

Wrocław, 21 września 2011 r.

Mec. dr Michał Bernaczyk¹

Opinia prawna

o ustawie z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy o dostępie do informacji publicznej² oraz niektórych innych ustaw

sporządzona we Wrocławiu na zlecenie Stowarzyszenia Liderów Lokalnych Grup Obywatelskich w oparciu o dokumenty opublikowane w Systemie Informacyjnym Sejmu, na stronie Biuletynu Informacji Publicznej Senatu oraz na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji (treść dokumentów uwzględniono zgodnie ze stanem na 20 września 2011 r.).

1. Przedmiot opinii

1.1. Celem sporządzonej opinii jest ocena ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy o dostępie do informacji publicznej w brzmieniu ustalonym po rozpatrzeniu poprawek Senatu³ (poprawki zawarte w druku sejmowym nr 4673) na 100. posiedzeniu Sejmu w dniu 16 września 2011 r. pod kątem implementacji dyrektywy 2003/98/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 listopada 2003 r. dotyczącej ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego (dalej jako „dyrektywa”)⁴ ze szczególnym uwzględnieniem art. 54 oraz 61 Konstytucji RP.

1.2. Z powodu niezwykle krótkiego, kilkunastogodzinnego czasu na sporządzenie opinii niniejsze opracowanie nie aspiruje do wyczerpującej oceny uchwalonej nowelizacji, lecz dotyczy tylko najważniejszych rozwiązań. W szczególności nie jest możliwe wyczerpujące odniesienie się do niewymaganej Konstytucją RP, prawem międzynarodowym oraz prawem UE poprawki Senatu (art. 5 ust. 1a u.d.i.p.). Argumentem podstawowym, aczkolwiek wymagającym odrębnej oceny, jest dopuszczalna szerokość i głębokość poprawek ustawodawczych na tle konstytucyjnej zasady trzech czytań oraz ustrojowej pozycji Senatu.

¹ doktor nauk prawnych, radca prawny, adiunkt w Katedrze Prawa Konstytucyjnego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego oraz współpracownik Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej.

² Ustawa z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. z 2001 r. Nr 112, poz. 1198 ze zm., dalej jako „u.d.i.p.”)

³ Opubl. pod adres [http://orka.sejm.gov.pl/opinie6.nsf/nazwa/4434_u/\\$file/4434_u.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/opinie6.nsf/nazwa/4434_u/$file/4434_u.pdf), podaję wg. stanu na 20.09.2011 r.

⁴ Dz. Urz. UE L 345 z 31 grudnia 2003, s 90.

Poglądy Trybunału Konstytucyjnego pozwalają na przyjęcie wstępnego stanowiska, że poprawka senacka zawarta w druku sejmowym 4673 pozostaje w sprzeczności z art. 121 ust. 2 i 3 Konstytucji RP. Trybunał Konstytucyjny opiera swe poglądy na temat dopuszczalnych granic poprawek Senatu na założeniu, w myśl którego poprawki te powinny mieścić się w ramach przedmiotowych określonych przez ustawę uchwaloną przez Sejm [podkreślenie własne – M.B.]. Poprawki Senatu muszą być związane z treścią ustawy przekazanej mu przez Marszałka Sejmu i ten pogląd Trybunał Konstytucyjny kategorycznie podtrzymuje (zob. m.in. uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 24 marca 2004 r., sygn. K. 37/03, OTK ZU z 2004 r. nr 3A, p. 21)⁵. Tymczasem ustawa uchwalona przez Sejm i przekazana do Senatu w trybie art. 121 ust. 1 Konstytucji nie zawierała żadnej regulacji, która uzasadniałaby poprawkę uosabianą przez uchwalony art. 5a ust. 1 u.d.i.p.⁶, ponieważ tego typu postanowienia wyeliminowano już na etapie I. czytania projektu ustawy w komisji.

1.3. Uwzględnienie zarzutu naruszenia norm postępowania ustawodawczego zwalniałoby od oceny uchwalonej nowelizacji pod kątem dochowania wymogu proporcjonalności ograniczeń obywatelskiego prawa do informacji. Na etapie postępowania w Sejmie, na zlecenie Biura Analiz Sejmowych, sporządzono wprawdzie opinię dotyczącą projektowanych ograniczeń, ale nie dokonano ich gruntownej oceny pod kątem zgodności z Konstytucją RP. Wypowiadano się na temat „standardów” prawnych państw obcych (anglosaskich, o dużo silniejszej sądowej ochronie prawa do informacji niż istniejąca w Polsce), nieobowiązującego prawa międzynarodowego lub nacechowanego istotnymi odrębnościami porządku prawnego Unii Europejskiej⁷ - bądź co bądź – charakteryzującego się „*trendem regresywnym w ewolucji prawa do informacji*”⁸, jednakże w toku procesu legislacyjnego nie dotknięto kwestii podstawowej, tj. rzeczywistego istnienia przesłanek ograniczania wolności i praw jednostki z uwzględnieniem zasad ogólnych (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP) oraz szczegółowych (art. 61 ust. 3 Konstytucji RP). Pobieżna analiza art. 5 ust. 1a (zbliżonego istotnie do pierwotnej propozycji zawartej w rządowym projekcie ustawy) nakazuje poddawać wątpliwość zgodność z tzw. zakazem nadmiernej ingerencji (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*, zasada proporcjonalności *sensu stricto*), co ze względu na bardzo wąskie ramy czasowe opinii pozostawiam odrębnej analizie.

2. Pojęcie ponownego wykorzystania informacji organów sektora publicznego a konstytucyjne prawo do informacji (art. 61 Konstytucji RP) oraz wolność rozpowszechniania informacji (54 Konstytucji RP)

⁵ Opubl. w Bazie Orzeczeń TK, www.trybunal.gov.pl, podaję wg. stanu na 20.09.2011 r.

⁶ Druk senacki z dnia 3.09.2011 r. nr 1352 opubl. pod adresem:

<http://www.senat.gov.pl/k7/dok/dr/1350/1352.pdf>, podaję wg. stanu na 20.09.2011 r.

⁷ Opinia prawna G. Sibigi z 26.07.2011 r. o projekcie ustawy o zmianie ustawy o dostępie do informacji publicznej oraz niektórych innych ustaw (druk 4434), opubl. w Systemie Informacyjnym Sejmu, s. 7-9.

⁸ Szerzej na ten temat D. Adamski, *Prawo do informacji o działaniach władz publicznych Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, s. 342.

2.1. Projekt uchwalonej ustawy został przedłożony Sejmowi w celu wykonania zobowiązań traktatowych tj. implementacji dyrektywy. Zgodnie z art. 2 ust. 4 dyrektywy „ponowne wykorzystywanie” oznacza „wykorzystywanie przez osoby fizyczne lub prawne dokumentów będących w posiadaniu organów sektora publicznego, do celów komercyjnych lub niekomercyjnych innych niż ich pierwotne przeznaczenie w ramach zadań publicznych, dla których te dokumenty zostały wyprodukowane. Ponownym wykorzystywaniem nie jest wymiana dokumentów między organami sektora publicznego wyłącznie w wykonaniu ich zadań publicznych”. Uchwalona nowelizacja powtarza za dyrektywą (dość wiernie), że „wykorzystywanie przez osoby fizyczne, osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej informacji publicznej lub każdej jej części, będącej w posiadaniu podmiotów, o których mowa w ust. 2 i 3, niezależnie od sposobu jej utrwalenia (w postaci papierowej, elektronicznej, dźwiękowej, wizualnej lub audiowizualnej), w celach komercyjnych lub niekomercyjnych, innych niż jej pierwotny publiczny cel wykorzystywania, dla którego informacja została wytworzona, stanowi ponowne wykorzystywanie informacji publicznej i odbywa się na zasadach określonych w niniejszym rozdziale”.

Obowiązkiem polskiego prawodawcy – zgodnie z art. 3 dyrektywy - było **określenie zasad tego przetwarzania, nie zaś tworzenie norm pozwalającej na takowe przetwarzanie**. Brzmienie art. 3 dyrektywy nie pozostawia wątpliwości, że dyrektywa nie aspiruje do narzucania państwom członkowskim nowych procedur dostępowych, lecz ma (co najmniej) uzupełniać istniejący system o zasady zawarte w rozdziale III i IV dyrektywy. Twórcy rządowego projektu ustawy – co trafnie podniesiono w opinii eksperta Senatu Mec. J. A. Stefanowicza – najprawdopodobniej nie zrozumieli istoty powtórnego przetwarzania oraz metody jego wkomponowywania w krajowy system prawny, co tłumaczy taką skalę dysfunkcji oraz powielania istniejących regulacji w obrębie tej samej ustawy.

Analiza całokształtu uregulowań zawartych w dyrektywie zakłada, że przeznaczenie informacji do udostępnienia jest w istocie usługą świadczoną przez podmiot **publicznoprawny dla zainteresowanego podmiotu polegającą na optymalnym przystosowaniu „informacji sektora publicznego” do komercyjnego lub niekomercyjnego użytku, który jest inny niż pierwotny cel, dla którego wytworzono informację**. Problemem wtórnym (jednakże leżącym w sferze wyborów politycznych lub fiskalnych, lecz nie prawnych; por. art. 6-8 dyrektywy) jest obciążanie wnioskodawców dodatkowymi obowiązkami (tzw. licencje) oraz opłatami, które mogą, ale nie muszą być częścią krajowej implementacji. Obowiązek implementacji dyrektywy powstaje, jeśli wystąpią łącznie następujące przesłanki:

- a) w kraju członkowskim „udostępniono”⁹ i „dozwolono” na powtórne przetwarzanie informacji sektora publicznego,

⁹ Potwierdza to m.in. brzmienie punktu 16 preambuły dyrektywy: „Upublicznianie wszystkich **ogólnie dostępnych dokumentów** [podkreślenie własne – M.B.] będących w posiadaniu sektora publicznego - dotyczących nie tylko procesu politycznego, ale również procesów prawnego i administracyjnego – jest podstawowym instrumentem rozszerzania prawa do wiedzy”

- b) warunki „powtórnego przetwarzania informacji sektora publicznego” pozostają w sprzeczności z minimalnymi wymogami określonymi w dyrektywie (a zwłaszcza z rozdziałem IV dyrektywy).

W ocenie opiniującego, założenia projektu ustawy oraz uzasadnienie rządowego projektu ustawy nie uwzględniają tych fundamentalnych przesłanek. Ostateczny kształt regulacji wydaje się być dość przypadkowym tworem powstającym w oderwaniu od istniejącej regulacji prawnej, a w szczególności niezsynchronizowanym z istniejącymi przepisami u.d.i.p. oraz analizy praktycznych problemów jej stosowania. Jak trafnie odnotował ekspert Senatu *mec. Jan A. Stefanowicz*, nowelizacja nie grzeszy konsekwencją, skoro w docelowym rozdziale 2a ustawodawca posłużył się np. zakresem przedmiotowym u.d.i.p. (pojęcie „informacji publicznej” z art. 23a opiera się na art. 1 ust. 1 u.d.i.p.), ale za chwilę tworzy się autonomiczny względem art. 4 ust. 1 i 2 katalog podmiotów zobligowanych do stosowania reżimu ponownego wykorzystania informacji publicznej¹⁰. Jeżeli uznamy, że przyjęta nowelizacja w jakiejś mierze stanowi reakcję na praktyczne problemy wynikające ze stosowania u.d.i.p., to podtrzymuję w całej rozciągłości swe wcześniejsze stanowisko, że ostateczny kształt nowelizacji jest niczym innym, aniżeli odzwierciedleniem błędnej diagnozy postawionej w oparciu o błędną interpretację obowiązujących przepisów¹¹.

Analiza uchwalonych przepisów dowodzi, że w pewnych obszarach doszło w istocie do „zdublowania” funkcji przepisów rozdziału 2 oraz docelowego rozdziału 2a (por. art. 16 u.d.i.p. oraz art. 23g ust. 8 punkt 1). Abstrahując od przepisów odrębnych (art. 2-8 ustawy nowelizującej), znakomita większość celów wytyczonych w dyrektywie była i nadal pozostaje osiągalna na podstawie przepisów rozdziału 1 i 2 u.d.i.p. Uzupełnienie ustawy o rozdział 2a prowadzi *de facto* do stworzenia niejasnego, biurokratyzowanego trybu dostępu do informacji publicznej, zamiast – zgodnie z celami wytyczonymi w dyrektywie – skupić się na poprawie istniejącego systemu udostępnianych informacji publicznych (zob. w szczególności: art. 8, 9, art. 12 ust. 2, u.d.i.p., art. 14 ust. 2, art. 15). W rozdziale 2a – zamiast skupić się na klarownym opisie operacji wykonywanych na informacjach publicznych w celu zapewnienia ich optymalnej jakości – zaczęto tworzyć kolejną procedurę dostępu do informacji publicznej, której opis wyczerpuje się w nieczytelnych powtórzeniach i zapożyczeniach trybów dostępu do informacji znanych z rozdziału 2 u.d.i.p. (np. art. 23g, ust. 1, który stanowi, że „*ponowne wykorzystywanie informacji publicznej odbywa się przez ponowne wykorzystywanie informacji publicznej (...)*”).

Pierwszym dowodem zdradzającym brak głębszej refleksji nad uchwaloną nowelizacją jest dość „ornamentacyjne” posługiwanie się Konstytucją RP. Dokumenty rządowe (a także ustne stanowiska przedstawicieli administracji rządowej) wskazywały na potrzebę rozgraniczenia

¹⁰ J. A. Stefanowicz, *Opinia do ustawy o zmianie ustawy o dostępie do informacji publicznej* (druk senacki 1352), opubl. na stronie www.senat.gov.pl, podają wg. stanu na 20.09.2011 r., s. 6-7.

¹¹ M. Bernaczyk, *Opinia prawna z dnia 21.07.2011 r. o rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy o dostępie do informacji publicznej oraz niektórych innych ustaw* (druk sejmowy nr 4434), http://www.informacjapubliczna.org.pl/11,510,opinie_zlozone_do_sejmu_odosnie_nowelizacji_ustawy.html, podają wg. stanu na 20.09.2011 r., s. 9.

„praw wolnościowych” od „praw gospodarczych”¹², co jednak w znikomym stopniu nawiązywało do podziału na „wolność rozpowszechniania informacji” (art. 54 ust. 1 Konstytucji RP) oraz „prawa do informacji” (art. 61 Konstytucji RP). Wydaje się, że przed wykonaniem inicjatywy ustawodawczej ani w jej trakcie nie udzielono odpowiedzi na podstawowe pytania:

1. Czy pojęcia „*informacji o działalności osób pełniących funkcje publiczne oraz organów władzy publicznej*” z art. 61 ust. 1 Konstytucji RP, „*informacji o sprawach publicznych*” (art. 1 ust. 1 u.d.i.p.) oraz „*dokumentu*” (art. 2 ust. 3 dyrektywy) są tożsame znaczeniowo?
2. Czy w świetle art. 54 Konstytucji RP uprawniony może korzystać z „*informacji publicznej*” udostępnionej na podstawie **istniejących** przepisów art. 61 ust. 1 Konstytucji RP oraz u.d.i.p. (względnie przepisów odrębnych)?
3. Czy uchwalone przepisy nowelizujące u.d.i.p. pozwalają na łatwe udostępnianie w sposób i formie określonych we wniosku, w szczególności danych łatwych do obróbki, umożliwiających elektroniczne przetwarzanie w systemach teleinformatycznych?

Odpowiedź na powyższe zagadnienia wyjaśnia zarazem, czy nowelizacja w istocie osiąga cele narzucone w dyrektywie.

2.2. Zgodnie z art. 1 ust. 1 u.d.i.p. „*Każda informacja o sprawach publicznych stanowi informację publiczną w rozumieniu ustawy i podlega udostępnieniu na zasadach i w trybie określonych w niniejszej ustawie*”. Nie istnieje zadowalająca definicja legalna, dlatego ustalenie desygnatu tego pojęcia oparło się w dużej mierze na sądowym modelu stosowania prawa. Można powiedzieć, że definicja „informacji o sprawie publicznej” ma charakter bardziej jurydyczny, aniżeli legalny.

Począwszy od 2002 r. orzecznictwo sądowoadministracyjne w miarę konsekwentnie przyjmuje, że „*informacją publiczną będzie każda wiadomość wytworzona lub odnosząca się do władz publicznych, a także odnosząca się do innych podmiotów wykonujących funkcje publiczne w zakresie wykonywania przez nie zadań w zakresie władzy publicznej. Informacja odnosi się do faktów* (tak też wyrok NSA w Warszawie z 12.12.2006 r., sygn. I OSK 123/06)”. Faktem zaś obejmuje się „*każdą czynność i każde działanie organu władzy publicznej tak w sferze prawa administracyjnego, jak i np. w sferze prawa cywilnego*” (wyrok WSA w Krakowie z 15.10.2007 r., sygn. II SAB/Kr 56/07). Przykłady informacji publicznych podano w art. 6 ust. 1 u.d.i.p., ale powołany przepis nie wyczerpuje tysięcy informacji, niewymienionych wprost w ustawie i gromadzonych bądź wytwarzanych każdego dnia przez podmioty władzy publicznej.

¹² Zob. wypowiedź Zastępcy dyrektora Departamentu Społeczeństwa Informacyjnego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji Macieja Gronia na 15. Posiedzeniu Komisji Innowacyjności i Nowych Technologii (14.04.2011), opubl. w Biuletynie nr 4958/VI.

„Współstosując interpretacyjnie” art. 61 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 1 ust. 1 u.d.i.p.¹³ w sposób „przyjazny” prawu europejskiemu¹⁴ można przyjąć hipotezę, że pojęcie „informacji publicznej” (a nie „dokument urzędowy” z art. 6 ust. 2 u.d.i.p.), kluczowe dla ponownego wykorzystywania, pokrywa się znaczeniowo z pojęciem „dokumentu” w rozumieniu art. 2 ust. 3 dyrektywy. Zgodnie z dyrektywą „dokument” to „*jakakolwiek treść niezależnie od zastosowanego nośnika (zapisana na papierze lub zapisana w formie elektronicznej lub zarejestrowana w formie dźwiękowej, wizualnej albo audiowizualnej)*”. Słowo „hipoteza” jest w pełni uzasadnione, ponieważ wykładnia art. 1 ust. 1 u.d.i.p. nierzadko prowadzi do węższego ujęcia informacji niż ma to miejsce na gruncie dyrektywy¹⁵.

Autorzy nowelizacji nie przeanalizowali praktyki stosowania ustawy lub starali uniknąć konfrontacji z aktualnymi efektami sądowej wykładni art. 1 ust. 1 u.d.i.p., która w ostatnim czasie dostarcza więcej przykładów ograniczania dostępu do informacji publicznej, aniżeli wzmacniania przejrzystości władz publicznych. Praktyka sądownoadministracyjna pokazuje rzeczywiste problemy stosowania ustawy, które mogły zostać rozwiązane w drodze opiniowanej noweli. Zamiast tego uchwalono rozwiązania, które co najmniej wydłużają uzyskiwanie informacji publicznej lub drastycznie ograniczają prawo do informacji.

W toku prac nad opiniowaną ustawą zdawano się pomijać okoliczność, że na tle tego samego stanu prawnego pojawiają się istotne rozbieżności w ocenach tego co jest bądź nie jest „*informacją publiczną*”. Nierzadko dzieje się tak w zbliżonych stanach faktycznych. Podkreślam stanowczo, że mówimy o pojęciu, które jest kluczowe dla „*ponownego wykorzystania informacji*”. Jeśli jakaś informacja nie jest uznawana za „*informację publiczną*”, to w świetle przyjętych rozwiązań ustawowych nie można udostępnić jej do ponownego wykorzystania. Warunkiem tzw. ponownego wykorzystania informacji jest dostęp do „*informacji o sprawach publicznych*”.

W orzecznictwie sądownoadministracyjnym można zetknąć się ze zjawiskiem polaryzacji poglądów na temat znaczenia „*informacji o sprawie publicznej*”. Pierwszy pogląd zakłada, że informacją publiczną rozumianą przez pryzmat art. 61 ust. 1 Konstytucji RP jest wiadomość o faktach zgromadzona lub wytworzona przez podmiot władzy publicznej. Zakwalifikowanie informacji jako publicznej (co nie przesądza oczywiście jej dostępności, ponieważ wciąż pozostają ograniczenia z art. 5 u.d.i.p.) odbywa się w dużej mierze w oparciu o kryterium zgromadzenia i utrwalenia informacji publicznej przez podmiot publicznych w rozumieniu art. 4 ust. 1 u.d.i.p. Drugi pogląd zakłada, że jakakolwiek „treść”, „dane”, „wiadomość” zgromadzone przez podmiot władzy publicznej nie stanowią informacji publicznej, o ile takowy komunikat nie wytworzy u odbiorcy wiedzy o działalności podmiotu władzy publicznej lub co najmniej pomaga takową wiedzę wytworzyć. Sam fakt gromadzenia lub przechowywania informacji w podmiocie władzy publicznej nie ma rozstrzygającego

¹³ Pojęcie „współstosowania” Konstytucji RP i ustawy przytaczam zgodnie ze znaczeniem przyjętym przez Kazimierza Działochę, zob. K. Działocha, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP (stan doktryny prawa)* (w:) K. Działocha (red.), *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2005, s. 19-20.

¹⁴ B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, wyd. 5, Warszawa 2010, s. 159-160.

¹⁵ Artykuł 2.1 lit. „b” Konwencji Rady Europy o Dostępie do Dokumentów Urzędowych również wydaje się pojemniejszy znaczeniowo niż jurydyczne ujęcie art. 1 ust. 1 u.d.i.p. („*<<official documents>> means all information recorded in any form, drawn up or received and held by public authorities*”)

znaczenia, co w praktyce eliminuje część informacji z kategorii „informacji publicznych” przeznaczonych do udostępnienia, a tym bardziej do ponownego wykorzystania.

Ujmując problem obrazowo: jeżeli dokument (niezależnie od jego postaci) zawiera informacje o kwocie np. wynagrodzenia, nagrody (wyrażonej liczbowo) wypłaconej określonej funkcjonariuszowi publicznemu ze środków publicznych, to niewątpliwie jest to informacja o faktach. Dominujące poglądy sądów administracyjnych obligują jednak do oceny, czy komunikat brzmiący np. *„funkcjonariusz publiczny Jan Nowak otrzymał nagrodę ze środków publicznych w wysokości 10.000 złotych”* jest informacją „publiczną”, tzn. czy przenosi w sobie informację o działalności szeroko pojętego państwa. W mojej subiektywnej ocenie cytowany komunikat jest informacją o działalności „organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne” (art. 61 ust. 1 Konstytucji RP), w tym o gospodarowaniu mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. Natomiast – jak na ironię – na poziomie przepisów u.d.i.p. nie jest to takie oczywiste. Tytułem przykładu: w uzasadnieniu wyroku NSA z dnia 14 września 2010 r. (sygn. I OSK 1035/10) stwierdzono, że *„żądanie udzielenia informacji publicznej dotyczyło ilości i wysokości poszczególnych nagród finansowych wypłaconych Z. W. – Zastępcy Komendanta [...] Straży Miejskiej [...] – w okresie od 1 stycznia 2009 r. do 30 listopada 2009 r. (...)”* co w ocenie Sądu *„dotyczyło informacji ad personam, a to nie stanowi informacji publicznej. (...) Dokumenty prywatne, jako takie, nie stanowią bowiem informacji publicznej w rozumieniu ustawy”*¹⁶. Warto podkreślić, że tego typu metodyka kwalifikacji informacji posiadanych przez władze publiczne skutkuje faktyczną odmową dostępu do informacji, ponieważ podmioty władzy publicznej nie wydają decyzji administracyjnej, lecz co najwyżej informują krótkim pismem, że ustawa nie znajduje zastosowania ze względu na brak „publicznego” waloru wnioskowanej informacji o faktach. Podmiot zobowiązany „zwalnia się” tym samym od trudu uzasadnienia odmowy dostępu do informacji publicznej ze względu na ochronę prawa do prywatności lub prawa do ochrony danych osobowych, mimo że forma decyzji administracyjnej wynika ze spójnej interpretacji¹⁷ przepisów ustawy o dostępie informacji publicznej oraz ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych¹⁸. Zainteresowany na ogół nie otrzymuje żadnego uzasadnienia prawnego, a już zwłaszcza pouczenia o środkach zaskarżenia. W latach 2004-2010 do sądów administracyjnych trafiło 3298 spraw dotyczących prawa dostępu do informacji publicznej¹⁹, jednak znakomitą większość spraw stanowią skargi na bezczynność (a nie decyzje administracyjne wydane na podstawie art. 5 u.d.i.p.!), co daje dość dramatyczny obraz wdrażania dostępu do informacji publicznej.

Inny problemem stosowania ustawy jest niepokojące w skutkach zjawisko oddzielania „informacji publicznej” od jej nośnika, a zwłaszcza w tych sytuacjach, w których sposób utrwalenia informacji ma fundamentalne znaczenie dla oceny prawdziwości pewnych

¹⁶ Odmienne Wyrok WSA w Warszawie z dnia 7.07.2011 r., sygn. VIII SAB/Wa 23/11, opubl. w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych.

¹⁷ Te wysoce trafne poglądy zachowują aktualność mimo zmiany stanu prawnego w 2010 r.: T. Szewc, *Publicznoprawna ochrona informacji*, Warszawa 2007, s. 54 oraz A. Drozd, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz. Wzory pism i przepisy*, Warszawa 2008, s. 40.

¹⁸ Dz. U. 2002 r., nr 101, poz. 926 - tekst jednolity ze zm.

¹⁹ J. Drachal, *Zagadnienie sądowej ochrony prawa do informacji*, Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego, nr 5-6 z 2010 r., s. 100.

zdarzeń. Oddzielenie pojęć „dokumentu” jako pewnego uporządkowanego układu treści od „informacji” w nim zawartych pojawiło się wprawdzie w orzecznictwie ETS (zob. tezy nr 29-30 w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 grudnia 2001 r. w sprawie *Rada przeciwko Heidi Hautala i inni*, C-353/99P), ale służyło przede wszystkim do zwiększenia dostępu do informacji (np. poprzez usuwanie fragmentów tekstu i udostępnienie „zanonimizowanego” dokumentu tekstowego). W polskim ujęciu tego typu zabieg myślowy służy raczej do zanegowania „publicznego” charakteru informacji i całkowitego zakwestionowania dostępu do dokumentu bez rozważania jego potencjalnej anonimizacji lub wydania decyzji odmownej²⁰. Kontrowersyjne zjawisko obrazuje również problem z dostępnością nagrań z posiedzeń kolegialnych organów władzy publicznej pochodzącej z wyborów powszechnych (zob. art. 18 i 19 u.d.i.p. oraz art. 61 ust. 2 u.d.i.p.). Barwa głosu, intonacja (nie wspominając o zapisie obrazu ruchomego) utrwalona za pomocą techniki cyfrowej stanowią bez wątpienia bogatsze źródło wiedzy oraz posiadają szerszy kontekst znaczeniowy niż np. transkrypcja bądź protokół z posiedzenia organu. W praktyce wnioskodawcy są skazani na dostęp do informacji wtórnej, zredagowanej przez organ, o których mowa w art. 18 i 19 u.d.i.p.²¹

2.3. Twórcy nowelizacji mogli rozwiązać chociaż część tych problemów podkreślając w art. 1 ust. 1 u.d.i.p., że informacją publiczną będzie każda informacja o sprawach publicznych *„niezależnie od zastosowanego nośnika (zapisana na papierze lub zapisana w formie elektronicznej lub zarejestrowana w formie dźwiękowej, wizualnej albo audiowizualnej)”*. Warto też dodać, że praktyka sądownoadministracyjna ogranicza w znakomitej większości konstytucyjne pojęcie „dokumentu” do „dokumentu urzędowego” z art. 6 ust. 2 u.d.i.p. Orzecznictwo wykazuje daleko posuniętą rezerwę wobec dostępu do tzw. potocznie „dokumentów prywatnych”, które wytworzył wprawdzie podmiot trzeci (niepubliczny; inny niż określony w art. 4 ust. 1 i 2 u.d.i.p.), skierowanych do pomiotu władzy publicznej celem wykonania zadania publicznego lub gospodarowania majątkiem publicznym. *Wojciech Sokolewicz* zwrócił uwagę na problem zgodności u.d.i.p. z art. 61 ust. 2 Konstytucji RP²², co pociąga za sobą postulat wykładni norm ustawy z odwołaniem do Konstytucji RP, jednak praktyka stosowania ustawy – z nielicznymi wyjątkami²³ – w znikomym stopniu spełnia te oczekiwania.

Niestety, opiniowana nowelizacja ustawy unika rozwiązywania powołanych problemów, a w szczególności nie aspiruje do harmonizowania ustawodawstwa z normami Konstytucji RP, co jest przecież pozytywnym obowiązkiem parlamentu wynikającym z zasady nadrzędności konstytucji w systemie źródeł prawa (art. 8 ust. 1 Konstytucji RP). Mimo np. wieloletniego kwestionowania konstytucyjności regulacji opłat ponoszonych tytułem tzw. kosztów dodatkowych (art. 15 u.d.i.p.) nigdy nie podjęto prób racjonalizacji u.d.i.p. w tym zakresie²⁴,

²⁰ Por. uzasadnienie wyroku WSA w Lublinie z 7.04.2011 r., sygn. II SAB/Lu 78/10, opubl. w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych.

²¹ Por. wyrok WSA we Wrocławiu z 16.09.2009 r., sygn. IV SA/Wr 257/09, wyrok NSA z 16.04.2010 r., sygn. I OSK 14/10, opubl. w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych.

²² W. Sokolewicz, teza nr 6 w komentarzu do art. 61 Konstytucji RP [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 35-36.

²³ Zob. wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 26.05.2010 r., sygn. IV SAB/Wr 19/10, opubl. w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych.

²⁴ Zob. M. Jabłoński, *Udostępnianie informacji publicznej w trybie wnioskowym*, Wrocław 2009, s. 200.

co w mojej ocenie doprowadziło do rażącej nadinterpretacji pojęcia tzw. „informacji przetworzonej” oraz ograniczenia dostępu do informacji w Polsce. Mimo znakomitej okazji nie pokuszono się o rozwiązanie tego problemu, a wręcz przeciwnie, nowelizacja doprowadzi do utrwalenia negatywnych zjawisk i rozbieżności interpretacyjnych poprzez pospolity zamęt pojęciowy wywołany redakcją rozdziału 2a ustawy. W sposób sprzeczny z dyrektywami techniki prawodawczej dokonano rozbicia desygnatu „informacji publicznej” na art. 1 ust. 1 oraz art. 23a u.d.i.p. O ile w pierwszym przepisie u.d.i.p. stykamy się z bardzo lakonicznym sformułowaniem, o tyle w art. 23a ust. 1 mówi się już o „*informacji publicznej lub każdej jej części, będącej w posiadaniu podmiotów, o których mowa w ust. 2 i 3, niezależnie od sposobu jej utrwalenia (w postaci papierowej, elektronicznej, dźwiękowej, wizualnej lub audiowizualnej)*”. Oznacza to, że w nowym stanie prawnym będziemy odkodowywać znaczenie „*informacji o sprawie publicznej*” z dwóch odrębnych, odległych jednostek redakcyjnych, a nie jest wykluczone, że praktyka stosowania art. 23a ust. 1 otworzy też pole do „kreatywnej” wykładni skutkującej wyodrębnieniem nowej kategorii „informacji” (innych niż „informacja publiczna”).

2.4. Zgodnie z art. 54 ust. 1 Konstytucji RP „*Każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji*”. Biorąc pod uwagę postać tego publicznego prawa podmiotowego oraz oczywistą niemożność wyczerpującego dookreślenia „treści” wolności rozpowszechniania informacji, obowiązkiem ustawodawcy jest określanie granic, których przekroczenie powoduje konieczność powstrzymania jednostki od wykonywania swojego uprawnienia.

Aktualne rozważania polskiej doktryny na temat praw człowieka w ogólności przywołują godność (nie tyle za, ile równoległe wobec art. 30 Konstytucji RP) jako źródło wolności i praw człowieka i obywatela²⁵, a także podkreślają jej nierozzerwalny związek z istotą ludzką mówiąc o wtórności prawa wobec bytu²⁶. Nie chcę w tym miejscu podejmować dywagacji nad rolą art. 30 Konstytucji RP jako źródła publicznego prawa podmiotowego czy prawnonaturalnego łącznika z prawem przedmiotowym²⁷. W moim skromnym odczuciu

²⁵ Zob. K. Complak, *Zasada ochrony godności człowieka normatywnym nakazem obowiązującym prawodawców i organy stosujące prawo* [w:] *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, L. Wiśniewski (red.), Warszawa 2006, s. 7 i 10.

²⁶ Zob. M. Piechowiak, na M. Piechowiak, *Pojęcie praw człowieka* [w:] L. Wiśniewski (red.) *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, Warszawa 1997, s. 19. Autor konkluduje: „*Stwierdzenie, że źródłem prawa jest godność człowieka, każe brać pod uwagę i uznać konkretnego człowieka, jego potencjonalności ukierunkowane na rozwój za rację istnienia prawa*”, tamże, s. 19.

²⁷ Wystarczy wspomnieć, że mimo upływających lat obowiązywania art. 30 Konstytucji RP nadal nie wyjaśniono w pełni normatywnych skutków tego przepisu, por. tezy do dyskusji postawione przez J. Zajadło, *Godność i prawa człowieka (Ideowe i normatywne źródła przepisu art. 30 Konstytucji)* [w:] *Gdańskie Studia Prawnicze. Wybrane zagadnienia nowej Konstytucji*, tom. III, A. Szmyt (red.), Gdańsk 1998, s. 62. O wariantach pojmowania godności na tle art. 30 Konstytucji RP pisze P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Zakamycze 2003, s. 122-125. Niewiele wyjaśnia utożsamienie art. 30 Konstytucji RP z „zasadą” prawa (zob. J. Krukowski, *Godność człowieka podstawą konstytucyjnego katalogu praw i wolności jednostki* [w:] *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, L. Wiśniewski (red.), Warszawa 1997, s. 42), ponieważ taki zabieg wymaga w dalszej perspektywie wyjaśnienia charakteru zasad prawa w nauce prawa konstytucyjnego. Ta ostatnia dokonuje pewnej modyfikacji rozumienia zasad prawa w prawoznawstwie z jednoczesnym podkreśleniem trudności i ograniczoności stosowania jego dorobku do przepisów konstytucji, zob. P. Tuleja, *Zasady konstytucyjne* [w:] *Konstytucjonalizacja zasad i instytucji ustrojowych*, P. Sarnecki (red.), Warszawa 1997, s. 17, 25-26.

wystarczy przyjąć ukierunkowanie na człowieczeństwo za paradygmat tworzenia i interpretacji konstytucyjnych praw podmiotowych²⁸, aby zrozumieć genezę prawnego opisu relacji między jednostką a państwem. Jeśli zakładamy racjonalność konstytucyjnego prawodawcy, to należy przyjąć, że publiczne prawa podmiotowe zawarte w rozdziale II Konstytucji RP były kształtowane z uwzględnieniem natury człowieka i sposobów jego funkcjonowania w społeczeństwie. A więc już z powodu swych uwarunkowań psychofizycznych istota ludzka przejawia określone zachowania (np. chęć rozpowszechniania, dzielenia się informacją), których prawo w znaczeniu przedmiotowym nie powinno „przyznawać”, lecz jedynie akceptować, potwierdzać²⁹. W ten oto sposób dochodzimy do konkluzji, że człowiek posiada wynikającą z przyrodzonej zdolność możliwość (swobodę) „podejmowania aktów woli i wyboru (zdolność zdecydowania)”³⁰, a dostrzeżenie tych właściwości ludzkich w normie prawnej powinno przejawiać się „tylko” poprzez ograniczenie aktywności ludzkiej do działań nienaruszających interesy innych ludzi (zob. art. 31 ust. 2 zdanie 1 Konstytucji RP).

Współczesna nauka polskiego prawa konstytucyjnego akceptuje tak rozumianą „wolność” i podtrzymuje tezę o aktualności osiemnastowiecznej myśli o państwie i prawie, która wykształciła trójelementową koncepcję wolności. Jej składowymi są: „1) wolność wyboru (decydowania), 2) nieszkodzenie innym w toku realizacji własnych decyzji, (...), 3) ograniczoność władzy państwowej nad jednostką”³¹. Zgoda panuje również w technice opisu struktury relacji pomiędzy adresatem wolności a podmiotem zobowiązanym. Opisu dokonuje się poprzez odniesienie do rzymskiej koncepcji różnicy pomiędzy prawem a wolnością oddawaną poprzez negatywną (*non facere*) bądź pozytywną (*dare, facere, preestere*) korelację obowiązku władz publicznych względem podmiotu konstytucyjnych publicznych praw podmiotowych³². W przypadku konstytucyjnych publicznych praw podmiotowych o charakterze negatywnym (tzn. „wolności”) postawa władzy publicznej sprowadza się do określenia granic dla wolności prawnie chronionych lub przyznania roszczenia względem podmiotów trzecich (w tym także wobec państwa) o zaniechanie ingerencji działań w stosunku do beneficjenta wolności. Obowiązki państwa wyczerpią się w postawie pasywnej i instytucjonalnych gwarancjach utrzymania tego stanu rzeczy.

²⁸ Konkludując wątek poświęcony znaczeniu godności z art. 30 Konstytucji RP J. Ciapała stwierdza: „Godność jako wartość konstytucyjna może być pomocna przy interpretacji i stosowaniu prawa w odniesieniu do praw materialnych i proceduralnych”, zob. J. Ciapała, *Konstytucyjna regulacja praw podmiotowych. Podstawowe konsekwencje prawne dla ustawodawcy* [w:] J. Ciapała, K. Flaga-Wieruszyńska (red.), *Prawa podmiotowe. Pojmowanie w naukach prawnych. Zbiór studiów*, Szczecin 2006, s. 36. Z kolei M. Jabłoński wskazuje, że „(...) Trybunał dokonał już wyboru pomiędzy normatywnym a deklaratoryjnym charakterem treści art. 30 Konstytucji RP. Konsekwencją nadania mu charakteru przepisu istotnego dla wykładni treści i znaczenia pozostałych norm konstytucji jest przyjęcie, że godność człowieka nie może stać się samoistną podstawą do wydawania orzeczeń. Stanowi ona swoisty dowód potwierdzający i wzmacniający podmiotowy charakter praw i wolności człowieka”, zob. M. Jabłoński, *Rozważania na temat znaczenia pojęcia godności człowieka w polskim porządku konstytucyjnym* [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, B. Banaszak, A. Preisner (red.), Warszawa, s. 93-94 i powołane tam orzecznictwo.

²⁹ Na temat kontrowersyjnych tez o prawnie pozytywnej genezie wolności zob. szerzej J. Ciapała, *Konstytucyjna regulacja praw...*, s. 35-36 i powołana tam literatura z okresu PRL.

³⁰ Zob. L. Wiśniewski, *Prawo a wolność człowieka – pojęcie i konstrukcja prawna* [w:] *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, L. Wiśniewski (red.), Warszawa 1997, s. 54-55.

³¹ Zob. L. Wiśniewski, *Prawo a wolność człowieka...*, s. 53.

³² Zob. B. Gronowska [w:] *Prawo konstytucyjne*, Z. Witkowski (red.), Toruń 2002, s.107, L. Wiśniewski, *Prawo a wolność człowieka...*, s. 60, J. Ciapała, *Konstytucyjna regulacja praw...*, s. 38.

Mając na uwadze powyższe należy bronić poglądu, że art. 54 ust. 1 Konstytucji RP obejmuje również „rozpowszechnianie” informacji uzyskanej uprzednio od władzy publicznej (*lege non distinguente nec nostrum est distinguere*). Obok pozyskiwania informacji we własnym zakresie, bez udziału władzy publicznej, koniecznym elementem ludzkiej egzystencji oraz aktywnego udziału w życiu społecznym, gospodarczym, politycznym jest m.in. możliwości dyskusowania, powielania, przekształcania informacji o działalności władzy publicznej uzyskanej od tejże władzy. Dotyczy to zwłaszcza rozpowszechniania informacji, o których mowa w art. 61 ust. 1 Konstytucji.

Uchwalona ustawa jest pod tym względem legislacyjnym kuriozum, ponieważ już w art. 1 ust. 1 wprowadza w błąd co do istoty i treści „ponownego wykorzystywania”. Uchwalona nowelizacja przewiduje, że informacja publiczna podlega „ponownemu wykorzystywaniu na zasadach i w trybie określonych w niniejszej ustawie”. Z kolei wspomniany art. 23a ust. 1 stanowi, że „wykorzystywanie przez osoby fizyczne, osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej informacji publicznej lub każdej jej części, (...), w celach komercyjnych lub niekomercyjnych, innych niż jej pierwotny publiczny cel wykorzystywania, dla którego informacja została wytworzona, stanowi ponowne wykorzystywanie informacji publicznej i odbywa się na zasadach określonych w niniejszym rozdziale”. Powołane przepisy sugerują, że ponowne wykorzystanie informacji jest publicznym prawem podmiotowym polegającym na „koncesjonowaniu” określonego sposobu korzystania z informacji. Miałoby to być więc prawo o charakterze pozytywnym, którego treść od początku do końca determinuje ustawodawstwo zwykłe. Warto więc zaakcentować, że na gruncie konstytucyjnym ponowne wykorzystanie należy rozpatrywać m.in. w kategoriach wolności jednostki, a zwłaszcza określonej w art. 54 ust. 1 lub 74 Konstytucji RP. Analiza przepisów rozdziału 2a dowodzi jednak, że trzon regulacji stanowią normy zmierzające do „przetwarzania” lub „przekształcania” informacji (w znaczeniu znanym już z rozdziału 1 i 2 u.d.i.p.), jednakże z możliwością pewnych dodatkowych obowiązków w zakresie eksploataowania udostępnionej informacji.

Uchwalona ustawa rodzi wątpliwości, czy taka ingerencja w wolność rozpowszechniania informacji – pomijając obowiązek poszanowania wolności i praw osób trzecich (zob. art. 31 ust. 2 oraz ust. 3 zdanie pierwsze Konstytucji RP oraz art. 23b ust. 3 u.d.i.p.) – jest dopuszczalna w świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. To zaś zdawał się lepiej rozumieć prawodawca unijny niż krajowy (art. 3 zdanie pierwsze dyrektywy stanowi, że „Państwa Członkowskie zapewniają że, tam gdzie ponowne wykorzystywanie dokumentów będących w posiadaniu organów sektora publicznego jest dozwolone dokumenty te będą ponownie wykorzystywane do celów komercyjnych lub niekomercyjnych zgodnie z warunkami określonymi w rozdziałach III i IV”).

Można zobrazować to następującym przykładem: dziennikarz lub organizacja społeczna powołują się na swoje prawo dostępu do informacji publicznej i wnioskuje o wykonanie np. kopii fotografii z miejsca wypadku samochodowego zawartych w aktach sprawy zakończonego prawomocnie postępowania przygotowawczego. Uzyskany materiał ma służyć jako przykład w dyskusji publicznej nad bezpieczeństwem w ruchu drogowym lub stanowić fragment infografiki w artykule prasowym. O ile założymy optymistycznie, że organy policji

lub jednostka organizacyjna prokuratury potraktują zdjęcie jako informację o sprawie publicznej (z prawnego punktu widzenia nie ma ku temu przeszkód, ale warto przypomnieć pogląd NSA, w mojej ocenie sformułowany *contra legem*, który uznał za informację publiczną udostępnianą na wniosek wyłącznie „*pisemne zapoznanie zainteresowanego z określonymi danymi*”³³), to użycie udostępnionego materiału³⁴ będzie wykorzystaniem informacji dla zgoła odmiennego celu, niż jego pierwotne przeznaczenie. Fotografia wraku rozbitego samochodu jest wykonywana w ramach czynności procesowych dla zapewnienia prawidłowego przebiegu procesu karnego, nie zaś z myślą o perspektywicznej działalności prasowej, edukacyjnej, rozrywkowej, gospodarczej itp. Jeżeli organ przyjmie rozumowanie oparte na zasadzie (*falsa demonstratio non nocet*), to wniosek o udostępnienie informacji publicznej może zostać potraktowany jako wniosek o ponowne wykorzystanie, co – oprócz zmiany procedury – może prowadzić do narzuceniem warunków określonych w art. 23b ust. 2. To zaś oznacza, że dalsze rozpowszechnianie informacji musi odbywać się (co do zasady) w oparciu o warunki narzucone przez podmiot publiczny, a to może już stanowić ograniczenie wolności rozpowszechniania informacji. Wydaje się, że dyrektywa unijna dostrzegала potencjalną kolizję z krajowymi normami konstytucyjnymi dotyczącymi szeroko pojętej „wolności słowa” (w tym rozpowszechniania informacji), dlatego instytucja opłat i tzw. licencji ma charakter fakultatywny, a nie obligatoryjny.

W opisanym uprzednio hipotetycznym stanie faktycznym informację można uzyskać na podstawie przepisów rozdziału 1 i 2 u.d.i.p. i trudno powiedzieć, co – poza zawiłą procedurą i dodatkowymi obostrzeniami w zakresie rozpowszechniania informacji (zob. art. 23b ust. 3) – wnosi regulacja zawarta w rozdziale 2a. Uchwalony art. 2a u.d.i.p. stanowi w wielu przypadkach pozorne rozróżnienie uprawnień jednostki.

2.5. W rozdziale 2a stworzono istotną liczbę klauzul generalnych oraz zwrotów niedookreślonych, które dają gigantyczne pole do arbitralnych, dyskryminujących praktyk naruszających zasadę zaufania obywateli do państwa. Dotyczy to zwłaszcza art. 23c-art. 23f u.d.i.p.

Artykuł 23c ust. 1 posługuje się pojęciem „*dodatkowych kosztów*”. To samo pojęcie występuje w art. 15 ust. 1 u.d.i.p. i do tej pory jego wątpliwym „*osiągnięciem*” było doprowadzenie do wzrostu ograniczeń w dostępie do informacji publicznych. Otóż stawianie nadmiernych barier w dostępie do informacji publicznej oraz coraz częstsze nadużywanie argumentu o konieczności rzekomego „*przetwarzania informacji*” łączy się z w gruncie rzeczy z problemem interpretacji. Zarówno obywatele jak i urzędnicy nie są w stanie precyzyjnie wskazać, co kryje się pod pojęciem tzw. „*opłat w wysokości odpowiadającej kosztom dodatkowym*” (art. 15 ust. 1 u.d.i.p.). Zasadą u.d.i.p. jest bezpłatny dostęp do informacji prostej lub przetworzonej (art. 7 ust. 2 u.d.i.p.). Ustawa od początku zezwalała na pobranie tzw. kosztów dodatkowych udostępnienia (art. 15 ust. 1 u.d.i.p.), ale w nie dała wyraźnych wskazówek, czym jest ów „*koszt dodatkowy*” oraz wedle jakich kryteriów

³³ Zob. uzasadnienie wyroku NSA z dnia 25.09.2008 r., sygn. I OSK 741/08, w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych.

³⁴ Dla uproszczenia przykładu zakładam, że zawartość fotografii nie zawiera danych podlegających ograniczeniu na podstawie art. 5 u.d.i.p., a materiał wykonany przez techników jest pozbawiony cech twórczych.

obliczać ciężar ekonomiczny związany np. z oderwaniem personelu urzędniczego od rutynowych obowiązków służbowych i skierowania go do wyszukiwania, kopiowania i anonimizacji informacji. W tego typu przypadkach, to podmiotach władzy publicznej spoczywa ciężar wykazania, że ponoszą one „koszty dodatkowe”. Ustawa nie przewiduje ryczałtu, zaliczki itp. na koszty przetworzenia informacji. Podmiot „jedynie” zawiadamia na podstawie art. 15 ust. 2 u.d.i.p. o wysokości opłaty. Cywilnoprawny tryb dochodzenia tych należności przed sądem powszechnym (powództwo o zapłatę wraz z ciężarem dowodu spoczywającym na podmiotach władzy publicznej) lub zwykła niechęć do szacowania kosztów udostępnienia jest tak duża, że w skali całego kraju wzrasta pokusa do likwidowania „problemu” wnioskodawcy niezmiernie trudnym do udowodnienia „*interesse publicum*”. Polega to na zakwalifikowaniu wniosku jako żądania udostępnienia tzw. „*informacji przetworzonej*” (art. 3 ust. 1 pkt 1 u.d.i.p.), a wówczas wymaga się od wnioskodawcy wykazania „*interesu publicznego*”, co w praktyce jest niezwykle trudne, a w ujęciu narzuconym przez judykaturę momentami wręcz niemożliwe. Orzecznictwo sądowoadministracyjne identyfikuje ów interes publiczny ze sprawnością aparatu władzy publicznej, więc bez trudu można wykazać wnioskodawcy, że udostępnienie informacji publicznej „*przetworzonej*” bardziej szkodzi podmiotom władzy publicznej, aniżeli zapewnia im poprawę funkcjonowania³⁵. Wówczas pozostaje już wydać decyzję o odmowie udostępnienia informacji publicznej i *de facto* zamknąć błędne koło niejawności. W najłagodniejszej postaci zjawiska, stosowanie art. 15 prowadzi do systematycznego naruszania art. 2, 32 i 61 ust. 1 i 2 Konstytucji RP poprzez nakładanie zróżnicowanych lub wygórowanych opłat.

Można zaryzykować hipotezą, że usprawnienie wymiaru i poboru kosztów dodatkowych udostępnienia zlikwidowałoby wiele problemów na styku „obywatel-państwo”, a nawet zachęciło władze publiczne do zasilania swoich budżetów poprzez udostępnianie informacji, także celem ich ponownego wykorzystania. Niestety, ustawodawca od lat unika interwencji w tej sprawie. Co więcej, dokładnie takie samo zarzewie patologii w ograniczaniu prawa do informacji stworzono w art. 23c ust. 1 i 2 oraz art. 23f ust. 2. u.d.i.p. Różnica polega na tym, że tryb kwestionowania opłaty pokrywającej „*dodatkowe koszty*” ponownego przetwarzania różni się co do prawnych form działania, przy czym rozwiązania zawarte w art. 23c są dużo bardziej niejasne i skomplikowane. Na podstawie art. 15 ust. 2 u.d.i.p. sporządza się „powiadomienie”, natomiast art. 23c ust. 2 u.d.i.p. mówi o „nałożeniu”, co sugeruje, że podmiot również dokonuje tzw. czynności materialno technicznej znanej z art. 15 ust. 2

³⁵ Od sześciu lat orzecznictwo sądowo administracyjne konsekwentnie utrzymuje jednolity pogląd, że „*pojęcie interesu publicznego jest pojęciem niedookreślonym, nieposiadającym zwartej, zapisanej formuły na gruncie obowiązującego prawa. Interes publiczny odnosi się w swojej istocie do spraw związanych z funkcjonowaniem państwa oraz innych ciał publicznych jako pewnej całości, szczególnie z funkcjonowaniem podstawowej struktury państwa. Skuteczne działanie w ramach interesu publicznego wiąże się z możliwością realnego wpływania na funkcjonowanie określonych instytucji państwa w szerokim tego słowa znaczeniu. Zatem w kwestii udzielenia przez organy państwa informacji publicznej interes publiczny istnieje wówczas, gdy uzyskanie określonych informacji mogłoby mieć znaczenie z punktu widzenia funkcjonowania państwa, np. usprawniałoby działanie jego organów*”, tak też uzasadnienie wyroku WSA w Bydgoszczy z 3.11.2010 r., sygn. II SA/Bd 798/10 i orzecznictwo NSA tam powołane, opubl. w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych.

u.d.i.p. Jednakże z dalszych przepisów dowiadujemy się, że wysokość opłat ma być integralną częścią „oferty” w rozumieniu prawa cywilnego (art. 23g ust. 7 pkt 2 u.d.i.p.). Wreszcie przepisy wprowadzają trzeci wariant, w którym o kosztach rozstrzyga się w drodze decyzji administracyjnej (art. 23g ust. 11 i 12 u.d.i.p.), która – o ile trafnie odczytujemy intencje twórców tej regulacji – będzie egzekwowana w trybie administracyjnym, a nie cywilnym.

Pomijając enigmatyczne „koszty dodatkowe”, ustawa wyznacza sytuację prawną jednostki posługując się pojęciem „*innych czynników*” (art. 23c ust 2), dopuszcza zróżnicowanie sytuacji prawnej wnioskodawców z powołaniem się na „*niezbędność prawidłowego wykonywania zadań publicznych*” (art. 23e ust. 1), zwalnia z obowiązku „*przetworzenia*” informacji do ponownego wykorzystania, jeśli wymaga to „*nieproporcjonalnych działań przekraczających proste czynności*” (art. 23f ust. 2). Uwzględniając analogie wynikające z dotychczasowej praktyki wdrażania u.d.i.p., powołane przepisy dają podstawy do kwestionowania ich na gruncie zasady określoności przepisów prawa (art. 2 Konstytucji RP)³⁶.

2.6. Jedynym, względnie pożądanym kierunkiem zmian, jest próba (niestety nieudana) określenia modelu postępowania w sytuacjach, w których informacja publiczna jest utworem w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych³⁷ lub stanowiących bazę danych w rozumieniu ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o ochronie baz danych³⁸. Unormowanie zawarte w art. 23b ust. 3 oraz jest w zasadzie jedynym racjonalnie uzasadnionym rozwiązaniem, które zdaje się wynikać z ograniczania rozpowszechnia informacji ze względu na konieczność ochrony wolności i praw innych osób (zob. art. 31 ust. 2 oraz 3 zdanie 1 Konstytucji RP).

Dotychczas administracja publiczna nie potrafiła wykorzystać potencjału tkwiącego w art. 14 ust. 2 u.d.i.p. i wskazywać alternatywne sposoby zaznajomienia się z „*twórczą*” informacją publiczną, jeśli autorskie prawa majątkowe lub osobiste wykluczały udostępnienie w sposób lub formie określonym we wniosku. Prowadziło to do sytuacji, w których odmawiano dostępu do dokumentów papierowych lub elektronicznych wychodząc z kontrowersyjnego założenia, że „*utwór*” nie może być informacją publiczną³⁹. Odrębną sprawą jest to, że fatalna redakcja przepisów każe po raz kolejny zadawać pytanie, do czego zmierzali autorzy nowelizacji, skoro w art. 23b ust. 3 użyto sformułowania „*informacja publiczna spełniająca cechy utworu*”. Wydaje się, że informacja publiczna w pewnych okolicznościach „*jest*” albo „*nie jest*” „*utworem*”, ponieważ spełnianie niektórych tylko cech utworu określonych w art. 1 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych nie przesądza o udzieleniu ochrony autorsko-prawnej.

³⁶ Szerzej na ten temat zob. T. Zalasinski, *Zasada prawidłowej legislacji w poglądach Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008, s. 197-199 i orzecznictwo tam powołane.

³⁷ Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 ze zm.

³⁸ Dz. U. z 2001 r. Nr 128, poz. 1402.

³⁹ Zob. uzasadnienie wyroku WSA w Warszawie, sygn. II SAB/Wa 58/07, opubl. Centralnej Bazy Orzeczeń Sądów Administracyjnych.

3. Procedura udostępniania informacji do ponownego wykorzystania

3.1. Przyjęte rozwiązania proceduralne są niejasne, nielogiczne, niespójne wewnętrznie i uniemożliwiają nawiązanie konstruktywnego współdziałania pomiędzy podmiotem władzy publicznej a podmiotem zainteresowanym ponownym wykorzystaniem informacji publicznej. Oprócz skomplikowania postępowania przed podmiotami rozpoznającymi wnioski, uprawnienie do uzyskiwania informacji do ponownego przetwarzania informacji sektora publicznego zostało poddane osłabionej – w porównaniu z np. postępowaniem hybrydowym rozstrzyganym ostatecznie przed sądem powszechnym - ochronie prawnej na podstawie art. 21 u.d.i.p.

Rządowy projekt uchwalonej ustawy opierał się na założeniu, że „warunki ponownego wykorzystywania informacji publicznej, a także wysokość opłat za ponowne wykorzystywanie informacji publicznej nałożonych w związku z wnioskiem wymagającym poniesienia dodatkowych kosztów stanowią ofertę w rozumieniu art. 66 ustawy z dnia 23 czerwca 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm. – dalej „k.c.”) W przypadku ich przyjęcia przez osobę zainteresowaną dochodzi do zawarcia przez nią umowy cywilnoprawnej z podmiotem zobowiązanym. Zastosowanie znajdują wówczas przepisy k.c. dotyczące zawierania umów przez ofertę i jej przyjęcie, w tym ofertę w postaci elektronicznej (art. 66 i nast. k.c.)” (zob. uzasadnienie projektu ustawy zawarte w druku sejmowy nr 4434, s. 13). Zaproponowana procedura w znikomym stopniu odpowiada dynamice procesów gospodarczych i potrzebom przedsiębiorców. Wręcz przeciwnie, nadmiernie komplikuje relacje z sektorem biznesowym lub non-profit, ponieważ organ władzy publicznej nie ma żadnej możliwości prowadzenia negocjacji z wnioskodawcą, natomiast wnioskodawca – motywowany najlepszymi chęciami – nie jest w stanie ubiegać się o minimalną modyfikację proponowanych warunków w rozumieniu art. 68 k.c. Jeśli podmiot władzy publicznej złoży ofertę, to wnioskodawca niezadowolony z jej treści musi wycofać wniosek i ewentualnie złożyć go ponownie z uwzględnieniem otrzymanej oferty podmiotu władzy publicznej lub złożyć sprzeciw zmuszając tym samym podmiot władzy publicznej do wszczęcia postępowania administracyjnego i rozstrzygania sprawy w drodze decyzji administracyjnej. Sprzeciw jest jednak ograniczonym środkiem dochodzenia do kompromisowych warunków ponieważ w drodze sprzeciwu można kwestionować jedynie „naruszenie przepisów ustawy”.

3.2. Nie jest jasne, jak daleko zmierza formalizm w zakresie wniosków o ponowne wykorzystanie informacji publicznych. Artykuł 23g ust. 13 przewiduje, że minister właściwy ds. informatyzacji określi „wzór” wniosku, co nie znaczy jednak, że wnioskodawcy będą mieli obowiązek z niego korzystać. W praktyce może to wywołać sytuację, w której podmioty zobowiązane będą kwestionować na płaszczyźnie formalnej pisma nieodpowiadające ministerialnym „wzorom”. Istnieje poważane zagrożenie, że podmioty władzy publicznej będą konwertować wnioski o udostępnienie informacji publicznej w kierunku wniosków o udostępnienie informacji publicznej do ponownego wykorzystania. Projekt rozporządzenia w sprawie wniosku załączony do rządowego projektu ustawy pokazuje, że ta delegacja jest w dużej mierze zbędna, ponieważ praktyka stosowania ustawy wytworzyła analogiczne

rozwiązania na gruncie art. 10 u.d.i.p. Przyjęte rozwiązanie niewiele wnosi, natomiast otwiera drogę do sukcesywnego formalizowania dostępu do informacji w Polsce oraz łamania art. 2 ust. 2 u.d.i.p. (zob. uwaga w pkt 3.6 opinii). Warto dodać, że projekt rozporządzenia MSWiA w sprawie wzoru wniosku złożony wraz z rządowym projektem ustawy wymaga w istocie podania interesu faktycznego w uzyskaniu informacji.

3.3. Instytucja centralnego repozytorium (art. 9a i 9b u.d.i.p.) realizuje, cele które mogłyby zostać z powodzeniem osiągnięte poprzez uzupełnienie regulacji prawnej dot. Biuletynu Informacji Publicznej (art. 8 i 9 u.d.i.p.). Lektura projektu rozporządzenia pokazuje, że konstrukcja prawna centralnego repozytorium opiera się w znakomitej większości na konstrukcji prawnej BIP, który w swym pierwotnym założeniu miał być (i nadal może być) repozytorium elektronicznych danych⁴⁰. Jest to przykład braku świadomości prawnej co do potencjału istniejącej regulacji. Przepisy ustaw i rozporządzenia nakładające obowiązek udostępniania informacji w BIP – na ogół nieegzekwowane i nieprzestrzegane - nadają się do realizacji celów określonych w art. 9 dyrektywy. Jest to również przykład nadprodukcji prawa, które – mając w pamięci dotychczasowe trudności z wdrażaniem BIP w wykonaniu ministra właściwego ds. administracji publicznej oraz (od 2005 r.) ministra właściwego ds. informatyzacji – mogą prowadzić do sektorowych, trudnych do skoordynowania przedsięwzięć o znikomych rezultatach (vide: strona główna Biuletynu Informacji Publicznej). Konstrukcja art. 9b ust. 2 u.d.i.p. (nieznana na gruncie Biuletynu Informacji Publicznej) odczytywana w kontekście katalogu z art. 9a ust. 2 potwierdza tezę, że pozycja ustrojowa ministra właściwego ds. informatyzacji jest nieadekwatna do przypisywanej mu roli organu odpowiedzialnego za poszczególne aspekty dostępu do informacji.

3.4. Specyfika danych w postaci elektronicznej, ich transmisja, problem praw własności intelektualnej mogą powodować wiele wątpliwości, których nie rozstrzygnie się na mocy uchwalonych przepisów. Przyjmijmy, że pomiędzy publicznym oferentem a wnioskodawcą powstaje spór co do tego, czy format danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 pkt. 1 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne oraz protokołów komunikacyjnych i szyfrujących, „umożliwia odczyt maszynowy”. Jeżeli założymy, że wnioskodawca składa sprzeciw oparty na naruszeniu art. 23f ust. 1, to powstaje pytanie w jaki sposób mianoby przeprowadzić np. dowód z dokumentu elektronicznego lub inny dowód na okoliczność braku możliwości odczytu maszynowego? Teoretycznie jest to dopuszczalne w jurysdykcyjnym postępowaniu administracyjnym (w instancji odwoławczej), ale w dotychczasowej praktyce stosowania ustawy o dostępie do informacji publicznej nie spotykamy się z przeniesieniem postępowania dowodowego do organu odwoławczego. Przeniesienie sporu do instancji sądownoadministracyjnej tylko potęguje ten problem, ponieważ sąd administracyjny bada działanie podmiotów władzy publicznej pod kątem zgodności z prawem, lecz nie ma możliwości dokonywania ustaleń faktycznych poprzez sięgnięcie do wiedzy specjalistycznej (opinia biegłego lub inny dowód w rozumieniu art. 309 Kodeksu postępowania cywilnego). Orzeczenie sądu administracyjnego nie może zobowiązać do udostępnienia informacji celem ponownego wykorzystania. Ten zasadniczy – z punktu widzenia wnioskodawcy – cel może

⁴⁰ M. Bernaczyk, *Obowiązek bezwnioskowego udostępniania informacji publicznej*, Warszawa 2008, s. 245-247.

zostać zrealizowany wówczas, gdy po wyroku sądu administracyjnego uwzględniającym skargę podmiot władzy publicznej pozytywnie rozpatrzy wniosek. Jednakże podmiot władzy publicznej zobowiązany do ponownego wyjaśnienia okoliczności faktycznych może zasadnie argumentować, że nie ma do tego odpowiedniego aparatu proceduralnego, ponieważ Kodeks postępowania administracyjnego stosuje się dopiero od momentu wydania decyzji odmownej (art. 23g ust. 11 i 12). Problem rozwiązałoby przekazanie tego typu spraw do właściwości sądów cywilnych wedle modelu kasacyjno-reformatoryjnego (charakterystycznego dla spraw ubezpieczeń społecznych lub sądu ochrony konkurencji lub konsumentów; zob. art. 477(14) i art. 479 (31a) Kodeksu postępowania cywilnego), ale z irracjonalnych względów na mocy nowelizacji uchylono art. 22 u.d.i.p.⁴¹

Aktualne rozwiązanie prowadzi do absurdu, ponieważ wnioskodawca nie będący w stanie wykazać naruszenia norm technicznych wynikających z powołanych przepisów ustawy o informatyzacji, może co najwyżej zawrzeć umowę i pozywać przed sądem cywilnym podmiot władzy publicznej na podstawie art. 471 Kodeksu cywilnego.

3.5. Począwszy od wejścia w życie ustawy o dostępie do informacji publicznej w systemie ochrony prawa do informacji istnieje poważna luka. Utrudnia ona rozstrzygnięcie sporu sądowoadministracyjnego o to, czy wnioskowane informacje umieszczono w Biuletynie Informacji Publicznej (a także w centralnym repozytorium; zob. art. 9a ust. 1 u.d.i.p.)⁴², zwłaszcza gdy podmiot zobowiązany konsekwentnie twierdzi, że wnioskowane informacje już udostępnił (ew. przekazał do ponownego wykorzystania). To samo dotyczy sytuacji, w których podmiot zobowiązany zaprzecza posiadaniu wnioskowanych informacji. Rozwiązanie przyjęte w art. 21 oraz art. 23g ust. 2 pkt. 1 powieli lukę na gruncie ponownego wykorzystania informacji sektora publicznego.

3.6. Unikając powtórzenia swych wcześniejszych zarzutów pod adresem likwidacji kognicji sądów powszechnych⁴³, oprócz krytycznego stanowiska Krajowej Rady Sądownictwa⁴⁴, godne uwagi jest stanowisko Sędziego J. Drachala, który w oparciu o normy Konstytucji RP, postulat szybkości postępowania i doświadczenia praktyki stanowczo poparł właściwość sądów powszechnych oraz odrzucił poglądy piśmiennictwa zarzucające rzekomą dysfunkcję art. 21 i uchylanego art. 22 u.d.i.p.⁴⁵ Na marginesie należy dodać, że likwidacja art. 22 u.d.i.p. prowadzi do nałożenia przymusu adwokackiego lub radcowskiego w przypadku skarg kasacyjnych do Naczelnego Sądu Administracyjnego. Dotychczasowe unormowania zawarte w uchylanym art. 22 u.d.i.p. pozwalały powodom na wykonywanie prawa do zaskarżania orzeczeń pierwszo-instancyjnych bez profesjonalnej i kosztownej pomocy prawnej.

⁴¹ Tak trafnie J. A. Stefanowicz, *Opinia do ustawy o zmianie ustawy o dostępie do informacji publicznej (druk senacki 1352)*, opubl. na stronie www.senat.gov.pl, podaję wg. stanu na 20.09.2011 r., s. 11-12.

⁴² M. Bernaczyk, *Obowiązek bezwnioskowego udostępnienia informacji publicznej*, Warszawa 2008, s. 314-321.

⁴³ M. Bernaczyk, *Opinia prawna z dnia 21.07.2011 r. o rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy o dostępie do informacji publicznej oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 4434)*, http://www.informacijapubliczna.org.pl/11,510,opinie_zlozone_do_sejmu_odnosnie_nowelizacji_ustawy.html, podaję wg. stanu na 20.09.2011 r., s. 7.

⁴⁴ Opinia KRS z 22.07.2011 r. w przedmiocie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o dostępie do informacji publicznej, źródło: www.sejm.gov.pl, s. 2-3.

⁴⁵ J. Drachal, *Zagadnienie sądowej ochrony prawa do informacji...*, s. 114-120.

Uchwalona nowelizacja skłania do wniosku, że nowe ograniczenia w zakresie dostępu do informacji (art. 5 ust. 1a u.d.i.p.), skomplikowanie procedur w rozdziale 2a oraz nieracjonalne zmiany w zakresie sądowej kontroli oraz iluzoryczne egzekwowanie art. 23 u.d.i.p. doprowadzą do dalszych utrudnień w dostępie do informacji publicznej. Tym samym w perspektywie czasu może pojawić się pretekst do kolejnej nowelizacji i kompleksowego rozciągnięcia procedury administracyjnej (k.p.a.) na grunt u.d.i.p., co doprowadzi do skrajnego sformalizowania dostępu do informacji publicznej i totalnego zaprzeczenia idei, która towarzyszyła uchwaleniu ustawy w 2001 r.

Michał Bernaczyk

Wrocław, 21.09.2011 r.