

Warszawa, 19 sierpnia 1999 r.

Opinia prawna
w sprawie wniosku rzecznika Praw Obywatelskich skierowanego do Trybunału Konstytucyjnego
(sygn. K.21/99).

Stosownie do zlecenia z dnia 4 sierpnia 1999 r. uprzejmie przedstawiam następującą opinię w sprawie wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 29 lipca 1999 r. o stwierdzenie niezgodności z Konstytucją art. 42 ust. 1 ustawy z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. nr 11, poz. 95).

1. Rzecznik Praw Obywatelskich wystąpił do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o stwierdzenie niezgodności art. 42 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych (w zakresie, w jakim przepis ten zamyka drogę sądową) z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 w związku z art. 184 zd. pierwsze Konstytucji. Zdaniem RPO, zaskarżony przepis, wyłączający zastosowanie przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego oraz przepisów o zaskarżaniu do Naczelnego Sądu Administracyjnego do postępowania sprawdzającego, narusza konstytucyjne prawo obywatela do sądu oraz zamyka drogę sądową dochodzenia naruszonych jego wolności lub praw. Według Rzecznika Praw Obywatelskich, przedmiot postępowania sprawdzającego polegający na ustaleniu, czy osoba objęta tym postępowaniem daje rękojmię zachowania tajemnicy, należy do kategorii spraw z zakresu administracji publicznej. Samo zaś postępowanie sprawdzające jest prowadzone przez odpowiednie służby ochrony państwa, które są organami administracji publicznej w rozumieniu art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym (dz. U. nr 74, poz. 368 z późn. zmianami), ponieważ w danym przypadku zostały one powołane z mocy prawa do załatwiania tego rodzaju spraw.

Rzecznik Praw Obywatelskich wyraża pogląd, że przewidziane w art. 36 ust. 2 ustawy wydanie poświadczenia bezpieczeństwa lub odmowa wydania takiego poświadczenia na zakończenie postępowania sprawdzającego jest decyzją administracyjną, o której mowa w art. 16 ust. 1 pkt 1 ustawy o NSA. Decyzja zaś ta wkracza w sferę praw obywatelskich podlegających ochronie konstytucyjnej. Są to prawa: dostępu do służby publicznej na jednakowych zasadach (art. 60 Konstytucji), a także wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy (art. 65 ust. 1 ustawy zasadniczej). Zakwestionowany przepis, konkluduje RPO, wyłączając możliwość kontroli sądowej decyzji odmawiającej wydania poświadczenia bezpieczeństwa, ogranicza konstytucyjne prawa obywatela, wyrażone w art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 ustawy zasadniczej. Ograniczenia wynikające z art. 42 ust. 1 zaskarżonej ustawy naruszają istotę tych wolności i praw, a więc nie znajdują uzasadnienia w przepisach art. 31 ust. 3 Konstytucji.

2. Zarzut niezgodności kwestionowanego przepisu ustawy z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji jest, moim zdaniem, zasadny. Ocena ta wynika z następujących rozważań:

1) ustawa o ochronie informacji niejawnych uzależnia dopuszczanie do pracy lub pełnienia służby na stanowisku albo zlecenie pracy, z którym może łączyć się dostęp do informacji niejawnych, m. innymi od uprzedniego przeprowadzenia postępowania sprawdzającego (art. 26 ust. 1 i art. 27 ust. 1). Z treści art. 1 ust. 1 ustawy wynika, że postępowanie sprawdzające jest podejmowane i prowadzone w interesie publicznym, a jego celem jest zapewnienie ochrony przed nieuprawnionym ujawnieniem informacji stanowiących tajemnicę państwową lub służbową. Czynnością końcową tego postępowania jest wydanie osobie sprawdzanej poświadczenia bezpieczeństwa albo odmowa wydania takiego poświadczenia (art. 36 ust. 2). W obydwu przypadkach wydane akty powinny spełniać wymagania dotyczące ich treści, określone w art. 36 ust. 4. Zakończenie postępowania sprawdzającego oznacza załatwienie sprawy, w której jedną ze stron jest osoba sprawdzana, nie pozostająca w stosunku równorzędności do organu uprawnionego do wydania poświadczenia albo odmowy jego wydania. Ta ostatnia okoliczność oraz publiczno-prawny cel i charakter postępowania sprawdzającego skłaniają do wniosku, że akty wydane na podstawie art. 36 ust. 2 ustawy są w istocie rzeczy decyzjami administracyjnymi (por. art. 104 i nast. Kodeksu postępowania administracyjnego);

2) podmiotami uprawnionymi do wydawania poświadczeń bezpieczeństwa oraz do odmowy ich wydania są:
- pełnomocnicy do spraw ochrony informacji niejawnych - po zakończeniu zwykłego postępowania sprawdzającego (art. 37 ust. 7 i 8) oraz

- służby ochrony państwa - po zakończeniu poszerzonego lub specjalnego postępowania sprawdzającego (art. 40 ust. 3 w związku z art. 37 ust. 7 i 8).

Obydwie kategorie podmiotów są powołane z mocy prawa do podejmowania decyzji, o których wyżej mowa. Ze względu na przedmiot tych decyzji, pełnomocnicy ochrony jak i służby ochrony państwa występują tu w roli organów (podmiotów), o których mowa w art. 1 pkt 2 Kodeksu postępowania administracyjnego oraz w art. 20 ust. 2 ustawy o Naczelnym Sądzie Administracyjnym;

3) wyłączenie postępowania sprawdzającego, a więc i decyzji kończących to postępowanie spod "właściwości" przepisów Kpa, a także zamknięcie drogi sądowej służącej kontroli tych decyzji (art. 42 ust. 1) ogranicza zakres kontroli działalności administracji publicznej. Należy bowiem przyjąć, że taki właśnie charakter ma działalność pełnomocników ochrony i organów ochrony państwa w odniesieniu do osób "sprawdzanych", ponieważ podmioty te z woli ustawodawcy spełniają w tym zakresie funkcję organów administracji państwowej. Ograniczenie, o którym mowa, nie pozostaje jednak w sprzeczności z art. 184 Konstytucji. Zgodnie bowiem z tym przepisem, kontrolę działalności administracji publicznej sprawują Naczelny Sąd Administracyjny oraz inne sądy administracyjne, **ale w zakresie określonym w ustawie zwykłej**. Zaskarżony art. 42 ust. 1 ustawy nie może więc być kwestionowany tylko i wyłącznie z tego powodu, że nie przewiduje prawnej możliwości zaskarżania do NSA decyzji kończących postępowanie sprawdzające, które jest określoną częścią działalności administracji publicznej w rozumieniu art. 184 ustawy zasadniczej;

4) o zgodności bądź niezgodności zaskarżonego przepisu z Konstytucją mogą natomiast decydować skutki decyzji dla osoby sprawdzanej, których przedmiotem jest poświadczenie bezpieczeństwa bądź odmowa wydania takiego poświadczenia. Pozostając przy decyzjach odmownych wypada przypomnieć, że w myśl art. 28 ust. 1 ustawy nie mogą być dopuszczone do pracy lub pełnienia służby na stanowisku albo do wykonywania prac zleconych, z którymi łączy się dostęp do informacji niejawnych stanowiących tajemnicę państwową osoby, które nie posiadają poświadczenia bezpieczeństwa. Odmowa wydania poświadczenia bezpieczeństwa nie wiąże osoby upoważnionej do obsady danego stanowiska, jednakże tylko w przypadku gdy umożliwi ono dostęp do informacji niejawnych stanowiących tajemnicę służbową (art. 41 ust. 1). Ustawa uzależnia przeprowadzenie postępowania sprawdzającego od pisemnej zgody osoby sprawdzanej (art. 31 ust. 1), która następnie nie ma już wpływu na przebieg postępowania ani na jego wyniki. W toku postępowania ta osoba, po wypełnieniu stosownej ankiety (art. 37 ust. 2 pkt 1), jest podmiotem biernym, który jedynie może być proszony przez organy ochrony państwa na rozmowę "w celu usunięcia nieścisłości lub sprzeczności zawartych w uzyskanych informacjach" (art. 37 ust. 5 oraz art. 38 ust. 1 pkt 1). Rozmowa taka jest obowiązkowa w razie prowadzenia specjalnego postępowania sprawdzającego (art. 39 pkt 1). Szczególną sytuację przewiduje art. 40 ust. 1, gdy w toku poszerzonego lub specjalnego postępowania sprawdzającego wystąpią wątpliwości, które nie pozwalają ustalić, czy osoba sprawdzana daje rękojmię zachowania tajemnicy. W takim przypadku służba ochrony państwa zapewnia osobie sprawdzanej możliwość osobistego ustosunkowania się do przesłanek faktycznych stwarzających wspomniane wątpliwości;

5) w konsekwencji, wynik postępowania sprawdzającego jest ustalony jednostronnie przez służby ochrony państwa. Osobie sprawdzanej, której odmówiono wydania poświadczenia bezpieczeństwa nie przysługuje odwołanie do organu nadrzędnego. **Może ona jedynie zwrócić się do osoby upoważnionej do obsady stanowiska z prośbą o wystąpienie do Prezesa Rady Ministrów z wnioskiem o przeprowadzenie kontroli postępowania sprawdzającego**. Prezes Rady Ministrów ostatecznie orzeka o tym, czy osoba sprawdzana daje rękojmię zachowania tajemnicy, to znaczy wydaje orzeczenie, które zobowiązuje służbę ochrony państwa do wydania poświadczenia bezpieczeństwa albo uzupełnienia postępowania bądź akceptuje dotychczasowe ustalenia tej służby (art. 43);

6) odmowa wydania poświadczenia bezpieczeństwa, z mocy zaskarżonego art. 42 ust. 1 ustawy nie podlegająca zaskarżeniu do NSA, ogranicza prawo dostępu do służby publicznej, zapewnione obywatelom polskim korzystającym z pełni praw publicznych (art. 60 Konstytucji). W praktyce przepis ten stanowi także ograniczenie wolności wyboru miejsca pracy zapewnione w art. 65 ust. 1 ustawy zasadniczej. Sam fakt ustanowienia w dostępie do określonych stanowisk ograniczeń nie pozostaje, rzecz jasna, w kolizji z Konstytucją, która dopuszcza ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw między innymi wtedy, gdy są konieczne dla bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego (art. 31 ust. 3). **W konkretnym przypadku rodzi się natomiast podstawowe pytanie, czy zgodne jest z Konstytucją**

zapewnienie szczególnej zwiększonej ochrony prawnej sprawom związanym z bezpieczeństwem państwa kosztem ochrony praw i wolności obywateli, co znalazło wyraz w wyłączeniu kontroli sądowej decyzji podejmowanych po zakończeniu postępowania sprawdzającego. Bezsporne jest twierdzenie, że w opiniowanym przypadku występuje konkurencyjność dóbr podlegających ochronie konstytucyjnej. Takim dobrem jest zarówno bezpieczeństwo państwa, jak i prawa oraz wolności obywatelskie, o których mowa w art. 60, art. 65 ust. 1, art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji. Formułując przepis art. 42 ust. 1 ustawy ustawodawca zdecydował się na rozwiązanie wyraźnie ingerujące w sferę wspomnianych praw i wolności. Wynik bowiem postępowania sprawdzającego w postaci odmowy wydania poświadczenia bezpieczeństwa nie będzie podlegał kontroli NSA, co oznacza zamknięcie drogi sądowej w tych sprawach. Przyjmując, że użyte w art. 45 ust. 1 Konstytucji określenie "sąd" oznacza także sąd administracyjny wypada zauważyć, że zaskarżony przepis pozostaje w opozycji do treści tego artykułu. Analogiczna uwaga dotyczy art. 77 ust. 2 ustawy zasadniczej przy założeniu, że użyte w nim określenie "droga sądowa" obejmuje również postępowanie przed Naczelnym Sądem Administracyjnym;

7) wyłączenie drogi sądowej w odniesieniu do decyzji kończących postępowanie sprawdzające, moim zdaniem, narusza zasadę proporcjonalności wywodzoną z art. 2 Konstytucji. Według tej zasady, w demokratycznym państwie prawnym ustawodawca powinien baczyć na to, aby poszczególne regulacje i rozwiązania prawne nie ingerowały nadmiernie w sferę praw i wolności obywateli także wtedy, gdy celem owych regulacji i unormowań jest ochrona innych wartości (dóbr) konstytucyjnych. W orzeczeniu z dnia 26 kwietnia 1995 r. (K.11/94) Trybunał Konstytucyjny powiązał zakaz nadmiernej ingerencji z obowiązującym wtedy art. 1 przepisów konstytucyjnych. Zdaniem TK ocena, czy zakaz ten nie został naruszony przez ustawodawcę, powinna uwzględniać specyfikę poszczególnych praw i wolności jednostki, przy czym surowsze standardy oceny należy przykładać do regulacji praw i wolności osobistych i politycznych (OTK w 1995 r. cz. I, s. 133). Według TK rozważania poprzedzające tę ocenę powinny udzielać odpowiedzi między innymi na pytania, czy ingerencja ustawodawcy jest niezbędna dla ochrony interesu społecznego, z którym jest powiązana oraz czy efekty wprowadzanej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (ibid.). W innym, wcześniejszym orzeczeniu Trybunał Konstytucyjny wskazał, że ograniczenia konstytucyjnie uznanych praw i wolności "muszą uwzględniać konieczność każdorazowego wyważenia rangi prawa czy wolności poddanego ograniczeniu oraz rangi prawa czy zasady to ograniczenie uzasadniającej" (orzec. z dnia 26 stycznia 1993 r. U.10/92 - OTK w 1993 r., cz. I, s. 32). Oznacza to - wywodzi TK - że skutkiem niezachowania koniecznej proporcjonalności lub ustanowienia nadmiernego ograniczenia może być niekonstytucyjność danej regulacji (ibid.);

8) w opiniowanym przypadku ograniczenie podlegających ochronie konstytucyjnej praw, polegające na wyłączeniu drogi sądowej z mocy art. 42 ust. 1 ustawy jest dopuszczalne z punktu widzenia art. 31 ust. 3 Konstytucji. Wydaje się jednak, że nie została tu zachowana zasada proporcjonalności, o której wyżej mowa. Ustawodawca, mając na uwadze bezpieczeństwo państwa, nadmiernie - moim zdaniem - ograniczył prawa obywateli sformułowane w art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji. **Wypada podkreślić, że ograniczenie tych praw stanowiących konstytucyjną podstawę dochodzenia przez obywateli wszelkich innych praw i wolności naruszonych przez organy władzy i administracji publicznej oraz osoby fizyczne i prawne, w konkretnym przypadku godzi jednocześnie w obywatelskie prawo dostępu do służby publicznej oraz prawo wyboru miejsca pracy (art. 60 i art. 65 ust. 1 Konstytucji);**

9) konsekwencją zaskarżonego przepisu jest nadmierna dysproporcja między ochroną konstytucyjnego dobra, jakim jest bezpieczeństwo państwa a zredukowaną ochroną niektórych praw obywatelskich. **Rodzi się nadto wątpliwość, czy wyłączenie możliwości zaskarżenia decyzji kończących postępowanie sprawdzające do NSA było konieczne dla ochrony tego pierwszego dobra, skoro przepisy ustawy o ochronie informacji niejawnych mają zastosowanie także do sądów i trybunałów (art. 1 ust. 2 pkt 1).** W związku z tym Naczelnny Sąd Administracyjny byłby zobowiązany do rozpoznawania skarg wniesionych przez osoby sprawdzane - z zachowaniem wszelkich ustawowych rygorów mających na celu ochronę informacji niejawnych. Zakres kontroli sądowej, zgodnie z art. 21 ustawy o NSA, obejmowałby kontrolę postępowania sprawdzającego pod względem jego zgodności z prawem. Powyższe wywody uzasadniają, moim zdaniem, pogląd o niekonstytucyjności zaskarżonego przepisu.