

Wstęp

Jednym z najbardziej kontrowersyjnych wątków ostatnich lat przewijających się w dyskusji nad ustawowym prawem do informacji publicznej jest wzrastająca liczba orzeczeń wojewódzkich sądów administracyjnych oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego odwołujących się do pojęcia dokumentu wewnętrznego.

Dokument wewnętrzny nie ma jakiegokolwiek definicji legalnej. W praktyce orzeczniczej sądów administracyjnych przez to pojęcie rozumie się dokument zawierający „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”¹. Jeśli takie informacje występują w treści dokumentu posiadanego przez władze publiczne (ewentualnie przypisano im taki cel), to w praktyce odmawia się obywatelowi konstytucyjnego prawa dostępu do dokumentu. Niniejsza książka została poświęcona właśnie temu szczegółowemu ograniczeniu prawa do informacji o działalności państwa. Zasadniczym (lecz nie wyłącznym) źródłem ograniczanego prawa jest art. 61 Konstytucji RP. Zgodnie z jego przepisami:

„Obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Prawo to obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa” (ust. 1).

„Prawo do uzyskiwania informacji obejmuje dostęp do dokumentów oraz wstęp na posiedzenia kolegialnych organów władzy publicznej pochodzących z powszechnych wyborów, z możliwością rejestracji dźwięku lub obrazu” (ust. 2).

„Ograniczenie prawa, o którym mowa w ust. 1 i 2, może nastąpić wyłącznie ze względu na określone w ustawach ochronę wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych oraz ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa” (ust. 3).

„Tryb udzielania informacji, o których mowa w ust. 1 i 2, określają ustawy, a w odniesieniu do Sejmu i Senatu ich regulaminy” (ust. 4).

Praktyka i teoria prawa często nazywają to uprawnienie „prawem do informacji publicznej”, mimo że Konstytucja RP nie zawiera takiego sformułowania. Można to wy-

¹ Zob. pkt III.2 uzasadnienia prawnego wyr. TK z 13.11.2013 r. (P 25/12, OTK-A 2013, Nr 8, poz. 122).

tłumaczyć skrótowością wypowiedzi i chęcią nawiązania do ustawy z 6.9.2001 r. o dostępie do informacji publicznej, której art. 1 ust. 1 stanowi: „Każda informacja o sprawach publicznych stanowi informację publiczną w rozumieniu ustawy i podlega udostępnieniu na zasadach i w trybie określonych w niniejszej ustawie”.

Taki zabieg ma swoją zaletę: praktyk i teoretyk natychmiast kojarzą ustawowy reżim z jego konstytucyjnym wzorcem. Umożliwia to szybką „nawigację” w gąszczu przepisów rangi ustawowej. Pozwala na odróżnienie od pozostałych regulacji o podobnej funkcji, takich jak prawo prasowe, prawo do informacji o stanie środowiska lub prawo do ochrony danych osobowych.

Osobiście nie popieram tego zabiegu prawniczo-stylistycznego w odniesieniu do norm konstytucji. Doceniam oczywiście istotną symbolikę tego sformułowania: przypomina ono o złożoności, wielopoziomowości systemu prawa, konieczności rozwijania postanowień konstytucji, w tym obowiązku wykładni składników tego systemu w zgodzie z Konstytucją RP. W dojrzałym państwie demokratycznym konstytucja pisana jest uosobieniem idei rządów prawa (a nie człowieka). Mimo swej ogólności w znakomitej większości wyznacza cele, do których powinniśmy dążyć w procesie tworzenia i stosowania prawa. W przypadku prawa do informacji obecność Konstytucji RP zaznacza się jednak znacznie silniej aniżeli tylko poprzez wyznaczenie ogólnych kierunków legislacji. Dzieje się tak, ponieważ zasadnicze zręby tego uprawnienia wynikają wprost z przepisów art. 61 ust. 1 i 2 Konstytucji RP, które znacząco uprzedziły DostInfPublU (aż o 4 lata). Rola Konstytucji RP po wejściu w życie DostInfPublU (1.1.2002 r.) polega przede wszystkim na obowiązku sytuowania ustawowych problemów jako kwestii interpretacyjnych², a dopiero później jako problemu walidacyjnego (równoznacznego z obowiązkiem podjęcia działań zmierzających do derogacji niezgodnej normy podkonstytucyjnej). Oznacza to jednak, że w obu przypadkach wątpliwości co do znaczenia normy ustawowej lub kolizji tych norm należy sięgać do Konstytucji RP. Przez taki zabieg najpełniej manifestuje się nakaz bezpośredniego stosowania art. 61 Konstytucji RP (zob. art. 8 ust. 2 Konstytucji RP). Podobnie należy czynić, gdy wiążące Polskę i powszechnie obowiązujące przepisy prawa międzynarodowego nakazują zagwarantować dostęp do informacji (art. 9, 91 i 241 Konstytucji RP określają warunki obowiązywania i eliminowania rzeczywistych kolizji pomiędzy międzynarodowym a krajowym porządkiem prawnym).

Gdyby powyższe założenia były przestrzegane w praktyce, to nazwanie art. 61 Konstytucji RP źródłem prawa do informacji publicznej nie wymagałoby żadnych istotnych zastrzeżeń. Tymczasem jest dokładnie na odwrót. Po 15 latach obowiązywania DostInfPublU praktyka administracyjna, sądownoadministracyjna nadaje przepisom ustawy treść i funkcję oddalającą się od konstytucyjnego wzorca i nie chodzi tu wyłącznie o treść art. 61 Konstytucji RP, ale o naruszenie dość podstawowych zasad wynika-

² Na konieczność wykładni prawa w zgodzie z Konstytucją wskazywano już w początkowej fazie transformacji ustrojowej. Zob. wyr. NSA z 21.12.1992 r. (V SA 996/92, ONSA 1992, Nr 3–4, poz. 98).

jących z klauzuli demokratycznego państwa prawnego, klauzul limitacyjnych art. 31 ust. 3 i art. 61 ust. 3, a także zobowiązań przyjętych na mocy Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności³. Można postawić hipotezę, że począwszy od 2013 r. nawiązała się tendencja do nadawania przepisom Konstytucji RP znaczenia ukształtowanego w praktyce stosowania ustawy, co z punktu widzenia hierarchii źródeł prawa jest założeniem nieprawidłowym, o ile konstytucja nie odwołuje się wyraźnie do tzw. pojęć zastanych (szerzej na ich temat zob. rozdział II § 3, pkt I.2). Nie będzie przesadą poszukiwanie analogii z praktyką konstytucyjną okresu PRL, która uzależniała stosowanie konstytucji od „pośredniczącej” roli ustawy.

Zjawisko swoistego „zawłaszczania” konstytucji przez ustawę dotyka przede wszystkim ust. 1 art. 61 Konstytucji RP, w zakresie, w jakim operuje sformułowaniem „informacja o działalności”. Praktyka przyjęła domniemanie, że ustawodawca skonkretyzował wyżej wymienione pojęcie za pomocą art. 1 ust. 1 („informacja o sprawie publicznej”), ale analiza przeprowadzona w rozdziale 1 i 2 pokazuje, że pojęcia istotnie się różnią. Nazywając art. 61 prawem do informacji publicznej, osiągamy więc zwięzłość wypowiedzi, ale ma to wysoką cenę: współtworzymy mylne wyobrażenie, jakoby sprecyzowanie (konstytucyjnej) „informacji o działalności” dokonało się za pomocą (ustawowego) idiomatu „sprawa publiczna”. Tymczasem w piśmiennictwie pod adresem tego ostatniego pojęcia nieustannie, począwszy od 2002 r.⁴, powtarza się zarzut błędu w definiowaniu (*ignotum per ignotum*)⁵. Identyczna krytyka pojawiła się już w 2001 r. podczas sejmowych prac nad projektem ustawy⁶. Z punktu widzenia konstytucyjnej zasady prawidłowej legislacji jest to bardzo poważny zarzut. Jednocześnie komentatorzy ustawy często deklarują konieczność ustalenia desygnatu „sprawy publicznej” poprzez odwołanie się do art. 61 Konstytucji RP, ale szczegółowa analiza takich wypowiedzi daje zaskakujące rezultaty: np. autorzy stwierdzają istotną rozbieżność pomiędzy konstytucją a ustawą⁷, po czym szybko porzucają ten wątek, oddając się odtwórczemu opisowi

³ Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

⁴ Zob. T.R. Aleksandrowicz, Komentarz do ustawy o dostępie do informacji publicznej, Warszawa 2002, s. 70. Autor przypomina, że tego rodzaju zarzuty padały już w trakcie prac na projekcie ustawy – także z powołaniem na Biuletyn Komisji Nadzwyczajnej do rozpatrzenia projektów ustaw dotyczących prawa obywateli do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne, a także dotyczących jawności procedur decyzyjnych i grup interesów (Nr 8), 27.3.2001 r., druk Nr 79132 B.

⁵ M. Bidziński, M. Chmaj, P. Szustakiewicz, Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz, Warszawa 2010, s. 20; D. Fleszer, Zakres przedmiotowy pojęcia „informacja publiczna” w świetle art. 1 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej, PPH 2010, Nr 9, s. 52–58, wersja ujednolicona dostępna pod adresem: <http://www.lex.pl/akt/-/akt/zakres-przedmiotowy-pojecia-informacja-publiczna-w-swietle-art-1-ust-1-ustawy-o-dostepie-do-informacji-publicznej> [dostęp: 26.8.2016 r.].

⁶ Zob. wypowiedź A. Grzymisławskiej, Zastępcy szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów na posiedzeniu komisji NDI w dniu 27.3.2001 r. (Biuletyn Nr 3967/III).

⁷ W. Sokolewicz stwierdził, że: „Pewną konfuzję wywołuje brak koherencji między u.d.i.p. i konstytucją. W ustawie bowiem na plan pierwszy wysuwa się dla zdefiniowania informacji kry-

praktyki⁸. Wciąż trudno osiągnąć taki poziom dyskursu, w którym przywołanie konstytucji traci cechy ornamentacyjne (tzn. dokonuje się rzeczywistej analizy znaczenia przepisów konstytucji zamiast symbolicznego wzmocnienia argumentacji).

Znamienne, że krytycy jakości legislacji przechodzą do porządku dziennego nad kolejną sytuacją: tak powszechnie krytykowany przepis DostInfPublU przyjmuje funkcję przesłanki ograniczającej konstytucyjne prawo do informacji. Inaczej rzecz ujmując: w literaturze prawniczej i orzecznictwie milcząco aprobeuje się stan, w którym art. 1 ust. 1 DostInfPublU tworzy tzw. przez mnie „efekt przedpoła” lub „sporu na przedpołu”⁹. Konstytucjonalista wyobrazi sobie lepiej tę sytuację, jeśli powiemy, że art. 1 ust. 1 DostInfPublU działa jak ograniczenie prawa do dokumentów *ex ante*, bez dociekania, czy przestrzega się (tworząc i stosując prawo) zasadę proporcjonalności ograniczeń (*sensu largo*). Specjaliści zajmujący się komparatystyką demokratycznych ustaw o dostępie do informacji mogą mieć w tym miejscu skojarzenia z tzw. wyłączeniami (ograniczeniami) absolutnymi¹⁰.

terium przedmiotowe, a w dodatku sformułowane nieprecyzyjnie, co prowadzi do wniosków odmiennych od tych, jakie przynosi wykładnia odpowiednich przepisów konstytucji. Konfuzja może być tym większa, że to dopiero w języku ustawy pojawia się zwrot «informacja publiczna», zaś sądy nie nawykły jeszcze do traktowania konstytucji jako źródła prawa powszechnie obowiązującego”. Zob. W. Sokolewicz, w: L. Garlicki (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. 4, Warszawa 2005, komentarz do art. 61, s. 21; zob. także P. Szustakiewicz, Trzy definicje informacji publicznej w polskim prawie, <http://www.lex.pl/czytaj/-artykul/trzy-definicje-informacji-publicznej-w-polskim-prawie> [dostęp: 3.3.2017 r.].

⁸ P. Szustakiewicz, Trzy definicje.

⁹ B. Banaszak, M. Bernaczyk, Konsultacje społeczne i prawo do informacji o procesie prawotwórczym na tle Konstytucji RP oraz postulatu „otwartego rządu”, ZNSA 2012, Nr 4, s. 21–23.

¹⁰ Zwracam uwagę, że omawiane w tym miejscu rozwiązanie można nazwać w dwojaki sposób. Jeśli ustawa (lub inny akt prawny) zawiera w swojej treści sformułowanie, że jego postanowien np. nie stosuje się do informacji określonego rodzaju, to można nazwać takie postanowienie wyłączeniem (zakresu przedmiotowego reżimu dostępowego). Jeżeli jednak ograniczamy zakres zastosowania ustawy dostępowej, lecz w systemie źródeł prawa nie istnieje alternatywna procedura dostępu do informacji, natomiast uprawnienie do jej uzyskania wynika wprost z konstytucji, to takie postanowienie można rozpatrywać w kategoriach ograniczenia konstytucyjnego prawa do informacji. W tym miejscu utożsamiam oba pojęcia, ponieważ w niniejszych rozważaniach przyjęto perspektywę prawnokonstytucyjną. Uczulam jednak Czytelnika na potencjalne różnice kryjące się za tego typu pojęciami. Na przykład w Wielkiej Brytanii zakres prawa do informacji we *Freedom of Information Act 2000* omawia się za pomocą trzech pojęć: 1) wyłączenia (*exclusion*), tj. przepisy wskazujące, do których informacji nie stosuje się *Freedom of Information Act 2000*; 2) ograniczenia absolutne (*absolute exemptions*); 3) ograniczenia względne (*exemptions*). Zob. szerzej P. Birkinshaw, M. Varney, *Government and Information: The Law Relating to Access, Disclosure and their Regulation*, West Sussex 2011, s. 42. Budowanie analogii z porządkiem anglosaskim musi jednak następować z zastrzeżeniem, że zarówno Stany Zjednoczone Ameryki jak i Wielka Brytania nie mają w konstytucji prawa do informacji w omawianym znaczeniu. Tamtejsze rozważania koncentrują się na zasadach i regułach ustawowych.

Te obrazowe stwierdzenia stanowią *differentia specifica* polskiego reżimu ustawowego i zarazem jego zasadniczą wadę. Wadliwość tego rozwiązania wpływa negatywnie na publiczną dyskusję o prawie do informacji, ponieważ osoba czytająca po raz pierwszy przepisy DostInfPublU na ogół nie zdaje sobie sprawy, że niemal wyłącznie jej pierwszy przepis stanowi punkt wyjścia dla tak obszernej praktyki sądowej. Po 15 latach obowiązywania DostInfPublU można powiedzieć, że oprócz jej oficjalnego tekstu ogłoszonego w Dzienniku Ustaw istnieje również „ustawa sądowa”, dlatego jej stosowanie stało się wręcz niemożliwe bez znajomości praktyki. Zjawisko rozchodzenia się praktyki z oryginalnym brzmieniem DostInfPublU spowodowało, że jej ocena staje się coraz bardziej krytyczna¹¹. Jeśli jednak osadzić tę praktykę w szerszych, konstytucyjnych wątkach dotyczących statusu jednostki, to należy skomentować sytuację jako patologiczną.

Aby wytłumaczyć Czytelnikowi cel postania niniejszej książki oraz problem tzw. sporu na przedpolu, należy krótko opisać metodykę rozwiązywania konfliktu o dostęp do informacji publicznej w polskim prawie. W przypadku wszczęcia postępowania zmierzającego do ochrony prawa do informacji publicznej, organ bada w pierwszej kolejności, czy informacja posiadana przez podmiot władzy publicznej dotyczy „sprawy publicznej”. Pozytywna odpowiedź zmusza organ do zastosowania DostInfPublU w celu udostępnienia wnioskowanej informacji lub ograniczenia ich dostępności na podstawie przepisów art. 5 DostInfPublU. Jeżeli organ, po uprzedniej analizie wnioskowanych informacji publicznej, stwierdza, że podlegają one ograniczeniu:

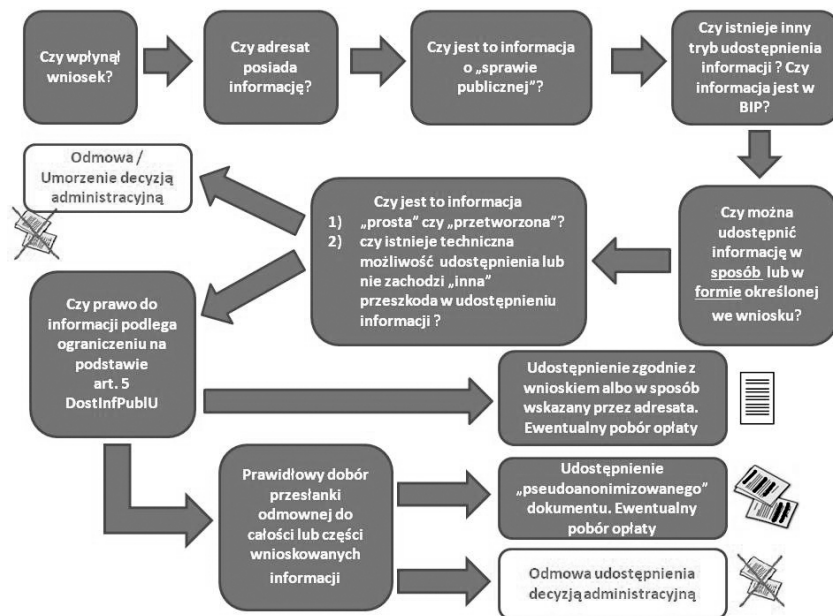
- 1) w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych (art. 5 ust. 1 DostInfPublU),
 - 2) ze względu na prywatność osoby fizycznej, tajemnicę przedsiębiorcy niewyłączone zgodą podmiotu, którego dotyczą (art. 5 ust. 2 zd. 1 w zw. z art. 5 ust. 2 zd. 2 *in fine* DostInfPublU),
 - 3) ze względu na prywatność osoby pełniące funkcje publiczne, w zakresie informacji niemających związku z pełnieniem funkcji publicznej i nieobjętej zgodą osoby, której dotyczą
- odmawia udostępnienia informacji publicznej w drodze decyzji administracyjnej (art. 16 ust. 1 i 2 DostInfPublU).

Proceduralne wymogi związane z rozstrzygnianiem w formie decyzji administracyjnej powodują, że adresat uzyskuje wiedzę co do faktycznych podstaw odmowy, adekwatnej przesłanki odmownej i środków zaskarżenia. W ten sposób spełniony zostaje minimalny standard prawa do informacji publicznej (zob. rozdział 1, § 1, „Istota prawa

¹¹ W 2009 r. *M. Jabłoński* pisał, że DostInfPublU przetrwała próbę czasu, skoro „żyje i daje się stosować” (*M. Jabłoński*, Udostępnianie informacji publicznej w trybie wnioskowym, Wrocław 2009, s. 261), natomiast w 2013 r. otwarcie wyraził wątpliwość, czy ustawa wyraża „ducha Konstytucji RP” (*tenże*, Udostępnianie informacji publicznej w formie wglądu do dokumentu, Wrocław 2013, s. 227).

do informacji”). W tym modelowym ujęciu (wynikającym z woli ustawodawcy) adresat wniosku (podmiot, o którym mowa w art. 4 ust. 1 i 2 DostInfPublU) musi postawić sobie kilka zasadniczych pytań determinujących kolejne etapy procedury (niebędącej jednak procedurą administracyjną, lecz odformalizowanym, swoistym postępowaniem, do którego KPA stosuje się wyłącznie w zakresie opisanym art. 16 DostInfPublU). Można zobrazować to poniższym schematem.

Schemat 1. Przebieg postępowania w sprawie dostępu do informacji publicznej



Źródło: Opracowanie własne.

Pojęcie tzw. sporu na przedpolu obejmuje sytuację istotnie odbiegającą od powyższego modelu. Opisana sekwencja czynności ulega przerwaniu tuż po wpływie wniosku, a w skrajnych wypadkach bez poszukiwania wnioskowanej informacji¹². Pod pojęciem sporu na przedpolu kryje się scenariusz, w którym podmiot wła-

¹² Por. następujący fragment uzasadnienia wyr. NSA z 23.7.2013 r. (I OSK 3007/13, Legalis): „Podniesione w skardze kasacyjnej kwestie dotyczące dokonania ustaleń czy Minister był w posiadaniu przedmiotowej Analizy nie mają żadnego znaczenia dla oceny charakteru tego materiału. Jak to już wskazano wyżej ma ona charakter roboczy i nie zawiera informacji publicznej. Nie pod-

dzy publicznej (w rozumieniu art. 61 ust. 1 zd. 1 i 2 Konstytucji RP i art. 4 ust. 1 i 2 DostInfPublU) neguje „publiczny” charakter posiadanej informacji, tzn. twierdzi, że wnioskowana informacja nie dotyczy „sprawy publicznej” (jest „dokumentem wewnętrznym”), w związku z czym obowiązek udostępnienia informacji w okolicznościach rozpatrywanej sprawy nigdy się nie zaktualizował.

Skoro DostInfPublU nie znajduje zastosowania do informacji innych niż publiczne, to nie dochodzi do wszczęcia jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego, nie wydaje się odmownej decyzji administracyjnej wskazującej zagrożone dobro, zaś jedyną niesformalizowaną reakcją adresata jest pisemne stanowisko, że wnioskowana informacja nie dotyczy „sprawy publicznej”. Wyłącznie od dobrej woli adresata zależy, czy nadesłane pismo zawiera np. jedno zdanie złożone, czy też przypomina swą treścią i objętością „pismo procesowe” będące „omówieniem orzecznictwa polskich sądów”¹³. A skoro do tego rodzaju „odmowy” nie stosuje się art. 16 DostInfPublU, to nie istnieje obowiązek wskazania środków zaskarżenia, więc poszukiwanie potencjalnych środków ochrony zależy wyłącznie od własnej wiedzy wnioskodawcy¹⁴. Praktyka wyewoluowała w kierunku skargi na bezczynność w przedmiocie udostępnienia informacji publicznej składanej do wojewódzkiego sądu administracyjnego, mimo że w orzecznictwie wyraż-

lega więc udostępnieniu niezależnie od tego czy Minister faktycznie ją posiadał, czy też nie dysponował tym materiałem. Nawet gdyby dysponował tą analizą, to nie straciłaby ona charakteru materiału roboczego”.

¹³ Zob. relację stacji telewizyjnej TVN24 na temat odmowy potwierdzenia lub zaprzeczenia udziału *M. Królikowskiego* w prezydenckich pracach nad projektami ustaw o Krajowej Radzie Sądownictwa i Sądzie Najwyższym: „Organ musi mieć gwarancję dyskrekcji”. Kancelaria Prezydenta RP odmawia informacji o *Królikowskim* (31.8.2017 r.), <https://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/kancelaria-prezydenta-odmawia-informacji-o-krolikowskim,768734.html> [dostęp: 24.10.2017 r.]. Biuro Prasowe Kancelarii Prezydenta RP odmówiło udzielenia informacji, powołując dwa główne argumenty (w gruncie rzeczy wykluczające siebie nawzajem): brak nośnika (utrwalenia) wnioskowanej informacji oraz pojęcie dokumentu wewnętrznego.

¹⁴ Por. następujące spostrzeżenie: „W praktyce działania Rzecznika [Praw Obywatelskich – *M.B.*] szczególnie częste są przypadki kierowania wystąpięń na podstawie art. 14 pkt 2 RPOU w związku z niestosowaniem przez organy zobowiązane do udostępnienia informacji publicznej trybu przewidzianego w przepisie art. 16 ust. 1 ustawy o dostępie, tj. konieczności wydania decyzji administracyjnej w przypadku odmowy jej udostępnienia. Nieprawidłowa praktyka organów władzy publicznej, polegająca na odmowie udostępnienia informacji bez wydawania takiej decyzji, skutkuje utrudnieniem skorzystania przez żądającego udostępnienia informacji z procedury odwoławczej bądź wiąże się z przedłużeniem postępowania. Organy często odmawiają udostępnienia informacji w drodze zwykłego pisma, żądając niekiedy przedłożenia od wnioskodawcy dodatkowych informacji, prowadzą swoistą grę z obywatelami, obliczoną na jego zniechęcenie” – *M. Wróblewski*, Rzecznik Praw Obywatelskich jako organ ochrony prawa dostępu do informacji publicznej, w: *M. Grzybowski, G. Kuca, P. Mikuli* (red.), *Ustroje. Historia i współczesność. Polska – Europa – Ameryka Łacińska. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Jackowi Czajowskiemu*, Kraków 2013, s. 123.

nie podkreśla się brak takiego uregulowania ustawowego¹⁵ przy jednoczesnym pominięciu normy art. 177 Konstytucji RP¹⁶.

W sądach administracyjnych dominują więc spory (zob. dalsze uwagi dotyczące statystyki sądowej), których otoczenie materialno- i formalnoprawne odbiega od europejskiego standardu ochrony wytyczonego ponad 30 lat temu¹⁷. W przypadku kolizji pomiędzy prawem do informacji a innym dobrem prawnie chronionym dysponent informacji powinien dowodzić na okoliczność prawdopodobnej lub rzeczywistej przeszkody w udostępnieniu informacji na podstawie adekwatnej przesłanki przepisanej prawem. Idzie więc o to, czy i w jaki sposób udostępnienie informacji naruszyłoby wyartykułowany ustawą interes (bezpieczeństwo, porządek publiczny, prywatność itd.). Dominujący problem polskiej praktyki stosowania ustawy nie tkwi w tym, czy zostałyby naruszony interes określony prawem, lecz czy informacja ma „cechy informacji publicznej” (*ergo*, czy DostInfPublU w ogóle znajduje zastosowanie). Tak postawione pytanie abstrahuje jednak od stosowania przepisów ustawy z poszanowaniem klauzuli limitycyjnej z art. 61 ust. 3 Konstytucji RP.

Opisane zjawisko jest wyraźnie widoczne w statystykach sądowych publikowanych przez NSA i skrupulatnie analizowanych przez organizacje pozarządowe. Wojewódzkie sądy administracyjne w 2010 r. rozpoznały 666 spraw dotyczących prawa do informacji publicznej (z czego 202 sprawy ze skarg na decyzje i inne czynności oraz 464 sprawy ze skarg na bezczynność). W 2011 r. sądy te rozpatrzyły 855 spraw (z czego 170 ze skarg na decyzje i inne czynności oraz 685 spraw na bezczynność), w 2012 r. – 1478 spraw (319 ze skarg na decyzje i inne czynności oraz 1159 spraw dotyczących bezczynności), w 2013 r. – 2710 spraw (533 sprawy dotyczyły skarg na decyzji i inne czynności, natomiast 2177 spraw dotyczyło bezczynności), w 2014 r. – 3351 spraw (z czego 680 spraw ze skarg na decyzje i inne czynności oraz 2671 spraw ze skarg na bezczynność). W 2015 r. wojewódzkie sądy administracyjne łącznie zajmowały się 2549 sprawami, w tym 538 spraw dotyczyło skarg na decyzje i inne akty oraz 2011 spraw ze skarg na bezczynność¹⁸.

To co powinno przyciągnąć naszą uwagę, to znaczna rozbieżność pomiędzy liczbą spraw wszczętych skargą na decyzję administracyjną a liczbą spraw ze skargi na bezczynność art. 3 § 2 pkt 8 PrPostSAdm. Powołany przepis jest podstawowym środkiem zwalczania tzw. bezczynności („milczenia władzy”).

¹⁵ Zob. wyr. WSA we Wrocławiu z 27.1.2016 r. (IV SAB/Wr 318/15, Legalis).

¹⁶ „Sądy powszechne sprawują wymiar sprawiedliwości we wszystkich sprawach, z wyjątkiem spraw ustawowo zastrzeżonych dla właściwości innych sądów”.

¹⁷ Zob. zasada Nr VII dyrektywy Komitetu Ministrów Rady Europy Nr R/81/19 25.11.1981 r. w sprawie dostępu do informacji posiadanej przez władze publiczne: *A public authority refusing access to information shall give the reasons on which the refusal is based, according to law or practice* („władze publiczne odmawiające dostępu do informacji powinny podać powody uzasadniające odmowę zgodnie z prawem lub praktyką”).

¹⁸ S. Osowski, B. Wilk, Wstęp, w: S. Osowski, B. Wilk (red.), *Glosy wybranych orzeczeń dotyczących prawa do informacji*, Warszawa 2016, s. 3.

Przywołana statystyka sądowa wskazuje, że podstawę faktyczną zaskarżenia kwalifikuje się najczęściej do kategorii bezczynności. Terminologia procesowa może jednak sugerować, że bezczynność na gruncie DostInfPublU wyraża się w milczącym ignorowaniu wniosku (np. nieustosunkowanie się do niego jakkolwiek czynnością). Pojęcie bezczynności odniesione do przepisów DostInfPublU przybrało jednak szerszy zakres. W klasycznym ujęciu oznacza ono niewydanie decyzji administracyjnej o odmowie udostępnienia informacji publicznej (w 14-dniowym terminie określonym art. 13 ust. 1 z zastrzeżeniem art. 13 ust. 2 i art. 15 ust. 2 DostInfPublU¹⁹) lub nieudostępnienie informacji publicznej (niewykonanie czynności materialno-technicznej), ale obejmuje również trzecią formę działania, której ustawodawca nie przewidywał: pisemną negację „publicznego” charakteru informacji przez podmiot, o którym mowa w art. 4 ust. 1 i 2 DostInfPublU²⁰ (adresat stwierdza, że wnioskowana informacja nie dotyczy sprawy publicznej, w związku z czym ustawowy obowiązek udostępnienia informacji nie zaktualizował się)²¹.

W ten oto sposób dochodzimy do problemu stanowiącego główny temat książki: adresaci wniosku wykazują aktywność w sprawie wniosku, nie negują istnienia wnioskowanych informacji, utrwalenia na nośniku, związków przyczynowo-skutkowych pomiędzy istnieniem wnioskowanej informacji a wykonywaniem zadaniem publicznym. Zamiast tego – w ślad za orzecznictwem sądownoadministracyjnym – twierdzą, że wnioskowane informacje stanowią „dokument wewnętrzny”, a więc informację niedo-

¹⁹ Od bezczynności należy odróżnić „przewlekłe prowadzenie postępowania” (zob. art. 3 § 2 pkt 8 PrPostSAdm). Przewlekłe postępowanie na gruncie DostInfPublU oznacza sytuację, w której organ niewątpliwie „wykazuje aktywność w sprawie wniosku (co wyklucza bezczynność), ale w sposób nieuzasadniony przedłuża jego rozpoznanie (co uzasadnia jego przewlekłość)”. Zob. post. WSA w Szczecinie z 11.8.2016 r. (II SAB/Sz 65/16, Legalis). Jak słusznie stwierdzono w powołanym postanowieniu, dotyczy to pisma, które „nie zawiera wskazania faktycznych przyczyn przedłużenia terminu do udostępnienia informacji, gdyż za takie nie można uznać powołania się na konieczność podjęcia bliżej nieokreślonych szeregu czynności, bez ich sprecyzowania czy wskazania na rodzaj trudności w udostępnieniu informacji w terminie” (tamże).

²⁰ Pomijam w tym miejscu incydentalne przypadki skarg na bezczynność podmiotu, który (aktywnie lub milcząco) kwestionuje swój status na gruncie art. 4 ust. 1 i 2 DostInfPublU. Zob. post. NSA z 6.12.2012 r. (I OSK 2843/12, Legalis).

²¹ Zob. post. NSA z 25.7.2012 r. (I OSK 1675/12, Legalis): „Jeżeli skarżący pozostaje w przekonaniu, iż żądane przez niego informacje mają charakter informacji publicznej w rozumieniu DostInfPublU, to może on wnieść do sądu administracyjnego skargę na bezczynność organu, w efekcie rozpoznania której sąd ma obowiązek przesądzić o charakterze informacji poprzez dokonanie kwalifikacji, czy żądane informacje są, czy też nie informacjami publicznymi w rozumieniu DostInfPublU. Dopiero merytoryczna ocena żądania strony przez pryzmat ustawy o dostępie do informacji publicznej pozwala de facto stwierdzić, czy w sprawie o bezczynność ma zastosowanie ustawa o dostępie do informacji publicznej. Przesądzenie, że w sprawie będą miały zastosowanie przepisy dotyczące informacji publicznej, pozwala dopiero na przejście do drugiego etapu badania skargi – to jest do stwierdzenia, czy w sprawie występuje bezczynność (...) Dwuetapowość spraw o bezczynność w zakresie informacji publicznej przesądza o specyfice tych spraw”.

tyczącą sprawę publicznej. Są to stanowiska trudne do pogodzenia z brzmieniem art. 61 ust. 2 *ab initio* Konstytucji RP, który stwierdza dobitnie: „Prawo do uzyskiwania informacji obejmuje dostęp do dokumentów”.

W wymiarze praktycznym mamy więc do czynienia z odmową dostępu do informacji o działalności państwa, natomiast sporny – a przez to konstytucyjnie wątpliwy – staje się charakter prawny tej odmowy. Dobrze ilustrują to aż trzy różne oceny charakteru opinii radcy prawnego w świetle art. 1 ust. 1 DostInfPublU opisane w rozdziale II § 3 pkt I.2). Z perspektywy 16 lat możemy powiedzieć, że ziścił się czarny scenariusz, któremu słusznie chciano zapobiec w trakcie postępowania ustawodawczego²². Dotychczasowa praktyka sądownoadministracyjna wytworzyła zjawisko, w którym pod rządami art. 61 Konstytucji RP funkcjonują trzy grupy informacji zawarte w dokumentach:

- 1) jawne (dostępne w trybie ustawy);
- 2) informacje objęte ustawową tajemnicą, co do której odmawiamy dostępu na zasadach i w trybie ustawy, ale nie wykluczamy dostępu w przyszłości w przypadku ustania określonego zagrożenia;
- 3) informacje niemające charakteru „informacji publicznej”, których państwo nie musi (nie może?) udostępnić²³. To właśnie ten trzeci obszar jest kolonizowany

²² W dniu 19.12.2000 r. ekspert Komisji NDI *Jan Stefanowicz* mówił wprost: „(...) chcę zwrócić uwagę na pewne zjawisko, o którym nie ma mowy nawet w dostarczanych ekspertyzach. Otóż próbuje się kształtować przekonanie, jakoby wśród zbioru wszystkich informacji były takie informacje, które muszą być objęte ograniczeniami dostępu. Chodzi o informacje chronione bądź to z przyczyn publicznoprawnych, bądź też z przyczyn prywatnoprawnych. Są to dwa główne obszary niejawności. Zwracam przy tym uwagę na art. 61 Konstytucji RP, który mówi o informacjach, które powinny być udostępnione. Jest jeszcze trzeci, bliżej niesprecyzowany obszar informacji, gdzie informacja ani nie musi być udostępniana, ani nie jest niejawna. Trzeba zwalczać taki pogląd, ponieważ nie jest on ani uprawniony, ani absolutnie nie wynika z konstytucji” (3614/III).

²³ Na tym obszarze pojawia się też bardzo interesujący problem dotyczący bezpieczeństwa prawnego osób zatrudnionych w sektorze publicznym (podmiotach określonych w art. 4 ust. 1 DostInfPublU). Skoro informowanie – jak wszelkie działania władzy publicznej – mają być oparte na prawie, to powstaje pytanie, czym jest udostępnienie (np. w BIP, SIS lub na stronie internetowej instytucji publicznej) dokumentów, którym wcześniej np. sąd odmówił cech „informacji o sprawie publicznej”. Oczywiście trudno wyobrazić sobie szkodę z tego tytułu po stronie odbiorców informacji, wyjąwszy przypadki naruszenia ich prywatności (por. *K. Ponikowska*, Olkusz. Czy starosta naruszył dobre imię obywatela?, 12.4.2017 r., <http://www.gazetakrakowska.pl/wiadomosci/malopolska-zachodnia/olkusz/a/olkusz-czy-starosta-naruszyl-dobre-imie-obywatela,11979906/> opisujący upublicznienie pełnych danych osoby powołującej się na prawo do informacji publicznej z obraźliwym komentarzem [dostęp: 5.5.2017 r.]; zob. także Stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich w sprawie publikacji wizerunków protestujących pod Sejmem w dniach 16 i 17.12.2016 r. z 19.1.2017 r., Zespół Prawa Karnego Biura Rzecznika Praw Obywatelskich, znak pisma II.519.61.2017, www.brpo.gov.pl [dostęp: 5.5.2017 r.]). Jednakże całkiem realnym scenariuszem jest pociąganie do odpowiedzialności personelu administracji publicznej za udostępnienie informacji bez podstawy prawnej, mimo że sama informacja nie została objęta jakąkolwiek ustawową tajemnicą.

przez różnorodne wypowiedzi judykatury na temat tzw. dokumentu wewnętrznego.

Czytelnik może w tym miejscu odnieść, słuszne skądinąd wrażenie, że koncentruje się wokół kwestii orzecznictwa sądownoadministracyjnego, w mniejszym zaś stopniu na tytułowym dokumencie wewnętrznym. Rzecz w tym, że jedno wynika z drugiego. Nie można rzetelnie opisać fenomenu dostępu do informacji publicznej w Polsce, gdzie przesłanka ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności wynika w tak dużym stopniu z praktyki sądowej aniżeli z brzmienia Konstytucji RP i ustawy. Jest to publikacja, która próbuje wyjaśnić przyczynę tego zjawiska, ocenić warunki jego dopuszczalności w świetle istniejących przepisów. Pod tym względem można doszukiwać się podobieństwa z innymi pozycjami bibliograficznymi poświęconymi dostępowi do informacji publicznej, z tą różnicą, że nie zamierzam powielać błędów innych autorów. Nie interesuje mnie kolejny epigonizm na temat prawa do informacji, w którym stwierdza się, że sporny dokument jest wewnętrzny (czyt. „niedostępny”), ponieważ tak stwierdzono w orzecznictwie. Interesuje mnie, dlaczego sądy tak stwierdzają i czy ich argumentacja broni się w konfrontacji z konstytucyjnymi założeniami naszego systemu prawnego. Dotąd nie zaoferowano polskiemu Czytelnikowi tego rodzaju analizy i pod tym względem jest to pionierska praca²⁴. Niniejsza książka musi więc połączyć elementy dogmatyki prawniczej, uzyskując pewien wymiar praktyczny, tzn. analizować zjawisko tzw. prawotwórstwa sędziowskiego. Monografia pokaże, że pojęcie tzw. dokumentu wewnętrznego nigdy nie zostało zdefiniowane, o ile zgadzamy się, że istotą definiowania nie jest demonstrowanie życzeniowego sposobu myślenia o prawie, lecz objaśnianie znaczenia **istniejących** pojęć języka prawnego w sposób możliwie jasny i precyzyjny. To, że dokument wewnętrzny nie występuje w tekście Konstytucji, ustawy lub wiążącego Polskę prawa międzynarodowego, powinno działać alarmująco.

Pragnę w tym miejscu podkreślić, że zjawisko „rozchodzenia” się normy prawnej z tekstem aktu prawnego nie jest czymś osobliwym ani samo przez się negatywnym. Może być ono całkowicie normalne i wynikać z otwartości znaczeniowej, ogólności tekstu prawnego, ale może być również przejawem przełamania typowych znaczeń przez interpretatora tekstu. Nauka prawa konstytucyjnego akceptuje takie zjawisko w odniesieniu do tekstu Konstytucji²⁵, ale stawia mu pewne warunki i granice. Tolerancja dla takich zabiegów interpretacyjnych spada jednak w miarę zstępowania w hierarchii źródeł prawa. Dzieje się tak, ponieważ od aktów prawnych niższego rzędu oczekujemy precyzowania pojęć konstytucyjnych²⁶, a także tych kwestii społecznych, któ-

²⁴ Jeśli uwzględnimy stan wiedzy towarzyszący zamknięciu niniejszej książki i aktualną bibliografię tematu sięgającą 2038 pozycji. Zob. *D. Bogdanov*, Bibliografia prawa do informacji, Studia i Monografie 2016, Nr 537, s. 146.

²⁵ *L. Garlicki*, Aksjologiczne podstawy reinterpretacji konstytucji, w: *M. Zubik* (red.), Dwadzieścia lat transformacji ustrojowej w Polsce. 51. Ogólnopolski Zjazd Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego, Warszawa, 19–21 czerwca 2009 r., Warszawa 2010, s. 86.

²⁶ To samo oczekiwanie wiąże się z ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi, których normom nie da się przypisać cechy samowykonalności (zob. art. 91 ust. 1 *in fine* Konstytucji RP).

rych twórcy Konstytucji w ogóle nie przewidywali i przewidzieć nie mogli. Ustawodawstwo i wszelkie akty wykonawcze powinny zawierać zasady i reguły o większym (aniżeli Konstytucja) stopniu szczegółowości, który umożliwi przewidzenie działań organów państwa, a także prognozowanie własnych działań²⁷. Precyzja prawodawcy jest przesłanką bezpieczeństwa prawnego, pozwala przypisać prawu (w znaczeniu przedmiotowym) cechę pewności. Jak zwięźle opisał to *J. Kochanowski*, „jednostka ma możliwość podejmowania decyzji o swoim postępowaniu w oparciu o pełną znajomość przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie jej działania mogą pociągnąć za sobą. Jednostka winna mieć możliwość określenia zarówno konsekwencji poszczególnych zachowań i zdarzeń na gruncie obowiązującego w danym momencie stanu prawnego jak też oczekiwać, że prawodawca nie zmieni ich w sposób arbitralny”²⁸.

Pewność prawa ma wymiar nie tylko porządkowy, organizacyjny, ale przede wszystkim ludzki. Arbitralność i nieprzewidywalność działań prawnych skierowanych wobec jednostki narusza godność istoty ludzkiej (zob. art. 30 Konstytucji RP). Odnotujemy, że cytowana wypowiedź odnosi się do ustawodawstwa, natomiast nie odnosi się do egzekucji ustawy przez sąd. Można wprawdzie przyjąć, że postulat pewności prawa (zwłaszcza prawa dotyczącego statusu jednostki) pociąga za sobą milczącą przewidywalność aktów stosowania prawa, ale takie postawienie sprawy wzbudzi słuszną rezerwę zwolenników podziału na akty prawotwórcze i akty stosowania prawa. Niestety, zbiór formalnych cech państwa prawnego (w tym pewność, bezpieczeństwo prawne) nie jest gwarancją, że pod rządami tej samej ustawy nie pojawią się różne rezultaty wykładni, a w konsekwencji sytuacje prawne jednostek ulegną wyraźnemu zróżnicowaniu²⁹. Ustawa o dostępie do informacji publicznej jest tego najlepszym przykładem, ponieważ w ciągu dwóch dekad doczekała się skrajnie odmiennych interpretacji sądowno-administracyjnych, zwłaszcza na obszarze art. 1 ust. 1 DostInfPubU i tzw. dokumentu wewnętrznego.

²⁷ Por. wyr. TK: z 11.5.2004 r. (K 4/03, OTK-A 2004, Nr 5, poz. 41); z 19.3.2007 r. (K 47/05, OTK-A 2007, Nr 7, poz. 27); z 19.12.2008 r. (K 19/07, OTK-A 2008, Nr 10, poz. 182); z 20.1.2009 r. (P 40/07, OTK-A 2009, Nr 1, poz. 4).

²⁸ *J. Kochanowski*, Wystąpienie dr Janusza Kochanowskiego, Rzecznika Praw Obywatelskich na konferencji naukowej „Język polskiej legislacji, czyli zrozumiałość przekazu a stosowanie prawa”, <https://www.rpo.gov.pl/pliki/1165502902.pdf> [dostęp: 15.9.2016 r.].

²⁹ Remedium nie stanowią również środki ochrony konstytucyjnych praw i wolności, ponieważ skarga konstytucyjna w polskim systemie prawnym jest „skargą na przepis”, a nie na jego konkretne, wadliwe zastosowanie, nawet jeśli to prowadziło do niekonstytucyjnego skutku. „Może więc tak się zdarzyć, że w sprawie występuje naruszenie prawa konstytucyjnego, lecz wiąże się ono nie z treścią kontrolowanego przepisu, lecz praktycznym jego zastosowaniem (interpretacja przepisów, subsupcja, rozumowania zastosowane przez orzekający sąd itd.). W takich wypadkach Trybunał Konstytucyjny nie ma podstaw do dokonania kontroli konstytucyjności zgodnie z treścią skargi (zob. wyrok TK z 1.7.2008 r., SK 40/07, OTK-A 2008, Nr 6, poz. 101)” – post. TK z 13.10.2008 r. (SK 20/08, OTK-A 2008, Nr 8, poz. 146).

Doskonale pokazuje to wieloletni spór z Prezydentem Miasta Wrocławia o dostęp do protokołów z tzw. Kolegium Prezydenckiego w 2013 r. W 2010 r. uznano je za dokumenty objęte przepisami DostInfPublU. Kilka lat później stanowczo to wykluczono³⁰. W doktrynie przypomina się ten *casus*, podkreślając sprzeczność prawomocnych wyroków³¹ dotyczących niemal identycznych stanów faktycznych, w którym jedyną różnicą jest upływ czasu między sprzecznymi rozstrzygnięciami³². Podkreślam, że różnic nie można upatrywać w jakiegokolwiek zmianie stanu prawnego. Różnica jednak istnieje i wynika z dość trudnej do uchwycenia dla laika okoliczności: zmiany (prawotwórczej?) sądowej wykładni. Począwszy od 2010 r. NSA zaczął „zaostrzać” swe stanowisko dotyczące zakresu przedmiotowego DostInfPublU, konsekwentnie wykluczając co raz to nowe dokumenty, informacje z ustawowego pojęcia informacji publicznej (to zjawisko opisuję w rozdziale II). Te judykaty – niezależnie od głębokości i poprawności przeprowadzonej w nich wykładni – zostały dość szybko podchwyczone przez podmioty zobowiązane (art. 4 ust. 1 i 2 DostInfPublU), co manifestuje się nawet w technice sporządzania pism adresowanych do wnioskodawców. W większym stopniu skupiają się one na tym, co stwierdził NSA w okolicznościach odrębnej sprawy, aniżeli na przywołaniu podstaw prawnych w świetle stwierdzonych okoliczności faktycznych wywołanych wniesieniem wniosku (zob. poniższą ilustrację).

³⁰ Zob. wyr. NSA z 3.3.2017 r. (I OSK 1416/15, Legalis) oraz z 20.9.2016 r. (I OSK 2649/15, Legalis).

³¹ Zob. *M. Jabłoński*, „Dokument wewnętrzny” i jego udostępnienie na podstawie Konstytucji RP oraz ustawy o dostępie do informacji publicznej, w: *M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska* (red.), *Aktualne wyzwania ochrony wolności i praw jednostki. Prace uczniów i współpracowników dedykowane Profesorowi Bogusławowi Banaszakowi*, Wrocław 2014, s. 92 i przykłady tam powołane.

³² Wyrokiem z 26.5.2010 r. (IV SAB/Wr 19/10, CBOSA) WSA we Wrocławiu orzekł, że protokoły z Kolegium Prezydenckiego odbywającego się cyklicznie w Urzędzie Miejskim we Wrocławiu są informacją publiczną i zobowiązał Prezydenta do rozpatrzenia wniosku o ich udostępnienie. Prezydent Wrocławia nie złożył skargi kasacyjnej od tego wyroku. Rozstrzygnięcie WSA we Wrocławiu oparło się na współstosowaniu Konstytucji RP i DostInfPublU, co doprowadziło Sąd do następującej konkluzji: „(...) mimo, iż z treści art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej wynika, że prawo do tej informacji obejmuje wgląd do dokumentów urzędowych, to jednak przepis ten należy interpretować rozszerzająco, zgodnie z konstytucyjną zasadą dostępu do wszelkich dokumentów obejmujących informację publiczną. W wyroku tym stwierdzono ponadto, iż kryterium uzyskania dostępu do dokumentów jest zatem istnienie okoliczności wyłączających udostępnienie informacji publicznej, a nie kwalifikacja jako dokumentu urzędowego”. Trzy lata później, 18.9.2013 r. Prezydent Wrocławia odmówił organizacji pozarządowej (w drodze czynności materialno-technicznej; zob. pismo WOK-IP-1431.155.2.2013 z 18.9.2013 r., opubl. na stronie Pozarządowego Centrum Dostępu do Informacji Publicznej http://informacjapubliczna.org.pl/11,883,granice_absurdu_juz_bliisko_dokument_wewnetrzny.html, dostępc: 5.5.2017 r.) udostępnienia protokołów, stwierdzając, że są to „dokumenty wewnętrzne” (w ocenie zobowiązane nie są informacją publiczną).

Ilustracja 2. Fragment pisma WOK-IP-1431.155.2.2013 z 18.9.2013 r. sygnowanego przez Dyrektora Tadeusza Sokulaskiego z Urzędu Miejskiego Wrocławia, opubl. na stronie Pozarządowego Centrum Dostępu do Informacji Publicznej³³.

„Wyjaśniam, iż zgodnie z § 29 ust. 1 Regulaminu Organizacyjnego Urzędu Miejskiego Wrocławia Kolegium Prezydenta jest organem opinio-doradczym. Na jego obradach pogłębianą jest wiedza Prezydenta i członków Kolegium o istniejących lub przewidywanych problemach oraz prowadzona jest dyskusja o postulowanych sposobach ich rozwiązania. Osoby biorące udział w Kolegium Prezydenta reprezentują różne obszary działania urzędu Miejskiego (wiceprezydenci są wszakże szefami departamentów) i stanowią ekspertów w swoich dziedzinach.

Powyższe okoliczności są o tyle istotne, że zgodnie z orzecznictwem sądowym, „informację publiczną stanowią wyłącznie dane obiektywne lub fakty a nie kwestie ocenne czy postulatyczne” (zob. orzeczenie NSA z 27.1.2012 r.; I OSK 2130/11). Prawo dostępu do informacji publicznej obejmuje prawo udzielania informacji o określonych faktach i stanach istniejących w chwili udzielania informacji, **nie zaś o niezmaterializowanych w jakiegokolwiek postaci zamierzeniach podejmowania określonych działań** (zob. orzeczenie NSA z 16.6.2009 r., I OSK 89/09) (...) **Opinie i ekspertyzy mające jedynie charakter poznawczy nie odnoszą się wprost do przyszłych działań i zamierzeń podmiotu zobowiązanego mają jedynie poszerzyć zakres wiedzy i informacji posiadanych przez ten podmiot. Dlatego poddanie tego procesu ścisłej kontroli społecznej byłoby niecelowe i utrudniałoby wewnętrzny proces kształtowania się stanowisk uzgadniania i ścierania się opinii dotyczących istnienia stanu rzeczy, jego oceny oraz ewentualnej potrzeby zmian**” (zob. orzeczenie NSA z 27.1.2012 r.; I OSK 2130/11).

Badania przeprowadzone na potrzeby przedłożonej publikacji pokazują, że przepisy DostInfPublU utraciły cechę pewności (przewidywalności zastosowania), w związku z czym tytułowe zagadnienie wymaga rozpatrywania w dwóch wymiarach. Pierwszy – tworzący trzon niniejszej monografii – ma charakter ściśle konstytucyjny i wymaga oceny zgodności odmowy dostępu do tzw. dokumentów wewnętrznych z art. 2, 31 ust. 3, art. 61 ust. 3 Konstytucji RP. Drugi – podejmowany przeze mnie w znacznie mniejszym stopniu – skłania do bardzo podobnego pytania, ale z uwzględnieniem klauzuli art. 9 oraz przepisów art. 91 ust. 1 i 2 Konstytucji RP: w jakim stopniu przepisy DostInfPublU uwzględniają ewoluujący standard Rady Europy wynikający z art. 10 EKPC, a w szczególności z klauzuli limitacyjnej³⁴ art. 10 ust. 2 EKPC?

³³ Pełna treść i historia sprawy do pobrania pod adresem: http://informacjapubliczna.org.pl/11,883,granice_absurdu_juz_bliisko_dokument_wewnetrzny.html [dostęp: 12.5.2017 r.].

³⁴ Jak wyjaśnia B. Latos, „używany (...) termin w liczbie pojedynczej «klauzula limitacyjna» oznacza konstrukcję teoretyczną, szczególną postać regulacji zazwyczaj ujętej w ust. 2 artykułu [EKPC – M.B.] i dopuszczającej ściśle ograniczenia wolności zawartych w jego ust. 1. Natomiast słowo «klauzule» (ograniczenia, limitacje itp.) użyte w liczbie mnogiej zwraca uwagę na poszczególne formy klauzuli limitacyjnej w ramach omawianych przepisów konwencji (art. 8–11). Przepisy te wykazują znaczne podobieństwo w zakresie swojej konstrukcji. Odpowiednio w ust. 1 wyrażają chronione wartości, a w ust. 2 formułują odpowiednią dla nich klauzulę limitacyjną. Z kolei

Przywołanie konstytucyjnego i międzynarodowego argumentu formalnego (legalność ingerencji rozumiana jako wymóg oparcia ograniczeń na prawie) czyni z dokumentu wewnętrznego sformułowanie kontrowersyjne. Wynika to z prostej przyczyny, że pojęcie nie występuje w art. 61 Konstytucji RP ani w przepisach DostInfPublU. Nie zdecydowano się również umieścić go w tekście ustawy, mimo że postulaty odniesienia się do kwestii materiałów roboczych wracały kilkakrotnie w trakcie prac sejmowych. Ta okoliczność jest zresztą dostrzegana w orzecznictwie NSA³⁵. Artykuł 61 ust. 2 Konstytucji RP posługuje się rzeczownikami „dokumenty”, ale bez ich kategoryzowania, mimo że konstytucyjny prawodawca zastosował takie rozwiązanie w art. 51 ust. 3 („urzędowe dokumenty”).

Brakuje twardych dowodów historycznych, że ustawodawca zwykły chciał przypisać którymkolwiek przepisom DostInfPublU funkcję o treści zbieżnej z dzisiejszymi wypowiedziami judykatury na temat tzw. dokumentu wewnętrznego. Nie brakuje natomiast dowodów na częste odwołania parlamentarzystów do treści art. 61 Konstytucji RP, chociaż – co pokaże niniejsza książka – można się spierać, czy prawodawca lub sądy rozumieją te przepisy jednolicie i czy traktują kwestie konstytucyjne z należną im atencją. W doktrynie również podchodzi się do kwestii w sposób zróżnicowany. Nie uprzedzając dalszych wywodów, można powiedzieć, że bezkrytyczna aprobata dla dokumentu wewnętrznego jest bliska autorom ściśle związanym z sądownictwem administracyjnym (*I. Kamińska, M. Rozbicka-Ostrowska, P. Szustakiewicz*), natomiast w opracowaniach o znacznie większym nasyceniu metodą analityczną widać rosnący sceptycyzm lub otwartą krytykę (*M. Bernaczyk, M. Jabłoński*).

Pierwsze orzeczenia sądownoadministracyjne posługujące się tym pojęciem pojawiły się w 2010 r., zaś – począwszy od 2013 r. – ich liczba systematycznie wzrasta. Co ciekawe, NSA nie ma sprecyzowanego poglądu, co należałoby rozumieć przez to pojęcie. W chwili zamknięcia prac nad niniejszą książką w orzecznictwie pojawiło się nawet pojęcie dokumentu wewnętrznego „w znaczeniu wąskim” (tzn. nawiązującym do wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego w uzasadnieniu prawnym wyroku w sprawie P 25/12; zob. rozdział III, § 1). Sytuacja jest więc niepokojąca z dwójakiego powodu: nieprecyzyjne jest nie tylko prawo, ale i jego sądowa wykładnia. Mimo marzenia uczestników sejmowych prac ustawodawczych, aby przepisy DostInfPublU były zrozumiałe dla „człowieka z maturą”³⁶, praktyka bardzo mocno skomplikowała dostęp do informacji. Nigdy nie zdecydowano się na poprawę tego stanu rzeczy, mimo że już w sierpniu

cele dozwolonych limitacji są w większości podobne, ale wykazują pewne odmienności”. *B. Latos*, Klauzula Derogacyjna i Limitacyjna w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Warszawa 2008, s. 157.

³⁵ „Pojęcie dokumentu wewnętrznego (roboczego) nie jest znane ustawie o dostępie do informacji publicznej, która *expressis verbis* nie przewiduje ograniczeń prawa do informacji mających na celu ochronę integralności procesu decyzyjnego przed zakłóceniami, które mogłyby spowodować utrudnienie jego przebiegu” (wyr. NSA z 12.4.2016 r., I OSK 1599/15, Legalis).

³⁶ Zob. wypowiedź Zastępcy Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, sekretarz stanu A. Grzymiślawskiej na posiedzeniu Komisji NDI w dniu 26.4.2001 r. (Biuletyn 4090/III).

2001 r. parlamentarzyści otwarcie wskazywali na niedoskonałości DostInfPublU i przepowiadali rychłe nowelizacje³⁷. Żadna z późniejszych nowelizacji nie rozwiązała dylematów związanych z granicami dostępności materiałów, dokumentów roboczych bądź innych informacji dotyczących procesów decyzyjnych w stosunkach wewnętrznych lub zewnętrznych państwa³⁸. Zachowując elementarną uczciwość wobec Czytelnika, należy sprecyzować: owszem, ten dylemat istniał na etapie projektowania ustawy, ale po jej wejściu w życie próżno szukać dyskusji na ten temat w przestrzeni politycznej, dyskusjach naukowych, aktywistów społecznych, itp. Ów dylemat został stworzony (ewentualnie „reaktywowany”) przez sądownictwo administracyjne, które jednocześnie przyznało sobie prawo do samooceny problemu i metod jego rozwiązywania. Okoliczności, w których nastąpił ten proces, były dość błahe, jeśli zważyć ciężar gatunkowy pierwszych spraw o dostęp do tzw. dokumentów wewnętrznych opisanych w rozdziale II. Niemniej jednak argumentacja tam zbudowana torowała sobie drogę do poważniejszych kwestii związanych z działalnością naczelnych, konstytucyjnych organów państwa. Czytelnik musi więc czytać tę książkę ze świadomością, że mówiąc o dokumencie wewnętrznym, mówimy o ograniczeniu prawa, które nie ma wyraźnej podstawy prawnej. Mówimy głównie o kontrowersyjnej sądowej wykładni prawa.

Przystępne i logiczne objaśnienie problematyki tzw. dokumentu wewnętrznego nie jest więc prostą, węzłową analizą ustawodawstwa. W celu przybliżenia pojęcia dokumentu wewnętrznego zdecydowałem się na omówienie zagadnienia według określonego porządku. Pierwszy rozdział zakłada refleksję nad istotą prawa do informacji, czyli wskazanie jego minimalnej treści, co do której ukształtowała się powszechna aprobata w państwach demokratycznych. Nie aspiruję do kolejnego omówienia statusu informacyjnego jednostki w Konstytucji RP, ponieważ zagadnienie było wielokrotnie omawiane w krajowej literaturze. Skupię się wyłącznie na tych wątkach, które uznałem za konieczne dla dyskusji o tworzeniu ograniczeń w dostępie do informacji dotyczącej szeroko pojętego procesu decyzyjnego. Tym wątkiem jest jedna z największych zdobyczy powojennego dyskursu konstytucyjnego o granicach praw człowieka i obywatela: zasada proporcjonalności. Zdecydowałem się pokazać, jak wygląda lub może wyglądać mechanizm ważenia prawa do informacji i kolidujących dóbr indywidualnych oraz ogólnospołecznych. Sięgam tu do dorobku polskiego prawa konstytucyjnego, ale przede wszystkim do teorii zasad w ujęciu *Roberta Alexy'ego*, ponieważ taka preferencja (niekoniecznie podchwycona przez sądy i legislaturę) ujawniła się tuż przed rozpoczęciem transformacji ustrojowej wśród polskich teoretyków prawa, a przede wszystkim w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego³⁹. Bardzo istotne okazało rów-

³⁷ Zob. *M. Chmaj*, w: *M. Bidziński, M. Chmaj, P. Szustakiewicz*, Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz, Warszawa 2010, s. XII.

³⁸ Przegląd kolejnych nowelizacji DostInfPublU znajduje się w: *M. Bernaczyk*, Prawo do informacji publicznej w Polsce i na świecie, Warszawa 2014, s. 334–340.

³⁹ Należy tu wskazać na dorobek naukowy i popularyzatorski *T. Gizberta-Studnickiego* dotyczący reguł i zasad opublikowany w dwóch artykułach z lat 1988–1989: *Zasady i reguły prawne*,

niez szczegółowe wyjaśnienie, jak należy rozumieć pojęcie dokumentu użyte w art. 61 ust. 2 Konstytucji RP, ponieważ – jak na ironię – w doktrynie prawa konstytucyjnego nigdy tego nie dokonano w sposób tworzący merytoryczną bazę dla wykładni lub konstruowania norm ustawowych. Przeciwnie, nawet w najnowszych publikacjach występuje mechanizm prowadzenia wykładni Konstytucji RP z wykorzystaniem pojęć ustawowych.

Drugi rozdział ma dość specyficzną budowę, ponieważ łączy zagadnienia historyczne (szczełółowy opis wydarzeń prowadzących do konceptualizacji dokumentu wewnętrznego przez sądy) oraz ich ocenę na płaszczyźnie analitycznej i normatywnej. Dla zachowania przejrzystości wywodów i dopóki nie zostanie stwierdzone inaczej, zastrzegam, że dokument wewnętrzny jest dla mnie synonimem twierdzeń, wypowiedzi, poglądów argumentujących za niedostępnością informacji o działalności państwa i jego funkcjonariuszy. Rozdział II opisuje pierwsze judykaty, które uzasadniono takimi wypowiedziami. Przeanalizowałem w nim wnioski sądów wedle paradygmatu wykładni prawa zgodnie z Konstytucją oraz kryterium spójności i logiczności zaprezentowanych tam tez. Analiza objęła sprawy, które dość powszechnie uznaje się za determinanty dokumentu wewnętrznego, rozumianego jako antonim informacji o sprawie publicznej. Są one zestawiane z dotychczasowym standardem wynikającym z art. 10 EKPC, aczkolwiek tylko w kluczowych wątkach, gdyż było to już przedmiotem mojego odrębnego opracowania⁴⁰. Rozdział II uwzględniła szczełólną rolę Trybunału Konstytucyjnego oraz skutki jego orzeczeń w sprawach dostępu do informacji publicznej. W tym miejscu przyjrzymy się również doktrynalnym przesłankom uzupełniania domniemań luk DostInfPublU. Rozdział II umożliwi również odpowiedź na pytanie, czy możemy mówić o należytej legitymizacji tych orzeczeń.

Trzeci rozdział jest konsekwencją ustaleń dokonanych w rozdziale II. Skoro pojęcie dokumentu wewnętrznego jest faktem o luźnych związkach z obowiązującym porządkiem prawnym, to należy zastanowić się, czy w sprawach rozstrzyganych przed sądami administracyjnymi można odnaleźć takie alternatywne rozwiązania, które zmniejszają deficyty tej koncepcji przy jednoczesnym zachowaniu (choćby ograniczonego) dostępu do informacji. W szczełólności chodzi tu o obejmowanie spornych informacji zakresem DostInfPublU przy jednoczesnym zastosowaniu ograniczeń wysłowionych w tej ustawie lub przepisach odrębnych. Moja motywacja jest bardzo prosta: tylko taki zabieg umożliwi przeprowadzenie ważenia kolidujących norm według metodyki opisanej w rozdziale I.

Wrocław, 1.10.2017 r.

Michał Bernaczyk

PiP 1988, z. 3 oraz Konflikt dóbr i kolizja norm, RPEiS 1989, Nr 1. Z nowszych publikacji wypada polecić monografię *M. Koryckiej-Zirk*, *Teorie zasad prawa a zasada proporcjonalności*, Warszawa 2012.

⁴⁰ *M. Bernaczyk*, *Prawo do informacji*, s. 124–133.