

Marsaxlokk, 30.10.2017 r.

Fundacja JAWNOSC.PL składa swoją opinię na temat projektu ustawy o jawności życia publicznego, jaka ukazała się na stronie Rządowego Centrum Legislacji, wyłącznie w zakresie w jakim projektowana regulacja odnosi się do zasad dostępu do informacji publicznej.

Opinia odnosić się będzie do konkretnych projektowanych przepisów.

1. Art. 2 ust. 1 pkt. 9 – definicja osoby pełniącej funkcję publiczną.

Sam fakt uregulowania należy ocenić pozytywnie. Dotychczasowy stan prawny w tym zakresie daleki był od ideału, i w znaczącym stopniu pojęcie to było zdefiniowane w orzeczeniu TK o sygn. K 17/05, który jest powszechnie powoływany w uzasadnieniach wyroków sądów administracyjnych, w których sądy rozpatrują kwestie granic prawa do informacji w obszarze informacji objętych prawem do prywatności¹. Można zatem stwierdzić, że **wskazane przez TK zasady interpretacyjne odnośnie pełnienia funkcji publicznej, dla potrzeb prawa do informacji, są swoistym wzorcem postępowania**. Wobec ciągłego braku legalnej definicji osoby pełniącej funkcję publiczną dla potrzeb prawa do informacji, należy przyjąć, że w wyroku TK K 17/05 znajduje się najbardziej realny i faktycznie osiągalny model poszukiwania odpowiedzi na pytanie, kto w konkretnej instytucji jest osobą pełniącą funkcje publiczne z punktu widzenia prawa do informacji.

Wydaje się, że odwołanie do regulacji prawa karnego ma dwa następujące skutki:

- a) Zdefiniowanie osoby pełniącej funkcje publiczną następuje przy zastosowaniu definicji instytucjonalnej, z odrzuceniem grupy osób zdefiniowanych funkcjonalnie. Taka metoda wprowadza zamieszanie.
- b) W praktyce nadal sądy administracyjne będą definiować dwa pojęcia:
 - „Jednostka organizacyjna dysponująca środkami publicznymi” – art. 115 § 19 k.k.
 - „Czynności wyłącznie usługowe” - art. 115 § 19 k.k.

Takie projektowane zdefiniowanie pojęcia osoba pełniąca funkcje publiczną spowoduje prawdopodobnie znaczące rozszerzenie podmiotowe pojęcia, i w klasycznym urzędzie administracji pojęcie to będzie odnosić się do ok. 98 % zatrudnionych w nim osób.

Generalnie jednak **fakt zdefiniowania pojęcia osoba pełniąca funkcję publiczną oceniam pozytywnie, gdyż pozwoli na bardziej konkretne i szczegółowe odnoszenie się orzecznictwa sądowego do samego pojęcia**, co wobec braku jakiegokolwiek definicji było wiele trudniejsze.

¹ Fraza „K 17/05” pojawiła się w okresie od dnia wejścia w życie u.d.i.p. czyli 1.01.2002 r., do dnia 29 października 2017 r., w kategorii „Dostęp do informacji publicznej” - w 66 wyrokach NSA, oraz 301 wyrokach WSA. Informacja ze strony CBOSA z dnia 29 października 2017 r.

2. Art. 5 ust. 1 pkt 1): Prawo dostępu do informacji publicznej obejmuje uprawnienia do: uzyskania informacji publicznej, w tym uzyskania informacji przetworzonej;

- a) W treści ustawy powinno się zdefiniować pojęcie przetworzenia informacji publicznej. W jakimś stopniu ułatwi to proces decydowania o tym czy mamy do czynienia w danej sytuacji z przetworzeniem. W moim przekonaniu informacja publiczna przetworzona to informacja publiczna, której podmiot zobowiązany nie posiada na moment wpłynięcia wniosku, ale jest w stanie ją wytworzyć specjalnie dla wnioskodawcy w oparciu o posiadane zasoby informacyjne, stosownie do szczegółowych kryteriów wynikających z treści złożonego wniosku. Informacja publiczna przetworzona jest przygotowywana specjalnie na życzenie wnioskodawcy, przy zastosowaniu szczegółowych kryteriów obejmujących zakres tematyczny, obszar czasowy, i inne kryteria szczególne wskazane we wniosku. Brak jakichkolwiek elementów definicyjnych nie ułatwia właściwej oceny stanów faktycznych.
- b) **Zmiana jaką zaproponowano w projekcie ustawy o jawności życia publicznego nie dość, że niczego nie zmienia, to dodatkowo wprowadza ogromne zamieszanie**, które wynika z faktu, że zrezygnowano z przesłanki definiującej przetworzenie jakim jest w dotychczasowej u.d.i.p. „szczególna istotność dla interesu publicznego”. Wydaje się, że jest to błąd redakcyjny, bo trudno wyobrazić sobie, by ustawodawca popełnił tak znaczący błąd celowo. Albo definiujemy czym jest przetworzenie, albo też pozostawiamy regulację w stanie niezmiennym jaki jest obecnie w art. 3 ust. 1 pkt 1 u.d.i.p. W treści art. 3 ust. 1 pkt 1 u.d.i.p. został zawarty swoisty „zawór bezpieczeństwa”, której przygotowanie przekracza normalny tryb załatwienia wniosku, czy wręcz w skrajnych przypadkach prowadzi do paraliżu instytucji. Z przepisu art. 3 ust. 1 pkt 1 u.d.i.p. wynika, iż informację przetworzoną można uzyskać tylko w takim zakresie, w jakim jest to szczególnie istotne dla interesu publicznego. Z nowa definicja kompletnie z tego rezygnuje.
- c) W obecnym stanie prawnym brak jest jakichkolwiek regulacji określających jak powinno się prowadzić postępowanie w przypadku gdy zdaniem podmiotu zobowiązanego mamy do czynienia z potrzebą przetworzenia informacji publicznej będącej przedmiotem żądania. Swoistą lukę wypełniły liczne orzeczenia sądów administracyjnych w tym zakresie.

W tym miejscu warto odnieść się kwestii sposobu zachowania podmiotu zobowiązanego w sytuacji gdy uznaje, że zachodzi potrzeba dokonania przetworzenia. Z analizy orzeczeń sądów administracyjnych wynika, że podmiot zobowiązany ma obowiązek wezwać wnioskującego do wykazania, gdzie widzi on szczególnie istotny interes publiczny dla dokonania przetworzenia żądanej informacji. W wyroku NSA z dnia 21 listopada 2013 r. czytamy: *„Gdyby zatem organ uznał, że żądana przez skarżącego informacja ma charakter informacji publicznej przetworzonej, w takiej sytuacji powinien wezwać wnioskodawcę, by wskazał powody, dla których spełnienie jego żądania jest szczególnie istotne dla interesu publicznego. Jednak w tym przypadku konieczne jest wyjaśnienie zainteresowanemu w wezwaniu, że wniosek dotyczy informacji publicznej przetworzonej i wskazanie, na czym w rzeczy samej polega proces jej przetworzenia”*². Zwracam uwagę, że **NSA konstruuje w swym wyroku obowiązek, który w żaden**

² Wyrok NSA z dnia 21 listopada 2013 r., sygn. I OSK 1247/13.

**OPINIA fundacji JAWNOSC.PL na temat projektu ustawy o jawności życia publicznego,
w zakresie regulacji zasad dostępu do informacji publicznych.**

sposób nie wynika wprost z treści u.d.i.p. Z wielu powodów w pełni się zgadzam z istnieniem takiego obowiązku po stronie podmiotu zobowiązanego, gdyż w praktyce dość rzadko podmiot wnioskujący posiada należytą wiedzę na temat faktu samego istnienia takiego zjawiska jak przetworzenie informacji publicznej. W sytuacji, gdy zachodzi potrzeba dokonania przetworzenia informacji publicznej, podmiot zobowiązany powinien zatem umożliwić wnioskodawcy wypowiedzenie się co do okoliczności mogących mieć wpływ na uznanie zaistnienia przesłanki z art. 3 ust. 1 pkt 1 u.d.i.p. *„Jeżeli organ uważa, że skarżący żąda informacji przetworzonej, to winien go wezwać do wykazania w stosownym terminie, że udostępnienie informacji publicznej jest szczególnie istotne dla interesu publicznego, a po ewentualnym bezskutecznym upływie terminu – wydać decyzję o odmowie udostępnienia informacji publicznej na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy”*³. Jednocześnie zwrócić należy uwagę na fakt, że zdaniem NSA *„Nawet w wypadku gdy wnioskodawca nie odpowie na wezwanie do wykazania szczególnie istotnego interesu publicznego przemawiającego za udostępnieniem informacji publicznej przetworzonej, podmiot zobowiązany do jej udzielenia musi zawsze w uzasadnieniu decyzji o odmowie odnieść się do kwestii, czy przesłanka, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 u.d.i.p. istnieje czy też nie”*⁴. W obowiązującym stanie prawnym brakuje zatem wyraźnego określenia procedury postępowania z wnioskiem, który zdaniem podmiotu zobowiązanego obejmuje potrzebę dokonania przetworzenia o jakim mowa jest w art. 3 ust. 1 pkt 1 u.d.i.p.

W projekcie ustawy o jawności życia publicznego:

- **powinna być określona procedura postępowania z wnioskiem wymagającym przetworzenia, oparta na instytucji wezwania wnioskodawcy do wykazania szczególnej istotności przetworzenia dla interesu publicznego.**
- **Wezwanie powinno być wysyłane w ten sam sposób w jaki skontaktował się z podmiotem zobowiązanym wnioskodawca.**
- **Wezwanie powinno określać krótki termin** (sugestia 7 dni) **wynikający z cechy szybkości postępowania regulowanego przepisami u.d.i.p.** Byłby to termin dla wnioskodawcy na wykazanie w jakim zakresie widzi szczególną istotność dla interesu publicznego by dokonywać dla niego przetworzenia.
- W wezwaniu powinno się zawrzeć informację, że jeżeli wnioskujący w ciągu 7 dni nie odpowie w ogóle na wezwanie, sprawa w tym zakresie powinna zostać pozostawiona bez rozpoznania, gdyż wobec braku reakcji strony wnioskującej, ratio legis nie zawiera potrzeby wydawania decyzji o odmowie.

³ Wyrok WSA w Szczecinie z dnia 10 stycznia 2013 r., sygn. II SAB/Sz 51/12, CBOSA.

⁴ Wyrok NSA z dnia 8 czerwca 2011 r., sygn. I OSK 402/11, CBOSA.

3. Art. 6 ust. 1 projektu ustawy. „Informacja publiczna podlega udostępnieniu na zasadach i w trybie określonych w niniejszej ustawie”.

Jaki jest cel i sens tej regulacji? Regulacja tego typu systemowo nic nie wnosi.

U.d.i.p. ani też projektowana ustawa o jawności życia publicznego nie są ustawami „matkami”. Mimo, że takie założenie przyświecało twórcom u.d.i.p. W takiej sytuacji stosunek ustawy o jawności życia publicznego wobec innych ustaw regulujących odmiennie zasady i tryb dostępu do informacji będących informacjami publicznymi reguluje art. 1 ust. 1 u.d.i.p. oraz identyczny w swojej treści art. 3 ust. 1 projektowanej ustawy: „Przepisy ustawy nie naruszają przepisów innych ustaw określających odmiennie zasady i tryb dostępu do informacji publicznych (..)”. **Sposób rozumienia owych zależności wyraźnie i bardzo precyzyjnie określił NSA w uchwale 7 sędziów NSA z dnia 9.12.2013 r. (I OPS 8/13), w której czytamy:** *„Istnienie innych zasad czy trybu udostępniania informacji publicznych wyłącza stosowanie udip, jednakże tylko w zakresie regulowanym wyraźnie tymi szczególnymi ustawami. NSA podkreślił w uchwale za doktryną, że przepis art. 1 ust. 2 udip oznacza, że wszędzie tam, gdzie konkretne sprawy dotyczące zasad i trybu dostępu do informacji będącej informacją publiczną uregulowane są inaczej w udip, a inaczej w ustawie szczególnej dotyczącej udostępnienia informacji i stosowania obu tych ustaw nie da się pogodzić, pierwszeństwo mają przepisy ustawy szczególnej. Tam gdzie jednak dana sprawa uregulowana jest tylko częściowo, lub w ogóle nie jest uregulowana w ustawie szczególnej, zastosowanie mają odpowiednie przepisy udip, przy czym w pierwszym przypadku stosowane są uzupełniająco, w drugim zaś stanowią wyłączną regulację prawną w danym zakresie”*. Sprowadza się do dość czytelnych kryteriów stosowania przepisów szczególnych:

- tam, gdzie konkretne sprawy uregulowane są inaczej w udip, a inaczej w ustawie szczególnej, a obu tych ustaw nie da się pogodzić, pierwszeństwo mają przepisy ustawy szczególne
- Tam gdzie dana sprawa uregulowana jest tylko częściowo w ustawie szczególnej, zastosowanie mają uzupełniająco stosowane są przepisy udip ,
- Tam gdzie dana sprawa nie jest uregulowana w ogóle, odpowiednie przepisy udip stanowią wyłączną regulację prawną w danym zakresie.

W projekcie ustawy o jawności życia publicznego powyższa kwestia powinna być uregulowana, nie ma zaś żadnego sensu wprowadzanie przepisu art. 6 ust. 1, który nie wiadomo w jakim celu został wprowadzony, przy zachowaniu jednocześnie identycznej regulacji jak w art. 1 ust. 2 u.d.i.p. w treści projektowanej ustawy w art. 3 ust. 1.

4. Art. 7 ust. 1 pkt. 3 lit. h): „Udostępnieniu w Biuletynie Informacji Publicznej, o którym mowa w art. 11, podlega informacja publiczna, w szczególności o: liczbie osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę”.

Jakie jest założenie i cel owej regulacji?

Przecież dzisiaj w ramach obowiązującego prawa każdy może się dowiedzieć o liczbie osób zatrudnionych w urzędzie, czy szerzej mówiąc w podmiocie zobowiązanym. Jeżeli zatem regulacja ta ma ograniczyć zakres prawa do informacji o osobach zatrudnionych poprzez ograniczenie tylko do liczby, oraz tylko do osób zatrudnionych na umowę o pracę, to wypada stwierdzić, że **regulacja tego typu jest niekonstytucyjna, jeżeli by jej interpretacja oznaczać miała, że każdy ma prawo wyłącznie do informacji osobach zatrudnionych na podstawie umowę o pracę, a informacja jawna sprowadza się wyłącznie do liczby zatrudnionych.** Przypomnieć należy, że Konstytucja w art. 61 stanowi : „Obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne”. I już tego tylko powodu nowy przepis nie broni się w żaden sposób.

Spraw oczywistych nie trzeba regulować, jak mawia stare łacińskie przysłowie: *clara non sunt interpretanda*.

W projekcie ustawy o jawności życia publicznego powinno się pominąć tą regulację.

5. Art. 8 ust. 1 pkt 2 lit. b) : „Prawo dostępu do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na: tajemnicę przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

Regulacja tego typu wobec dziś obowiązującej (art. 5 ust. 2 u.d.i.p.⁵) nic nie zmienia, a dodatkowo komplikuje sprawę, skoro orzecznictwo sądowe już dość dawno ustaliło sposób rozumienia tego przepisu.

„Tajemnicę przedsiębiorcy wyprowadza się z tajemnicy przedsiębiorstwa i pojęcia te w zasadzie pokrywają się zakresowo, choć tajemnica przedsiębiorcy w niektórych sytuacjach może być rozumiana szerzej. Tajemnicę przedsiębiorcy stanowią więc informacje znane jedynie określonej kręgowi osób i związane z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością, wobec których podjął on wystarczające środki ochrony w celu zachowania ich w poufności (nie jest wymagana przesłanka gospodarczej wartości informacji jak przy tajemnicy przedsiębiorstwa)”.⁶ „Tajemnica przedsiębiorcy jest oceniana przez sąd w sposób obiektywny, oderwany od woli danego przedsiębiorcy, a ze względu na konstytucyjną rangę prawa do informacji publicznej, nie każda tajemnica przedsiębiorcy będzie uzasadniać odmowę jej udostępnienia. Znaczenie danej tajemnicy musi być bowiem proporcjonalnie większe, niż racje przemawiające za udostępnieniem informacji publicznej, z podanych względów szczególnego

5., Prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy. Ograniczenie to nie dotyczy informacji o osobach pełniących funkcje publiczne, mających związek z pełnieniem tych funkcji, w tym o warunkach powierzenia i wykonywania funkcji, oraz przypadku, gdy osoba fizyczna lub przedsiębiorca rezygnują z przysługującego im prawa”.

⁶ Wyrok NSA z dnia 5.7.2013 r., I OSK 511/13.

znaczenia nabiera wyczerpujące uzasadnienie decyzji odmownej, realizujące dyspozycję art. 8 i art. 11 k.p.a.”⁷.

W projekcie ustawy o jawności życia publicznego powinno się wyraźnie określić:

- **O jakiej tajemnicy mowa** – przedsiębiorcy czy przedsiębiorstwa ?. Zatem regulacja powinna brzmieć: „Prawo dostępu do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na: tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.
- **Wyraźnie określić jakie informacje nie mogą być objęte skutecznym wyłączeniem z obszaru prawa do informacji**, z zachowaniem zasady, że przepisy szczególne będą miały w tym zakresie pierwszeństwo w zastosowaniu⁸.

Wprowadzenie tego typu regulacji w projektowanej ustawie, może świadczyć o zbyt płytkim podejściu twórców ustawy o jawności życia publicznego do zagadnienia, co zapewne wynika z nikłej wiedzy na temat praktycznego wymiaru stosowania ustawy o dostępie do informacji publicznej.

6. Art. 8 ust. 2 pkt 2) i 3): Ograniczenie prawa dostępu do informacji publicznej określone w ust. 1 pkt 2 nie dotyczy:

- 2) umów cywilnoprawnych zawieranych przez organy władzy publicznej oraz wykonywania tych umów,**
- 3) postępowań administracyjnych.**

Regulacja nie wymaga głębszego komentowania, ponieważ w sposób oczywisty jest niekonstytucyjna. Niezgodna z zasadą proporcjonalności określoną w art. 31 ust. 3 Konstytucji R.P.⁹, oraz dodatkowo jest przykładem nienależytej legislacji.

Regulacja, która nie wiadomo jak ma się wobec wcześniej zaprojektowanego przepisu art. 3 ust. 1 projektu ustawy o jawności życia publicznego¹⁰.

Regulacja ta świadczy po raz kolejny, że jej twórca nie przewiduje skutków praktycznych jej wprowadzenia. **Czy wołą ustawodawcy jest „odtajnienie” wszelkich postępowań indywidualnych?** Takie założenie jest delikatnie rzecz ujmując racjonalnie abstrakcyjne, i dodatkowo literalnie niezgodne z definicją informacji publicznej. Oczywiście, że każda decyzja administracyjna, czy wyrok sadowy są informacją publiczną, ale pod warunkiem, że są poddane całkowitej anonimizacji!. Jeżeli zatem postępowania administracyjne miałyby być jawne całkowicie, to jest to niekonstytucyjne ze względu na niespełnianie elementu przedmiotowego

⁷ Wyrok NSA z dnia 18.8.2016 r., I OSK 387/15.

⁸ Jest wiele obszarów wobec których nie stosuje się ustawy o zamówieniach publicznych, i w praktyce są wątpliwości, jaki może wystąpić zakres skutecznego wyłączenia prawa do informacji. Przykładowo – czy cenę można objąć? Wydawało by się, że nie (patrz art. 86 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych), ale jednak co oznacza „cena” ? – łączną? Czy poszczególnych elementów będących przedmiotem zamówienia też?.

⁹ „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”.

¹⁰ „Przepisy ustawy nie naruszają przepisów innych ustaw określających odmienne zasady i tryb dostępu do informacji publicznych(...)”.

**OPINIA fundacji JAWNOSC.PL na temat projektu ustawy o jawności życia publicznego,
w zakresie regulacji zasad dostępu do informacji publicznych.**

prawa do informacji – musi to dotyczyć sprawy publicznej. Przypomnieć należy: „(...) informacją publiczną jest każda informacja o sprawach publicznych. Zakres podmiotowy ustawy dotyczy m.in. działania organów władzy publicznej co jest niewątpliwie ważne dla ogółu obywateli i ma walor "sprawy publicznej". Nie każdy jednak przejaw tej działalności staje się informacją publiczną, o czym świadczy przywoływana w orzecznictwie kategoria dokumentu wewnętrznego. Przedmiot informacji aby mieścił się w definicji zawartej w art. 1 ust. 1 u.d.i.p. musi dotyczyć sprawy ważnej dla ogółu lub szerszej grupy obywateli albo też gospodarowania mieniem publicznym. Nie są wobec tego "sprawą publiczną" a tym samym nie stanowią informacji publicznej informacje dotyczące konkretnego zindywidualizowanego postępowania toczącego się przed organem administracji czy też sądem”. (wyrok NSA z dnia 24.3.2017 r., I OSK 1725/15).

Przykładowo – zebranie łącznie wszystkie decyzje o np. zgodzie na posiadanie broni są informacjami publicznymi, i teoretycznie można je udostępnić każdemu, ale pod warunkiem ich całkowitej anonimizacji. Jeżeli jednak X pyta o treść decyzji wydanej wobec konkretnej osoby, a nie jest to osoba pełniąca funkcję publiczną i wydanie broni nie ma związku z pełnioną funkcją publiczną, nie jest to informacja publiczna.

W projekcie ustawy o jawności życia publicznego powinno się wyraźnie wykreślić tego typu regulację.

7. Art. 9 ust. 6 : „Spółka zobowiązana, w której udział Skarbu Państwa przekracza 10% kapitału zakładowego lub 10% liczby akcji, może nie udostępnić w sposób określony w ust. 4 informacji, o których mowa w ust. 2, dotyczących umów, których ujawnienie może zagrażać podstawowym interesom spółki zobowiązanej”.

Skomplikowany charakter i metody wykonywania zadań publicznych mogą doprowadzić w pewnych sytuacjach do sytuacji patowej, gdy z jednej strony prawo do informacji nie powinno być pozytywnie zrealizowane, zaś z drugiej strony brak jest jakiegokolwiek regulacji ustawowej, która pozwoliłaby na ograniczenie prawa do informacji. Dlatego też NSA w jednym ze swoich wyroków stwierdził: „*Niezależnie od (nie)objęcia informacji klauzulą z ustawy o ochronie informacji niejawnych, można odmówić żądanej informacji na podstawie art. 5 ust. 1 u.d.i.p. w związku z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych w takim zakresie, w jakim organ wykaże, że nieuprawnione ich ujawnienie spowodowałoby lub mogłoby 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. Informacja niejawna chroniona jest zatem bez względu na to, czy osoba uprawniona uznała za stosowne oznaczyć ją odpowiednią klauzulą. Jest ona bowiem niejawna z uwagi na zagrożenia wynikające z jej treści, lub sposobu jej uzyskania, a nie w następstwie klasyfikacji i klauzulowania (...)*”. (wyrok NSA z dnia 8.3.2017 r., I OSK 291/15).

Jeżeli zatem komentowana regulacja miałaby taki cel, to jako cel uważam go za słuszny i pewnych sytuacjach szczególnych konieczny. Lecz sposób realizacji jest niewłaściwy. Wprowadzenie przesłanki w postaci „podstawowe interesy spółki zobowiązanej” trudno uznać, by mieścił się w jakichkolwiek podstawach ograniczenia prawa do informacji wskazanych w

**OPINIA fundacji JAWNOSC.PL na temat projektu ustawy o jawności życia publicznego,
w zakresie regulacji zasad dostępu do informacji publicznych.**

art. 61 ust. 3 Konstytucji, która stanowi: „Ograniczenie prawa, o którym mowa w ust. 1 i 2, może nastąpić wyłącznie ze względu na określone w ustawach ochronę wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych oraz ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa”. Zatem jeżeli w pewnych sytuacjach zakres prawa do informacji dotyczący spółek zobowiązanych musiałby zostać ograniczony, to po pierwsze daje takie prawo ochrona wynikająca z tajemnicy przedsiębiorstwa. Po drugie nowa regulacja powinna w sposób o wiele bardziej precyzyjny określać zakres wyłączenia, który to zakres powinien korelować z obowiązującą w tym zakresie Konstytucją.

Jeżeli w ogóle, to projektowany przepis powinien brzmieć: „Spółka zobowiązana (...) może odmówić dostępu do treści umowy, jeżeli jej ujawnienie mogłoby być konieczne ze względu na ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa lub samorządu terytorialnego”.

W projekcie ustawy o jawności życia publicznego pozostawienie regulacji w projektowanej treści, zostanie przy najbliższej okazji zinterpretowane jako niekonstytucyjne w orzecznictwie sądów administracyjnych, z tego też powodu regulacja powinna zostać wykreślona, lub też przedefiniowana przy zastosowaniu pogłębionej analizy prokonstytucyjnej.

8. Art. 18. Ust. 1 i 2 oraz art. 20 ust. 2.

1. Udostępnianie informacji publicznej na wniosek następuje bez zbędnej zwłoki, nie później jednak niż w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku, z zastrzeżeniem ust. 2 i art. 20 ust. 2. Udostępnianie informacji publicznej na wniosek następuje bez zbędnej zwłoki, nie później jednak niż w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku, z zastrzeżeniem ust. 2 i art. 20 ust. 2.

2. Jeżeli informacja publiczna nie może być udostępniona w terminie określonym w ust. 1, podmiot obowiązany do jej udostępnienia powiadamia w tym terminie o powodach opóźnienia oraz o terminie, w jakim udostępni informację, nie dłuższym jednak niż 30 dni od dnia złożenia wniosku.

Jeżeli nowa regulacja miałaby na celu poprawić istniejące regulacje, które są w pewnych zakresach niedoskonałe, **powinno się uściślić istniejące regulacje a nie powielać dotychczasowe regulacje zawierające błędy.**

Terminy o których mowa powyżej powinny być liczone zawsze od dnia otrzymania wniosku, nie zaś od dnia złożenia. Poza tym terminy mają dotyczyć zrealizowania wniosku, nie zaś udostępniania informacji. Orzecznictwo sądowe w tym zakresie jest całkowicie jednolite i nie budzi wątpliwości, że terminy wskazane w dziś obowiązującym art. 13 dotyczą realizacji wniosku nie zaś udostępnienia informacji. „*W myśl przepisu art. 13 ust. 1 udostępnianie informacji publicznej na wniosek następuje bez zbędnej zwłoki, nie później jednak niż w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku, z zastrzeżeniem ust. 2 i art. 15 ust. 2. Przepis ten wskazuje zatem na termin załatwienia wniosku, a nie odnosi się do formy i treści udzielonej informacji*”. Wyrok NSA z dnia 18.9.2014 r., I OSK 139/14.

Należy bowiem pamiętać, że w praktyce po złożeniu wniosku mogą się pojawić bardzo różne formy prawne działania ze strony podmiotu obowiązanej. Może to być udzielenie informacji, odmowa w drodze decyzji, poinformowanie, że się nie posiada żądanej informacji, że to nie jest informacja publiczna, że jej udostępnianie jest uregulowane przepisami szczególnymi.

W projekcie ustawy o jawności życia publicznego powinna zostać uregulowana:

- **kwestia metody liczenia terminów, tym samym też dnia od którego się liczy termin,**
- **sposoby złożenia wniosku (tradycyjny, elektroniczny, ustny) powinny być doszczegółowione,**
- **jasne określenie jakiego rodzaju zachowania podjęte przed podmiot obowiązany, mogą mieć miejsce w terminie, by uznać, że ewentualny zarzut beczynności jest bezzasadny.**

9. Kwestia kosztów – art. 20.

Osobiście od dawna stoję na stanowisku, że bezpłatność dostępu do informacji nie oznacza jej bezkosztowego udostępniania. Stanowiska w tym zakresie nigdy nie modyfikowałem, i nadal uważam, że ustawodawca powinien dążyć do uregulowania w sposób centralny kosztów na bardzo niskim poziomie.

Przeprowadzone badania przez fundację JAWNOSC.PL w 2013 i 2016 r. wskazują, że istnieje w Polsce ogromna różnorodność w tym zakresie¹¹. *„Brak jednolitości w skali ogólnopolskiej przybiera charakter dwojaki. Po pierwsze, nie wszystkie urzędy decydują się na regulację kosztów przekształcenia informacji publicznej. I tu zauważalne jest w większym stopniu niż w 2013 r. zjawisko wyraźnej deklaracji, że koszty mają charakter marginalny, wystąpiły sporadycznie lub wręcz z deklaracją, że urząd nie pobiera żadnych kosztów (UM Gdańsk). Świadczą o tym treści przesłanych odpowiedzi, z których można wywnioskować, że kwestia kosztów nie jest problemem. Po drugie, kalkulacje kosztowe w istniejących regulacjach zbyt skrajnie się od siebie różnią. Występujące rozbieżności nie pozwalają uznać obecnej sytuacji za właściwą z punktu widzenia konstytucyjnego postulatu równego traktowania wnioskodawców. Konstytucyjna zasada równości zakłada, że nie wolno tworzyć takiego prawa, które różnicowałoby sytuację prawną podmiotów, których sytuacja prawna jest taka sama (zob. wyr. TK z 5.11.1997 r., K 22/97, Legalis). Każdy powinien być traktowany równo, jeżeli znajduje się w relewantnie równej sytuacji. Po raz kolejny wyrażam przekonanie i jednocześnie postulat de lege ferenda, by rozpocząć publiczną dyskusję na temat potrzeby centralnej regulacji kosztów przekształcenia informacji publicznej. Regulacja ta powinna nastąpić w drodze aktu prawnego powszechnie obowiązującego, według następującej zasady: chcesz wprowadzić koszty, możesz to uczynić, ale w granicach prawem określonych, bez prawa do przekroczenia limitów kwot ustalonych w tym akcie. Jestem przekonany, że nie wszystkie samorządy zdecydują się na korzystanie z tego typu regulacji, nawet jeśli byłaby taka prawna możliwość. Warto podjąć zatem swoiste ryzyko i pozostawić administracji publicznej prawo do*

¹¹ Patrz strona www.jawnosc.pl zakładka wiedza, nasze badania pozycja 7 i 10. Badaniem objęte zostały wszystkie miasta wojewódzkie, urzędy wojewódzkie, i urzędy marszałkowskie.

samodzielnego decydowania, czy uznają za społecznie oczekiwane i słuszne, by wprowadzać cennik kosztów udostępniania informacji publicznej¹².

W projekcie ustawy o jawności życia publicznego powinno się:

- określić dokładnie cennik kosztów jakie można pobrać za realizację wniosku, który to cennik powinien być na bardzo niskim poziomie.
- Jednocześnie każdy podmiot obowiązany powinien móc określić, czy w ogóle korzysta z możliwości pobierania opłat,
- każdy podmiot obowiązany powinien móc określić czy nie określa tzw. kwoty granicznej – od jakiego pułapu pobiera się opłatę w danej instytucji.

10. Art. 21 ust. 1 : Odmowa udostępnienia informacji publicznej albo umorzenie postępowania o udostępnienie informacji w przypadku określonym w art. 19 ust. 3 przez organ władzy publicznej następują w drodze decyzji”.

Powinno się wyraźnie zdefiniować, co to oznacza odmowa udostępnienia informacji publicznej. „Odmowa udostępnienia informacji publicznej ma miejsce wyłącznie wtedy, jeżeli podmiot obowiązany posiada żadaną informację, jest ona informacją publiczną, i jednocześnie przepis ustawy określa tajemnicę chroniącą tą informację”. Taka regulacja powinna ujedynolnić praktykę i usunąć wątpliwości odnośnie pojęcia „odmowa dostępu do informacji”.

W projekcie ustawy o jawności życia publicznego powinno się zdefiniować pojęcie „odmowa udostępnienia informacji publicznej”.

11. Art. 21 ust. 2: „W przypadku gdy wnioskodawca w sposób uporczywy składa wnioski, o których mowa w art. 16 ust. 1, których realizacja ze względu na ilość lub zakres udostępnianej informacji znacząco utrudniłaby działalność podmiotu obowiązanego do udzielenia informacji publicznej, podmiot ten może odmówić udostępnienia informacji publicznej”.

Osobiście uważam, że regulacja tego typu zjawiska w drodze ustawowej jest arcytrudne, i z całą pewnością tego typu proponowana, nie określa zjawiska w sposób klarowny.

Zjawisko nadużywania trybu dostępu do informacji to co innego niż nadużywanie prawa do informacji. W orzecznictwie sądowym znajdziemy liczne wyroki sądowe, które odnoszą się do nadużywania trybu dostępu do informacji publicznej.

Nadużywanie prawa do informacji jako takie nie istnieje, gdyż byłoby logicznie niespójne, i jako takie zjawisko nie występuje. Z całą jednak pewnością istnieje zjawisko nadużywania trybu dostępu do informacji publicznej.

¹² <http://czasopisma.beck.pl/informacja-w-administracji-publicznej/aktualnosc/koszty-przekształcenia-informacji-publicznej-regulowac-czy-ryczaltowac-raport-z-badan/>

**OPINIA fundacji JAWNOSC.PL na temat projektu ustawy o jawności życia publicznego,
w zakresie regulacji zasad dostępu do informacji publicznych.**

Prawo do informacji ma na celu wyłącznie i tylko kontrolę władzy publicznej przez podmioty tej władzy podlegające. To jedyny cel prawa do informacji, ale niezwykle pojemny.

Jeżeli natomiast ktoś realizuje to w całkiem innym celu, można ewentualnie mówić o nadużywaniu trybu dostępu do informacji. W orzecznictwie sądowym znajdziemy wyroki, które odnoszą się do nadużywania trybu dostępu do informacji publicznej. Sądy administracyjne w swoim orzecznictwie zwracają uwagę na następujące kwestie:

- „Oczywistym przy tym jest, że granice tzw. paraliżu pracy jednostki są płynne, lecz w każdym razie dostęp do informacji publicznej nie może wywoływać nawet zbliżenia się do niego, bo nie jest wartością wyższą. Organy administracji publicznej wszak mają inne zadania – o dużym ciężarze społecznym, których zaniedbanie mogłoby pociągnąć za sobą dotkliwe skutki. Nie leży to w interesie społecznym” - wyrok NSA z dnia 15.6.2016 r., I OSK 3288/14.
- „Mając na uwadze powyższe, ogólnie rzecz ujmując, **nadużyciem prawa jest zatem wykorzystywanie instytucji prawnej wbrew jej celowi i funkcji.** (...) Wnoszenie zatem do sądu administracyjnego skargi, która nie ma służyć rozstrzygnięciu realnego sporu między stronami bądź kontroli legalności działania (bezczynności administracji) czy której rozstrzygnięcie nie będzie rzutowało na prawa lub obowiązki stron – może być oceniane pod kątem nadużycia prawa” - post. NSA z dnia 16.10.2015 r., I OSK 1992/14.
- „W orzecznictwie sądów administracyjnych wskazano, że "nadużycie prawa dostępu do informacji publicznej polega na próbie skorzystania z tej instytucji dla osiągnięcia celu innego niż troska o dobro publiczne, jakim jest prawo do przejrzystego państwa i jego struktur, przestrzeganie prawa przez podmioty życia publicznego, jawność działania administracji i innych organów władzy publicznej" (zob. wyrok NSA z dnia 23 listopada 2016 r., I OSK 1601/15). Podobnie jak w sprawie, w której zapadł wskazany wyrok NSA z dnia 23 listopada 2016 r., działanie wnioskodawcy oraz **ilość i treść złożonych wniosków o udostępnienie informacji publicznej znanych sądowi z urzędu** – w niniejszej sprawie nie świadczy o zamiarze uzyskania informacji publicznej w celu jej wykorzystania dla dobra wspólnego. **Może natomiast wysoce świadczyć o chęci uzyskania przez pełnomocnika wnioskodawczyni wynagrodzenia zwiłokrotnionego przez ilość generowanych skarg na bezczynność**” – wyrok NSA z dnia 14.02.2017 r., I OSK 2642/16.
- „Nadużycie prawa dostępu do informacji publicznej polega na próbie skorzystania z tej instytucji dla osiągnięcia celu innego niż troska o dobro publiczne, jakim jest prawo do przejrzystego państwa i jego struktur, przestrzeganie prawa przez podmioty życia publicznego, jawność działania administracji i innych organów władzy publicznej. Działanie wnioskodawcy oraz ilość i treść złożonych wniosków o udostępnienie informacji publicznej nie świadczy o zamiarze uzyskania informacji publicznej w celu jej wykorzystania dla dobra wspólnego. Możliwe natomiast świadczyć o chęci uzyskania przez pełnomocnika wnioskodawcy wynagrodzenia zwiłokrotnionego przez ilość generowanych skarg na bezczynność” – wyrok NSA z dnia 23.11.2016 r., I OSK 1601/15.
- „ustawa nie zawiera jednak systemowych ograniczeń przeciwdziałających nadużywaniu prawa do uzyskania informacji. Udostępnienie informacji publicznej wiąże się zawsze z

**OPINIA fundacji JAWNOSC.PL na temat projektu ustawy o jawności życia publicznego,
w zakresie regulacji zasad dostępu do informacji publicznych.**

zaangażowaniem personelu urzędniczego i określonych środków technicznych. Związane z tym obowiązki administracji nie są wobec tego obojętne dla efektywności wykonywania innych zadań publicznych. Zakres obowiązku informacyjnego państwa powinien być ukształtowany w taki sposób, aby zapewnić równowagę między korzyściami wynikającymi z zapewnienia dostępu do informacji a szeroko rozumianymi kosztami, jakie muszą ponieść w celu jego realizacji podmioty zobowiązane. Nadużywanie prawa do informacji może bowiem ograniczać dostęp do niej innym podmiotom i zakłócać funkcjonowanie urzędu (zob. Nadużywane prawa do informacji publicznej – Uwagi De Lege Lata i De Lege Ferenda, Agnieszka Piskorz – Ryń, Kontrola Państwowa nr 6/2008). Dotyczy to zwłaszcza sytuacji gdy intencje składającego wniosek nie mieszczą się w założeniach aksjologicznych, które legły u podstaw omawianej regulacji prawnej , w tym jeśli wniosek ma na celu udręczenie podmiotu rozpatrującego. Z sytuacją taką mamy do czynienia w niniejszej sprawie, bowiem wnioskodawca złożył do urzędu gminy kilkaset wniosków o udostępnienie informacji publicznej, a w niektórych sprawach znanych sądowi z urzędu, zarzuca wójtowi i urzędnikom gminy łamanie prawa, przy czym zarzuty te nie są oparte na żadnych udokumentowanych podstawach (zob. sprawa o sygn . I OSK 655/12).” – wyrok NSA z 30.8.2012 r., I OSK I OSK 799/12.

- „Badając wiele spraw dotyczących problematyki dostępu do informacji publicznej tutejszy Sąd często jest świadkiem nadinterpretacji przez wnioskodawców udip. **Jeśli więc intencją wnioskodawcy w niniejszej sprawie było otrzymanie danych, z których zamierzałby korzystać w przyszłości w postępowaniach gospodarczych prowadzonych przeciwko pytanemu podmiotowi, to istotnie wykładnię przepisów udip, proponowaną przez skarżącego, należałoby traktować jako pozostającą w sprzeczności z ideą dostępu do informacji publicznej**, prowadzącą wręcz do jej wypaczenia. Pamiętać bowiem należy o tym, że art. 61 Konstytucji RP ma na celu zagwarantowanie obywatelom, możliwości sprawowania kontroli nad organami władzy. Ma więc w efekcie prowadzić do poprawy funkcjonowania organów władzy, przekładając się na poprawę działania całego Państwa. Tylko więc taki cel, co do zasady, winien przyświecać wnioskodawcy. Nie powinien nim być zaś cel polegający na zdobyciu informacji przydatnych, w prowadzonej przez wnioskodawcę, lub podmioty przez niego (lub przez kancelarię prawną, w której jest zatrudniony, lub z którą współpracuje) reprezentowane, działalności gospodarczej, tj. takiej informacji, która mogłyby zostać wykorzystana do swoistej walki gospodarczej z kontrahentem w obrocie gospodarczym” – wyrok WSA w Warszawie z dnia 7.12.2016 r., II SA/Wa 1496/16.

W projekcie ustawy o jawności życia publicznego nie powinno się kwestii nadużywania trybu dostępu do informacji publicznej regulować. W sytuacjach wątpliwych, a zawsze są to kwestie bardzo indywidualne, powinno się pozostawić to ocenie sądów administracyjnych, nie zaś regulować w drodze ustawy.

12. Art. 23 ust. 6: Organy, o których mowa w ust. 1 i 2 utrwalają przebieg swoich obrad za pomocą urządzenia rejestrującego obraz i dźwięk.

Z jednej strony to bardzo dobrze, że przepis ten został dodany, i sam problem nagrywania został zauważony, i dodany został ten przepis. Czy jednak ustawodawca chce by był to obowiązek czy możliwość? Skoro obowiązek to znaczy, że nagrania stają się informacją publiczną. Praktyczny wymiar tego zagadnienia, napotyka nieco inne problemy. Protokoły powinny być gotowe szybko, a istniejące nagrania stanowić informację publiczną, nie zaś dokumenty robocze. Protokoły wraz z nagraniami powinny być obowiązkowo zamieszczane na stronach BIP. Takie rozwiązanie powinno być w projektowanej ustawie. Uregulowanie fragmentaryczne zagadnienia szcążtkowo świadczy o nie wzięciu pod uwagę praktycznego wymiaru¹³ zagadnienia, który jest kluczowy.

W projekcie ustawy o jawności życia publicznego powinno się uregulować:

- Wyraźnie nałożyć obowiązek nagrywania audiowizualnie przebiegu sesji rad miast, powiatów i sejmików.
- Przepis nie powinien obejmować jednostek pomocniczych. Na tym szczeblu powinno się pozostawić to do możliwej regulacji w drodze statutowej lub uchwały samego organu kolegialnego. Czy projektodawca zdaje sobie sprawę, że projektowanym kształcie przepis oznacza obowiązek nagrywania posiedzeń rad osiedli, ale już nie zebrań wiejskich (gdyż te jako takie nie pochodzą z powszechnych wyborów).
- Powinno się dookreślić, co ma zawierać w sobie protokół z obrad. Na dzień dzisiejszy brak jakichkolwiek regulacji w tym zakresie.
- Powinno się zmierzać do jak najszybszego sporządzenia projektu protokołu przez protokolanta, w celu jego niezwłocznego podpisania przez przewodniczącego organu stanowiącego. Sugerujemy termin 7 dni od dnia ostatniego posiedzenia w ramach danej sesji.

dr Piotr Sitniewski
Prezes fundacji JAWNOSC.PL www.jawnosc.pl
Kierownik projektu www.jawnosc.samorzadu.pl

¹³ Dr Piotr Sitniewski w latach 2014-2016 był kierownikiem projektu www.jawnosc.samorzadu.pl Badaniem objęte zostały wszystkie miasta i powiaty w Polsce (619 jednostek). Celem projektu było zbadanie jak funkcjonuje zasada jawności obrad rad miast, powiatów i ich komisji. W ramach protokołowania sesji rekomendowaliśmy m.in.:

- Statut jednostki samorządu terytorialnego powinien określać dokładnie procedurę sporządzania protokołu z obrad organu stanowiącego.
- Powinno się zmierzać do jak najszybszego sporządzenia projektu protokołu przez protokolanta, w celu jego niezwłocznego podpisania przez przewodniczącego organu stanowiącego. Sugerujemy termin 7 dni od dnia ostatniego posiedzenia w ramach danej sesji.
- Po sporządzeniu projektu protokołu, powinno się niezwłocznie zamieścić go na stronie BIP z wyraźną adnotacją, że mamy do czynienia z projektem nie zaś z protokołem zatwierdzonym przez radę.
- Tylko te jednostki, które zapewniają możliwość zapoznania się z przebiegiem całości obrad poprzez zamieszczenie nagrań audiowizualnych, mają formalną możliwość nie zamieszczania na BIP protokołów. Sugerujemy jednak zamieszczanie obu materiałów, zarówno nagrań jak i samych protokołów.
- Zamieszczane na stronie BIP projekty protokołów powinny zawierać zeskanowaną pierwszą stronę, na której widnieją podpisy przewodniczącego i protokolanta.