

RYSZARD SZAŁOWSKI

OCHRONA INFORMACJI NIEJAWNYCH A PRAWO
DOSTĘPU DO INFORMACJI PUBLICZNEJ

1. Wstęp

Zgodnie z treścią art. 61 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Przepisy ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej¹ przyznają takie prawo każdemu, stanowiąc jednocześnie, iż informacją taką stanowi każda informacja o sprawach publicznych. W art. 6 ustawy wskazany został, mający charakter otwarty, katalog rodzajów informacji publicznych podlegających udostępnieniu, a wśród nich informacji o polityce wewnętrznej i zagranicznej, podmiotach wykonujących zadania publiczne, zasadach funkcjonowania tych podmiotów, o danych publicznych oraz majątku publicznym. Jak podkreśla M. Jaśkowska „z uwagi na źródło powstania informacji sprawa publiczna może być (...) wyodrębniana ze względu na kryterium podmiotowe bądź przedmiotowe, bądź też przy pomocy obydwu tych kryteriów”².

Prawo dostępu do informacji publicznej nie ma jednak charakteru bezwzględniego. Przepis art. 61 ust. 3 Konstytucji stanowi, iż ograniczenie prawa do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne może nastąpić wyłącznie ze względu na określone w ustawach ochronę wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych oraz ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa³.

Wykaz przesłanek ograniczania prawa do informacji, wymienionych w przepisie art. 61 ust. 3 Konstytucji, ma charakter zamknięty. Uniemożliwia zatem

¹ Dz.U. Nr 112, poz. 1198 z późn. zm.

² M. Jaśkowska, *Dostęp do informacji publicznych w świetle orzecznictwa NSA*, Toruń 2002, s. 28.

³ Analizę wartości uzasadniających ingerencję ustawodawcy w sferę praw człowieka prezentuje K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Zakamycze 1999, s. 179 i n.

ustawodawcy zwykłemu powoływanie się na inne okoliczności, jako podstawę limitowania tego prawa.

Nadto, według treści art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej, ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw, a zatem również prawa do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne, mogą być ustanawiane tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie. Nie mogą one naruszać istoty wolności i praw.

Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku w sprawie sygn. K 17/05⁴ przychylił się do stanowiska, prezentowanego już wcześniej w orzecznictwie, że nawet jeśli norma szczegółowa Konstytucji wyznacza samodzielnie przesłanki ingerencji w sferze prawa, tak jak to czyni art. 61 ust. 3 w odniesieniu do prawa do informacji o działalności instytucji publicznych, nie może to oznaczać eliminacji pozostałych elementów mechanizmu proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Przepisy te mają w stosunku do siebie charakter komplementarny.

2. Ustawowa definicja informacji niejawnych a konstytucyjne podstawy ograniczania prawa do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej

W dniu 2 stycznia 2011 r. weszły w życie przepisy nowej ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych⁵. Właściwe określenie zakresu informacji podlegających ochronie ze względu na niejawność oraz wyznaczenie czasu, przed upływem którego nie będą one dostępne opinii publicznej, jest – jak się wydaje – najbardziej ważkim i jednocześnie niełatwym zadaniem ustawodawcy w zakresie prawnej regulacji informacji niejawnych, mającym jednocześnie istotne znaczenie z punktu widzenia realizacji prawa dostępu do informacji publicznej⁶.

Oceniając prawną regulację zakresu przedmiotowego oraz czasu ochrony informacji niejawnych, należy z jednej strony dostrzec jej niezbędność i potrzebę skuteczności, jako bariery zabezpieczającej interesy państwa w zakresie wyznaczonym przepisami ustawy zasadniczej. Z drugiej zaś strony przepisy o ochronie informacji niejawnych nacechowane dowolnością, pozbawione należytej precyzji, pozwalałyby w praktyce ograniczać zakres prawa dostępu do informacji publicznej.

⁴ Dz.U. z 2006 r. Nr 49, poz. 358. Zob. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy 2006, Seria A, poz. 30.

⁵ Dz.U. Nr 182, poz. 1228.

⁶ Na temat zakresu przedmiotowego informacji niejawnych oraz znaczenia upływu czasu dla ich ochrony pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych zob. R. Szałowski, *Zakres przedmiotowy tajemnicy państwowej*, Ius Novum 2008, nr 3, s. 22–37, R. Szałowski, *Uwagi o zakresie przedmiotowym tajemnicy służbowej*, Ius Novum 2009, nr 1, s. 35–47 oraz R. Szałowski, *Uplływ czasu a ochrona informacji niejawnych*, Ius Novum 2009, nr 4, s. 43–56.

Według treści art. 5 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej, 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.

Przepisy ustawy o ochronie informacji niejawnych, jak wynika z treści art. 1 ust. 1, definiują informacje niejawne jako takie, których nieuprawnione ujawnienie:

- spowodowałyby lub
 - mogłyby spowodować szkody dla Rzeczypospolitej Polskiej albo
 - byłoby z punktu widzenia jej interesów niekorzystne,
- także w trakcie ich opracowywania oraz niezależnie od formy i sposobu ich wyrażania.

Brak przyzwolenia ustawodawcy konstytucyjnego na posługiwanie się klauzulą tajności informacji, jako narzędziem ochrony Rzeczypospolitej przed jakimikolwiek szkodami, bądź ewentualnością niekorzystnego wpływu ujawnienia informacji na wszelkie interesy państwa. Jednak ustawodawca zwykły nie nawiązuje w przytoczonej definicji do ograniczeń prawa uzyskiwania informacji wyznaczonych ramami treści art. 61 ust. 3 Konstytucji.

3. Zakres przedmiotowy informacji niejawnych oznaczanych klauzulami tajności „ściśle tajne”, „tajne”, „poufne” i „zastrzeżone”

Informacjom niejawnym, zgodnie z treścią art. 5 ustawy, nadaje się klauzulę tajności adekwatną do zagrożeń, jakie spowodowałyby jej nieuprawnione ujawnienie. Klauzulę tajności nadaje osoba, która jest uprawniona do podpisania dokumentu lub oznaczenia innego niż dokument materiału.

Ustawodawca wskazał w treści art. 5 ustawy na cztery rodzaje klauzul tajności informacji niejawnych:

- ściśle tajne (ich ujawnienie według ustawy spowoduje wyjątkowo poważną szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej),
- tajne (ujawnienie spowoduje poważną szkodę),
- poufne (ujawnienie spowoduje szkodę) bądź
- zastrzeżone (ujawnienie może mieć szkodliwy wpływ na wykonywanie przez organy władzy publicznej lub inne jednostki organizacyjne wskazanych w ustawie zadań).

Definiując informację niejawną w art. 1 ust. 1 ustawy, użyto trybu przypuszczającego – nieuprawnione ujawnienie **spowodowałyby lub mogłyby** spowodować szkody dla RP. Zastosowanie przez ustawodawcę w art. 5 ustawy, w odniesieniu do informacji ściśle tajnych, tajnych i poufnych, zwrotów – nieuprawnione ujawnienie informacji **spowoduje** wyjątkowo poważną szkodę, poważną szkodę, szkodę – nie jest zgodne z treścią przytoczonej wyżej definicji.

Nadanie klauzuli ściśle tajne, tajne bądź poufne jest możliwe, w kontekście treści art. 5, w przypadku przekonania o pewności skutku w postaci szkody. Tymczasem niejawną jest, według definicji art. 1 ust. 1 ustawy, informacja, której ujawnienie mogłoby spowodować szkody, a więc ocena oparta jest tu na przewidywaniach.

Skutek nieuprawnionego ujawnienia informacji jest spodziewany, ale jego wystąpienie, skala i postać zależą także od tego, jakiemu podmiotowi ujawniono informację, od sposobu wykorzystania ujawnionej bezprawnie informacji oraz od podjętych przez właściwe organy państwa działań ochronnych, ich rodzaju i czasu wdrożenia.

Zatem ujemny rezultat nieuprawnionego ujawnienia informacji może wystąpić, ale jego zaistnienie nie jest pewne. Zdecydowanie właściwym rozwiązaniem byłoby posługiwanie się w treści art. 5 ust. 1–3 zwrotem „nieuprawnione ujawnienie może spowodować szkodę”, skoro definiując informację niejawną w art. 1 ustawy podkreślono, iż już możliwość wystąpienia wspomnianej szkody jest okolicznością wystarczającą do zaklasyfikowania informacji jako niejawniej.

Wobec brzmienia definicji informacji niejawnych, zredagowanej w art. 1 ust. 1 ustawy, należy uznać, że i w obecnym stanie prawnym istnieją podstawy do uznania za niejawne i poddania klasyfikacji informacji, których nieuprawnione ujawnienie mogłoby, w kontekście okoliczności faktycznych, spowodować skutki w postaci wystąpienia szkody dla RP albo byłoby z punktu widzenia jej interesów niekorzystne. Przyjęcie przeciwnego stanowiska oznaczałoby, że informacja odpowiadająca warunkom definicji z art. 1, a więc niejawną, nie mogłaby zostać poddana zabiegowi nadania klauzuli według reguł określonych w art. 5 ustawy, a to z braku pewności co do wystąpienia szkody w razie jej nieuprawnionego ujawnienia, w sytuacji gdy materialne zaistnienie szkody zależy od zespołu okoliczności trudnych do przewidzenia i uprzedniego zweryfikowania.

Przepisy ustawy nie określają wprost zakresu przedmiotowego poszczególnych rodzajów informacji niejawnych. Ustawodawca nakazuje oznaczanie ich odpowiednią klauzulą tajności, jeśli ich nieuprawnione ujawnienie spowoduje wskazane wyżej szkody przez to, że godzić będzie w określone dobra, wymienione w formie zamkniętego katalogu. Chronione w ten sposób wartości wyszczególnione zostały w treści art. 5 ustawy w odniesieniu do poszczególnych rodzajów informacji niejawnych, odrębnie dla ściśle tajnych, tajnych, poufnych i zastrzeżonych.

S. Hoc trafnie zauważa, że w ten sposób klasyfikowanie informacji jako niejawnych ma charakter dwustopniowy. Najpierw następuje zaliczenie informacji do niejawnych, a następnie zaliczanie do odpowiedniego stopnia ochrony, przy uwzględnieniu przesłanek w postaci dóbr wskazanych w poszczególnych przepisach art. 5 ustawy⁷.

⁷ S. Hoc, *Ustawa o ochronie informacji niejawnych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 89.

Prezentacja zakresu przedmiotowej informacji niejawnych, którym przyznaje się określone klauzule tajności zyskuje, w moim przekonaniu, na przejrzystości, jeśli posłużyć się przy jego przedstawieniu kryterium w postaci rodzajów dóbr, których ochronie ma służyć niejawność informacji.

Przesłanki niejawności informacji wskazane w art. 5 ustawy odnoszą się do takich wartości, jak: ochrona bezpieczeństwa państwa, obronność, porządek i bezpieczeństwo publiczne, polityka zagraniczna, gospodarka i finanse państwa, ściganie karne i wymiar sprawiedliwości, skuteczność wykonywania przez uprawnione służby czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz prawa i wolności obywateli.

Jako niejawna może zostać sklasyfikowana informacja, której nieuprawnione ujawnienie:

- a) w sferze ochrony bezpieczeństwa państwa:
 - zagrozi niepodległości, suwerenności lub integralności terytorialnej Rzeczypospolitej Polskiej (ściśle tajne);
 - zagrozi bezpieczeństwu wewnętrznemu lub porządkowi konstytucyjnemu Rzeczypospolitej Polskiej (ściśle tajne);
 - uniemożliwi realizację zadań związanych z ochroną suwerenności lub porządku konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej (tajne);
 - utrudni wykonywanie zadań służbom lub instytucjom odpowiedzialnym za ochronę bezpieczeństwa lub podstawowych interesów Rzeczypospolitej Polskiej (poufne);
- b) w dziedzinie obronności:
 - osłabi gotowość obronną Rzeczypospolitej Polskiej (ściśle tajne);
 - zakłóci przygotowania obronne państwa lub funkcjonowanie Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (tajne);
 - utrudni realizację przedsięwzięć obronnych lub negatywnie wpłynie na zdolność bojową Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (poufne);
 - może mieć szkodliwy wpływ na wykonywanie przez organy władzy publicznej lub inne jednostki organizacyjne zadań w zakresie obrony narodowej (zastrzeżone);
- c) w odniesieniu do bezpieczeństwa i porządku publicznego:
 - zakłóci porządek publiczny lub zagrozi bezpieczeństwu obywateli (poufne);
 - może mieć szkodliwy wpływ na wykonywanie przez organy władzy publicznej lub inne jednostki organizacyjne zadań w zakresie bezpieczeństwa publicznego (zastrzeżone);
- d) w zakresie polityki zagranicznej:
 - zagrozi soюзom lub pozycji międzynarodowej Rzeczypospolitej Polskiej (ściśle tajne);
 - pogorszy stosunki Rzeczypospolitej Polskiej z innymi państwami lub organizacjami międzynarodowymi (tajne);
 - utrudni prowadzenie bieżącej polityki zagranicznej Rzeczypospolitej Polskiej (poufne);

- może mieć szkodliwy wpływ na wykonywanie przez organy władzy publicznej lub inne jednostki organizacyjne zadań w zakresie polityki zagranicznej (zastrzeżone);
- e) w sferze gospodarki i finansów państwa:
 - przyniesie stratę znacznych rozmiarów w interesach ekonomicznych Rzeczypospolitej Polskiej (tajne);
 - zagrozi stabilności systemu finansowego Rzeczypospolitej Polskiej (poufne);
 - wpłynie niekorzystnie na funkcjonowanie gospodarki narodowej (poufne);
 - może mieć szkodliwy wpływ na wykonywanie przez organy władzy publicznej lub inne jednostki organizacyjne zadań w zakresie interesów ekonomicznych Rzeczypospolitej Polskiej (zastrzeżone);
- f) w odniesieniu do ścigania karnego i wymiaru sprawiedliwości:
 - zagrozi lub może zagrozić życiu lub zdrowiu świadków koronnych lub osób dla nich najbliższych albo świadków, o których mowa w art. 184 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego lub osób dla nich najbliższych (ściśle tajne);
 - w istotny sposób zakłóci funkcjonowanie organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości (tajne);
 - utrudni wykonywanie zadań służbom lub instytucjom odpowiedzialnym za ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa obywateli lub ściganie sprawców przestępstw i przestępstw skarbowych oraz organom wymiaru sprawiedliwości (poufne);
 - może mieć szkodliwy wpływ na wykonywanie przez organy władzy publicznej lub inne jednostki organizacyjne zadań w zakresie wymiaru sprawiedliwości (zastrzeżone);
- g) w zakresie wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych:
 - doprowadzi lub może doprowadzić do identyfikacji funkcjonariuszy, żołnierzy lub pracowników służb odpowiedzialnych za realizację zadań wywiadu lub kontrwywiadu, którzy wykonują czynności operacyjno-rozpoznawcze, jeżeli zagrozi to bezpieczeństwu wykonywanych czynności lub może doprowadzić do identyfikacji osób udzielających im pomocy w tym zakresie (ściśle tajne);
 - zagrozi lub może zagrozić życiu lub zdrowiu funkcjonariuszy, żołnierzy lub pracowników, którzy wykonują czynności operacyjno-rozpoznawcze, lub osób udzielających im pomocy w tym zakresie (ściśle tajne);
 - utrudni wykonywanie czynności operacyjno-rozpoznawczych prowadzonych w celu zapewnienia bezpieczeństwa państwa lub ścigania sprawców zbrodni przez służby lub instytucje do tego uprawnione (tajne);
- h) w relacji do praw i wolności obywateli:
 - może mieć szkodliwy wpływ na wykonywanie przez organy władzy publicznej lub inne jednostki organizacyjne zadań w zakresie przestrzegania praw i wolności obywateli (zastrzeżone).

4. Ocena ustawowej regulacji przesłanek nadawania informacjom niejawnym klauzuli tajności

Brak w ustawie bezpośredniego wskazania zakresu przedmiotowego informacji niejawnych, przy jednoczesnym używaniu pojęć nieostrych, nie zapewnia jednolitego stosowania przepisów ustawy, stwarza pole dowolności interpretacyjnej, za którą mogą się kryć znaczące, trudno poddające się korekcie, ograniczenia prawa do informacji publicznej oraz osłabienie ochrony informacji, których ujawnienie godziłoby w chronione konstytucyjnie wartości.

S. Hoc dostrzegając, iż niektóre określenia użyte w art. 5 mogą wywoływać problemy interpretacyjne, podkreśla, iż używanie pojęć niedookreślonych jest w systemie prawa dopuszczalne „nie da się bowiem wszystkich spraw kazuistycznie uregulować”⁸.

Z kolei I. Stankowska zwraca uwagę, że kryteria przyjęte w treści art. 5 ustawy „zawierają sformułowania nieostre, czy wręcz ocenne”, co może „doprowadzić do sytuacji, w której tego samego rodzaju informacje będą oznaczane różnymi klauzulami tajności”⁹. Przyznając rację Autorce, warto zauważyć, że rażąca ogólnikowość języka prawnego może również skutkować traktowaniem podobnych w treści informacji w różnych jednostkach organizacyjnych, jako jawnych bądź niejawnych. Na przykład w kilku przypadkach ustawodawca przyzwala na nadanie klauzuli tajności informacjom, których nieuprawnione ujawnienie **utrudni** różne formy działalności podmiotów publicznych.

Chodzi tu o utrudnienie:

- a) wykonywania zadań służbom lub instytucjom odpowiedzialnym za ochronę bezpieczeństwa lub podstawowych interesów Rzeczypospolitej Polskiej (poufne);
- b) realizacji przedsięwzięć obronnych (poufne);
- c) prowadzenia bieżącej polityki zagranicznej Rzeczypospolitej Polskiej (poufne);
- d) wykonywania zadań służbom lub instytucjom odpowiedzialnym za ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa obywateli lub ściganie sprawców przestępstw i przestępstw skarbowych oraz organom wymiaru sprawiedliwości (poufne);
- e) wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych prowadzonych w celu zapewnienia bezpieczeństwa państwa lub ścigania sprawców zbrodni przez służby lub instytucje do tego uprawnione (tajne).

Poziom ogólnikowości redakcji wymienionych przesłanek osiągnął wartości skrajne. Nie wiadomo, na czym miałyby polegać wspomniane utrudnienia, jakie kryteria stosować, oceniając skutek nieuprawnionego ujawnienia informacji, jako utrudnienie realizacji zadań, wreszcie ustawodawca nie odnosi się do stop-

⁸ S. Hoc, *Ustawa o ochronie informacji niejawnych...*, s. 90.

⁹ I. Stankowska, *Ustawa o ochronie informacji niejawnych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 36.

nia wspomnianych utrudnień, co może sugerować, że już minimalne zakłócenie działania podmiotu publicznego uzasadnia klasyfikowanie informacji jako niejawnej.

Powołując się na wspomniany wyżej mechanizm dwustopniowej oceny niejawności informacji, należy jednak uznać, że utrudnienie realizacji wspomnianych zadań tylko wtedy może być uznane za uzasadniające nadanie informacji stosownej klauzuli tajności, jeżeli nieuprawnione ujawnienie informacji spowoduje – odpowiednio – poważną szkodę (pkt e) bądź szkodę (pkt a–d) dla Rzeczypospolitej. Rzecz jednak w tym, że w ten sposób przystępujemy do interpretacji pojęć nieostrych przez ich wyjaśnianie przy użyciu innych zwrotów niedookreślonych, co nie może prowadzić do zadowalających rezultatów.

Należy również podkreślić, że przepisy wyznaczające zakres przedmiotowy informacji niejawnych powinny podlegać wykładni zawężającej, albowiem stanowią one wyjątki od zasady jawności życia publicznego i każdorazowo ich stosowanie oznacza ograniczenie prawa do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne.

Nadto można odnieść wrażenie, że wiodącym przedmiotem ochrony we wskazanych ostatnio sytuacjach jest komfort służby publicznej, niebędący skądinąd dobrem poddanym dotąd ochronie prawnej.

Warto także zauważyć, że stosowanie zasady jawności życia publicznego nie ułatwia organom władzy publicznej realizacji zadań, może ich wykonywanie czynić bardziej złożonym, ale ma wręcz fundamentalne znaczenie dla uczynienia realnymi mechanizmów kontroli społecznej.

W ramach czynności zmierzających do nadania informacji jednej z klauzul niejawności niezbędna jest również konstatacja, iż negatywny skutek nieuprawnionego ujawnienia informacji dotyczyć będzie, a to ze względu na treść art. 61 ust. 3 Konstytucji, sfery wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych, porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa.

Zatem, dokonując wykładni określonych w art. 5 ustawy, wymienionych wyżej przesłanek klasyfikowania informacji jako niejawnych, oceniając zasadność nadania informacji klauzuli tajności, należy, w moim przekonaniu, współstosować przepis art. 61 ust. 3 Konstytucji albowiem w jego treści wskazano, iż ograniczenie prawa dostępu do informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne może nastąpić wyłącznie ze względu na wskazane w tym przepisie dobra¹⁰.

¹⁰ Na temat współstosowania norm konstytucyjnych wraz z innymi, obowiązującymi normami porządku prawnego zob. m.in.: J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Zakamycze 2005, s. 60–61.

5. Prawny charakter niejawności informacji. Nadawanie informacjom klauzul tajności

W kontekście dostępu do informacji publicznej zasadnicze znaczenie przypisać należy dwóm zagadnieniom z zakresu ochrony informacji niejawnych. Po pierwsze, chodzi tu o materialny bądź formalny charakter niejawności informacji, a po drugie, o ramy czasu jej ochrony. Uznanie formalnego charakteru niejawności informacji oznaczałoby, iż o nadaniu jej tej cechy decyduje uprawniony podmiot. Z kolei przyjęcie materialnego rozumienia informacji niejawnej skutkowałoby uznaniem, iż nabywa ona tę cechę nie w efekcie klasyfikacji, ale ze względu na treść określoną w ustawie.

Z punktu widzenia dostępu do informacji publicznej trzeba zatem:

- ustalić, w wyniku zaistnienia jakich okoliczności informacja nabyła cechę niejawności, a jeśli nastąpiło to w sposób zgodny z ustawą, wtedy nie podlega udostępnieniu;
- rozstrzygnąć, w jakim momencie informacja traci cechę niejawności – przez jaki czas podlega ochronie, gdyż po jego upływie powinna być publicznie dostępna.

Według poglądów wyrażonych w piśmiennictwie, posłużenie się przez ustawodawcę, w art. 1 ustawy, definicją informacji niejawnych daje podstawę do przyjęcia ich prawnomaterialnego rozumienia.

Jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy o ochronie informacji niejawnych T. Szewc wyraził trafny pogląd, iż informacja jest niejawna w rozumieniu materialnym (tzn. ze względu na właściwości), a nie formalnym – (w następstwie klasyfikacji)¹¹. Z kolei W. Wróbel zaznaczał, iż „dla definicji tajemnicy nie ma znaczenia fakt, czy dokumenty lub materiały ją zawierające opatrzone są formalną klauzulą przez osobę do tego uprawnioną i zobowiązaną”¹².

Komentując przepisy nowej ustawy o ochronie informacji niejawnych, I. Stankowska stwierdza, że „informacja jest niejawna ze względu na jej treść”¹³. Podobnie S. Hoc podzielił zapatrywania T. Szewca na temat materialnoprawnego rozumienia informacji niejawnych¹⁴.

Aprobując tezę o materialnoprawnym charakterze informacji niejawnych, trzeba odnieść się do prawnego znaczenia nadawania informacjom niejawnym odpowiednich do treści klauzul tajności¹⁵.

¹¹ T. Szewc, *Ochrona informacji niejawnych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 115–116.

¹² W. Wróbel, *Przestępstwa przeciwko ochronie informacji*, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna, t. II* (red.) A. Zoll, Kraków 2006, s. 1249.

¹³ I. Stankowska, *Ustawa o ochronie informacji niejawnych...*, s. 16.

¹⁴ S. Hoc: *Ustawa o ochronie informacji niejawnych...*, s. 71.

¹⁵ Pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy T. Szewc zwrócił uwagę, że „w pojęciu klasyfikowania nie mieści się podjęcie decyzji o niejawnym charakterze informacji (...) można jedynie stwierdzić istnienie przesłanek jej utajnienia”. Zob. *Ochrona informacji niejawnych...*, s. 116. W innej z prac cytowany Autor stwierdził: „klasyfikowanie (...) pociąga skutki prawne wyłącznie w zakresie odpowiedniego z nią

Jak wynika z art. 1 ust. 1 ustawy, informacje spełniające ustawowe warunki informacji niejawnych podlegają ochronie także w trakcie ich opracowywania, a zatem w praktyce przed nadaniem klauzuli. Klauzulę tajności nadaje osoba, która jest uprawniona do podpisania dokumentu, ale jego opracowanie może przecież stanowić zadanie innej osoby. Skoro informacja podlega ochronie już w trakcie jej opracowywania, to będzie takiej ochronie podlegać także w sytuacji, gdy skutek niedopełnienia obowiązku nie zostanie jej nadana klauzula tajności. Osoba uprawniona do podpisania dokumentu lub oznaczenia innego niż dokument materiału powinna nadać tej informacji odpowiednią klauzulę tajności jak najwcześniej.

Materialnoprawny charakter informacji niejawnej przesądza, iż nadanie jej klauzuli stanowi czynność faktyczną niewywołującą skutków prawnych, stanowiącą komunikat wytwórcy informacji kierowany do jej adresatów, wskazujący na jego stanowisko w kwestii jej przynależność do informacji ściśle tajnych, tajnych, poufnych bądź zastrzeżonych, według potencjału szkodliwości nieuprawnionego ujawnienia, na dzień wytworzenia.

Obowiązek dochowania procedur ochrony informacji nie wynika, w moim przekonaniu, z nadania jej przez wytwórcę określonej klauzuli, ale z mocy ustawy. Dlatego na wytwórcy informacji ciąży obowiązek szczególnej staranności w zakresie doboru właściwej klauzuli niejawności. Błąd w tym zakresie oznaczałby przekroczenie uprawnień bądź niedopełnienie obowiązku.

Ustawodawca nie przewidział instytucji kontroli prawidłowości nadawania klauzuli niejawności. Namiastkę procedury korekcyjnej może stanowić sytuacja, w której odbiorca materiału stwierdza zawyżenie lub zaniżenie takiej klauzuli. Przysługuje mu wówczas prawo zwrócenia się do osoby, która ją nadała, albo do jej przełożonego z wnioskiem o dokonanie stosownej zmiany. Ustawa pozostawia wnioskodawcy wybór adresata, nie obliuguje podwładnego do przedstawienia wniosku przełożonemu.

Przedmiotem wniosku może być wyłącznie zmiana klauzuli. Nie przewidziano natomiast postulowania nadania informacji jednej z klauzul tajności ani też jej zniesienia¹⁶. Zgodnie z treścią art. 9 ustawy, jeżeli adresat odmówi dokonania zmiany klauzuli lub nie udzieli odpowiedzi w ciągu 30 dni od złożenia wniosku, odbiorca materiału może zwrócić się do Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego lub Służby Kontrwywiadu Wojskowego o rozstrzygnięcie sporu, co powinno nastąpić w terminie 30 dni. Jest to termin o charakterze instrukcyjnym. Usta-

(informacją – przyp. R. Sz.) postępowania”; zob.: *Informacje niejawne*, Przegląd Prawa Publicznego, 2007, nr 1-2, s. 40. Z kolei M. Jaškowska traktowała nadawanie klauzuli tajności jako akty administracyjnoprawne, stwarzające sytuacje prawne dla obywateli; zob. *Nadawanie klauzul tajności a kontrola Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Przegląd Sądowy, 2001, nr 10, s. 26.

¹⁶ Jeżeli stroną sporu jest ABW albo SKW wówczas spór rozstrzyga Prezes Rady Ministrów w terminie 30 dni od daty złożenia wniosku o rozstrzygnięcie sporu, przy czym Prezes Rady Ministrów może upoważnić Szefa Kancelarii, sekretarza stanu albo podsekretarza stanu do wykonywania takich czynności.

wodawca nie zajmuje stanowiska w odniesieniu do sytuacji, w której adresat wniosku nie podejmuje tej czynności, mimo upływu powyższego terminu.

Jeżeli adresat nie zwraca się z wnioskiem o zmianę klauzuli, to znaczy, że zgadza się ze stanowiskiem wytwórcy informacji w kwestii stopnia jej tajności. Powinien zatem stosować adekwatne, wynikające z ustawy, reguły jej ochrony. Zaakceptowanie przez wytwórcę krytycznego stanowiska nadawcy oznaczać będzie z kolei zmianę klauzuli i stosowanie zarówno przez wytwórcę, jak i adresata adekwatnych rygorów jej zabezpieczenia.

Jeśli adresat stwierdza, iż informacja przekazana mu bez nadania klauzuli tajności, stanowi w świetle ustawowej definicji informację niejawną, nie przysługuje mu, w świetle przepisów ustawy, prawo zwrócenia się z wnioskiem o nadanie jej klauzuli (co należy uznać za poważny błąd ustawodawcy), ale powinien stosować wobec tej informacji rygory ochrony adekwatne do stopnia potencjalnej szkodliwości jej nieuprawnionego ujawnienia.

Z kolei, jeśli adresat stwierdza, iż przekazana mu informacja nie nosi ustawowych cech niejawności, a błędnie nadano jej klauzulę tajności również nie przysługuje mu prawo zwrócenia się do wytwórcy z postulatem zniesienia wspomnianej klauzuli, jednak w zaistniałej sytuacji, wobec przyjęcia materialnoprawnego charakteru niejawności informacji, nie będzie zobowiązany do jej ochrony. Według treści art. 5 ustawy, klauzulę tajności nadaje się informacjom niejawnym. Zatem *a contrario* informacja tego warunku nie spełniająca nie podlega ochronie, gdyż nie jest informacją niejawną.

Błędny wybór rodzaju klauzuli tajności informacji niejawnej nie ma znaczenia z punktu widzenia dostępu do informacji publicznej, albowiem jeśli informacja spełnia warunki niejawności, to zarówno jako ściśle tajna, tajna, poufna, czy zastrzeżona nie będzie podlegała udostępnieniu.

Jak wynika z treści art. 16 ust. 1 oraz art. 21 i 22 ustawy o dostępie do informacji publicznej, odmowa udostępnienia informacji publicznej przez organ władzy publicznej następuje w drodze decyzji, do których stosuje się przepisy kodeksu postępowania administracyjnego. Podmiotowi, któremu odmówiono prawa dostępu do informacji publicznej ze względu na jej niejawnosć, przysługuje prawo złożenia skargi do sądu administracyjnego¹⁷.

W razie niezasadnego nadania informacji publicznej klauzuli tajności i odmowy, w formie decyzji administracyjnej, jej udostępnienia, wystąpi naruszenie prawa materialnego, które miało wpływ na wynik sprawy. Stanowisko takie

¹⁷ Po wejściu w życie poprzednio obowiązującej ustawy z 1999 r. o ochronie informacji niejawnych, a przed wejściem w życie ustawy o dostępie do informacji publicznej powstał spór dotyczący możliwości poddania sądowej kontroli nadawania klauzul tajności informacjom niejawnym. Zob. na ten temat m.in: S. Hoc, *Ochrona informacji niejawnych i innych tajemnic ustawowo chronionych*, Opole 2006, s. 70–73, M. Jaśkowska, *Nadawanie klauzul tajności...*, s. 21 i n., P. Szkudlarek, *Uwagi o sądowej kontroli nadawania klauzul tajności*, Przegląd Sądowy 2002, nr 6, M. Jabłoński, K. Wygoda, *Dostęp do informacji i jego granice*, Wrocław 2002, s. 191–192.

znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego i sądów administracyjnych.

Jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku w sprawie sygn. K 26/08 – „w zakresie kontroli decyzji odmawiających dostępu do informacji publicznych istnieją normatywne podstawy do objęcia nią także materialnoprawnych podstaw decydujących o przyznaniu klauzuli, co umożliwiłoby kontrolę materialnych przesłanek utajniania informacji”¹⁸.

W sprawie II SA/Wa 2718/11, rozpoznawanej już pod rządami nowej ustawy o ochronie informacji niejawnych, w uzasadnieniu wyroku z dnia 13 marca 2012 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, uznając materialnoprawny charakter informacji niejawnych, stwierdził: „(...) zestawienia ilościowe (...) spraw z zakresu kontroli operacyjnych, które to dane są w posiadaniu Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego – wbrew stanowisku organu – mogą zostać udostępnione, gdyż nie naruszy to konstytucyjnej hierarchii dóbr, bowiem nie spowoduje ujawnienia istoty działań operacyjnych w konkretnych sprawach”¹⁹. W dniu 21 września 2012 r. Naczelny Sąd Administracyjny wyrokiem w sprawie I OSK 1393/12 oddalił skargę kasacyjną Szefa ABW w tej sprawie²⁰.

6. Czas ochrony informacji niejawnych

Předstawiona wyżej teza o faktycznym, a nie prawnym, znaczeniu nadawania informacjom klauzul tajności rzutuje na ocenę czasu ochrony informacji niejawnych.

Zgodnie z przepisem art. 6 ust. 2 ustawy informacje niejawne podlegają ochronie w sposób określony w ustawie do czasu zniesienia lub zmiany klauzuli. Z wykładni językowej tego przepisu mogłaby wynikać dopuszczalność sytuacji, w której informacja utraciła już cechy niejawności, albowiem jej ujawnienie nie spowoduje jakiegokolwiek ze szkód określonych w art. 5 ustawy, ale nadal podlegałaby ochronie ponieważ nie zniesiono dotychczas klauzuli jej tajności. Jednak zastosowanie wykładni systemowej, z jednoczesnym uwzględnieniem materialnego charakteru niejawności informacji, prowadzi do odmiennej konkluzji. Ochronie, w tym zakazowi udostępnienia, podlegają wyłącznie informacje niejawne. Jeśli zatem informacja traci przymiot niejawności, przestaje podlegać ochronie. W moim przekonaniu prawidłowa jest właśnie taka interpretacja.

¹⁸ Dz. U. z 2009 r. Nr 178, poz. 1382 oraz Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy 2009, Seria A, Nr 9, poz. 135, s. 1459.

¹⁹ www.orzeczenia.nsa.gov.pl

²⁰ Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 1 października 2010 r. (sygn. akt I OSK 1149/10 – publ. <http://www.orzeczenia.nsa.gov.pl/>) wyraził pogląd, że „dane statystyczne dotyczące kontroli operacyjnych przeprowadzonych przez Szefa Centralnego Biura Antykorupcyjnego nie stanowią informacji niejawnych i mogą zostać udostępnione, gdyż ich ujawnienie nie może spowodować zagrożenia dla wartości prawnie chronionych”.

Zatem, jeżeli w związku z upływem czasu, a co za tym idzie utratą aktualności, ujawnienie informacji nie wywoła wskazanych w ustawie ujemnych skutków, to informacja taka przestaje być informacją niejawną, a zatem nie podlega ochronie. Już tytuł ustawy „o ochronie informacji niejawnych” zawiera odpowiedź na pytanie, czy podlegają ochronie informacje, które przestały spełniać ustawowe przesłanki niejawności.

W takiej sytuacji, jeśli informacja przestaje odpowiadać treści ustawowych przesłanek niejawności, to należy przyjąć, że zniesienie klauzuli tajności nie jest czynnością wywołującą skutki prawne. Jest czynnością faktyczną o charakterze porządkowym, polegającą na naniesieniu odpowiednich zmian w oznaczeniu dokumentu czy innego materiału.

Przepis art. 6 ust. 2 ustawy stanowiący, iż informacje niejawne podlegają ochronie w sposób określony w ustawie do czasu zniesienia lub zmiany klauzuli należy, w moim przekonaniu, traktować jako dyrektywę niezwłocznego dokonywania takich czynności po zaistnieniu nowych okoliczności wpływających na stopień szkodliwości (zmiana klauzuli) lub świadczących o ustaniu szkodliwości ujawnienia informacji (zniesienie klauzuli).

Ustawodawca nie wskazuje wprost podmiotu upoważnionego do zniesienia lub zmiany klauzuli. Zobowiązuje natomiast kierowników jednostek organizacyjnych do przeprowadzenia nie rzadziej niż raz na 5 lat przeglądu materiałów w celu ustalenia, czy nadal spełniają one ustawowe przesłanki ochrony. Zadanie to będzie realizowane, jak można przypuszczać, przez podwładnych kierownika jednostki. Osoba dokonująca oceny materiałów jest jednocześnie uprawniona do zniesienia lub zmiany klauzuli²¹. Jeżeli dokument oznaczony został klauzulą „ściśle tajne”, dla jej zniesienia jest wymagana zgoda kierownika jednostki organizacyjnej. W przypadkach innych klauzul ich zniesienie ma zostać poprzedzone uzyskaniem zgody osoby uprawnionej do podpisania dokumentu albo jej przełożonego. We wszystkich wskazanych wyżej sytuacjach wyrażenie zgody ma przyjąć formę pisemną.

Jak stanowi przepis art. 6 ust. 3 ustawy, zgoda na zniesienie lub zmianę klauzuli może być wyrażona w przypadku ustania lub zmiany ustawowych przesłanek ochrony. Należy jednak zauważyć, iż czynność nazwana przez ustawodawcę wyrażeniem zgody nie ma takiego charakteru w sensie prawnym. Wyrażający „zgode” w rzeczywistości prezentuje ocenę w przedmiocie ustania lub zmiany ustawowych przesłanek ochrony. Wyrażenie „zgody” jest w tej sytuacji aktem związanym, wolnym od jakiegokolwiek uznania. I. Stankowska podkreśla, że „zgoda jest obli-

²¹ Uprawnienia w zakresie zniesienia lub zmiany klauzuli tajności materiału przechodzą, w przypadku rozwiązania, zniesienia, likwidacji, upadłości obejmującej likwidację majątku upadłego, przekształcenia lub reorganizacji jednostki organizacyjnej, na jej następcę prawnego. W razie braku następcy prawnego uprawnienia w tym zakresie przechodzą na Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego lub Służbę Kontrwywiadu Wojskowego.

gatoryjna”²², co w moim przekonaniu odbiera takiemu zachowaniu charakter aktu woli.

Wydaje się, że ze względu na zapewnienie sprawności dostępu do informacji publicznej, weryfikacje informacji uznawanych dotychczas za niejawne powinny następować w praktyce znacznie częściej, czemu zresztą przepisy ustawy nie stoją na przeszkodzie. Znoszenie klauzul tajności, jako porządkowanie oznaczeń na materiałach, powinno następować możliwie szybko po ustaniu ustawowych przesłanek ochrony. W przeciwnym razie powstanie sytuacja, w której materiały nie zawierające informacji niejawnych będą nadal oznaczone jako zastrzeżone, poufne, tajne, czy ściśle tajne, co może w istotnym stopniu komplikować procedurę udostępniania informacji publicznej.

W art. 7 ustawy wskazano na rodzaje informacji niejawnych, które mają być chronione bez względu na upływ czasu. Z przyjętego założenia wynika, iż informacje takie zawsze podlegać będą ochronie. Norma ta obarczona jest błędem logicznym, albowiem czas ochrony takich informacji będzie uzależniony od stopnia trwałości przypisanej im materialnej cechy niejawności. Informacje takie będą zatem, tak jak wszystkie pozostałe informacje niejawne, podlegać ochronie bez względu na upływ czasu, jednakże pod warunkiem, że w wymiarze ponadczasowym zachowają ustawowe przymioty niejawności ze względu na adekwatny poziom potencjalnej szkodliwości ich nieuprawnionego ujawnienia. Zatem, jeżeli ich ujawnienie nie spowoduje w przyszłości ujemnych skutków wskazanych w art. 1 ust. 1 ustawy, utracą ustawowe cech niejawności, a zatem nie będą podlegać ochronie.

7. Wnioski

Przeprowadzone rozważania pozwalają, w moim przekonaniu, na wyciągnięcie następujących wniosków:

- ustawodawca zwykły, ograniczając dostęp do informacji publicznej przez posługiwanie się instytucją informacji niejawnych, w istotnej mierze nie respektował ograniczeń wynikających z treści przepisu art. 61 ust. 3 ustawy zasadniczej;
- przesłanki uznania informacji za niejawną zostały zredagowane ogólnikowo przy wykorzystaniu pojęć w przeważającym stopniu nieostrych, co nie gwarantuje jednolitej praktyki ich stosowania i może wywołać niekorzystne skutki, tak w zakresie ochrony informacji niejawnych, jak i nieuprawnionego ograniczania dostępu do informacji publicznej;
- materialnoprawny charakter pojęcia informacji niejawnej sprawia, że nadawanie jej klauzuli tajności jest czynnością faktyczną niewywołującą skutków

²² I. Stankowska, *Ustawa o ochronie informacji niejawnych...*, s. 39.

prawnych, zatem, informacja spełniająca ustawowe przesłanki niejawności podlega ochronie, niezależnie od tego czy zostanie jej nadana stosowna klauzula, a informacja błędnie opatrzona klauzulą tajności może podlegać udostępnieniu, jeśli stanowi informację publiczną;

- w opisanej sytuacji szczególnego znaczenia nabierze orzecznictwo sądów administracyjnych, w sprawach skarg na decyzje administracyjne odmawiające dostępu do informacji publicznej, ze względu na nadanie jej klauzuli tajności, gdy wnioskodawca nie podziela stanowiska wytwórcy informacji co do jej niejawnego charakteru.

STRESZCZENIE

Przedmiotem rozważań są konsekwencje nowej regulacji ochrony informacji niejawnych w ustawie z 2010 r. dla dostępu do informacji publicznej. W ustawowej definicji informacji niejawnych nie uwzględniono ograniczeń wynikających z treści art. 61 ust. 3 Konstytucji. Ustawowe przesłanki uznania informacji za niejawną zostały zredagowane w sposób ogólnikowy, głównie przy wykorzystaniu pojęć nieostrych, co może wywoływać niekorzystne skutki zarówno w zakresie ochrony informacji niejawnych, jak i nieuprawnionego ograniczania dostępu do informacji publicznej. Materialnoprawny charakter pojęcia informacji niejawnej sprawia, że nadawanie jej klauzuli tajności jest czynnością faktyczną niewywołującą skutków prawnych. A zatem informacja spełniająca ustawowe przesłanki niejawności podlega ochronie, niezależnie od tego czy zostanie jej nadana stosowna klauzula, a informacja błędnie opatrzona klauzulą tajności może podlegać udostępnieniu, jeśli stanowi informację publiczną. W opisanej sytuacji szczególnego znaczenia nabierze orzecznictwo sądów administracyjnych w sprawach skarg na decyzje administracyjne odmawiające dostępu do informacji publicznej, ze względu na nadanie jej klauzuli tajności, gdy wnioskodawca nie podziela stanowiska wytwórcy informacji co do jej niejawnego charakteru.

SUMMARY

The article discusses the consequences of the new regulation of the protection of classified information in the Act on Freedom of Information of 2010. The statutory definition of classified information does not take into account the limitations resulting from Article 61 section 3 of the Constitution. The statutory conditions for information to be treated as classified are specified in very general terms, with the use of vague expressions, which can have an adverse impact on both the protection of classified information and the unjustified limitation of the freedom of information. The substantial and legal character of the concept of classified information makes

affixing a sensitivity level to a document a physical activity that does not have any legal consequences. Therefore, information that meets the statutory requirements to be classified is protected regardless of the affixed level of sensitivity, and information that was affixed a level of sensitivity by mistake but is not classified can be released to the public. In the described circumstances the decisions made by administrative courts will be especially important in all cases dealing with the complaints about administrative decisions depriving people of access to information based on the affixed level of sensitivity if they do not agree with the party in possession of the information that it is of the classified type.

RÉSUMÉ

L'article parle des conséquences de la nouvelle régularisation de la protection de l'information secrète d'après la loi de 2010 relative à l'accès à l'information publique. Dans la définition de l'information secrète proposée par la loi il manque des éléments de l'art.61 de la loi 3 de notre Constitution. Cette loi montre que la rédaction de la définition de l'information secrète est trop large, trop générale, principalement par les notions peu claires ce qui peut donner des résultats peu avantageux dans le cadre de la protection de l'information secrète et limiter informellement l'accès à l'information publique. Le caractère matériel et juridique de la notion de l'information secrète permet de lui donner les clauses de secret sans produire des effets juridiques. De cette manière, l'information qui possède des éléments cachés est protégés d'après la loi, même si elle n'a pas de clauses demandées; et l'information qui a cette clause de secret fautivement accordée peut être accesible si elle est traitée comme l'information publique. Dans la situation décrite il est vraiment significatif la jurisprudence des tribunaux administratifs relative aux plaintes des décisions administratives qui ne permettent pas d'accéder à l'information publique à cause de clause de secret lorsque le proposant ne partage pas l'opinion du créateur de l'information surtout en ce qui concerne son caractère secret.

РЕЗЮМЕ

Предметом исследований служат последствия новых норм защиты секретной информации в законе от 2010 года для доступа к публичной информации. Законодательное определение секретной информации не принимает во внимание ограничения, вытекающие из статьи 61 пункт 61. 3 Конституции. Законодательные предосылки для признания секретности информации имеют слишком обобщённую форму, в основном с использованием неточных определений, что может привести к нежелательным последствиям как для защиты секретных информации, так и несанкционированного ограничения публичной информации. Основной характер

концепции секретной информации приводит к тому, что признание ей клаузулы секретности является фактическим действием, не вызывающим правовых последствий. Таким образом, информация, отвечающая всем требованиям секретности, подлежит защите, независимо от того, будет ли ей признана соответствующая клаузула, а информация, ошибочно классифицируемая как секретная, может быть доступной, если является публичной информацией. В описанной ситуации особенное значение будет иметь юрисдикция административных судов по вопросам жалоб на административные решения, отказывающие в доступе к публичной информации, исходя из классифицирования её как секретной, если заявитель не разделяет позиции автора информации по вопросу о её секретном характере.