

Honorata Sawicka

Postępowania odwoławcze od decyzji pełnomocników do spraw ochrony informacji niejawnych – 10 lat doświadczeń szefa ABW jako organu II instancji

Realizowane na podstawie przepisów *Ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych*¹, zwanej dalej ustawą, postępowania sprawdzające, mające na celu ustalenie, czy osoby, wobec których są prowadzone, dają rękojmię zachowania tajemnicy, głęboko ingerują w życie osobiste tych osób. W toku procedur gromadzonych jest wiele informacji, także tzw. wrażliwych. W związku z tym musi istnieć gwarancja prawidłowego przechowywania danych i nieujawniania ich poza przypadkami wskazanymi w ustawie. Dodatkowo bardzo istotne jest zapewnienie prawidłowego przeanalizowania i wykorzystania uzyskanych informacji. To, czy rzeczywiście czynności te są realizowane w prawidłowy sposób, organ niezależny od podmiotu prowadzącego postępowanie może skontrolować w toku postępowania odwoławczego i skargowego. W zwykłych postępowaniach sprawdzających, realizowanych przez pełnomocnika do spraw ochrony informacji niejawnych, osoby sprawdzane mogą odwołać się od jego rozstrzygnięć do organu wyższego rzędu (poza oczywiście sytuacjami pozytywnego zakończenia postępowania w pierwszej instancji), którym jest szef największej polskiej służby specjalnej – Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego². Co ważne, decyzje organu drugiej instancji, w przypadku ich zaskarżenia, podlegają także nadzorowi realizowanemu przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie.

W regulacji prawnej pojęcie odwołania stosowane jest do określenia środka zaskarżenia uruchamiającego tok postępowania odwoławczego przed organami bezpośrednio wyższego stopnia w stosunku do organu wydającego zaskarżoną decyzję. Postępowanie odwoławcze jest oparte w pełni na zasadzie skargowości. Oznacza to, że może być uruchomione tylko w wyniku podjęcia przez uprawniony podmiot czynności procesowej jaką jest wniesienie odwołania³, nigdy zaś nie może być wszczęte z urzędu. Możliwość odwoływania się od decyzji pierwszoinstancyjnej oznacza więc, że każda sprawa administracyjna jest rozpoznawana i rozstrzygana dwukrotnie: po raz pierwszy przed organem pierwszej instancji i jego decyzją, a na żądanie uprawnionego podmiotu – po raz drugi przez organ odwoławczy i jego decyzją. Wacław Dawidowicz twierdzi, że *istotą administracyjnego toku instancji jest ponowne (powtórne) merytoryczne rozpatrywanie i rozstrzygnięcie sprawy administracyjnej, a nie tylko kontrola prawidłowości decyzji organu pierwszej instancji*⁴. Jego zdaniem *organ drugiej instancji rozpatruje sprawę administracyjną tak, jak gdyby nie była ona jeszcze rozstrzygnięta żadną decyzją*⁵. Z zasady dwuinstancyjności wynika bowiem, że strona ma prawo do dwukrotnego

¹ Dz.U. z 2010 r. Nr 182, poz. 1228.

² Poza zadaniami wynikającymi z rozdziału 6 ustawy szef ABW dokonuje kontroli prawidłowości prowadzonych przez pełnomocników ochrony postępowań sprawdzających w trybie, o którym mowa w art. 12 ust. 3 pkt 2 ustawy.

³ Wyrok WSA w Kielcach II S.A./Ke 375/08 z dnia 25 września 2008 r. (LEX nr 471558).

⁴ W. Dawidowicz, *Zarys procesu administracyjnego*, Warszawa 1989, PWN, s. 120.

⁵ Tamże.

merytorycznego rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy, a nie tylko do skontrolowania prawidłowości decyzji. Takie postrzeganie instytucji odwołania jest zgodne z art. 78 Konstytucji RP⁶, w myśl którego każda ze stron ma prawo do zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych ustawą.

Postępowanie sprawdzające uregulowane w ustawie określane jest jako procedura quasi-administracyjna. Oznacza to, że w jej toku tylko poszczególne przepisy *Ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego*⁷ (kpa), są stosowane wprost⁸, pozostałe zaś przepisy proceduralne zostały zawarte w ustawie jako przeniesione w brzmieniu nadanym przez kpa albo po ich zmodyfikowaniu. Przepisy dotyczące postępowania odwoławczego w postępowaniu sprawdzającym zostały unormowane w rozdziale szóstym ustawy. Wynika z nich, że od decyzji o odmowie wydania poświadczenia bezpieczeństwa, o cofnięciu takiego poświadczenia, o umorzeniu postępowania sprawdzającego albo kontrolnego postępowania sprawdzającego, osobie sprawdzanej przysługuje prawo wniesienia odwołania. Taki środek zaskarżenia możliwy jest również do zastosowania w odniesieniu do decyzji o stwierdzeniu nieważności decyzji i o wznowieniu postępowania sprawdzającego lub kontrolnego postępowania sprawdzającego.

W poprzedniej *Ustawie z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych*⁹, zwanej dalej ustawą z 1999 r., instytucja odwołania się od rozstrzygnięcia kończącego postępowanie sprawdzające nie występowała. Ustawodawca – poza tym, że nie przewidział w niej żadnych przepisów proceduralnych – uznał, iż do postępowania sprawdzającego nie mają zastosowania również przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego oraz przepisy o zaskarżaniu do Naczelnego Sądu Administracyjnego¹⁰. Odmowa wydania poświadczenia bezpieczeństwa kończyła postępowanie. W pierwotnym brzmieniu ustawy nie przewidziano decyzji o cofnięciu poświadczenia, umorzeniu postępowania sprawdzającego, stwierdzeniu nieważności decyzji czy wznowieniu postępowania. Wobec osoby sprawdzanej, która była adresatem takiego rozstrzygnięcia, można było jedynie przeprowadzić kolejne postępowanie sprawdzające, ale dopiero najwcześniej po roku od daty odmowy wydania jej poświadczenia. Swego rodzaju namiastką postępowania odwoławczego, ale tylko w stosunku do decyzji wydawanych przez ówczesne służby ochrony państwa, było postępowanie kontrolne prowadzone przez Prezesa Rady Ministrów¹¹.

Powyższe rozwiązanie zostało – słusznie, zdaniem autora – zakwestionowane przez Trybunał Konstytucyjny. W wyroku z 10 maja 2000 r.¹², po rozpoznaniu wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich, Trybunał Konstytucyjny orzekł, iż art. 42 ust. 1 ustawy

⁶ *Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* (Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)

⁷ Dz.U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.

⁸ Art. 3 ustawy: *Do postępowań sprawdzających, kontrolnych postępowań sprawdzających oraz postępowań bezpieczeństwa przemysłowego, w zakresie nieuregulowanym w ustawie, mają zastosowanie przepisy: art. 6-8, art. 12, art. 14-16, art. 24 § 1 pkt 1-6 i § 2-4, art. 26 § 1, art. 28, art. 29, art. 30 § 1-3, art. 35 § 1, art. 39, art. 41-47, art. 50, art. 55, art. 57-60, art. 61 § 3 i 4, art. 63 § 4, art. 64, art. 65, art. 72, art. 75 § 1, art. 77 § 1, art. 97 § 1 pkt 4 i § 2, art. 98, art. 101, art. 103, art. 104, art. 105 § 2, art. 107, art. 109 § 1, art. 112, art. 113 § 1, art. 125 § 1, art. 156-158 oraz art. 217.*

⁹ Dz.U. z 1999 r. Nr 11, poz. 95.

¹⁰ Art. 42 ust. 1 ustawy z 1999 r.

¹¹ Art. 43 ust. 1 ustawy z 1999 r.

¹² Sygn. akt K. 21/99; Dz.U. Nr 39, poz. 462.

z 1999 r. jest niezgodny z art. 13 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzonej w Rzymie 4 listopada 1950 r.¹³ przez to, że pozbawia osobę sprawdzaną jakiegokolwiek skutecznego środka odwoławczego w wypadku odmowy wydania poświadczenia bezpieczeństwa. Trybunał uznał ponadto, iż zaskarżony przepis jest niezgodny również z art. 45 ust. 1¹⁴ i art. 77 ust. 2¹⁵ Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, ponieważ w zakresie realizacji prawa dostępu do służby publicznej zamyka drogę do sądu, uniemożliwiając kontrolę zgodności z prawem procedur stosowanych w postępowaniu sprawdzającym. Mając to na względzie Trybunał Konstytucyjny zdecydował, że art. 42 ust. 1 ustawy z 1999 r. utraci moc obowiązywania 31 stycznia 2001 r.

W związku z powyższym orzeczeniem nastąpiła konieczność znowelizowania ustawy z 1999 r. Dokonano tego *Ustawą z dnia 3 lutego 2001 r. o zmianie ustawy o ochronie informacji niejawnych*¹⁶, która weszła w życie 8 kwietnia 2001 r., przede wszystkim poprzez uzupełnienie treści ustawy z 1999 r. o nowy rozdział zatytułowany „Postępowanie odwoławcze i skargowe”. Od tego momentu osoba sprawdzana uzyskała prawo odwołania się od odmowy wydania jej poświadczenia bezpieczeństwa, a w przypadku utrzymania jej przez organ odwoławczy w mocy – prawo zaskarżenia decyzji drugoinstancyjnej do Naczelnego Sądu Administracyjnego¹⁷. Ustawodawca, wprowadzając przepisy proceduralne związane z postępowaniem odwoławczym i skargowym, jednocześnie podkreślił, że do postępowania sprawdzającego nadal nie będą miały zastosowania przepisy kpa. Wyjątkiem od tej zasady był jedynie przepis dotyczący konieczności doręczenia osobie sprawdzanej odmowy wydania poświadczenia bezpieczeństwa – w tym zakresie przepisy kpa miały odpowiednie odniesienie. Co ważne, prawo do wniesienia odwołania otrzymały także osoby, wobec których postępowanie sprawdzające z wynikiem negatywnym zakończyło się przed wejściem w życie noweli.

Taki stan prawny obowiązywał do 16 czerwca 2005 r., tj. do czasu wejścia w życie kolejnej, największej, nowelizacji ustawy z 1999 r.¹⁸ Jedną z wprowadzonych przez nią zmian był przepis, iż w zakresie w niej nieuregulowanym do postępowania sprawdzającego, postępowania odwoławczego oraz postępowania bezpieczeństwa przemysłowego zastosowanie będą miały wymienione w art. 1 ust. 4 przepisy kpa¹⁹. Zabieg taki oznaczał usankcjonowanie obowiązku prowadzenia wyżej wymienionych procedur zgodnie z najważniejszymi ogólnoprawnymi zasadami. Najistotniejsze z nich to: zasada praworządności zobowiązująca organy administracji publicznej do działania na podstawie przepisów prawa, zasada szybkości postępowania, zgodnie z którą podmioty te powinny działać wnikliwie i szybko, posługując się możliwie najprostszymi

¹³ *Każdy, czyje prawa i wolności zawarte w niniejszej konwencji zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka odwoławczego do właściwego organu państwowego także wówczas, gdy naruszenia dokonały osoby wykonujące swoje funkcje urzędowe* – art. 13 Konwencji (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.).

¹⁴ *Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd.*

¹⁵ *Ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw.*

¹⁶ Dz.U. z 2001 r. Nr 22, poz. 247.

¹⁷ Do 1 stycznia 2004 r., czyli wejścia w życie ustawy *Prawo o ustroju sądów administracyjnych*, nie funkcjonowały wojewódzkie sądy administracyjne, a NSA było jedynym sądem administracyjnym.

¹⁸ *Ustawa z dnia 15 kwietnia 2005 r. o zmianie ustawy o ochronie informacji niejawnych oraz niektórych innych ustaw* (Dz.U. Nr 85, poz. 727).

¹⁹ Art. 6-8, art. 12, art. 14-16, art. 24 § 1 pkt 1-6 i § 2-4, art. 26 § 1, art. 28, art. 29, art. 30 § 1-3, art. 35 § 1, art. 39, art. 41-47, art. 57-60, art. 61 § 3 i 4, art. 63 § 4, art. 64, art. 97 § 1 pkt 4 i § 2, art. 98, art. 101, art. 104, art. 105, art. 107, art. 112, art. 113, art. 156-158 oraz art. 217 kpa.

środkami prowadzącymi do załatwienia sprawy oraz zasada pisemności, zobowiązująca do jej załatwiania w formie pisemnej (od tego czasu wszystkie czynności postępowania musiały być dokumentowane). Istotne z punktu widzenia prowadzenia postępowania odwoławczego było zastosowanie przepisów regulujących zasady obliczania terminów (choćby ze względu na to, aby w przypadku przekroczenia terminu do wniesienia odwołania, móc wydać postanowienie o jego uchybieniu). Do postępowania sprawdzającego wdrożone zostały również ważne instytucje z kpa – umorzenie postępowania i jego zawieszenie. Umorzenie postępowania sprawdzającego następowało od tej pory w drodze decyzji, od której osobie sprawdzanej przysługiwało prawo wniesienia odwołania do organu drugiej instancji. W wyniku omawianej nowelizacji zostało uregulowane także kontrolne postępowanie sprawdzające. Wcześniej, w przypadku gdy w odniesieniu do osoby, której wydano poświadczenie bezpieczeństwa, zostały ujawnione nowe fakty wskazujące, że nie daje ona rękojmi zachowania tajemnicy, przeprowadzane było kolejne postępowanie sprawdzające. Taka procedura mogła zakończyć się odmową wydania poświadczenia bezpieczeństwa, co było równoznaczne z utratą kwalifikacji osoby sprawdzanej do zajmowania stanowiska lub z jej nieprzydatnością na zajmowanym stanowisku. Unormowanie kontrolnego postępowania sprawdzającego spowodowało, że w sytuacji niedawania rękojmi zachowania tajemnicy przez osobę sprawdzaną, podmiot prowadzący taką procedurę kończył ją wydaniem decyzji o cofnięciu jej poświadczenia bezpieczeństwa, od której można było odwołać się do organu nadrzędnego. Możliwość zastosowania takiego środka zaskarżenia – w konsekwencji wprowadzenia stosowania w postępowaniu sprawdzającym, odwoławczym i bezpieczeństwa przemysłowego przepisów kpa - osoba sprawdzana zyskała także w przypadku wydania w jej sprawie stwierdzenia nieważności decyzji kończącej procedurę sprawdzającą. Szczególnie istotne dla osoby odwołującej się od niekorzystnej dla siebie decyzji pełnomocnika ochrony był nałożony zarówno na organ I instancji, jak i organ odwoławczy, obowiązek sporządzenia prawnego i faktycznego uzasadnienia decyzji. Od uzasadnienia faktycznego można było odstąpić lub je ograniczyć tylko w zakresie, w jakim udostępnienie informacji osobie sprawdzanej mogłoby spowodować istotne zagrożenie dla podstawowych interesów Rzeczypospolitej Polskiej dotyczących porządku publicznego, obronności, bezpieczeństwa, stosunków międzynarodowych lub gospodarczych państwa²⁰.

Do czasu wejścia w życie nowej ustawy o ochronie informacji niejawnych (2 stycznia 2011 r.), stan prawny regulujący procedurę odwoławczą w postępowaniu sprawdzającym nie uległ zasadniczym zmianom. Obecnie osoba sprawdzana może odwołać się od decyzji o odmowie wydania lub cofnięciu poświadczenia bezpieczeństwa, umorzeniu lub wznowieniu postępowania sprawdzającego, lub o stwierdzeniu nieważności podjętego wobec niej rozstrzygnięcia. W zależności od tego, kto wydaje skarżoną decyzję, odwołanie składa się do Prezesa Rady Ministrów (od decyzji wydanych przez podmioty wymienione w art. 23 ust. 2 i 5 ustawy²¹ w zwykłym lub poszerzonym postępowaniu sprawdzającym) bądź do szefa ABW lub szefa SKW (w przypadku decyzji wydanych w zwykłym postępowaniu sprawdzającym przez pełnomocników ochrony w pozostałych jednostkach organizacyjnych będących podmiotami ustawy²²).

²⁰ Art. 36 ust. 4a i art. 48f ust. 2 w zw. z art. 48i ust. 2 ustawy z 1999 r.

²¹ ABW i SKW – ust. 2; AW, CBA BOR, Policja, SW, SG, ŻW – ust. 5.

²² Art. 1 ust. 2 ustawy.

Na potrzeby niniejszego artykułu skoncentrowano się na odwołaniach od decyzji wydanych przez pełnomocników ochrony z jednostek znajdujących się w „obszarze pozostającym we właściwości ABW”, składanych do szefa ABW (Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego realizuje bowiem zadania związane z nadzorowaniem funkcjonowania systemu ochrony informacji niejawnych w odniesieniu do jednostek organizacyjnych i osób podlegających ustawie, poza tymi, które podlegają nadzorowi Służby Kontrwywiadu Wojskowego²³). Odwołanie nie wymaga uzasadnienia. Oczywiście sformułowanie dokładnych zarzutów czy też żądań leży w interesie odwołującego się, gdyż zdecydowanie ułatwia organowi odwoławczemu podjęcie korzystnego dla niego rozstrzygnięcia, jednak wystarczy, aby osoba sprawdzana zawarła w nim niezadowolenie z rozstrzygnięcia zawartego w skarżonej decyzji. Odwołanie powinno zawierać podpis wnoszącego, gdyż *uznanie za odwołanie pisma niepodpisanego przez osobę wnoszącą odwołanie powoduje, że organ drugiej instancji bez podstawy prawnej występuje w charakterze organu odwoławczego. W tej sytuacji decyzja organu drugiej instancji jest dotknięta wadą nieważności*²⁴. Omawiany środek zaskarżenia osoba sprawdzana jest zobowiązana wnieść za pośrednictwem pełnomocnika ochrony, który wydał skarżoną decyzję. Oznacza to, że odwołanie powinno być adresowane do szefa ABW (nie dyrektora konkretnej delegatury ABW, co czasami się zdarza), ale przekazane do niego przez pełnomocnika ochrony.

Od momentu doręczenia osobie sprawdzanej decyzji pełnomocnika ochrony, ma ona czternaście dni na wniesienie odwołania. W ciągu kolejnych czternastu dni pełnomocnik ochrony zobowiązany jest przesłać otrzymane odwołanie wraz z aktami postępowania sprawdzającego do organu odwoławczego, czyli szefa ABW. Warto przy tym podkreślić, że o ile przekroczenie tego drugiego terminu nie wiąże się z negatywnymi konsekwencjami dla osoby sprawdzanej (poza oczywiście przedłużeniem procedury), to niedotrzymanie pierwszego zaowocuje tylko formalnym zakończeniem wszczętego postępowania odwoławczego. W takiej sytuacji organ odwoławczy zamiast merytorycznego rozpatrzenia odwołania, wyda postanowienie o uchybieniu terminu do jego wniesienia. Aby zapobiec takiemu rozstrzygnięciu, wnoszący odwołanie może jednocześnie – jeśli oczywiście istnieją uzasadnione powody – złożyć wniosek o przywrócenie terminu do jego wniesienia²⁵. Wówczas szef ABW, oczywiście tylko w przypadku uznania wniosku za zasadny, wyda postanowienie przywracające termin i rozpatrzy odwołanie (w sytuacji uznania argumentów za niewystarczające, zapadnie postanowienie o odmowie przywrócenia terminu i dalszy tok postępowania odwoławczego nie nastąpi). Pamiętać jednak przy tym należy, że wniosek o przywrócenie terminu do wniesienia odwołania należy złożyć w terminie siedmiu dni od dnia ustąpienia przyczyny uchybienia terminu.

Poza wyjaśnieniem kwestii dochowania terminu organ odwoławczy, zanim przystąpi do właściwego postępowania wyjaśniającego, bada jeszcze, czy zachodzą przesłanki, które uzasadniałyby uznanie odwołania za niedopuszczalne. Takie występują wówczas, gdy na przykład odwołanie wnosi osoba niemająca uprawnień do jego

²³ Art. 10 ust. 2 ustawy: *SKW realizuje zadania w odniesieniu do MON oraz jednostek organizacyjnych podległych Ministrowi Obrony Narodowej lub przez niego nadzorowanych, ataszatów obrony w placówkach zagranicznych i żołnierzy w służbie czynnej wyznaczonych na stanowiska służbowe w innych jednostkach organizacyjnych niż wyżej wymienionych.*

²⁴ Wyrok NSA z 18.05.1994 r. S.A./Gd 2365/93 (POP 1997, Nr 3, poz. 62).

²⁵ Art. 58 kpa w zw. z art. 3 ustawy.

wniesienia (niebędąca osobą sprawdzaną) albo wyczerpano już tok instancji (zapadła już decyzja w drugiej instancji).

Zarówno postanowienia stwierdzające uchybienie terminu do wniesienia odwołania, jak i o niedopuszczalności jego wniesienia, są ostateczne z mocy prawa²⁶. Można jednak *złożyć przeciw nim skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Jest to ważne uprawnienie, jako że te postanowienia dotyczą istotnej sprawy – istotnych interesów strony; mianowicie zamykają jej możliwość skorzystania z instancyjnej kontroli decyzji, bowiem nie dopuszczają do wszczęcia fazy rozpoznawczej w postępowaniu odwoławczym przed organem drugiej instancji*²⁷.

W kolejnej fazie postępowania odwoławczego szef ABW przeprowadza postępowanie wyjaśniające, którego przedmiotem jest ponowne rozpatrzenie sprawy, rozstrzygniętej decyzją pełnomocnika do spraw ochrony informacji niejawnych. W tym celu dokonuje oceny materiału dowodowego zebranego w postępowaniu wyjaśniającym przed organem pierwszej instancji i podejmuje działania niezbędne do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy. Na tym etapie organ odwoławczy może na żądanie osoby sprawdzanej lub z urzędu zlecić pełnomocnikowi przeprowadzenie dodatkowych czynności w celu uzupełnienia dowodów i materiałów w postępowaniu sprawdzającym lub kontrolnym postępowaniu sprawdzającym. W zleceniu takim zawsze jest szczegółowo wyjaśnione, jakie działania organ pierwszej instancji ma w tym zakresie zrealizować. Przykładem takiego zlecenia może być ustalenie, na jakim etapie jest tocząca się wobec osoby sprawdzanej sprawa sądowa, jaki zapadł w niej wyrok albo prośba o przesłanie organowi odwoławczemu orzeczenia sądu. Zdarzyć się również może, że szef ABW zleci pełnomocnikowi ochrony dokonanie ponownego sprawdzenia w Krajowym Rejestrze Karnym. Tak też zdarzyło się w sprawie, w której osoba sprawdzana poinformowała w odwołaniu, iż wyrok, wbrew informacji przekazanej przez KRK pełnomocnikowi ochrony, jest już zatarty. Dysponując w tej sprawie sprzecznymi informacjami, organ odwoławczy zlecił pełnomocnikowi ochrony ustalenie rzeczywistego stanu prawnego. Szef ABW, działając zgodnie z zasadą prawdy materialnej²⁸, może również bez pośrednictwa organu pierwszej instancji, kierować pytania do osoby sprawdzanej lub właściwych w danej sprawie podmiotów.

Postępowanie odwoławcze powinno zostać zakończone nie później, niż w ciągu trzech miesięcy od dnia, w którym wpłynęło do organu je rozpatrującego. Należy jednak pamiętać, iż wskazany przez ustawodawcę termin jest instrukcyjny, co oznacza, że jego upływ nie skutkuje nieważnością czynności podejmowanych przez organ po terminie. W przypadku nierozpatrzenia odwołania w terminie trzech miesięcy, nie można z tego tytułu stawiać organowi zarzutu przewlekłości postępowania, chyba że przekroczenie terminu ewidentnie jest wynikiem jego bezczynności (w dotychczasowej praktyce działania szefa ABW jako organu odwoławczego niedotrzymanie terminu przeznaczonego na rozpatrzenie sprawy zdarzało się naprawdę sporadycznie i było spowodowane wyłącznie realizacją czasochłonnych czynności wyjaśniających). Aby dochować wskazanego w ustawie terminu, niezwykle istotne jest, by pełnomocnicy ochrony, przesyłając organowi odwoławczemu odwołanie osoby sprawdzanej, dołączyli

²⁶ Art. 36 ust. 2 w zw. z art. 37 ust. 2 ustawy.

²⁷ *Postępowanie administracyjne*, M. Wierzbowski (red.), Warszawa 2010, C.H. Beck, s. 193.

²⁸ Art. 7 kpa: *w toku postępowania organy administracji publicznej stoją na straży praworządności i podejmują wszelkie kroki niezbędne do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz załatwienia sprawy, mając na względzie interes społeczny i słuszny interes obywateli.*

do niego całość akt postępowania sprawdzającego. Mimo tego, że taki obowiązek narzuca pełnomocnikom ochrony sam ustawodawca²⁹, bardzo często o nim zapominają. To z kolei powoduje, że szef ABW jest zmuszony monitorować o dostarczenie akt przeprowadzonej przez organ pierwszej instancji procedury (są mu one przecież niezbędne do rozpatrzenia odwołania), co nieuchronnie prowadzi do przedłużenia postępowania odwoławczego.

Prowadzona przez szefa ABW procedura może zakończyć się utrzymaniem w mocy decyzji pełnomocnika ochrony (takich rozstrzygnięć zapadło dotychczas 56 na 118 rozpatrzonych odwołań), jej uchyleniem i przekazaniem sprawy do ponownego rozpatrzenia (17) lub uchyleniem decyzji i nakazaniem wydania osobie sprawdzanej poświadczenia bezpieczeństwa (33). W przypadku odwołania od decyzji o cofnięciu poświadczenia bezpieczeństwa, szef ABW może również uchylić taką decyzję. Drugi z wymienionych sposobów zakończenia postępowania odwoławczego (przekazanie sprawy do ponownego rozpatrzenia) ustawodawca usankcjonował dopiero w nowej ustawie³⁰, niemniej jednak jeszcze pod rządami ustawy z 1999 r. szef ABW korzystał z niego w prowadzonych procedurach. Co prawda artykuł kodeksu postępowania administracyjnego, na którego podstawie organ odwoławczy uchylał wówczas decyzje pełnomocnika ochrony i przekazywał sprawę do ponownego rozpatrzenia, tj. art. 138 § 2 kpa³¹, nie był wymieniony w art. 1 ust. 4 ustawy z 1999 r.³², ale nie oznaczało to, iż istniał wyraźny zakaz jego stosowania. Możliwość powoływania się na ten przepis organ odwoławczy wywodził z założenia, że system prawa co do zasady jest zupełny. Oznacza to nie tyle, że ustawodawca rzeczywiście przewidział unormowania każdej sytuacji wymagającej rozstrzygnięcia na gruncie prawa, ile dyrektywę dla stosujących prawo, iż winni oni traktować system jako zupełny. Ustawodawca tworząc przepisy, nie jest bowiem w stanie przewidzieć wszystkich ewentualności. W rezultacie zachodzą sytuacje, których obowiązujące prawo nie normuje, mimo że istnieje taka potrzeba. Mamy wówczas do czynienia z tzw. luką prawną i dopiero po pewnym czasie, gdy działalność organów stosujących prawo dostarcza doświadczeń, wypełnia się tę lukę poprzez wydanie odpowiednich regulacji. Tak też stało się w odniesieniu do omawianej kwestii. Lukę prawną polegającą na braku możliwości uchylenia przez szefa ABW wadliwej decyzji i przekazania sprawy do ponownego rozpatrzenia wypełnił przepis art. 36 ust. 4 pkt 4 w zw. z art. 37 ust. 2³³ nowej ustawy.

Najczęstszym powodem przekazywania sprawy do ponownego rozpatrzenia było niedopełnianie przez pełnomocników ochrony wszystkich czynności postępowania

²⁹ Art. 35 ust. 3 w zw. z art. 37 ust. 2 ustawy: *Podmiot [...] jest obowiązany przesłać odwołanie wraz z aktami postępowania sprawdzającego lub kontrolnego postępowania sprawdzającego [...] w terminie 14 dni od dnia, w którym otrzymał odwołanie.*

³⁰ Art. 36 ust. 4 pkt 4 w zw. z art. 37 ust. 2 ustawy: *Szef ABW uchyla decyzję podmiotu, który przeprowadził postępowanie sprawdzające lub kontrolne postępowanie sprawdzające i przekazuje sprawę do ponownego rozpatrzenia.*

³¹ Art. 138 § 2 kpa: *Organ odwoławczy może uchylić zaskarżoną decyzję w całości i przekazać sprawę do ponownego rozpatrzenia przez organ pierwszej instancji, gdy rozstrzygnięcie sprawy wymaga uprzedniego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w całości lub w znacznej części. Przekazując sprawę organ ten może wskazać, jakie okoliczności należy wziąć pod uwagę przy ponownym rozpatrzeniu sprawy.*

³² Patrz przypis nr 17.

³³ Patrz przypis nr 27.

nia sprawdzającego. Przepisem art. 37 ust. 4 pkt 3 ustawy z 1999 r.³⁴ ustawodawca narzucił organowi prowadzącemu zwykle postępowanie sprawdzające obowiązek przeprowadzenia rozmowy z osobą sprawdzaną, jeżeli jest to konieczne na podstawie uzyskanych informacji. Pełnomocnicy ochrony nie zawsze jednak realizowali tę czynność. W sytuacji gdy w toku procedury otrzymywali informacje (np. od ABW, z KRK czy CZSW) sprzeczne z tymi, które w ankiecie bezpieczeństwa osobowego podała osoba sprawdzana, zamiast wyjaśnienia tej rozbieżności, wydawali odmowę poświadczenia bezpieczeństwa. Działanie takie musiało być uznawane przez organ odwoławczy za nieprawidłowe, gdyż podstawą wydania odmowy poświadczenia bezpieczeństwa nie może być wyłącznie powołanie się na fakt podawania przez osobę sprawdzaną informacji nieprawdziwych, konieczne w tym wypadku jest jeszcze uprawdopodobnienie, że osoba sprawdzana świadomie wprowadziła w błąd organ realizujący wobec niej procedurę sprawdzającą³⁵. Temu właśnie miał służyć, często pomijany przez pełnomocników ochrony, art. 37 ust. 4 pkt 3 ustawy z 1999 r. (dziś art. 25 ust. 5 ustawy³⁶). Innym powodem, dla którego szef ABW wydawał decyzje do ponownego rozpatrzenia sprawy, był brak uzasadnienia decyzji pierwszoinstancyjnej. Zgodnie z art. 36 ust. 4a ustawy z 1999 r. decyzja o odmowie wydania poświadczenia bezpieczeństwa powinna zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne. Jest ono bowiem integralną częścią decyzji i jego zadaniem jest wyjaśnienie rozstrzygnięcia, stanowiącego dyspozytywną część decyzji. Jak wynika z art. 107 § 3 kpa, uzasadnienie faktyczne powinno zawierać wskazanie informacji, które organ uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, oraz przyczyn, z których powodu innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej. Uzasadnienie prawne powinno natomiast zawierać wyjaśnienie podstawy prawnej decyzji z przytoczeniem przepisów prawa. Na podstawie przywołanego art. 36 ust. 4a ustawy z 1999 r. od uzasadnienia faktycznego można odstąpić lub je ograniczyć tylko w zakresie, w jakim udostępnienie informacji osobie sprawdzanej mogłoby spowodować istotne zagrożenie dla podstawowych interesów Rzeczypospolitej Polskiej, dotyczących porządku publicznego, obronności, bezpieczeństwa, stosunków międzynarodowych lub gospodarczych państwa. W przypadku niewystępowania takich okoliczności, odstąpienie od uzasadnienia uniemożliwia osobie sprawdzanej zapoznanie się z przesłankami rozstrzygnięcia. Uznając, że takie działanie ma istotny wpływ na wynik sprawy, organ odwoławczy uchylał wadliwą decyzję i zwracał sprawę do ponownego rozpatrzenia przez pełnomocnika ochrony.

Z praktyki szefa ABW jako organu odwoławczego można stwierdzić, że mniej więcej połowę stanowią sprawy, które nie budziły poważniejszych wątpliwości co do utrzymania w mocy decyzji pełnomocników ochrony. Dotyczyło to m.in. sytuacji uprawdopodobniających świadome wprowadzanie w błąd organu prowadzącego postępowanie sprawdzające w kwestii istotnych dla ochrony informacji niejawnych czy skazania osoby sprawdzanej za popełnienie czynu rzutującego na dawanie przez nią rękojmi zachowania tajemnicy (np. za przestępstwo polegające na ujawnieniu informa-

³⁴ Art. 37 ust. 4 pkt 3 ustawy z 1999 r.: *Zwykle postępowanie sprawdzające obejmuje rozmowę z osobą sprawdzaną, jeżeli jest to konieczne na podstawie uzyskanych informacji.*

³⁵ Art. 35 ust. 2 pkt 2 ustawy z 1999 r.: *W toku postępowania sprawdzającego ustala się, czy istnieją wątpliwości dotyczące ukrywania lub świadomego niezgodnego z prawdą podawania przez osobę sprawdzaną w postępowaniu sprawdzającym informacji mających znaczenie dla ochrony informacji niejawnych.*

³⁶ Art. 25 ust. 5: *Jeżeli jest to konieczne w wyniku uzyskanych informacji, zwykle postępowanie sprawdzające obejmuje ponadto rozmowę z osobą sprawdzaną.*

cji niejawnych). Bywały jednak również i takie sprawy, gdzie podjęcie rozstrzygnięcia szefa ABW nie było takie oczywiste. Jedną z takich sytuacji zdarzyła się przy rozpatrywaniu odwołania od decyzji odmawiającej wydania poświadczenia bezpieczeństwa w związku z zatajeniem informacji o toczącym się wobec sprawdzanego postępowaniu karnym i skazaniu go za popełnienie przestępstwa umyślnego ściganego z oskarżenia publicznego. W tej sprawie osoba sprawdzana w ankiecie bezpieczeństwa osobowego nie poinformowała o toczącym się wobec niej postępowaniu karnym. Kiedy pełnomocnik ochrony uzyskał wiedzę na ten temat, sprawdzany potwierdził prowadzenie wobec niego śledztwa (dostarczył również wszystkie dokumenty z nim związane). Jednocześnie wyjaśnił, że powodem nieujawniania tej informacji był fakt, iż w momencie wypełniania ankiety postępowanie karne było zawieszona. W związku z tym, zgodnie ze zrozumieniem pytania zawartego w pkt 11 ankiety³⁷ oraz ówczesną wiedzą, sprawdzany potraktował zawieszona postępowanie jako de facto nietoczące się i dlatego na przedmiotowe pytanie udzielił negatywnej odpowiedzi. W swojej decyzji szef ABW wyjaśnił, że co prawda zawieszenie postępowania stanowi wstrzymanie jego biegu, gdy kwestia odpowiedzialności nie została jeszcze rozstrzygnięta, jednak postanowienie o zawieszeniu postępowania nie jest orzeczeniem kończącym postępowanie, a jedynie decyzją wydaną w związku z czasową (długotrwałą) przeszkodą uniemożliwiającą prowadzenie postępowania. Dlatego też zawieszenie postępowania, pomimo tego, iż w danym momencie rzeczywiście nie są realizowane żadne jego czynności, nie oznacza, że się ono nie toczy. O takim postępowaniu należy więc informować w wypełnianej w postępowaniu sprawdzającym ankiecie bezpieczeństwa osobowego. Mając to na uwadze, organ odwoławczy uznał, iż sprawdzany bez wątpienia miał obowiązek poinformowania o toczącym się wobec niego – choć zawieszonym – postępowaniu karnym. Jednocześnie szef ABW podkreślił, że w jego ocenie z wyjaśnień udzielonych przez osobę sprawdzaną wynikał brak świadomego działania w zatajeniu tej informacji. Zaznaczył ponadto, że wszczęte wobec sprawdzanego postępowanie karne, w momencie wypełniania ankiety bezpieczeństwa osobowego, było zawieszona już od półtora roku i przez ten okres nie były realizowane żadne czynności. Mogło to zatem, zdaniem organu odwoławczego, przesądzić o potraktowaniu go przez sprawdzanego jako de facto nietoczącego się. W zweryfikowaniu słuszności tej interpretacji z pewnością nie pomógł sprawdzanemu brak w ankiecie informacji na temat tego, jak należy rozumieć pytanie o „aktualnie toczące się postępowanie o ukaranie za przestępstwa lub wykroczenia”. W związku z tym szef ABW uznał, że udzielone przez sprawdzanego szczegółowe wyjaśnienia, nie uprawdopodobniają jego świadomego działania. Przesądzenie przez organ odwoławczy, iż w tej sprawie nie zachodzą przesłanki z art. 37 ust. 8 ustawy z 1999 r.³⁸ nie oznaczało jednak, że pełnomocnik ochrony podjął niemającą podstaw prawnych decyzję. Zgodnie bowiem z art. 37 ust. 9 ustawy z 1999 r. organ prowadzący postępowanie sprawdzające mógł również odmówić wydania poświadczenia bezpieczeństwa, jeżeli osoba sprawdzana została skazana prawomocnym wyrokiem za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego, także popełnione za granicą. A tak było

³⁷ Punkt 11 ankiety bezpieczeństwa osobowego, stanowiącej załącznik do ustawy z 1999 r. – *Czy aktualnie toczą się wobec Pana (-i) postępowania o ukaranie za przestępstwo lub wykroczenia, o których Panu (-i) wiadomo?*

³⁸ Art. 37 ust. 8 ustawy z 1999 r.: *Pełnomocnik ochrony lub służba ochrony państwa, w przypadkach określonych w ust. 2 i 3, odmawiają wydania poświadczenia bezpieczeństwa, jeżeli osoba sprawdzana świadomie podała w ankiecie nieprawdziwe lub niepełne dane, albo gdy nie zostaną usunięte wątpliwości, o których mowa w art. 35 ust. 2.*

w tej sprawie. Sprawdzany bowiem został prawomocnym wyrokiem sądu uznany winnym zarzucanego mu czynu i skazany na podstawie art. 286 § 1 kk w zb. z art. 270 § 1 kk w zw. z art. 11 § 2 kk. Charakter popełnionego przez niego czynu, tj. posłużenie się w celu osiągnięcia korzyści majątkowych sfałszowanym dokumentem, z pewnością nie pozostał bez wpływu na ocenę dawania przez niego rękojmi zachowania tajemnicy. Mając to wszystko na uwadze, szef ABW, pomimo braku potwierdzenia zarzucanego sprawdzanemu świadomego wprowadzenia w błąd organu prowadzącego postępowanie sprawdzające, utrzymał w mocy decyzję pełnomocnika ochrony odmawiającą wydania mu poświadczenia bezpieczeństwa.

Ustawa przewiduje jeszcze jeden rodzaj rozstrzygnięcia organu odwoławczego, mianowicie stwierdzenie nieważności decyzji pełnomocnika ochrony. Zdaniem autora artykułu, umieszczenie tego przepisu w katalogu rozstrzygnięć podejmowanych w postępowaniu odwoławczym jest nietrafne. Bezdyskusyjnie zgodzić się trzeba z tym, że szef ABW może podjąć rozstrzygnięcie, którym stwierdzi nieważność decyzji organu pierwszej instancji, ale nie powinien tego robić w postępowaniu odwoławczym. Stwierdzić nieważność decyzji można bowiem tylko w nadzwyczajnym postępowaniu administracyjnym i w przypadkach ściśle określonych w kpa. Jeżeli natomiast strona wnosi odwołanie od decyzji organu pierwszej instancji, organ wyższego stopnia uzyskuje przymiot organu odwoławczego i obowiązany jest dokonać ponownego rozpatrzenia sprawy pod względem merytorycznym. Usunięcie kwalifikowanej wadliwości decyzji administracyjnej w postępowaniu odwoławczym następuje w ramach kompetencji przyznanych organowi drugiej instancji w art. 138 kpa³⁹, wśród których nie przewidziano jednakże możliwości stwierdzenia nieważności decyzji.

Stwierdzenie nieważności decyzji wymaga bowiem wszczęcia odrębnego postępowania administracyjnego w tym przedmiocie, a zatem nie może być dokonane w toku postępowania odwoławczego, nawet w sytuacji gdy organ odwoławczy ustalił, że decyzja dotknięta jest jedną z kwalifikowanych wad wskazanych w art. 156 § 1 kpa⁴⁰. Kodeks wyróżnia siedem przesłanek stwierdzenia nieważności, odnoszących się do wadliwego stosowania prawa materialnego. W myśl art. 156 § 1 kpa: *Organ administracji publicznej stwierdza nieważność decyzji, która:*

- 1) *wydana została z rażącym naruszeniem przepisów o właściwości,*
- 2) *wydana została bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa,*
- 3) *dotyczy sprawy już poprzednio rozstrzygniętej inną decyzją ostateczną,*
- 4) *została skierowana do osoby niebędącej stroną w sprawie,*
- 5) *była niewykonalna w dniu jej wydania i jej niewykonalność ma charakter trwały,*
- 6) *w razie jej wykonania wywołałaby czyn zagrożony karą,*
- 7) *zawiera wadę powodującą jej nieważność z mocy prawa.*

Decyzja dotknięta najpoważniejszymi wadami nie może jednak być konwalidowana, a wymogi pewności obrotu prawnego nakazują stwierdzenie jej wadliwości z mocą wsteczną od chwili wydania. Na skutek poważnego naruszenia prawa decyzja istnieje bowiem jedynie pozornie, a stwierdzenie nieważności wynika z konieczności obalenia domniemania zgodności z prawem orzeczenia, które wywołuje skutki prawne do chwili stwierdzenia, w przepisanej formie jego nieważności⁴¹.

³⁹ W postępowaniu sprawdzającym szef ABW wydaje decyzje na podstawie art. 36 ust. 4 w zw. z art. 37 ust. 2 ustawy.

⁴⁰ *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2011, C.H. Beck, s. 848.

⁴¹ *Postępowanie administracyjne...*, s. 226.

Mając na uwadze merytoryczny zakres artykułu, ograniczający się do zagadnienia prowadzonego przez szefa ABW postępowania odwoławczego, autor nie będzie szczegółowo omawiać przesłanek stwierdzenia nieważności decyzji dotkniętych najpoważniejszymi wadami oraz możliwych w tym zakresie rozstrzygnięć.

Jednocześnie należy odróżnić tryb stwierdzenia nieważności od nowej instytucji, wprowadzonej ustawą w postępowaniu sprawdzającym, jaką jest możliwość jego wznowienia. *Wznowienie postępowania jest instytucją procesową, która ma na celu stworzenie prawnej możliwości ponownego rozpatrzenia i rozstrzygnięcia sprawy administracyjnej zakończonej decyzją ostateczną, w sytuacji gdy postępowanie administracyjne prowadzące do wydania tej decyzji było dotknięte kwalifikowaną wadą prawną. Wada, którą dotknięte jest postępowanie, jest kwalifikowana poprzez wyrażne wyartykułowanie jej w przepisach prawa procesowego*⁴². W ustawie wskazane zostały dwie przesłanki uzasadniające możliwość wznowienia postępowania sprawdzającego lub kontrolnego postępowania sprawdzającego. Są nimi: umorzenie postępowania karnego lub zakończenie go uniewinnieniem osoby sprawdzanej. Jeżeli zatem postępowanie sprawdzające zostało zakończone ostateczną decyzją⁴³ o odmowie wydania poświadczenia bezpieczeństwa (albo jego cofnięciem w kontrolnym postępowaniu sprawdzającym) w związku z przedstawieniem osobie sprawdzanej zarzutu popełnienia przestępstwa, postawieniem jej w stan oskarżenia lub skazaniem za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego lub umyślne przestępstwo skarbowe, a zajmą powyższe przesłanki – istnieje możliwość wznowienia postępowania sprawdzającego. Decyzja wydana w toku takiej procedury – niezależnie od tego, czy jest ona realizowana przez pełnomocnika ochrony, szefa ABW lub SKW, lub też Prezesa Rady Ministrów⁴⁴ – jest decyzją pierwszoinstancyjną. Tak więc – w związku z obowiązującą w postępowaniu sprawdzającym zasadą dwuinstancyjności – osoba sprawdzana może złożyć od niej odwołanie. Uprawnienie to przysługuje jednak tylko w sytuacji, gdy rozstrzygnięciem wznowionego postępowania jest decyzja odmawiająca uchylecia decyzji poprzedniej bądź decyzja o odmowie wznowienia postępowania. Szef ABW jest wówczas organem odwoławczym od decyzji podjętych w postępowaniu wznowieniowym przez pełnomocników ochrony. Zarówno tryb złożenia omawianego środka prawnego, jak i termin obligujący do realizacji takiej czynności jest taki sam jak w przypadku odwołań składanych od pozostałych decyzji kończących postępowanie sprawdzające.

Rozstrzygnięcia w postępowaniu odwoławczym podejmuje szef ABW, ale może czynić to również jeden z jego zastępców, upoważniony na podstawie pisemnej decyzji szefa ABW⁴⁵ w zakresie rozstrzygania zażaleń i odwołań dotyczących postępowań, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1⁴⁶, oraz odwołań i wniosków o ponowne rozpatrze-

⁴² Tamże, str. 767.

⁴³ Decyzja ostateczna to taka, od której nie służy odwołanie w administracyjnym toku instancji (decyzje wydane przez organ drugiej instancji wskutek rozpoznania środka prawnego, decyzje wydane przez organ pierwszej instancji, co do których upłynął już termin do złożenia odwołania i nie został przywrócony, oraz decyzje ostateczne z mocy przepisów szczególnych).

⁴⁴ Postępowanie wznowieniowe realizuje organ, którego decyzja kończyła sprawę w instancji.

⁴⁵ *Decyzja nr 211 Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego z dnia 27 grudnia 2010 r. w sprawie upoważnienia do podejmowania niektórych decyzji i wykonywania czynności związanych z nadzorowaniem funkcjonowania systemu ochrony informacji niejawnych* (Dz.Urz. ABW r. Nr 4, poz. 10, z późn. zm.).

⁴⁶ Art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy: *W zależności od stanowiska lub wykonywania czynności zleconych, o które ubiega się osoba, zwana osobą sprawdzaną, przeprowadza się zwykle postępowanie sprawdzające – przy stanowiskach i pracach związanych z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli poufnej, z zastrzeżeniem pkt 2 lit. b-d.*

nie sprawy, o których mowa w art. 41 ust. 2 i 4⁴⁷ ustawy – do wydawania postanowień i decyzji wynikających z przepisów ustawy i kpa. Zarówno decyzje, jak i postanowienia wydawane przez organ odwoławczy zawierają elementy niezbędne dla tego rodzaju aktu administracyjnego⁴⁸. Dodatkowo, w związku z tym, że adresaci tych rozstrzygnięć mogą je zaskarżać do wojewódzkiego sądu administracyjnego, konieczne jest, by były one doręczane (a nie przekazywane) osobie sprawdzanej. Praktyka wskazuje, że preferowanym sposobem doręczania decyzji szefa ABW jest przesyłanie ich pocztą za zwrotnym potwierdzeniem odbioru. Jednak nie sposób doręczania decyzji i postanowień jest istotny, ważne jest uzyskanie potwierdzenia dokonania tej czynności przez ich adresatów. W terminie 30 dni od doręczenia decyzji lub postanowienia osoba sprawdzana może bowiem zaskarżyć je do wojewódzkiego sądu administracyjnego. Zgodnie z zasadą, iż do rozpoznania sprawy właściwy jest wojewódzki sąd administracyjny, na którego obszarze właściwości ma siedzibę organ administracji publicznej, którego działalność została zaskarżona⁴⁹, odpowiednim do rozstrzygania skarg osób sprawdzanych jest Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie (w związku z tym, że Szef Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego ma swoją siedzibę w Warszawie). Sąd administracyjny rozpoznaje sprawę na posiedzeniu niejawnym, na który *wstęp mają tylko osoby wezwane. Z posiedzenia takiego sporządza się notatkę urzędową, jeżeli nie wydano orzeczenia, Sąd nie może skierować na posiedzenia jawne sprawy, która na mocy ustaw szczególnych (jak ustawa o ochronie informacji niejawnych) podlega rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym. Odmienna interpretacja byłaby sprzeczna z celem, jaki przyświecał ustawodawcy, gdy przyjmował unormowania szczególne*⁵⁰. Od wyroku WSA w Warszawie stronom postępowania (osobie sprawdzanej i szefowi ABW) przysługuje prawo złożenia skargi kasacyjnej do Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Dotychczas w procedurze postępowania sprawdzającego organu odwoławczego, do WSA zostały zaskarżone 33 decyzje szefa ABW. W zdecydowanej większości spraw, bo aż w 26, sąd oddalił skargi osób sprawdzanych, uznając skarżone rozstrzygnięcia za prawidłowe. Dwa orzeczenia WSA zostały jeszcze zaskarżone do Naczelnego Sądu Administracyjnego, jednak w obu przypadkach sąd nie przychylił się do żądań osób sprawdzanych. Ciekawe rozstrzygnięcie zapadło w WSA w maju 2011 r. Sąd stwierdził nieważność decyzji szefa ABW i utrzymanej nią w mocy decyzji wydanej przez zastępcę pełnomocnika ochrony. Podstawą takiego rozstrzygnięcia był brak umocowania zastępcy pełnomocnika ochrony do podejmowania i podpisywania decyzji

⁴⁷ Art. 41 ust. 2 ustawy: *Od decyzji pełnomocnika ochrony o odmowie wznowienia postępowania, o którym mowa w art. 23 ust. 1 i art. 60 ust. 2, oraz od decyzji pełnomocnika ochrony o odmowie uchylecia decyzji wydanej w wyniku postępowania, o którym mowa w art. 23 ust. 1 i art. 60 ust. 2, osobie sprawdzanej przysługuje odwołanie odpowiednio do Szefa ABW lub Szefa SKW*; ust. 4: *Od decyzji Szefa ABW albo Szefa SKW o odmowie wznowienia postępowania, o którym mowa w art. 37, oraz od decyzji Szefa ABW lub Szefa SKW o odmowie uchylecia decyzji wydanej w wyniku postępowania, o którym mowa w art. 37, nie służy odwołanie, jednakże osoba sprawdzana niezadowolona z decyzji może zwrócić się odpowiednio do Szefa ABW albo Szefa SKW z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy.*

⁴⁸ Art. 36 ust. 5 ustawy: *Decyzja powinna zawierać w szczególności oznaczenie organu, datę wydania, oznaczenie osoby sprawdzanej, powołanie podstawy prawnej, rozstrzygnięcie oraz uzasadnienie faktyczne i prawne, pouczenie o dopuszczalności i terminie wniesienia skargi do sądu administracyjnego, podpis, z podaniem imienia i nazwiska oraz stanowiska służbowego osoby upoważnionej do jej wydania.*

⁴⁹ Art. 13 § 2 Ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi* (Dz.U. z 2012, poz. 270 z późn. zm.).

⁵⁰ S. Hoc, *Ustawa o ochronie informacji niejawnych. Komentarz*, Warszawa 2010, LexisNexis, s. 210–211.

w postępowaniu sprawdzającym. W orzeczeniu sąd podkreślił, że przepis art. 107 § 1 kpa, określający składniki decyzji administracyjnej, wymienia wśród nich oznaczenia organu administracji publicznej oraz podpis z podaniem imienia i nazwiska oraz stanowiska służbowego osoby upoważnionej do wydania decyzji. Organem administracji publicznej, w rozumieniu ustawy o ochronie informacji niejawnych, jest pełnomocnik ochrony, który zgodnie z art. 37 ust. 1 ustawy z 1999 r. przeprowadza zwykle postępowanie sprawdzające⁵¹. Dalej organ orzekający zaznaczył, że co prawda na podstawie art. 268a kpa organ administracji publicznej może w formie pisemnej upoważniać pracowników kierowanej jednostki organizacyjnej do załatwiania spraw w jego imieniu w ustawowym zakresie, a zwłaszcza do wydawania decyzji administracyjnych, postanowień i zaświadczeń, jednak w rozpatrywanej sprawie takiego upoważnienia nie ma. Jego brak powoduje z kolei, że decyzja podjęta przez zastępcę pełnomocnika ochrony dotknięta jest wadą nieważności określoną w art. 156 § 1 pkt 2 kpa⁵². W konsekwencji również decyzja szefa ABW, która utrzymała w mocy decyzję nieważną, także jest dotknięta wadą nieważności wskazaną w art. 156 § 1 pkt 2 kpa⁵³. Mając na uwadze powyższy wyrok, należy zwrócić szczególną uwagę na prawidłowe upoważnianie osób podejmujących i podpisujących decyzje organu administracji publicznej.

Podsumowując powyższe rozważania, podkreślić przede wszystkim należy trafność wprowadzenia do postępowania sprawdzającego zasady dwuinstancyjności. Nie może bowiem w państwie prawa być tak, że arbitralne decyzje organu administracji publicznej są niewzruszalne. Istnieje przecież konstytucyjne prawo do zaskarżania orzeczeń (art. 78 Konstytucji RP), a zatem musi ono być respektowane również w postępowaniu sprawdzającym. Doświadczenia szefa ABW jako organu drugiej instancji wskazują, że możliwość składania przez osoby sprawdzane odwołań od decyzji podejmowanych przez pełnomocników ochrony, niejednokrotnie przyczyniała się do zmiany zapadłego wcześniej rozstrzygnięcia. Nie ulega wątpliwości, że postępowanie odwoławcze zmieniło się na przestrzeni dziesięciu lat jego funkcjonowania. Wydaje się jednak, iż każda opisana przez autora jego innowacja była *in plus* dla osoby sprawdzanej. Statystyka orzeczeń sądowych zapadłych w wyniku skarg na decyzje szefa ABW wskazuje natomiast, że organ odwoławczy w zdecydowanej większości podejmuje prawidłowe rozstrzygnięcia. Miejmy nadzieję, że kolejna dekada nie przyniesie niepożądanych zmian.

Dane przedstawiające wyniki postępowań odwoławczych prowadzonych przez szefa ABW i postępowań skargowych dotyczących decyzji Szefa ABW jako organu II instancji oraz dane dotyczące podstaw negatywnych decyzji pełnomocników ochrony występujących w postępowaniach podlegających procedurze odwoławczej zawierają poniżej przedstawione zestawienia.

⁵¹ Wyrok WSA w Warszawie sygn. akt II S.A./Wa 626/11.

⁵² Patrz przypis nr 31.

⁵³ Tamże.

Tab. 1. Odwołania do szefa ABW od decyzji pełnomocnika ochrony (według daty odwołania).

Rok	Liczba odwołań	Decyzje szefa ABW dotyczące odwołań od decyzji pełnomocników ochrony		
		zakwestionowanie decyzji pełnomocnika ochrony ⁵⁴	utrzymanie w mocy decyzji pełnomocnika ⁵⁵	formalna ocena odwołania ⁵⁶
2001	16	3	7	6
2002	23	6	14	3
2003	9	6	2	1
2004	12	6	5	1
2005	9	4	3	2
2006	8	1	5	2
2007	10	2	3	5
2008	8	3	2	3
2009	11	1	7	3
2010	9	1	7	1
2011	3	0	1	2
Razem	118	33	56	29

Źródło: obliczenia własne.

Tab. 2. Skargi na decyzje szefa ABW jako organu II instancji (według daty odwołania).

Rok	Skargi na decyzje szefa ABW	Orzeczenia sądu administracyjnego dotyczące decyzji szefa ABW	
		wyroki uchylające lub unieważniające decyzje szefa ABW	wyroki oddalające skargi na decyzje szefa ABW
2001	4	1	3
2002	11	1	10
2003	0	0	0
2004	4	1	3
2005	2	1	1
2006	4	0	4
2007	3	1	2
2008	1	0	1
2009	2	1	1
2010	2	1	1
2011	0	0	0
Razem	33	7	26

Źródło: obliczenia własne.

⁵⁴ Decyzje o nakazie wydania poświadczenia.⁵⁵ Decyzje o utrzymaniu w mocy decyzji pełnomocnika ochrony.⁵⁶ Postanowienia o uchybieniu terminu do wniesienia odwołania lub niedopuszczalności odwołania albo decyzje o uchyleniu decyzji pełnomocnika i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania.

Tab. 3. Ustawowe podstawy decyzji pełnomocników ochrony w postępowaniach sprawdzających objętych procedurami odwoławczymi toczącymi przed szefem ABW.

Podstawy decyzji pełnomocników ochrony w procedurach rozpatrywanych przez szefa ABW														
Rok	A	B	C	D	E	F	Z	H	N	R	J	K	L	Razem
2001	0	0	1	0	0	2	1	1	4	6	0	0	1	16
2002	0	2	0	0	0	0	12	0	2	3	0	4	0	23
2003	0	0	0	0	0	0	8	0	0	0	0	1	0	9
2004	0	5	0	0	0	0	0	0	6	0	0	1	0	12
2005	0	3	0	0	0	1	0	0	2	1	1	1	0	9
2006	0	5	2	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	8
2007	0	4	0	0	0	0	0	0	3	0	1	0	2	10
2008	0	1	1	0	0	0	0	0	0	0	2	0	4	8
2009	0	0	2	0	0	0	0	0	6	0	0	0	3	11
2010	0	0	2	0	0	0	0	0	4	0	1	0	2	9
2011	0	0	1	0	0	0	0	0	2	0	0	0	0	3
Razem	0	20	9	0	1	3	21	1	29	10	5	7	12	118

Objaśnienie do tabeli:

A – wątpliwości dotyczące uczestnictwa, współpracy lub popierania działalności szpiegowskiej, terrorystycznej albo innej wymierzonej przeciwko RP;

B – wątpliwości dotyczące ukrywania lub świadomego niezgodnego z prawdą podawania informacji mających znaczenie dla ochrony informacji niejawnych;

C – wątpliwości dotyczące występowania okoliczności powodujących ryzyko jej podatności na szantaż lub wywieranie presji;

D – wątpliwości dotyczące przestrzegania porządku konstytucyjnego RP (uczestnictwa lub współpracy z organizacjami, o których mowa w art. 13 Konstytucji);

E – wątpliwości dotyczące zagrożenia ze strony obcych służb specjalnych w postaci prób werbunku lub nawiązania z nią kontaktu;

F – wątpliwości dotyczące właściwego postępowania z informacjami niejawnymi;

Z – wątpliwości, o których mowa w art. 35 ust. 2 (do 2005 r. decyzja nie musiała zawierać uzasadnienia faktycznego i pełnomocnicy w decyzjach podawali tylko podstawę formalną);

H – wątpliwości związane z ewentualnymi informacjami o chorobie psychicznej lub innych zakłóceniach czynności psychicznych;

N – negatywna opinia ABW (UOP);

R – wydano decyzje bez faktycznego przeprowadzenia postępowania sprawdzającego (np. osoba sprawdzana nie wypełniła ankiety bezpieczeństwa);

J – skazanie prawomocnym wyrokiem za przestępstwo umyślne ścigane z oskarżenia publicznego, także popełnione za granicą;

K – brak możliwości przeprowadzenia skutecznego postępowania sprawdzającego z przyczyn niezależnych od tego organu prowadzącego postępowanie;

L – świadome podanie nieprawdziwych lub niepełnych danych w ankiecie.

Streszczenie

Postępowanie sprawdzające realizowane na podstawie *Ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych* (Dz.U. Nr 182, poz. 1228) jest procedurą dwuinstancyjną. Od decyzji wydawanych przez pełnomocników ochrony jednostek znajdujących się w obszarze pozostającym we właściwości Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego organem drugiej instancji jest szef ABW. Analiza przepisów dotyczących ochrony informacji niejawnych minionej dekady wskazuje jednak, że procedura sprawdzająca nie od początku rządziła się takimi prawami. Początkowo (w pierwotnej wersji ustawy z 1999 r.) w ogóle nie było możliwości odwoływania się od niekorzystnych rozstrzygnięć organów ją realizujących. Kolejne zmiany przepisów przyniosły nowe możliwości weryfikacji decyzji zapadających w toku postępowania sprawdzającego. Obecnie procedura, w związku z tym, iż w treści ustawy zostało unormowanych wiele przepisów stricte proceduralnych, a ponadto w kwestiach w niej nieuregulowanych stosuje się przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego, od strony formalnej jest bardzo zbliżona do obowiązującej przy wydawaniu decyzji administracyjnych.

Dziesięć lat funkcjonowania przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych jest również dobrym pretekstem do przeanalizowania przesłanek stanowiących podstawę decyzji rozpatrywanych przez Szefa ABW – organu drugiej instancji oraz dokonania statystyki rozstrzygnięć podejmowanych w procedurze odwoławczej i skargowej.

Abstract

Vetting procedure conducted according to the *Classified Information Protection Act of 5 August 2010* (Journal of Laws No. 182, item 1228) is a two-stage procedure. The second instance authority for decisions made by security officers of units within the ABW's statutory powers is the Head of the ABW. However, the analysis of regulations relative to the classified information protection in the last decade indicates that in the past vetting procedure was regulated differently. Initially (in the original version of the Act of 1999), there was no possibility of appeal against adverse decisions of authorities implementing the above-mentioned Act. Subsequent changes in legislation have produced new possibilities of verification of the decisions taken in the course of vetting procedure. The current procedure is – considering its formal aspects – very similar to the procedure of issuing administrative decisions, as the Act specifies many procedural regulations. Moreover, issues not regulated by the mentioned Act are subject to the Code of Administrative Proceedings.

The ten years of application of the *Classified Information Protection Act* is also a good reason to explore the conditions on which the decisions are considered by the Head of ABW as the authority of the second instance. It is also a good reason to produce statistics on the decisions taken in the course of complaint and appeal procedures.