zob. wyroki NSA z: 14 września 2010 r. I OSK 1047/10¹, 5 czerwca 2012 r., I OSK 527/12, 14 września 2012 r. I OSK 1134/12, 1 października 2011 r., I OSK 1149/10, 17 czerwca 2011 r., I OSK 491/11, wyrok WSA w Warszawie z 9 lutego 2012 r. II SA/Wa 2451/11). Wskazuje się, że w sytuacji gdy klauzula tajności będzie jednym z elementów „podstawy prawnej decyzji, postanowienia czy czynności faktycznej, będzie mogła podlegać kontroli jako element tej podstawy. Stąd zauważa się, że w celu wykonywania postanowień u.d.i.p sąd władny jest badać zasadność utajnienia konkretnej informacji. Nie może on co prawda zmienić klauzuli, ale może nakazać ujawnienie

¹ Por. wcześniejsze orzeczenie NSA z 14 listopada 2003 r., II SA 2794/03.

informacji”. Podkreśla się również, że w przypadku gdy nie mamy do czynienia z informacją niejawną w znaczeniu materialnym, mimo nadania jej odpowiedniej klauzuli tajności, sposób postępowania sądu powinien być uzależniony od tego, jaki podmiot nadał stosowną klauzulę. W sytuacji, gdy nadał ją podmiot, który zarówno posiada informację, jak i odmówił jej udzielenia, sąd mógłby uchylić orzeczenie, wskazując na brak przesłanek materialnych (zob. M. Jaśkowska: *Dostęp do informacji publicznej w orzecznictwie sądów administracyjnych (wybrane problemy)*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 1 (52)/2014; Irena Kamińska, Mirosława Rozbicka-Ostrowska: *Komentarz do art.1 ustawy o dostępie do informacji publicznej*, 2015 r). Zwrócił na to uwagę NSA w wyroku z 14 września 2010 r., I OSK 1047/10, stwierdzając, że „w celu wykonywania postanowień u.d.i.p. sąd administracyjny władny jest badać zasadność utajnienia konkretnej informacji”. W przypadku, gdy odmawiającym udzielenia informacji opatrzonej klauzulą tajności jest podmiot, który nie nadał tej klauzuli, sąd w razie przekonania o braku elementu materialnego wynikającego z u.o.i.n. mógłby uchylić decyzję o odmowie udzielenia informacji jedynie z uwagi na brak wykorzystania mechanizmu przewidzianego w art. 9 ustawy. Nie będzie to jednak możliwe, gdy procedura taka została zastosowana, a właściwy organ odmówił uchylenia klauzuli. Przepis ten upoważnia bowiem do rozstrzygnięcia sporu dotyczącego zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności organy pozasądowe, co usuwa tego rodzaju sprawy z zakresu kontroli sądów administracyjnych”.

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

Należy przy tym podkreślić, że w celu oceny prawidłowości wydania zaskarżonych decyzji przez organ sąd musi dysponować materiałami pozwalającymi mu na kontrolę żądanych informacji. Tylko w ten sposób Sąd może dokonać realnej kontroli decyzji

odmownej udostępniania informacji publicznej. Tymczasem, jak wynika z uzasadnienia wyroku, Sąd oparł się na ustaleniach i argumentacji przedstawionej przez organ, nie dokonując przy tym oceny żądanej informacji. Wątpliwości budzi bowiem, to czy organ sporządził żadaną informację, która następnie przekazał sądowi wraz z aktami sprawy, czy też uznał jedynie, że nie powinna ona zostać ujawniona i uzasadnienie tej decyzji zostało przekazane sądowi. Organ wskazuje bowiem, że „(...) powyższe rozstrzygnięcie oparł na stanowisku właściwej merytorycznie jednostki organizacyjnej ABW, które zostało zawarte w dokumencie o klauzuli »zastrzeżone«”. Sąd uznał zaś, że „w toku postępowania komórka organizacyjna organu dokonała ustaleń niezbędnych dla realizacji wniosku Fundacji, lecz z uwagi na treść wytworzonego dokumentu nadano mu klauzulę tajności. Organ wskazał na objęcie żądanej informacji klauzulą tajności "zastrzeżone", odwołując się do art. 5 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych i w związku z treścią art. 5 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej odmówił jej udostępnienia. W ocenie składu orzekającego, który zapoznał się z treścią przedmiotowego dokumentu, nie ma podstaw twierdzić, iż dokumentowi temu nadano klauzulę tajności w sposób nieprawidłowy”.

Trzeba jednak zauważyć, że w uzasadnieniu wyroku z 17 czerwca 2011 r., sygn. akt I OSK 491/11, NSA wskazał, że o zbadaniu legalności zaskarżonej decyzji w granicach zakreślonych przepisem art. 145 § 1 p.p.s.a. i w konsekwencji o sprawiedliwym i bezstronnym rozpatrzeniu skargi wnioskodawcy można byłoby mówić tylko wtedy, gdyby sąd zapoznał się z dokumentem, do którego odmówiono dostępu ze względu na klauzulę tajności. Badanie takie jest konieczne nie tylko dla stwierdzenia istnienia dokumentu i nadania mu klauzuli "tajne", lecz także pod kątem zasadności utajnienia konkretnej informacji, której udzielenia domagał się wnioskodawca. Akceptacja odmiennego poglądu skutkowałaby iluzorycznością sprawowanej przez sąd kontroli i naruszałaby zagwarantowane konstytucyjnie prawo do rozpatrzenia sprawy przez niezależny, bezstronny i niezawisły sąd (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP).

Należy również wskazać, że Sąd I Instancji stwierdził, że „przedmiot sprawy dotyczy zagadnień związanych bezpieczeństwem Państwa, a przede wszystkim bezpieczeństwem publicznym. Zatem Szef ABW nie pozostaje w błędzie twierdząc, iż ujawniania żądanej informacji może powodować zagrożenie dla bezpieczeństwa Państwa”.

Powyższe twierdzenia budzą jednak wątpliwości. Skoro bowiem sąd nie zapoznał się z żądanymi informacjami pod kątem oceny zasadności uznania ich za informacje niejawne twierdzenia Sądu należy uznać za hipotetyczne. Sąd nie zauważył również, że wniosek skarżącej dotyczy wąskiego zakresu udostępniania danych internetowych, o którym mowa w ust. 3 art. 28 ustawy o ABW. Ujawnienie tych informacji nie będzie zatem przesądzało o działaniach ABW w zakresie pozyskiwania danych internetowych, które organ może również podejmować na podstawie art. 28 ust. 1 i 2 ustawy o ABW. Sąd I instancji nie dokonał zatem wyczerpujących ustaleń w tym zakresie, co skutkowało naruszeniem przepisów postępowania, mające istotny wpływ na wynik sprawy. Nie można bowiem uznać, że doszło do sprawiedliwego i bezstronnego rozpatrzenia skargi Fundacji w niniejszej sprawie (por. wyrok NSA z dnia 30 sierpnia 2012 r., sygn. akt I OSK 397/12).

Ponadto, w ocenie Rzecznika, istotne znaczenia w rozstrzygnięciu niniejszej sprawy ma okoliczność, że żądane informacje mają charakter statystyczny. Należy przy tym zauważyć, że w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego wielokrotnie zajmowano się kwestią kwalifikacji informacji dotyczącej służb specjalnych z perspektywy informacji publicznej. Przyjmowano w tym zakresie, że dane statystyczne na temat czynności podejmowanych przez służby specjalne stanowią informację publiczną. W wyroku z dnia 21 września 2012 r., sygn. akt I OSK 1393/12, NSA uznał, że dane statystyczne dotyczące kontroli operacyjnej w zakresie, o jakim mowa w art. 27 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, w okresie od 1 lipca 2002 r. do 31 marca 2009 r., nawet z podziałem na poszczególne lata, nie stanowią podstawy utajnienia, nie pozwalają bowiem na sformułowanie wniosków dotyczących kierunków i częstotliwości działań operacyjnych służby specjalnej oraz podmiotów pozostających w jej zainteresowaniu. W wyroku z dnia 1 października 2010 r., sygn. akt I OSK 1149/10, NSA podkreślał, że „dane statystyczne, których domagała się Fundacja nie są informacjami stanowiącymi tajemnicę państwową, o których mowa w punktach 24 i 25 załącznika nr 1 do ustawy o ochronie informacji niejawnych. Ich ujawnienie nie może spowodować zagrożenia, a zwłaszcza zagrożenia istotnego jak tego chce art. 2 ust. 1 u.o.i.n. dla wartości chronionych tym przepisem. Może natomiast dla opinii publicznej stanowić ważny sygnał jak często narzędzie w postaci kontroli operacyjnej było wykorzystywane i jaka była postawa sądu wobec wniosków Szefa CBA (por. też

wyroki: z 30 października 2013 r. sygn. akt I OSK 1413/13, z 30 sierpnia 2012 r. sygn. akt I OSK 397/12; czy z 30 czerwca 2016 r. sygn. akt I OSK 3271/14). Zauważyć również trzeba, że w wyroku z dnia z dnia 28 czerwca 2007 r. nr skargi 62540/00 Europejski Trybunał Praw Człowieka, przywołując dane statystyczne dotyczące działalności służb specjalnych w Bułgarii, wskazał, że dane te pokazują, iż system kontroli niejawnej w Bułgarii jest co najmniej nadużywany, co może częściowo wynikać z nieodpowiednich zabezpieczeń ustanowionych w prawie krajowym.

Trzeba jednak wskazać, że w ocenie Sądu takie informacje również powinny pozostać niejawne. Jak bowiem wskazuje Sąd, „wprawdzie skarżąca Fundacja domaga się udostępnienia informacji o liczbie porozumień zawartych pomiędzy Szefem ABW a podmiotami, o których mowa powyżej, co wskazywałoby na żądanie ujawnienia jedynie informacji statystycznej, niemniej znając liczbę tych porozumień i podmiotów świadczących usługi drogą elektroniczną można w łatwy sposób określić, w jakim zakresie ABW korzysta z uprawnień przyznanych Agencji przez ustawodawcę. Czy z przedmiotowego instrumentu nie korzysta w ogóle, korzysta w większym lub mniejszym stopniu, czy też korzysta w pełnym zakresie (np. stale monitorując sieć telekomunikacyjną). Udostępnienie żądanej informacji może więc w sposób pośredni (w zestawieniu z innymi danymi powszechnie dostępnymi) ujawnić skalę działań organu w ramach uprawnień nadanych powyższym przepisem, również gdy zostanie ujawniona jako bieżące dane statystyczne”. Ponadto WSA, odnosząc się do zarzutu Fundacji wskazującego na orzecznictwo sądów administracyjnych dotyczących jawności danych statystycznych obrazujących określone formy działalności poszczególnych służb, wskazał, iż „jawność ta dotyczyła danych statystycznych o walorze ogólnym i najczęściej historycznym. Tymczasem przedmiotowy wniosek o udostępnienie informacji publicznej odnosi się do danych liczbowych bieżących (aktualnych porozumień), nie mających dodatkowo waloru informacji stricte ogólnej, lecz informacji konkretnej w tym znaczeniu, że pośrednio obrazuje bieżący zakres korzystania z form prowadzenia działań zapobiegających popełnianiu przestępstw, identyfikujących zagrożenia szpiegostwem, terroryzmem, itp.”

W ocenie Rzecznika, żądane informacje nie dotyczyły jednak ani konkretnych danych związanych z czynnościami podejmowanymi na podstawie art. 28 ustawy o ABW, jak np. rodzaj, cel, czas w którym zostały uzyskane, czy też np. dane funkcjonariusza, który

je pozyskał (wskazanych w art. 28 ust. 5 ustawy o ABW), ani też konkretnych postępowań (np. wskazanych w art. 28 ust. 6 i 7 ustaw o ABW), które mogłyby świadczyć o możliwościach tej służby, jak twierdzi organ. Ponadto pytanie Fundacji odnosiło się do wąskiego zakresu czynności wykonywanych przez Funkcjonariuszy ABW na podstawie art. 28 ustawy o ABW, które stanowiłyby jedynie pewien wycinek działalności ABW w zakresie pozyskiwania danych internetowych. Z pozyskanych informacji nie można byłoby raczej wywieść wniosków o bieżącej działalności organu, gdyż podana ogólna liczba porozumień świadczyłaby o wszystkich porozumieniach zawartych na podstawie tego przepisu, a nie tylko aktualnych. Uzyskanie żądanych informacji pozwoliłoby natomiast sprawdzić, czy stosowane przez ABW środki nie są nadużywane. Zdaniem Rzecznika, ograniczenie dostępu do tych informacji – informacji statystycznych, nie można zatem uznać za konieczne w demokratycznym państwie prawnym.

Tym samym, w ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich, w analizowanej sprawie Sąd nie dokonał właściwej oceny proporcji pomiędzy prawem obywatela do informacji publicznej, a ochroną informacji niejawnych. Należy bowiem zwrócić uwagę, że żądane informacje mają charakter statystyczny, a zatem ich ujawnienie nie mogłoby spowodować szkody dla RP, ani nie byłoby z punktu widzenia jej interesów niekorzystne. Informacja o tym, ile porozumień zawarł organ w ramach swoich uprawnień o których mowa w art. 28 ust. 3 ustawy o ABW pozwoliłaby natomiast dokonać oceny, czy nie doszło do nadużyć w zakresie korzystania przez służby specjalne ze środków ingerujących w prawo do prywatności osób.

Podkreślić przy tym trzeba, że nadmierne rozszerzenie katalogu spraw objętych tajemnicą państwową, bądź nadmierne rozszerzanie ich zakresu w drodze wykładni, 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. Obejmowanie niektórych wiadomości zakresem tajemnicy państwowej lub służbowej stanowi bowiem ograniczenie zarówno wolności przekazywania i komunikowania poglądów i informacji, jak i prawa uzyskiwania informacji i dostępu do tych informacji. Już z tego względu ustawowa regulacja tajemnicy państwowej i służbowej musi być traktowana jako wyjątek (co m.in. rodzi zakaz wykładni

rozszerzającej), a dopuszczalność jej ustanowienia musi znajdować oparcie w innych normach, zasadach czy wartościach konstytucyjnych” (uchwała TK z 13 czerwca 1994 r., sygn. akt W 3/94). Ponadto, w wyroku z 1 października 2010 r., sygn. akt I OSK 1149/10, Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że prawo dostępu do informacji publicznej jest jednym z najważniejszych praw w katalogu praw obywatelskich i politycznych. Ma służyć tworzeniu społeczeństwa obywatelskiego i przez zwiększanie transparentności w działaniach władzy publicznej chronić i umacniać zasady obowiązujące w demokratycznym państwie prawa, wreszcie zapewniać społeczną kontrolę nad działaniami organów władzy publicznej. Przejrzystość procesu decyzyjnego umacnia demokratyczny charakter instytucji oraz zaufanie obywateli do administracji. Zagrożenie terroryzmem i rozwój przestępczości zorganizowanej powodują, że coraz częściej musimy godzić się na takie działania służb chroniących porządek prawny i nasze bezpieczeństwo, które ograniczają swobody obywatelskie, w tym sferę prywatności. Tym ważniejsze jest, aby działalność służb specjalnych podlegała społecznej kontroli w obszarach, które nie ograniczają możliwości ich skutecznego działania i nie dotyczą konkretnych prowadzonych postępowań. Przy stosowaniu przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych konieczne jest w tej sytuacji używanie wykładni celowościowej i ustalenie, czy ujawnienie żądanych we wniosku informacji zagraża interesom chronionym nadaniem określonej klauzuli tajności.

Tym samym, należy uznać, że obowiązkiem pozytywnym państwa nie jest wyłącznie zabezpieczenie bezpieczeństwa publicznego, lecz uczynienie tego w taki sposób, że istota praw podmiotowych będzie należycie chroniona. Pod hasłem walki z terroryzmem nie można ingerować w prawa i wolności człowieka w sposób nieproporcjonalny i nadmierny. Zasada proporcjonalności nakazuje porównywanie w każdym wypadku stosowanych ograniczeń potencjalnych skutków negatywnych dla realizacji prawa z zamierzonym celem ograniczenia. Negatywne skutki nigdy nie powinny przeważać i muszą zawsze pozostawać w rozsądnej proporcji do zamierzonego celu i treści gwarantowanych przez normy konstytucyjne w zakresie wolności i praw. W przeciwnym razie środki ochrony bezpieczeństwa publicznego, w postaci legalnie dopuszczalnej działalności organów ścigania oraz służb specjalnych, same w sobie stwarzają zagrożenie dla tych wolności. Będzie tak wtedy, gdy – po pierwsze – wprowadzane ograniczenia będą arbitralne,

nieproporcjonalne do ewentualnych zagrożeń i – po drugie – gdy będą one wyłączone (również faktycznie) spod kontroli sprawowanej przez instytucje demokratyczne. Penalizacja i ściganie aktów terroryzmu musi więc następować zgodnie z zasadą proporcjonalności.

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

III.

Mając powyższe na uwadze, Rzecznik Praw Obywatelskich wnosi jak we wstępie.

Załącznik:

- 1) 3 odpisy pisma procesowego.