

zakupił za niską cenę zięć dyrektora: zarządcy firmy państwowej, który prowadził „postępowanie naprawcze” w pewnej znanej firmie.

Inny przypadek sygnalizuje *Trybuna Śląska* z 21 grudnia 2003 r. Pewien nieuczciwy biegły-rzeczoznawca pomógł właścicielowi konsorcjum Colloseum Józefowi Jędruchowi podnieść wartość jego firmy, czyli zamienić tysiące w miliony przez zawyżenie wyceny wartości nieruchomości J. Jędrucha z trzystu tysięcy do prawie ośmiu i pół miliona złotych. Teraz biegły za to stanie przed sądem.

Jeszcze inny znany biegły sądowy, wbrew oczywistym faktom, określił pewną spółkę akcyjną jako „upadłą”, ustalając arbitralnie fałszywą datę upadłości. Za niezgłoszenie upadłości (której nie było, bo spółka ta działała jeszcze trzy lata) wytoczono śledztwa i sporządzono akty oskarżenia przeciw członkom zarządu i przewodniczącemu Rady Nadzorczej. Ale rzeczywiste pomyłki zdarzają się w każdym zawodzie i biegłym różnych specjalności, także lekarzom, grafologom, psychologom, rzeczoznawcom majątkowym. Mówi się czasami, że błędy lekarzy kryje ziemia.

Błędy merytoryczne biegłych rewidentów czy biegłych sądowych z zakresu rachunkowości zawsze wychodzą na jaw, często po latach. Trzeba je skorygować (o ile jeszcze można) i naprawić szkody z tego tytułu.

Przypadki błędów i pomyłek w zawodzie księgowego, zwłaszcza biegłego rewidenta czy biegłego sądowego, są dość rzadko spotykane. Zawód biegłego rewidenta czy biegłego sądowego wykonuje „profesjonalna elita księgowych”, charakteryzująca się nie tylko bardzo wysokimi kwalifikacjami, ale też wysokim morale i przestrzeganiem etyki zawodowej. Wyjątki nie czynią reguły. ■

Czy pkt 28 Załącznika nr 1 do projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie informacji niejawnych oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2165) – jest zgodny z prawem Unii Europejskiej?

Opinia prawna

sporządzona na zlecenie Podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie informacji niejawnych oraz niektórych innych ustaw

WALDEMAR GONTARSKI

Bruksela, 4 lutego 2004 r.

I. Zakres przedmiotowy opinii

I.1. *Informacje inne niż określone w pkt 1-27, których 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* – pkt 28 Załącznika nr 1 – Wykaz rodzajów informacji niejawnych stanowiących tajemnicę państwową – do projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie informacji niejawnych oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2165).

I.2. Pojęcie *szkoda w wielkich rozmiarach* występuje w art. 115 § 7 in fine Kodeksu karnego.

I.3. W dołączonej do wymienionego projektu ustawy opinii UKIE czytamy m.in.: *Problematyka ochrony informacji niejawnych nie została zhar-*

monizowana w prawie unijnym. Z tego powodu, w zakresie informacji niejawnych chronionych tylko na poziomie krajowym brak jest przepisów UE, które wyznaczałyby tryb i zasady postępowania.

II. Stan prawny

II.1. Pojęcie praw podstawowych (fundamentalnych) po raz pierwszy pojawiło się w orzeczeniu Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu (ETS) z 12 listopada 1969 r. w sprawie 29/69, w którym czytamy: *Poszanowanie praw podstawowych stanowi integralną część ogólnych zasad prawa chronionych przez Trybunał Sprawiedliwości. Ochrona tych praw, inspirowana konstytucyjnymi tradycjami wspólnymi dla wszystkich państw członkowskich, musi być zagwarantowana w ramach struktury i celów Wspólnoty.* Teza ta została powtórzona w orzeczeniu w sprawie 11/70. Oprócz konstytucyjnych tradycji państw członkowskich, dla ETS źródłem praw pod-

stawowych jest też Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹. Po raz pierwszy w orzecznictwie luksemburskim bezpośrednio odesłanie do Konwencji występuje w orzeczeniu w sprawie 36/75; w tej sprawie ETS bada zgodność z prawami podstawowymi krajowego aktu prawnego (tzn. aktu prawnego państwa członkowskiego). Wolnością ekspresji z art. 10 Konwencji, ETS zajmował się m.in. w sprawie C-260/89. W tym orzeczeniu czytamy: *W odniesieniu do przepisów o telewizji oznacza to, że muszą one być oceniane w świetle swobody wypowiedzi, sformułowanej w art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, jako ogólnej zasady prawa, której przestrzeganie jest zagwarantowane przez ETS.*

Historia praw podstawowych w *acquis communautaire* ilustruje wkład ETS w tworzenie prawa – prawo sędziowskie jako część prawa pierwotnego². Otóż w Traktacie o Unii Europejskiej znajdujemy to, co wcześniej wystąpiło w orzecznictwie ETS: *Unia szanuje prawa podstawowe, jakie zagwarantowane są w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności podpisanej w Rzymie 4 listopada 1959 roku oraz prawa wynikające z wspólnych tradycji konstytucyjnych państw członkowskich, stanowiące ogólne zasady prawa* – tak brzmi art. 6 ust. 2 Traktatu.

Słowem, Traktat z Maastricht usankcjonował inkorporowanie przez ETS do systemu unijnego praw podstawowych zawartych w Konwencji, w tym wolności ekspresji z art. 10.

II.2. Zasadą jawność, wyjątkiem wyłączenie jawności – taka jest istota wolności ekspresji gwarantowanej art. 10 Konwencji. W analogiczny sposób uregulowana jest wolność wypowiedzi w Konstytucji RP z 1997 r., z tym, że ów wyjątek jest uregulowany

dla wszystkich wolności w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Ust. 2 art. 10 Konwencji w sferze materialnoprawnej pozwala ograniczyć wolność ekspresji jedynie ze względu na cele wskazane w tym przepisie – m.in. *interes bezpieczeństwa państwowego oraz zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych*; w tym przepisie wskazano też inne przesłanki materialne oraz formalną (wyłączność ustawową, czyli wymóg legalności)³. Inaczej mówiąc, nadrzędnymi wartościami prawnymi w stosunku do wolności ekspresji jest m.in. *interes bezpieczeństwa państwowego oraz zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych*.

Klauzulę generalną *interes bezpieczeństwa państwowego* – jako materialną przesłankę dopuszczalności ograniczeń – Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz) w Strasburgu pojmuje m.in. w sposób następujący: *władze brytyjskie nie przekroczyły marginesu swobody oceny uważając, że niezbędne jest zapobieżenie ujawnieniu informacji o służbach specjalnych znajdujących się prawdopodobnie w manuskryptach przeznaczonych do publikacji* – orzeczenie z 26 listopada 1991 r. w sprawie *The Observer i Guardian v. Wielka Brytania*. W orzeczeniu tym chodzi o to, że korzystanie z wolności ekspresji mogło przynieść *szkody brytyjskiemu kontrwywiadowi*, tzn. ETPCz za cel uprawniony uznał nieujawnianie *informacji bardzo niekorzystnych dla skutecznej pracy kontrwywiadu*. Przy czym ETPCz wyszedł z założenia, iż nie kto inny, jak służby specjalne określają zakres informacji, których ujawnienie może przynieść im szkodę (w przedmiotowej sprawie chodziło ogólnie o informacje zdobyte przez autora manuskryptów podczas jego służby w kontrwywiadzie). Dodajmy w tym miejscu, że wymóg istotności infor-

macji niejawnych ETPCz bada z formalnego punktu widzenia, o czym poniżej.

Uprawnione cele – wskazane w art. 10 ust. 2 Konwencji – sformułowano przy pomocy klauzul generalnych, czyli przy pomocy odesłań do wartości pozaprawnych (niezdefiniowanych w przepisach prawa)⁴. Klauzule generalne powstrzymują interpretatorów prawa przed antyhermeneutyczną algorytmizacją. Klauzule te w praktyce orzeczniczej i doktrynie zostawiają stosunkowo duże luzy interpretacyjne. Ostatecznie o treści przesłanek materialnych pozwalających ograniczyć wolność ekspresji czy to poprzez zastosowanie art. 10 ust. 2 Konwencji, czy art. 31 ust. 3 Konstytucji⁵ rozstrzyga właśnie judykatura i doktryna.

Szczególnym przypadkiem chronionych przez art. 10 ust. 2 *informacji poufnych* są informacje stanowiące *tajemnicę państwową* – konstatuje ETPCz w orzeczeniu z 9 lutego 1995 r. w sprawie *Vereniging Weekblad Bluf v. Holandia*. ETPCz uznał tutaj, że taka instytucja państwowa, jak służby specjalne, jest uprawniona do *korzystania z dużego stopnia ochrony wszędzie, gdzie istnieje niebezpieczeństwo ujawnienia informacji o jej działalności*. Informacje te jednak muszą być *dostatecznie ważne* – i pod tym kątem podlegają niezależnej kontroli, w ostateczności kontroli ze strony ETPCz; dodajmy: możliwa jest tutaj też kontrola ze strony organów Wspólnoty, wszak ETS wychodzi z założenia, iż ochrona praw podstawowych nie może być pozostawiona jedynie systemom narodowym, lecz powinna być gwarantowana również przez system wspólnotowy.

Wymóg ważności (istotności) informacji poufnych nie jest spełniony *in concreto*, gdy jednocześnie występują następujące okoliczności:

1. raport zawierający chronione informacje *przez sześć lat miał najslabszą klauzulę tajności*;
2. władze krajowe *dały dowód, że poufność raportu nie ma dla nich pierwszorzędного znaczenia*, gdyż interweniowały dopiero przy powtórny wydrukowaniu i rozkolportowaniu raportu – taki pogląd zawiera wymienione orzeczenie ETPCz z 9 lutego 1995 r.

Słowem, wymóg istotności bada się z formalnego punktu widzenia. Choć władze krajowe mają stosunkowo duży margines swobody przy interpretowaniu celów uprawnionych z art. 10 ust. 2 Konwencji (sformułowanych przy pomocy klauzul generalnych), to żeby mogły ograniczać ze względu na te cele wolność ekspresji i żeby w ten sposób mogły chronić informacje przed ujawnieniem, muszą podjąć niezbędne działania nakierowane na zachowanie poufności informacji. Działania te będą dostateczne, gdy np. informacje zostaną opatrzone odpowiednią klauzulą poufności i jednocześnie władze nie będą bierne przy pierwszych próbach ujawnienia tych informacji.

W orzecznictwie strasburskim jako egzemplifikację informacji poufnych z art. 10 ust. 2 Konwencji wskazano nie tylko informacje dotyczące służb specjalnych, ale np. również poufny raport parlamentarny⁶.

Reasumując:

1. W artykule 10 ust. 2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności – informacje podlegające ochronie przed ujawnieniem określono pośrednio, przy pomocy odesłań do wartości niezdefiniowanych w systemie prawa (tzn. przy pomocy klauzul generalnych). W ten sposób stosunkowo duży luz inter-

pretacyjny pozostawiono władzom krajowym.

2. Władze krajowe mają stosunkowo duży margines swobody przy interpretowaniu klauzul generalnych typu: *interes bezpieczeństwa państwowego* czy *informacje poufne*, które to klauzule mają wyższą wartość prawną niż wolność ekspresji. Jednak żeby władze krajowe poprzez odwoływanie się do tych klauzul były uprawnione do ograniczania wolności ekspresji i ochrony informacji przed ujawnieniem, władze te muszą podjąć niezbędne działania nakierowane na zachowanie poufności informacji. Tylko takie informacje w świetle orzecznictwa strasburskiego uznaje się za *dostatecznie ważne* i dlatego podlegające ochronie. Pod kątem tak pojmowanej ważności (istotności) tajnej informacji podlegają niezależnej kontroli, w ostateczności kontroli ze strony ETPCz oraz organów Wspólnoty. Natomiast z ochrony niejawności nie mogą korzystać informacje nieistotne.

III. Subsumpcja

III.1. Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie informacji niejawnych oraz niektórych innych ustaw – przedstawione przez UKIE, ma charakter *contra legem*. Poprzez art. 6 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej – do systemu unijnego jest inkorporowany art. 10 ust. 2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, który *expressis verbis* reguluje instytucję prawną określaną mianem *informacji niejawnych*.

III.2. Pkt 28 Załącznika nr 1 do projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie informacji niejawnych oraz nie-

których innych ustaw (druk sejmowy nr 2165) – jest zgodny z prawem Unii Europejskiej, gdyż ochroną obejmuje jedynie informacje istotne, co odpowiada art. 10 ust. 2 Konwencji i wykładni art. 10 ust. 2 Konwencji zawartej w orzecznictwie strasburskim. Zgodnie z orzecznictwem strasburskim, wymieniony wcześniej punkt 28 spełnia wymóg istotności formalnej. Projektodawcy punktu 28 ochroną obejmują bowiem jedynie informacje stosunkowo ważne:

- po pierwsze – takie informacje, których nieuprawnione ujawnienie mogłoby spowodować istotne zagrożenie dla niepodległości, nienaruszalności terytorium albo polityki zagranicznej lub stosunków międzynarodowych Rzeczypospolitej Polskiej;
- po drugie – takie informacje, których nieuprawnione ujawnienie mogłoby 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. ■

¹ Szerzej w: W. Gontarski: *Konstytucja ponad wszystko*, „Rzeczpospolita” z 4 X 2002 r.

² Szerzej w: W. Gontarski, S. Hambura: *Sposób na deficyt demokracji*, „Rzeczpospolita” z 6 XII 2002 r.

³ Odnośnie do Konstytucji RP por. w: K. Wojtyczek: *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999 r., s. 78.

⁴ Por. w: S. Grzybowski: *Struktura i treść przepisów prawa cywilnego odsyłających do zasad współżycia społecznego*, „Studia Cywilistyczne”, t. VI, 1965 r., s. 25 i 26.

⁵ Odnośnie Konstytucji RP por. np. w: A. Łabno (w.): *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, pod red. B. Banaszaka i A. Preisnera, Warszawa 2002 r., s. 699 i orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego wskazane w przyp. 2.

⁶ Tak w: decyzja z 6 X 1983 r. w sprawie *Z. v. Szvajcaria*.