

Rozdział III. Przykłady ograniczania dostępu do tzw. dokumentów wewnętrznych

§ 1. Dokument wewnętrzny w znaczeniu wąskim i szerokim

Dotychczasowe rozważania pozwalają mi ponad wszelką wątpliwość stwierdzić, że w orzecznictwie sądownoadministracyjnym występuje dwojakie rozumienie dokumentu wewnętrznego.

Pierwsze nawiązuje bezpośrednio do kontrowersyjnego fragmentu uzasadnienia wyroku TK w sprawie P 25/12, w którym Trybunał zauważył, że w ocenie orzecznictwa sądownoadministracyjnego nie stanowią informacji publicznej „informacje o charakterze roboczym (zapiski, notatki), które zostały utrwalone w formie tradycyjnej lub elektronicznej i stanowią pewien proces myślowy, proces rozważań, etap wypracowywania finalnej koncepcji, przyjęcia ostatecznego stanowiska przez pojedynczego pracownika lub zespół. W ich przypadku można bowiem mówić o pewnym stadium na drodze do wytworzenia informacji publicznej”¹. Trybunał przytoczył następujące cechy tych informacji:

- 1) są to informacje „służące wprawdzie realizacji jakiegoś zadania publicznego, ale nieprzesądzające o kierunkach działania organu”;
- 2) „Dokumenty takie służą wymianie informacji, zgromadzeniu niezbędnych materiałów, uzgadnianiu poglądów i stanowisk”;
- 3) „Nie są jednak wyrazem stanowiska organu², wobec czego nie stanowią informacji publicznej”³.

¹ Zob. pkt III.2 uzasadnienia prawnego w sprawie P 25/12.

² Orzecznictwo sądownoadministracyjne dopowiedziało do tego sformułowania „brak związania” informacją, ewentualnie informację (stanowiska) „niewiązującą”. Por. wyr. NSA z 20.9.2016 r. (I OSK 2649/15, Legalis), wyr. WSA w Krakowie z 7.3.2016 r. (II SAB/Kr 18/16, Legalis).

Nie powinniśmy mieć wątpliwości, że ten opis padł w kontekście bliżej niesprecyzowanych procesów decyzyjnych, ale już niekoniecznie całej maści innych informacji o działalności władz publicznych, do której NSA i WSA aplikują obecnie pojęcie dokumentu wewnętrznego. Dla czytelności wywodów i zaznaczenia ich genezy nazwijmy ten opis informacji o działalności władz publicznych „dokumentem wewnętrznym w wąskim znaczeniu”.

Drugie rozumienie dokumentu wewnętrznego (konsekwentnie rozszerzane w praktyce sądownoadministracyjnej) jest znaczenie szersze i niekiedy wzbudza wątpliwości samego NSA, który zaczął nawet posługiwać się pojęciem dokumentu wewnętrznego w znaczeniu **wąskim** (tożsamy z cytowanym uprzednio „trybunalskim” opisem dokumentów wewnętrznych⁴) oraz **szero-kim** (odnoszącym się do informacji wytworzonych lub zgromadzonych w procesie decyzyjnym, ale i nie tylko; zob. dalsze uwagi).

I tak oto w wyr. z 21.7.2015 r. (I OSK 1607/14 – sprawa dotycząca dostępu do opinii radcy prawnego sporządzonej dla burmistrza dzielnicy) NSA słusznie spostrzegł, że w praktyce orzeczniczej dąży się do konwertowania wypowiedzi Trybunału w sprawie P 25/12 do odmiennych stanów faktycznych i tym samym obniża się próg użycia „dokumentu wewnętrznego” w celu odmowy dostępu do informacji: „Odnosząc się do tego argumentu należy, co do zasady, przyznać rację Sądowi I instancji, że dokumenty wewnętrzne nie stanowią informacji publicznej. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjęto bowiem, że dokumenty wewnętrzne podlegają wyłączeniu z szerokiego zakresu przedmiotowego informacji publicznej. **Trybunał Konstytucyjny wskazał jednak wąskie określenie takich dokumentów** [podkr. M.B.] (...)”⁵. W dalszej części uzasadnienia NSA – kierując się najprawdopodobniej zasadą *exceptiones non sunt extendendae* – nazwał dokument wewnętrzny wyjątkiem, który wymaga szczegółowego uzasadnienia w toku instancji administracyjnej i sądownoadministracyjnej⁶.

³ Zob. pkt III.2 uzasadnienia prawnego w sprawie P 25/12.

⁴ Konwencjonalność, metaforyczność języka są tu jednak bardzo mylące, ponieważ nazwanie tego poglądu „wąskim” ukrywa w sobie szeroko opisaną funkcję dokumentów wewnętrznych, co powoduje, że język uzasadnienia sprawy P25/12 można odczytać jako próbę wyłączenie całej sfery urzędowania władzy publicznej w Polsce w sposób oderwany od ryzyka naruszenia określonego interesu publicznego.

⁵ *Legalis*.

⁶ „(...) skoro wyłączenie dokumentów wewnętrznych (w przedstawionym wąskim ujęciu) spod reżimu ustawy o dostępie do informacji publicznej ma charakter wyjątku, to organ odmawiający dostępu do danych w nich zawartych, jest zobowiązany szczegółowo uzasadniać swoje stanowisko. Uwaga ta odnosi się także do sądu administracyjnego rozpoznającego skargę”.

Przywołane stanowisko należy niestety do mniejszości, ustępując tzw. szerokiemu rozumieniu dokumentu wewnętrznego. Polega ono na powieleniu wątków dotyczących procesu decyzyjnego z uzasadnienia trybunalskiego orzeczenia oraz wzbogacenia opisu dokumentów wewnętrznych o nowe cechy i funkcje. Szerzej opisywane dokumenty wewnętrzne:

- 1) mogą być utrwalone w „dowolnej formie”⁷;
- 2) zostały „wytworzone tylko na potrzeby podmiotu, który je wytworzył”⁸;
- 3) są „nośnikiem informacji o charakterze wewnętrznym, porządkowym, ewidencyjnym”⁹ (np. księgi wejść i wyjść do ministerialnej siedziby, korespondencja do podległego personelu, kalendarze i terminarze spotkań lub zadań).

Analiza uzasadnień mocno sugeruje, że negacja publicznego charakteru tej grupy informacji nie jest motywowana zakłóceniem jakiegokolwiek procesu decyzyjnego, ale „porządkowym” charakterem spornej informacji. Dla opisu tej grupy informacji sądy posługują się sformułowaniami „stanowisko [skierowane albo nieskierowane – *M.B.*] na zewnątrz”, „korespondencja wewnętrzna” o charakterze „porządkowym”¹⁰ (w domyśle: skierowana do podległego personelu)¹¹. Pojawiają się również metaforyczne sformułowania o infor-

⁷ Wyr. NSA z 3.3.2017 r. (I OSK 1163/15, CBOSA).

⁸ Tamże.

⁹ Tamże.

¹⁰ Zob. uzasadnienie wyroku NSA w sprawie I OSK 1105/13.

¹¹ Por. następującą wypowiedź NSA przy okazji oceny dostępu do informacji o regulach kontroli liczników poboru energii elektrycznej: „W orzecznictwie i piśmiennictwie używa się terminu «dokument wewnętrzny» dla określenia dokumentu, który nie jest skierowany do podmiotów zewnętrznych [Sąd nie podał ani jednego źródła z orzecznictwa i piśmiennictwa na poparcie tej tezy – *M.B.*]. Dokument taki może służyć wymianie informacji między pracownikami danego podmiotu, może określać zasady ich działania w określonych sytuacjach, może też być fragmentem przygotowań do powstania aktu będącego formą działalności danego podmiotu. Sąd I instancji wprawdzie trafnie zauważył, iż **okoliczność, że dany akt ma charakter wewnętrzny nie powoduje, sama przez się, wyłączenia takiego aktu z zakresu obowiązku jego udostępnienia** [podk. – *M.B.*]. Z pewnością jednak skutek taki powinien nastąpić, jeżeli akt ten służy wyłącznie usprawnianiu działalności danego podmiotu, ochronie jego prawnie usprawiedliwionych interesów, czy też ma zapobiegać sprzecznym z przepisami prawa działaniom innych osób, a ujawnienie treści tego aktu mogłoby to zapobieganie czynić nieskutecznym” (CBOSA). Naczelný Sąd Administracyjny nie wyjaśnił jednak, na jakiej podstawie miałoby przebiegać cyt. uprzednio „wyłączenie (...) z zakresu obowiązku (...) udostępnienia” (tzn. na podstawie adekwatnej ustawowej przesłanki ochronnej z art. 5 DostInfPublU czy też wyłączenie spod zakresu DostInfPublU jako informacji innej niż ta, o której stanowi art. 1 ust. 1 DostInfPublU). Późniejsza praktyka rozstrzygnęła ten wątek w kierunku wyłączenia spod zakresu DostInfPublU.

macji opisujące „sferę wewnętrzną”¹² oraz „sferę zewnętrzną” podmiotu z art. 4 ust. 1 i 2 DostInfPublU, zaś różnica między jedną a drugą polega na wyłączeniu informacji ze sfery wewnętrznej spod zakresu DostInfPublU albo objęciu jej zakresem DostInfPublU (sfera zewnętrzna; to jednak nie przesądza wcale o udostępnieniu informacji ze względu na treść art. 5 DostInfPublU). W sferze wewnętrznej lokują się np. „materiały (...) wytworzone w toku szkoleń związanych z wartościowaniem stanowisk pracy oraz wprowadzeniem nowego systemu zarządzania”¹³, zaś o ich „wewnętrznym” charakterze rozstrzyga to, że „wytworzono je zatem wyłącznie na użytek wewnętrzny”¹⁴ (*sic!*). Z kolei w drugiej sferze (zewewnętrznej) mieści się np. „raport z realizacji zamówienia publicznego” („Raport ten nie ogranicza się bowiem tylko do sfery wewnętrznej podmiotu publicznego, lecz stanowi świadectwo i podstawę do kontroli prawidłowości oraz efektywności gospodarowania mieniem publicznym”)¹⁵.

Zakładam życzliwie, że poprzez pojęcie sfery wewnętrznej orzecznictwo sądownoadministracyjne nie chce odwoływać się do orzecznictwa okresu stalinowskiej Polski dotyczącego ochrony tajemnicy służbowej (zob. uwagi w rozdziale I § 4 pkt II.4.B.a. „Identyfikacja wartości”), lecz (intuicyjnie?) nawiązuje do propozycji terminologicznych omówionych kompleksowo w polskim prawie administracyjnym u progu transformacji ustrojowej. Wobec braku rozwinięcia użytych środków stylistycznych nie wiemy jednak, czy za „sferą wewnętrzną” stoi jakikolwiek zestaw usystematyzowanych pojęć i poglądów NSA. Przeciwnie, gdy zgłębimy się w naukowe pojęcie „sfery wewnętrznej administracji państwowej”, to okazuje się, że niezbyt nadaje się ono dla uzasadnienia ograniczeń prawa do informacji publicznej. Jego użyteczność polega głównie na tym, że ułatwia opis otoczenia (układu organizacyjnego, zależności strukturalnych administracji), w którym może pojawić się zagrożenie dla dóbr opisanych w art. 61 ust. 3 Konstytucji RP. Samo przez się nie stanowi jednak uzasadnienia dla odmowy dostępu do informacji i nie zwalnia z obowiązku poszukiwania adekwatnej, ustawowej przesłanki ograniczenia dostępu do informacji.

¹² Sformułowanie padło np. w kontekście zasad i reguł kontroli biletowej, lecz ze wskazaniem na obowiązek odmowy w drodze decyzji administracyjnej (zob. wyr. WSA w Łodzi z 9.9.2014 r., II SAB/Ld 105/14, Legalis).

¹³ Zob. uzasadnienie wyr. NSA z 7.10.2015 r. (I OSK 1883/14, Legalis).

¹⁴ Tamże.

¹⁵ Tamże.

Pojęcie sfery wewnętrznej było przedmiotem rozprawy *I. Lipowicz* z 1991 r.¹⁶ Zamykając obszerną analizę historyczną tego pojęcia, autorka zaproponowała „rozumienie sfery wewnętrznej” oparte na jej podziale na „dwie płaszczyzny. Pierwsza płaszczyzna „mikroadministracyjna wyraża układ zależności przełożony – podwładny. Na tej płaszczyźnie główną formą działania jest polecenie służbowe. Prawo administracyjne współdziała z prawem pracy, a odpowiedzialność ma charakter służbowy (dyscyplinarny)”¹⁷. Autorka uznała tę część za wystarczająco opracowaną w literaturze, natomiast w dalszych wywodach skupiła się na płaszczyźnie „makroadministracyjnej sfery wewnętrznej, obejmującej stosunki między organami administracji rządowej oraz między organami a wyodrębnionymi jednostkami organizacyjnymi nie mającymi statusu organu”¹⁸. Wyodrębnienie płaszczyzny makroadministracyjnej miało wyraźny cel badawczy: opisanie, wypracowanie reguł tworzenia aktów prawnych, szeroko rozumianej działalności prawotwórczej tworzącej tzw. prawo sfery wewnętrznej, lecz wynikające z kompetencji normotwórczych wyznaczonych „prawem dla sfery wewnętrznej”¹⁹. To już samo w sobie oznaczało pojmowanie administracji jako bytu związanego prawem i odrzucenie (wielokrotnie zresztą przez autorkę akcentowane) koncepcji „sfery wolnej od prawa (interna) (...), obszary zastrzeżonego, swoistej domeny administracyjnej, w której stanowienie prawa należy wyłącznie do administracji”²⁰. Tworzyło to interesujące pole do analiz o zakresie obowiązywania aktów wewnętrznych, które – z perspektywy dzisiejszego stanu prawnego – budzi w pełni uzasadnione konotacje z konstytucyjną regulacją aktów prawa wewnętrznie obowiązującego (zob. art. 93 Konstytucji RP). W szczególności chodzi o tu o pojęcie podległości organizacyjnej jako klucz pozwalający zrozumieć granice mocy obowiązującego prawa – stosunku aktu prawnego do jego adresatów.

„Wewnętrzność” polecenia służbowego lub aktu administracyjnego (zwanego też przez autorkę decyzją wewnętrzną) miała swoją historyczną genezę w pojmowaniu administracji jako obszaru autonomicznego, co manifestowało się najmocniej w koncepcji tzw. internów administracyjnych *Paula Labanda*, wyłożonej na początku XX w.²¹ Autorka słusznie zwraca uwagę, że „jest para-

¹⁶ *I. Lipowicz*, Pojęcie sfery wewnętrznej administracji państwowej, Katowice 1991 (monografia wydana w serii Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach Nr 1182).

¹⁷ Tamże, s. 86.

¹⁸ Tamże, s. 87.

¹⁹ Tamże, s. 88.

²⁰ Tamże.

²¹ Tamże, s. 24.

doksem, iż właśnie ukształtowanie kategorii publicznych praw podmiotowych i ich sądowej ochrony doprowadziło – w okresie państwa prawnego – do wyłączenia działań wewnętrznych poza nawias regulacji i ochrony prawnej. Wyłączenie to było spowodowane przekonaniem, iż «akta pieczy» nie stoją w prawnym stosunku do sfery praw i obowiązków obywatela, są dla niego obojętne. Według słów *Paula Labanda*: «(...) reguły, które się ograniczają do sfery wewnątrz administracji, które w żadnym wypadku nie stwarzają ograniczeń ani nie rozszerzają uprawnień dla podmiotów stojących poza administracją, niczego nie zakazują ani nie nakazują, nie są normami prawnymi»²². Odchodzenie od tego paradoksu na przestrzeni XX w. zachodziło stopniowo, zaś autorka wyraźnie wskazała na „złudność tego założenia [działanie wewnętrzne nie łączy się z ingerencją w sferę wolności i własności jednostki, nie wymaga więc żadnych – poza efektywnością – kryteriów kontroli – *M.B.*]”. Przystępując do opisu rewizji tych teorii, stwierdziła następująco: „Było to także rozpoznanie, jak dalece działania zewnętrzne są determinowane już w tej sferze [wewnętrznej – *M.B.*]»²³.

Potrzeba kontroli sfery wewnętrznej administracji publicznej znajduje swój szeroki wyraz w Konstytucji RP i wynika właśnie z dostrzeżenia bogactwa związków przyczynowo-skutkowych pomiędzy czynnością (niekoniecznie prawną) podjętą w tej sferze a sytuacją faktyczną i prawną jednostki. Jest to szczególnie widoczne, jeśli przyjrzymy się np. dalszym wywodom poświęconym dostępowi do materiałów rejestrujących posiedzenia kolegialnych organów władzy publicznej. Zasady i reguły obchodzenia się z utrwalonym materiałem (archiwizacja albo kasowanie) ustalone w aktach zaliczanych do „sfery wewnętrznej” w uprzednio opisanym znaczeniu lub w treści polecenia służbowego determinują granice poznania informacji przez jednostkę. Podobne efekty „korzystności” lub „niekorzystności” może wywołać zaprogramowanie narzędzi powierzonych administracji publicznej do używania przy wykonywaniu różnych zadań (zob. dalsze uwagi na temat tzw. informacji technicznej).

Na płaszczyźnie konstytucyjnej nie może budzić już żadnych wątpliwości, że działalność sfery wewnętrznej jest i powinna być kontrolowana. Prawotwórcza działalność w sferze wewnętrznej (identyfikowana z relacją wyznaczoną pojęciem podległości organizacyjnej) podlega kontroli według kryterium le-

²² Tamże, s. 26 z powołaniem na: *P. Laband*, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, t. 2, Tübingen 1911–1914, s. 181.

²³ Tamże, s. 24.

galności²⁴ przez Trybunał Konstytucyjny (por. art. 79 ust. 1, art. 188 pkt 3, art. 193 Konstytucji RP, w zakresie, w jakim odnoszą się do pojęcia aktu normatywnego), a także tzw. rozproszonej kontroli sądowej²⁵. Kontroli podlega stosowanie „prawa sfery wewnętrznej”²⁶ wobec podmiotów, które nie mogą być jego adresatami. Wymaga to jednak szczególnej staranności. Jak słusznie podkreśla A. *Balaban*, „kwestia ustalenia stopnia udziału prawa powszechnie i wewnętrznie obowiązującego jako podstawy prawnej decyzji może okazać się dość skomplikowana. W tym wypadku rzeczą sądu będzie ustalenie realnego, bądź tylko formalnego przywołania prawa powszechnie obowiązującego jako normy «pozorującej» podstawę prawną”²⁷.

Artykuł 61 ust. 1 Konstytucji RP interpretowany zgodnie z treścią art. 2 Konstytucji RP prowadzi to tezy, że najszersze z możliwych ujęć („informacja o działalności”) nie może być utożsamione ze sferą zewnętrzną i wewnętrzną w podanych uprzednio doktrynalnych znaczeniach, w tym oboma płaszczyznami tzw. sfery wewnętrznej. Nie da się zaakceptować poglądu, że w sferze zewnętrznej podmioty władzy publicznej nie prowadzą „działalności”. Gdyby ustrojodawca chciał zawęzić pojęcie działalności do sfery wewnętrznej w opisanym uprzednio znaczeniu, to uczyniłby to wprost, tak jak ma to miejsce w art. 112 Konstytucji RP mówiącym o „organizacji wewnętrznej”.

Opisywany przez I. *Lipowicz* paradoks Labandowskiej teorii internów administracyjnych tworzy więc nieodparte *déjà vu* na gruncie sporów o granice prawa do informacji w Polsce XXI w., ponieważ – parafrazując wspo-

²⁴ Zgodnie z art. 93 ust. 3 Konstytucji RP akty prawa wewnętrznie obowiązującego podlegają „kontrolom co do ich zgodności z powszechnie obowiązującym prawem”, w związku z czym nie jest wcale wykluczone przechodzenie form charakterystycznych dla prawa wewnętrznie obowiązującego w kierunku konstytucyjnie zakazanych podstaw rozstrzygnięcia podmiotów nie pozostających w stanie podległości organizacyjnej. Zob. uzasadnienie wyr. TK z 12.12.2011 r. (P 1/11, OTK-A 2011, Nr 10, poz. 115). Rozstrzygnięcie dotyczyło prawnej formy ustanawiania tzw. systemów realizacji regionalnego programu operacyjnego (w rozumieniu nieobowiązującego już art. 5 pkt 11 ustawy z 6.12.2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju, t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1376 ze zm.), którego normatywności nie kwestionowano w orzecznictwie sądownoadministracyjnym (zob. pkt III. 3.3.2 uzasadnienia wyroku w sprawie P 1/11) przy założeniu ewidentnie zewnętrznych skutków prawnych.

²⁵ Związanie sądu orzekającego Konstytucją i ustawą umożliwi mu w konkretnej sprawie ocenę podustawowych źródeł prawa, w tym aktów prawa wewnętrznie obowiązującego (zob. art. 178 ust. 1 Konstytucji RP).

²⁶ Zgodnie z art. 93 ust. 2 zd. 2 Konstytucji RP akty prawa wewnętrznie obowiązującego „nie mogą (...) stanowić podstawy decyzji wobec obywateli, osób prawnych oraz innych podmiotów”.

²⁷ A. *Balaban*, Akty normatywne wewnętrznie obowiązujące, w: A. *Szmyt* (red.), Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce, Warszawa 2005, s. 105.

mnianą autorkę – „dokument wewnętrzny” dąży do zapewnienia administracji „nietykalnego” obszaru jej działania, zabezpieczonego przed kontrolą obywatela²⁸. Tak bowiem odbieram różnorakie wtrącenia piśmiennictwa prawniczego i orzecznictwa, które uzasadniają dokument wewnętrzny brakiem „bezpośredniego skutku”, „brakiem skierowania na zewnątrz”. Tymczasem w rozdziale II sygnalizowałem już wyraźną rozbieżność tych tez z dość realistycznym orzecznictwem TK (sprawa K 17/05), w którym podkreśla się zarówno „pośredni”, jak i „bezpośredni” wpływ osób pełniących funkcje publiczne na sytuację jednostki. W polskim systemie konstytucyjnym:

- 1) ze względu na redakcję art. 61 ust. 1 Konstytucji RP nie ma podstaw to stawiania znaku równości pomiędzy sferą wewnętrzną a niedostępnością (nienormowaniem dostępu do) informacji o sferze wewnętrznej;
- 2) doktryna wyprowadza nakaz kontroli obywatelskiej z art. 2 Konstytucji RP;
- 3) pojawienie się art. 61 jako prawa ochronnego wolności pozyskiwania informacji nastąpiło w określonym momencie historycznym, tj. w momencie podważenia założeń o bezpośredniej demokratycznej legitymacji aparatu administracyjnego.

W podsumowaniu należy stwierdzić, że nie może być dylematu, czy sfera wewnętrzna administracji publicznej może być poddana kontroli, w tym kontroli obywatelskiej. Dylematy można tworzyć przy pytaniu o stopień głębokości kontroli tej sfery, tak aby kontrola nie przeradzała się w czynnik drastycznie obniżający sprawność i efektywność administracji przy znikomej przewadze zysku nad stratami. Tym wątkom przyglądam się bliżej w § 3 pkt III niniejszego rozdziału.

§ 2. Materiały (dokumenty) robocze

W uzasadnieniach wyroków NSA spotykamy się często ze sformułowaniem „materiał roboczy”, które występuje obok dokumentów wewnętrznych²⁹, a czasami jako sformułowanie pochłonięte znaczeniowo przez te ostatnie, np. „dokument wewnętrzny (roboczy)”³⁰. Konsekwencje tych konkluzji są

²⁸ I. Lipowicz, *Pojęcie sfery wewnętrznej*, s. 9.

²⁹ Zob. wyr. NSA z z 12.4.2016 r. (I OSK 1599/15, Legalis) i orzecznictwo tam powołane.

³⁰ Por. następujący fragment wyr. NSA z 12.4.2016 r. (I OSK 3337/15, Legalis): „pojęcie dokumentu wewnętrznego (roboczego) nie jest znane ustawie o dostępie do informacji publicznej,

jednak identyczne: materiały (dokumenty) robocze nie są objęte zakresem DostInfPublU, nie stanowią informacji o sprawie publicznej. Pod tym względem stanowisko sądów różni się od stanowisk eksperckich w Komisji NDI. W pierwszej części monografii przytaczałem wypowiedzi, które wskazywały dość dwuznaczny stosunek do kwestii „materiałów roboczych” (zob. rozdział I § 4 pkt II.3.A dotyczący zasady przydatności ograniczeń). Z jednej strony nie chciano ujmować ich w definicji dokumentu, z drugiej wskazywano na potrzebę ograniczenia dostępu w trybie ustawy.

Odsyłając Czytelnika do wcześniejszych rozważań w rozdziale I na temat potencjalnych wyników wykładni konstytucyjnego rzeczownika „dokument” (zob. rozdział I § 4 pkt II.4.B.b), należy podkreślić stanowczo: niezależnie od przyjętej koncepcji dokumentu (faktu naturalnego albo konwencjonalnego) każdy z nich przechodzi proces utrwalania. Każda koncepcja pozwala na wyznaczenie jakiegoś punktu początkowego (np. rozpoczęcie wypełniania formularza; rozpoczęcie cyfrowej rejestracji) i końcowego (np. podpisanie formularza, zakończenie rejestracji i zachowanie pliku). Pomiędzy jednym a drugim punktem mamy wszakże do czynienia z utrwalaną „działalnością”, lecz niekoniecznie ze „skończonym” dokumentem. Różnice w traktowaniu określonych dokumentów (rozumianych na razie jako nośniki danych, niezależnie od ich informatywności) wynikają z tego, skąd bierze się reguła społeczna i przekonanie, że od określonego momentu można mówić o „zakończeniu” tworzenia dokumentu. Pojęcie czynności konwencjonalnej występujące w naukach prawnych sugeruje poszukiwanie tego momentu poprzez przepisy przewidujące reguły sporządzania dokumentu określonego typu. Gdyby więc posłużyć się przykładem takiego dokumentu jak decyzja administracyjna, to zapewne znakomita większość Czytelników uznałaby, że utrata cechy „roboczej” następuje w momencie złożenia podpisu i opatrzenia pieczęcią służbową albo

która *expressis verbis* nie przewiduje ograniczeń prawa do informacji mających na celu ochronę integralności procesu decyzyjnego przed zakłóceniami, które mogłyby spowodować utrudnienie jego przebiegu. Na potrzebę zapewnienia takiej ochrony trafnie wskazuje się jednak w doktrynie oraz w dominującym nurcie orzecznictwa sądów administracyjnych, w którym podkreśla się, że organom władzy publicznej niezbędna jest możliwość podejmowania decyzji dopiero po zebraniu zasobu niezbędnych informacji, uzgodnieniu stanowisk i przeanalizowaniu kilku możliwych wariantów danego rozstrzygnięcia”. Widzimy więc, że NSA nawiązuje do pojęcia dokumentu wewnętrznego opisanego w sprawie P 25/12. Pojęcie materiału roboczego oderwało się jednak od procesu decyzyjnego. Pojawiło się w uzasadnieniach wyroków WSA i NSA sprawach dotyczących ministerialnych kalendarzy, ksiąg wejść i wyjść, by wreszcie zbliżyć się do tzw. informacji technicznych (zob. dalsze przykłady w § 3 pkt III niniejszego rozdziału).

opatrzona podpisem elektronicznym³¹. Ten element finalizacji jest również dobrze widoczny w definicji dokumentu urzędowego („skierowanie do innego podmiotu” lub „złożenie do akt sprawy”; zob. art. 6 ust. 2 DostInfPubIU). Większe problemy pojawiają się w momencie, w którym przepisy np. prawa zakładowego nie przewidziały formy ani minimalnej treści dokumentów, ponieważ wówczas należałoby badać, czy osoba sporządzająca dokument uznaje go za zakończony, względnie – czy wedle dotychczasowej praktyki i doświadczenia życiowego doprowadzenie dokumentu do określonej formy pozwala uznać go za zakończony. Jest to bardzo trudne, jeśli zważyć proceduralne założenia sprawy sądownoadministracyjnej, zwłaszcza że np. podpisanie lub inne zakończenie jakiegoś dokumentu nie zawsze – w intencji jego wystawcy – kończy utrwalanie opisywanego zagadnienia. Takie zjawisko jest typowe dla przygotowania dokumentu w zespołach, gdzie każdy z uczestników odpowiada za własny zakres spraw. Wówczas okazuje się, że granice merytoryczne dokumentu nie są wyznaczane za pomocą elementów technicznych, lecz zależą od tego, jak rozumiały je osoby odpowiedzialne za sporządzenie dokumentu. Finalizacja dokumentu może więc wynikać z podziału zakresów merytorycznych przyjętych przed (lub w trakcie) sporządzaniem dokumentu³².

Spśród wszystkich nazw i sformułowań stosowanych przez sądy administracyjne dla uzasadnienia niedostępności przymiotnik „roboczy” dość trafnie oddaje praktyczne problemy związane z dostępem do takich dokumentów.

³¹ Zgodnie z art. 107 § 1 KPA: „Decyzja zawiera: 1) oznaczenie organu administracji publicznej; 2) datę wydania; 3) oznaczenie strony lub stron; 4) powołanie podstawy prawnej; 5) rozstrzygnięcie; 6) uzasadnienie faktyczne i prawne; 7) pouczenie, czy i w jakim trybie służy od niej odwołanie oraz o prawie do zrzeczenia się odwołania i skutkach zrzeczenia się odwołania; 8) podpis z podaniem imienia i nazwiska oraz stanowiska służbowego pracownika organu upoważnionego do wydania decyzji, a jeżeli decyzja wydana została w formie dokumentu elektronicznego – kwalifikowany podpis elektroniczny; 9) w przypadku decyzji, w stosunku do której może być wniesione powództwo do sądu powszechnego, sprzeciw od decyzji lub skarga do sądu administracyjnego – pouczenie o dopuszczalności wniesienia powództwa, sprzeciwu od decyzji lub skargi oraz wysokości opłaty od powództwa lub wpisu od skargi lub sprzeciwu od decyzji, jeżeli mają one charakter stały, albo podstawie do wyliczenia opłaty lub wpisu o charakterze stosunkowym, a także możliwości ubiegania się przez stronę o zwolnienie od kosztów albo przyznanie prawa pomocy”.

³² W głośnej sprawie dostępu do raportu z inspekcji doraźnej przeprowadzonej w jednym z przedsiębiorstw farmaceutycznych po ujawnieniu tzw. afery corhydronowej Sąd Rejonowy dla Warszawy-Śródmieście rozpoczął ustalenia faktyczne od zweryfikowania struktury wnioskowanego dokumentu na podstawie zeznań świadków (funkcjonariuszy publicznych). W toku postępowania dowodowego ustalono, że dokumenty cząstkowe sporządzane przez kilku kontrolerów – zgodnie z intencją Głównego Inspektora Farmaceutycznego – tworzyły w istocie jeden raport zbiorczy. Zob. uzasadnienie wyr. SR dla Warszawy-Śródmieście z 5.5.2009 (VI C 98/08, niepubl.), s. 5.

Z językowego punktu widzenia „roboczy” nawiązuje do projektowania – dokument roboczy to dokument „mający charakter początkowy, przygotowawczy”. Potrzeba przynajmniej czasowego ograniczenia dostępu do tego rodzaju informacji wydaje mi się dość oczywista, chociażby z tak prozaicznego powodu, że nieukończona treść może wprowadzać w błąd, zaś z prawnego punktu widzenia może być obojętna³³. Drugie znaczenie przymiotnika „roboczy” jest znacznie szersze i sugeruje „związek z pracą”, co wiąże dokument z procesem decyzyjnym. Inaczej rzecz ujmując: dokument może być ukończony, ale zachowuje bardzo silny związek z procesem, który się nie zakończył. Jak sygnalizowałem w rozdziale II przy okazji analizy pojęcia procesu decyzyjnego, ten związek może być tak silny, że ujawnienie „skończonego” dokumentu zniweczy zakładany efekt pracy (zadania władzy publicznej). Dobrze pokazały to problemy z wnioskami o udostępnienie wszelkiego rodzaju zadań, ćwiczeń, testów i arkuszy egzaminacyjnych wykorzystywanych przez podmioty władzy publicznej w toku różnych procedur egzaminacyjnych, sprawdzających, oceniających. Arkusz pytań testowych może być ukończony³⁴, ale to przecież wcale nie oznacza, że zakończyło się zadanie (proces, praca), dla którego go sporządzono. Tego problemu dotyczył również wspomniany wyrok TK w sprawie K 8/15, gdzie krytycznie oceniono granice niedostępności testów egzaminacyjnych (tzn. nadano im charakter trwałego ograniczenia; rozciągnięte je nieproporcjonalnie w stosunku do potrzeby, jaką było zapewnienie poufności py-

³³ Dla politycznej oceny działalności władz publicznych może to jednak mieć znaczenie. Nawet dokument nieukończony wskazuje, że podmiot władzy publicznej podejmował jakieś działania (w szczególności, jeśli opinii publicznej towarzyszyło oczekiwanie załatwienia określonej sprawy). Takie samo znaczenie może mieć „porzucenie”, wstrzymanie jakiegos działania, po którym pozostają nieukończone materiały.

³⁴ Por. uzasadnienie wyr. WSA w Warszawie z 27.5.2005 r. (II SA/Wa 46/04, Legalis) oraz NSA z 25.10.2005 r. (I OSK 1881/04, CBOSA). W 2004 r. wnioskodawca zwrócił się do Szefa Służby Cywilnej o udostępnienie m.in. wszystkich materiałów służących przeprowadzeniu konkursu na stanowisko dyrektora generalnego MSWiA, a w szczególności testów, pytań i zadań symulacyjnych. Spośród wielu istotnych (ale wciąż drugorzędnych) argumentów dot. m.in. własności intelektualnej lub „abstrakcyjności” wnioskowanej informacji (np. „zadania, pytania, rysunki składające się na test psychologiczny mają charakter abstrakcyjny. Ich poznanie w żaden sposób nie zwiększy zasobu wiedzy wnioskodawcy o sprawach publicznych”) uwagę przykuwają zarzuty kasatora (Szefa Służby Cywilnej) przywołane przez NSA. To właśnie one doskonale pokazują potencjalne szkody wynikające z udostępniania tego rodzaju materiałów: „zablokowanie możliwości przeprowadzania konkursów na wyższe stanowiska w służbie cywilnej, z uwagi na «spalenie» w wyniku ujawnienia posiadanych testów będących narzędziami wielokrotnego użytku, (...) konieczność poniesienia przez Urząd Służby Cywilnej nieplanowanych wydatków związanych z koniecznością zamówienia nowych testów”.

tań do chwili rozpoczęcia egzaminu lekarskiego). Powyższe uwagi przekładają się również na informacje zawarte w opinia prawnych, ekspertyzach, chociaż w ich wypadku należy zawsze rozważać możliwość odwołania się do tajemnicy zawodowej, o ile przysługiwała (i wiązała) wystawcy takich dokumentów.

W obcych porządkach prawnych również dostrzega się, że ukończenie prac nad konkretnym dokumentem nie rozwiewa obaw związanych ze skutkami jego udostępnienia. W efekcie dochodzi do dwupłaszczyznowego analizowania okoliczności uzasadniających ograniczenie dostępu do szeroko rozumianych materiałów roboczych. Z reguły przyjmuje się cezurę ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy jako argument przemawiający za wygaszeniem ochrony poufności, ale definitywne wykluczenie ograniczeń wymaga pogłębionej, merytorycznej analizy spornych dokumentów. Na przykład w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA na gruncie przesłanki dedykowanej ochronie swobodnej, szczerzej dyskusji³⁵ orzecznictwo dokonało podziału „wewnątrzagencyjnych” dokumentów na dwa rodzaje: „przeddecyzyjne” i „postdecyzyjne”. Pierwsza grupa zyskuje silną ochronę przed dostępem do informacji, pod warunkiem że agencja federalna jest w stanie wykazać, że dokument stanowi (lub stanowił) wkład do procesu decyzyjnego, chociażby został on zawieszony lub definitywnie przerwany bez merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy. W ocenie Sądu Najwyższego USA dokumenty postdecyzyjne (np. dokumenty załatwiające, rozstrzygające sprawę, w szczególności akty stosowania i tworzenia prawa wywołujące skutki prawne itp.) mają zupełnie odmienny status, „ponieważ opinia publiczna jest żywotnie zainteresowana powodami, które stanowiły podstawę polityki przyjętej przez agencję”³⁶. Nie chodzi więc tylko i wyłącznie o to, który dokument wpływa na sytuację jednostki, ale o racjonalność towarzyszącą jego przygotowaniu.

Warto odnotować, że między tymi pozornie skrajnymi statusami dokumentów istnieje sporny obszar: można spotkać się z orzeczeniami uznającymi, że wnioskowany dokument jest „postdecyzyjny” co do formy i czasu jego sporządzenia, lecz „przeddecyzyjny” w treści, o ile ta treść opisuje proces decy-

³⁵ Tzw. Exemption 5 pozwala na odmowę udostępnienia „memorandów lub korespondencji, które z mocy prawa nie byłyby dostępne dla strony innej niż agencja w trakcie sporu sądowego” (5 U.S.C. § 552 (b)(5) FOIA). Szerzej na ten temat zob. *M. Bernaczyk*, Prawo do informacji, s. 168–171.

³⁶ Zob. wyr. Sądu Najwyższego USA w sprawie *National Labor Relations Board v. Sears, Roebuck & Co.*, 421 U.S., s. 152.

zyjny³⁷. Można zatem stwierdzić, że nie każda zmaterializowana motywacja tkwiąca u podstaw decyzji podlega udostępnieniu, ale tylko ta, która wprost, wyraźnie znalazła odzwierciedlenie w dokumencie kończącym sprawę³⁸. Takie włączenie materiału przeddecyzyjnego z dokumentem końcowym stwarza domniemanie, że agencja pozbawia wcześniejsze dokumenty charakteru przeddecyzyjnego. Podobny kierunek myślenia o dokumentach wewnętrznych pojawił się w uzasadnieniach wyroków NSA, który starał się zachować pewną „furtkę” dla dostępności dokumentów związanych z procesem decyzyjnym. Na przykład w uzasadnieniu wyr. NSA z 17.3.2017 r. (I OSK 1416/15) stwierdzono, że „udostępnieniu, jako informacja publiczna, podlegałaby opinia lub pogląd wynikający z protokołu posiedzenia Kolegium Prezydenta [protokół z posiedzenia Prezydenta Miasta Wrocławia uznano za dokument wewnętrzny – M.B.] wtedy, gdy **stałaby się częścią akt sprawy podlegających udostępnieniu w ramach dostępu do informacji publicznej** [podkr. M.B.]”.

Należy też pamiętać, że w USA przypisywano tym ograniczeniom dość wyraźny cel: maksymalizacja wkładu merytorycznego stałego lub okazjonalnego doradcy. Warto jednak dodać, że ocena powyższych okoliczności nie może abstrahować od elementu podmiotowego, tzn. osoby sporządzającej dokument wykorzystany w szeroko pojętych procesach decyzyjnych. Chodzi zwłaszcza o zapobieżenie sytuacjom, w których podmioty zewnętrzne o trudnym do ustalenia stopniu bezstronności lub obiektywizmu wprowadzają własne ekspertyzy i opinie do procesu decyzyjnego. Nie należy odmawiać administracji publicznej korzystania w procesie decyzyjnym z usług zewnętrznych lub konsultacji z podmiotami posiadającymi interes faktyczny i prawny, ale nie można popaść przy tym w inną skrajność. Polega ona na ochronie zgromadzonych ocen, stanowisk, analiz dostarczonych przez doradców, ekspertów realizujących własne interesy, a także konsultantów reprezentujących własne i uzasadnione interesy, lecz pozostające w konflikcie z interesem osób trzecich. Oznacza to, że *ratio* ograniczeń materiałów roboczych służących (przynajmniej na poziomie deklaracji) wypracowaniu jak najlepszych rozwiązań nie może abstrahować od tego, kto i z jakimi kwalifikacjami występował w charakterze szeroko pojętego doradcy, a także czy (i jakie) uzyskał wynagrodzenie za dostarczenie swego stanowiska.

³⁷ Zob. wyr. Sądu Najwyższego USA w sprawie *Electronic Privacy Information Center v. Department of Homeland Security*, 04-1625, 2006 U.S. (D.D.C. Dec. 22, 2006).

³⁸ Tak też Sąd Najwyższy USA w sprawie *National Labor Relations Board v. Sears, Roebuck & Co.*, 421 U.S., s. 162.

Uzasadnienie dla szerszego albo węższego dostępu do informacji zależy przede wszystkim od stopnia profesjonalizacji. Problem ten został zarysowany w rozdziale I § 3 pkt I.1 oraz w rozdziale II § 2 pkt II. W tym miejscu wypada dodać, że jawność tożsamości takich osób (umożliwiająca uwiarygodnienie kompetencji) oraz ich wynagrodzenie (składniąd objęte zakresem art. 6 ust. 1 pkt 5 DostInfPublU) nadal pozostaje zagadnieniem spornym w praktyce urzędowania władz publicznych, ale i w orzecznictwie, czego dobrym przykładem jest obszerne uzasadnienie wyr. NSA z 25.4.2014 r. (I OSK 2499/13)³⁹. Powołany wyrok zapadł wskutek wniosku o udostępnienie imion i nazwisk autorów opinii prawnych, ekspertyz, które zlecono w związku z ewentualnymi decyzjami Prezydenta RP (zob. art. 122 Konstytucji RP) dotyczącymi problematyki zawartej w ustawie z 25.3.2011 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem systemu ubezpieczeń społecznych⁴⁰ (tzw. ustawy o OFE; związek tego procesu legislacyjnego z ugruntowaniem pojęcia dokumentu wewnętrznego został opisany w rozdziale II). Rozstrzygnięcie sprowadza się do tezy o konieczności dychotomicznego podziału informacji publicznych ze sfery prywatności (zawierających dane osobowe). Informacja publiczna (art. 1 ust. 1 DostInfPublU) może zatem obejmować:

- 1) jawne dane dotyczące osób pełniących funkcje publiczne oraz
- 2) niedostępne dane osobowe osób niepełniących funkcji publicznej, które nie zrzekły się prawa do ochrony prywatności (zob. art. 5 ust. 2 zd. 2 *in fine* DostInfPublU).

Przyjąwszy, że autorzy prezydenckich opinii nie kwalifikują się do kategorii osób pełniących funkcję publiczną⁴¹, NSA w okolicznościach sprawy wykluczył możliwość udostępnienia ich imion i nazwisk (tzn. bez zgody osób, których te

³⁹ Legalis.

⁴⁰ Dz.U. Nr 75, poz. 398 ze zm.

⁴¹ Z tym poglądem można jednak polemizować, ponieważ NSA dokonał pewnego uproszczenia wywodów trybunalskich: „Nie można też przyjąć, że proces opiniowania ma bezpośredni wpływ na sytuację prawną innych osób, skoro opinia z istoty swojej nie ma charakteru wiążącego podmiot decyzyjny” (tak też uzasadnienie w sprawie I OSK 2499/13). Tymczasem Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku w sprawie K 17/05 pozostawiał istotny margines ostrożnościowy dla przypadków granicznych, twierdząc, że „chodzi o takie stanowiska i funkcje, których sprawowanie jest równoznaczne z podejmowaniem działań wpływających bezpośrednio na sytuację prawną innych osób lub **łączy się co najmniej z przygotowaniem decyzji dotyczących innych podmiotów** [podkr. *M.B.*]”. Trybunał nie rozwinął tej ostatniej myśli, ale należy z uznaniem przyjąć ten kierunek rozważań. Jest on zbliżony z założeniem, że „idee mają konsekwencje”, więc osoby wpływające (w sensie czysto faktycznym), a nie prawnym (wykonywanie kompetencji) na podmioty realnej władzy powinny być znane opinii publicznej (zob. także *M. Bernaczyk*, Prawo do informacji, s. 365 i uwagi powołane w przypisie 462).

dane dotyczą). Rozumowanie sądu zdaje się sprowadzać do poglądu o prymacie ochrony danych osobowych osób fizycznych względem prawa dostępu do informacji⁴² oraz brakiem statusu „osoby mającej związek z pełnieniem funkcji publicznych”. Ów związek – w ocenie NSA – wyraża się „w realnym i skonkretyzowanym, a nie jedynie hipotetycznym wpływie na procesy decyzyjne dotyczące sytuacji prawnych innych podmiotów” (por. wcześniejsze rozważania dotyczące pojęcia sfery wewnętrznej w pkt I niniejszego rozdziału). Nie można pominąć milczeniem dość kontrowersyjnej (i moim zdaniem błędnej) wykładni językowej DostInfPublU, ponieważ NSA w sprawie I OSK 2499/13 wyraźnie stwierdził, że przepis art. 5 ust. 2 zd. 2 DostInfPublU wyróżnia „osoby pełniące funkcje publiczne” oraz „osoby mające związek z pełnieniem funkcji publicznych”. Tymczasem powołany przepis brzmi następująco: „Ograniczenie to [ograniczenie ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy – *M.B.*] nie dotyczy informacji o osobach pełniących funkcje publiczne, mających związek z pełnieniem tych funkcji, w tym o warunkach powierzenia i wykonywania funkcji, oraz przypadku, gdy osoba fizyczna lub przedsiębiorca rezygnują z przysługującego im prawa”. Imiesłów przymiotnikowy („mających”) odnosi się do rzeczownika „informacja”, a nie (jak przyjął NSA) do „osoba”. Uważam, że ustawodawcy nie chodziło o totalne wyłączenie prywatności osób pełniących funkcje publiczne, lecz pozbawienie ochrony „tylko” tych informacji o osobie pełniącej funkcje publiczne (także ze sfery życia prywatnego), które wykazują związek z pełnieniem funkcji. Koresponduje to ze słusznym poglądem TK w sprawie K 17/05, iż co do zasady powinno zapewnić się dostęp do tych informacji o osobie fizycznej, które mają znaczenie dla oceny funkcjonowania instytucji oraz osoby pełniącej funkcje publiczne.

⁴² „Należy przyjąć, że prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu w zakresie udostępnienia danych osobowych, chyba że chodzi informację o osobach pełniących funkcje publiczne, mających związek z pełnieniem tych funkcji, w tym o warunkach powierzenia i wykonywania funkcji, oraz przypadek, gdy osoba fizyczna lub przedsiębiorca rezygnują z przysługującego im prawa”.