

NOWE TECHNOLOGIE W PRAWIE KARNYM

DR MICHAŁ BERNACZYK¹, MGR ANNA PRESZ²

KARNOPRAWNA OCHRONA DOSTĘPU DO INFORMACJI PUBLICZNEJ W DZIAŁALNOŚCI PROKURATURY I SĄDÓW POWSZECHNYCH³. CZĘŚĆ I

1. Wstęp

Niniejszy artykuł powstał w celu dostarczenia organom ochrony prawa teoretycznego i praktycznego aparatu służącego wykrywaniu i ściganiu przestępstwa nieudostępnienia informacji publicznej z art. 23 ustawy z dnia 6.09.2001 r. o dostępie do informacji publicznej (dalej jako: u.d.i.p.)⁴. Przedłożone opracowanie opiera się na kilkuletnich doświadczeniach związanych z wdrażaniem u.d.i.p., a także stanowi konstruktywną polemikę z poglądami nauki dot. karalności nieudostępnienia informacji publicznej. Omawiana ustawa weszła w życie 1.01.2002 r. i przez lata doczekała się obfitego orzecnictwa sądów administracyjnych, rzadziej ze strony powszechnych. Nie szczędzono jej artykułów i opracowań komentarzowych. Wkład teorii i sądowej praktyki we wdrażanie u.d.i.p. załamał się jednak na obszarze karnoprawnej ochrony prawa do informacji publicznej. W piśmiennictwie odnotowujemy pogląd, że omawiany przepis, chroniący konstytucyjne prawo do informacji, pozostaje bez większego znaczenia dla prokuratury i sądów karnych⁵. Jest to intrygujące spostrzeżenie, ponieważ w praktyce istnieje istotna dysproporcja pomiędzy bezprawną odmową dostępu do informacji, a liczbą skazanych za nieudostępnienie informacji publicznej. Zakładamy, że wynika to ze złożoności zagadnienia, które wymaga obszernej, popartej orzecnictwem, wiedzy z prawa karnego, prawa konstytucyjnego lub prawa administracyjnego. Abstrahując od dyskusji nad barierami mentalnymi i brakiem „otwartości”, transparentności władz publicznych w Polsce, to właśnie w „interdyscyplinarności” problemu upatrujemy zasadniczą przeszkodę w egzekwowaniu odpowiedzialności karnej z art. 23 u.d.i.p.

Polski model ochrony prawa do informacji publicznej nie zna wyspecjalizowanego organu powołanego do ochrony tego prawa. Brakuje *ombudsmana* ds. informacji, który pełniłby funkcję pewnego ustrojowego „bufora” w sporze obywatela z władzą o treść i granice prawa do informacji publicznej. Z perspektywy lat pojawiły się głosy krytyczne, twierdzące, że ustawodawca zbyt pochopnie zrezygnował z organu rzecznikowskiego lub admini-

stracyjnego⁶. Ustawa o dostępie do informacji publicznej opiera się na założeniu, że ochrona dostępu do informacji będzie realizowana przez sądy powszechne i administracyjne. W efekcie poruszamy się w mozaice sądowych środków weryfikacji dostępu do informacji – od ochrony udzielanej przez sądy administracyjne (art. 21 u.d.i.p.), cywilne (art. 22 u.d.i.p.), aż po analizowaną tutaj sankcję wymierzaną przez sąd karny (art. 23 u.d.i.p.).

Obserwując kontrowersje wokół niektórych koncepcji proponowanych w judykaturze, nie zapominamy, że wykładnia lakonicznych przepisów u.d.i.p. stanowi przyczynek do dyskusji nad aktywizmem sądów administracyjnych, które *de facto* umożliwiły zrozumienie i wdrożenie tej ustawy. Tytułem przykładu: pojęcie „informacja o sprawie publicznej” (art. 1 ust. 1 u.d.i.p.) jest „pojęciem-kluczem” dla określenia treści prawa do informacji. Bez niego nie sposób stwierdzić, czego ma dotyczyć poszukiwana informacja, a zatem do czego w istocie ma prawo każdy zainteresowany. Ustawowej „definicji” zarzuca się klasyczny błąd logiczno-językowy (*idem per idem*)⁷. Jeżeli jednak sięgniemy do dorobku orzeczniczego sądów administracyjnych, to relatywnie często stykamy się z definicjami opisowymi konstruowanymi w odniesieniu do określonego stanu faktycznego. Może to jednak budzić opór sądu powszechnego, który, stosując art. 23 u.d.i.p., staje w obliczu obszernego „prawa sędziowskiego”⁸, kontrowersyjnego ze swej istoty, a w dodatku ukształtowanego w innym pionie wymiaru sprawiedliwości. Nie dziwią więc postulaty, aby warunkiem wstępnym pociągania do odpowiedzialności za czyn z art. 23 u.d.i.p. była eliminacja z obrotu prawnego wadliwych rozstrzygnięć indywidualnych wydanych w trybie u.d.i.p. lub stwierdzenie beczynności podmiotu zobowiązanego⁹. Z punktu widzenia kognicji sądu powszechnego nie jest to konieczne, ale nie można przemilczeć, że prokuratorzy posiadają środki zmierzające do usunięcia z obrotu prawnego prawnych form działania administracji sprzecznych z u.d.i.p. oraz ugruntowanymi poglądami judykatury (zob. art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 20.06.1985 r. o Prokuraturze¹⁰). W praktyce dostrzegamy aktywność prokuratury, nie tyle w eliminowaniu wadliwych rozstrzy-

¹ dr Michał Bernaczyk – adiunkt w Katedrze Prawa Konstytucyjnego Wydziału Prawa Administracji i Ekonomii U.Wr., współpracownik Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej WPAiE U.Wr., aplikant radcowski OIRP we Wrocławiu.

² mgr Anna Presz – asesor Prokuratury Rejonowej w Wołowie, absolwentka Wydziału Prawa Administracji i Ekonomii U.Wr.

³ Praca naukowa finansowana na podstawie decyzji Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego ze środków na naukę w latach 2009-2011 jako projekt badawczy własny nr NN110058236.

⁴ Dz. U. z 2001 r., Nr 112, poz. 1198 ze zm.

⁵ S. Hoc, *Karnoprawna ochrona informacji*, Opole 2009, s. 178. Autor twierdzi, że „w praktyce przepis art. 23 ustawy [o dostępie do informacji publicznej – M.B., A.P.] jest przepisem martwym, nikt nie został z niego skazany, a w skali kraju toczyło się tylko kilka postępowań”, *Op. cit.*, s. 178.

⁶ Zob. T. Górzyńska, *Podsumowanie (w:) Materiały Konferencji „Dostęp do informacji publicznej – rozwój czy stagnacja?”* zorganizowanej 6 czerwca 2006 r. przez Instytut Nauk Prawnych PAN, NSA i RPO, Warszawa 2008, s. 137.

⁷ „Każdą informacją o sprawach publicznych stanowi informację publiczną w rozumieniu ustawy i podlega udostępnieniu na zasadach i w trybie określonych w niniejszej ustawie”.

⁸ Zob. Z. Kmieciak, *Prawotwórstwo sędziowskie w sferze jurysdykcji sądów administracyjnych*, Państwo i Prawo z 2006 r., z. 12, s. 23-24.

⁹ Zob. teza nr 2 w komentarzu do art. 23 u.d.i.p. (w:) M. Kłaczyński, S. Szuster, *Komentarz do art. 23 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej*, SIP LEX 2003. Zob. także art. 3 ust. 1 pkt 6 oraz art. 5 ustawy z 20.06.1985 r. o prokuraturze (Dz.U. z 2008 r. Nr 7, poz. 39 – t. j. ze zm.).

¹⁰ Dz.U. z 2008 r. Nr 7, poz. 39 ze zm.

nięć indywidualnych, ile normatywnego otoczenia dostępu do informacji¹¹. Jest to zagadnienie równie istotne dla karnoprawnej oceny zachowań ewentualnych sprawców. Jeżeli na podstawie niejasnego i dysfunkcyjnego art. 15 u.d.i.p. podmiot władzy publicznej wydaje akty prawa miejscowego (lub akty prawa wewnętrznie obowiązującego¹²) zobowiązujące urzędnika np. do pobierania kwoty na poziomie 1000 złotych¹³ tytułem „dodatkových kosztów udostępnienia informacji”, to wśród zainteresowanych łatwo wytworzyć przeświadczenie, że wysoki koszt udostępnienia abstrahuje od ochrony interesów majątkowych władzy publicznej, lecz ma przede wszystkim zniechęcać obywateli do korzystania z prawa do informacji. Z drugiej strony potencjalny sprawca nierzadko nie ma powodu, aby negować swe związanie aktami prawa wewnętrznie obowiązującego.

Dostrzegając złożoność problemów, pozostajemy z nadzieją, że niniejszy artykuł przyczyni się do wykrystalizowania przesłanek odpowiedzialności karnej za nieudostępnienie informacji publicznej.

Zgodnie z art. 23 u.d.i.p. „**kto wbrew ciężącemu na nim obowiązкови, nie udostępnia informacji publicznej, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo karze pozbawienia wolności do roku**”.

Typ czynu zabronionego określony w tym przepisie stanowi występki umyślny, formalny (bezsukotkowy), przybierający formę zaniechania i ścigany z oskarżenia publicznego. W toku dalszych wywodów omówimy przedmiot ochrony, podmiot, stronę podmiotową i przedmiotową czynu zabronionego, łącząc te wątki z (nierzadko spornymi) poglądami sądów administracyjnych na temat treści prawa do informacji publicznej i przesłanek jego ograniczenia.

2. Przedmiot ochrony

Przedmiotem ochrony normy z art. 23 u.d.i.p. jest prawo obywatela do uzyskania informacji publicznej. Prawo to ma swoje źródło w art. 61 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2.4.1997 r. (dalej jako: Konstytucja)¹⁴, którego ust. 1 stanowi, iż „obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne”, ponadto „o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa”¹⁵. Artykuł 61 ust. 2 Konstytucji dodaje, iż „prawo do uzyskiwania informacji obejmuje dostęp do dokumentów oraz wstęp na posiedzenia kolegialnych organów władzy publicznej

pochodzących z powszechnych wyborów, z możliwością rejestracji dźwięku lub obrazu”. Zgodnie z art. 61 ust. 4 Konstytucji „tryb udzielania informacji, o których mowa w ust. 1 i 2 określają ustawy, a w odniesieniu do Sejmu i Senatu ich regulaminy”.

Artykuł 61 Konstytucji jest publicznym prawem podmiotowym o charakterze politycznym¹⁶. Przesądza o tym usytuowanie w podrozdziale poświęconym wolnościom i prawom politycznym oraz kategoryczne sformułowanie wskazujące na tzw. polityczne prawo o charakterze pozytywnym¹⁷. Uprawnienie jest swoistym przejawem kontroli jednostki nad władzą publiczną w zakresie jej funkcjonowania i umożliwia sprawdzenie, w jaki sposób władza ta korzysta ze swych kompetencji i wykonuje zadania publiczne. Prawo do informacji ma też fundamentalne znaczenie dla działalności środków masowego przekazu, których swoboda jest integralną częścią ustroju Polski (art. 14 Konstytucji RP). Zgodnie z art. 3a ustawy z dnia 26.01.1984 r. Prawo prasowe¹⁸: „w zakresie prawa dostępu prasy do informacji publicznej stosuje się przepisy ustawy z dnia 6.9.2001 r. o dostępie do informacji publicznej”.

Nie jest naszym zadaniem szczegółowa analiza art. 61 Konstytucji, ponieważ przeprowadzono ją w nauce prawa konstytucyjnego¹⁹. Z punktu widzenia roli prokuratury i sądów karnych w ochronie prawa do informacji najistotniejsze jest spostrzeżenie, że Konstytucja poddaje się, z pewnymi wyjątkami²⁰, względnie czytelnemu podziałowi publicznych praw podmiotowych na „wolności” i „prawa”²¹. Należy odróżniać sytuację, w której jednostka pozyskuje informacje samodzielnie, wolna od zewnętrznej ingerencji władz publicznych (art. 54 Konstytucji). W przypadku kolizji interesu publicznego z „wolnością”, domniemanie przemawia na korzyść tej ostatniej (zob. art. 31 ust. 1 Konstytucji), a rola ustawodawcy sprowadza się do precyzyjnego wytyczenia granic ingerencji. W przypadku „praw” to ustawodawca określa od początku do końca ich treść, mając za punkt wyjścia istotę prawa określonego na poziomie Konstytucji. Jego rola i swoboda jest więc zdecydowanie większa niż w przypadku wolności. Zwracamy uwagę, że art. 23 u.d.i.p. chroni prawo do informacji z art. 61 Konstytucji, a nie „wolność pozyskiwania i rozpowszechniania informacji” z art. 54 Konstytucji. Naszym zdaniem istnieje kapitalna różnica pomiędzy obowiązkiem państwa do „nieprzeszkadzania w pozyskiwaniu informacji” (art. 54), a obowiązkiem „świadczenia informacją” (art. 61) i taki kierunek potwierdza większość polskiej doktryny²². Są to dwa

¹⁶ Por. M. Bernaczyk, Prawo do informacji publicznej traci wyłącznie polityczny charakter, „Rzeczpospolita - Prawo co dnia”, nr 127 z dnia 1.06.2007 r.

¹⁷ M. Bernaczyk, Obowiązek bezwzrostkowego udostępniania..., s. 26.

¹⁸ Dz. U. z 1984 r. Nr 5, poz. 24 ze zm.

¹⁹ Zob. B. Banaszak, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Warszawa 2009, s. 306-319; W. Sokolewicz, Komentarz do art. 61 Konstytucji (w:) L. Garlicki (red.), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. IV, Warszawa 2005.

²⁰ Por. J. Ciapała, Konstytucyjna regulacja praw podmiotowych. Podstawowe konsekwencje prawne dla ustawodawcy [w:] J. Ciapała, K. Flaga-Wieruszewska (red.), Prawa podmiotowe. Pojmowanie w naukach prawnych. Zbiór studiów, Szczecin 2006, s. 43-44.

²¹ Rozróżnienia dokonuje się poprzez odniesienie do rzymskiej koncepcji różnicy pomiędzy prawem, a wolnością oddawaną poprzez negatywną (non facere) bądź pozytywną (dare, facere, prestare) korelację obowiązku władz publicznych względem podmiotu konstytucyjnych publicznych praw podmiotowych. Zob. L. Wiśniewski, Prawo a wolność człowieka – pojęcie i konstrukcja prawna [w:] Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona, L. Wiśniewski (red.), Warszawa 1997, s. 53.

²² L. Wiśniewski stanowczo rozróżniając art. 54 i 61 Konstytucji, pisze, że „tam właśnie [w art. 61 Konstytucji – M.B., A.P.] zamieszczone zostało prawo roszczeniowe obywatela do uzyskania oświadczenia lub za pośrednictwem mediów informacji o działalności organów władzy oraz osób pełniących funkcje publiczne”; zob. L. Wiśniewski, Wolność prasy w świetle Konstytucji RP, ustaw oraz wiążącego Polskę prawa międzynarodowego. Problemy podstawowe (w:) D. Górecki (red.), Wolność słowa w mediach. XLV Ogólnopolska konferencja katedr i zakładów prawa konstytucyjnego, Spała 2003 r., Łódź 2003, s. 23. P. Sarnecki rów-

¹¹ Zob. wyrok WSA w Rzeszowie z 7.11.2007 r., II SA/Rz 438/07, opubl. w Bazie Orzeczeń NSA.

¹² Wyrok WSA z 24.01.2008 r., II SA/Sz 1006/07, opubl. w Bazie Orzeczeń NSA.

¹³ Por. stan faktyczny opisany w: wyroku WSA z 14.05.2009 r. (II SA/Op 114/09), postanowienie NSA z 3.04.2008 r. (I OSK 950/07)

¹⁴ Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze zm.

¹⁵ Zwracamy uwagę, że dokonując uszczegółowienia ustawodawca operuje pojęciem „każdy” (art. 2 ust. 1 u.d.i.p.). Doktryna nie widzi przeszkód dla rozszerzenia prawa do informacji na poziomie ustawowym z uwagi na różnicę pomiędzy „obywatelem” a „obywatelem polskim” (zob. M. Bernaczyk, Obowiązek bezwzrostkowego udostępniania informacji publicznej, Warszawa 2008, s. 45-50 i powołana tam literatura). W praktyce może to oznaczać ściganie przestępstwa z art. 23 u.d.i.p. na wniosek pokrzywdzonych osób fizycznych nieposiadających polskiego obywatelstwa (cudzoziemców, apatrydów), a także osób prawnych właściwie reprezentowanych (por. wyrok WSA w Warszawie z 30.04.2007 r., II SA/Wa 2404/06, opubl. w SIP LEX nr 319393).

odmienne publiczne prawa podmiotowe, chociaż to ostatnie powstało jako reakcja na niedostatki „swobodnego” pozyskiwania informacji o działalności władzy publicznej²³. Ich wspólnym mianownikiem jest „informacja” i być może to powoduje ich błędne utożsamianie ze sobą²⁴. Informacja pozyskana jako skutek wolności głoszenia poglądów może być informacją „o władzy publicznej”, ale niekoniecznie jest już informacją uzyskaną „od władzy”.

W praktyce może dojść do zbiegu tych dwóch zagadnień, ponieważ spoiwem problematyki są przedstawiciele mediów. Zwróćmy uwagę, że *mass media* mogą pozyskiwać określone informacje o władzy publicznej na „własną rękę” (np. w drodze tzw. „śledztwa dziennikarskiego” bez aktywnego udziału władzy publicznej), ale równie dobrze mogą wystąpić o nią – jak każdy inny obywatel – w trybie u.d.i.p. Z powodu ustawowego obowiązku należytej staranności i ryzyka odpowiedzialności karnej za naruszenie czci²⁵, dziennikarz we własnym interesie powinien za pomocą u.d.i.p. podjąć próbę weryfikacji²⁶ informacji zebranych „samodzielnie”, o ile w danym stanie faktycznym u.d.i.p. w ogóle znajdzie zastosowanie. Nie wykluczamy, że weryfikacja prawdziwości informacji, w trybie u.d.i.p. lub art. 11 prawa prasowego, zebranych uprzednio przez dziennikarza „na własną rękę”²⁷, może mieć wpływ na budowanie wzorca należytej staranności (art. 12 ust. 1 pkt 1 prawa prasowego) „o szczególnie surowych i wymagających kryteriach”, z którym należy porównywać każdorazowe „kwestionowane zachowanie dziennikarza podczas wykorzystywania zebranych informacji”²⁸. Poza zakresem naszego zainteresowania pozostaje natomiast swoiste „dziennikarskie prawo do informacji” zawarte w art. 11 ust. 2 Prawa prasowego i związany z nim przepis karny (zob. art. 49 Prawa prasowego). To uprawnienie stanowi w naszym systemie prawnym pewną „wartość dodaną” do omawianego przez nas „obywatelskiego” prawa do informacji. Jak trafnie stwierdza J. Sobczak „dziennikarskie prawo do informacji posiada dwie postaci. Z jednej strony dziennikarz – tak jak każdy obywatel – ma prawo do informacji publicznej (...). Z drugiej strony posiada wynikające z treści art. 11 ust. 1 pr. pras. specjalne <<dziennikarskie>> prawo do informacji. Temu ostatniemu prawu odpowiada ustanowiony w art. 4 prawa prasowego obowiązek udzielania informacji, ciążyący na podmiotach wymienionych w tym przepisie”²⁹.

Należy więc patrzeć na funkcję karnoprawnej ochrony prawa do informacji publicznej w szerokim kontekście, mając na uwadze, że chroni się nie tylko narzędzie kontroli pomocne społeczeństwu

obywatelskiemu, ale i instrument sprzyjający funkcjonowaniu prasy i innych środków społecznego przekazu (art. 14 Konstytucji).

3. Podmiot czynu zabronionego

3.1. Relacja pomiędzy sprawcą a „podmiotem zobowiązanym do udostępnienia informacji publicznej”

Przestępstwo z art. 23 u.d.i.p. ma charakter przestępstwa indywidualnego właściwego³⁰. Podmiot jest oznaczony poprzez sformułowanie: „kto wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi”. Oznacza to, że sprawcą może być jedynie osoba o szczególnych właściwościach, tzn. taka, na której ciążył obowiązek udostępnienia informacji publicznej. Obowiązek powstaje z chwilą **objęcia kierownictwa w podmiocie wymienionym w art. 4 ust. 1 i 2 u.d.i.p.** albo z chwilą **objęcia innej funkcji w strukturze organizacyjnej takiego podmiotu, o ile wraz z nią powierzono obowiązek udostępniania informacji** (np. na podstawie umowy o pracę albo w ramach innego stosunku zatrudnienia opartego na właściwej pragmatyce służbowej³¹ lub Kodeksie pracy³²). Będzie to przede wszystkim osoba kierująca podmiotem wymienionym w art. 4 u.d.i.p., ale i podwładny, którego obowiązek został wyznaczony zakresem obowiązków pracowniczych, nierzadko dookreślonych na podstawie określonych aktów wewnętrznych, o czym będzie mowa dalej.

O przymiocie sprawcy decyduje pełnienie funkcji w podmiotach z art. 4 ust. 1 i 2 u.d.i.p., który zawiera otwarty katalog „władz publicznych” oraz „innych podmiotów wykonujących zadania publiczne”, zaś art. 4 ust. 3 u.d.i.p. stwierdza, iż „obowiązane do udostępnienia informacji publicznej są podmioty, (...), będące w posiadaniu takich informacji”. W piśmiennictwie obszernie komentowano katalog podmiotów zobowiązanych, wskazując, że art. 4 ust. 1 u.d.i.p. nie jest dokładnym i wyczerpującym wyliczeniem³³. Zgodnie z art. 4 ust. 1 u.d.i.p. „obowiązane do udostępnienia informacji publicznej są władze publiczne oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne, w szczególności:

- 1) organy władzy publicznej³⁴;
- 2) organy samorządów gospodarczych i zawodowych³⁵;

³⁰ Podmiotem przestępstwa indywidualnego może być tylko osoba, która ma określone w ustawie właściwości (intraeus), wyróżniające ją od innych osób (zwanych extraneusami). Wśród przestępstw indywidualnych ze względu na podmiot rozróżnia się przestępstwa indywidualne właściwe oraz niewłaściwe. Pierwsze z nich znamionuje to, że indywidualne cechy (właściwości) podmiotu są warunkiem przestępności czynu. Natomiast cechą przestępstw indywidualnych niewłaściwych jest to, że indywidualna właściwość podmiotu wpływa na zaostrenie lub złagodzenie odpowiedzialności (przestępstwa kwalifikowane lub uprzywilejowane), a brak tej cechy plasuje czyn jako przestępstwo w typie podstawowym (powszechne). Andrzej Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2006, s. 104-106.

³¹ Tytułem przykładu można wymienić: ustawę z 21.11.2008 r. o pracownikach samorządowych (Dz. U. z 2008 r., nr 223, poz. 1458; zob. w szczególności art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy), ustawę z dnia 16.09.1982 r. o pracownikach urzędów państwowych (Dz. U. z 2001 r., nr 86, poz. 953 - tekst jednolity ze zm.), ustawę z 21.11.2008 r. o służbie cywilnej (Dz. U. z 2008 r., nr 227, poz. 1505), ustawę z 18.12.1998 r. o pracownikach sądów i prokuratury (Dz. U. z 1998 r., nr 162, poz. 1125 ze zm.).

³² Dz. U. z 1998 r., Nr 21, poz. 94 – tekst jednolity ze zm.

³³ Zob. M. Bernaczyk, M. Jabłoński, K. Wygoda, *Biuletyn Informacji Publicznej. Informatyzacja administracji*, Wrocław 2005, s. 115.

³⁴ Szerzej na ten temat zob. M. Bernaczyk, M. Jabłoński, K. Wygoda, *Biuletyn Informacji Publicznej...*, s. 121-137; M. Bernaczyk, *Obowiązek bezwziostkowy udostępniania...*, s. 214-224.

³⁵ Chodzi o podmioty powołane do życia na podstawie art. 17 ust. 1 (samorządy zawodowe) i art. 17 ust. 2 (samorządy gospodarcze) Konstytucji RP. Zob. K. Complik, *Normy pierwszego rozdziału Konstytucji RP*, Wrocław 2007, s. 162-165; M. Bernaczyk, *Obowiązek bezwziostkowy udostępniania...*, s. 77, 224-225.

niez oddzielił „wolność pozyskiwania informacji «na własną rękę»” (art. 54 Konstytucji RP) od prawa do informacji (art. 61 Konstytucji RP); zob. P. Sarnecki (w.): J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak (red.), *Prawo mediów*, Warszawa 2005, s. 27. Odmienne – i naszym zdaniem błędnie – pisze E. Czarny-Drożdżejko, która stwierdza, że prawo z art. 61 i 74 Konstytucji RP jest „odmianą prawa do informacji” określonego w art. 54 Konstytucji RP, a ten ostatni „jest nadrzędny m.in. w stosunku do art. 61 Konstytucji”, by w konkluzji stwierdzić, że „Konstytucja nie hierarchizuje praw w niej wyszczególnionych”; zob. E. Czarny-Drożdżejko, *Karna ochrona prawa do informacji publicznej*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2005, z. 2, s. 150 i 175.

²³ Szerzej zob. M. Bernaczyk, *Obowiązek bezwziostkowy udostępniania...*, s. 40.

²⁴ Krytycznie na ten temat zob. M. Bernaczyk, *Obowiązek bezwziostkowy udostępniania...*, s. 26.

²⁵ Zob. uchwała SN z 17.04.1997 r., I KZP 5/97, OSNKW 1997, nr 5-6, poz. 44.

²⁶ Tak też postanowienie SN z 22.10.2008 r., III KK 137/08, Biul. PK 2009/2/48.

²⁷ O sposobach zbierania informacji pisze E. Czarny-Drożdżejko, *Dziennikarskie dochodzenie prawdy a przestępstwo zniesławienia w środkach masowego komunikowania*, *Zakamycze* 2005, s. 123-127.

²⁸ Zob. uzasadnienie postanowienia SN z 7.02.2007 r., III KK 243/06, OSNKW 2007/5/43, Biul. SN 2007/5/17; wyrok SN z 15.03.2010 r., I CSK 291/09, niepubl.

²⁹ J. Sobczak, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 393-394.

- 3) podmioty reprezentujące zgodnie z odrębnymi przepisami Skarb Państwa³⁶;
- 4) podmioty reprezentujące państwowe osoby prawne albo osoby prawne samorządu terytorialnego oraz podmioty reprezentujące inne państwowe jednostki organizacyjne albo jednostki organizacyjne samorządu terytorialnego³⁷;
- 5) podmioty reprezentujące inne osoby lub jednostki organizacyjne, które wykonują zadania publiczne lub dysponują majątkiem publicznym, oraz osoby prawne, w których Skarb Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub samorządu gospodarczego albo zawodowego mają pozycję dominującą w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów”.

Praktyka orzecznicza nie napotkała większych trudności na obszarze art. 4 ust. 1 pkt. 1-4 u.d.i.p. Pomijamy rozważania nad desygnatem takich „organów władzy publicznej”, które bez trudu dają się zakwalifikować do któregoś z konstytucyjnych segmentów władzy publicznej. Zamiast tego zwracamy uwagę, że najwięcej kontrowersji powstawało na obszarze podmiotów wymienionych w art. 4 ust. 1 pkt 5 u.d.i.p., który stanowi próbę uszczegółowienia pojęcia „innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa” (art. 61 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji)³⁸.

W piśmiennictwie dostrzeżono pewien rozdzźwięk pomiędzy art. 61 ust. 1, zdanie drugie Konstytucji a art. 4 ust. 1 pkt 5 u.d.i.p. Wykładnia językowa Konstytucji sugeruje, że ze względu na użycie spójnika „i” obie cechy muszą wystąpić łącznie, co uważamy za uzasadniony pogląd. Odmienne rozumienie elementu „zadaniowego” i „majątkowego” zaprezentował W. Sokolewicz, zajmując stanowisko, że dla powstania obowiązków informacyjnych wystarczy wystąpienie tylko jednej z tych cech. Zdaniem powołanego autora wynika to ze specyfiki tekstu Konstytucji, wobec którego nie powinniśmy uznawać bezwzględności pierwszeństwa wykładni językowej. Drugim argumentem jest założenie istnienia „racjonalnego ustrojodawcy”, który w interesie publicznym dążył do tego, „aby cała władza publiczna, we wszelkich jej postaciach, przejawach i aspektach spełniała warunek przejrzystości”, a wobec tego „nie ma żadnego rozsądnego powodu, aby [...] oczekiwać łącznego spełnienia obu tych kryteriów”³⁹.

Cytowany pogląd, wzbogacony o problematykę ustawową, spotkał się z krytyczną analizą piśmiennictwa. Jeśli bowiem interpretować „preambułę” art. 4 ust. 1 u.d.i.p. („Obowiązane do

udostępniania informacji publicznej są władze publiczne oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne, w szczególności: (...)” z uwzględnieniem zasad techniki prawodawczej⁴⁰, to dwukrotne przywołanie „wykonywania zadań publicznych” w art. 4 ust. 1 oraz sposób operowania spójnikiem „lub” w art. 4 ust. 1 pkt. 5 u.d.i.p. mogło sugerować, że ustawodawca „dostrzega potrzebę udzielania informacji publicznych przez podmioty reprezentujące tych, którzy zadań publicznych nie wykonują, a jedynie dysponują majątkiem publicznym”⁴¹. Problemy interpretacyjne powiększa użycie w art. 4 ust. 1 pkt. 5 u.d.i.p. enigmatycznego sformułowania „dysponowanie”, zamiast konstytucyjnego „gospodarowania”. Są to zbliżone zakresy znaczeniowe, ale niekoniecznie tożsame, zwłaszcza jeśli przyjrzymy się definicjom z zakresu publicznego prawa gospodarczego. M. Guziński uznaje, że „gospodarowanie mieniem publicznym polega niewątpliwie na podejmowaniu czynności faktycznych i prawnych, mających na celu wykorzystanie tego mienia w sposób zgodny z przeznaczeniem”, a „w skomplikowanym procesie gospodarowania mieniem publicznym organy Skarbu Państwa i organy poszczególnych wspólnot samorządowych podejmują, na podstawie przyznaných im prawem kompetencji, działania o charakterze cywilnoprawnym, jak i administracyjnoprawnym”⁴². Pod pojęciem „gospodarowania” kryją się więc czynności faktyczne i czynności prawne (cywilnoprawne, administracyjnoprawne), podczas gdy w niektórych ustawach pod pojęciem „gospodarowania” dominują czynności cywilnoprawne⁴³. „Dysponowanie” kojarzone w prawie cywilnym z możliwością używania, pobierania pożytków, rozporządzania lub z działaniami faktycznymi zmierzającymi do zachowania rzeczy wydaje się węższe znaczeniowo, aniżeli przedstawione wyżej pojęcie „gospodarowania”. Może się to wydawać naturalne, skoro przekazanie majątku publicznego do „dysponowania” następuje na rzecz podmiotów, które nie mają możliwości władczego działania charakterystycznego dla organów władzy publicznej (np. spółki komunalne lub komunalne zakłady budżetowe).

⁴⁰ Zob. S. Wronkowska, M. Zieliński, Problemy i zasady redagowania tekstów prawnych, Warszawa 1993, s. 150.

⁴¹ Zob. M. Bernaczyk, M. Jabłoński, K. Wygoda, Biuletyn Informacji Publicznej..., s. 116-117. Zob. dalsze dot. statusu spółdzielni mieszkaniowych w świetle art. 4 ust. 1 pkt. 5 u.d.i.p.

⁴² Zob. M. Guziński, Wybrane zagadnienia zarządu mieniem publicznym (w:) A. Borkowski, A. Chelmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, Administracyjne prawo gospodarcze, Kolonia Limited 2000, s. 227.

⁴³ Ustawa z 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. 2004 r. Nr 261, poz. 2603 t.j. ze zm.) zawiera dział II zatytułowany: „Gospodarowanie nieruchomościami stanowiącymi własność Skarbu Państwa oraz własność jednostki samorządu terytorialnego” (por. art. 12 i 13 ustawy). W ustawie z 30 maja 1996 r. o gospodarowaniu niektórymi składnikami mienia Skarbu Państwa oraz o Agencji Mienia Wojskowego (Dz.U. z 2004 r. Nr 163, poz. 1711 t.j. ze zm.) pojęcie „gospodarowania” służy do wyznaczenia zakresu przedmiotowego ustawy (art. 1 pkt 1 i 2 powołanej ustawy), wskazania podstawowego zadania Agencji Mienia Wojskowego (art. 7 ust. 1 pkt 1 powołanej ustawy). Zgodnie z art. 23 ust. 1 pkt 1-4 ustawy o gospodarowaniu niektórymi składnikami mienia Skarbu Państwa oraz o Agencji Mienia Wojskowego polega ono „w szczególności na sprzedaży lub zamianie mienia albo oddaniu gruntów w użytkowanie wieczyste, oddaniu mienia w użytkowanie, najem, dzierżawę, użyczenie, trwałe zarząd lub do korzystania na podstawie innego stosunku prawnego, oddaniu mienia w administrowanie, na podstawie umowy na czas oznaczony, za wynagrodzeniem, wnoszeniu mienia do spółek, a także nabywaniu i obejmowaniu udziałów w spółkach”. Do pojęcia „gospodarowania” odwołano się również w ustawie z 19.10.1991 r. o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa (zob. art. 24 ust. 1 powołanej ustawy; Dz.U. 2007 r. Nr 231, poz. 1700 t.j. ze zm.). Zgodnie z art. 12 ust. 3 powołanej ustawy za sobem własności Skarbu Państwa „dysponuje Agencja na zasadach określonych w ustawie”. Wszystkie wymienione ustawy pod pojęciem „gospodarowania” przyjmują zbliżony zestaw uprawnień, przy czym tylko ostatnia z nich zdaje się utożsamiać czynności wchodzące w zakres „gospodarowania” z „dysponowaniem”.

³⁶ Omawiana kategoria może obejmować różne agencje państwowe, np. Agencję Mienia Wojskowego, Agencję Nieruchomości Rolnych, Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Agencję Rynku Rolnego, Agencję Rezerw Materiałowych, Wojskową Agencję Mieszkaniową lub Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości. „Reprezentacja” w tym znaczeniu odrywa się od określonej, zawisłej sprawy administracyjnej lub sądowej, tzw. zarządzeniem bezpośrednim mieniem publicznym wykonywanym przez osoby prawne, którym powierzono wyłącznie mienie Skarbu Państwa. Oznacza zdolność do dokonywania określonych czynności prawnych związanych z powierzonym majątkiem publicznym. Taka interpretacja zostaje wzmocniona przez art. 6 ust. 1 pkt 2 lit. e) u.d.i.p., który odwołuje się do struktury własnościowej i potencjalnie związanej z nią reprezentacją. Takie podmioty można odróżnić od „organów władzy publicznej” (art. 4 ust. 1 pkt 1 u.d.i.p.). Nie da się ich łatwo umieścić w strukturze administracji państwowej, ponieważ jako administracja specjalna wymykają się czytelnym regułom kwalifikacyjnym.

³⁷ M. Bernaczyk, Obowiązek bezwzględności udostępniania..., s. 227-229.

³⁸ Na temat rezultatów wykładni tego przepisu zob. M. Bernaczyk, Obowiązek bezwzględności udostępniania..., s. 77.

³⁹ Zob. W. Sokolewicz, Komentarz do art. 61 Konstytucji RP (w:) Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej..., s. 32.

Z punktu widzenia karnoprawnej ochrony prawa do informacji należy zwrócić uwagę, że nie może być mowy o odpowiedzialności z art. 23 u.d.i.p., w sytuacji, w której nie istnieje podmiot zobowiązany w rozumieniu art. 4 u.d.i.p.⁴⁴ Ten truizm nie był oczywisty w latach 2002-2005, kiedy orzecznictwo sądów administracyjnych borykało się z problemem samoistnego traktowania przesłanki „wykonywania zadań” i „majątku publicznego”. I tak oto początkowo przyjmowano, że spółdzielnia mieszkaniowa stanowi podmiot zobowiązany do udzielenia informacji publicznej⁴⁵, by w uchwale 7 sędziów NSA z 11.04.2005 r. (I OPS 1/05)⁴⁶ stwierdzić, że przepis art. 4 ust. 1 pkt 5 u.d.i.p. **nie ma zastosowania** do spółdzielni mieszkaniowych. Uzasadnienie wywodów sądu oparło się na współstosowaniu art. 61 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji oraz omawianego przepisu u.d.i.p. U podstaw pytania prawnego do NSA legła też kwestia rozszerzenia pierwotnego, konstytucyjnego zakresu podmiotowego poprzez zastosowanie spójnika „lub”. Do tego zagadnienia nie odniesiono się bezpośrednio w uzasadnieniu uchwały, jednak po ustaleniu, że spółdzielnia nie wykonuje zadań publicznych⁴⁷ analizowano również kwestię, czy „dysponuje majątkiem publicznym”. Z tej operacji logicznej wynika sugestia, że dla powstania obowiązków informacyjnych konieczne jest wystąpienie obu przesłanek łącznie, jak i każdej z osobna⁴⁸, jednak sposób, w jaki NSA interpretuje owo „dysponowanie”, powoduje, że w praktyce zostaje ono zrównane z wykonywaniem władztwa publicznego. Tak bowiem odczytujemy przykładowe porównanie „dysponowania majątkiem publicznym” do „realizacji finansów publicznych”⁴⁹. Niemniej jednak NSA nie dopatrzył się w konkretnej sprawie takiego dysponowania, czemu wytknięto pominięcie publicznej genetyzacji spółdzielczego⁵⁰. Sądowo-administracyjne dylematy dot. „publicznego” statusu spółdzielni pokazują również, że dostęp do informacji o działalności podmiotów nieobjętych zakresem zastosowania u.d.i.p. może być realizowany za pomocą art. 11 Prawa prasowego podlegającego ochronie karnoprawnej. Artykuł 4 Prawa prasowego obejmuje również takie podmioty, które co prawda działają w przestrzeni publicznej, ale nie muszą wcale zaliczać się do szeroko pojętego aparatu państwa⁵¹.

Po ogłoszeniu uchwały I OPS 1/05 NSA rozpoczął uchylanie wyroków sądów pierwszej instancji i odrzucał skargi kasacyjne wniesione przeciwko spółdzielniom mieszkaniowym w analogicznych sprawach⁵², co obrazuje implikacje dla ew. kwalifikacji karnoprawnej. Teoretycznie istnieje ryzyko rozbieżności w orzecznictwie sądowno-administracyjnym i powszechnym, dlatego przyszłość pokaże, na ile prokuratura i sądy karne będą traktować dorobek orzecznicy WSA i NSA, nierzadko idący w sprzecznych kierunkach, jako „swoisty prejudykat” przy kwalifikacji podmiotu czynu zabronionego.

W piśmiennictwie zarzuca się u.d.i.p. „nieściśłość”, która polega na braku osób pełniących funkcje publiczne (por. art. 61 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji) w katalogu podmiotów z art. 4 ust. 1 i 2 u.d.i.p.⁵³ Jednakże ten problem wyjaśniono już w literaturze komentarzowej⁵⁴. Biorąc pod uwagę zakres obowiązków wynikających z u.d.i.p., nie jest możliwe, aby osoba pełniąca funkcję publiczną zawsze wdrażała je samodzielnie i osobiście, wyjąwszy te nieliczne przypadki, w których określona struktura organizacyjna jest niewielka i prosta. Patrząc przez pryzmat organizacyjno-finansowy, irracjonalne wydaje się przeniesienie obowiązku informacyjnego z instytucji na osobę fizyczną (kojarzonego w tym miejscu z piastunem tejże instytucji). Obecne rozwiązanie nie narusza istoty prawa do informacji o działalności osób pełniących funkcje publiczne, co potwierdzają m.in. przepisy art. 5 ust. 2 i 3, art. 6 ust. 1 pkt 2 lit. „d”, art. 6 ust. 1 pkt 4 lit. „d”, art. 6 ust. 2, art. 16 ust. 2 pkt 2 u.d.i.p.

Zgodnie z art. 4 ust. 2 u.d.i.p. „obowiązane do udostępnienia informacji publicznej są organizacje związkowe i pracodawców reprezentatywne, w rozumieniu ustawy z dnia 6.07.2001 r. o Trójstronnej Komisji do Spraw Społeczno-Gospodarczych i wojewódzkich komisjach dialogu społecznego (...), oraz partie polityczne”. Po nowelizacji u.d.i.p. z 2004 r.⁵⁵ istotne jest dostrzeżenie, że nie chodzi tu o każdy związek zawodowy lub organizację pracodawców, ale tylko te, które posiadają cechę reprezentatywności w rozumieniu art. 6 ust. 2 i 3 ustawy o Trójstronnej Komisji do Spraw Społeczno-Gospodarczych i wojewódzkich komisjach dialogu społecznego (dalej jako: u.t.k.)⁵⁶. Zgodnie z art. 6 ust. 2 u.t.k. za reprezentatywne organizacje związkowe uznaje się ogólnokrajowe związki zawodowe, ogólnokrajowe zrzeszenia (federacje) związków zawodowych i ogólnokrajowe organizacje międzyzwiązkowe (konfederacje), które spełniają łącznie następujące kryteria: 1) zrzeszają, z zastrzeżeniem art. 6 ust. 3 u.t.k., więcej niż 300.000 członków będących pracownikami; 2) działają w podmiotach gospodarki narodowej, których podstawowy rodzaj działalności jest określony w więcej niż w połowie sekcji Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD), o której mowa w przepisach o statystyce publicznej⁵⁷.

udzielenia prasie informacji o swojej działalności, o ile na podstawie odrębnych przepisów informacja nie jest objęta tajemnicą lub nie narusza prawa do prywatności”.

⁵² Zob. J. Drachal, Dostęp do informacji publicznej w praktyce wydziałów informacji sądowej sądów administracyjnych (w:) Materiały Konferencji „Dostęp do informacji publicznej – rozwój czy stagnacja?” zorganizowanej 6 czerwca 2006 r. przez Instytut Nauk Prawnych PAN, NSA i RPO, Warszawa 2008, s. 83 i powołane tam orzecznictwo.

⁵³ Zob. E. Czarny-Drożdżejko, Funkcjonowanie prokuratury..., s. 79.

⁵⁴ M. Bernaczyk, M. Jabłoński, K. Wygoda, Biuletyn Informacji Publicznej..., s. 94.

⁵⁵ Zob. art. 9 noweli z 8.10.2004 r. (Dz.U. z 2004 r. Nr 240, poz. 2407)

⁵⁶ Dz. U. Nr 100, poz. 1080 ze zm.

⁵⁷ Krytycznie na temat racjonalności przyjętych kryteriów ilościowych zob. M. Bernaczyk, M. Jabłoński, K. Wygoda, Biuletyn Informacji Publicznej..., s. 157.

⁴⁴ Postanowienie NSA z 21.11.2006 r., I OSK 1231/06, SIP LEX nr 320831.

⁴⁵ Zob. wyrok NSA w Warszawie z 20.06.2002 r., II SAB 113/02, SIP LEX nr 78061. Wyrok NSA z 26.08.2004 r., OSK 416/04, niepubl., podajemy za I. Kamińska, M. Rozbicka-Ostrowska, Dostęp do informacji publicznej. Orzecznictwo sądów administracyjnych, Warszawa 2007, s. 60.

⁴⁶ Opubl. w ONSA i WSA 2005, nr 4, poz. 63.

⁴⁷ W uzasadnieniu NSA stwierdził, że „przepis art. 4 ustawy powinien być interpretowany w kontekście art. 61 ust. 1 Konstytucji RP, który wskazuje, działalność jakich podmiotów stanowi przedmiot informacji. [...] Przykładowe wyliczenie podmiotów zobowiązanych w art. 4 ust. 1 w punktach od 1 do 5 jest poprzedzone ogólnym wyrażeniem, że są to «władze publiczne oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne». Oznacza to, że przy dokonywaniu oceny, czy dany podmiot jest zobowiązany do udostępniania informacji publicznej, konieczne jest w każdym wypadku ustalenie, czy podmiot ten mieści się w tym ogólnym określeniu «władze publiczne oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne»”; ibidem. Por. także uwagi w przypisie nr 43 zamieszczonym w: M. Bernaczyk, M. Jabłoński, K. Wygoda, Biuletyn Informacji Publicznej..., s. 34. Na temat „zadania władzy publicznej” i „zadania publicznego” zob. M. Bernaczyk, Obowiązek bezwzrostowego udostępniania..., s. 83.

⁴⁸ Odmienne E. Czarny-Drożdżejko, Funkcjonowanie prokuratury a dostęp do informacji publicznej, Prokuratura i Prawo, nr 11 z 2008 r., s. 79.

⁴⁹ Zob. art. 3 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U.05.249.2104 ze zm.).

⁵⁰ Zob. J. Trzciniński, Sądowictwo administracyjne gwarantem konstytucyjnego dostępu do informacji publicznej, (w:) Materiały Konferencji „Dostęp do informacji publicznej – rozwój czy stagnacja?” zorganizowanej 6 czerwca 2006 r. przez Instytut Nauk Prawnych PAN, NSA i RPO, Warszawa 2008, s. 28-29.

⁵¹ Zgodnie z art. 4 ust. 1 Prawa prasowego „przedsiębiorcy i podmioty niezaliczone do sektora finansów publicznych oraz niedziałające w celu osiągnięcia zysku są obowiązane do

3.2. Wyodrębnienie sprawcy czynu w strukturze organizacyjnej

Skoro podmiotem omawianego czynu zabronionego może być tylko osoba fizyczna, sprawcą będzie m.in. osoba kierująca podmiotem określonym w art. 4 ust. 1 i 2 u.d.i.p., która nie udostępniła informacji publicznej, np. wójt (burmistrz, prezydent), wojewoda, powiatowy inspektor nadzoru budowlanego, dyrektor izby skarbowej, naczelnik urzędu skarbowego, dyrektor urzędu kontroli skarbowej, członkowie zarządu spółki handlowej z udziałem Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, kierownik komunalnego zakładu budżetowego, rektor państwowej szkoły wyższej, prezes sądu, prokurator rejonowy (okręgowy, apelacyjny). W takich sytuacjach wyodrębnienie potencjalnego sprawcy następuje za pomocą przepisów o ustroju danego podmiotu, które z reguły odnoszą się wprost do zagadnienia „reprezentacji podmiotu” (por. art. 22 § 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych⁵⁸).

Powyższa wskazówka będzie jednak trącić truizmem, o ile nie podkreślimy, że w realiach funkcjonowania podmiotów zbiorowych wykonywanie ustawowych zadań opiera się na skomplikowanych relacjach pomiędzy przełożonym a podwładnym. Krąg osób odpowiedzialnych za udostępnienie informacji publicznej może być wyznaczony zakresem obowiązków poszczególnych osób funkcjonujących w danej strukturze organizacyjnej. Obowiązek udostępnienia informacji może zostać nałożony na określonego pracownika w związku z jego zatrudnieniem na konkretnym stanowisku na podstawie pragmatyki służbowej, aktów wewnętrznych, regulaminu pracy. Wówczas taki pracownik staje się podmiotem czynu zabronionego z art. 23 u.d.i.p.

Stoimy na stanowisku, że dla bytu ewentualnego przestępstwa pozostaje zaś bez znaczenia, czy podległy pracownik:

- 1) będzie realizował przedmiotowy obowiązek na rzecz osoby reprezentującej daną jednostkę organizacyjną (tzn., czy będzie tylko „faktycznym” autorem przedmiotowego rozstrzygnięcia, które następnie zostanie przedłożone do podpisu kierownikowi jednostki),

czy też:

- 2) będzie realizował ów obowiązek samodzielnie, działając z upoważnienia kierownika jednostki, który z przyczyn organizacyjnych nie weryfikuje stale działalności umocowanego.

Drugi wariant jest o tyle istotny, że w przypadku podejrzenia popełnienia przestępstwa organ powołany do ścigania przestępstw musi ocenić problem delegowania w podmiocie zobowiązanym. Delegowanie w ramach organizacji oznacza czasowe przekazanie przez przełożonego wykonywania części jego kompetencji i zadań podwładnemu z zachowaniem ostatecznej odpowiedzialności za wykonanie przekazanego zadania. Zmienia się osoba wykonująca kompetencję organu przez podejmowanie czynności w prawnych formach, ale upoważniony pracownik nie staje się przez to organem administracyjnym. Jest to upoważnienie do wykonywania kompetencji, a nie przeniesienie kompetencji⁵⁹. W administracji publicznej, która wypełnia znakomitą większość katalogu podmiotów z art. 4 ust. 1 i 2 u.d.i.p., delegowanie występuje pod pojęciem „dekoncentracji wewnętrznej”. Jest ono

znane na wszystkich szczeblach administracji publicznej⁶⁰, jednak wyrażamy głęboką wątpliwość, czy „niedelegowana” odpowiedzialność administracyjna oznacza również zachowanie przy osobie delegującej odpowiedzialności karnej w każdym przypadku. Czym innym jest bowiem odpowiedzialność organu wynikająca z prawa administracyjnego, cywilnego, a czym innym odpowiedzialność karna za czyn człowieka w rozumieniu prawa karnego. Pośrednio potwierdza to stanowisko B. Adamiak, która odrywa źródło dekoncentracji wewnętrznej od osoby piastuna organu. Przytaczając liczne przykłady w ustawach ustrojowych, autorka wskazuje, że ustrój administracji publicznej w Polsce opiera się na koncepcji „organizacyjno-przedmiotowej a nie personalistycznej”⁶¹. Innymi słowy: dekoncentracja wewnętrzna jest skutkiem wykonania kompetencji organu, nie jest ściśle powiązana z osobą piastuna, dlatego opróżnienie stanowiska (brak piastuna), zmiana składu osobowego nie ma wpływu na trwałość aktu będącego podstawą delegowania⁶².

W przypadku podejrzenia popełnienia przestępstwa z art. 23 u.d.i.p. wpiery ustalamy ew. podział i zakres kompetencji pomiędzy przełożonym a podwładnym, co w praktyce sprowadzi się do analizy prawnych form dekoncentracji w danej jednostce (np. przepisów obowiązującego statutu, regulaminu organizacyjnego, upoważnienia indywidualnego⁶³), reżimu załatwiania spraw i obiegu dokumentów⁶⁴.

Należy też zwrócić uwagę na rodzajowy zakres upoważnień, ponieważ przepisy u.d.i.p. odznaczają się – przynajmniej w świetle stanowiska NSA⁶⁵ – swoistym uregulowaniem norm proceduralnych, tak więc Kodeks postępowania administracyjnego (dalej jako: k.p.a.)⁶⁶ będzie stosowany w ograniczonym zakresie. Czynności orzecznicze wynikające z u.d.i.p., a delegowane na podstawie art. 268a k.p.a. dotyczą wydania decyzji odmownej (art. 16 u.d.i.p.). Wydaje się, że należy odróżnić upoważnienie do

⁶⁰ Por. art. 6 ust. 2, art. 37 ust. 1, 2 i 5 ustawy z 8.08.1996 r. o Radzie Ministrów (Dz. U.03.24.199 – tekst jednolity ze zm.), art. 33 ust. 1-4 i art. 39 ust. 1 i 2 ustawy z 8.03.1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 – tekst jednolity ze zm.), art. 38 ust. 2 ustawy z 5.06.1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1592 – tekst jednolity ze zm.), art. 46 ust. 2 ustawy z 5.06.1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1590 – tekst jednolity ze zm.), art. 7 ust. 1 i 3, art. 19 z 23.01.2009 r. o wojewodzie i administracji rządowej w województwie (Dz.U.09.31.206). Zob. także art. 17 ust. 10 i 11 ustawy o prokuraturze (Dz. U. z 2008 r. Nr 7, poz. 39 – tekst jednolity ze zm.) w brzmieniu ustalonym ustawą z 16.07.2009 r. o zmianie ustawy o prokuraturze oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 131 Sejmu VI kadencji).

⁶¹ Zob. B. Adamiak, O podmiotowości organów administracji publicznej w postępowaniu sądownoadministracyjnym, Państwo i Prawo z 2006 r., nr 11, s. 49.

⁶² Zob. B. Adamiak, O podmiotowości organów administracji publicznej..., s. 52. Na temat trwałości upoważnienia zob. wyrok WSA w Warszawie z 29.05.2006 r., I SA/Wa 496/06, Lex nr 227699.

⁶³ Por. § 5 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 18.09.2003 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania wojewódzkich sądów administracyjnych (Dz. U. z 2003 r. Nr 169, poz. 1646) oraz art. 17 § 2 ustawy z 25.07.2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz.U.02.153.1269 ze zm.)

⁶⁴ Zob. załącznik do Rozporządzenia Prezesa RM z 22.12.1999 r. w sprawie instrukcji kancelaryjnej dla organów gmin i związków międzygminnych (Dz.U. z 1999 r. Nr 112, poz. 1319 ze zm.), załącznik do Rozporządzenia Prezesa RM z 18.12.1998 r. w sprawie instrukcji kancelaryjnej dla organów powiatu (Dz.U. z 1998 r. Nr 160, poz. 1074 ze zm.), załącznik do Rozporządzenia Prezesa RM z dnia 18.12.1998 r. w sprawie instrukcji kancelaryjnej dla organów samorządu województwa (Dz.U. z 1998 r. Nr 160, poz. 1073 ze zm.), załącznik do Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 18.12.1998 r. w sprawie instrukcji kancelaryjnej dla zespolonej administracji rządowej w województwie (Dz.U. z 1998 r. Nr 161, poz. 1109 ze zm.).

⁶⁵ W świetle wyroku NSA z 24.05.2006 r. (I OSK 601/05) „uzasadnienie niestosowania kodeksu postępowania administracyjnego do postępowania przed wydaniem decyzji o odmowie lub umorzeniu postępowania można upatrywać w tym, że wołą prawodawcy jest odformalizowanie tego postępowania”, opubl. w SIP LEX nr 236545.

⁶⁶ Ustawa z dnia z dnia 14.06.1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2000 r., nr 98, poz. 1071 – tekst jednolity ze zm.)

⁵⁸ Dz.U. z 2001 r. Nr 98, poz. 1070 ze zm.

⁵⁹ Zob. B. Adamiak, J. Borkowski, Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz, Warszawa 2008, s. 904 i literatura tam powołana.

wydawania decyzji odmownych na podstawie art. 268a k.p.a. od upoważnienia do dokonywania czynności materialno-technicznych nieobjętych materią postępowania administracyjnego, lecz wynikających bezpośrednio z u.d.i.p. Chodzi tu o zawiadomienie, o tym, że wnioskowana informacja nie jest: informacją o sprawach publicznych (art. 1 ust. 1 u.d.i.p.), zawiadomieniem o braku przesłanki posiadania informacji publicznej (art. 4 ust. 3 u.d.i.p.), zawiadomieniem ze wskazaniem innego trybu dostępu do wnioskowanej informacji publicznej (art. 1 ust. 2 u.d.i.p.), odesłaniem do informacji publicznej ogłoszonej w BIP (art. 10 ust. 1 u.d.i.p.), powiadomieniem o powodach opóźnienia (art. 13 ust. 2 u.d.i.p.), powiadomieniem o przyczynach braku możliwości udostępnienia informacji zgodnie z wnioskiem i wskazaniem, w jaki sposób lub w jakiej formie informacja może być udostępniona niezwłocznie (art. 14 ust. 2 u.d.i.p.), powiadomieniem o kosztach dodatkowych (art. 15 ust. 2 u.d.i.p.)⁶⁷.

Pracownik umocowany do udostępniania informacji wykonuje szereg czynności zmierzających do wypełnienia przedmiotowego obowiązku (np. dokonuje weryfikacji informacji będących w posiadaniu jednostki, sporządza dla kierownika reprezentującego jednostkę projekt decyzji odmownej lub inne pismo będące odpowiedzią na wniosek obywatela o udostępnienie informacji publicznej) i jeżeli go nie wykona, to może zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej z art. 23 u.d.i.p.

Wątek podziału obowiązków w ramach struktury organizacyjnej jest nieistotny dla sądów administracyjnych⁶⁸ lub cywilnych weryfikujących procedurę udostępnienia informacji publicznej. Wyjątkowo, w przypadku wątpliwości sąd administracyjny bada, czy osoby wykonujące kompetencje legitymują się odpowiednim umocowaniem, niezależnie od tego, czy chodzi o wydawanie decyzji administracyjnej, czy też o podejmowanie innych aktów lub czynności z zakresu administracji publicznej, dotyczących uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa⁶⁹. Bez znaczenia są również przyczyny błędnej kwalifikacji prawnej, opieszałość w udostępnianiu informacji publicznej, zawinienie lub jego brak⁷⁰. Jednakże wszystkie te okoliczności nabierają kapitalnego znaczenia dla organów ścigania, które muszą odtworzyć przebieg procesu decyzyjnego z odniesieniem do zespołu ludzkiego, tworzonego nierzadko przez pokąźną grupę osób. Wydaje się, że ustawodawca od samego początku widział potrzebę mechanizmów zindywidualizowania odpowiedzialności za nieudostępnienie informacji publicznej⁷¹ i tym tłumaczymy rozwiązanie umieszczone w art. 8 ust. 6, art. 12 ust. 1, art. 16 ust. 2 pkt 2 u.d.i.p.

Powołane przepisy nakładają obowiązek oznaczania informacji publicznych danymi określającymi podmiot udostępniający informację, danymi określającymi tożsamość osoby, która wytworzyła informację lub odpowiada za treść informacji czy też imionami, nazwiskami i funkcjami osób, które zajęły stanowisko w toku postępowania o udostępnienie informacji⁷², a także oznaczenie podmiotów, ze względu na dobra których odmówiono dostępu, co służy ustaleniu osób zaangażowanych w proces udostępnienia informacji. Doświadczenie wyniesione z praktyki uczy, że kierownicy i pracownicy podmiotów publicznych, być może z niechęci lub niewiedzy, traktują ów obowiązek dość swobodnie, nie dostrzegając, że ujawnienie informacji o osobach odpowiedzialnych za informację lub współuczestniczących w jej wytworzeniu leży również w ich interesie. Wiele podmiotów publicznych korzysta z pomocy prawnej świadczonej przez profesjonalistów (zob. art. 6 ust. 1 ustawy z 6.07.1982 r. o radcach prawnych⁷³ lub ustawy z dnia 26.05.1982 r. Prawo o adwokaturze⁷⁴), co pozwala przyjąć założenie, że pracownicy mogą rozstrzygać z pomocą specjalisty praktyczne problemy z zakresu ochrony danych osobowych i dostępu do informacji publicznej. W interesie pracownika ubiegającego się o opinię prawną leży ujawnienie imienia i nazwiska osoby, która poradziła lub zaopiniowała metodykę udostępnienia (np. zakres anonimizowanych danych) lub zaleciła odmowę udostępnienia danych. Podkreślamy ten element, ponieważ ewentualna porada lub opinia prawna może być istotna z punktu widzenia błędu sprawcy co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego.

„Indywidualizując” informację poprzez wskazanie tożsamości osoby (imienia i nazwiska), pozbawiamy wrażenia, że informacja jest anonimowa⁷⁵, bo tak można odebrać np. komunikat o wytworzeniu informacji przez „sąd”, „urząd” czy „spółkę”. „Spersonifikowanie” informacji stanowi wyraz budowy zaufania obywateli do państwa i stosowanego przezeń prawa, natomiast na płaszczyźnie karnoprocesowej (teoretycznie) ułatwia czynności wyjaśniające. Nie wyklucza to jednak ustaleń (ani nie zwalnia z ich przeprowadzenia) na okoliczność procedowania z wnioskiem o udostępnienia informacji publicznej (lub informację skierowaną do ogłoszenia w BIP⁷⁶), niezależnie od tego, czy oznaczenie informacji publicznej w trybie w art. 8 ust. 6, art. 12 ust. 1, art. 16 ust. 2 pkt 2 u.d.i.p było prawdziwe, fałszywe⁷⁷ czy też z jakichkolwiek powodów go zabrakło⁷⁸.

Zarówno osoba kierująca jednostką organizacyjną, jak i podwładny, któremu powierzono obowiązek udostępniania informacji publicznej mogą być zatem dwoma niezależnymi podmiotami

⁶⁷ Nie przekreślając praktycznych trudności w stosowaniu u.d.i.p., w orzecznictwie i piśmiennictwie zaakceptowano taką klasyfikację (zob. G. Sibiga, Prawne formy działania podmiotów udostępniających informację publiczną na żądanie indywidualne (w:) Materiały Konferencji „Dostęp do informacji publicznej – rozwój czy stagnacja?” zorganizowanej 6 czerwca 2006 r. przez Instytut Nauk Prawnych PAN, NSA i RPO, Warszawa 2008, s. 32-33), o konsekwencjach wyboru określonych form działania zob. A. Korzeniowska, Postępowanie przed samorządowymi kolegiami odwoławczymi w sprawach z zakresu dostępu do informacji publicznej (w:) Cz. Martysz, A. Matan, Pozycja samorządowych kolegów odwoławczych w postępowaniu administracyjnym, Zakamycze 2005, s. 179-180. Odmianą klasyfikację, aczkolwiek bez uzasadniania, proponuje E. Czarny-Drożdziejko, Karna ochrona prawa do informacji publicznej, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, 2005 r., z. 2, s. 167.

⁶⁸ Zob. Wyrok WSA w Warszawie z 24.05.2007 r., II SAB/Wa 207/06, opubl. w SIP LEX nr 344205.

⁶⁹ Zob. wyrok NSA z 9 lipca 2009 r., I OSK 1219/08, opubl. w Bazie Orzeczeń NSA.

⁷⁰ Zob. wyrok WSA w Warszawie z 23.11.2005 r., II SAB/Wa 167/05, opubl. w SIP LEX nr 213423.

⁷¹ Por. M. Bernaczyk, M. Jabłoński, K. Wygoda, Biuletyn Informacji Publicznej..., s. 43.

⁷² Takim stanowiskiem będzie np. opinia prawna radcy prawnego urzędu w sprawie zakresu udostępnianych informacji lub pisemna informacja pracownika przekonanego, że polecenie przełożonego jest niezgodne z prawem albo zawiera znamiona pomyłki (art. 77 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy o pracownikach samorządowych), a także pisemne potwierdzenie polecenia (art. 77 ust. 2 zdanie drugie ustawy o pracownikach samorządowych).

⁷³ Dz.U. z 2002 r. Nr 123, poz. 1059 – tekst jednolity ze zm.

⁷⁴ Dz.U. z 2009 r. Nr 146, poz. 1188 – tekst jednolity ze zm.

⁷⁵ T.R. Aleksandrowicz, Komentarz do ustawy o dostępie do informacji publicznej, Warszawa 2002, s. 156.

⁷⁶ Zob. M. Bernaczyk, M. Jabłoński, Praktyczne problemy wdrażania ustawy o dostępie do informacji publicznej, Elektroniczna Administracja, nr 6 z 2006 r., s. 12-13.

⁷⁷ Co może rodzić odpowiedzialność z art. 271 k.k., jednak zagadnienie ew. zbiegu w prawie karnym pozostawiamy odrębnemu opracowaniu.

⁷⁸ Teoretycznie nie da się wykluczyć sytuacji, w której podmiot zobowiązany posiada informację publiczną, jednak mimo należytej staranności nie wie, kto jest jej wytwórcą. W takiej sytuacji „odpowiedzialność za treść” można rozumieć jako wynikającą z faktycznego władania nośnikiem informacji odpowiedzialność za zachowanie zdolności do przetwarzania informacji publicznej. Por. M. Bernaczyk, Obowiązek bezwnioskowego udostępniania..., s. 156 i nast.

przestępstwa indywidualnego z art. 23 u.d.i.p. (sprawcami pojedynczymi). Mogą również dokonać omawianego czynu zabronionego poprzez niektóre formy współdziałania przewidziane w art. 18 § 1 Kodeksu karnego (dalej: k.k.)⁷⁹.

Możliwa jest odpowiedzialność karna z art. 23 u.d.i.p. dwóch podmiotów przestępstwa indywidualnego jako sprawców pojedynczych, także w przypadku, gdy dochodzi do jednoczesnego dokonywania przez nich czynu zabronionego, jednak nie towarzyszy im porozumienie ani świadomość współdziałania. Brak elementu porozumienia i świadomości współdziałania po stronie obu podmiotów przy jednoczesnym zrealizowaniu ustawowych znamion czynu zabronionego z art. 23 u.d.i.p. powoduje, że mamy do czynienia z osobliwym w praktyce sprawstwem koincydentalnym⁸⁰. Zobrazujmy to przykładem.

- Podwładny sporządza tzw. pismo informacyjne⁸¹ *de facto* odmawiające udostępnienia informacji publicznej⁸², ponieważ z jakiejś przyczyny nie chce wykonać nałożonego na niego obowiązku. Jako powód odmowy wskazuje, że jednostka organizacyjna nie posiada żądanej informacji (zob. art. 4 ust. 3 u.d.i.p.), co nie jest prawdą, a następnie przedkłada kierownikowi jednostki (aprobantowi) do podpisu projekt przedmiotowego pisma. Materia wnioskowanej informacji publicznej jest bardzo „popularna”, więc przełożony doskonale wie, że informacja znajduje się w posiadaniu jednostki⁸³. Nie docieka jednak, z jakiego powodu podwładny przyjął, że jednostka nie jest w posiadaniu tej informacji, godzi się z efektem tego rozstrzygnięcia, podpisuje je i wysyła zainteresowanemu obywatelowi.

Na marginesie wskazujemy, że największą słabością u.d.i.p. jest brak instrumentu weryfikującego fakt posiadania żądanej informacji, jeśli adresat żądania zaprzeczy, że takową dysponuje. Skarga na bezczynność nie jest wystarczającym środkiem⁸⁴. Można sobie wyobrazić, że w pewnych przypadkach organ wyższego stopnia wejdzie w posiadanie informacji, której odmówił organ podległy,

za czym idzie możliwość udostępnienia informacji skarżącemu w instancji odwoławczej⁸⁵, aczkolwiek to jest uzależnione od wartości akt sprawy. Kompetencje sądów administracyjnych wykluczają fizyczną ingerencję w zasoby podmiotu zobowiązanego, co już zasygnalizowano w orzecznictwie⁸⁶. W takich sytuacjach pozostaje jedynie przeszukanie podmiotu zobowiązanego, co może nastąpić w ramach postępowania przygotowawczego⁸⁷. W praktyce trudno wyobrazić sobie realne zaangażowanie organów powołanych do ścigania przestępstw w weryfikację przesłanki posiadania (art. 4 ust. 3 u.d.i.p.), jeżeli pokrzywdzony co najmniej nie uprawdopodobni istnienia wnioskowanej informacji za pomocą źródeł osobowych lub rzeczowych. Sygnalizujemy, że wraz ze wzrostem świadomości prawnej rośnie przekonanie, że w ramach ustawowych kompetencji podmiot zobowiązany powinien posiadać informacje określonego typu, dlatego zainteresowani coraz rzadziej zadowolają się twierdzeniem, że podmiot zobowiązany nie posiada wnioskowanej informacji⁸⁸.

Możliwa jest też odpowiedzialność karna dwóch podmiotów przestępstwa indywidualnego jako współsprawców, działających wspólnie i w porozumieniu ze sobą. Zgodnie z art. 18 § 1 k.k. odpowiada za współsprawstwo ten, kto wykonuje czyn zabroniony wspólnie i w porozumieniu z inną osobą. Do przyjęcia konstrukcji współsprawstwa konieczne jest, aby co najmniej dwaj współdziałający wykonywali czyn zabroniony wspólnie i w porozumieniu⁸⁹. Istotą współsprawstwa przy omawianym typie czynu zabronionego będzie zatem oparte na porozumieniu wspólne zachowanie sprawców polegające na zaniechaniu udostępnienia informacji publicznej, z których każdy obejmuje swym zamiarem urzeczywistnienie wszystkich znamion przedmiotowych omawianego czynu. Niezbędnym warunkiem dla przyjęcia konstrukcji współsprawstwa jest porozumienie, polegające na wzajemnym uzgodnieniu przez współsprawców woli popełnienia przestępstwa oraz ich świadome współdziałanie. Ilustruje to przykład:

- Osoba kierująca jednostką organizacyjną wspólnie i w porozumieniu z pracownikiem tej jednostki umawiają się co do przesłanek decyzji kierownika odmawiającej udostępnienia informacji publicznej. Oboje chcą (godzą się) z jakiegoś powodu zaniechać wykonania ciążącego na nich obowiązku. Zakładamy, że do rutynowych obowiązków pracownika należy przygotowywanie dla kierownika treści przedmiotowych decyzji. I tak oto wójt gminy (przełożony) oraz pracownik urzędu gminy (podwładny) umocowany na podstawie art. 18 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako: p.z.p.)⁹⁰ uma-

⁷⁹ Ustawa z 6.06.1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. z 1997, Nr 88, poz. 553 ze zm.).

⁸⁰ Szerzej na ten temat zob. G. Bogdan, Z. Cwiągalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k., Warszawa 2007, s. 260. i literatura tam powołana. Por. uzasadnienie wyroku SA we Wrocławiu z 22.05.1992 r., II AKr 122/92, opubl. w SIP LEX nr 21136.

⁸¹ Obowiązek udostępnienia informacji publicznej powstaje wówczas, gdy zostaną spełnione wszystkie przesłanki: 1) żądanie trafi do podmiotu władzy publicznej (art. 4 ust. 1 i 2 u.d.i.p.), zob. postanowienie NSA z 21.11.2006 r., I OSK 1231/06; 2) żądanie dotyczy informacji o „sprawie publicznej” udostępnianej w trybie u.d.i.p. (art. 1 ust. 1 i 2 u.d.i.p.); zob. wyrok NSA z 19.12.2002 r., II SA 3301/02, opubl. w SIP LEX nr 78064; 3) podmiot zobowiązany posiada żadaną informację (art. 4 ust. 3 u.d.i.p.); wyrok WSA w Warszawie z 6.07.2006 r., II SAB/Wa 48/06, opubl. w SIP LEX nr 271609). W przypadku braku którejkolwiek z przesłanek adresat wniosku ustosunkowuje się do niego w drodze pisma informującego o braku określonej przesłanki, nie zaś w formie decyzji administracyjnej, którą zastrzeżono w u.d.i.p. dla decyzji umarzającej albo odmownej (art. 16 u.d.i.p.). Tak też M. Jaśkowska, Dostęp do informacji publicznej w świetle orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego, Toruń 2002, s. 65 z powołaniem na wyrok NSA z 27.09.2002 r., II SAB 289/02.

⁸² Ze względu na brak formy decyzji administracyjnej takiej postaci działania można przypisać „faktyczną odmowę dostępu do informacji publicznej”, Por. E. Jarzęcka -Siwik, Głos w dyskusji (w:) Materiały Konferencji „Dostęp do informacji publicznej – rozwój czy stagnacja?” zorganizowanej 6 czerwca 2006 r. przez Instytut Nauk Prawnych PAN, NSA i RPO, Warszawa 2008, s. 123.

⁸³ Na tym etapie przełożony działając na podstawie art. 304 § 2 k.p.k., powinien zawiadomić o podejrzeniu popełnienia przestępstwa 13 § 1 k.k. w zw. z art. 23 u.d.i.p. Problematyka zbiegu z przestępstwami przeciwko wiarygodności dokumentów wymaga odrębnej analizy.

⁸⁴ Zob. wyrok WSA w Warszawie z 6.07.2006 r., II SAB/Wa 48/06. Szerzej na ten temat ryzyka „manipulacji” lub rozbieżnej praktyki zob. M. Jabłoński, Weryfikacja faktu posiadania informacji publicznej przez podmiot zobowiązany (w:) Materiały Konferencji „Dostęp do informacji publicznej – rozwój czy stagnacja?” zorganizowanej 6 czerwca 2006 r. przez Instytut Nauk Prawnych PAN, NSA i RPO, Warszawa 2008, s. 53-55.

⁸⁵ Zob. M. Jaśkowska, Dostęp do informacji publicznej w świetle orzecznictwa..., s. 71; A. Korzeniowska, Postępowanie przed samorządowymi kolegiami odwoławczymi..., s. 181.

⁸⁶ Tak też uzasadnienie wyroku WSA we Wrocławiu z 13.10.2005, IV SAB/Wr 41/05: „Wprowadzenie żądającego informację w błąd, przez udzielenie niezgodnej z rzeczywistością odpowiedzi co do faktu posiadania informacji, jest przesłanką powodującą powstanie możliwości poniesienia odpowiedzialności w trybie art. 23 powołanej ustawy w zbiegu z innymi przepisami określonymi w kodeksie karnym”.

⁸⁷ Ograniczony zakres ma weryfikacja posiadania na podstawie art. 13 i 17 ustawy z 15.07.1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Tekst jednolity - Dz.U. z 2001 r., nr 14 poz. 147 ze zm.).

⁸⁸ Por. stan faktyczny opisany w postanowieniu NSA z dnia 4.12.2007 r., I OSK 1751/07: „(...) skarżąca podniosła, że twierdzenie Kuratora o nie dysponowaniu w posiadanych zasobach żądanej dokumentacji jest nieprawdziwe, bowiem w 1998 r. organ ten przeprowadził na zlecenie Ministra Edukacji kontrolę w Szkole Podstawowej (...), wobec czego ma obowiązek przechowywać protokoły i zalecenia pokontrolne”, opubl. w SIP Legalis.

⁸⁹ Zob. wyrok SN z 15.05.2001 r., V KKN 730/98, opubl. w „Prokuratura i Prawo” (wkładka), 2001 r., nr 10, s. 1; wyrok SA w Łodzi z 12.07.2000 r., II Aka 122/00, opubl. w „Prokuratura i Prawo” (wkładka), 2001 r., nr 5, s. 25.

⁹⁰ Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 - t.j. ze zm.

wiąją się, że ze względu na określone korzyści (osobiste lub majątkowe) będą utrudniać dostęp do informacji przegrywającym wykonawcom z powołaniem się na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa zwycięzcy przetargu (por. art. 5 ust. 2 u.d.i.p.). Pracownik wie, że przedsiębiorca nie uczynił takiego zastrzeżenia lub też wnioskowane informacje w oczywisty sposób nie mieszczą się w pojęciu tajemnicy przedsiębiorstwa⁹¹.

Możliwa jest również odpowiedzialność karna dwóch podmiotów przestępstwa indywidualnego w oparciu o konstrukcję sprawstwa polecającego pomiędzy osobą kierującą daną jednostką organizacyjną a podległym jej pracownikiem. Zgodnie z art. 18 § 1 k.k. odpowiada za sprawstwo ten, kto wykorzystując uzależnienie innej osoby od siebie, poleca jej wykonanie czynu zabronionego. Sprawca polecający poprzez wykorzystanie stosunku zależności pomiędzy nim a wykonawcą wywiera swego rodzaju presję, będącą szczególnym rodzajem przymusu psychicznego. Presja ta – w zależności od konkretnego przypadku – może spowodować, iż polecenie dokonania czynu zabronionego przybierze formę nakazu bądź rozkazu dokonania czynu zabronionego⁹², a wykonawca nie sprzeciwi się poleceniu⁹³. Obrazuje to kolejny przykład.

- Na skutek presji kierownika podwładny przygotowuje dla niego projekt decyzji odmownej, pomimo że zaznajomwszy się ze stanem faktycznym i prawnym sprawy, doszedł do przekonania o konieczności udostępnienia informacji publicznej. W strukturach organizacyjnych panujących w urzędach państwowych czy samorządowych uzależnienie pracownika od osoby kierującej daną jednostką (sprawcy polecającego) ma charakter formalny, tzn. wynika ze stosunku służbowego. Nietrudno wyobrazić sobie wydanie przez przełożonego polecenia podległemu pracownikowi, aby ten sporządził bezzasadną decyzję o odmowie udostępnienia informacji publicznej albo zniszczył posiadaną informację i powiadomił o jej braku, przy czym zaznaczamy, że wydanie takowego polecenia odbywa się z wykorzystaniem nadrzędności służbowej, a wykonanie go przez pracownika może wynikać z obawy np. przed utratą pracy, brakiem awansu w przyszłości lub inną formą represji pracowniczej.

W piśmiennictwie zaprezentowano błędny – w naszej ocenie – pogląd *E. Czarny-Drożdżejko*⁹⁴, iż bezpośrednim sprawcą oma-

⁹¹ Por. art. 8 ust. 2 i 3, art. 139 ust. 3 p.z.p. oraz art. 11 ust. 4 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.03.153.1503 ze zm. – tekst jednolity).

⁹² Natomiast wydanie polecenia wykonania czynu zabronionego w sytuacji, gdy nie istnieje uzależnienie wykonawcy od wydającego, polecenie nie może prowadzić do odpowiedzialności za sprawstwo polecające. W takim przypadku możliwa jest odpowiedzialność wydającego polecenie za podżeganie, jeżeli wykonawca polecenia nie miał przed jego wydaniem zamiaru popełnienia czynu zabronionego bądź odpowiedzialność za tzw. pomocnictwo psychiczne, jeżeli wykonawca polecenia miał już przed jego wydaniem zamiar popełnienia czynu zabronionego (zob. P. Kardas, teza nr 99 w komentarzu do art. 18 k.k. (w:) G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k., Zakamycze, 2004). Jednakże w strukturach opartych na hierarchii służbowej takie pozbawione stanowczego oddziaływania formy popełnienia czynu ustąpią raczej – zdaniem autorów – sprawstwu polecającemu.

⁹³ Por. art. 25 ust. 3 ustawy o pracownikach samorządowych, art. 18 ust. 3 ustawy o pracownikach urzędów państwowych, art. 77 ust. 3 ustawy o służbie cywilnej, art. 7 ust. 3 ustawy o pracownikach sądów i prokuratury.

⁹⁴ E. Czarny-Drożdżejko, Karna ochrona prawa do informacji publicznej, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, 2005 r., z. 2, s. 162-163.

wianego czynu zabronionego może być tylko osoba kierująca daną jednostką organizacyjną. Autorka omawiając odpowiedzialność karną pracownika za nieudostępnienie informacji publicznej w BIP, przyjęła, iż jest ona możliwa, ale nie bezpośrednio, tylko poprzez zastosowanie art. 21 § 2 k.k., zgodnie z którym, jeżeli okoliczność osobista dotycząca sprawcy, wpływająca chociażby tylko na wyższą karalność, stanowi znamię czynu zabronionego, współdziałający podlega odpowiedzialności karnej przewidzianej za ten czyn zabroniony, gdy o tej okoliczności wiedział, chociażby go nie dotyczyła. Tego poglądu nie można zaakceptować z dwóch powodów.

Po pierwsze, przyjmujemy, że odpowiedzialność karna za nieudostępnienie informacji w internetowym BIP jest ograniczona tylko do specyficznych przypadków (szczegółowe uzasadnienie prezentujemy dalej), co wynika z fundamentalnych zasad konstrukcyjnych u.d.i.p.

Po drugie, zdaniem *E. Czarny-Drożdżejko*, jeżeli podmiot zobowiązany do udzielania informacji publicznej „zleci faktyczne udostępnianie takich informacji, np. w BIP, osobie fizycznej na podstawie umowy cywilnoprawnej”⁹⁵ bądź powierzy ten obowiązek w ramach obowiązków pracowniczych⁹⁶, to w razie zaniechania ich udostępnienia, odpowiedzialności karnej będzie podlegał kierujący podmiotem zobowiązanym. Natomiast wspomniany pracownik będzie podlegał odpowiedzialności karnej, ale nie bezpośrednio, lecz jako współdziałający, jeżeli o okoliczności osobistej, dotyczącej sprawcy czynu zabronionego, wiedział. Taką okolicznością osobistą będzie w tym przypadku obowiązek spoczywający na osobie kierującej daną jednostką, polegający na udostępnianiu informacji⁹⁷. Idąc tokiem rozumowania cytowanej Autorki, należałoby przyjąć, iż nie jest możliwa samodzielna odpowiedzialność osoby (podwładnego), którą kierownik danej jednostki upoważnił do udostępniania informacji publicznej, podczas gdy wcześniej wykazaliśmy, że (zwłaszcza w ramach różnych form dekoncentracji wewnętrznej) upoważniony staje się podmiotem przestępstwa indywidualnego z art. 23 u.d.i.p.

Tymczasem *E. Czarny-Drożdżejko* przyjęła, że taka osoba nie ma cechy podmiotu indywidualnego i nie może odpowiadać bezpośrednio, lecz na zasadzie współsprawstwa z art. 21 § 2 k.k., gdy drugim współdziałającym jest osoba mająca cechę wymaganą dla sprawcy przestępstwa indywidualnego. Uważamy, że przywołane poglądy prowadzą do absurdalnych wniosków. Artykuł 21 § 2 k.k. dotyczy sytuacji, gdy spośród dwóch współdziałających jeden ma cechę wymaganą dla sprawcy przestępstwa indywidualnego, natomiast drugi tej cechy nie posiada, jednakże ponosi odpowiedzialność karną przy spełnieniu przesłanek określonych w tym przepisie⁹⁸. To szczególne uregulowanie odpowiedzialności *ekstraneusa* współdziałającego w popełnieniu przestępstwa indywidualnego obejmuje wyłącznie osoby współuczestniczące w popełnieniu przestępstwa, z wyłączeniem sprawcy pojedynczego⁹⁹. Z kolei przyjęcie konstrukcji współsprawstwa z art. 23 u.d.i.p. wymaga istnienia po stronie obu podmiotów umyślności (typ czynu zabronionego z art. 23 u.d.i.p. nie przewiduje

⁹⁵ E. Czarny-Drożdżejko, Karna ochrona prawa..., s.163.

⁹⁶ Tamże, s. 162.

⁹⁷ Tamże, s. 163.

⁹⁸ Szerzej na ten temat zob. G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k., Warszawa 2007, s. 365.

⁹⁹ Tamże, s. 361-362.

postaci nieumyślnej) oraz występowania elementu porozumienia w kwestii nieudostępnienia informacji publicznej. Zatem w przypadku braku świadomości przełożonego kierującego jednostką o niezgodnej z prawem działalności podwładnego, brak jest możliwości przypisania przełożonemu umyślności działania. W konsekwencji brak jest podstaw do przyjęcia istnienia pomiędzy nimi współsprawstwa (brak elementu woli wspólnego działania oraz porozumienia). Przyjęcie, że podwładny, któremu powierzono obowiązek udostępniania informacji publicznej nie jest podmiotem z art. 23 u.d.i.p., a tym samym konstruowanie współsprawstwa na zasadzie art. 21 § 2 k.k., oznaczałoby jego bezkarność w przypadkach działania „na własną rękę”. W sytuacji, gdy podwładny z tylko sobie znanych pobudek nie chce udostępnić informacji publicznej i nie podejmuje działań zmierzających do jej udostępnienia (np. zachowuje całkowitą bierność, wprowadza wnioskodawcę w błąd, twierdząc, iż nie posiada informacji), to przełożony bez uprzedniego zweryfikowania prawidłowości wykonywania obowiązków przez podwładnego nie dowie się o działaniu sprzecznym z prawem.

Reasumując: zdaniem autorów niniejszego artykułu, powierzenie obowiązku udostępniania informacji publicznej pracownikowi (lub osobie pełniącej funkcję na innej podstawie) powoduje, iż staje się on podmiotem, na którym ciąży obowiązek udostępnienia informacji¹⁰⁰. Z chwilą przyjęcia na siebie obowiązku nabywa cechę indywidualizującą podmiot czynu zabronionego z art. 23 u.d.i.p. Taka wykładania pozwala na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej podwładnego, który działał bez wiedzy przełożonego, niemającego świadomości, że podwładny bezzasadnie odmówił dostępu do informacji publicznej albo zataił fakt posiadania (ew. zniszczył wnioskowaną informację). Możliwe są formy współdziałania kierującego jednostką i podwładnego, któremu powierzono przedmiotowy obowiązek, jednakże nie na podstawie art. 21 § 2 k.k., lecz na zasadach ogólnych z art. 18 § 1 k.k., bowiem w takim przypadku podwładny ma cechę wymaganą dla sprawcy przestępstwa indywidualnego.

Natomiast współdziałanie podmiotów w rozumieniu art. 21 § 2 k.k. może mieć miejsce w przypadku, gdy jeden posiada cechę wymaganą dla sprawcy przestępstwa indywidualnego, natomiast drugi tej cechy nie posiada. Tak więc w przypadku współsprawstwa dla zastosowania tej konstrukcji jeden ze sprawców współdziałających musi mieć cechę wymaganą dla podmiotu przestępstwa indywidualnego (*intranus*). Tytułem przykładu:

- osoba, kierująca jednostką organizacyjną, odpowiedzialna za udostępnianie informacji publicznej (*intranus*) wspólnie i w porozumieniu z pracownikiem tejże jednostki, którego zakres obowiązków nie obejmuje udostępniania informacji publicznej (*ekstraneus*) opracowują sprzeczną z prawem decyzję odmowną.

Odwroćcie relacji „kompetencyjnej” za pomocą upoważnienia będzie również oceniane na tej samej podstawie prawnej. Na przykład:

- podsekretarz stanu został upoważniony przez ministra w trybie art. 37 ust. 2 ustawy z 8.08.1996 r. o Radzie Ministrów do obsługi całości problematyki związanej z kreowaniem wizerunku resortu, w tym do wdrożenia przepisów u.d.i.p.

W perspektywie czasu wpływa wniosek o udostępnienie informacji publicznej, jawnej, aczkolwiek „politycznie kompromitującej”, tak więc obaj funkcjonariusze, motywowani obawą przed odpowiedzialnością polityczną, wspólnie i w porozumieniu, postanawiają zataić fakt istnienia informacji.

W przypadku sprawstwa polecającego odpowiedzialność przełożonego (*ekstraneusa*), zastosowanie konstrukcji z art. 21 § 2 k.k., jest możliwe, gdy wykorzystując uzależnienie podwładnego (*intranus*)¹⁰¹, poleca mu (tzn. wywiera presję) dokonanie czynu zabronionego z art. 23 u.d.i.p. Wówczas sprawca polecający poniesie odpowiedzialność za przestępstwo indywidualne przy zastosowaniu art. 21 § 2 k.k., jeżeli wiedział o właściwości (a to z racji zajmowanego stanowiska jest wielce prawdopodobne), jaką dysponuje bezpośredni wykonawca.

Wykraczając wyobraźnią poza urzędowe struktury, dostrzegamy możliwość zastosowania art. 21 § 2 k.k. także w sytuacji, gdy osoba „z zewnątrz” nakłania osobę, której powierzono przedmiotowy obowiązek tudzież kierującego daną jednostką (*intranus*) do popełnienia omawianego czynu. Rzecz może dotyczyć osób umiejscowionych poza podmiotem władzy publicznej, które wchodzi w nim w określone interakcje (np. wykonawcy zamówień publicznych), lecz w danym stanie faktycznym nie doznają ochrony na podstawie art. 5 ust. 1 i 2 u.d.i.p. Jeśli nie ma przesłanek faktycznych i prawnych, aby przedsiębiorca był beneficjentem „tajemnicy przedsiębiorcy” (art. 5 ust 2 u.d.i.p.), lecz nakłania *intranus* do nieudostępnienia informacji, to w rezultacie poniesienie odpowiedzialność karną z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 23 u.d.i.p.¹⁰²

Sprawcą omawianego czynu zabronionego może być człowiek (osoba fizyczna), który ze względu na wiek i poziom umysłowy jest zdolny do ponoszenia odpowiedzialności karnej¹⁰³. Odpowiedzialność karna jest rodzajem odpowiedzialności osobistej, opartej na winie indywidualnej. Odpowiedzialności karnej nie będą podlegać poszczególne podmioty władzy publicznej. Ustawa z 28.10.2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (dalej: o.p.z.)¹⁰⁴ odgrywa marginalną rolę w praktyce, lecz statuuje odpowiedzialność osób prawnych, jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości, którym odrębne przepisy przyznają zdolność prawną, z wyłączeniem: Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego i ich związków, spółek handlowych z udziałem Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub związku takich jednostek za czyny zabronione, popełnione w ich imieniu lub interesie. Jednakże warunkiem odpowiedzialności jest skazanie osoby fizycznej, działającej w imieniu lub na rzecz podmiotu zbiorowego, który odniósł z przestępstwa popełnionego przez tę osobę bezprawną „korzyść” (zob. art. 3 *in fine*, art. 4 o.p.z.).

¹⁰¹ Zwróćmy uwagę, że ten przykład dotyczy sytuacji, w których kierownik jednostki nie zajmuje się bezpośrednio wypełnianiem obowiązków informacyjnych, ponieważ wskutek „dekoncentracji wewnętrznej” doszło do powierzenia kompetencji podwładnemu. Brak nam miejsca na rozliczne dywagacje dot. źródeł dekoncentracji i związane z tym implikacje, ale w zależności od ustroju prawnego jednostki organizacyjnej może istnieć podstawa do cofnięcia upoważnienia i powrót delegowanej kompetencji do kierownika jednostki. Wówczas kierownik zyskuje warunki do dokonania inkryminowanego czynu samodzielnie.

¹⁰² Zob. wyrok SN z 3.08.206 r., III KK 445/05, Biuletyn Prawa Karnego 2006, z. 8, poz. 1.2.8.

¹⁰³ Zob. art. 10§1 i 2 k.k. oraz art. 31§1 k.k.

¹⁰⁴ Dz. U. Nr 197, poz. 1661 ze zm.

¹⁰⁰ Tak też M. Jabłoński, K. Wygoda, Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz, Wrocław 2002, s. 265-266.

Porównawszy zakresy podmiotowe o.p.z. oraz u.d.i.p., stwierdzamy, że przepisy o.p.z. znalazłyby zastosowanie w przypadku niektórych państwowych lub samorządowych osób prawnych (zob. art. 2 ust. 1 i 2 o.p.z.). Jednakże art. 16 o.p.z. zawiera zamknięty katalog przestępstw, których uprzednie popełnienie przez osobę z art. 3 o.p.z. stwarzałoby podstawę do pociągnięcia podmiotu zbiorowego do odpowiedzialności. Umieszczenie w art. 16 o.p.z. czynu zabronionego z art. 23 u.d.i.p. należy pozostawić ocenie ustawodawcy. Powątpiewamy jednak, czy pociągnięcie do odpowiedzialności publicznego podmiotu zbiorowego służyłoby usprawnieniu działalności ukaranego podmiotu i polepszeniu organizacji pracy. Dostęp do informacji publicznej i ochrona danych osobowych opierają się na (nierzadko kosztownym) przygotowaniu kadry i infrastruktury, a to z kolei jest finansowane ze środków własnych (por. art. 7 o.p.z.). Dyskusjom akademickim pozostawiamy scenariusze, w których podmiot władzy publicznej uzyskiwałby karnoprawną „korzyść” z zatajenia informacji publicznej.