

Warszawa, dn. 24 maja 2021 r.
Piotr Oliński, młodszy analityk FOR

Komunikat FOR 24/2021

Tajemnica dyplomatyczna osłabi jawność działania służby zagranicznej

Synteza:

- W czerwcu wchodzi w życie ustawa o służbie zagranicznej, która zobowiązuje urzędników do zachowania tajemnicy dyplomatycznej. Sama definicja tej tajemnicy jest jednak bardzo ogólna i podatna na arbitralne interpretacje.
- Takie ujęcie tajemnicy dyplomatycznej, wraz z możliwą odpowiedzialnością dyscyplinarną urzędników za jej niezachowanie, może skłaniać do odmowy udzielenia dostępu do informacji publicznej.
- Nowy wyjątek od zasady jawności życia publicznego wprowadzony został mimo istnienia równoległych przepisów dotyczących ochrony informacji niejawnych, które mogą mieć zastosowanie do informacji posiadanych przez służbę zagraniczną.
- Doświadczenia niemieckie, gdzie informacje, których ujawnienie może zaszkodzić relacjom zagranicznym są niejawne, pokazują, że tak ogólne ujęcie wyjątków od zasady jawności życia publicznego może bardzo ograniczyć możliwości obywatela w przypadku odmowy udzielenia dostępu do informacji publicznej.

Podpisana w marcu przez Andrzeja Dudę ustawa z 21 stycznia 2021 roku o służbie zagranicznej (u.s.z.)¹ wchodzi w życie w połowie czerwca tego roku. Na jej mocy wprowadzono nową kategorię tajemnicy prawnie chronionej – tajemnicę dyplomatyczną. Zgodnie z brzmieniem ustawy ma ona objąć informacje, dane i wiedzę, niestanowiące informacji niejawnych, *które ze względu na dobro służby zagranicznej mogły być udostępnione wyłącznie osobom do tego uprawnionym, a ich ujawnienie mogłoby szkodzić polityce zagranicznej Rzeczypospolitej Polskiej i naruszać jej wizerunek międzynarodowy* (art. 7 pkt 12).

Stan dotychczasowy

Prawo obywatela do informacji o działaniach administracji publicznej zagwarantowane jest w art. 61 Konstytucji RP. Szczegóły tego prawa doprecyzowuje ustawa z 2001 roku o dostępie do

¹ Dz. U. poz. 464.

informacji publicznej (u.d.i.p.)², która wprowadza szeroką definicję informacji publicznej jako *każdej informacji o sprawach publicznych*.

Przepisy u.d.i.p. dopuszczają jednak ograniczenie prawa do informacji między innymi ze względu na przepisy dotyczące ochrony informacji niejawnych oraz innych tajemnic ustawowo chronionych. Ustawa ta przewiduje nadanie klauzuli „ściśle tajne” informacjom, których ujawnienie zagrazi soюзom lub pozycji międzynarodowej Rzeczypospolitej Polskiej, „tajne” informacjom, których ujawnienie doprowadziłoby do pogorszenia stosunków RP z innymi państwami lub organizacjami międzynarodowymi, klauzula „poufne” nadawana jest informacjom, których ujawnienie utrudni prowadzenie bieżącej polityki zagranicznej Rzeczypospolitej Polskiej, klauzulę „zastrzeżone” z kolei nadaje się informacjom, których ujawnienie może mieć szkodliwy wpływ na wykonywanie przez organy władzy publicznej lub inne jednostki organizacyjne zadań min. z zakresu polityki zagranicznej (art. 5 ust. 1-3)³.

Nieuprawniona zatem jest opinia, iż brakuje narzędzi ochrony istotnych z punktu widzenia interesu państwa informacji. W orzecznictwie sądów administracyjnych przyjmuje się pogląd, że nadanie klauzuli tajności stanowi wskazówkę dla odbiorcy w zakresie postępowania z informacją, sama tajność z kolei wynika z treści informacji, co stanowi odpowiedni balans między ochroną *arcana imperii* oraz prawem obywatela do informacji⁴. Ograniczyć prawo do informacji o polityce zagranicznej państwa można ze względu na ważny interes państwa, jednak co do zasady dopuszczalne jest ujawnianie informacji o działaniach dyplomatycznych, nawet dotyczących spraw o zasadniczym znaczeniu⁵.

Ryzyko wprowadzenia tajemnicy dyplomatycznej

Tajemnica dyplomatyczna została w u.s.z. zdefiniowana w sposób bardzo ogólny, co w połączeniu z obowiązkiem jej zachowania przez członków służby zagranicznej (art. 48 ust. 2), którego naruszenie może skutkować sankcją dyscyplinarną (art. 49), grozi powstaniem tzw. efektu mrozącego wśród osób odpowiedzialnych za udostępnianie informacji publicznej. W takiej sytuacji, mimo że przepisy pozwalałyby na udostępnienie informacji publicznej, urzędnik – przez ostrożność i wzgląd na potencjalne konsekwencje pomyłki – może na różny sposób odmówić jej ujawnienia. Należy jednak pamiętać, że zarówno Konstytucja RP, jak i u.d.i.p., wprowadzają domniemanie jawności działań organów państwa, a w razie wątpliwości co do charakteru danej informacji urzędnicy powinni opowiadać się za jej udostępnieniem⁶. Sam fakt wprowadzenia tajemnicy dyplomatycznej (którą przecież będzie trzeba stosować) i obwarowanie jej naruszenia odpowiedzialnością dyscyplinarną niewątpliwie odwróci tę relację i ograniczy jawność.

² Tekst jednolity: Dz. U. z 2020 roku, poz. 2176; dalej jako: u.d.i.p.

³ Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 o ochronie informacji niejawnych, Dz.U. 2010 Nr 182, poz. 1228, t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 742, dost. Legalis

⁴ Zob. Wyrok NSA z 2017-10-09 o sygn. akt I OSK 1822/16 [dost. CBOSA]

⁵ Zob. wyrok NSA z 19 września 2019 roku (sygn. I OSK 659/18).

⁶ Zob. uchwała NSA z 9 grudnia 2013 roku (sygn. I OPS 8/13).

Nie jest też jasne, dlaczego ustawodawca zdecydował się wprowadzić tajemnicę dyplomatyczną. Istnieją już w tym zakresie obszerne regulacje ujęte w ustawie o ochronie informacji niejawnych, zaś w uzasadnieniu projektu ustawy nie opisano celu nowych przepisów. Treść zmian w u.s.z. sugerowałaby jednak, że chodzi przede wszystkim o ograniczenie możliwości uzyskania informacji o polityce zagranicznej przez obywateli. Tajemnica dyplomatyczna, w porównaniu do przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych, jest uregulowana niezwykle skąpo. Nie jest również obwarowana dodatkowymi wymogami o charakterze administracyjnym, takimi jak wyznaczenie terminu lub zdarzenia, po którym informacja może ulec odtajnieniu. Wszystko to najprawdopodobniej doprowadzi do sytuacji, w której członkowie służby zagranicznej bardzo często będą odmawiać dostępu do informacji publicznej, mogąc przy tym opierać się na czysto arbitralnych przesłankach.

Na wspomniane ryzyka w trakcie procesu legislacyjnego wskazywał Rzecznik Praw Obywatelskich, który zwracał uwagę, że wprowadzenie tak zdefiniowanego pojęcia tajemnicy dyplomatycznej może naruszyć istotę prawa do informacji publicznej oraz zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Sam proces legislacyjny z kolei został przeprowadzony w sposób, który mógł doprowadzić do naruszenia konstytucyjnej zasady zaufania obywatela do państwa⁷.

Skutki złego uregulowania wyjątków od zasady jawności życia publicznego – przykład niemiecki

Niebezpieczeństwa związane z ogólnie zdefiniowanym i pozostawionym arbitralnej ocenie urzędnika wyjątkiem od zasady jawności życia publicznego można obrazuje przykład z niemieckiej ustawy o wolności informacji (niem. *Informationsfreiheitsgesetz* – IFG), która określa granice prawa do informacji m.in. w ze względu na możliwe negatywne konsekwencje dla relacji zagranicznych Niemiec⁸. W 2009 roku Federalny Sąd Administracyjny (*Bundesverwaltungsgericht*), rozpatrując skargę dziennikarza na odmowę przez Federalne Ministerstwo Transportu informacji o ruchach samolotów zarejestrowanych w Stanach Zjednoczonych na terenie Niemiec (dziennikarz prowadził śledztwo w sprawie działalności CIA), uznał, że przy tak ujętych przepisach oraz w związku z faktem, iż cele polityki zagranicznej leżą w kompetencjach rządu federalnego, jedyną kompetencją sądu administracyjnego jest ocena uzasadnienia odmowy pod kątem jego klarowności i tego, czy zawarte w nim prognozy nie są w oczywisty sposób nieprawdziwe⁹.

W praktyce więc niemiecki urzędnik, chcąc odmówić dostępu do informacji z zakresu polityki zagranicznej państwa, zobowiązany jest jedynie do udzielenia wyjaśnienia polegającego na przeprowadzeniu hipotetycznej prognozy pokazującej negatywny wpływ ujawnienia informacji

⁷ Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, "Tajemnica dyplomatyczna" zagraża prawu obywateli do informacji publicznej. *Opinia Adama Bodnara dla Marszałka Senatu*, 27 stycznia 2021 roku, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-tajemnica-dyplomatyczna-zagraza-prawu-obywateli-do-informacji-publicznej>

⁸ Informationsfreiheitsgesetz vom 5. September 2005 (BGBl. I S. 2722), das zuletzt durch Artikel 44 der Verordnung vom 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1328) geändert worden ist, dost. Bundesamt für Justiz, <https://www.gesetze-im-internet.de/>.

⁹ BVerwG, Urteil vom 29.10.2009 - 7 C 22.08

na relacje Niemiec z państwem trzecim, która w przypadku zaskarżenia decyzji jedynie częściowo będzie podlegać ocenie sądu. W rzeczywistości wystarczające jest jedynie wskazanie na możliwe naruszenie zaufania ambasady danego kraju¹⁰ (dla przykładu: w marcu 2021 roku Federalne Ministerstwo Spraw Zagranicznych odmówiło udostępnienia raportu dot. prześladowań Ujgurów w prowincji Xinjiang, powołując się na § 3 ust. 1a IFG oraz wyrok BVerwG z 2009 r.¹¹). Korzystając z tych przepisów niemieccy, urzędnicy odmawiali dostępu m.in. do not dyplomatycznych, który w Polsce do tej pory był możliwy i dopuszczalny w świetle przepisów i orzecznictwa. Na skutek wejścia w życie przepisów o tajemnicy dyplomatycznej już niedługo możliwości uzyskania tych informacji przez polskich obywateli mogą się w tym względzie upodobnić do tych u naszych zachodnich sąsiadów.

Rzeczywisty sposób funkcjonowania tajemnicy dyplomatycznej pokaże praktyka działania służby dyplomatycznej i orzecznictwo sądów administracyjnych. Dla wszystkich ceniących jawność życia publicznego istotne powinno być nie pogarszanie standardu dostępu do informacji, co w kontekście omawianych przepisów powinno być lepiej widoczne w pierwszych miesiącach obowiązywania nowych regulacji.

¹⁰ Zob. np. odmowa udostępnienia noty werbalnej greckiego rządu skierowanej do rządu RFN w sprawie reparaacji od Niemiec za okres II wojny światowej: https://fragdenstaat.de/files/foi/387760/ifg_verbalnote_griechenlands_aa_geschwaerzt.pdf?download

¹¹ <https://fragdenstaat.de/blog/2021/03/11/xinjiang-lager-auswartiges-amt-halt-lagebericht-geheim/>

Forum Obywatelskiego Rozwoju

FOR zostało założone w 2007 roku przez prof. Leszka Balcerowicza, aby skutecznie chronić wolność oraz promować prawdę i zdrowy rozsądek w dyskursie publicznym. Naszym celem jest zmiana świadomości Polaków oraz obowiązującego i planowanego prawa w kierunku wolnościowym.

FOR realizuje swoje cele poprzez organizację debat oraz publikację raportów i analiz podejmujących ważne tematy społeczno-gospodarcze, a w szczególności: stan finansów publicznych, sytuację na rynku pracy, wolność gospodarczą, wymiar sprawiedliwości i tworzenie prawa. Z inicjatywy FOR w centrum Warszawy i w Internecie został uruchomiony licznik długu publicznego, który zwraca uwagę na problem rosnącego zadłużenia państwa. Działania FOR to także projekty z zakresu edukacji ekonomicznej oraz udział w kampaniach na rzecz zwiększania frekwencji wyborczej.

Wspieraj nas!

Zdrowy rozsądek oraz wolnościowy punkt widzenia nie obronią się same. Potrzebują zaplanowanego, wytężonego, skutecznego wysiłku oraz Twojego wsparcia.

Jeśli jest Ci bliski porządek społeczny szanujący wolność i obawiasz się nierozsądnych decyzji polityków udających na Twój koszt Świętych Mikołajów, wesprzyj finansowo nasze działania.

Wyślij przelew na konto FOR (w PLN): 68 1090 1883 0000 0001 0689 0629

W sprawie darowizn możesz się skontaktować z:

Patrycja Satora, dyrektor ds. rozwoju FOR

tel. 500 494 173

e-mail: patrycja.satora@for.org.pl

Już dziś pomóż nam chronić wolność – obdarz nas swoim wsparciem i zaufaniem.

KONTAKT DO AUTORA



Piotr Oliński

Młodszy analityk FOR

e-mail: piotr.olinski@for.org.pl

Twitter: [@olinski Piotrek](https://twitter.com/olinski Piotrek)

Fundacja Forum Obywatelskiego Rozwoju – FOR
ul. Ignacego Krasickiego 9A • 02-628 Warszawa • tel. 22 628 85 11
e-mail: info@for.org.pl • www.for.org.pl

[f](https://www.facebook.com/FundacjaFOR)/FundacjaFOR • [t](https://twitter.com/FundacjaFOR)@FundacjaFOR • [in](https://www.linkedin.com/company/forum-obywatelskiego-rozwoju)/forum-obywatelskiego-rozwoju