

„Karnoprawne gwarancje niejawności w obszarze działań służb ochrony państwa”

dr Michał Leciak

Niejawność jako zasada działania służb ochrony państwa

„W związku z wykonywaniem zadań wymienionych w art. [...] (Policja, ABW, AW, CBA, SKW, SWW, SG, ŻW) zapewnia ochronę form i metod realizacji zadań, informacji oraz własnych obiektów i danych identyfikujących policjantów” (art. 20a ustawy o Policji; art. 35 ustawy o ABW i AW; art. 9 ustawy o SG; art. 24 ustawy o CBA; art. 39 ustawy o SKW i SWW; art. 40 ustawy o ŻW);

„Kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie i polega na:

- 1) kontrolowaniu treści korespondencji;
- 2) kontrolowaniu zawartości przesyłek;
- 3) stosowaniu środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawnie informacji i dowodów oraz ich utrwalanie, a w szczególności treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych....itd.”



Uniwersytet
Kardynała Stefana Wyszyńskiego
w Warszawie



Narodowe Centrum
Badań i Rozwoju



NAUKOWE
CENTRUM
PRAWNO
INFORMATYCZNE

Tendencja do zwiększania zakresu niejawności w obszarze działań służb ochrony państwa

Art. 2 ust. 1 ustawy z 14.12.1982 r. o ochronie tajemnicy państwowej i służbowej:

„Tajemnicą państwową jest wiadomość, której ujawnienie osobom nie upoważnionym może narazić na szkodę obronność, bezpieczeństwo lub inny ważny interes Państwa, dotyczącą w szczególności:

pkt 2) organizacji organów ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego, ich wyposażenia oraz form i metod pracy, a także danych identyfikujących funkcjonariuszy tych organów i osoby współdziałające z organami ochrony bezpieczeństwa publicznego, wykonujących zadania z zakresu wywiadu i kontrwywiadu; [...] organizacji i systemu ochrony granicy państwowej oraz łączności szyfrowej i kodowej Sił Zbrojnych, organów ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego i innych służb państwowych;

Art. 2 ust. 1 ustawy z 22.1.1999 r. o ochronie informacji niejawnych:

„tajemnicą państwową – jest informacja określona w wykazie rodzajów informacji, stanowiącym załącznik nr 1, której nieuprawnione ujawnienie może spowodować istotne zagrożenie dla podstawowych interesów Rzeczypospolitej Polskiej dotyczących porządku publicznego, obronności, bezpieczeństwa, stosunków międzynarodowych lub gospodarczych państwa”

Zał. Nr 1 do ustawy- Informacje, które mogą być oznaczone klauzulą „ściśle tajne”:

pkt 16. Szczegółowe informacje dotyczące organizacji, form i metod pracy operacyjnej Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego, Centralnego Biura Antykorupcyjnego oraz byłego Urzędu Ochrony Państwa i byłych Wojskowych Służb Informacyjnych, a także ich kierunki pracy operacyjnej i zainteresowań.

Pkt 17. Szczegółowa struktura organizacyjna oraz etatowa jednostek i komórek organizacyjnych wykonujących czynności operacyjno-rozpoznawcze w służbach, o których mowa w pkt 16, a także systemy ewidencji danych o funkcjonariuszach i żołnierzach tych jednostek i komórek organizacyjnych.

Pkt 18. Dane identyfikujące lub mogące doprowadzić do identyfikacji funkcjonariuszy i żołnierzy służb, o których mowa w pkt 16, realizujących czynności operacyjnorozpoznawcze.

Załącznik Nr 2 do ustawy- Informacje, które mogą być oznaczane klauzulą „tajne”:

pkt 29 Szczegółowe informacje dotyczące osób podejrzewanych o prowadzenie działalności godzącej w bezpieczeństwo, obronność, niezależność, całość lub międzynarodową pozycję państwa albo działalności terrorystycznej, uzyskane i przetwarzane przez służby, o których mowa w części I w pkt 16, chyba że zawierają informacje oznaczone wyższą klauzulą tajności.

Pkt 30. Szczegółowa struktura organizacyjna i etatowa jednostek organizacyjnych służb, o których mowa w części I w pkt 16, chyba że zawiera informacje oznaczone wyższą klauzulą tajności.

Pkt 31. System ewidencji danych o funkcjonariuszach, żołnierzach i pracownikach służb, o których mowa w części I w pkt 16, chyba że zawiera informacje oznaczone wyższą klauzulą tajności.

Pkt 32. Informacje określone w części I w pkt 16–19 i 23–26, będące w posiadaniu organów, służb i instytucji państwowych, innych niż służby, o których mowa w części I w pkt 16, uprawnionych na podstawie ustaw do wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych, związane z działalnością tych organów, służb lub instytucji, chyba że zawierają informacje oznaczone wyższą klauzulą tajności.

Art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 5.8.2010 r. o ochronie informacji niejawnych

Informacjom niejawnym nadaje się klauzulę „ściśle tajne”, jeżeli ich nieuprawnione ujawnienie spowoduje wyjątkowo poważną szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że:

pkt 5) doprowadzi lub może doprowadzić do identyfikacji funkcjonariuszy, żołnierzy lub pracowników służb odpowiedzialnych za realizację zadań wywiadu lub kontrwywiadu, którzy wykonują czynności operacyjno-rozpoznawcze, jeżeli zagrazi to bezpieczeństwu wykonywanych czynności lub może doprowadzić do identyfikacji osób udzielających im pomocy w tym zakresie;

pkt 6) zagrazi lub może zagrazić życiu lub zdrowiu funkcjonariuszy, żołnierzy lub pracowników, którzy wykonują czynności operacyjno-rozpoznawcze, lub osób udzielających im pomocy w tym zakresie;

Art. 5 ust. 2 UOIN

Informacjom niejawnym nadaje się klauzulę „tajne”, jeżeli ich nieuprawnione ujawnienie spowoduje poważną szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że:

pkt 4) utrudni wykonywanie czynności operacyjno-rozpoznawczych prowadzonych w celu zapewnienia bezpieczeństwa państwa lub ścigania sprawców zbrodni przez służby lub instytucje do tego uprawnione;

pkt 5) w istotny sposób zakłóci funkcjonowanie organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości;

Art. 5 ust. 3 UOIN

Informacjom niejawnym nadaje się klauzulę „poufne”, jeżeli ich nieuprawnione ujawnienie spowoduje szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że:

pkt 5) utrudni wykonywanie zadań służbom lub instytucjom odpowiedzialnym za ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa obywateli lub ściganie sprawców przestępstw i przestępstw skarbowych oraz organom wymiaru sprawiedliwości;

Wyrok NSA z 1.10.2010 r., I OSK 1149/10:

„Dane statystyczne, których domagała się Fundacja nie są informacjami stanowiącymi tajemnicę państwową, o których mowa w punktach 24 i 25 załącznika nr 1 do ustawy o ochronie informacji niejawnych. **Ich ujawnienie nie może spowodować zagrożenia**, a zwłaszcza istotnego jak chce art. 2 ust. 1 u.o.i.n. dla wartości chronionych tym przepisem. Może natomiast dla opinii publicznej stanowić ważny sygnał jak często narzędzie w postaci kontroli operacyjnej było wykorzystywane i jaka była postawa sądu wobec wniosków Szefa CBA. Z przedstawionych wyżej względów nie zasługuje na aprobatę argument organu dotyczący opatrzenia klauzulą tajności rejestrów, o których mowa w § 5 ust. 3 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 września 2006r. (Dz.U. Nr 165 poz.1173), wnioskodawca nie domagał się bowiem tych rejestrów, a sama liczba porządkowa, przez fakt zamieszczenia jej w rejestrze nie zyskuje waloru informacji będącej tajemnicą państwową, jeżeli jej ujawnienie nie grozi konsekwencjami, o których mowa w art. 2 ust. 1 u.o.i.n.”

Cd...

„Przepis art. 5 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej wskazuje, że 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. Wynika z tego, że przepisy o ochronie informacji niejawnych i przepisy innych ustawowo chronionych tajemnic mają charakter *lex specialis* i wyłączają dostęp do informacji publicznej, są więc stosowane na zasadzie pierwszeństwa”.

Wyrok TK z dnia 15 października 2009 r., K 26/08:

„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”. 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”.

Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 czerwca 1994 r. W 3/94:

„Kwalifikowanie wiadomości jedynie poprzez chronione dobro byłoby jednak nieostre i zbyt pojemne. W praktyce pozostawiłoby całkowitą dowolność oceny, które wiadomości zaliczyć należy do zagrażających chronionym dobrom [...] Obrona przed zagrożeniami ze strony tego rodzaju zjawisk jak: terroryzm, obrót narkotykami czy handel bronią, ma charakter międzynarodowy i stanowi konieczność działalności służb specjalnych w każdym państwie. Trybunał Konstytucyjny pragnie jednak z całym naciskiem podkreślić, że w demokratycznym państwie prawnym konieczne jest takie ustanowienie odpowiednich gwarancji i zabezpieczeń prawnych, aby działania tych służb nie przekreślały praw i wolności jednostki, ani też nie pozostawały poza kontrolą niezależnych sądów. Z tego punktu widzenia przyjęcie niedookreślonych pojęć "wywiad" i "kontrwywiad" przez cyt. ustawę o ochronie tajemnicy państwowej i służbowej nasuwa poważne zastrzeżenia”.

Karnoprawne gwarancje niejawności art. 265 i 266 kk

Art.265.§1.Kto ujawnia lub wbrew przepisom ustawy wykorzystuje informacje niejawne o klauzuli "tajne" lub "ściśle tajne", podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

§2.Jeżeli informację określoną w § 1 ujawniono osobie działającej w imieniu lub na rzecz podmiotu zagranicznego, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

§3.Kto nieumyślnie ujawnia informację określoną w § 1, z którą zapoznał się w związku z pełnieniem funkcji publicznej lub otrzymanym upoważnieniem, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.

Art.266.§1.Kto, wbrew przepisom ustawy lub przyjętemu na siebie zobowiązaniu, ujawnia lub wykorzystuje informację, z którą zapoznał się w związku z pełnioną funkcją, wykonywaną pracą, działalnością publiczną, społeczną, gospodarczą lub naukową, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

§2.Funkcjonariusz publiczny, który ujawnia osobie nieuprawnionej informację niejawną o klauzuli "zastrzeżone" lub "poufne" lub informację, którą uzyskał w związku z wykonywaniem czynności służbowych, a której ujawnienie może narazić na szkodę prawnie chroniony interes, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

§3.Ściganie przestępstwa określonego w § 1 następuje na wniosek pokrzywdzonego.

Zasady kryminalizacji (realizacja przesłanek kryminalizacyjnych)

- 1) Społeczna szkodliwość czynu
- 2) Proporcjonalność środków reakcji karnoprawnej
- 3) Pozytywny bilans zysków i strat
- 4) Zasada subsydiarności
- 5) Zasada konsensusu
- 6) Zasada wyjątkowego charakteru kryminalizowanego zachowania
- 7) Definiowalność i praktyczna wykonalność kryminalizowanego zachowania
- 8) Zasada *in dubio pro libertate*

Powody kryminalizacji

- Kryminalizacja dyscyplinująca ?
- Ochrona dobra prawnego (poufność czy określone interesy ?)

Wyrok SA w Krakowie z dnia 10 września 2009 r., II AKa 139/09,
(KZS 2009, Nr 10, poz. 41):

„W sprawie o naruszenie tajemnicy państwowej z art. 265 § 1 KK nie jest rzeczą sądu orzekającego ustalanie, czy ujawniona informacja stanowi tę tajemnicę, gdy zawierający ją dokument został opatrzony klauzulą „tajne”. Badanie takie wymagałoby każdorazowej analizy, czy informacje opatrzone tą klauzulą odnoszą się do informacji wymienionych w załączniku nr 1 do ustawy o ochronie informacji niejawnych”.

Testy proporcjonalności i konieczności ograniczeń prawa do informacji (istnienia tajemnic ?)

Test szkody (?)

Test interesu publicznego (?)

TEST SZKODY

- konieczność wykazania przez niezależny organ władzy publicznej, że ujawnienie określonej informacji może spowodować szkody dla interesu prawnie chronionego (co może w szczególności uzasadniać wstrzymanie jej udostępnienia);
- konieczność wykazania istotnego, bezpośredniego, natychmiastowego charakteru szkody spowodowanej ujawnieniem informacji;
- proporcjonalność wymaga także testu ważenia interesów (interes publiczny a szkoda związana z ujawnieniem informacji);

TEST INTERESU PUBLICZNEGO

- wiąże się z prawem dostępu do informacji będących w posiadaniu władz publicznych;
- polega na ważeniu interesów przez organ niezależny (interes publiczny a szkoda dla interesów prawnie chronionych);

Praktyczna przydatność- przykłady:

- informacje o działalności i nieprawidłowościach w funkcjonowaniu służb ochrony państwa („Spycatcher”);
- krytyka działalności służb ochrony państwa (sprawa Thorgeirson przeciwko Islandii (orzeczenie ETPC z 25 czerwca 1992; A. 239);



Uniwersytet
Kardynała Stefana Wyszyńskiego
w Warszawie



Narodowe Centrum
Badań i Rozwoju



NAUKOWE
CENTRUM
PRAWNO
INFORMATYCZNE

Art. 265 i 266 KK problemy interpretacyjne i praktyczne

Problemy sygnalizowane przez TK:

- brak wiedzy obywatela co do informacji, których ujawnienie może doprowadzić do identyfikacji funkcjonariuszy publicznych (a *nullum crimen sine lege*);
- utrudniony dostęp obywatela do danych funkcjonariuszy publicznych jako przesłanka udaremniająca lub utrudniająca ściganie, także takich podmiotów (a zasada legalizmu);

Zakres podmiotowy

Uchwała SN z 26.3.2009 r. (KZP 35/08, OSNKW 2009, Nr 5, poz. 33):

„Przestępstwo określone w art. 265 § 1 KK ma charakter powszechny, a zatem może być popełnione przez każdą osobę odpowiadającą ogólnym cechom podmiotu przestępstwa, która ujawnia informacje stanowiące tajemnicę państwową lub wbrew przepisom ustawy informacje takie wykorzystuje”.

Wyrok TK z 15.10.2009 r. (K 26/08, OTK 2009, Nr 9, poz. 135): „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 formacje takie wykorzystuje”

Zakres przedmiotowy

- zakres ochrony karnoprawnej w ramach art. 265 i 266 KK (ujawnienie informacji oznaczonej klauzulą)
- problem rozproszenia przepisów chroniących informacje niejawne (107 ustaw), ich wzajemnych relacji oraz niedookreśloności ich definicji

Odpowiedzialność urzędnika jako gwarancja prawidłowej praktyki klasyfikowania informacji

- art. 265 i 266 KK
- art. 231 KK
- art. 23 udip



Uniwersytet
Kardynała Stefana Wyszyńskiego
w Warszawie



Narodowe Centrum
Badań i Rozwoju



NAUKOWE
CENTRUM
PRAWNO
INFORMATYCZNE

DZIĘKUJĘ