

DK/kb

Reykjavík, 18. febrúar 2013

Ríkissaksóknara hefur borist til umsagnar, með tölvupósti allsherjar- og menntamálanefndar, dags. 7. þ.m., frumvarp til laga um miðlun upplýsinga og vernd upplýstrara (heildarlög), 453. mál.

Um 1. – 3. gr.
Engar athugasemdir.

Um 4. gr.

Ríkissaksóknari telur nauðsynlegt að 3. tölul. frumvarpsins verði breytt þar sem hugtakið misgerð samkvæmt a – f liðum er mjög óskýrt og veldur vafa við túlkun. Um er að ræða lykilhugtak sem veldur einnig vafa við túlkun á 5. – 7. gr. frumvarpsins. Hvað varðar a-lið þá er sérstaklega óskýrt hvað átt er við með orðalaginu „brýtur gegn lögum“. Hið sama á við um orðalagið „brot gegn siðareglum fagstétta“, sbr. b-lið. Greinargerð með ákvæðunum veitir vísbendingar um afmörkun en er engan vegin fullnægjandi. Hið sama á við um aðra stafliði ákvæðisins. Varðandi hugtakið „valdníðsla“, sbr. d-lið, þá hefur það hugtak sérstaka lögfræðilega merkingu í tengslum við „réttmætisreglu“ stjórnsluréttar, þ.e. misnotkun valds þegar ólögsmæt og ómálefnaleg sjónarmið (einkahagsmunir, frændsemi, vinátta, óvild, flokkshagsmunir eða þess háttar) ráða ákvörðun stjórnvalds og getur orðið grundvöllur að ógildingun þeirrar ákvörðunar (Lögfræðiorðabók með skýringum (2008), Bókaútgáfan Codex – Lagastofnun Háskóla Íslands, bls. 468 – 469. Sjá einnig Ólafur Jóhannes Einarsson: Réttmætisreglan, Afmælisrit Björn Þ. Guðmundsson (2009), bls. 253 – 276). Lögfræðilegt inntak hugtaksins kann að vera rýmra en inntak þess samkvæmt almennri málvenju og er frumvarpið óskýrt um það til hvers er ætlast við túlkun á hugtakinu verði það að lögum.

Einnig skal tekið fram að telja verður að vafi leiki á því að unnt sé að leggja til grundvallar að réttarheimildir á sviði þjóðaréttar verði felldar undir hugtakið „lög“ við túlkun ákvæðisins, eða það verði gert án skýrrar afmörkunar í lögum eða lögskýringargögnum, eins og ráðið verður af greinargerð með frumvarpinu. Í þessu sambandi vísast til grundvallarreglunnar um tvíeðli landsréttar og þjóðaréttar sem leggur til grundvallar að landsréttur og þjóðaréttur séu tvö aðskilin réttarkerfi og þjóðaréttur geti ekki komið til álita sem réttarheimild í landsrétti nema að því marki sem hann endurspeglar í landsréttinum, t.d. með lögfestingu þjóðréttarsamninga (Lögfræðiorðabók með skýringum (2008), Bókaútgáfan Codex – Lagastofnun Háskóla Íslands, bls. 444).

Engar athugasemdir eru gerðar við 1., 2., 4. og 5. tölul.

Um 5. – 6. gr.

Hugtakið „misgerð“ er óskýrt og veldur þar með vafa um merkingu hugtaksins „uppljóstrun“. Að öðru leyti vísast til athugasemda við 3. tölul. 4. gr. og 7. gr. frumvarpsins.

Um 7. gr.

Í 7. gr. er kveðið á um hlutræna refsileysisástæðu (lögmati), þ.e. að brot gegn þagnarskyldu verði talið refsilaust ef skilyrði 5. og/eða 6. gr., sbr. 3. tölul. 4. gr. eru uppfyllt. Hugtakið misgerð er hins vegar mjög óskýrt í frumvarpinu og veldur það vafa við mat á ólögmati meints þagnarskyldubrots og hvert sé inntak refsileysisástæðu samkvæmt 7. gr. frumvarpsins, sbr. framangreindar athugasemdir við 4. – 6. gr. Samkvæmt lögmatireglu refsiréttar, sbr. 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrárinnar, eru refsheimildir lögbundnar og þær verða að vera skýrar. Þá verður ekki byggt á ummælum í greinargerð við afmörkun á refsiverðri háttsemi, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar Íslands 16. september 2010 í máli nr. 380/2010.

Lögfesting hlutrænnar refsileysisástæðu vegna upplýsingagjafa, eins og að er stefnt með 7. gr. frumvarpsins, felur í sér verulega breytingu frá gildandi rétti, að því er varðar brot gegn þagnarskyldu og skyld brot sem varðað geta refsíabyrgð. Ef litið er til almennra hegningarlaga nr. 19/1940 þá eru það nokkur refsíákvæði sem geta átt við. Í fyrsta lagi brot gegn 136. gr. almennra hegningarlaga um brot opinberra starfsmanna gegn þagnarskyldu. Ákvæðinu til fyllingar við túlkun er annars vegar hið almenna ákvæði um þagnarskyldu opinberra starfsmanna samkvæmt 18. gr. laga nr. 70/1996, um réttindi og skyldur opinberra starfsmanna, og/eða ýmis lagaákvæði sem lúta að sérgreindri opinberri starfsemi, t.d. 4. mgr. 18. gr. laga nr. 88/2008, um meðferð sakamála, að því er varðar þagnarskyldu ákæranda, eða 22. gr. lögreglulaga nr. 90/1996, að því er varðar þagnarskyldu lögreglumanna og annars starfsfólks lögreglu. Í öðru lagi brot gegn 230. gr. almennra hegningarlaga um brot opinberra sýslunarmanna gegn þagnarskyldu. Með opinberum sýslunarmanni er átt við mann sem gegnir starfi er opinbera heimild þarf til enda teljist ekki um að ræða brot opinbers starfsmanns í skilningi 136. gr. sömu laga. Í þriðja lagi er um að ræða ýmis brot gegn 228. og 229. gr. almennra hegningarlaga þar sem refsiverð háttsemi lýtur m.a. að því að hnýsast í einkagögn, verða sér úti um ólögmatan aðgang að tölvugögnum, skýra opinberlega frá einkamálefnum annarra án þess að nægar ástæður séu fyrir hendi er réttlæti verknaðinn o.fl. Til viðbótar almennum hegningarlögum eru ýmis sérrefsilagabrot sem leggja refsingu eða refsikennd viðurlög við þagnarskyldubrotum og/eða svipuðum trúnaðarbrotum. Má í því sambandi nefna brot gegn 58. gr., sbr. 33. tölul. 1. mgr. 110. gr. og 22. tölul. 1. mgr. 112. gr. b., laga nr. 161/2001, um fjármálafyrirtæki, sbr. síðari breytingar, sem leggur refsingu eða refsikennd viðurlög við því ef starfsmaður fjármálafyrirtækis brýtur gegn þagnarskyldu (bankaleynd). Einnig má nefna brot gegn 6. – 12. mgr. 47. gr., sbr. 74. gr. laga nr. 81/2003, um fjarskipti, sbr. síðari breytingar, sem leggur refsingu við því ef starfsmaður fjarskiptafyrirtækis brýtur gegn þagnarskyldu og/eða öðrum svipuðum trúnaðarskyldum. Enn fremur má nefna brot gegn 3. mgr. 35. gr., sbr. 42. gr. laga nr. 77/2000, um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga, sbr. 136. gr. almennra hegningarlaga, þar sem kveðið er á um refsíabyrgð ef ábyrgðaraðili eða vinnsluadili persónuupplýsinga, eða starfsmaður á

vegum slíks aðila, brýtur gegn loforði eða skilmálum Persónuverndar um að gæta þagmælsku um viðkvæmar persónuupplýsingar sem viðkomandi fær vitneskju um við vinnslu slíkra upplýsinga.

Mál vegna meints brots gegn 136. gr. almennra hegningarlaga (þagnarskylda opinbers starfsmanns) lýtur almennum reglum um saksókn, sbr. 142. gr. laga um meðferð sakamála. Mál vegna meints brots gegn 230. gr. almennra hegningarlaga (þagnarskylda opinbers sýslunarmanns) skal aðeins höfða að kröfu þess sem misgert er við, sbr. a-lið 2. tölul. 242. gr. sömu laga og 144. gr. laga um meðferð sakamála. Telja má að mál vegna meintra brota gegn 230. gr. almennra hegningarlaga séu fátíð í síðari tíma réttarfrankvæmd en falli fremur undir sérstaka stjórnarsýslulöggjöf, þ.e. mál vegna meintra trúnaðarbrotá þeirra sem vinna á grundvelli ýmiss konar starfsleyfa eða þjónustusamninga. Ætla má að þess háttar tilvik séu almennt fremur afgreidd innan viðkomandi stjórnarsýslustofnana án þess að þau komi inn á borð refsivörslukerfisins. Mál vegna meints brots gegn 228. og/eða 229. gr. almennra hegningarlaga (hnýsni, greint frá einkamálefnum o.fl.) getur sá einn höfðað sem misgert er við, sbr. 3. tölul. 242. gr. og IV. kafla almennra hegningarlaga, og er þar um að ræða svokallað einkarefsimál (einkamál) sem lýtur málsmeðferðarreglum laga nr. 91/1991, um meðferð einkamála. Hin síðast greindu mál eru ekki rannsökuð af lögreglu og koma ekki inn á borð hjá ákærvaldinu. Mál út af meintum sérrefsilagabrotum lúta ýmist almennum eða sérstökum reglum um saksókn. Sem dæmi um mál sem fellur undir almennar reglur er mál út af meintu broti gegn 6. mgr. 47. gr. laga um fjarskipti (þagnarskyldubrot starfsmanns fjarskiptafyrirtækis). Sem dæmi um mál sem lýtur sérstökum reglum er mál út af meintu broti gegn 58. gr. laga um fjármálafyrirtæki (þagnarskyldubrot starfsmanns fjármálafyrirtækis) en þess háttar brot sætir aðeins lögreglurannsókn og meðferð hjá ákærvaldinu að því hafi verið vísað í þann farveg af fjármálaeftirlitinu, sbr. 112. gr. d. laga um fjármálafyrirtæki. Hið sama á við um ýmis önnur brot samkvæmt sömu lögum eða öðrum lögum sem falla undir eftirlitsstarfsemi fjármálaeftirlitsins.

Ef mál kæmi til kasta ákærvaldsins og uppi væru sjónarmið um miðlun upplýsinga vegna „misgerðar“, sbr. þann útgangspunkt sem miðað er við í frumvarpinu, þá kann að vera að ákærvaldið legði mat á það hvort uppi væru sérstök ívilnandi sjónarmið vegna frekari meðferðar málsins. Það væri alls ekki sjálfgefið að ákærvaldið myndi mæla fyrir um rannsókn eða höfða sakamál á hendur sakborningi, ef svo háttaði til, og gæti allt eins komið til þess að beitt yrði sérstakri heimild ákærvaldsins um að hætta rannsókn og/eða falla frá saksókn ef talið væri að sérstaklega stæði á, enda yrði talið að almannahagsmunir krefðust ekki málshöfðunar, sbr. 4. mgr. 52. gr. og/eða d-lið 3. mgr. 146. gr. laga um meðferð sakamála. Þá má í þessu sambandi einnig vísa til hliðstæðrar heimildar ákærvaldsins samkvæmt 1. mgr. 5. gr. laga nr. 135/2008, um embætti sérstaks saksóknara, að falla frá saksókn á hendur sakborningi (upplýsingagjafa), að nánar uppfylltum skilyrðum sem skilgreind eru í 2. mgr. sömu lagagreinar (frumkvæði frá upplýsingagjafa og upplýsingar teljist vera mikilvægar vegna rannsóknar sakamáls af tilteknum alvarleika o.fl.). Kæmi hins vegar til málshöfðunar þá væri ákæranda skylt að reka málið af fyllstu hlutlægni og benda jafnt á atriði sakborningi til málsbóta eins og atriði til refsilyngingar, sbr. 3. mgr. 18. gr. laga um meðferð sakamála. Við meðferð málsins fyrir dómi bæri dómara einnig að líta til sjónarmiða um málsbætur við ákvörðun refsingar ef til sakfellingar kæmi og dæma

vægari refsingu innan lögmæltra refsimarka. Í því sambandi vísast t.d. til 7. tölul. 1. mgr. 70. gr. almennra hegningarlaga, ef upplýst væri að sakborningur hefði framið verknáð af réttarvörsluhvöt.

Með lögfestingu hlutrænnar refsileysisástæðu vegna meints þagnarskyldubrots, eins og stefnt er að með frumvarpinu, þá virðist ekki gerður greinarmunur á því hvers konar brot er um að ræða sem kann að lúta mismunandi málsmeðferðarreglum eða viðurlögum og ekkert er fjallað um það í greinargerð með frumvarpinu. Hið sama á við hvort gildandi lög séu nægjanleg svo unnt sé að tryggja réttarvernd upplýsingagjafa eða hvort unnt sé að ná sama markmiði með öðrum hætti en lagt er til með frumvarpinu. Þá virðist ekkert tillit tekið til sérstakra aðstæðna sem kunna að vera uppi í máli en í því sambandi má t.d. nefna að ekki er unnt að útiloka að með uppljóstrun (meintu þagnarskyldubroti) væri hugsanlega einnig brotið gegn öðrum refsíákvæðum, svo sem 91. - 93. gr. almennra hegningarlaga (landráð), 128. gr. eða 264. gr. a. sömu laga (mútubrot) eða 249. gr. a. eða 2. másl. 1. mgr. 257. gr. sömu laga (tölvubrot). Þá er ekki unnt að útiloka að meint brot væri ítrekað eða fæli í sér rof á skilorði. Þegar svo háttaði til sem að framan greinir er hugsanlegt að ríkir almannahagsmunir væru fölgirnir í því að ákærvaldið höfðaði sakamál á hendur viðkomandi en hlutræn refsileysisástæða er tæki til hluta af háttsemi væri til þess fallin að valda réttaróvissu. Þá má einnig benda á að meint þagnarskyldubrot manns sem lýtur íslenskri refsilögsögu, sbr. 4., 5. eða 6. gr. almennra hegningarlaga, kann að vera framið erlendis og kunna að vera takmarkaðir samfélagslegir hagsmunir hér á landi af uppljóstrun eða vernd uppljóstrara en þó með þeim fyrirvara að ekki er unnt að útiloka að sjónarmið kunna að vera uppi sem kalla á sérstaka réttarvernd hér á landi. Þá kann meint þagnarskyldubrot einnig að falla utan við íslenska refsilögsögu, t.d. ef erlendur ríkisborgari fremur meint þagnarskyldubrot í öðru landi en hefst við hér á landi eftir á og hið meinta brot fellur ekki undir reglur um allsherjarlögsögu, sbr. 6. gr. almennra hegningarlaga. Af þeim ástæðum kynni að vera torsótt eða ómögulegt að verða við beiðni annars ríkis um framsal eða aðra réttaraðstoð vegna meðferðar sakamáls erlendis ef meint brot væri ekki refsivert hér á landi, sbr. 1. másl. 3. gr. og 3. mgr. 22. gr. laga nr. 13/1984, um framsal sakamanna og aðra aðstoð í sakamálum, sbr. síðari breytingar.

Það verður ekki sérstaklega ráðið af ályktun Evrópuráðsins nr. 1729 (2010), né heldur af tilmælum ráðsins nr. 1916 (2010), sem vísað er til í almennum athugasemdum með frumvarpinu, að nauðsynlegt sé að lögfesta hlutræna refsileysisástæðu til að tryggja sérstaka réttarvernd upplýsingagjafa/uppljóstrara (e. whistle-blowers). Þá verður ekki séð að unnt sé að draga þess háttar ályktun af dómi Mannréttindadómstóls Evrópu uppkveðnum 27. febrúar 2008 í máli Tillack gegn Belgíu (nr. 20477/05) sem vísað er til í sömu athugasemdum. Aðrar leiðir kunna því að koma til greina sem þjónað geta sama markmiði.

Með hliðsjón af framangreindu er eindregið hvatt til þess að 7. gr. frumvarpsins verði tekin til gagnngerar endurskoðunar. Ríkissaksóknari leggur til, ef löggjafinn telur þörf á því að auka réttarvernd upplýsingagjafa með réttarstöðu sakbornings, umfram það sem leiðir af almennum reglum samkvæmt gildandi lögum, að lagt verði mat á áhrif lagasetningar sem að er stefnt með 7. gr. frumvarpsins. Að auki þarf að fara fram ítarlegt mat á því hvort unnt sé að fara aðrar leiðir við lagasetningu sem þjónað geta sama markmiði svo betur fæst samrýmst sjónarmiðum um ríka almannahagsmuni fyrir málshöfðun, samspili við önnur refsiverð brot, þátttöku í alþjóðlegu samstarfi um

réttaraðstoð og fyllsta samræmis sé gætt í löggjöf. Að mati ríkissaksóknara kann sú leið að koma til greina, að í stað þess að kveða á um hlutræna refsileysisástæðu, þá verði kveðið á um sérstaka saksóknarreglu ákærvaldsins sem sniðin verði að þeim sjónarmiðum um vernd upplýsingagjafa sem liggja til grundvallar þessu lagafrumvarpi. Þess háttar saksóknarregla gæti verið útfærð sem takmörkun á valdheimildir ákærvaldsins til að höfða sakamál eða sem ívilnandi svigrúmsheimild til að falla frá saksókn. Velja þyrfti annan hvorn kostinn. Ef hin fyrrnefnda leið yrði valin þá væri t.d. hægt að fara þá leið að kveða á um að ákærvaldinu væri ekki heimilt að höfða mál út af meintu þagnarskyldubroti sem varðaði uppljóstrun ætlaðrar misgerðar nema ríkir almannahagsmunir krefðust þess. Sem dæmi um svipaða saksóknarreglu má nefna 2. mgr. 217. gr. almennra hegningarlaga. Ef hin síðarnefnda leið yrði valin þá væri t.d. hægt að fara þá leið að kveða á um heimild ákærvaldsins til að falla frá saksókn ef um væri að ræða meint þagnarskyldubrot vegna uppljóstrunar ætlaðrar misgerðar, enda yrði að telja að ríkir almannahagsmunir krefðust ekki málshöfðunar. Sem dæmi um svipaða saksóknarreglu vísast til d-liðar 3. mgr. 146. gr. laga um meðferð sakamála. Einnig væri æskilegt, hvor leiðin sem farin yrði, að fram kæmi í lögskýringargögnum nánari skýringar á sjónarmiðum löggjafans við beitingu lagareglanna. Enn fremur er nauðsynlegt að hugað verði að sömu atriðum varðandi meðferð einkarefsimála, sbr. framangreinda umfjöllun um 228. og 229. gr. almennra hegningarlaga. Hugsanlega kann hlutræn refsileysisástæða fremur að eiga við um þann flokk mála þar sem þau falla utan valdmarka ákærvaldsins og málshöfðun byggir fremur á einkahagsmunum en almannahagsmunum.

Um 8. og 9. gr.
Engar athugasemdir.


Um 10. gr.
Í lögum nr. 70/1996, um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins, er gerður greinarmunur á starfsmönnum ríkisins sem eru annars vegar skipaðir eða settir í embætti (embættismenn) og hinna sem byggja vinnuréttarsamband á ráðningarsamningi (almennir ríkisstarfsmenn), sbr. 22. og 41. gr. laganna. Athygli vekur að í 10. gr. frumvarpsins er miðað við hugtakið „ráðningarsamningur“ og kann því að vera unnt að draga þá ályktun að embættismenn falli utan við gildissvið 10. gr.

Um 11. – 15. gr.
Engar athugasemdir.

Til viðbótar skal tekið fram að það vekur athygli að í frumvarpinu er ekki kveðið á um sérstaka réttarvernd uppljóstrara ef viðkomandi hefur réttarstöðu vitnis við meðferð sakamáls og ástæða er til að ætla að viðkomandi sæti hefndaraðgerðum vegna uppljóstrunar. Það gæti átt við ef upplýsingar sem ljóstrað væri upp um myndu leiða til þess að lögregla byrjaði rannsókn eða ef sakamál væri höfðað fyrir dómi vegna meintra brota þriðja aðila og uppljóstrari hefði þörf fyrir vitnavernd vegna meðferðar málsins, t.d. nafnleynd. Af þessu verður ráðið að flutningsmenn frumvarpsins telji að nægjanlegt sé að styðjast við almennar reglur laga um meðferð sakamála svo fullnægt sé áskilnaði lokamálsliðar 6.1.3.2. í ályktun Evrópuráðsins nr. 1729 (2010), að því er varðar

vitnavernd upplýsingagjafa. Um reglur um nafnleynd vitna við meðferð sakamála vísast til 3. mgr. 65. gr. og 8. mgr. 122. gr. laga um meðferð sakamála sem eru miðaðar við ógn gegn lífi, heilbrigði eða frelsis vitnis ellegar sömu hagsmunum náinna vandamanna vitnis sé stefnt í hættu. Má því ætla að vægara birtingarform hefndaraðgerða vegna uppljóstrunar falli utan ákvæðanna, t.d. uppsögn úr starfi, ólögmet mismunun eða viðskiptahindranir.

Með hliðsjón af því sem að framan greinir er á þessu stigi eindregið varað við lögfestingu frumvarpsins í óbreyttri mynd og er nauðsynlegt að það verði tekið til gagngerar endurskoðunar við frekari þinglega meðferð málsins.



Daði Kristjánsson
saksóknari