

*Prof. dr hab. Jarosław Majewski**

Odpowiedzialność karna za nieprzedstawienie do kontroli Najwyższej Izby Kontroli dokumentów lub materiałów a obowiązek zachowania tajemnicy ustawowo chronionej

Pan Profesor Witold Kulesza okazałą część swego bogatego dorobku naukowego poświęcił bardzo ważkiej, a nie zawsze należycie docenianej, problematyce związanej z tzw. kazuistyką przestępstw¹. Z tego względu za przedmiot dedykowanego Jubilatowi opracowania – którym pragnę, choć w tak skromnym stopniu, przyczynić się do uhonorowania Jego dotychczasowych osiągnięć akademickich – postanowiłem obrać także pewne zagadnienie z tego zakresu. Chodzi o kwestię granic kryminalizacji zachowań polegających na nieprzedstawieniu do kontroli Najwyższej Izby Kontroli dokumentów lub materiałów, które zawierają informacje stanowiące którąś z tajemnic ustawowo chronionych, a więc przyczynę do wykładni art. 98 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli². Jest to kwestia z praktycznego punktu widzenia doniosła, zważywszy z jednej strony na liczbę kontroli prowadzonych przez Najwyższą Izbę Kontroli, z drugiej zaś na liczbę rozmaitych autonomicznych ustawowych reżimów ochrony informacji oraz zakres informacji objętych tymi reżimami i podmiotów związanych przez nie obowiązkiem poufności.

737

Zgodnie z art. 2 u.NIK do zadań Najwyższej Izby Kontroli, będącej naczelnym organem kontroli państwowej, należy kontrolowanie

* Uniwersytet im. Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Karnego.

¹ Wymienić tu należy przede wszystkim znakomitą i szeroko cytowaną monografię Jubilata poświęconą odpowiedzialności karnej za zniesławienie i zniewagę (*Zniesławienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w prawie karnym – zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984).

² Dz.U. z 2019 r. poz. 489 ze zm., dalej także – u.NIK.

działalności organów administracji rządowej, Narodowego Banku Polskiego, państwowych osób prawnych i innych państwowych jednostek organizacyjnych oraz organów samorządu terytorialnego, samorządowych osób prawnych i innych samorządowych jednostek organizacyjnych, a także innych jednostek organizacyjnych i podmiotów gospodarczych (przedsiębiorców) w zakresie, w jakim wykorzystują one majątek lub środki państwowe lub komunalne oraz wywiązują się ze zobowiązań finansowych na rzecz państwa. Realizacji tych zadań służą przede wszystkim kontrole przeprowadzane przez Najwyższą Izbę Kontroli w ramach postępowania kontrolnego, które zostało unormowane w rozdziale 3 u.NIK. W myśl art. 28 ust. 1 u.NIK postępowanie kontrolne ma na celu ustalenie stanu faktycznego w zakresie działalności jednostek poddanych kontroli, rzetelne jego udokumentowanie i dokonanie oceny kontrolowanej działalności według kryteriów określonych w art. 5 u.NIK. Osoba przeprowadzająca kontrolę z ramienia Najwyższej Izby Kontroli³ ustala stan faktyczny na podstawie zebranych w toku postępowania dowodów, którymi mogą być w szczególności dokumenty, zabezpieczone rzeczy, wyniki oględzin, zeznania świadków, opinie biegłych oraz pisemne wyjaśnienia i oświadczenia (art. 30 u.NIK).

738 Ażeby zagwarantować odpowiednią efektywność postępowania kontrolnego, a przez to realną możliwość realizacji celu, o którym mowa w art. 28 u.NIK, upoważnionym przedstawicielom Najwyższej Izby Kontroli przyznano szereg uprawnień, a na jednostki kontrolowane i ich kierowników nałożono szereg korespondujących z tymi uprawnieniami obowiązków. W szczególności na podstawie art. 29 ust. 1 pkt 2 lit. b u.NIK osoba przeprowadzająca kontrolę z ramienia Najwyższej Izby Kontroli ma prawo wglądu do wszelkich dokumentów związanych z działalnością jednostek kontrolowanych, pobierania oraz zabezpieczania dokumentów i innych materiałów dowodowych, zaś na podstawie art. 40 ust. 1 u.NIK może żądać od osób, które wykonują lub wykonywały pracę w jednostce kontrolowanej na podstawie stosunku pracy lub innej umowy, udzielenia jej, w terminie przez nią wyznaczonym, ustnych lub pisemnych wyjaśnień w sprawach dotyczących przedmiotu kontroli.

³ Jak stanowią przepisy art. 30 ust. 1 i 2 u.NIK, kontrolę przeprowadzają pracownicy Najwyższej Izby Kontroli, o których mowa w art. 66a u.NIK; kontrolę mogą przeprowadzać również: Prezes Najwyższej Izby Kontroli, wiceprezesi oraz dyrektor generalny Najwyższej Izby Kontroli. Prezes Najwyższej Izby Kontroli, wiceprezesi, dyrektor generalny oraz kontrolerzy, o których mowa w art. 66a pkt 1–4 u.NIK, przeprowadzają kontrolę na podstawie legitymacji służbowej, a kontrolerzy, o których mowa w art. 66a pkt 5–9 u.NIK, przeprowadzają kontrolę na podstawie legitymacji służbowej i stosownego upoważnienia do przeprowadzenia kontroli.

Z kolei z mocy art. 29 ust. 1 pkt 1 u.NIK kierownicy jednostek, o których mowa w art. 2 i 4 u.NIK⁴, mają obowiązek niezwłocznie przedkładać na żądanie Najwyższej Izby Kontroli wszelkie dokumenty i materiały, w tym na nośnikach elektronicznych, niezbędne do przygotowania lub przeprowadzenia kontroli, a także umożliwić dostęp do baz danych.

Niewypełnienie obowiązku przedstawienia do kontroli dokumentów lub materiałów, wynikającego z art. 29 ust. 1 pkt 1 lub 2 lit. b u.NIK, może narazić adresata tego obowiązku na odpowiedzialność karną przewidzianą w art. 98 u.NIK⁵, który kryminalizuje m.in. umyślne czyny polegające na bezprawnym udaremnianiu lub utrudnianiu wykonywania czynności służbowej osobie uprawnionej do kontroli w rozumieniu przepisów ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli lub osobie przybranej jej do pomocy⁶. Wymieniony przepis jest jednym z instrumentów mających zagwarantować możliwie najlepsze warunki do efektywnego wykonywania przez Najwyższą Izbę Kontroli jej ustawowych zadań. Jednym z tych warunków jest niewątpliwie możliwość wykonywania czynności służbowych związanych z wykonywaniem tych zadań, w szczególności czynności służbowych podejmowanych w toku prowadzonej kontroli (postępowania kontrolnego) w niezakłócony i możliwie najbardziej efektywny sposób. Zakres kryminalizacji obejmuje wszelkie zachowania się skutkujące udaremnieniem lub utrudnieniem wykonania czynności służbowej

⁴ W myśl definicji legalnej ustanowionej w art. 2a pkt 3 u.NIK przez kierownika jednostki kontrolowanej należy rozumieć osobę, która zgodnie z przepisami określającymi ustrój jednostki jest odpowiedzialna za działalność tej jednostki i jest uprawniona do jej reprezentowania, a także:

a) osobę pełniącą obowiązki kierownika jednostki kontrolowanej lub upoważnionego zastępcę,

b) upoważnionego sekretarza lub podsekretarza stanu, zastępcę kierownika urzędu centralnego albo dyrektora generalnego – w zakresie przydzielonych im zadań objętych zakresem kontroli, jeżeli jednostką kontrolowaną jest naczelny lub centralny organ administracji rządowej,

c) pełnomocnika Rządu powołanego na podstawie innych przepisów – w zakresie powierzonych mu zadań,

d) osobę kierującą pracami organu wieloosobowego.

⁵ Art. 98 u.NIK ma następujące brzmienie:

„Kto osobie uprawnionej do kontroli, o której mowa w niniejszej ustawie, lub osobie przybranej jej do pomocy udaremnia lub utrudnia wykonanie czynności służbowej, w szczególności przez nieprzedstawienie do kontroli dokumentów lub materiałów, nie informuje bądź niezgodnie z prawdą informuje o wykonaniu wniosków pokontrolnych, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 3”.

⁶ Omawiany przepis kryminalizuje również niepoinformowanie bądź niezgodnie z prawdą poinformowanie o wykonaniu wniosków pokontrolnych. Ten jego aspekt w dalszych rozważaniach można jednak pominąć, gdyż nie ma związku z przedmiotem wyводу.

przez osobę uprawnioną do kontroli w rozumieniu przepisów ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli lub osobę przybraną jej do pomocy. W art. 98 u.NIK wymieniono, ale jedynie przykładowo (wskazuje na taki charakter wyliczenia wyrażenie „w szczególności”), najbardziej typową formę udaremniania (utrudniania) wykonania czynności służbowej, za którą prawodawca uznał właśnie nieprzedstawienie do kontroli dokumentów lub materiałów. Krąg podmiotów przestępstwa stypizowanego w art. 98 u.NIK nie jest co do zasady ograniczony, ale w postaci zaniechania przedstawienia do kontroli dokumentów lub materiałów może je popełnić tylko osoba, która jest obowiązana do przedłożenia do kontroli stosownych dokumentów lub materiałów. Przestępstwo określone w art. 89 u.NIK należy do kategorii przestępstw umyślnych⁷.

Może się zdarzyć – i wcale często zdarza się w praktyce – że dokumenty lub materiały, których przedłożenia zażądano na podstawie art. 29 ust. 1 pkt 1 lub 2 lit. b u.NIK, zawierają informacje stanowiące ustawowo chronioną tajemnicę określonego rodzaju. Wyłania się w takiej sytuacji pytanie, jak powinien się zachować adresat żądania będący zarazem depozytariuszem owej tajemnicy i który obowiązek wówczas go wiąże: obowiązek ustanowiony w wymienionych przepisach czy obowiązek zachowania tajemnicy (nieujawniania informacji nią objętych). Szczęśliwie przepisy u.NIK wyznaczają jednoznacznie przynajmniej kierunek rozstrzygnięcia zarysowanej kwestii interpretacyjnej. Mianowicie art. 29 ust. 2 u.NIK stanowi, że „dostęp Najwyższej Izby Kontroli do dokumentów i materiałów potrzebnych do ustalenia stanu faktycznego w zakresie kontrolowanej działalności lecz zawierających informacje stanowiące tajemnicę ustawowo chronioną może być wyłączony lub ograniczony jedynie na podstawie innych ustaw”. Z unormowaniem zawartym w cytowanym przepisie zsynchronizowane są regulacje zawarte w przepisach art. 29 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b u.NIK, albowiem oba te przepisy zastrzegają *expressis verbis*, że realizacja przewidzianych w nich uprawnień i obowiązków ma się odbywać „z zachowaniem przepisów o tajemnicy ustawowo chronionej”.

Z art. 29 ust. 2 u.NIK wynika, że jest zasadą, iż na podstawie przepisów art. 29 ust. 1 u.NIK upoważnieni przedstawiciele Najwyższej Izby Kontroli mają dostęp również do „informacji stanowiących tajemnicę ustawowo chronioną”. Gdyby owa zasada nie obowiązywała, zastrzeżenie, że dostęp Najwyższej Izby Kontroli do informacji stanowiących tajemnicę ustawowo chronioną „może być wyłączony lub

⁷ Wynika to z art. 8 k.k., który z mocy art. 116 k.k. ma zastosowanie również do odpowiedzialności karnej za przestępstwo określone w art. 98 u.NIK.

ograniczony jedynie na podstawie innych ustaw”, nie miałoby żadnego sensu i było jaskrawo nieracjonalne z logiczno-językowego punktu widzenia. Rezultat wykładni językowej art. 29 ust. 2 u.NIK jest w rozważanym zakresie jednoznaczny. Wzmacniają go dodatkowo wskazania pozajęzykowych dyrektyw interpretacyjnych, zwłaszcza celowościowych i funkcjonalnych. Zważywszy na znaczny i stale rosnący zakres informacji chronionych przez rozmaite ustawowe reżimy ochrony informacji, zwłaszcza w niektórych sektorach działalności publicznej i gospodarczej, efektywne wykonywanie przez Najwyższą Izbę Kontroli przypisanej jej funkcji kontrolnej bez dostępu do takich informacji byłoby praktycznie niemożliwe. „Inne ustawy”, do których odsyła art. 29 ust. 2 *in fine* u.NIK, to przede wszystkim ustawy ustanawiające i normujące poszczególne „tajemnice ustawowo chronione”.

Należy dodać, że w analogiczny sposób ukształtowano uprawnienia kontrolerów Najwyższej Izby Kontroli do żądania od osób, które wykonują lub wykonywały pracę w jednostce kontrolowanej na podstawie stosunku pracy lub innej umowy, udzielenia im ustnych lub pisemnych wyjaśnień w sprawach dotyczących przedmiotu kontroli (art. 40 ust. 1 u. NIK). Zgodnie z art. 40 ust. 2 pkt 1 u.NIK odmowa udzielenia wyjaśnień z uwagi na związanie tajemnicą ustawowo chronioną może nastąpić jedynie w przypadkach, gdy wyjaśnienia mają dotyczyć „informacji, do których dostęp Najwyższej Izby Kontroli został wyłączony albo nie zostały spełnione warunki do przekazania informacji, do których dostęp Najwyższej Izby Kontroli został ograniczony”. Podobnie w przypadku przeprowadzania dowodu z zeznań świadka związanie świadka tajemnicą ustawowo chronioną stanowi nieusuwalną przeszkodę do przesłuchania go co do okoliczności, których dotyczy ten obowiązek, tylko wówczas, gdy „przepisy innych ustaw wyłączają dostęp Najwyższej Izby Kontroli do takiej tajemnicy” (art. 44 u.NIK, zwłaszcza ust. 3 tego artykułu, skąd pochodzi zacytowany zwrot).

Z dotychczasowego wywodu wynika, że art. 29 ust. 2 u.NIK współwyznacza (dookreśla) granice obowiązków ustanowionych w art. 29 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b u.NIK. Tym samym ów przepis stanowi zarazem jeden z wyznaczników granic kryminalizacji zachowań się polegających na nieprzedstawieniu do kontroli Najwyższej Izby Kontroli dokumentów lub materiałów. Zakres zastosowania art. 98 u.NIK nie obejmuje wszak wypadków, gdy zachowania w nim opisane nie są bezprawne, w szczególności gdy odmowa przedstawienia do kontroli określonych dokumentów lub materiałów nie narusza przepisów art. 29 ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. b u.NIK. Jak się bowiem powszechnie przyjmuje, podstawą odpowiedzialności karnej mogą być wyłącznie zachowania

bezprawne. Założenie to leży u podstaw każdego bez wyjątku przepisu określającego znamiona przestępstwa.

Niektóre spośród ustaw ustanawiających i normujących poszczególne tajemnice ustawowo chronione – owych „innych ustaw”, do których odsyła art. 29 ust. 2 *in fine* u.NIK – wprost normują kwestię dostępu Prezesa lub kontrolerów Najwyższej Izby Kontroli do informacji objętych taką tajemnicą. Za przykład niech tu posłuży ustawa z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi⁸. Ustawa ta ustanawia reżim jednej z wielu w naszym systemie prawnym tajemnic zawodowych, mianowicie tajemnicy zawodowej związanej z działalnością funduszy inwestycyjnych lub analogicznych struktur prawnych. W myśl definicji legalnej tej tajemnicy, zawartej w art. 280 ust. 2 u.f.i., obejmuje ona wszelką informację uzyskaną przez depozytariusza tej tajemnicy w związku z podejmowanymi czynnościami służbowymi w ramach zatrudnienia, stosunku zlecenia lub innego stosunku prawnego o podobnym charakterze, dotyczącą chronionych prawem interesów podmiotów dokonujących czynności związanych z działalnością funduszu inwestycyjnego, alternatywnej spółki inwestycyjnej⁹, funduszu zagranicznego¹⁰, unijnego AFI¹¹ lub zbiorczego portfela papierów wartościowych¹²,

⁸ Dz.U. z 2020 r. poz. 95, dalej – u.f.i.

⁹ Alternatywna spółka inwestycyjna jest zgodnie z jej definicją legalną zawartą w art. 8a ust. 1 u.f.i. alternatywnym funduszem inwestycyjnym, innym niż określony w art. 3 ust. 4 pkt 2 u.f.i. Wyłącznym przedmiotem działalności alternatywnej spółki inwestycyjnej, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, jest zbieranie aktywów od wielu inwestorów w celu ich lokowania w interesie tych inwestorów zgodnie z określoną polityką inwestycyjną (art. 8a ust. 3 u.f.i.). Należy dodać, że alternatywnym funduszem inwestycyjnym jest każda instytucja wspólnego inwestowania, której przedmiotem działalności, w tym w ramach wydzielonego subfunduszu, jest zbieranie aktywów od wielu inwestorów w celu ich lokowania w interesie tych inwestorów zgodnie z określoną polityką inwestycyjną, niebędącą funduszem działającym zgodnie z prawem wspólnotowym regulującym zasady zbiorowego inwestowania w papiery wartościowe (art. 2 pkt 10a u.f.i.).

¹⁰ Funduszem zagranicznym jest, w myśl definicji legalnej ustanowionej w art. 2 pkt 9 u.f.i., fundusz inwestycyjny otwarty lub spółka inwestycyjna, które uzyskały zezwolenie właściwego organu w państwie członkowskim na prowadzenie działalności zgodnie z prawem wspólnotowym regulującym zasady zbiorowego inwestowania w papiery wartościowe.

¹¹ Unijnym AFI jest, w myśl definicji legalnej ustanowionej w art. 2 pkt 10b u.f.i., alternatywny fundusz inwestycyjny, który został zarejestrowany jako alternatywny fundusz inwestycyjny przez właściwy organ w państwie członkowskim lub uzyskał zezwolenie właściwego organu w państwie członkowskim na prowadzenie działalności jako alternatywny fundusz inwestycyjny, a w przypadku braku wymogu uzyskania zezwolenia lub rejestracji – prowadząc taką działalność, ma siedzibę na terytorium państwa członkowskiego.

¹² Za zezwoleniem Komisji Nadzoru Finansowego towarzystwo funduszy inwestycyjnych może zarządzać zbiorczym portfelem papierów wartościowych. Zbiorczy port-

w szczególności z lokatami oraz rejestrem uczestników funduszu inwestycyjnego, alternatywnej spółki inwestycyjnej, funduszu zagranicznego, unijnego AFI lub zbiorczego portfela papierów wartościowych, lub innych czynności w ramach regulowanej przepisami tej ustawy działalności objętej nadzorem Komisji Nadzoru Finansowego, organu nadzoru państwa członkowskiego lub organu nadzoru państwa trzeciego, jak również dotyczącą czynności podejmowanych w ramach wykonywania tego nadzoru. Z przytoczonej definicji legalnej jasno wynika ochronie jakiego rodzaju informacji służy omawiany reżim tajemnicy zawodowej: chodzi o informacje dotyczące czynności podejmowanych w ramach regulowanej przepisami ustawy o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi działalności objętej nadzorem właściwego państwowego organu nadzoru (tj. Komisji Nadzoru Finansowego lub organu nadzoru innego państwa) oraz czynności podejmowanych w ramach wykonywania tego nadzoru. Z mocy art. 280 ust. 1 oraz art. 284 ust. 1 u.f.i. do kręgu osób, na których ciąży obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej, o której mowa w art. 280 ust. 2 u.f.i., należą:

- 1) osoby wchodzące w skład organów oraz pracownicy:
 - a) towarzystwa funduszy inwestycyjnych, zarządzającego alternatywną spółką inwestycyjną oraz wewnętrznie zarządzającego alternatywną spółką inwestycyjną,
 - b) depozytariusza,
 - c) podmiotu prowadzącego rejestr uczestników funduszu,
 - d) podmiotu pośredniczącego w zbywaniu i odkupywaniu jednostek uczestnictwa funduszy inwestycyjnych,
 - e) podmiotu, któremu na podstawie umowy zostało powierzone lub przekazane wykonywanie czynności towarzystwa albo zarządzającego alternatywną spółką inwestycyjną, czynności należących do kompetencji spółki zarządzającej albo zarządzającego z UE z zakresu zarządzania funduszem i prowadzenia jego spraw lub czynności zarządzającego z UE, który zarządza alternatywną spółką inwestycyjną,
 - f) innego podmiotu pozostającego z towarzystwem, zarządzającym alternatywną spółką inwestycyjną, funduszem inwestycyjnym, funduszem zagranicznym, alternatywną spółką inwestycyjną, unijnym AFI, spółką zarządzającą lub zarządzającym z UE w stosunku zlecenia lub innym stosunku prawnym o podobnym charakterze,
 - g) spółki zarządzającej oraz zarządzającego z UE, którzy zawarli umowę, o której mowa odpowiednio w art. 4 ust. 1a albo 1b u.f.i.;

fel papierów wartościowych stanowi współwłasność łączną posiadaczy tytułów uczestnictwa. Uczestnik zbiorczego portfela papierów wartościowych nie może rozporządzać udziałem w zbiorczym portfelu papierów wartościowych ani udziałem w poszczególnych składnikach tego portfela.

- 2) osoby pozostające z funduszem inwestycyjnym, alternatywną spółką inwestycyjną lub podmiotami, o których mowa w pkt 1, w stosunku zlecenia lub innym stosunku prawnym o podobnym charakterze;
- 3) członkowie rady inwestorów będący osobami fizycznymi, osoby uprawnione do reprezentowania członków niebędących osobami fizycznymi w radzie inwestorów, a także pełnomocnicy członków rady inwestorów;
- 4) członkowie zgromadzenia inwestorów będący osobami fizycznymi, osoby uprawnione do reprezentowania członków niebędących osobami fizycznymi w zgromadzeniu inwestorów, a także pełnomocnicy członków zgromadzenia inwestorów w przypadku przyznania zgromadzeniu inwestorów uprawnień rady inwestorów zgodnie z art. 144 ust. 7 u.f.i.;
- 5) osoby upoważnione przez Przewodniczącego Komisji Nadzoru Finansowego w trybie art. 226 u.f.i.;
- 6) osoby, którym informacje stanowiące tajemnicę zawodową zostały ujawnione na podstawie art. 281 i 282 u.f.i.

Unormowanie, które *expressis verbis* wyznacza granice dostępu Prezesa Najwyższej Izby Kontroli lub upoważnionego przez niego kontrolera do informacji objętych tajemnicą zawodową, o której mowa w art. 280 ust. 2 u.f.i., zostało zawarte w art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i. Powołany art. 281 ust. 1 u.f.i. wylicza, na czyje żądanie, w jakich okolicznościach (pod jakimi warunkami) oraz w jakim zakresie informacje stanowiące tajemnicę zawodową, o której mowa w art. 280 ust. 2 u.f.i., mogą zostać ujawnione przez depozytariuszy tej tajemnicy. Wśród podmiotów, którym art. 281 ust. 1 u.f.i. gwarantuje dostęp do informacji stanowiących tajemnicę zawodową, o której mowa w art. 280 ust. 2 u.f.i., jest również Prezes Najwyższej Izby Kontroli oraz upoważnieni przez niego kontrolerzy. Granice dostępu do tych informacji zostały w rozpatrywanym przypadku wyznaczone w sposób następujący: „w zakresie danych dotyczących jednostki kontrolowanej, niezbędnych do ustalenia stanu faktycznego w prowadzonym postępowaniu kontrolnym dotyczącym tej jednostki określonym w ustawie z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli”.

Z zestawienia przepisów art. 29 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 lit. b oraz ust. 2 u.NIK. z art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i. wynikają dwa następujące wnioski:

- 1) w granicach wyznaczonych przez art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i. depozytariusze tajemnicy zawodowej, o której mowa w art. 280 ust. 2 u.f.i., są obowiązani na żądanie skierowane przez Najwyższą Izbę Kontroli na podstawie art. 29 ust. 1 pkt 1 u.NIK lub kontrolerów na podstawie art. 29 ust. 1 pkt 2 lit. b u.NIK przedłożyć także dokumenty lub materiały, które zawierają informacje stanowiące tę tajemnicę;
- 2) w takim zakresie, w jakim realizacja żądania, o którym mowa wyżej, wymagałaby wykroczenia poza granice wyznaczone przez art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i., depozytariusze tajemnicy zawodowej, o której mowa

w art. 280 ust. 2 u.f.i., nie są żądaniem związani i powinni odmówić jego wykonania z powołaniem się na obowiązek zachowania rzeczzonej tajemnicy zawodowej.

Zatem jak długo depozytariusz tajemnicy zawodowej, o której mowa w art. 280 ust. 2 u.f.i., odmawia przedstawienia do kontroli dokumentów lub materiałów zawierających takie informacje stanowiące tę tajemnicę, których ujawnienie wykraczałoby poza granice wyznaczone przez art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i., tak długo postępuje zgodnie z prawem; jak długo zaś postępuje zgodnie z prawem, tak długo nie ściąga na siebie ryzyka odpowiedzialności karnej przewidzianej w art. 98 u.NIK. Ryzyko tego rodzaju generuje się dopiero wówczas, gdy odmowa dotyczy informacji mieszczących się w granicach wyznaczonych przez art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i.

Trzeba pamiętać, że odpowiedzialność karna grozi depozytariuszowi tajemnicy zawodowej, o której mowa w art. 280 ust. 2 u.f.i., nie tylko za bezprawną odmowę przedłożenia do kontroli materiałów lub dokumentów zażądanych przez Najwyższą Izbę Kontroli lub jej kontrolerów a zawierających informacje objęte tą tajemnicą (art. 98 u.NIK), ale również za bezprawne ujawnienie tym podmiotom takich dokumentów lub materiałów. Tego rodzaju zachowania wypełniają bowiem znamiona czynu zabronionego stypizowanego w art. 289 u.f.i.¹³, a ustawowe zagrożenie przewidziane w tym wypadku nie jest wcale mniej surowe niż ustawowe zagrożenie przypisane przestępstwu stypizowanemu w art. 98 u.NIK.

Dla wyznaczenia granic dostępu Prezesa Najwyższej Izby Kontroli oraz upoważnionych przez niego kontrolerów do informacji stanowiących tajemnicę zawodową, o której mowa w art. 280 ust. 2 u.f.i., posłużono się w art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i. zestawem kilku kryteriów o różnym stopniu zobiektywizowania. Po pierwsze, z powołanego przepisu wynika jednoznacznie – to kryterium jest w miarę zobiektywizowane – że granice te obejmują wyłącznie dane dotyczące jednostki kontrolowanej, tj. podmiotu poddanego kontroli, w stosunku do którego prowadzone jest postępowanie kontrolne określone w ustawie z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli. Prezes Najwyższej Izby Kontroli oraz upoważnieni przez niego kontrolerzy nie mogą więc skutecznie domagać się od depozytariusza tajemnicy zawodowej, o której mowa w art. 280 ust. 2 u.f.i., informacji

¹³ Art. 289 u.f.i. ma następujące brzmienie:

„1. Kto, będąc obowiązany do zachowania tajemnicy zawodowej, o której mowa w art. 280 ust. 2 i 3, ujawnia ją lub wykorzystuje niezgodnie z jej przeznaczeniem, podlega grzywnie do 1 000 000 zł albo karze pozbawienia wolności do lat 3.

2. Jeżeli sprawca dopuszcza się czynu określonego w ust. 1 w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej, podlega grzywnie do 5 000 000 zł albo karze pozbawienia wolności do lat 5, albo obu tym karom łącznie”.

objętych tą tajemnicą, które nie dotyczą jednostki kontrolowanej. Po drugie, treść art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i. przesądza również o tym, że Prezes Najwyższej Izby Kontroli oraz upoważnieni przez niego kontrolerzy mają dostęp nie do wszystkich danych dotyczących jednostki kontrolowanej a objętych tajemnicą zawodową, o której mowa w art. 280 ust. 2 u.f.i., lecz tylko takich, które są niezbędne do ustalenia stanu faktycznego w prowadzonym postępowaniu kontrolnym dotyczącym tej jednostki. Zastosowane tu kryterium niezbędności informacji jest bardzo ocenne. W praktyce o tym, które informacje są niezbędne do ustalenia stanu faktycznego w prowadzonym postępowaniu kontrolnym, decyduje organ uprawniony do żądania odnośnych informacji (Prezes Najwyższej Izby Kontroli, kontroler). Podmiot, który jest adresatem takiego żądania, ma prawo działać w zaufaniu do oceny organu w tym zakresie i w zasadzie nie jest uprawniony, ani tym bardziej obowiązany do jej weryfikowania. Po trzecie wreszcie, z art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i. wynika jednoznacznie również określona „temporalizacja” prawa dostępu Prezesa Najwyższej Izby Kontroli oraz upoważnionych przez niego kontrolerów do informacji stanowiących tajemnicę zawodową, o której mowa w art. 280 ust. 2 u.f.i. Skoro w granicach tego prawa mieszczą się wyłącznie dane dotyczące jednostki kontrolowanej, niezbędne do ustalenia stanu faktycznego w prowadzonym postępowaniu kontrolnym dotyczącym tej jednostki, to znaczy, że prawo dostępu do rzeczonych danych służy Prezesowi Najwyższej Izby Kontroli oraz upoważnionym przez niego kontrolerom tylko w okresie, w którym postępowanie kontrolne dotyczące tej jednostki jest prowadzone, tzn. się toczy. Zakres zastosowania art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i. nie obejmuje więc sytuacji, gdy postępowanie kontrolne względem danej jednostki jeszcze się nie rozpoczęło, ani sytuacji, gdy już się ono zakończyło.

Stosując art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i., należy mieć na uwadze, że jest w nim mowa o danych dotyczących jednostki kontrolowanej, nie zaś danych dotyczących wyłącznie jednostki kontrolowanej. Określone dane mogą dotyczyć – w jednakowym albo różnym stopniu, pod tym samym albo różnym względem – nie tylko jednostki kontrolowanej, ale także innych podmiotów. Niewątpliwie dane tego rodzaju również mieszczą się w określeniu „dane dotyczące jednostki kontrolowanej”, użytym w art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i., gdyż niezaprzeczalnie dotyczą jednostki kontrolowanej, a powołany przepis nie wymaga, by dane dotyczyły wyłącznie jednostki kontrolowanej.

Z uwagi na to, że dla wyznaczenia granic dostępu Prezesa Najwyższej Izby Kontroli oraz upoważnionych przez niego kontrolerów do informacji stanowiących tajemnicę zawodową, o której mowa w art. 280 ust. 2 u.f.i., posłużono się w art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i. kryteriami bardzo

ogólnymi, z których część nadto jest wyraźnie ocenna, mogą zdarzyć się wypadki, w których powstanie uzasadniona wątpliwość, czy dana informacja objęta tajemnicą zawodową określoną w art. 280 ust. 2 u.f.i., zawarta w dokumencie lub materiale, którego przedłożenia do kontroli Najwyższej Izby Kontroli zażądano, mieści się jeszcze w granicach wyznaczonych w art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i. czy też granice te już przekracza. W takich „granicznych” wypadkach w typowych okolicznościach ze względów pragmatycznych z pewnością rozsądniej jest z punktu widzenia depozytariusza tajemnicy żądany dokument lub materiał przedstawić do kontroli, niż tego odmówić. Przemawiają za taką oceną co najmniej dwa następujące powody. Po pierwsze, z uwagi na kontekst sytuacyjny ryzyko zainicjowania postępowania karnego o przestępstwo określone w art. 98 u.NIK w razie odmowy przedstawienia do kontroli żadanego dokumentu lub materiału wydaje się większe niż ryzyko zainicjowania postępowania karnego o przestępstwo określone w art. 289 u.f.i. w razie przedstawienia do kontroli żadanego dokumentu lub materiału, gdyż w pierwszym z podanych wariantów należy się realnie liczyć ze złożeniem zawiadomienia o podejrzeniu przestępstwa przez Najwyższą Izbę Kontroli. Po wtóre, gdyby nawet w razie przedstawienia do kontroli żadanego dokumentu lub materiału w wypadku „granicznym” doszło do zainicjowania postępowania karnego o przestępstwo określone w art. 289 u.f.i., depozytariusze tajemnicy zawodowej określonej w art. 280 ust. 2 u.f.i. mogliby w jego toku podnosić, że działali w zaufaniu do organu państwowego, jakim jest Najwyższa Izba Kontroli (co nawet w razie przyjęcia, że doszło do przekroczenia granic wyznaczonych przez art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i., powinno prowadzić typowo do ustalenia, że depozytariusz tajemnicy zawodowej, o której mowa, działał w warunkach usprawiedliwionego błędu co do prawa). W ewentualnym postępowaniu karnym o przestępstwo określone w art. 98 u.NIK podobna obrona nie byłaby możliwa; co więcej, okoliczność, że osoba, do której skierowano żądanie przedłożenia do kontroli określonego dokumentu lub materiału, postąpiła wbrew żądaniu organu państwowego, nie działałaby z pewnością na jej korzyść.

Unormowania o funkcji analogicznej do funkcji art. 281 ust. 1 pkt 3 u.f.i. zawierają również niektóre inne ustawy ustanawiające i normujące poszczególne tajemnice ustawowo chronione¹⁴. Wszystkie te przepisy należy

¹⁴ Por. np. art. 105 ust. 1 pkt 2 lit. f ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2019 r. poz. 2367 ze zm.): „Bank ma obowiązek udzielenia informacji stanowiących tajemnicę bankową wyłącznie: [...] 2) na żądanie: [...] f) Prezesa Najwyższej Izby Kontroli w zakresie niezbędnym do przeprowadzenia postępowania kontrolnego określonego w ustawie z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli [...]”.

traktować jako przepisy odesłania względem art. 29 ust. 2 *in fine* u.NIK (przepis odsyłający), które dookreślają zasadę wyrażaną w początkowym fragmencie tego przepisu.

Znaczna część ustaw ustanawiających i normujących poszczególne tajemnice ustawowo chronione nie zawiera regulacji, które by dotyczyły kwestii dostępu Prezesa lub kontrolerów Najwyższej Izby Kontroli do informacji objętych taką tajemnicą wprost – w znaczeniu: wymieniały z nazwy te podmioty lub przynajmniej ogólnie Najwyższą Izbę Kontroli i stanowiły, że im dostęp do informacji stanowiących ową tajemnicę nie przysługuje, lub określały warunki, na jakich dostęp do tych informacji im przysługuje. W takich wypadkach ustalenie, czy dana ustawa wyłącza lub ogranicza (w rozumieniu art. 29 ust. 2 u.NIK) dostęp Najwyższej Izby Kontroli do dokumentów i materiałów potrzebnych do ustalenia stanu faktycznego w zakresie kontrolowanej działalności w tych wypadkach, w których zawierają one informacje stanowiące odnośną tajemnicę, czy też nie, jest zadaniem bardziej złożonym. Wymaga czasami nie tylko uważnej analizy całości przepisów dotyczących rozpatrywanej tajemnicy ustawowo chronionej, ale także pogłębionej analizy jej funkcji oraz do-brego, wszechstronnego rozpoznania natury i wagi interesów, których ochronie ona służy. Sprawa jest jeszcze stosunkowo prosta, kiedy w przepisach normujących dany rodzaj tajemnicy ustawowo chronionej wprost stwierdza się, że informacje nią objęte nie mogą być wykorzystywane w innych celach niż wymienione, a wśród nich nie ma celów sprzężonych z ustawowymi zadaniami Najwyższej Izby Kontroli, lub też że mogą być ujawniane wyłącznie wymienionym podmiotom, a nie ma wśród nich Najwyższej Izby Kontroli, jej Prezesa lub upoważnionych kontrolerów¹⁵. Wówczas wiadomo, że dostęp Najwyższej Izby Kontroli do dokumentów i materiałów potrzebnych do ustalenia stanu faktycznego w zakresie kontrolowanej działalności, lecz zawierających informacje objęte tajemnicą danego rodzaju został wyłączony. W pozostałych wypadkach zadanie stojące przed interpretatorem tekstu prawnego jest trudniejsze.

¹⁵ Za przykład mogą tu posłużyć unormowania dotyczące tajemnicy statystycznej – por. art. 10 ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej (Dz.U. z 2019 r. poz. 649 ze zm.): „Dane jednostkowe identyfikowalne zebrane w badaniach statystycznych podlegają bezwzględnej ochronie. Dane te mogą być wykorzystywane wyłącznie do opracowań, zestawień i analiz statystycznych oraz do tworzenia przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego operatu do badań statystycznych; udostępnianie lub wykorzystywanie tych danych dla innych niż podane w ustawie celów jest zabronione (tajemnica statystyczna)”.

Akty prawne

Ustawa z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz.U. z 2019 r. poz. 489 ze zm.).

Ustawa z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej (Dz.U. z 2019 r. poz. 649 ze zm.).

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2019 r. poz. 2357 ze zm.).

Ustawa z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi (Dz.U. z 2020 r. poz. 95).