

Rozdział I. Materialne i formalne przesłanki tajemnic publicznoprawnych

Prof. UKSW dr hab. Małgorzata Jaśkowska

§ 1. Wprowadzenie

Z uwagi na brak jednoznacznej definicji tajemnicy i jej stosunku do pojęcia ograniczenia jawności, a także rozróżnienia tajemnic publicznoprawnych i prywatnoprawnych istotne było, przed przystąpieniem do badania orzecznictwa w zakresie publicznoprawnych ograniczeń jawności, określenie sposobu, w jakim terminy te będą używane. Wpływa to bowiem na zakres i przedmiot badań.

Ograniczenie jawności może być z jednej strony traktowane jako coś, co jest trzymane w tajemnicy¹, a zatem jest czymś, co ukrywamy przed innymi ludźmi bądź co stanowi czyjąś tajemnicę, czego nie wolno nam ujawniać i wykorzystywać². W takim rozumieniu pojęcia te mogą być traktowane jako tożsame, dotyczą bowiem tego samego przedmiotu. W innym znaczeniu tajemnica jest efektem ograniczenia jawności, stanowi jego przejaw. Jest to wiadomość, której poznanie lub ujawnienie jest zakazane³. Pojęcia te nie są wówczas synonimami. Ograniczenie jawności stanowi bowiem metodę, formę, a nawet przyczynę utajnienia. Może mieć charakter prawny i pozaprawny, a więc stanowić skutek trudności organizacyjno-technicznych w udostępnieniu jakichś informacji. Przykładowo art. 3 ust. 1 pkt 1 DostInfPublU stanowi przykład ograniczenia jawności w odniesieniu do informacji przetworzonej, mimo że informacja ta nie jest objęta tajemnicą. Podobnie według art. 23f ust. 2 DostInfPublU, podmioty zobowiązane nie są zobligowane do opracowywania, w szczególności przetworzenia, informacji publicznej w celu jej ponownego wykorzystywania oraz dostarczania z nich wyciągów, jeżeli spowoduje to konieczność podjęcia nieproporcjonalnych działań przekraczających proste czynności.

¹ Słownik języka polskiego PWN, t. 2, s. 160–161.

² Słownik języka polskiego PWN, t. 5, s. 327.

³ Zob. <http://sjp.pwn.pl/szukaj/tajemnica>.

Tajemnica prawnie chroniona oznaczać zatem będzie zakres informacji, których ujawnienie jest zakazane przez prawo. W takim znaczeniu będą też dalej używane te pojęcia, co oznacza m.in., że terminowi „ograniczenie jawności” będzie przypisywany szerszy zakres niż pojęciu tajemnicy. Każda tajemnica publicznoprawna stanowi zatem ograniczenie jawności, ale nie każde prawne ograniczenie jawności będzie stanowić tajemnicę publicznoprawną. Ograniczenie jawności może występować bowiem również wtedy, gdy ustawodawca nie formułuje tajemnicy, mimo że skutki dla obywatela wnoszącego o udzielenie informacji wydają się zbliżone. Stąd też przedmiotem badań zespołu nie są tylko ściśle rozumiane tajemnice, lecz także inne publicznoprawne ograniczenia jawności, pociągające za sobą podobne rezultaty.

Po drugie, niejasne jest kryterium rozróżnienia tajemnic publicznoprawnych i prywatnoprawnych. Nie można za takowe przyjąć podstawy utajnienia i stwierdzać, że z tajemnicą publicznoprawną mamy do czynienia wówczas, gdy jej podstawą jest ustawa, natomiast z tajemnicą prywatnoprawną – gdy jej podstawę stanowi umowa. Przesłanki materialne takich tajemnic wyznacza bowiem zawsze ustawa, a dopiero w jej wykonaniu – umowa. W przypadku np. tajemnicy przedsiębiorcy, do której odsyła art. 5 DostInfPublU, z jednej strony wynika ona z art. 11 ust. 4 ZNKU, z drugiej zaś – czynności utajniające informacje mogą przybierać formę umowy.

Nie może także stanowić takiego kryterium to, do jakiego działu prawa – publicznego czy prywatnego – należy ustawa regulująca określoną tajemnicę. Tajemnice wymieniane w art. 5 DostInfPublU stanowią bowiem zawsze przedmiot zainteresowań prawa publicznego, gdyż ograniczają publiczne prawo podmiotowe do informacji publicznej. W przepisie tym mowa jest zaś zarówno o ochronie informacji niejawnych, jak i o innych tajemnicach ustawowo chronionych, w tym tajemnicy przedsiębiorcy i ochronie prywatności.

Stąd dla potrzeb badań przyjęto rozumienie tajemnic publicznoprawnych w znaczeniu tych, które ograniczają publiczne prawo do informacji i podlegają kontroli ze strony sądów administracyjnych na podstawie art. 21 DostInfPublU.

Lektura dostarczonych materiałów z poprzednich zespołów działających w ramach grantu, jak i wstępna analiza orzecznictwa pozwalają zauważyć, że przy konstruowaniu tajemnic mamy zazwyczaj do czynienia z dwoma elementami czy też przesłankami: materialnymi i formalnymi⁴. Pierwsze z nich, niezależnie od sposobu konstruowania, są z reguły bardziej widoczne, gdyż wyznacza je ustawodawca. Drugie natomiast mogą być mniej dostrzegalne, ponieważ ele-

⁴ Na istnienie tych dwóch rodzajów przesłanek wskazywałam już w artykule „Dostęp do informacji publicznej”, s. 15–16 oraz 22–23.

ment ukrycia informacji, forma jej utajnienia może wynikać nie tylko z przepi-
sów prawa, niekiedy więc nie wystarcza tutaj jedynie wola ustawodawcy.

Istnienie tych dwóch rodzajów łącznie pozwala dopiero na stwierdzenie wy-
stąpienia tajemnicy prawnie chronionej jako metody ograniczenia jawności, co
podkreślano wyraźnie w orzecznictwie, w szczególności w stosunku do infor-
macji niejawnych, jak i tajemnicy przedsiębiorcy.

I tak, na konieczność istnienia obu elementów zwrócił uwagę NSA w wyro-
ku z 19.3.2013 r.⁵, wskazując jednocześnie, że dopiero nadanie informacji speł-
niającej warunki materialne odpowiedniej klauzuli tajności wyłącza powszech-
ny dostęp do niej. Podobnie rozróżnienie przesłanek materialnych i formalnych
akcentował na tle ochrony informacji niejawnych NSA w wyroku z 26.3.2013 r.⁶.
W odniesieniu do tajemnicy przedsiębiorcy na te dwa elementy zwracano uwa-
gę w wyroku NSA z 6.3.2013 r.⁷, z 5.4.2013 r.⁸ czy z 12.6.2013 r.⁹. W odniesieniu
do wielu tajemnic trudno jest jednak wskazać na rozróżnianie w orzecznictwie
przesłanek utajnienia, Sąd poprzestawał bowiem wyłącznie na ich przywołaniu,
a w uzasadnieniu orzeczeń brak jest głębszej merytorycznej analizy, która po-
zwalałaby prześledzić tok rozumowania składu orzekającego i stosowane kryte-
ria kontroli.

Tezy, że na tajemnice publicznoprawne składają się zarówno element mate-
rialny, jak i formalny, nie zmienia fakt, że ustawodawca może przypisywać im
różną wagę. I tak, w przypadku informacji niejawnych już spełnienie przesłanek
materialnych pociąga za sobą określone skutki w postaci zakazu wynikającego
z art. 4 OchrInfNiejU. Zgodnie z art. 4 ust. 1 OchrInfNiejU, informacje wska-
zane w art. 1, czyli niejawne, mogą być udostępnione wyłącznie osobie dającej
rękojmię zachowania tajemnicy i tylko w zakresie niezbędnym do wykonywa-
nia przez nią pracy lub pełnienia służby na zajmowanym stanowisku albo wy-
konywania czynności zleconych. Dlatego osoba, która zaniecha klasyfikacji lub
dokona jej nieprawidłowo, poniesie z tego tytułu odpowiedzialność¹⁰. Szersza
postać ochrony, mająca charakter powszechny, odnosi się natomiast do infor-
macji niejawnych, którym nadano klauzulę tajności. Z kolei na podstawie usta-
wy – Ordynacja podatkowa nadanie informacji klauzuli „tajemnica skarbowa”
nie ma żadnego znaczenia poza informacyjnym. Wynika to z art. 299a OrdPod,
który wskazuje, że akta, o których mowa w art. 298 OrdPod, i dokumenty za-

⁵ I OSK 2857/12, Legalis. Cytowane w monografii orzeczenia sądów administracyjnych, o ile nie
wskazano inaczej są dostępne w CBOŚA, pod adresem: <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

⁶ I OSK 2863/12, Legalis.

⁷ I OSK 3076/12.

⁸ I OSK 190/13, Legalis.

⁹ I OSK 455/13.

¹⁰ T. Szewc, *Ochrona informacji niejawnych*, s. 115–117.

wierające informacje, o których mowa w art. 299 OrdPod, przekazywane organom i osobom wymienionym w art. 298 pkt 4–7 oraz art. 299 § 2–4 OrdPod oznacza się klauzulą „tajemnica skarbową”, brak takiej klauzuli nie oznacza jednak, że informacje nie są objęte ochroną skarbową. Wskazał to NSA w postanowieniu z 3.9.2013 r.¹¹, podkreślając, że zakres tajemnicy wynika z mocy prawa i jest niezależny od decyzji organu oznaczającego dokument stosowną pieczęcią czy adnotacją.

Podobnie nie zmienia powyższej tezy fakt, że w odniesieniu do niektórych tajemnic decydujące znaczenie ma przesłanka formalna. To z woli przedsiębiorcy utajnia się bowiem pewne informacje. Zawsze jednak powyższe utajnienie może dotyczyć jedynie elementów wskazanych jako przesłanki materialne w art. 11 ust. 4 ZNKU.

Przedmiotem dalszych rozważań będzie omówienie, na tle obowiązujących aktów prawnych i prześlędzonych procesów stosowania prawa, elementów składających się na materialne i formalne przesłanki tajemnic publicznoprawnych oraz możliwości ich kontroli przez sądy administracyjne.

§ 2. Materialne przesłanki tajemnic publicznoprawnych

Na materialne przesłanki tajemnicy, w tym tajemnicy publicznoprawnej, składają się w istocie trzy podstawowe elementy: zakres podmiotowy, w tym wskazanie podmiotów zobowiązanych i beneficjentów tajemnicy, oraz zakres przedmiotowy i zakres czasowy utajnienia.

Określenie zakresu podmiotowego może przybierać różne formy. Może mieć bowiem charakter zamknięty, przez wyraźne wskazanie lub wyliczenie enumeratywne podmiotów zobowiązanych do zachowania tajemnicy. Wyliczenie enumeratywne zawiera art. 280 ustawy z 27.5.2004 r. o funduszach inwestycyjnych¹². Wyraźne wskazanie występuje w art. 40 ust. 1 ZawLekU (podmiot zobowiązany: lekarze), w art. 6 PrAdw (adwokaci), art. 3 ust. 3 RadcPrU (radcowie prawni), w art. 18 § 1 PrNot (notariusze). Jednocześnie wskazuje się sytuacje lub podmioty, w stosunku do których tajemnica nie obowiązuje, gdyż mają dostęp do informacji. Podmioty uprawnione do uzyskania informacji objętej tajemnicą mogą być wyliczone enumeratywnie, mogą być określone w sposób półotwarty, lub przez elementy ocenne, takie jak np. posiadanie interesu prawnego bądź

¹¹ II FSK 1271/13, Legalis.

¹² Tekst jedn. Dz.U. z 2014 r. poz. 157 ze zm.

faktycznego (np. art. 44h ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy z 10.4.1974 r. o ewidencji ludności i dowodach osobistych¹³). Zakres podmiotów zobowiązanych może mieć też charakter jedynie częściowo zamknięty, np. art. 294 OrdPod, wyliczając podmioty zobowiązane do zachowania tajemnicy skarbowej, wskazuje w § 4, że do przestrzegania tajemnicy skarbowej obowiązane są również inne osoby, którym udostępniono informacje objęte tajemnicą skarbową, chyba że na ich ujawnienie zezwala przepis prawa. Podobnie w art. 148 ObrIFinU, obok wymienionych enumeratywnie, zobowiązanymi są także inne osoby, jeżeli obowiązek taki wynika z innych ustaw, przy czym także i tu podmioty uprawnione do uzyskania informacji mogą być wskazane w sposób wyraźny (art. 150–152 ObrIFinU) lub ocenny.

Rozmaicie rozumiane może być natomiast pojęcie beneficjenta tajemnicy publicznoprawnej. W języku polskim słowo „beneficjent” oznacza bowiem osobę lub grupę osób czerpiącą z czegoś zyski, ale także i zarządzającego tą tajemnicą¹⁴. To drugie rozumienie pokrywałoby się jednak z kręgiem osób zobowiązanych, o których była już mowa wyżej, bądź z podmiotem uprawnionym do utajnienia informacji (na co wskazuje z kolei § 3). Jeżeli przyjąć pojęcie beneficjenta w pierwszym znaczeniu, to będzie nim ten, którego dobro jest chronione, a więc osoba, której dotyczy prawo do prywatności, przedsiębiorca w zakresie tajemnicy przedsiębiorcy, klient czy niedoszły klient przy tajemnicy bankowej, płatnik składek przy tajemnicy skarbowej, ale już nie tylko. Tajemnica skarbowa ma bowiem służyć również ochronie interesów państwa. Przy ochronie informacji niejawnych pojęcie beneficjenta wiązać się będzie zaś z zawartym w art. 5 wyliczeniem podmiotów, których interesy mogą zostać naruszone. Będzie to z reguły państwo i jego organy. Stąd ustalenie beneficjenta powinno być dokonywane za pomocą wykładni przedmiotu ochrony. Jego określenie może mieć natomiast znaczenie z punktu widzenia dostępu przez niego do informacji oraz możliwości rezygnacji z ochrony, w szczególności w przypadku występujących w tym zakresie luzów decyzyjnych.

Zakres przedmiotowy może odnosić się zarówno do informacji samej w sobie, jak i do jej zewnętrznej postaci, czyli dokumentów, pism itp. Stąd też tajemnica może dotyczyć nie tylko samej wiadomości uwidocznionej w dokumencie, lecz także dokumentu i jego formy.

Konstruowanie zakresu przedmiotowego może następować w przepisach w różnoraki sposób, który ma następnie znaczenie z punktu widzenia luzów decyzyjnych przysługujących organowi dokonującemu utajnienia informacji, jak i organowi udzielającemu informacji oraz podmiotowi kontrolującemu te

¹³ Tekst jedn. Dz.U. z 2006 r. Nr 139, poz. 993 ze zm.

¹⁴ Słownik języka polskiego PWN, t. 1, s. 97.

procesy, w tym sądom administracyjnym. Badanie tych procesów może zatem ujawnić nie tylko naruszenia prawa, lecz także słabe strony ochrony tajemnic, np. zastosowanie przez prawodawcę niewłaściwej klauzuli ochronnej czy istnienie w tej mierze asymetrii informacyjnej.

Zakres przedmiotowy może być wyznaczany po pierwsze przez odwołanie się do pewnego systemu czy zbioru wartości bądź dóbr chronionych, określanych przez pojęcia wieloznaczne, niedookreślone czy o charakterze klauzul generalnych, typu „porządek publiczny”, czy pojęć wartościujących, np. „rozmiar szkody”¹⁵. Taki model został przyjęty w odniesieniu do tych tajemnic, które konstruowane są albo głównie z uwagi na ochronę interesów publicznych, albo prywatnych. Dotyczy więc w zasadzie sytuacji, w których nawet przy wyważeniu interesów jeden z nich ma charakter wyraźnie dominujący. Wówczas przesłanka przedmiotu formułowana jest za pomocą ogólnego pojęcia, które podlega indywidualizacji na tle konkretnego stanu faktycznego. Takie rozwiązanie przyjęto w art. 1 ust. 1 w zw. z art. 5 OchrInfNiejU¹⁶ oraz przy ochronie prawa do prywatności na tle art. 5 DostInfPublU.

W pierwszym z tych przypadków, z uwagi na dominujące cele interesu publicznego, położono nacisk na ochronę interesów państwa o charakterze nadrzędnym, dotyczących zadań szczególnie istotnych, jak obronność państwa, bezpieczeństwo, polityka zagraniczna, porządek publiczny. Jednocześnie mamy tu do czynienia z ważeniem interesów, na tle szkody, o której mowa w art. 5 OchrInfNiejU.

W drugim przypadku akcentuje się natomiast ochronę interesu prywatnego, polegającego na tym, że pewna sfera życia człowieka nie powinna być przedmiotem zainteresowania społecznego. Podkreśla się zatem prawo do autonomii informacyjnej¹⁷. Prywatność obejmuje przy tym wszystko to, „co ze względu na uzasadnione odosobnienie się jednostki od ogółu społeczeństwa służy jej do rozwoju fizycznej i psychicznej osobowości oraz zachowania osiągniętej pozycji społecznej”¹⁸. Odnosi się ona zatem m.in. do ochrony informacji dotyczących danej osoby i gwarancji pewnego stanu niezależności, w ramach której człowiek może decydować o zakresie i zasięgu udostępniania oraz komunikowania in-

¹⁵ Na temat pojęć niedookreślonych por. *M. Mincer*, Pojęcia niedookreślone, s. 95 i n., czy *M. Jaśkowska*, Związanie decyzji administracyjnej, s. 148–152.

¹⁶ Por. art. 1 ust. 1: Ustawa określa zasady ochrony informacji, których nieuprawnione ujawnienie spowodowałoby lub mogłoby spowodować szkody dla Rzeczypospolitej Polskiej albo byłyby z punktu widzenia jej interesów niekorzystne, także w trakcie ich opracowywania oraz niezależnie od formy i sposobu ich wyrażania, zwanych dalej „informacjami niejawnymi” oraz wyliczenie zawarte w art. 5, uzależniające rodzaj klauzuli od przedmiotu formułowanego przy pomocy pojęć niedookreślonych.

¹⁷ Por. wyr. TK z 19.2.2002 r., U 3/01, OTK-A 2002, Nr 1, poz. 3.

¹⁸ A. *Kopff*, Ochrona życia prywatnego jednostki, s. 39.

nym osobom informacji o swoim życiu¹⁹. Także i w tym przypadku mamy do czynienia z ważeniem interesów, gdyż na tle art. 5 ust. 2 DostInfPublU: ograniczenie prywatności osoby fizycznej nie obejmuje „informacji o osobach pełniących funkcje publiczne, mających związek z pełnieniem tych funkcji, w tym o warunkach powierzenia i wykonywania funkcji [...]”. W przypadku sfery prywatności brak ochrony występuje zatem wówczas, gdy fakty odnoszące się do cudzego życia prywatnego dotyczą społeczeństwa lub pewnych jego kręgów i gdy za takim zainteresowaniem przemawiają określone czynniki, jak dobro informacji, nauki, kultury itp.²⁰.

Po drugie, tajemnica publicznoprawna może być konstruowana w taki sposób, że określając jej przedmiot, wskazuje się rodzaje informacji chronionych. Dotyczy to różnego typu tajemnic, zbliżonych swoim charakterem czy to do informacji niejawnych, czy prawa do prywatności, ale regulowanych odrębnie z uwagi na różnice chronionych dóbr czy interesów. Nie mają one bowiem takiej rangi, aby móc je zaklasyfikować jako informacje niejawne, bądź nie wchodzą w zakres prawa do prywatności, gdyż albo nie dotyczą osób fizycznych, albo ich przedmiot został wyodrębniony z tego prawa w celu zapewnienia bardziej skutecznej ochrony.

Wskazane wyliczenie może przy tym przyjmować charakter zamknięty bądź częściowo zamknięty. Pierwszy z nich występuje np. przy określeniu tajemnicy przebiegu narady i głosowania nad orzeczeniem – na podstawie art. 108 § 1 KPK, czy w stosunku do tajemnicy skarbowej w art. 293 OrdPod²¹, która wyłącza indywidualne dane zawarte we wszystkich składanych przez podatnika dokumentach, a także znajdujących się w dokumentach organu, czy też przez organ pozyskanych. Podobnie na tle art. 147 ObrIFinU, tajemnica maklerska obejmuje informacje uzyskane w związku z podejmowanymi czynnościami służbowy-

¹⁹ Por. uzasadnienie wyr. TK z 19.5.1998 r., U 5/97, OTK 1998, Nr 4, poz. 46.

²⁰ A. Kopff, *Koncepcja praw do intymności*, s. 31–40.

²¹ Por. art. 293 OrdPod:

§ 1. Indywidualne dane zawarte w deklaracji oraz innych dokumentach składanych przez podatników, płatników lub inkasentów objęte są tajemnicą skarbową.

§ 2. Przepis § 1 stosuje się również do danych zawartych w:

- 1) informacjach podatkowych przekazywanych organom podatkowym przez podmioty inne niż wymienione w § 1;
- 2) aktach dokumentujących czynności sprawdzające;
- 3) aktach postępowania podatkowego, kontroli podatkowej oraz aktach postępowania w sprawach o przestępstwa skarbowe lub wykroczenia skarbowe;
- 4) dokumentacji rachunkowej organu podatkowego;
- 5) informacjach uzyskanych przez organy podatkowe z banków oraz z innych źródeł niż wymienione w § 1 lub w pkt 1;
- 6) informacjach uzyskanych w toku postępowania w sprawie zawarcia porozumień, o których mowa w dziale IIa.

mi, w ramach pozostawania w stosunku pracy, zlecenia lub w innym stosunku prawnym o podobnym charakterze, dotyczącą chronionych prawem interesów podmiotów dokonujących czynności związanych z obrotem instrumentami finansowymi, lub innych czynności w ramach regulowanej ustawą działalności objętej nadzorem Komisji lub zagranicznego organu nadzoru, jak również dotyczącą czynności podejmowanych w ramach wykonywania tego nadzoru, przy czym dalsze ich enumeratywne wyliczenie osłabione jest przez zwrot: „w szczególności”.

Drugi sposób został przyjęty przy konstruowaniu tajemnicy przedsiębiorcy w art. 11 ust. 4 ZNKU. Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się bowiem nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub **inne** (podkr. – *M. J.*) informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Po trzecie, w odniesieniu do tajemnic związanych z pełnieniem służby, funkcji lub wykonywaniem określonego zawodu wiąże się istnienie tajemnicy z wykazem informacji zdobytych w trakcie wykonywania obowiązków. Odnosi się to przykładowo do tajemnicy bankowej na podstawie art. 104 ust. 1 PrBank, zgodnie z którym bank, osoby w nim zatrudnione oraz osoby, za których pośrednictwem bank wykonuje czynności bankowe, są obowiązane zachować tajemnicę bankową, która obejmuje wszystkie informacje dotyczące czynności bankowej, uzyskane w czasie negocjacji, w trakcie zawierania i realizacji umowy, na podstawie której bank tę czynność wykonuje. Podobnie rozwiązania dotyczą tajemnicy adwokackiej czy radcowskiej. Obejmuje ona wszystko, o czym adwokat lub radca dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej (art. 6 ust. 1 PrAdw, art. 3 ust. 3 RadcPrU). Identyczna konstrukcja wiążąca pojęcie tajemnicy z wiadomościami uzyskanymi w związku z wykonywaniem zawodu lub czynności występuje w art. 40 ust. 1 ZawLekU oraz w art. 50 ust. 1 OchrZdrPsychU czy art. 14 ustawy z 11.4.2001 r. o rzecznikach patentowych²². Niekiedy występują tutaj kwalifikatory wskazujące na rodzaj czynności (np. art. 49 ust. 2 ustawy z 28.8.1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych²³) lub konkretne czynności (np. art. 159 ust. 1 PrTelekom).

Wskazanie przedmiotu tajemnic może polegać także na odesłaniu do informacji chronionych na podstawie innych ustaw przy jednoczesnym potwier-

²² Tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. Nr 155, poz. 925 ze zm.

²³ Tajemnica zawodowa, w rozumieniu ust. 1, obejmuje informacje związane z lokatami funduszu, rejestrem członków funduszu, rozporządzeniami członków funduszu na wypadek śmierci oraz oświadczeniami, o których mowa w art. 83, których ujawnienie mogłoby naruszyć interes członków funduszu lub interes uczestników obrotu na rynku regulowanym w rozumieniu ustawy o obrocie instrumentami finansowymi.

dzeniu lub nałożeniu obowiązku ich przestrzegania na wskazane podmioty w związku określonym sposobem zdobycia informacji, w toku działania na żądanie organu: np. tajemnica celna z art. 8 ust. 1 SiCelU²⁴.

Na element materialny składa się również okres utajnienia. Z tego względu możemy mówić o niejawności bezterminowej oraz terminowej. Pierwsza z nich nie ustaje nigdy, co nie jest równoznaczne w każdym przypadku z brakiem możliwości zwolnienia z niej. Niejawność bezterminowa dotyczy przykładowo: tajemnicy spowiedzi, informacji wymienionych w art. 7 OchrInfNiejU²⁵, tajemnicy skarbowej z art. 294 § 3 OrdPod²⁶, informacji uzyskanych w związku z wykonywaniem czynności lekarza (art. 40 ust. 3 ZawLekU), adwokata (art. 6 ust. 2 PrAdw), radcy prawnego (art. 3 ust. 4 RadcPrU), notariusza (art. 18 § 2 PrNot). Niejawność terminowa występuje natomiast w ustawie o ochronie informacji niejawnych. Ustawodawca zrezygnował tu jednak z zdefiniowanych z góry okresów obowiązywania klauzul na rzecz możliwości zniesienia lub zmiany klauzuli w przypadku ustania lub zmiany ustawowych przesłanek ochrony, przewidując obowiązek przeglądu co 5 lat (art. 6 ust. 4 OchrInfNiejU)²⁷. Z kolei na podstawie art. 82 PrAut okres ochrony korespondencji wynosi 20 lat od śmierci osoby. Jeżeli osoba, do której korespondencja jest skierowana, nie wyraziła innej woli, rozpowszechnianie korespondencji, w okresie 20 lat od jej śmierci, wymaga zezwolenia małżonka, a w jego braku – kolejno zstępnych, rodziców lub rodzeństwa.

Należy przy tym wskazać, że w wielu przypadkach ustawodawca nie reguluje kwestii czasu obowiązywania tajemnicy, co oznacza, że jest ona bezterminowa, np. tajemnica rzecznika patentowego w ustawie o rzecznikach patentowych.

²⁴ „Informacja uzyskana w sposób określony w art. 5–7, która na mocy przepisów odrębnych podlega ochronie, jest tajemnicą celną, z zastrzeżeniem ust. 8, i nie może być rozpowszechniana przez organ Służby Celnej bez zgody osoby lub organu, który ją udostępnił. Przekazywanie informacji stanowiących tajemnicę celną jest dozwolone w przypadku, gdy organ Służby Celnej jest do tego obowiązany lub upoważniony zgodnie z obowiązującymi ustawami”.

²⁵ Chronione bez względu na upływ czasu, z zastrzeżeniem ust. 2, są:

- 1) dane mogące doprowadzić do identyfikacji funkcjonariuszy, żołnierzy lub pracowników służb i instytucji, uprawnionych do wykonywania na podstawie ustawy czynności operacyjno-rozpoznawczych jako funkcjonariuszy, żołnierzy lub pracowników wykonujących te czynności;
- 2) dane mogące doprowadzić do identyfikacji osób, które udzieliły pomocy w zakresie czynności operacyjno-rozpoznawczych służbom i instytucjom uprawnionym do ich wykonywania na podstawie ustawy;
- 3) informacje niejawne uzyskane od organów innych państw lub organizacji międzynarodowych, jeżeli taki był warunek ich udostępnienia.

²⁶ Zachowanie tajemnicy skarbowej obowiązuje również po ustaniu zatrudnienia, zakończeniu stażu lub praktyki.

²⁷ A. Krawczyk, *Regulacja prawna ograniczeń jawności*, s. 66–67.

§ 3. **Przesłanki formalne tajemnic publicznoprawnych**

Elementem tajemnic publicznoprawnych jest również przesłanka formalna, przez którą wyraża się wola utajnienia jakichś informacji. Przybiera ona postać różnorodnych działań podmiotów reprezentujących zazwyczaj interesy beneficjenta tajemnic bądź, w razie różnic interesów, działania podmiotu publicznego dokonującego ich wyważenia. Przesłanka ta nie jest przedmiotem samoistnej kontroli sądowej, podlega natomiast badaniu przy ocenie prawidłowości wydania decyzji o odmowie udzielenia informacji publicznej bądź postanowienia odmawiającego dostępu do części akt sprawy. Wówczas dopiero podmiotowi, któremu odmówiono informacji, służy stosowny środek prawny. I tak, na podstawie art. 74 KPA, wyłączenie jawności akt wobec strony może dotyczyć akt sprawy zawierających informacje niejawne o klauzuli tajności „tajne” lub „ściśle tajne”, a także innych akt, które organ administracji publicznej wyłączy ze względu na ważny interes państwowy. Na podstawie § 2, odmowa umożliwienia stronie przeglądania akt sprawy, sporządzania z nich notatek, kopii i odpisów, uwierzytelnienia takich kopii i odpisów lub wydania uwierzytelnionych odpisów następuje w drodze postanowienia, na które służy zażalenie.

Przesłanka ta, jak już wspomniano, może być realizowana przez różnorakie czynności. Po pierwsze, wola utajnienia może wynikać z samej ustawy. W przypadku wielu tajemnic publicznoprawnych zrezygnowano bowiem z oznaczenia ich klauzulami informacji niejawnych. Stąd stosowane są tu inne techniki utajnienia. Przy tajemnicach zawodowych i tajemnicach związanych z pełnioną funkcją ustalenie obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej może wynikać wprost z przepisów regulujących tryb i zasady wykonywania określonych zawodów bądź z przyjęcia na siebie zobowiązania co do nieujawniania faktów poznanych w związku z wykonywaną pracą zawodową, wyrażającego się m.in. w ślubowaniu. Także jednak i wówczas, oprócz ustawy, niezbędne są określone czynności podmiotów. Z kolei przy tajemnicy skarbowej, która także wynika z mocy prawa, nie jest potrzebna jakakolwiek decyzja organu uprawnionego do nadania dokumentowi odpowiedniej adnotacji. Jednak na podstawie art. 299a OrdPod przy przekazywaniu dokumentów innym podmiotom akta oznacza się w celach informacyjnych klauzulą „tajemnica skarbową”.

Utajnienie może też przybierać formę postanowienia. Następuje to w sytuacjach postępowań toczących się przed sądem i wiążących się z tym interesów prawnych stron, przykładowo na podstawie art. 153 KPC czy na wniosek pokrzywdzonego na podstawie art. 360 KPK bądź na wniosek strony na podstawie art. 96 PrPostSAdm. Postanowienia te nie podlegają odrębnemu zaskarżeniu w drodze zażalenia.

Utajnienie może przyjmować także postać nadania specjalnej klauzuli tajności na podstawie ustawy o ochronie informacji niejawnych. Mamy wówczas do czynienia z czynnością materialno-techniczną, która może podlegać kontroli w trybie wewnętrznym, nie mieści się natomiast w zakresie kompetencji sądów administracyjnych, nie dotyczy bowiem zindywidualizowanego podmiotu²⁸. W związku z tym zarówno w literaturze, jak i orzecznictwie wskazuje się, że samo nadanie klauzuli tajności nie należy do właściwości sądu²⁹, możliwość kwestionowania takiej klauzuli powstaje natomiast przy okazji kontroli innych aktów będących następstwem jej nadania. W chwili więc, kiedy klauzula będzie jednym z elementów podstawy prawnej decyzji, postanowienia czy czynności faktycznej dotyczącej uprawnień i obowiązków z zakresu administracji publicznej, będzie mogła podlegać kontroli jako element tej podstawy³⁰.

Inną postać utajnienia stanowi zgłoszenie zastrzeżenia przez beneficjenta co do poufności informacji. I tak na tle tajemnicy negocjacji, zgodnie z art. 72¹ § 1 KC, jeżeli w toku negocjacji strona udostępniła informacje z zastrzeżeniem poufności, druga strona jest obowiązana do nieujawniania i nieprzekazywania ich innym osobom oraz do niewykorzystywania tych informacji dla własnych celów, chyba że strony uzgodniły inaczej. Zbliżona postać występuje na tle tajemnicy przedsiębiorcy przez umowę bądź działania faktyczne przedsiębiorcy, wyraźne lub dorozumiane. Nie zachodzi tu więc konieczność wyraźnego utajnienia – wystarczy, zgodnie z art. 11 ust. 4 ZNKU, podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności. Poinformowanie o tym pracownika może nastąpić w regulaminie pracy, umowie o pracę lub w indywidualnym piśmie, może też przybierać postać działań faktycznych. Podobnie zastrzeżenie nieujawniania danych umożliwiających identyfikację autora materiału prasowego, listu do redakcji lub innego materiału o tym charakterze, jak również innych osób udzielających informacji, opublikowanych albo przekazanych do opublikowania, jeżeli osoby te zastrzegły nieujawnianie powyższych danych, wynika z art. 15 ust. 2 pkt 1 PrPras.

Niekiedy element formalny wyraża się nie tyle w woli utajnienia informacji, ile jej odtajnienia. Dotyczy to tajemnic publicznoprawnych wynikających z mocy prawa oraz sytuacji beneficjenta tajemnicy, który może zrezygnować z przysługującej mu ochrony. I tak np. na podstawie art. 150 ust. 1 pkt 1 ObrIFinU, nie narusza obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej przekazywanie informacji stanowiących taką tajemnicę: bezpośrednio osobie, której ta informacja dotyczy,

²⁸ M. Jaśkowska, Nadawanie klauzuli tajności, s. 22 i n.

²⁹ Por. wyr. NSA z 21.2.2000 r., II SA 2230/99, PS 2000, Nr 10, s. 113, czy post. NSA z 8.12.2000 r., II SA 1568/00, Legalis.

³⁰ M. Jaśkowska, Nadawanie klauzuli tajności, s. 22 i n., czy uzasadnienie post. NSA z 8.12.2000 r., II SA 1568/00, Legalis.

lub innemu podmiotowi, któremu osoba ta udzieliła pisemnego upoważnienia do otrzymania takich informacji, przy czym nie obejmuje to wszystkich informacji, np. uzyskanych od Policji – por. ust. 2. Podobnie za pisemną zgodą klienta banku, którego informacje dotyczą, na podstawie art. 104 ust. 3 PrBank mogą być ujawnione informacje z zastrzeżeniem art. 105, 106a i 106b PrBank, wskazanej osobie lub jednostce organizacyjnej. Niekiedy takie zwolnienie przewidują kodeksy etyki zawodowej, np. § 24 ust. 2 Kodeksu Etyki Zawodu Notariusza³¹.

Ponieważ beneficjentem przy tajemnicach publicznoprawnych jest niejednokrotnie organ państwa, z uwagi na interes publiczny w zachowaniu tajemnicy, forma zwolnienia z utajnienia może przyjmować postać orzeczenia, np. postanowienia sądu z art. 180 KPK, zezwolenia prokuratora czy Ministra Sprawiedliwości z art. 85 § 3 PrUSP i art. 35 § 3 ustawy z 23.11.2002 r. o Sądzie Najwyższym³². W przypadku postanowienia sądu wydanego na podstawie art. 180 § 2 KPK (a więc zwolnienia osoby obowiązanej do zachowania tajemnicy notarialnej, adwokackiej, radcy prawnego, doradcy podatkowego, lekarskiej, dziennikarskiej lub statystycznej) na postanowienie to przysługuje zażalenie. Zezwolenie może też przyjmować postać zgody właściwego organu – ministra właściwego do spraw finansów publicznych – i mieć formę pisemną (por. art. 299b OrdPod).

§ 4. Kontrola przesłanek materialnych i formalnych tajemnic publicznoprawnych przez sądy administracyjne

W przypadku gdy tajemnica konstruowana jest w zakresie przesłanek materialnych i formalnych przez samą ustawę, nie budzi wątpliwości możliwość ich badania, zarówno w postępowaniu administracyjnym, dotyczącym odmowy udzielenia informacji publicznej, jak i w postępowaniu sądownoadministracyjnym. Zakwestionowanie przesłanki formalnej wymaga jednak w takiej sytuacji zwrócenia się z pytaniem prawnym do Trybunału Konstytucyjnego w celu zbadania zgodności ustawy z Konstytucją. W pozostałym zakresie istnieje pełna możliwość kontroli. Stąd też sądy wielokrotnie wypowiadały się w tego typu sprawach, przykładowo odnośnie do zakresu tajemnicy skarbowej na podstawie art. 293 OrdPod, podkreślając m.in., że brzmienie przepisu art. 293 OrdPod

³¹ Uchwała Nr 19 Krajowej Rady Notarialnej z 1.12.1997 r., [http://www. Notariusze.lodz.pl/przepisy/Kezn.htm](http://www.Notariusze.lodz.pl/przepisy/Kezn.htm).

³² Tekst jedn. Dz.U. z 2013 r. poz. 499 ze zm.