

Wrocław, 6 lutego 2021 r.

dr hab. Michał Bernaczyk

profesor Uniwersytetu Wrocławskiego WPAiE, radca prawny

**Opinia w sprawie zakresu "tajemnicy dyplomatycznej" zawartej**

**w ustawie z dnia 21 stycznia 2021 roku o służbie zagranicznej**

**(druk sejmowy nr 877, druk senacki nr 316)**

**Opinia sporządzona na zamówienie Stowarzyszenia Sieć Obywatelska Watchdog Polska**

**celem przedłożenia Senatowi X kadencji**

**I. Zakres opinii**

Przedmiotem niniejszej opinii jest ocena zgodności ustawy z dnia 21 stycznia 2021 r. o służbie zagranicznej (dalej jako: "ustawa") z art. 61 ust. 3 Konstytucji RP oraz współstosowania jej z art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2176.; dalej jako "u.d.i.p.")<sup>1</sup>, w zakresie w jakim wprowadza nowe ograniczenie w uzyskiwaniu informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publicznej zwane "tajemnicą dyplomatyczną". Artykuł 7 punkt 12 uchwalonej ustawy wprowadza tajemnicę ustawową w następującym brzmieniu:

*"Ileć w ustawie jest mowa o (...) tajemnicy dyplomatycznej – oznacza to informacje, dane oraz wiedzę, niestanowiące informacji niejawnych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 742), z którymi członek służby zagranicznej zapoznał się w związku z pełnieniem obowiązków i które ze względu na dobro służby zagranicznej mogły być udostępnione wyłącznie osobom do tego uprawnionym, a ich ujawnienie mogłoby szkodzić polityce zagranicznej Rzeczypospolitej Polskiej i naruszać jej wizerunek międzynarodowy".*

Uzasadnienie projektu ustawy opublikowane w Systemie Informacyjnym Sejmu wyczerpuje się w stwierdzeniu (cyt.) "wprowadzono także definicję tajemnicy dyplomatycznej" (s. 4 uzasadnienia projektu ustawy, druk sejmowy nr 887)<sup>2</sup>, w czym trudno upatrywać należytej realizacji obowiązku nałożonego w art. 34 ust. 2 punkt 3 uchwały Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 30 lipca 1992 r. -

---

<sup>1</sup> Zgodnie z art. 5 ust. 1 u.d.i.p. "prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych". Po ewentualnym wejściu w życie opiniowanej ustawy, tajemnica dyplomatyczna stanie się adresem odesłania tego cyt. przepisu.

<sup>2</sup> <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/E5BB864F4DAF1F68C125865C006CD276/%24File/877.pdf>

Regulamin Sejmu RP. Uchwalone przez Sejm RP rozwiązanie istotnie zmienia dotychczasowe zasady udostępniania informacji publicznej oraz odpowiedzialności za przetwarzanie informacji objętych tą tajemnicą, wprowadzając tym samym niejasne zasady ograniczenia konstytucyjnego prawa dostępu do informacji o działalności osób pełniących funkcje publiczne i organów władzy publicznej.

Przedłożona opinia koncentruje się na kwestiach dostępu prasy, środków społecznego przekazu obywateli i innych *public watchdogs* do informacji o działalności służby zagranicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne w tej służbie, dlatego nie omawiam wątków niezwiązanych bezpośrednio z prawidłowym (konstytucyjnym) ustanawianiem zasad i trybu dostępu do informacji publicznej. Uznałem za stosowne bliższe skoncentrowanie się na kwestii podmiotu zobowiązanego do zachowania tej nowej tajemnicy, gdyż brak precyzyjnego określenia odpowiedzialności członków służby zagranicznej będzie ważyc na ewentualnej decyzji o udostępnieniu informacji publicznej.

Uważam, że stan niepewności prawnej wywołany tak sformułowaną tajemnicą będzie równoznaczny z bardzo restrykcyjnym podejściem do informowania obywateli i *mass-mediów* o prowadzeniu polityki zagranicznej Rzeczypospolitej Polskiej.

## **II. Podmiot zobowiązany do zachowania tajemnicy dyplomatycznej i zasady odpowiedzialności za ujawnienie informacji wchodzące w zakres tajemnicy dyplomatycznej**

Przestrzeganie tajemnicy dyplomatycznej zostało zaliczone wprost do podstawowych (obok wierności Rzeczypospolitej i sumiennego wykonywania obowiązków służbowych określanych przez przełożonych) obowiązków członka służby zagranicznej (zob. art. 48 ust. 2 ustawy). Podmiotami zobowiązanymi do przestrzegania tajemnicy dyplomatycznej są wszyscy członkowie służby zagranicznej w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy, niezależnie od miejsca pełnienia swych obowiązków (w Polsce i zagranicą). Zgodnie z art. 48 ust. 2 ustawy *"członek służby zagranicznej jest obowiązany do zachowania tajemnicy dyplomatycznej"*, w związku z czym należy przyjąć, że obowiązek zachowania tajemnicy jest ściśle powiązany ze stosunkiem służbowym, ale - w przeciwieństwie do innych tajemnic służbowych - ustawa nie określa precyzyjnie granic czasowych tego obowiązku. Jest to o tyle istotne, że wprowadzenie nowej tajemnicy ustawowo chronionej pozostaje w ścisłym związku z zakresem odpowiedzialności karnoprawnej członków służby zagranicznej na podstawie art. 266 § 1 kodeksu karnego. Zgodnie z tym przepisem *"kto, wbrew przepisom ustawy lub przyjętemu na siebie zobowiązaniu, ujawnia lub wykorzystuje informację, z którą zapoznał się w związku z pełnioną funkcją, wykonywaną pracą, działalnością publiczną, społeczną, gospodarczą lub naukową, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2"*<sup>3</sup>. Powołany przepis chroni tajemnicę ustawową nie wchodzącą w zakres informacji niejawnych (które podlegają ochronie prawnokarnej na podstawie art. 266 § 2 k.k.).

W obowiązującym stanie prawnym (mowa o ustawie ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. o służbie zagranicznej, Dz. U. z 2020 r. poz. 1854) nie występuje "sektorowa" tajemnica służbowa dedykowana personelowi służby zagranicznej. Obowiązująca ustawa z 2001 r. nie posługuje się nawet precyzyjnym odesłaniem do reżimu określonego ustawą o ochronie informacjach niejawnych (por. art. 16 punkt 2 *in fine*; przepis został powtórzony w art. 36 ust. 2 opiniowanej ustawy), co nie zmienia faktu, iż

---

<sup>3</sup> Por. S. Hoc, teza nr 6 w komentarzu do art. 266 kk [w:] R. A. Stefański, Kodeks karny. Komentarz, (wyd. 26) Warszawa 2021, *"Odpowiedzialność z art. 266 § 1 KK wejdzie w grę tylko wtedy, jeśli ustawa szczególna, zobowiązująca do dyskrecji przedstawiciela np. danego zawodu, nie będzie tworzyć na zasadzie lex specialis odrębnego przepisu przewidującego odpowiedzialność karną za naruszenie danego rodzaju tajemnicy"*.

ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych<sup>4</sup> jest podstawowym aktem prawnym służącym ochronie interesów publicznych związanych prowadzeniem polityki zagranicznej Rzeczypospolitej Polskiej.

Tajemnica dyplomatyczna - co wynika wprost z jej definicji - tworzy odrębną od ochrony informacji niejawnych kategorię danych prawem chronionych. Artykuły 7 pkt 12 i art. 48 ust. 2 ustawy są "przepisami ustawy", o których mowa w art. 266 § 1 kodeksu karnego. W przypadku opatrzenia gryfem informacji noszących cechy tajemnicy dyplomatycznej stają się one informacją niejawną, pochłaniając na zasadzie absorpcji informacje, o których mowa art. 7 punkt 12 ustawy. Od tego momentu karnoprawna ochrona informacji niejawnych przebiega na podstawie art. 265 §1-3 lub art. 266 § 2 k.k.

Przyjmuję zyczliwie, że wprowadzenie nowej tajemnicy ustawowej, noszącej istotne podobieństwa do reżimu ochrony informacji niejawnych, mogło być podyktowane potrzebą odejścia od absorbującego (pod względem technologicznym i osobowym) reżimu przetwarzania informacji niejawnych. Do tego zagadnienia odniosę się w dalszej części, ale już w tym miejscu wypada zasygnalizować, że efektem tego zabiegu będzie stworzenie dodatkowej tajemnicy o identycznym przedmiocie ochrony, lecz pozbawionej standardów zabezpieczenia informacji właściwych dla informacji niejawnych.

Ustawa o ochronie informacji niejawnych chroni dobra wymienione w definicji legalnej tajemnicy dyplomatycznej na czterech różnych poziomach:

- 1) zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 3 u.o.i.n. *"informacjom niejawnym nadaje się klauzulę <<ściśle tajne>>, jeżeli ich nieuprawnione ujawnienie spowoduje wyjątkowo poważną szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że (...) zagrozi sojuszom lub pozycji międzynarodowej Rzeczypospolitej Polskiej"*;
- 2) zgodnie z art. 5 ust. 2 pkt 2 u.o.i.n. *"Informacjom niejawnym nadaje się klauzulę <<tajne>>, jeżeli ich nieuprawnione ujawnienie spowoduje poważną szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że (...)pogorszy stosunki Rzeczypospolitej Polskiej z innymi państwami lub organizacjami międzynarodowymi"*;
- 3) zgodnie z art. 5 ust. 3 pkt 1 u.o.i.n. *"Informacjom niejawnym nadaje się klauzulę <<poufne>>, jeżeli ich nieuprawnione ujawnienie spowoduje szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że (...) utrudni prowadzenie bieżącej polityki zagranicznej Rzeczypospolitej Polskiej"*;
- 4) zgodnie z art. 5 ust. 4 u.o.i.n. *"Informacjom niejawnym nadaje się klauzulę <<zastrzeżone>>, jeżeli nie nadano im wyższej klauzuli tajności, a ich nieuprawnione ujawnienie może mieć szkodliwy wpływ na wykonywanie przez organy władzy publicznej lub inne jednostki organizacyjne zadań w zakresie (...) polityki zagranicznej"*.

Pomijając widoczny zbieg dóbr, interesów chronionych przez u.o.i.n. oraz tajemnicę dyplomatyczną, ta ostatnia wprowadza bardzo duży stopień niepewności dla wszystkich osób zobowiązanych do jej przestrzegania. W przypadku oceny (nie)dostępności informacji niejawnej w zw. z art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, sytuacja

---

<sup>4</sup> t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 742, dalej jako u.o.i.n.

prawna członka służby zagranicznej jest znacznie klarowniejsza, gdyż o udostępnieniu bądź odmowie udostępnienia informacji publicznej sklasyfikowanej jako informacja niejawna zadecyduje kryterium formalne (opatrzenie wnioskowanej informacji jedną z ww. klauzul).

Sytuacja wygląda zgoła odmiennie w przypadku proponowanej "tajemnicy dyplomatycznej". W świetle tak ogólnej definicji legalnej, celem określenia statusu wnioskowanej informacji członek służby zagranicznej musi:

- 1) dokonać wykładni tak abstrakcyjnych pojęć jak *"dobro służby zagranicznej"*, przy czym owo dobro może być zmienne w czasie i niewykluczone, że w praktyce jego treść będzie konkretyzowana przez zwierzchnika służbowego (por. art. 48 ust. 1 ustawy).
- 2) zrekonstruować umocowanie (kompetencję) każdego potencjalnego odbiorcy informacji do zapoznania się z analizowaną informacją; leksyka definicji legalnej sugeruje, że chodzi tu o każdą osobę, a więc również taką, która niekoniecznie jest adresatem analizowanej informacji (*"mogły być udostępnione wyłącznie osobom do tego uprawnionym"*; przepis nie wskazuje źródła owego uprawnienia, więc mogą to być również podmioty spoza służby zagranicznej zlokalizowane w sferze publicznej bądź prywatnej); może chodzić o osobę, która powinna - z bliżej niesprecyzowanych powodów, przesłanek, interesów zapoznać się z informacją (te przesłanki należałoby rekonstruować na bazie przepisów ustawy, jak i innych przepisów rangi ustawowej bądź ratyfikowanych umów międzynarodowych)
- 3) dokonać wykładni tak abstrakcyjnych pojęć jak *"szkoda dla polityki zagranicznej Rzeczypospolitej Polskiej"* i *"naruszenie jej wizerunku międzynarodowego"*; należy zwrócić uwagę, że przepis ten nakłada się treściowo na przepis art. 5 ust. 4 u.o.i.n. (*szkodliwy wpływ na wykonywanie przez organy władzy publicznej lub inne jednostki organizacyjne zadań w zakresie (...) polityki zagranicznej*), więc pozytywna weryfikacja analogicznego stanu zagrożenia na gruncie ustawy o służbie zagranicznej musiałaby pociągać za sobą konieczność niezwłocznego sklauzulowania informacji jako "zastrzeżonej" (o ile nie wyższej) w trybie u.o.i.n.<sup>5</sup>; moje głębokie zastrzeżenie budzi również pojęcie wizerunku międzynarodowego RP, ponieważ jest to pojęcie ze sfery psychologii społecznej i oznacza wyobrażenie, jakie jedna lub wiele publiczności ma o osobie fizycznej, prawnej lub innej instytucji. Jest ono wypadkową stanów obiektywnych, ale i subiektywnej percepcji odbiorcy o tychże stanach. Nie uważam, że posłużenie się w tym miejscu sformułowaniem "wizerunek międzynarodowy" (Rzeczypospolitej Polskiej) nawiązuje do pojmowania wizerunku w nauce prawa cywilnego (zob. art. 23 k.c.), ale z drugiej strony można odnotować przypadki ubiegania się osób prawnych prawa publicznego o ochronę wizerunku identyfikowanego z takim dobrem osobistym jak reputacją osoby prawnej; jeśli zwrócimy uwagę, że pojęcie wizerunku jest bardzo dynamiczne<sup>6</sup>, zaś w tym konkretnym przypadku punktem odniesienia jest globalna percepcja (nie wiadomo "kogo" lub "czego"), to możliwości zablokowania dostępu do informacji publicznej są praktycznie nieograniczone. Nie jest również jasne, jak wyznaczyć granicę pomiędzy "szkodą dla polityki zagranicznej" a "naruszeniem wizerunku" państwa,

---

<sup>5</sup> Co rodzi pytanie o ewentualne konsekwencje zaniechania klauzulowania (zob. też dalsze uwagi na temat obowiązku ochrony informacji a ustania stosunku służbowego w służbie zagranicznej).

<sup>6</sup> Por. H. Wojnarowska, *Wizerunek a reputacja przedsiębiorstwa. Istota, znaczenie, wzajemne relacje*, "Edukacja Ekonomistów i Menedżerów : problemy, innowacje, projekty", 2013 | nr 4 (30) s. 13-14.

ponieważ oba pojęcia krzyżują się (np. naruszenie wizerunku państwa osłabia skuteczność oddziaływania na inne podmioty prawa międzynarodowego w dążeniu do realizacji własnych celów).

- 4) ustalić stopień prawdopodobieństwa pomiędzy udostępnieniem a "szkodą" i "naruszeniem" dóbr powołanych w punkcie poprzedzającym; ustawodawca nie pokusił się o użycie sformułowania, które wskazywałoby jego stopień, więc niewykluczone, że w praktyce ów związek przyczynowo-skutkowy będzie opierać się na jakimkolwiek, choćby nikłym poziomie prawdopodobieństwa.

Akceptacja tak sformułowanej tajemnicy ustawowej oznaczałaby radykalne odejście od zasady określoności przepisów prawa stanowiącej składową zasadę demokratycznego państwa prawnego. Konsekwencją tej zasady jest inkorporowanie do systemu prawnego zasad charakterystycznych dla doktrynalnego modelu tworzenia prawa, tj. obowiązku tworzenia prawa „jasnego” i „precyzyjnego”<sup>7</sup>. Jasność prawa w ujęciu doktrynalnym oznacza, że z danego, rozważanego tekstu prawnego określone podmioty „*przy zastosowaniu znanych im i akceptowanych przez nie dyrektyw wykładni odtworzą normy prawne tej samej treści*”<sup>8</sup>. Takie rozumienie zostało włączone do orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego odwołującego się do art. 2 Konstytucji RP pod zbiorczym określeniem zasady określoności. W okresie transformacji ustrojowej zasada wykazywała związek m.in. z zasadą wyłączości ustawy, dlatego jej źródeł poszukuje się nie tylko w klauzuli demokratycznego państwa prawnego, lecz wszędzie tam, gdzie Konstytucja RP *expressis verbis* wymaga regulacji ustawowej<sup>9</sup>. Do tej grupy zalicza się niewątpliwie art. 61 ust. 3 Konstytucji RP. Po wejściu w życie Konstytucji RP z 1997 r. zaznaczyła się wyraźna tendencja do utożsamiania jasności ze stopniem zrozumiałości dla adresatów normy prawnej. W przypadku przepisów odnoszących się do statusu jednostki, a więc wydanych m.in. na podstawie art. 61 ust. 3 Konstytucji RP, rygory tej zasady zostają podniesione<sup>10</sup>, lecz nie dostrzegam ich przestrzegania w konstrukcji opiniowanej tajemnicy.

Ewentualny błąd w ocenie ww. nieprecyzyjnych, zmiennych elementów tajemnicy dyplomatycznej może pociągać za sobą odpowiedzialność dyscyplinarną (art. 49 ust. 1 ustawy) oraz karną z art. 266 § 1 kodeksu karnego. Odesłanie do ustawy o służby cywilnej nie zmienia faktu, że w przypadku naruszenia tajemnicy dyplomatycznej zaktualizują się dwa autonomiczne reżimy odpowiedzialności (karnej i dyscyplinarnej)<sup>11</sup>. Nie mam najmniejszych wątpliwości, że personel odpowiedzialny za udostępnienia informacji publicznej, świadomy ryzyka wygaszenia lub wydalenia

---

<sup>7</sup> Znakomite studium teoretyczno-praktyczne pokazujące ewolucję tej zasady oraz jej załączki teoretyczne zawiera monografia T. Zalasieńskiego, *Zasada prawidłowej legislacji w poglądach Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008, s. 181 i uwagi w przypisach 3 i 4.

<sup>8</sup> Zob. T. Zalasieński, *Zasada prawidłowej legislacji*, s. 184 z powołaniem na S. Wronkowską, *Postulat jasności prawa i niektóre metody jego realizacji*, PiP 1976, Nr 10, s. 19.

<sup>9</sup> T. Zalasieński, *Zasada prawidłowej legislacji...*, s. 190.

<sup>10</sup> Zob. pkt III.3 uzasadnienia wyr. TK z 30.10.2001 r. (K 33/00, OTK 2001, Nr 7, poz. 217): „Po pierwsze – każdy przepis ograniczający konstytucyjne wolności lub prawa winien być sformułowany w sposób pozwalający jednoznacznie ustalić, kto i w jakiej sytuacji podlega ograniczeniom. Po drugie – przepis ten powinien być na tyle precyzyjny, aby zapewniona była jego jednolita wykładnia i stosowanie. Po trzecie – przepis taki winien być tak ujęty, aby zakres jego zastosowania obejmował tylko te sytuacje, w których działający racjonalnie ustawodawca istotnie zamierzał wprowadzić regulację ograniczającą korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw”.

<sup>11</sup> Por. A. Bojańczyk, T. Razowski, *Konsekwencje procesowe przewinienia dyscyplinarnego będącego przestępstwem*, „Prokuratura i Prawo” z 2009 r., z. 11-12, s. 50.

ze służby zagranicznej za naruszenie tajemnicy dyplomatycznej, będzie skłonny rozstrzygać wątpliwości na niekorzyść wnioskodawcy ubiegającego się o dostęp do informacji publicznej.

W tym miejscu nie sposób wyrazić zdziwienia nad irracjonalnością ustawodawcy, który w odniesieniu do informacji wytwarzanych lub gromadzonych przez służbę zagraniczną utrzymuje dwa łądząco podobne (pod względem przedmiotowym) reżimy ochrony informacji (u.o.i.n. oraz ustawę o służbie zagranicznej z 21 stycznia 2021 r.), ale niejako zachęca członków służby zagranicznej do rezygnacji z precyzyjniejszej i silniejszej u.o.i.n. na rzecz równie pojemnej "tajemnicy dyplomatycznej". Uważam, że chodzi tu o pewną wygodę administrowania, lecz nie poważne traktowanie ryzyk wynikających z ujawnienia informacji. Nominalnie rzecz ujmując, reżim informacji niejawniej nie konkuruje z tajemnicą dyplomatyczną (są to cyt. *"informacje, dane oraz wiedzę, niestanowiące informacji niejawnych"*), ale na płaszczyźnie organizacyjnej preferencja tej ostatniej będzie oczywista (zob. rozdział 7 *"Kancelarie tajne. Środki bezpieczeństwa fizycznego"* oraz rozdział 8 *"Bezpieczeństwo teleinformatyczne"* u.o.i.n.).

Problem dla efektywnego i uczciwego (względem art. 54 i 61 Konstytucji RP) systemu ochrony informacji tkwi w tym, że tajemnica dyplomatyczna jest ściśle powiązana ze stosunkiem służbowym, zaś ustanie tego ostatniego zdaje się uchylać obowiązek poufności i odpowiedzialność z art. 266 § 1 w zw. z art. 48 ust. 2 ustawy. W efekcie były pracownik służby zagranicznej może ujawnić informacje powzięte w okresie pełnienia służby, podczas gdy ochrona wynikająca z ustawy o ochronie informacji niejawniej "odrywa się" od trwałości stosunku służbowego (zob. art. 265 kodeksu karnego). Wypada dodać, że w imię zasady dostatecznej określoności normy prawnokarnej (art. 42 Konstytucji RP), ustawodawca powinien wypowiadać się na ten temat wprost (co zresztą czyni w innych obszarach związanych z służbą publiczną; por. art. 294 § 3 Ordynacji podatkowej<sup>12</sup>, art. 73 ust. 3 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli<sup>13</sup>, art. 85 § 2 dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych<sup>14</sup>), jednak opiniowana ustawa milczy na ten temat, co przemawia za interpretacją względniejszą dla podmiotów objętych obowiązkiem poufności.

### **III. Ocena tajemnicy dyplomatycznej na tle zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 i art. 61 ust. 3 Konstytucji RP)**

W uzasadnieniu wyroku z 7 czerwca 2016 r. (K 8/15) Trybunał dokonał rekapitulacji poglądów na temat relacji pomiędzy art. 31 ust. 3 i art. 61 ust. 3 Konstytucji RP. Trybunał stanął na stanowisku, że *"art. 61 ust. 3 Konstytucji dezaktualizuje dopuszczalne w świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji cele ograniczeń, przez modyfikację zawartego tam wyliczenia wartości chronionych. Niedopuszczalne jest więc ograniczenie prawa do informacji, gdy jest to konieczne dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, natomiast jest dopuszczalne – czego nie przewiduje art. 31 ust. 3 Konstytucji – dla ochrony ważnego interesu gospodarczego państwa"*<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1325. Zgodnie z art. 294 § 3 Ordynacji podatkowej *"Zachowanie tajemnicy skarbowej obowiązuje również po ustaniu zatrudnienia, zakończeniu stażu lub praktyki lub po ustaniu członkostwa w Radzie"*.

<sup>13</sup> t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1200. *"Obowiązek zachowania tajemnicy trwa również po ustaniu zatrudnienia lub upływie albo wygaśnięciu kadencji członka Kolegium Najwyższej Izby Kontroli"*.

<sup>14</sup> t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 2072. *"Obowiązek zachowania tajemnicy [sędziowskiej] trwa także po ustaniu stosunku służbowego"*

<sup>15</sup> Zob. punkt III.4.2.2. uzasadnienia wyroku z 7 czerwca 2016 r. (K 8/15) z powołaniem na wyrok TK z 20 marca 2006 r., sygn. K 17/05, wyrok TK z 15 października 2009 r., sygn. K 26/08

Uzasadnienie projektu opiniowanej ustawy milczy na temat związków tajemnicy dyplomatycznej z określonym interesem publicznym wym. w art. 61 ust. 3 Konstytucji RP, w związku z czym utrudnione jest przeprowadzenie oceny tego rozwiązania w zgodzie z ogólnym mechanizmem wynikającym z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

W polskim ujęciu proporcjonalność ograniczeń (wynikająca ze zwrotu „konieczne w demokratycznym państwie”) jest rozumiana przez Trybunał Konstytucyjny jako suma trzech zasad składowych<sup>16</sup>:

- 1) zasady przydatności,
- 2) zasady konieczności (*vel* zasady niezbędności)<sup>17</sup>,
- 3) zasady proporcjonalności *sensu stricto* (zwanej też „zakazem nadmiernej ingerencji”).

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wyjaśniono, że „przydatność polega na przeprowadzeniu testu racjonalności instrumentalnej, tzn. ustalenia, czy według dostępnego stanu wiedzy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków. (...) Warunków tych nie spełniają tylko takie przepisy, które utrudniają osiągnięcie celów lub nie wykazują żadnego związku z tymi celami (są irrelewantne)”<sup>18</sup>. Ujmując rzecz nieco prościej, ale bez ryzyka wypaczenia dorobku trybunalskiego, moglibyśmy rzec, że ocena przydatności jest oceną metody wybranej przez ustawodawcę. Elementy składowe tajemnicy dyplomatycznej są jednak tak ogólne, że sytuacja prawna uprawnionego (obywatela z art. 61 ust. 1 Konstytucji RP) będzie klarowano retroaktywnie poprzez stabilizowanie treści przepisu w toku wykładni sądowej (najprawdopodobniej sądowoadministracyjnej). Milczenie ustawodawcy będzie powodować, że o powiązaniu (przydatności) ograniczenia z określonym konstytucyjnie interesem będzie decydować sąd, a nie ustawodawca.

Warto w tym miejscu przypomnieć, że Trybunał podziela przy tym zastrzeżenia K. Wojtyczka, który analizując zasadę przydatności, ostrzegał przed ryzykiem błędnego koła w rozumowaniu. Miałoby ono polegać na „określaniu celów aktu prawotwórczego na podstawie jego skutków, a następnie badania – w oparciu o kryterium przydatności – czy zastosowane środki mogą doprowadzić do realizacji tak ustalonych celów. Należy jednak zauważyć, że cel ustalony na podstawie analizy skutków nie musi być z nimi tożsamy”<sup>19</sup>. Błędnego koła w rozumowaniu można uniknąć, przyjmując za cele aktu prawotwórczego cele oficjalnie deklarowane przez prawodawcę [podkreślenie własne – M.B.]<sup>20</sup>, natomiast takich w niniejszym procesie legislacyjnym brak.

Nie sposób też wypowiedzieć się przekonująco, że wprowadzone rozwiązanie jest konieczne (niezbędne), skoro istnieje już mechanizm wynikający z powołanych uprzednio przepisów

---

<sup>16</sup> Zob. wyr. z 11.4.2000 r. (K 15/98, OTK 2000, Nr 3, poz. 86).

<sup>17</sup> Niezbędność rozstrzyga o tym, że ochrony „wartości-celów”, „dóbr indywidualnych”, „dóbr ogólnospołecznych” nie da się *in concreto* osiągnąć bez wprowadzenia ograniczeń praw i wolności. To jednak wymaga ustalenia, czy spośród środków skutecznie chroniących te wartości zostały wybrane środki najmniej uciążliwe.

<sup>18</sup> Zob. pkt III.3.4 uzasadnienia wyr. TK z 23.11.2009 r. (P 61/08, OTK-A 2009, Nr 10, poz. 150).

<sup>19</sup> K. Wojtyczek, Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka, Kraków 1999, s. 154–155. Autor konkluduje ten wątek: „Sposób ustalenia celu determinuje w każdym razie odpowiedź na pytanie o przydatność środków” (tamże, s. 155).

<sup>20</sup> K. Wojtyczek, Granice ingerencji, s. 155.

u.o.i.n. Na etapie sejmowej fazy procesu ustawodawczego nie uzasadniono, dlaczego istniejący dotychczas reżim ochrony informacji jest niewystarczający, nie wspominając już o podniesionym zarzucie braku zwerbalizowanego celu tej regulacji.

W mojej ocenie proponowana tajemnica dyplomatyczna narusza również trzeci element zasady proporcjonalności, tj. zasadę proporcjonalności *sensu stricto*. Definicja tajemnicy dyplomatycznej nie daje wyraźnych ustawowych, materialnych i proceduralnych mechanizmów optymalizacji kolizji pomiędzy prawem do informacji, a bliżej niejasnymi interesami chronionymi (na płaszczyźnie konstytucyjnej; art. 61 ust. 3). Element optymalizacji charakterystyczny dla kolizji zasad ujawnia się właśnie w tym trzecim etapie i następuje *in concreto*, tzn. wyważenie następuje w okolicznościach kolizji pomiędzy nakazem możliwie szerokiego dostępu do informacji a ochroną konkretnego dobra. Trybunał Konstytucyjny używa przy tym sformułowania „*dążenie do optymalizacji*”. Jest to (pośrednie) nawiązanie do niemieckiego pojęcia ważenia (*Abwägung*), ponieważ TK wskazuje przedstawicieli polskiej doktryny (*K. Wojtyczek, J. Zakolska*) używających niemieckiej siatki pojęciowej<sup>21</sup>.

Prawo do informacji jest pod tym względem dość szczególnym obiektem wyważenia kolidujących interesów i dlatego należy je rozważać w dwóch aspektach. Pierwszy polega na ustaleniu, czy w systemie prawnym ustawodawca wprowadził ograniczenia pozwalające na zróżnicowane rozstrzygnięcie kolizji. Uwzględniając doświadczenia współczesnych państw demokratycznych, można wyróżnić kilka typowych rozwiązań w ustawodawstwie zwykłym:

- 1) ustawodawca może wprowadzić „sztywną” regułę pierwszeństwa, która nakazuje traktować ochronę określonego interesu (wartości) bez względu na stopień zagrożenia i potencjalne korzyści wynikające z przełamania tej reguły w indywidualnych okolicznościach. Oznaczałoby to, że prawo-zasada dostępu do dokumentów jest ograniczana przez regułę, która obowiązuje ściśle i bez względu na to, jak ważne jest spełnienie zasady dostępu do dokumentów<sup>22</sup>. Organ musi (a nie może) powołać się na taką przesłankę. W literaturze dotyczącej prawa do informacji używa się dla opisu takich reguł określeń typu „ograniczenia/wyłączenia absolutne”. W Europie odnotowujemy tylko jeden przypadek konstytucjonalizacji reguły ograniczającej zasadę dostępu, ale powszechną praktyką jest przenoszenie tej kwestii do regulacji ustawowej (por. art. 44 ust. 2 Konstytucji Estonii z 28.6.1992 r.<sup>23</sup>);
- 2) ustawodawca może wprowadzić regułę pierwszeństwa (np. prawa do prywatności), która nie obowiązuje ściśle. Oznacza to, że ustawodawca określa okoliczności, warunki, w których zasada dostępu do dokumentów wypiera regułę ograniczającą. Przykładem takiego rozwiązania jest nakaz ochrony prywatności osoby pełniącej funkcję publicznej sformułowany

---

<sup>21</sup> Tak też Trybunał Konstytucyjny w pkt III.3.4 uzasadnienia wyr. z 23.11.2009 r. (P 61/08, OTK-A 2009, Nr 10, poz. 150) z powołaniem na rozprawę *J. Zakolskiej, Zasada proporcjonalności*, s. 28. Na temat dążenia do optymalizacji zob. także wyr. TK z 29.7.2013 r. (SK 12/12, OTK-A 2013, Nr 6, poz. 87) oraz z 18.10.2010 r. (K 1/09, OTK-A 2010, Nr 8, poz. 76).

<sup>22</sup> Zob. *R. Alexy, Teoria praw podstawowych*, Warszawa 2010, s. 78 (przypis 23).

<sup>23</sup> „Wszystkie urzędy państwowe, samorządy lokalne i ich funkcjonariusze są zobowiązane, w trybie określonym w ustawie, udzielić obywatelowi Estonii na jego żądanie informacji o swojej działalności, z wyjątkiem danych, których udostępnienie jest zabronione przez ustawę, a także danych przeznaczonych wyłącznie do użytku wewnętrznego urzędów” – *W. Staśkiewicz (red.), Konstytucje Państw Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, s. 233.



w art. 5 ust. 2 zd. 1 u.d.i.p. Ogranicza on zasadę dostępu do dokumentów dotyczących osób fizycznych, jednakże w odniesieniu do osób pełniących funkcję publiczną reguła ograniczająca wycofuje się na korzyść zasady – pod tym jednak warunkiem, że sporne informacje dotyczą „*informacji mających związek z pełnieniem tych funkcji, w tym o warunkach powierzenia i wykonywania funkcji*” (zob. art. 5 ust. 2 zd. 2 u.d.i.p.). Podobne rozwiązanie występuje w art. 14 ust. 6 ustawy – Prawo prasowe, który ogranicza zasadę rozpowszechnienia informacji („*Nie wolno bez zgody osoby zainteresowanej publikować informacji oraz danych dotyczących prywatnej sfery życia*”), chyba że spełniona zostaje reguła wyjątku (wolno publikować informacje bez zgody osoby zainteresowanej, jeśli „*wiąże się to bezpośrednio z działalnością publiczną danej osoby*”);

- 3) konstytucja nie zawiera ścisłych dyrektyw dotyczących klauzul limitacyjnych prawa do informacji, więc ustawodawca zachowuje pewien stopień swobody w formułowaniu reguł ograniczających; jednakże ustawodawstwo również odstępuje od ich sprecyzowania; zamiast tego poprzestaje na sformułowaniu fakultatywnych przesłanek ograniczających, bez określenia relacji między nimi np. w sposób opisany w punkcie poprzedzającym; ustawodawca traktuje prawo do informacji oraz kolidujące interesy (wartości) ambiwalentnie; „ceną” za takie rozwiązanie jest podwyższenie progu kwalifikacji dla osób stosujących prawo, ponieważ oznacza to swoistą „dekoncentrację” zasady proporcjonalności na poziom organu stosującego prawo; ustawodawca daje osobom udostępniającym informację margines swobody co do określenia warunkowej relacji pierwszeństwa, co najwyżej wspomagając ten proces np. wytycznymi wyspecjalizowanych organów ds. ochrony danych osobowych i prawa do informacji. Podobne określenie zasady swobodnego dostępu do informacji w stosunku do prawa do prywatności można dostrzec w słynnym już wyroku ETPC z 14.4.2009 r. w sprawie *Társaság a Szabadságjogokért v. Węgrom*<sup>24</sup> (w pkt 37 uzasadnienia Trybunał wskazał, że granicą swobodnego dostępu do istniejących dokumentów może być prawo do ochrony życia prywatnego osoby pełniącej funkcje publiczne, ale bez przesądzania pierwszeństwa tego uprawnienia w okolicznościach sprawy).

Spośród omówionych schematów konstruowania ograniczeń największym ryzykiem takiego zarzutu obarczone jest rozwiązanie opisane w pkt 1, tzn. „sztywna”, „obowiązująca ściśle” reguła pierwszeństwa zakazu udostępnienia (nakazu zachowania poufności) w stosunku do zasady dostępu. Oznacza to, że ustawodawca traktuje (przynajmniej we własnej ocenie) jakąś opisaną w przepisie grupę informacji (dokumentów) jako informacje „zawsze i wszędzie” naruszającą określoną wartość (interes publiczny), więc niejako nie ma sensu przechodzić do dywagacji na środkiem mniej dokuczliwym czy podejmować jakiekolwiek rachunki aksjologiczne. Te dokumenty są *ex ante* wyłączone spod zasad i procedur dostępowych. Problem tkwi w tym, że takie założenie bardzo rzadko sprawdza się w praktyce, a nawet tam, gdzie budzi powszechną aprobatę moralną, może pojawić się wyjątkowa potrzeba odejścia od zakazu udostępnienia, której prawo nie przewiduje<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Skarga Nr 37374/05.

<sup>25</sup> Na przykład bezwzględna zasada ochrony tożsamości osób, które stały się ofiarami przemocy seksualnej, stanowi godny aprobaty postulat ujęty w tzw. zasadach z Tshwane. Wątpliwości co do przesłanek aksjologicznych prawa do informacji pojawiają się jednak w sytuacji, w której państwo wykorzystuje taką przesłankę do odmowy dostępu do informacji o własnej kontrowersyjnej działalności.

Jednocześnie polski ustawodawca z godną wszelkiej krytyki konsekwencją forsuje właśnie takie rozwiązania, które literalnie wyłączają niektóre informacje spod zakresu regulacji ustawowej. Cechą charakterystyczną tych przepisów jest użycie w uzasadnieniu popularnej stylizacji „*informacja o dotycząca X nie stanowi informacji publicznej*”<sup>26</sup>. Orzecznictwo TK w latach 2015–2016 eliminowało takie rozwiązania z porządku prawnego (vide: sprawy K13/14 i K8/15). Na tym tle tajemnica dyplomatyczna może wydawać się krokiem we właściwym kierunku, ponieważ jej wykorzystanie na potrzeby ograniczenia dostępu do informacji publicznej pociągałoby za sobą konieczność uzasadnienia odmowy w decyzji administracyjnej w oparciu o art. 16 u.d.i.p. Uważam jednak, że taka ocena łączy się z nadmierną wiarą w swobodę organów stosujących prawo do rozstrzygnięcia kolizji na korzyść jawności. Połączenie art. 5 ust. 1 u.d.i.p. z art. 7 pkt 12 ustawy powoduje, że nakaz zachowania tajemnicy dyplomatycznej jest kategorycznym imperatywem. Jednocześnie aktualizuje się on na podstawie przesłanek niepodlegających ważeniu. Są one również sformułowane w sposób tak szeroki, że nie można, w chociażby przybliżony sposób, określić granic poufności. W rozpatrywanych okolicznościach można więc mówić o naruszeniu przez definicję legalną zasady prawidłowej legislacji nie tyle z powołaniem na art. 2, lecz właśnie na art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Trybunał Konstytucyjny wyjaśniał, że „*naruszenie zasady poprawnej legislacji w niektórych sprawach może pociągać za sobą nie tylko niezgodność kwestionowanej regulacji z art. 2 Konstytucji, ale również z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Związek taki może mieć miejsce w wypadku, gdy chodzi o przepisy odnoszące się wprost [podkr. M.B.] do praw i wolności obywateli*”<sup>27</sup>.

\*\*\*

Mając na uwadze podniesione argumenty, bardzo krytycznie oceniam przyjęte rozwiązanie. Oceniam, że w przypadku wejścia tej ustawy w życie, na mocy "tajemnicy dyplomatycznej" dojdzie do poważnego ograniczenia autonomii informacyjnej jednostki w szerokim tego słowa znaczeniu (art. 54, 61 Konstytucji RP) i zmniejszenia kontroli społecznej nad prowadzeniem polityki zagranicznej przez oba człony władzy wykonawczej, ze szczególnym wskazaniem na Radę Ministrów i Ministra Spraw Zagranicznych. Pozostawiam niniejszą ocenę pod rozwagę Pań Senatorek i Panów Senatorów w toku prac ustawodawczych.

*dr hab. Michał Bernaczyk, prof. UWr*

*Wrocław, 6 lutego 2021 r.*

---

<sup>26</sup> Szerzej na ten temat zob. M. Bernaczyk, *"Dokument wewnętrzny" jako ograniczenie konstytucyjnego prawa do informacji. Rozstrzyganie kolizji w teorii i praktyce prawa*, Warszawa 2017, s. 88 i nast.

<sup>27</sup> Zob. pkt III.2.5 uzasadnienia wyr. TK z 21.4.2009 r. (K 50/07, OTK-A 2009, Nr 4, poz. 51). Rozpatrywana sprawa jest bardzo interesująca w kontekście poprawnego definiowania. Oceniając definicję legalną „*sytuacji kryzysowej*” (zob. art. 3 pkt 1 ustawy z 26.4.2007 r. o zarządzaniu kryzysowym, t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 209), Trybunał zarzucił ustawodawcy posłużenie się jeszcze ogólniejszym definiensem aniżeli definiowane pojęcie (*definiendum* „*sytuacja kryzysowa*”). Trudno przemilczeć, że analogiczny problem występuje w przypadku zestawienia pojęć „*tajemnica dyplomatyczna*” (*definiendum*) z wieloskładnikowym i zmiennym treściowo *definiensem* ("*dobro służby*", " *naruszenie wizerunku międzynarodowego*", "*szkodzenie polityce zagranicznej Rzeczypospolitej Polskiej*").