

Kraków, 21 lipca 2020 roku

dr Jacek Duda

Katedra Prawa Karnego Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie

dr Mikołaj Iwański

Katedra Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego

Marek Sławiński

Uniwersytet Jagielloński

OPINIA

do obywatelskiego projektu ustawy o ochronie sygnalistów, przygotowanego przez Fundację im. Stefana Batorego, Helsińską Fundację Praw Człowieka, Forum Związków Zawodowych i Instytut Spraw Publicznych¹

Niektóre rozwiązania zawarte w projekcie i dotyczące problematyki prawa karnego budzą wątpliwości z punktu widzenia gwarancji konstytucyjnych, zastosowanej techniki legislacyjnej oraz względów polityki kryminalnej. Celem niniejszej opinii jest prezentacja zastrzeżeń i uwag do tych z zawartych w projekcie przepisów, które mają znaczenie dla odpowiedzialności karnej. Nadto w opinii uwzględniono potrzebę wdrożenia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1937 z dnia 23 października 2019 roku w sprawie ochrony osób zgłaszających naruszenia prawa Unii (dalej: Dyrektywa 2019/1937).

I. Kwestie różne (art. 3, art. 15)

1. Przepis art. 3 projektu stanowi słowniczek najważniejszych terminów ustawowych. Terminy te wedle propozycji projektodawców nie są ułożone alfabetycznie. Stanowi to niepotrzebne utrudnienie w treści tego przepisu. Dobrym rozwiązaniem byłoby przyjęcie alfabetycznego układu poszczególnych terminów, tym bardziej że taka właśnie praktyka jest zwyczajowo stosowana przez ustawodawcę.

2. Przepis art. 15 dotyczy Komisji do spraw Ochrony Sygnalistów. W ust. 14 wskazane zostały przypadki, w których można odwołać członka Komisji. Jednym z nich jest „skazanie prawomocnym wyrokiem za popełnienie przestępstwa z winy umyślnej” (pkt 3 ust. 14). Kodeks karny z 1997 r. nie posługuje się pojęciami „winy umyślnej” oraz „winy

¹ Przedmiotem opinii jest projekt opublikowany na stronie internetowej <http://www.sygnalista.pl/> (dostęp 17.07.2020).

nieumyślnej”. Zamiast tego używa wyłącznie sformułowania „wina”, bez jakiegokolwiek jego dalszego różnicowania. Kwestia umyślności lub nieumyślności związana jest z realizacją znamion czynu zabronionego (por. art. 9 k.k.). Z tego względu o wiele lepszym rozwiązaniem, dopasowanym do terminologii kodeksu karnego i stosowanym w innych ustawach byłoby: „skazanie prawomocnym wyrokiem za przestępstwo umyślne”². Należy również zauważyć, że pojęcie przestępstwa nie obejmuje przestępstw skarbowych, w związku z czym zgodnie z projektowaną regulacją prawomocne skazanie za przestępstwo skarbowe nie stoi na przeszkodzie dalszemu pełnieniu funkcji członka komisji.

II. Ujawnienie tajemnicy prawnie chronionej (art. 12)

1. Normatywny charakter art. 12 projektu budzi wątpliwości. Nie jest jasne czy przepis ten przewiduje kompetencję do wyjawienia tajemnicy prawnie chronionej, czy stanowi podstawę wyłączenia wszelkiej odpowiedzialności prawnej za ujawnienie takiej tajemnicy. Gdyby miał pełnić pierwszą ze wskazanych funkcji, należałoby sformułować go poprzez nadanie uprawnienia sygnaliście, np. używając sformułowania „Sygnalista jest uprawniony...”, a nie poprzez opisanie konsekwencji tego zachowania. Natomiast gdyby miała to być podstawa wyłączenia odpowiedzialności, należałoby raczej użyć formuły negatywnej („nie ponosi odpowiedzialności...”). Ma to istotne znaczenie z punktu widzenia dalszego postępowania z informacjami objętymi tajemnicą. W przypadku ukształtowania kompetencji zgłaszającego do ujawnienia tajemnicy osoby, którym informacje te zostaną przekazane, staną się depozytariuszami tajemnicy i mogą ponosić odpowiedzialność za jej bezprawne ujawnienie. Natomiast w drugim przypadku nie ciąży na nich obowiązek dyskrecji i przypisanie im odpowiedzialności za dalsze ujawnienie tych informacji byłoby wykluczone. Zaproponowana konstrukcja jest w tym zakresie niejasna i może prowadzić do wątpliwości interpretacyjnych tym bardziej, że przepis ten byłby prawdopodobnie stosowany w ramach różnych reżimów odpowiedzialności (cywilnej, karnej, dyscyplinarnej).

2. Art. 12 projektu stanowi rozstrzygnięcie kolizji występującej pomiędzy dobrami prawnymi, które zabezpiecza obowiązek dyskrecji a ochroną dóbr prawnych naruszanych w ramach wykazywanych nieprawidłowości w odpowiedniej organizacji. Projekt jednoznacznie, bez żadnych zastrzeżeń, przyznaje prymat wykazywaniu nieprawidłowości przed ochroną tajemnicy. Jest to rozwiązanie wątpliwe. Po pierwsze, zastosowana definicja nieprawidłowości jest bardzo szeroka. Zgodnie z art. 3 pkt 1 projektu należy

² Zob. podobne klauzule o takiej treści np. w art. 99 ust. 3 Konstytucji i art. 63 ust. 6 pkt 7 ustawy z dnia 14 grudnia 2016 roku – Prawo oświatowe (Dz.U. z 2017 roku, poz. 60).

przez to sformułowanie rozumieć działania zagrażające interesowi publicznemu, wszelkie naruszenia przepisów prawa powszechnie obowiązującego, obowiązujących u pracodawcy regulacji wewnętrznych lub standardów etycznych wynikających z wiążących pracodawcę aktów samoregulacji. W projekcie przyjęto więc zasadę uprawnienia sygnalisty do ujawnienia tajemnicy niezależnie od charakteru nieprawidłowości, nawet wówczas, gdy stanowią one wyłącznie naruszenie zasad deontologicznych i standardów etycznych. Rozwiązanie takie naraża się na zarzut nieproporcjonalnego ograniczenia ochrony tajemnicy. Warto zauważyć, że definicja „naruszeń” zawarta w Dyrektywie 2019/1937 obejmuje wyłącznie działania lub zaniechania niezgodne z prawem lub sprzeczne z przedmiotem lub celem przepisów unijnych (art. 3 pkt 1 Dyrektywy). Po drugie, w art. 12 projektu nie wyrażono wprost wymogu, aby ujawnienie informacji objętych tajemnicą było konieczne dla wykazania nieprawidłowości (wymóg taki zawarto w art. 21 ust. 2 i 7 Dyrektywy 2019/1937). W konsekwencji ujawnienie tajemnicy prawnie chronionej niejako „przy okazji” w ramach dokonywanego zgłoszenia, nawet wówczas, gdy nie jest to potrzebne dla osiągnięcia celu sygnalizacji, pozostaje pod ochroną art. 12 projektu. **Rozwiązanie takie może dawać pole do nadużyć i stanowi nieproporcjonalną ingerencję w prawo do prywatności i prawo do tajemnicy komunikacji, sprzeczną z art. 31 ust. 3 Konstytucji.**

3. Przedmiotowy zakres art. 12 projektu został ujęty radykalnie szeroko. Pojęcie „tajemnicy prawnie chronionej” obejmuje m.in. informacje niejawne w rozumieniu ustawy o ochronie informacji niejawnych³, w tym informacje objęte klauzulą „ściśle tajne”, których ujawnienie może grozić fundamentom niepodległości i suwerenności państwa (zob. art. 5 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych). Definicja zgłoszenia nieprawidłowości z art. 3 pkt 2 projektu obejmuje zarówno zgłoszenie wewnętrzne, zgłoszenie właściwemu organowi zewnętrznemu oraz podanie informacji do publicznej wiadomości. Konsekwencją tego rozwiązania może być legalność wyjawienia przez sygnalistę, a nawet podania do publicznej wiadomości, szczególnie wrażliwych informacji dla bezpieczeństwa państwa, wyłącznie z powodu istnienia zupełnie błahych nieprawidłowości, nie stanowiących nawet naruszenia prawa. Mechanizm ten w znacznej mierze osłabia ochronę informacji niejawnych. Należy zwrócić uwagę, że Dyrektywa 2019/1937 wyłącza spod ochrony prawnej osoby ujawniające informacje niejawne (art. 21 ust. 2 Dyrektywy).

4. Pojęcie „tajemnicy prawnie chronionej” obejmuje również informacje stanowiące tajemnicę zawodów zaufania publicznego, w tym zawodów prawniczych. W konsekwencji

³ Ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 roku o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz.U. z 2019 roku, poz. 742).

status sygnalisty uprawnia adwokata, radcę prawnego lub notariusza do ujawnienia informacji na temat swojego klienta, w tym również stanowiących tajemnicę obrońcą, traktowaną w ramach całego systemu prawa jako bezwzględna. **Rozwiązanie takie pozbawia zawody prawnicze podstawowego przymiotu zawodu zaufania publicznego. Obowiązek dyskrecji stanowi fundament relacji zaufania koniecznej dla zapewnienia skutecznej i wiarygodnej pomocy prawnej osobom, które tej pomocy potrzebują.** Tymczasem art. 12 projektu uprawnia np. adwokata do ujawnienia odpowiednim organom zewnętrznym, a w pewnych przypadkach do podania do publicznej wiadomości, informacji o nieprawidłowościach w działalności klienta, które przekazane zostały w związku z udzielaniem pomocy prawnej. Również w tym zakresie projekt wykracza ponad obowiązek wdrożenia Dyrektywy 2019/1937, która nie uchybia ochronie tajemnicy zawodów prawniczych i medycznych (art. 3 ust. 3 lit. c). **Wobec powyższego zaproponowane w projekcie rozwiązanie w zaznaczonym zakresie jest nie do pogodzenia z zasadą ochrony zawodów zaufania publicznego (art. 17 ust. 1 Konstytucji), ochroną tajemnicy komunikowania się (art. 49 Konstytucji) i zasadą rzetelnego procesu sądowego (art. 45 ust. 1 Konstytucji).**

5. Nieuzasadnione jest użycie sformułowania „zgłoszenie nieprawidłowości na zasadach i w trybie określonym w ustawie”. Zwroty „na zasadach” i „w trybie” mają charakter synonimiczny, w związku z czym ich kumulacja prowadzi do redundancji informacji normatywnej. Być może celem projektodawcy było wyraźne zasygnalizowanie, że warunkiem uwolnienia od odpowiedzialności za ujawnienie tajemnicy jest dopełnienie przez sygnalistę wszystkich wymogów ustawowych związanych ze zgłoszeniem. Stylistycznie lepszym sformułowaniem byłby wówczas zwrot „zgłoszenie nieprawidłowości zgodnie z przepisami ustawy”.

6. Wobec powyższych uwag należy rozważyć usunięcie z projektu art. 12 jako niezgodnego z wzorcami konstytucyjnymi i mającego niejasny charakter normatywny. W jego miejsce należy rozważyć wprowadzenie odrębnych jednostek redakcyjnych, przewidujących wyłącznie odpowiedzialności prawnej za pewne przypadki naruszenia tajemnicy zawodowej przez sygnalistę. Rozwiązanie takie można byłoby wprowadzić poprzez rozbudowanie art. 14 projektu lub poprzez zamieszczenie odpowiednich klauzul w aktach prawnych regulujących zasady odpowiedzialności cywilnej, karnej i innej. Do takiej hipotetycznej konstrukcji należałoby wprowadzić wymóg konieczności ujawnienia tajemnicy dla wykazania podejrzenia nadużycia oraz wyłączyć spod jej zastosowania ujawnienie informacji niejawnych o klauzuli „tajne” i „ściśle tajne”, a także informacji

stanowiących tajemnicę zawodów prawniczych. Nadto uzasadnione wydaje się ograniczenie wyłączenia odpowiedzialności za ujawnienie tajemnicy zawodowej wyłącznie do przypadków, gdy zgłaszane nadużycia mają kwalifikowany charakter i stanowią naruszenie przepisów prawa powszechnie obowiązującego.

III. Wyłączenie odpowiedzialności karnej za ujawnienie tajemnicy zawodowej (art. 14)

1. Przepis ten przewiduje wyłączenie odpowiedzialności cywilnej i odpowiedzialności karnej za niektóre zachowania sygnalisty realizowane w ramach zgłoszenia nieprawidłowości. Ma on więc eklektyczny charakter, formułując w jednym zdaniu ogólną zasadę prawa cywilnego i prawa karnego. Taką technikę legislacyjną należy ocenić krytycznie. Ze względu na odmienną reżimów odpowiedzialności i związanej z nimi terminologii lepszym rozwiązaniem byłoby ujęcie tych dwóch kwestii w oddzielnych jednostkach redakcyjnych (odrębnych artykułach lub ustępach). Przedmiotem dalszych rozważań będzie tylko druga część przepisu dotycząca wyłączenia odpowiedzialności karnej za ujawnienie lub wykorzystanie informacji stanowiącej tajemnicę zawodową lub informacji niejawniej o klauzuli „zastrzeżone” lub „poufne” (art. 266 § 1 i 2 k.k.).

2. Charakter prawny art. 14 projektu w zakresie, w jakim przewiduje brak odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 266 k.k. budzi wątpliwości. Projekt używa sformułowania „nie może być podstawą odpowiedzialności”, które jest obce zarówno prawu karnemu materialnemu jak i procesowemu. W ramach instytucji prawa materialnego ustawodawca wykorzystuje sformułowania „nie popełnia przestępstwa” (dla okoliczności wyłączających bezprawność i winę) lub „nie podlega karze” (dla okoliczności wyłączających karalność), ewentualnie „nie ma przestępstwa” (art. 213 § 1 k.k.). Stylistyka, którą posługuje się w tym względzie art. 14 projektu jest tym bardziej zaskakująca, że w jego dalszych przepisach zaproponowano wprowadzenie do kodeksu karnego podobnych klauzul wyłączenia odpowiedzialności karnej za niektóre przestępstwa (art. 26 pkt 1 i 3 projektu), gdzie użyto już klasycznego sformułowania „nie popełnia przestępstwa”. Nie jest to wyłącznie problem dogmatycznej czystości instytucji, ale kwestia praktycznie doniosła. Charakter okoliczności wyłączającej odpowiedzialność karną przesądza bowiem o tym, która z negatywnych przesłanek procesowych wskazanych w art. 17 § 1 k.p.k. stanowi podstawę do wydania postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania karnego lub o jego umorzeniu przez odpowiedni organ postępowania przygotowawczego. Biorąc pod uwagę brzmienie art. 14 projektu w konsekwencji nie wiadomo, jaki przepis stanowić powinien podstawę takiej

decyzji procesowej. Dlatego należy postulować ujęcie ewentualnej okoliczności wyłączającej odpowiedzialność karną za ujawnienie tajemnicy jako kontratyp (za pomocą zwrotu „nie popełnia przestępstwa”) lub jako okoliczność wyłączającą karalność (za pomocą zwrotu „nie podlega karze”). Z uwagi na brzmienie art. 21 ust. 7 Dyrektywy 2019/1937 oraz wymóg wyłączenia wszelkiej odpowiedzialności prawnej, na gruncie prawa karnego bardziej zasadne wydaje się zastosowanie konstrukcji kontratypu.

3. Pomiędzy treścią art. 14 projektu a treścią omówionego wcześniej art. 12 zachodzi niespójność. Skoro bowiem zgodnie z art. 12 ujawnienie w zgłoszeniu informacji stanowiących tajemnicę prawnie chronioną nie stanowi naruszenia tej tajemnicy, to art. 14 jest zbędny. Zachowanie takie nie może wówczas realizować znamion czynu zabronionego z art. 266 § 1 lub 2 k.k. U podstaw tego przestępstwa leży norma sankcjonowana nakładająca na określoną osobę obowiązek dyskrecji (w przypadku art. 266 § 1 k.k. jest to zakaz ujawniania informacji uzyskanej w związku z pełnioną funkcją, wykonywaną pracą, działalnością publiczną, społeczną, gospodarczą lub naukową, a w przypadku art. 266 § 2 k.k. zakaz ujawniania informacji niejawnych lub tajemnicy służbowej przez funkcjonariusza publicznego). Skoro sygnalista w ramach zgłoszenia jest zwolniony z obowiązku zachowania dyskrecji na podstawie art. 12 projektu, to prowadzi to do dekompletacji znamion tego typu czynu zabronionego. Prawo karne nie może bowiem sankcjonować zachowań, które na mocy innych przepisów są legalne. Co więcej, art. 12 ma znacznie szerszy zakres zastosowania, przewiduje bowiem również wyłączenie odpowiedzialności karnej za ujawnienie informacji niejawnych o klauzuli „tajne” i „ściśle tajne”, czyli za przestępstwo z art. 265 k.k. Wobec powyższego art. 14 projektu stanowi względem art. 12 *superfluum* ustawowe.

4. W treści art. 14 projektu zignorowano definicję legalną zgłoszenia zawartą w art. 3 pkt 2 projektu. Zgodnie z tym przepisem przez zgłoszenie nieprawidłowości należy rozumieć „każde przekazanie informacji o nieprawidłowościach lub informacji uzasadniających ich podejrzenie powziętych przez sygnalistę w związku z pełnionymi przez niego obowiązkami, świadczoną pracą lub wykonywaną umową, dokonane w dobrej wierze i w interesie publicznym:

- a) pracodawcy lub wyznaczonej osobie (zgłoszenie wewnętrzne),
- b) właściwemu organowi lub
- c) opinii publicznej (zgłoszenie zewnętrzne)”.

Zgodnie z treścią tego przepisu „zgłoszeniem nieprawidłowości” jest więc wyłącznie przekazanie informacji o nieprawidłowościach dokonane w dobrej wierze i w interesie publicznym. W konsekwencji przekazanie informacji bez dobrej wiary lub bez względu

na interes publiczny w ogóle nie stanowi zgłoszenia w rozumieniu ustawy. Tym samym powtórzenie w art. 14 wymogu dobrej wiary i uwzględnienia interesu publicznego stanowi *superfluum*. Co więcej, redakcja taka może prowadzić do dalszych wątpliwości interpretacyjnych. Odmianą konstrukcję ma art. 12 projektu⁴, który posługuje się wyłącznie pojęciem zgłoszenia bez dodania klauzul generalnych. Wobec powyższego można mieć uzasadnione wątpliwości, czy przepisy art. 12 i 14 nie posługują się sformułowaniem „zgłoszenie nieprawidłowości” w dwóch znaczeniach, z których jedno (o którym mowa w art. 12 projektu) jest pozbawione pewnych elementów należących do definicji legalnej (wymogu zachowania dobrej wiary i działania w interesie publicznym). Stanowisko takie mogłoby prowadzić do dalszego rozluźniania wymogów i tak już mającego niezwykle szeroki zakres zastosowania art. 12 projektu i przyjęcia możliwości jego zastosowania nawet wobec osoby, która nie działa z dobrą wiarą ani w interesie publicznym w rozumieniu projektu. Ten sam problem niepotrzebnego odwoływania się do dobrej wiary i interesu publicznego pojawia się również w innych przepisach projektu (zob. art. 4 ust. 1).

5. Powyższe wątpliwości mogłyby prowadzić do konkluzji o potrzebie skreślenia z art. 14 projektu sformułowania „w dobrej wierze i w interesie publicznym”. Wydaje się jednak, że źródłem problemu jest tutaj raczej definicja ustawowa z art. 3 pkt 2 projektu, gdzie zupełnie niepotrzebnie dodano omawiane zwroty ocenne. Prowadzi to do konieczności badania tego rodzaju klauzul generalnych dla samego faktu uzyskania statusu sygnalisty. Tymczasem organy przyjmujące zgłoszenia najczęściej nie będą miały kompetencji do tego rodzaju analizy. Co więcej, rozwiązanie to prowadzić może do arbitralnego odmawiania niektórym osobom tego statusu, szczególnie w procedurach zgłoszenia wewnętrznego i negatywnie oddziaływać na ochronę osób zgłaszających nadużycia. Znacznie lepszym rozwiązaniem byłoby zdefiniowanie zgłoszenia w sposób formalny, po prostu jako przekazania informacji w odpowiedniej procedurze, przy jednoczesnym uzależnieniu ochrony prawnej sygnalisty od spełnienia określonych wymogów. Ochrona ta następuje bowiem ostatecznie w postępowaniu sądowym, przede wszystkim dotyczącym roszczeń z zakresu prawa cywilnego i prawa pracy, gdzie wykładnia klauzul generalnych spoczywać będzie na sądzie.

6. Niezależnie od powyższych uwag należy zauważyć, że również co do użycia pojęcia „dobrej wiary” na potrzeby ustawy można mieć istotne wątpliwości. Z jednej strony bowiem, zgodnie z definicją legalną z art. 3 pkt 3 projektu dobrą wiarę rozumie się jako uzasadnione

⁴ A także klauzule wyłączenia odpowiedzialności karnej zawarte w przepisach zmieniających kodeks karny (art. 26 pkt 1 i 3 projektu).

okolicznościami danego przypadku przekonanie o prawdziwości przekazywanych informacji. Z drugiej jednak strony w art. 4 ust. 3, mającym niejasny, quasi-procesowy charakter, wprowadzono do tego pojęcia dodatkowe elementy. I tak nie stanowi działania w dobrej wierze zgłoszenie nieprawidłowości dokonane w celu sprzecznym z prawem lub zasadami współżycia społecznego oraz zgłoszenie połączone z zatajeniem faktu przyczynienia się do powstania nieprawidłowości. Tymczasem elementów tych nie ma w cytowanej wyżej definicji „dobrej wiary”. Można sobie z łatwością wyobrazić sytuację, w której sygnalista przekazuje prawdziwe informacje (nie podaje nieprawdy w zgłoszeniu), jednocześnie nie wspominając o swoim udziale w nieprawidłowościach, albo nawet niczego nie zataja, ale dokonuje zgłoszenia w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Cel taki przesądza zgodnie z art. 4 ust. 4 projektu o sprzeczności zgłoszenia z zasadami współżycia społecznego. W sytuacjach takich zgłaszający nieprawidłowości nadal podaje prawdziwe informacje, działa więc w dobrej wierze w rozumieniu art. 3 pkt 3 projektu, ale nie przysługuje mu domniemanie z art. 4 ust. 3. W konsekwencji pojawia się wątpliwość co do znaczenia art. 4 ust. 3 w kontekście wyłączenia odpowiedzialności karnej na podstawie art. 14. Wydaje się, że najlepszym rozwiązaniem byłaby całkowita rezygnacja z użycia pojęcia „dobrej wiary” i zastąpienie go warunkiem uzasadnionego przekonania sygnalisty o prawdziwości przekazywanych informacji. Prawdziwość przekazywanych informacji mogłaby wówczas stanowić warunek zastosowania kontratypu i w konsekwencji braku odpowiedzialności karnej.

7. Nieuzasadnione jest użycie w art. 14 projektu zwrotu „z zachowaniem zasad i trybu przewidzianych w niniejszej ustawie”. Po pierwsze pojęcia „zasad” i „trybu” są synonimami (zob. uwaga 5 do art. 12 projektu). Nadto stylistyka tego sformułowania jest odmienna niż zastosowana w art. 12. Tutaj bowiem jest mowa o zgłoszeniu „z zachowaniem zasad i trybu”, podczas gdy w art. 12 o zgłoszeniu „na zasadach i w trybie”. Różnica stylistyki jest nieuzasadniona. Nadto zbędne jest użycie zwrotu „w niniejszej ustawie”, podczas gdy w art. 12 mowa jest jedynie o ustawie. Z lektury projektu nie wynika, aby użycie samego słowa „ustawa” bez dodatkowego dookreślenia oznaczać miało inny akt normatywny niż właśnie projektowana ustawa.

8. Ograniczenie konstrukcji wyłączenia odpowiedzialności karnej sygnalisty jedynie do art. 266 k.k. jest nieuzasadnione. Należy zauważyć, że nie jest to jedyny przepis prawnokarny sankcjonujący naruszenie obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej. Niekiedy ustawodawca konstruuje typy czynów zabronionych chroniących obowiązek dyskrecji w ramach ustaw pozakodeksowych, regulujących określony zawód zaufania

publicznego lub działalność regulowaną. Przepisy takie będą mają charakter *lex specialis* względem art. 266 § 1 k.k., a nadto charakteryzują się niekiedy znacznie większą represyjnością. Konstruując klauzulę wyłączenia odpowiedzialności karnej za ujawnienie tajemnicy zawodowej należałoby uwzględnić następujące typy czynów zabronionych:

- art. 171 ust. 5 ustawy – Prawo bankowe⁵, penalizujący ujawnienie tajemnicy bankowej;
- art. 179 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi⁶, penalizujący ujawnienie tajemnicy maklerskiej;
- art. 439 ust. 1 i 2 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej⁷, penalizujący ujawnienie tajemnicy ubezpieczeniowej;
- art. 23 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁸, penalizujący ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Należy przy tym wyrazić wątpliwość, czy w ogóle enumeratywne wskazywanie przepisów, których klauzula wyłączenia odpowiedzialności karnej miałyby dotyczyć, jest rozwiązaniem optymalnym. Niesie ono ze sobą ryzyko pominięcia niektórych regulacji, czy to już obowiązujących, czy też przy okazji zmiany stanu normatywnego w tym zakresie. Lepszym rozwiązaniem byłoby użycie ogólnego sformułowania charakteryzującego czyn zabroniony, za który odpowiedzialność karna byłaby wyłączona. Poprawny byłby zwrot „ujawnia tajemnicę prawnie chronioną” albo „ujawnia informacje podlegające ochronie”, w zależności od stylistyki całości przepisu.

9. W ramach dokonania zgłoszenia nieprawidłowości może dojść również do realizacji znamion innych przepisów karnych, niż te chroniące nakaz dyskrecji. W Dyrektywie 2019/1937 nałożono na państwa członkowskie obowiązek wyłączenia odpowiedzialności (w tym odpowiedzialności karnej) sygnalisty za zniesławienie, naruszenie praw autorskich, naruszenie tajemnicy, naruszenie przepisów o ochronie danych oraz naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa przy dokonaniu zgłoszenia lub ujawnienia publicznego. O ile możliwość popełnienia przez sygnalistę czynu zabronionego z ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych⁹ wydaje się wątpliwa, o tyle istnieje jeszcze konieczność uwzględnienia w klauzuli (lub klauzulach) wyłączenia odpowiedzialności karnej z art. 107 ustawy o ochronie

⁵ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 roku – Prawo bankowe, t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 2357.

⁶ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 roku o obrocie instrumentami finansowymi, t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 89.

⁷ Ustawa z dnia 11 września 2015 roku o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 895.

⁸ Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1010.

⁹ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie autorskim i prawach pokrewnych, t.j. Dz.U. z 2019 roku, poz. 1231.

danych osobowych¹⁰ (przestępstwo nielegalnego przetwarzania danych osobowych). Użyte w art. 12 pojęcie „tajemnicy prawnie chronionej” wydaje się obejmować również informacje stanowiące dane osobowe, choć w tym kontekście lepszy byłby zwrot „informacje prawnie chronione”.

10. Niezależnie od powyższych uwag krytycznych nie ulega wątpliwości, że wprowadzenie do systemu prawnego klauzuli wyłączenia odpowiedzialności karnej sygnalisty za niektóre czyny zabronione, które mogą być popełnione w ramach dokonania zgłoszenia lub ujawnienia publicznego, jest niezbędne wobec nałożonego na Polskę obowiązku wdrożenia art. 21 ust. 7 Dyrektywy 2019/1937. Nie jest jednak oczywiste, czy klauzula taka powinna się znaleźć w przepisach materialnych projektowanej ustawy (lub też ustawy implementującej dyrektywę) czy w kodeksie karnym. Użyte w niej pojęcia mają swoje legalne definicje lub szczególne, techniczne znaczenie. Nie wyklucza to jednak tego drugiego rozwiązania. Już obecnie w kodeksie karnym funkcjonują przepisy, które posługują się ustawowymi odesłaniami („informacje niejawne”, „faktura”). Przepis taki dotyczyłby podstawowych zasad odpowiedzialności karnej i potencjalnie mógłby znaleźć zastosowanie do bardzo wielu typów czynów zabronionych, uregulowanych w kodeksie karnym lub w ustawach pozakodeksowych (na zasadzie odesłania z art. 116 k.k.). Nadto zastosowanie do niego mogłyby znaleźć inne przepisy dotyczące zasad odpowiedzialności karnej, w szczególności regulacja błędu co do okoliczności wyłączającej bezprawność lub winę (art. 29 k.k.). Przepis taki mógłby znaleźć się w rozdziale III części ogólnej kodeksu karnego, zawierającym okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną. Ponieważ w projekcie zaproponowano wprowadzenie podobnych klauzul wyłączenia odpowiedzialności karnej do kodeksu karnego, lepszym rozwiązaniem byłoby ujęcie wszystkich tego rodzaju przepisów w jednym miejscu, a więc właśnie w kodeksie karnym. Należy uznać za niekonsekwentną propozycję wyłączenia odpowiedzialności karnej sygnalisty za przestępstwo z art. 266 k.k. w projektowanej ustawie i jednocześnie wprowadzenie klauzul bezkarności za zniesławienie i fałszywe oskarżenie w ramach projektowanej nowelizacji kodeksu karnego (art. 26 pkt 1 i 3 projektu) Wszystkie takie przepisy powinny znaleźć się w jednym akcie prawnym.

11. Zgodnie z art. 21 ust. 3 Dyrektywy 2019/1937 pozostawiono państwu członkowskim swobodę w podjęciu decyzji o pociągnięciu do odpowiedzialności (w tym również odpowiedzialności karnej) osoby dokonującej zgłoszenia lub ujawnienia publicznego

¹⁰ Ustawa z dnia 19 maja 2018 roku o ochronie danych osobowych, t.j. Dz.U. z 2019, poz. 1781.

za uzyskanie lub dostęp do informacji będących przedmiotem takiego zgłoszenia lub ujawnienia publicznego, jeżeli zachowanie takie stanowi odrębny czyn zabroniony. W ramach polskiego porządku prawnego problem ten może dotyczyć odpowiedzialności za typy czynów zabronionych z art. 267 § 1 – 3 k.k. Dlatego też należałoby rozważyć klauzulę wyłączenia odpowiedzialności karnej sygnalisty również za te przestępstwa.

IV. Przepisy karne (rozdział 5 projektu).

1. Należy zauważyć, że w przepisach karnych projektu przewidziano bardzo niskie ustawowe zagrożenia karą za poszczególne czyny zabronione. W przypadku jednego typu czynu zabronionego zaprojektowano zagrożenie alternatywnie grzywną i karą ograniczenia wolności, a w pozostałych przepisach jedynie grzywną. Rozwiązanie takie generuje wiele problemów. Po pierwsze może prowadzić do niespójności aksjologicznych w systematyce przestępstw. Po drugie można mieć wątpliwości, czy tak łagodne zagrożenia karą realizują nałożony na Polskę Dyrektywą 2019/1937 obowiązek wdrożenia skutecznych, proporcjonalnych i odstrasżających sankcji wobec osób fizycznych lub prawnych, które utrudniają lub usiłują utrudniać dokonywanie zgłoszeń, podejmują działania odwetowe, wszczynają uciążliwe postępowania przeciwko osobom zgłaszającym naruszenia lub dopuszczają się naruszeń obowiązku zachowania poufności tożsamości tych osób, a także wobec osób, które w zgłoszeniu lub w ujawnieniu publicznym przedstawiają nieprawdziwe informacje (art. 23 ust. 1 i 2 Dyrektywy). Nie ulega wątpliwości, że wszystkie przepisy karne dotyczą materii wskazanej w tym przepisie Dyrektywy. Dlatego też należy postulować zmianę zagrożeń karą i wprowadzenie alternatywnego zagrożenia grzywną, karą ograniczenia wolności lub karą pozbawienia wolności do jednego roku lub do lat dwóch.

2. Ponieważ przepisy karne projektu posługują się wyłącznie karami ograniczenia wolności i grzywny bez wskazania granic ustawowych zagrożeń, może zachodzić wątpliwość, czy zaproponowane typy czynów zabronionych stanowią przestępstwa czy wykroczenia. Ponieważ kwestia ta nie została przesądzona wprost, należy przyjąć zasadę, zgodnie z którą jeżeli sankcja w pozakodeksowym przepisie karnym ogranicza się do grzywny lub ograniczenia wolności bez określenia granic tych kar oraz ustawa nie zawiera klauzuli o rozpoznawaniu danych czynów na podstawie przepisów regulujących postępowanie w sprawach o wykroczenia, oznacza to, że przepisy takie stanowią występki¹¹. Tym niemniej na gruncie projektu ustawy kwestia ta może być kontrowersyjna, ponieważ przy określaniu

¹¹ Jest to utrwalone stanowisko Sądu Najwyższego – zob. m.in.: postanowienie z dnia 22 stycznia 2003 roku, I KZP 44/02, OSNKW 2—3, z. 1-2, poz. 20, wyrok z dnia 18 maja 2009 r., III KK 29/09, LEX nr 528609 oraz wyrok z dnia 9 kwietnia 2019 r., V KK 56/19, LEX nr 2647155.

grożącej kary posłużono się sformułowaniem „podlega karze grzywny”. Zwrot taki jest typowy dla stylistyki stosowanej w przypadku wykroczeń, podczas gdy w kodeksie karnym i pozakodeksowych przepisach karnych statuujących przestępstwa ustawodawca od wejścia w życie kodeksu karnego z 1997 roku konsekwentnie używa sformułowania „podlega grzywnie”. Innymi słowy kodeks wykroczeń posługuje się pojęciem „kary grzywny” a kodeks karny pojęciem „grzywny” i taką też stylistykę należy stosować w ustawach pozakodeksowych statuujących przestępstwa.

- **Art. 21 projektu**

1. Przepis art. 21 składa się z dwóch ustępów, z których pierwszy zawiera opis typu czynu zabronionego, zaś drugi klauzulę karalności sprawstwa kierowniczego i polecającego tego czynu. Przepis ten jest obarczony poważanymi błędami stylistycznymi oraz merytorycznymi.

2. Ustęp 1 rozpoczyna się w następujący sposób: „Kto podejmuje działania odwetowe wobec sygnalisty, **jeżeli działania te doprowadziły...**”. Zaznaczone sformułowanie, sprowadzające się do posłużenia się okresem warunkowym, trzeba uznać za niefortunne. Dla zachowania odpowiedniego stopnia precyzji przepisów typizujących lepiej jest zrezygnować z takich sformułowań i opisywać zabronione zachowanie w sposób kategoryczny. Z tego względu lepszym rozwiązaniem byłaby następująca formuła: „Kto, podejmując działania odwetowe wobec sygnalisty, doprowadza do...”.

3. W art. 21 ust. 1 projektu jeden ze skutków działania sprawcy został opisany następująco: „powstanie po stronie sygnalisty ciężkiego **lub nieodwracalnego** uszczerbku na zdrowiu”. Podkreślony zwrot wydaje się zbędny. Przepis ten posługuje się znanym kodeksowi karnemu sformułowaniem „ciężkiego uszczerbku na zdrowiu”. Termin ten posiada swoje ustalone brzmienie, ponieważ art. 156 § 1 k.k. wyraźnie wskazuje, jakiego rodzaju uszkodzenia kwalifikują się jako ciężki uszczerbek na zdrowiu. W rezultacie o wiele lepszym rozwiązaniem byłoby posłużenie się tym właśnie zwrotem („ciężki uszczerbek na zdrowiu”) w treści art. 21 ust. 1 projektu. Wtedy przy interpretacji art. 21 ust. 1 można byłoby po prostu odwołać się do art. 156 § 1 k.k. i utrwalonych poglądów doktryny oraz orzecznictwa na ten temat. Dodać wypada, że w pojęciu ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, o którym mowa w art. 156 § 1 k.k. mieszają się uszczerbki o charakterze nieodwracalnym, stąd dodatkowe wspomnianie o nich w art. 21 ust. 1 projektu nie jest potrzebne.

4. Jednym ze skutków zachowania opisanego w ust. 1 ma być „wywołanie zaniżonej oceny przydatności zawodowej”. Można wyrazić wątpliwość, czy nie jest to znamię zbyt ocenne, a przez to mogące rodzić trudności w praktycznym zastosowaniu. Nadto, ponieważ

dla pociągnięcia do odpowiedzialności za określony w ustawie skutek prawo karne wymaga spełnienia rygorystycznych wymogów jego obiektywnego przypisania, wykazanie powiązania przyczynowego i normatywnego między działaniami odwetowymi a tak opisanym skutkiem może być w praktyce bardzo utrudnione.

5. Ustęp 1 w alternatywny sposób wskazuje dwa skutki, do których ma doprowadzić zachowanie sprawcy: (1) „powstanie ciężkiego lub nieodwracalnego uszczerbku na zdrowiu” lub (2) „wywołanie zaniżonej oceny przydatności zawodowej”. Zestawienie obu tych skutków w ramach jednego typu czynu zabronionego należy uznać za niezrozumiałe z perspektywy aksjologicznej. Ciężki uszczerbek na zdrowiu to najbardziej poważna kategoria naruszeń zdrowia, którą posługuje się kodeks karny (krok dalej jest już tylko sprowadzenie śmierci). Z kolei „wywołanie zaniżonej oceny przydatności zawodowej” wydaje się terminem niezwykle pojemnym, w ramach którego mogą się mieścić zarówno uszczerbki na zdrowiu psychicznym, które podpadają pod ciężki uszczerbek na zdrowiu w myśl art. 156 § 1 pkt 2 k.k. (jako „trwała choroba psychiczna” lub „całkowita albo znaczna trwała niezdolność do pracy w zawodzie” – w tym wypadku wynikająca z choroby psychicznej), jak i takie, które podpadają pod uszczerbek średni lub lekki. W rezultacie w obecnym brzmieniu art. 21 ust. 1 projektu mamy do czynienia z zestawieniem obok siebie dwóch zupełnie nieporównywalnych ze sobą skutków, co należy ocenić jako błąd merytoryczny. Jeżeli zaś przez „wywołanie zaniżonej oceny przydatności zawodowej” rozumieć te uszczerbki psychiczne, o których mowa w art. 156 § 1 pkt 2 k.k., to powyższe sformułowanie jest zbędne, ponieważ wystarczy poprzedzający go zwrot o wywołaniu ciężkiego uszczerbku na zdrowiu.

6. Wypada postawić pytanie, czy art. 21 ust. 1 projektu jest w ogóle potrzebny, skoro w rozdziale XIX k.k. opisano już przestępstwo sprowadzenia ciężkiego uszczerbku na zdrowiu w art. 156 k.k. Co więcej, o wiele łatwiej będzie wykazać realizację znamion art. 156 k.k. niż art. 21 ust. 1 projektu. Oba opisują sprowadzenie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu sygnalisty, przy czym ten ostatni formułuje dodatkowy warunek, aby do tego sprowadzenia doszło w ramach „działań odwetowych”. W rezultacie dla przypisania odpowiedzialności karnej z art. 21 ust. 1 projektu niezbędne jest wykazanie realizacji dodatkowego znamienia modalnego, które nie występuje przy art. 156 k.k.

7. Gdyby wprowadzić art. 21 ust. 1 projektu w życie, to pojawi się problem rozstrzygnięcia zbiegu pomiędzy tym przepisem a art. 156 k.k. Ze względu na to, że oba opisują ten sam skutek, lecz art. 21 ust. 1 dodaje znamię modalne oraz specyficznie opisuje znamię przedmiotu czynności wykonawczej - nie jest nim po prostu inny człowiek, jak w art.

156 k.k., lecz „sygnalista”, to należałoby uznać, że art. 21 ust. 1 stanowi *lex specialis* względem art. 156 k.k., tym samym wyłączając jego zastosowanie. Sytuacja ta z pozoru wydaje się jasna, niemniej jednak jeśli popatrzymy na nią szerzej, to okazuje się, że art. 21 ust. 1 projektu prowadzi do niespójności systemowych. Są one następujące:

- a) Kodeks karny oprócz ciężkiego uszczerbku na zdrowiu penalizuje sprowadzenie uszczerbku średniego i lekkiego (art. 157 k.k.). Projekt nie odnosi się wcale do tych kwestii. Oznacza to, że w sytuacji, gdy działanie odwetowe doprowadzi do wywołania średniego lub lekkiego uszczerbku na zdrowiu sygnalisty, będzie ono kwalifikowane z art. 157 k.k. Trudno znaleźć racjonalne powody, dla których potrzebujemy specjalnego przepisu art. 21 ust. 1 projektu dla kwalifikowania uszczerbków ciężkich, zaś nie potrzebujemy go dla kwalifikowania uszczerbków lekkich i średnich.
- b) Jeżeli kwalifikować sprowadzenie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu sygnalisty z art. 21 ust. 1 projektu, to dojdzie do niespójności aksjologicznej w wymiarze kary. Przepis art. 21 ust. 1 przewiduje sankcję w postaci grzywny lub ograniczenia wolności. Przepis art. 156 k.k. tylko karę pozbawienia wolności nie niższą od lat 3. Trudno zrozumieć dlaczego sprowadzenie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu sygnalisty ma być zagrożone niższą karą niż ta, która na gruncie kodeksu karnego grozi za sprowadzenie lekkiego uszczerbku na zdrowiu (por. art. 157 § 2 k.k.: grzywna, ograniczenie wolności lub pozbawienie wolności do lat 2). Taka sytuacja stanowi niezrozumiały przejaw wartościowania dobra ludzkiego w postaci zdrowia. Co więcej może ona motywować do podejmowania działań odwetowych na sygnalistach, skoro grozi za nie jedynie grzywna lub ograniczenie wolności.
- c) Kolejny problem powstaje w sytuacji, w której sprawca podejmie działania odwetowe prowadzące do powstania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, lecz w ich konsekwencji dojdzie do zgonu sygnalisty. Na gruncie kodeksu karnego istnieje możliwość zakwalifikowania takiej sytuacji jako przestępstwa umyślnie-nieumyślnego z art. 156 § 3 k.k., na gruncie art. 21 ust. 1 projektu nie ma takiej możliwości, co dodatkowo utrudni jego stosowanie.

Problemy związane z niespójnością systemową można przedstawić w ramach następującej tabeli

Zachowanie sprawcy	Skutek	Kwalifikacja prawna	Sankcja
Podjęcie działań odwetowych w celu pozbawienia życia	Śmierć	Art. 148 k.k.	W zależności od konkretnego typu: pozbawienie wolności

			od 8 lat aż do dożywocia
Podjęcie działań odwetowych w celu pozbawienia życia	Wywołanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu	Art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 148 k.k. w zw. z art. 21 ust. 1 projektu w zw. z art. 11 § 2 k.k.	W zależności od konkretnego typu: pozbawienie wolności od 8 lat aż do dożywocia
Podjęcie działań odwetowych w celu wywołania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu	Wywołanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu	Art. 21 ust. 1 projektu	Grzywna lub ograniczenie wolności
Podjęcie działań odwetowych w celu wywołania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu	Śmierć	Problem: nie da się zastosować art. 21 ust. 1 projektu, pozostaje więc art. 156 § 3 k.k.	Pozbawienie wolności od 5 lat, 25 lat, dożywocie
Podjęcie działań odwetowych w celu wywołania średniego uszczerbku na zdrowiu	Wywołanie średniego uszczerbku na zdrowiu	Art. 157 § 1 k.k.	Pozbawienie wolności od 3 miesięcy do lat 5
Podjęcie działań odwetowych w celu wywołania lekkiego uszczerbku na zdrowiu	Wywołanie lekkiego uszczerbku na zdrowiu	Art. 157 § 2 k.k.	Grzywna, ograniczenie wolności, pozbawienie wolności do lat 2

8. Należy również pamiętać, że ponieważ art. 21 projektu nie zawiera klauzuli nieumyślności ani nie stanowi typu czynu zabronionego kwalifikowanego przez następstwo, całość znamion tego przestępstwa musi być więc objęta umyślnością. Przypadki, w których np. przełożony umyślnie stosuje środki odwetowe, ale bez zamiaru wywołania określonych w ustawie skutków, nie są objęte zakresem znamion tego typu czynu zabronionego.

9. Przepis art. 21 projektu jest przepisem przewidującym odpowiedzialność karną. Z tego względu, w oparciu o art. 116 k.k., znajdzie do niego zastosowanie cała część ogólna kodeksu karnego, w tym art. 18 § 1 k.k., który opisuje sprawstwo kierownicze i sprawstwo polecające. Nie ma zatem potrzeby drugi raz opisywać tej kwestii w art. 21 ust. 2

10. Wobec powyższych wątpliwości art. 21 projektu w obecnym brzmieniu należałoby skreślić, a w jego miejsce zastosować rozwiązanie realizujące wymogi art. 23 ust. 1 Dyrektywy 2019/1937. Uzasadnione wydaje się rozważenie penalizacji działań odwetowych jako typu formalnego, bez określenia prawnokarnie relewantnego skutku. Na gruncie przepisów karnych wskazane byłoby jednak unikanie samego terminu „działania odwetowe”. Zgodnie bowiem z art. 3 pkt 4 projektu należy przez nie rozumieć wszelkie działania podejmowane w związku z dokonaniem zgłoszeniem nieprawidłowości, których celem lub skutkiem jest pogorszenie sytuacji sygnalisty. Definicja ta ze swej istoty nie odpowiada wymogom konstytucyjnej zasady określoności czynu zabronionego, nie opisuje

bowiem wystarczająco precyzyjnie zachowania sprawczego. W związku z powyższym należy postulować zastąpienie w przepisie karnym pojęcia działań odwetowych opisem lub opisami konkretnych zachowań, stanowiących najbardziej szkodliwe społecznie, typowe działania odwetowe, z którymi należałoby wiązać sankcję karną. Można w tym zakresie posłużyć się przykładowymi działaniami odwetowymi, opisanymi w art. 10 ust. 1 projektu (w szczególności pkt. 1 – 4).

11. Ponieważ stosowanie działań odwetowych jest zawsze związane ze stosunkiem zależności służbowej lub zawodowej, prawidłowym rozwiązaniem byłoby skonstruowanie penalizującego takie działania czynu zabronionego jako przestępstwa indywidualnego, poprzez dodanie znamienia wymagającego istnienia takiej relacji między sprawcą a pokrzywdzonym.

- **Art. 22**

1. Przepis ten opisuje typ czynu zabronionego polegający na ujawnieniu danych osobowych sygnalisty w sposób sprzeczny z art. 9 niniejszej ustawy. Za jego realizację grozi jedynie kara grzywny. Mając na uwadze powody, które legły u podstaw otoczenia tożsamości sygnalisty ochroną oraz wprowadzenia zasad ujawniania tych danych (art. 9 projektu), wydaje się, że sankcja w postaci grzywny nie odzwierciedla wagi dobra prawnego, z którym tu mamy do czynienia. Zachowanie polegające na ujawnieniu danych sygnalisty co do zasady realizować będzie znamiona innego przestępstwa, mianowicie nielegalnego przetwarzania danych osobowych (art. 107 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie danych osobowych). Zgodnie bowiem z art. 4 ust. 2 RODO¹² przetwarzanie danych osobowych oznacza między innymi przeglądanie, wykorzystywanie i ujawnianie poprzez przesłanie, rozpowszechnianie lub innego rodzaju udostępnianie takich danych. Tymczasem czyn z art. 107 ustawy o ochronie danych osobowych jest zagrożony alternatywnie grzywną, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat dwóch, a w przypadku gdy przedmiotem takiego czynu są dane wrażliwe – karą pozbawienia wolności do lat trzech. W konsekwencji jeżeli traktować art. 22 projektu jako *lex specialis* względem art. 107 ustawy o ochronie danych osobowych, okaże się, że przepis ten nie tylko nie wprowadza karnoprawnej ochrony tożsamości sygnalisty, ale wręcz tę ochronę osłabia. Wobec powyższego czyn zabroniony penalizujący ujawnienie danych osobowych sygnalisty winien być zagrożony sankcją karną wyższą niż przewidziana w art. 107 ust. 1 ustawy o ochronie danych osobowych.

¹² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych).

2. Sformułowanie „niniejsza ustawa” jest niepotrzebne, wystarczy posługiwać się pojęciem „ustawy”, zob. uwaga 7 do art. 14.

• **Art. 23**

1. Przepis ten przewiduje odpowiedzialność karną za dwa czyny zabronione, polegające bądź to na niewprowadzeniu wewnętrznej procedury zgłaszania nieprawidłowości, bądź też na niestosowaniu wprowadzonej procedury. Inspiracją proponowanego unormowania był prawdopodobnie art. 88 projektu ustawy o jawności życia publicznego (wersja z dnia 23 października 2017 r.), nad którym prace toczyły się na poziomie Rady Ministrów i które to prace zostały ostatecznie przerwane pod wpływem przytłaczającej krytyki środowiska ekspertów i organizacji pozarządowych. Krytyka ta dotyczyła także art. 88 projektu (zob. przykładowo opinia Krakowskiego Instytutu Prawa Karnego – Fundacji z dnia 3 listopada 2017 r. do projektu ustawy o jawności życia publicznego¹³). Uwagi krytyczne, z jakim spotkał się wtedy art. 88 projektu, praktycznie w całości można odnieść także do aktualnie proponowanego art. 23. Proponowane unormowanie należy ocenić zdecydowanie negatywnie. Stanowi ono przejaw obcej polskiej kulturze prawnej koncepcji odpowiedzialności obiektywnej, zrywając z podstawowymi zasadami prawa karnego, opartego na zasadzie czynu. W istocie bowiem przepis nie określa żadnego zachowania ludzkiego. Jego redakcja nie odpowiada gwarancyjnym regułom opisów czynów zabronionych pod groźbą kary. **Zarówno Konstytucja (art. 42 ust. 1) jak i kodeks karny (art. 1 § 1) wymagają, aby opis taki zawierał podstawowy element, jakim jest zachowanie sprawcy czynu zabronionego. Tego elementu w ogóle nie ujęto w art. 23 projektu. Tym samym przepis w istocie dotyczy odpowiedzialności obiektywnej, oderwanej od czynu ludzkiego, stosunku psychicznego sprawcy do czynu, a także innych elementów subiektywnych leżących po stronie sprawcy (wina).** Kwestią absolutnie podstawową w redakcji typów czynów zabronionych pod groźbą kary jest wyraźne wskazanie, za jakie zachowanie kierownikowi jednostki sektora finansów publicznych grozi odpowiedzialność karna. W przypadku niewprowadzenia procedury zgłaszania nieprawidłowości, zachowanie to stanowić winno zaniechanie wprowadzenia odpowiedniej procedury. Przepis ten w tym zakresie mógłby brzmieć następująco: „Kierownik jednostki sektora finansów publicznych, który nie wprowadza wewnętrznej procedury zgłaszania nieprawidłowości, podlega karze...”.

2. Ponieważ projekt przewiduje sześciomiesięczny termin na wprowadzenie procedur zgłaszania nieprawidłowości w jednostkach sektora finansów publicznych (art. 32 ustawy),

¹³ Opinia dostępna na stronie internetowej kipk.pl/analizy/ekspertyzy (dostęp: 17.07.2020 r.).

to w istocie pierwsza część art. 23 projektu penalizuje niezastosowanie się do obowiązku wynikającego z tego przepisu. Wydaje się, że w przepisie karnym element ten należałoby zaznaczyć, dodając iż chodzi tu właśnie o niewprowadzenie odpowiedniej procedury w ustawowym terminie. W konsekwencji taki przepis karny mógłby brzmieć następująco: „Kierownik jednostki sektora finansów publicznych, który w terminie o którym mowa w art. 32 nie wprowadza wewnętrznej procedury zgłaszania nieprawidłowości, podlega karze...”. Takie sformułowanie stanowiłoby bezpośrednie odesłanie zarówno do art. 32 projektu, jak i do ewentualnych przepisów innych ustaw, które mogłyby wprowadzać obowiązek stworzenia analogicznych procedur.

3. Penalizacja samego niewprowadzenia procedury zgłaszania naruszeń nie obejmuje wprowadzenia procedury wadliwej, w szczególności nie odpowiadającej wymogom art. 6 projektu. W związku z powyższym należałoby rozważyć dodatkową penalizację niedopełnienia wymogów wskazanych w art. 6 ust. 2 ustawy.

4. W kontekście penalizacji zaniechania wprowadzenia procedury zgłaszania nieprawidłowości wątpliwości budzi odesłanie do art. 8 ustawy. Przepis ten nie reguluje trybu wprowadzenia i wymogów procedury zgłaszania nieprawidłowości (kwestie te zostały zapisane w art. 6 projektu), ale wprowadza termin na rozpatrzenie zgłoszenia i warunki dokonania zgłoszenia zewnętrznego w rozumieniu ustawy (ujawnienia publicznego wedle terminologii Dyrektywy 2019/1937). Penalizacja naruszenia terminu do rozpatrzenia zgłoszenia winna raczej zostać wprowadzona w ramach odrębnego typu czynu zabronionego lub też drugiej części art. 23 projektu, która dotyczy nieprawidłowości w stosowaniu procedury przyjmowania zgłoszeń.

5. W kontekście drugiej części przepisu również nie wskazano prawnokarnie relewantnego zachowania kierownika jednostki sektora finansów publicznych, przewidując jako znamię fakt niestosowania procedury zgłaszania nieprawidłowości w jednostce sektora finansów publicznych. Jest to ujęcie, które także nie odpowiada zasadzie *nullum crimen sine lege* zapisanej w art. 42 ust. 1 Konstytucji (zob. uwaga 1 do art. 23). Przepis taki mógłby brzmieć następująco: „Kierownik jednostki sektora finansów publicznych, który nie stosuje wewnętrznej procedury zgłaszania nieprawidłowości, podlega karze...”.

• Art. 24

1. W przepisie niepotrzebnie zmieniono stylistykę na taką, która nie odpowiada technice konstruowania przepisów karnych. Sformułowanie „osoba” należałoby zastąpić sformułowaniem „kto” albo „sygnalista” (jeżeli ma to być typ indywidualny).

2. W przepisie karnym nie ma potrzeby odwoływania się do świadomości podmiotu czynu zabronionego. Na mocy art. 116 k.k. zastosowanie do niego znajdują przepisy części ogólnej kodeksu karnego. Zgodnie z art. 8 k.k. występki mogą zostać popełnione nieumyślnie wyłącznie wówczas, gdy ustawa tak stanowi. W konsekwencji, jeżeli ustawa nie zawiera tzw. „klauzuli nieumyślności” (np. „kto nieumyślnie...”, „jeżeli sprawca działa nieumyślnie...”), dane przestępstwo ma wyłącznie umyślny charakter. Z kolei zgodnie z art. 9 § 1 k.k. czyn zabroniony popełniony jest umyślnie, jeżeli sprawca ma zamiar jego popełnienia, to jest chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia, na to się godzi. Zgodnie z tym przepisem, aby stwierdzić umyślność zachowania sprawcy konieczne jest wykazanie, że obejmował swoją świadomością (przewidywał możliwość) realizację wszystkich znamion przedmiotowych czynu zabronionego. W związku z tym wystarczające jest wskazanie w opisie czynu zabronionego samej przedmiotowej charakterystyki zachowania, czyli przekazania nieprawdziwych informacji. Mógłby on brzmieć w sposób następujący: Sygnalista, który dokonując zgłoszenia nieprawidłowości, przekazuje nieprawdziwe informacje...”.

3. W przepisie art. 24 projektu ponownie ujawnia się problem wadliwości definicji zgłoszenia nieprawidłowości (zob. uwagi 4 – 6 do art. 14). Jeżeli bowiem zgłoszeniem nieprawidłowości zgodnie z art. 3 pkt 2 projektu jest wyłącznie zgłoszenie dokonane w dobrej wierze, tj. z uzasadnionym przekonaniem o prawdziwości przekazywanych przez sygnalistę informacji (definicja dobrej wiary z art. 3 pkt 3 projektu), to znaczy, że osoba, która świadomie przekazuje informacje nieprawdziwe, w istocie nie dokonuje zgłoszenia. W konsekwencji taka osoba nie realizuje również znamion przestępstwa z art. 24, ponieważ jej zachowanie nie stanowi „zgłoszenia nieprawidłowości” w rozumieniu ustawy. Ze względu na wadliwą definicję zgłoszenia nieprawidłowości art. 24 projektu jest normą pustą i nigdy nie znajdzie zastosowania.

- **Art. 25**

1. Zwrot „odstąpić od jej wymierzenia i umorzyć postępowanie” jest trudny w interpretacji, a przede wszystkim wydaje się nie przystawać do zwyczajowo stosowanych klauzul mitygujących odpowiedzialność w przepisach prawa karnego. Odstąpienie od wymierzenia kary nie oznacza bowiem umorzenia postępowania, gdyż w ramach postępowania karnego można orzec także inne środki niż samą karę. Oprócz tego sam fakt skazania również wywołuje określone skutki, stąd odstąpienie od wymierzenia kary nie jest równoznaczne z brakiem jakichkolwiek konsekwencji wynikających ze skazania.

2. Podobne zarzuty można wysunąć pod adresem sformułowania „złagodzenie kary”. Instytucja taka nie występuje na gruncie polskiego prawa karnego (funkcjonuje za to „nadzwyczajne złagodzenie kary”). Istnieje zatem zasadnicza niejasność, jaka jest relacja pojęcia „złagodzenia kary” do kodeksowego „nadzwyczajnego złagodzenia kary” i jaka jest istota proponowanego rozwiązania (czy stanowi jedynie dyrektywę wymiaru kary w ramach granic ustawowego zagrożenia, czy też instytucję nadzwyczajnego sądowego wymiaru kary, pozwalającą na odejście od granic ustawowego zagrożenia). **Proponowany przepis posługuje się więc konstrukcjami nieznanymi polskiemu prawu karnemu, których istotę i konsekwencje trudno zrekonstruować na podstawie samego jego brzmienia.**

3. Zasadnicze wątpliwości budzi zakres zastosowania tego przepisu. Stanowi on o karze orzekanej z tytułu „naruszenia”, przy czym pojęcie to nie jest definiowane w ustawie. Można jedynie przypuszczać, że chodzi tutaj o nieprawidłowości stanowiące naruszenia przepisów obowiązującego prawa (art. 3 pkt 1 ustawy), ale kwestię tę należałoby doprecyzować. Końcowy fragment art. 25, mówiący o odstąpieniu od wymierzenia kary, a także umiejscowienie przepisu w rozdziale zatytułowanym „przepisy karne” sugeruje, że chodzi tutaj o odpowiedzialność karną osoby fizycznej, czyli odpowiedzialność za przestępstwo lub przestępstwo skarbowe (ewentualnie wykroczenie lub wykroczenie skarbowe) lub (być może) odpowiedzialność podmiotu zbiorowego na podstawie ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary¹⁴. Tymczasem jednak punktu widzenia ogólnych zasad wszystkich tych rodzajów odpowiedzialności, regulacja ta jest zbędna. Odpowiedzialność karna, zarówno za przestępstwa jak i przestępstwa skarbowe ma charakter zindywidualizowany i oparta jest wymogu wykazania winy, pośrednio wyrażonym w art. 42 ust. 1 i 3 Konstytucji. Podstawą takiej odpowiedzialności może być wyłącznie bezprawne, realizujące znamiona odpowiedniego czynu zabronionego i zawinione zachowanie, które w ramach postępowania karnego zostanie przypisane oskarżonemu. Na oskarżycielu, a nie na oskarżonym ciąży obowiązek udowodnienia wszystkich obciążających go okoliczności. W związku z powyższym osoba, która działa prawidłowo, w granicach swoich kompetencji i bez zaniedbań nałożonych na nią obowiązków, nie może ponosić odpowiedzialności karnej za jakiegokolwiek nieprawidłowości występujące w ramach funkcjonowania danego podmiotu gospodarczego. Osoba taka w ogóle nie realizuje znamion przestępstwa, w związku z czym

¹⁴ Ustawa z dnia 28 października 2002 roku o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (t.j. Dz.U. z 2020 roku, poz. 358).

klauzula taka wobec niej jest zbędna. Opisany w art. 25 przypadek nie może być również podstawą odpowiedzialności podmiotu zbiorowego. Zgodnie bowiem z art. 5 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, podmiot zbiorowy podlega odpowiedzialności, jeżeli do popełnienia czynu zabronionego doszło w następnym:

- 1) co najmniej braku należytej staranności w wyborze osoby fizycznej, o której mowa w art. 3 pkt 2 lub 3, lub co najmniej braku należytego nadzoru nad tą osobą - ze strony organu lub przedstawiciela podmiotu zbiorowego;
- 2) organizacji działalności podmiotu zbiorowego, która nie zapewniała uniknięcia popełnienia czynu zabronionego przez osobę, o której mowa w art. 3 pkt 1 lub 3a, podczas gdy mogło je zapewnić zachowanie należytej staranności, wymaganej w danych okolicznościach, przez organ lub przedstawiciela podmiotu zbiorowego.

Przepis ten przewiduje brak odpowiedzialności w sytuacjach analogicznych do tej opisanej w art. 25 projektu. Wobec powyższego projektowana regulacja jest niepotrzebna. Niezależnie od powyższych uwag należy postulować taką redakcję art. 25 projektu, która wyraźnie wskazuje, o jaki rodzaj odpowiedzialności i o jakie czyny tutaj chodzi.

4. Redakcja art. 25 sugeruje, że jego zakres zastosowania jest bardzo szeroki, wykraczając poza materię przewidzianą w projekcie ustawy. Podstawą zaproponowanego w nim wyłączenia odpowiedzialności jest bowiem nie tylko wprowadzenie systemu informowania o nieprawidłowościach, czyli uregulowanej w projekcie procedury zgłoszenia zewnętrznego, ale „dołożenie wszelkich starań, aby nie doszło do nieprawidłowości”. W konsekwencji pojawia się wątpliwość, czy przepis ten może być stosowany w ogóle bez związku z regulacją ustawy i niezależnie od faktu zgłoszenia nieprawidłowości. Wobec powyższych wątpliwości art. 25 w obecnej formie należałoby skreślić.

V. Zmiany w przepisach kodeksu karnego (art. 26 projektu).

1. W art. 26 pkt 1 zwrot „na zasadach i w trybie określonym w tej ustawie” należałoby zastąpić sformułowaniem „zgodnie z przepisami tej ustawy” (zob. uwaga 5 do art. 12).

2. W przypadku uwzględnienia uwag krytycznych pod adresem definicji „zgłoszenia nieprawidłowości” i jej zmiany na mającą formalny charakter (zob. uwagi 4 – 6 do art. 14), w zaproponowanym kontratyple należałoby dodać wymóg prawdziwości uczynionego w zgłoszeniu zarzutu.

3. Wprowadzenie w art. 26 pkt 2 projektu klauzuli niepodlegania karze dla sprawcy przestępstwa płatnej protekcji biernej jest niezrozumiałe i kryminalnopolitycznie nieuzasadnione. Tego rodzaju klauzule w polskim prawie karnym były dotąd stosowane wyłącznie względem osób dopuszczających się łapownictwa czynnego lub płatnej protekcji czynnej (udzielających korzyści majątkowych lub ich obietnicy – art. 229 § 6 k.k. i art. 230a § 3 k.k.), co samo w sobie jest rozwiązaniem kontrowersyjnym i wątpliwym z punktu widzenia międzynarodowych zobowiązań w zakresie zwalczania przestępczości korupcyjnej. Celem takich klauzul jest wprowadzenie obawy u przyjmującego łapówkę co do intencji drugiej strony i w efekcie oddziaływanie w celu powstrzymania się od przyjęcia korzyści majątkowych. Wprowadzenie takiej klauzuli dla osoby dopuszczającej się płatnej protekcji biernej może wręcz zachęcać do tego przestępstwa, ponieważ umożliwia w każdej chwili „rozmyślenie się” sprawcy i zgłoszenie odpowiednim organom bez żadnych konsekwencji. Nadto należy zauważyć, że w efekcie wprowadzenia takiego przepisu obydwie strony przestępstwa płatnej protekcji mają możliwość uniknięcia odpowiedzialności karnej. W konsekwencji to, która strona poniesie tę odpowiedzialność zależeć będzie wyłącznie od przypadku – od tego, kto pierwszy poinformuje o fakcie organy ścigania.

4. W projektowanym przepisie nie dostrzeżono istoty interakcji korupcyjnej, zachodzącej w przypadku przestępstwa płatnej protekcji. Jedną z przesłanek zaproponowanej klauzuli bezkarności jest to, by „korzyść majątkowa lub osobista albo ich obietnica zostały przyjęte” (notabene projekt powtarza w tym zakresie oczywisty błąd gramatyczny, jaki występuje w tym zakresie w kodeksie karnym), przy czym przy przestępstwie tzw. biernej płatnej protekcji to właśnie jej sprawca jest tym, kto przyjmuje korzyść albo jej obietnicę. Wprowadzone unormowanie prowadzi zatem do uzyskania korzyści przez sprawcę płatnej protekcji, a następnie bezkarności za dokonany czyn zabroniony. Zaproponowane rozwiązanie jest ze względów politycznokryminalnych nieakceptowalne i w związku z tym należy postulować skreślenie art. 26 pkt 2 projektu.

5. Wskazane w art. 26 pkt 3 projektu wyłączenie odpowiedzialności karnej sygnalisty za przestępstwo fałszywego oskarżenia (art. 234 k.k.) jest niezrozumiałe. Przestępstwo to popełnia osoba, która przekazuje odpowiedniemu organowi nieprawdziwe informacje dotyczące popełnienia przestępstwa, przestępstwa skarbowego, wykroczenia, wykroczenia skarbowego lub przewinienia dyscyplinarnego. Może ono przybrać kilka form – nieprawdziwość informacji może wynikać z faktu, że czynu w ogóle nie popełniono, czyn został popełniony, ale realizował inne znamiona niż wskazane w oskarżeniu lub też czyn opisany w zawiadomieniu rzeczywiście popełniono, ale wskazano inną osobę jako jego

sprawcę. Jest to wyłącznie przestępstwo umyślne, co oznacza, że aby przypisać odpowiedzialność karną jego sprawca musi być świadomy tego, że przekazywane przez niego informacje są niezgodne z prawdą. Tymczasem zgodnie z art. 3 pkt 2 i 3 projektu zgłoszeniem nieprawidłowości jest wyłącznie działanie z przekonaniem o prawdziwości przekazywanych informacji. Wobec powyższego projektowany art. 234 § 2 k.k. jest wewnętrznym sprzecznym.

5. **Brak jest kryminalnopolitycznego uzasadnienia dla wyłączenia odpowiedzialności karnej sygnalisty za fałszywe oskarżenie w jakiegokolwiek formie. Wszak warunkiem zapewnienia sygnaliście ochrony prawnej jest właśnie prawdziwość przekazywanych przez niego informacji. Egzekwowanie odpowiedzialności z art. 234 k.k. stanowi wręcz wymóg prawidłowego funkcjonowania mechanizmów sygnalizacji i zapobiegania wykorzystaniu tych instytucji prawnych do realizowania innych, niezgodnych z prawem celów.** Kwestia ta została również podkreślona w Dyrektywie 2019/1937, której art. 23 ust. 2 zobowiązuje państwa członkowskie do wprowadzenia sankcji wobec osób, które świadomie dokonują zgłoszenia lub ujawnienia publicznego nieprawdziwych informacji. Być może twórcy projektu planowali objąć ochroną przypadki, w których sygnalista jest subiektywnie przekonany o prawdziwości przekazywanych przez niego informacji obciążających inne osoby, podczas gdy w rzeczywistości są one fałszywe. Byłoby to jednak zachowanie nieumyślne w związku z czym, z uwagi na ogólne zasady odpowiedzialności karnej, nie stanowiłoby realizacji znamion przestępstwa z art. 234 k.k. Tymczasem zaproponowany art. 234 § 2 k.k. wyłącza odpowiedzialność karną za umyślne przekazanie odpowiedniemu organowi postępowania karnego fałszywych informacji.