

dr Tomasz Szewc
Politechnika Śląska

Opinia prawna

w sprawie udostępnienia informacji publicznej przez Prezydenta Miasta Krakowa
Ireneuszowi Kowalkowskiemu

Przedmiotem opinii jest następujący stan faktyczny: 10 października 2011 r. Ireneusz Kowalkowski zwrócił się do Prezydenta Miasta Krakowa z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej obejmującej m. in. dokumenty związane z działalnością Zespołu Zadaniowego ds. inwentaryzacji wierzytelności i zobowiązań finansowych Gminy Miejskiej Kraków (zwanego dalej Zespołem). Prezydent odmówił, powołując się na poufny charakter tych dokumentów (wynikający z zarządzenia w sprawie utworzenia Zespołu) i art. 187 ust. 1 z dnia 5 sierpnia 2010 r. ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. Nr 182, poz. 1228), zgodnie z którym dysponenti dokumentów muszą w ciągu 36 miesięcy od dnia wejście w życie ustawy dokonać przeglądu posiadanych materiałów celem weryfikacji nadanych im klauzul tajności, który to termin jeszcze nie upłynął, zatem do momentu dokonania przeglądu materiały nie mogą być udostępnione (przeгляд planowany jest w 2013 r.), a wcześniejsza zmiana klauzuli nie jest możliwa, ponieważ wymaga to podjęcia jednolitych działań wobec wszelkich dokumentów znajdujących się w zasobie Urzędu Miasta. Stanowisko Prezydenta podtrzymało SKO w Krakowie.

Tak opisany stan faktyczny można ocenić następująco. W postępowaniu o udostępnienie informacji publicznej przywołane organy bezzasadnie odmówiły udostępniania dokumentów wytworzonych przez Zespół, co wynika z błędów w interpretacji przepisów dotyczących informacji niejawnych omówionych poniżej.

1. Dokument utworzony pod rządami poprzedniej ustawy o ochronie informacji niejawnych (z dnia 22 stycznia 1999 r., Dz. U. Nr 196, poz. 1631 ze zm.) może być uznany za niejawny tylko wtedy, gdy jest sklasyfikowany, tzn. gdy zostaje w odpowiedni sposób oznaczony (art. 19 ust. 1 i 2). Szczegółowe wytyczne co do sposobu naniesienia klauzuli zawiera rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 25 października 2005 r. w sprawie sposobu oznaczania materiałów, umieszczania na nich klauzul tajności, a także zmiany nadanej klauzuli tajności, Dz. U. Nr 205, poz. 1696. W niniejszej sprawie jedyną podstawą

twierdzeń o niejawności dokumentów jest §6 zarządzenia Prezydenta w sprawie utworzenia Zespołu. Nie jest więc pewne, czy dokument został w ogóle sklasyfikowany. Wymagałoby to przeprowadzenia w postępowaniu sądowym dowodu z tego dokumentu celem stwierdzenia jego cech zewnętrznych w postaci odpowiednich oznaczeń (wyrok NSA z dnia 14 września 2010 r. - I OSK 1047/10).

2. Nawet jeżeli dokumenty są sklasyfikowane, to przewidziana w zarządzeniach Prezydenta Miasta Krakowa ich poufność (którą należy zapewne rozumieć jako klauzulę „poufne”) jest niezgodna z poprzednią ustawą o ochronie informacji niejawnych z dwóch powodów. Po pierwsze, z jej art. 21 ust 1 wynika, że klauzulę tajności przyznaje osoba, która jest upoważniona do podpisania dokumentu. Nie można jej zatem apriorycznie zadekretować, lecz trzeba się kierować przesłankami nadania poszczególnych klauzul, zamieszczonymi w art. 23 ust. 1 i 2 tej ustawy. Po drugie, oznaczenie tych dokumentów jako poufnych narusza wspomniane wcześniej definicje klauzul tajności. Klauzulą „poufne” może otrzymać tylko taki dokument, którego *nieuprawnione ujawnienie powodowałoby szkodę dla interesów państwa, interesu publicznego lub prawnie chronionego interesu obywateli*. Przedmiot działalności Zespołu nie chroni żadnego z tych interesów, wręcz przeciwnie chroni on tylko interes organów Krakowa. A zatem dokumenty te mogłyby być sklasyfikowane co najwyżej jako „zastrzeżone” (co ustawa dopuszcza, w przypadku gdy ich nieuprawnione *ujawnienie mogłoby spowodować szkodę dla prawnie chronionych interesów obywateli albo jednostki organizacyjnej*). Trzeba zaznaczyć, że rozumienie jednostki organizacyjnej jest specyficzne na gruncie ustawy o ochronie informacji niejawnych z 1999 roku (art. 2 pkt 7) i obejmuje wszystkie podmioty zobowiązane do jej przestrzegania, w tym także organy jednostek samorządu terytorialnego (art. 1 ust. 2, pkt 1, lit. d).

3. Z argumentacji przytoczonej w poprzednim punkcie wynika zatem krótszy okres ochrony wytworzonych dokumentów, jako zastrzeżonych – 2 lata (art. 25 ust. 3, pkt 2 ustawy). Ochrona ostatniego dokumentu wytworzonego przez zespół ustanie 2 stycznia 2013 r., odmowa natomiast udostępnienia dokumentów powstałych przed 10 października 2010 r. (tj. więcej niż dwa lata przed dniem rozprawy) jest niezgodna z prawem.

4. Powoływanie się na art. 181 ust. 1 nowej ustawy o ochronie informacji niejawnych (z 2010 r.) jest bezzasadne. Wynika to z prostego faktu, że definicja informacji niejawnej ma charakter materialny, a nie formalny, tzn. informacja jest niejawna ze względu na treść, jaką przenosi, a nie ze względu na to jak jest oznaczona (tak też S. Hoc, Ustawa o ochronie informacji niejawnych. Komentarz, Wyd. LexisNexis, Warszawa 2010, s. 71). Jednocześnie nowa ustawa nie pozwala chronić informacji, które wcześniej uznawano za tajne (na skutek

istotnej zmiany definicji poszczególnych klauzul w art. 5). Jak widać, nie ma wśród przesłanek utajnienia informacji wcześniej istniejącego prawnie chronionego interesu jednostki organizacyjnej. Co więcej, nowa ustawa nie zawiera przepisów intertemporalnych przedłużających ochronę informacji uznanych za niejawne na podstawie poprzedniej ustawy. Za przepis taki nie może być uznany art. 181, z powodów, o których będzie za chwilę mowa. Ich brak przesądza o przejęciu „w locie” informacji sklasyfikowanych pod rządami poprzedniej ustawy, a brak możliwości utajnienia tych informacji powoduje, że stały się one w dniu wejścia nowej ustawy w życie – jawne.

Wyjaśniając natomiast funkcję art. 181 trzeba zauważyć, że nie przedłuża on ochrony dokumentów, lecz nakazuje „hurtowo” w rozsądnym terminie usunąć zbędne klauzule tajności z posiadanych dokumentów (w wyniku przeglądu materiałów). Przyjęcie interpretacji proponowanej przez Prezydenta Miasta Krakowa i SKO w Krakowie (tj. utajnienie dokumentów aż do chwili dokonania przeglądu) pociąga za sobą dłuższy okres ochrony informacji, zwłaszcza „zastrzeżonych”, niż przewidywała to poprzednia ustawa o ochronie informacji niejawnych. Teoretycznie rzecz biorąc nawet do pięciu lat (dwa lata wynikające z poprzedniej ustawy i trzy lata na dokonanie przeglądu materiałów). Z pewnością takiej woli racjonalnemu prawodawcy nie można przypisać.

5. Nie jest przekonująca teza Prezydenta Miasta Krakowa i SKO w Krakowie o konieczności podjęcia „kompleksowych” działań wobec dokumentów sklasyfikowanych na podstawie poprzedniej ustawy o ochronie informacji niejawnych, a tym samym niemożności zmiany ich klasyfikacji w trakcie postępowania o udostępnienie informacji publicznej na podstawie indywidualnego wniosku. Wynika to z faktu, że i tak każdy dokument wymaga indywidualnej oceny, brak zatem przeszkód aby oceny tej dokonać wcześniej. Ponadto podanie odległego terminu przeglądu dokumentów, jaki planuje wykonać Prezydent Miasta Krakowa nie jest niczym uzasadnione, tym bardziej że sam przegląd nie może trwać długo (nie więcej niż jeden kwartał, bo tyle pozostało do końca okresu wyznaczonego na ten przegląd). Nie są też wskazane przyczyny tak późnego rozpoczęcia przeglądu. Z całą pewnością takie zachowanie można uznać za naruszenie zasady zaufania obywateli do organów państwa jako elementu zasady praworządności.

6. Złożenie wniosku o udostępnienie informacji niejawnej powoduje wszczęcie postępowania w sprawie udostępnienia informacji, które – jeżeli kończy się odmową – toczy się wg przepisów k.p.a. Wobec tego podmiot prowadzący postępowanie jest zobowiązany należycie zebrać i rozpatrzyć cały materiał dowodowy zgodnie z zasadą prawdy obiektywnej (art. 7 k.p.a.). W tym momencie (skoro informacje zawarte w dokumencie sklasyfikowanym

pod rządami poprzedniej ustawy nie są już chronione) częścią stanu faktycznego sprawy będzie nie to, jak dokument, o którego udostępnienie wnioskowano, jest oznaczony (sklasyfikowany), lecz to, jaka jest rzeczywista jego treść i czy odpowiada ona przesłankom utajnienia informacji przewidzianym w nowej ustawie o ochronie informacji niejawnych. Odmienna wykładnia narusza art. 61 ust. 3 Konstytucji, zgodnie z którym odmowa dostępu do informacji publicznej jest możliwa tylko na podstawie ustaw i musi mieć na względzie treść informacji (a właściwie zagrożenie, jakie za sobą ta treść niesie). Stanowisko prezentowane w niniejszej sprawie przez PM Krakowa i SKO w Krakowie odstępuje od zasady wyrażonej w art. 61 ust. 3 Konstytucji i prowadzi do utajnienia informacji w oparciu o czas, jaki jeszcze nie upłynął od wytworzenia dokumentu. Co więcej, jak wspomniano w punkcie poprzednim, wydłuża ten czas ponad określony przez ustawodawcę w poprzedniej ustawie o ochronie informacji niejawnych okres ochrony informacji poufnych i – zwłaszcza – zastrzeżonych.

Jednocześnie, co zaznaczę raz jeszcze, odmowa dostępu do informacji sklasyfikowanych na podstawie poprzedniej ustawy o ochronie informacji niejawnych byłaby możliwa tylko wtedy, gdyby nowa ustawa zawierała przepisy intertemporalne przedłużające nadane klauzule tajności. Brak takich postanowień zmusza do analizy tej informacji w świetle nowej ustawy o ochronie informacji niejawnych. Z tego powodu charakter tych informacji staje się elementem stanu faktycznego sprawy i wymaga wyjaśnienia zgodnie z art. 7 kpa.

Na koniec wywodów tego punktu warto zauważyć, że konieczność każdorazowej oceny treści dokumentu w oderwaniu od nadanej mu klauzuli w postępowaniu o udostępnienie informacji publicznej podkreśla się w orzecznictwie sądowym – zob. np. wyroki WSA w Warszawie z dnia 9 stycznia 2012 r. – V SA/Wa 1692/11 i z dnia 23 lutego 2012 r. – V SA/Wa 2138/11.

8. W niniejszej sprawie można też dopatrzeć się naruszenia art. 9 nowej ustawy o ochronie informacji niejawnych, zgodnie z którym odbiorca materiału, w przypadku stwierdzenia zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności, może zwrócić się do osoby, która ją nadała, albo przełożonego tej osoby z wnioskiem o dokonanie stosownej zmiany. W toku postępowania o udostępnienie informacji publicznej należało bowiem stwierdzić nieadekwatność klauzuli i zwrócić się do odpowiedniej osoby o jej zniesienie.