

Zbigniew Kubec

Pojęcie "funkcji związanej ze szczególną odpowiedzialnością"

Palestra 17/6(186), 20-33

1973

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

by urodzenie płodu niezdolnego do życia, „jak również noworodka niezdolnego do życia miało nie być traktowane jako początek istnienia osoby w rozumieniu prawa, to uznanie ojcostwa dokonane w stosunku do dziecka poczętego byłoby w tych wypadkach pozbawione skutków prawnych, co ze względów społecznych nie jest pożądane, jeżeli zostało stwierdzone, że dziecko urodziło się z oznakami życia.¹⁵

¹⁵ Przypadek Kariny, a więc utrzymanie przy życiu noworodka urodzonego w 25 tygodniu ciąży, podważa prawidłowość ustalenia bliższej granicy okresu koncepcyjnego na 180 dni (art. 67, 68, 85 k.r.o.), jednakże ze względu na zupełną wyjątkowość takich przypadków wydaje się, że mogące wchodzić w grę zastrzeżenia nie mają praktycznego znaczenia. Natomiast wydaje się rzeczą pożądaną ponowne rozpatrzenie celowości utrzymania w mocy — w dotychczasowym brzmieniu — obowiązującej obecnie instrukcji z 5.V.1962 r. w sprawie stosowania jednolitych pojęć dotyczących porodów i urodzeń.

ZBIGNIEW KUBEC

Pojęcie „funkcji związanej ze szczególną odpowiedzialnością“

Wywody artykułu zmierzają do wykazania, że sformułowanie: „funkcja związana ze szczególną odpowiedzialnością”, użyte w kodeksie karnym w art. 39, 120 § 11 ust. 3, 130 § 2 i 240 pkt 1, oznacza we wszystkich wypadkach to samo i że należy przez nie rozumieć funkcje publiczne kierownicze, a z niekierowniczych — funkcje szczególnie ważne i wymagające do ich pełnienia dużego zaufania społecznego.

1. Sformułowanie: „funkcja związana ze szczególną odpowiedzialnością” występuje w kodeksie karnym czterokrotnie. Przede wszystkim znajduje się ono w rozdziale XVII (w tzw. słowniczku) w art. 120 § 11 ust. 3 k.k. jako ustawowe kryterium decydujące o tym, że pracownik innej niż „administracja państwowa” państwowej jednostki organizacyjnej, organizacji spółdzielczej lub innej organizacji społecznej ludu pracującego zostaje uznany za funkcjonariusza publicznego w rozumieniu prawa karnego. Wymienione sformułowanie występuje również w art. 130 § 2 k.k. i w art. 240 pkt 1 k.k. jako ustawowe znamię podmiotu tych przestępstw oraz w art. 39 k.k. jako nazwa jednego ze składników kary dodatkowej pozbawienia praw publicznych.

W związku z tym powstaje problem, czy pojęcie „funkcji związanej ze szczególną odpowiedzialnością” w każdym z wymienionych wyżej czterech wypadków oznacza to samo, a jeżeli tak, to co należy rozumieć przez to nieostre i niezbyt precyzyjne sformułowanie, czy też ma ono w tych przepisach znaczenie różne, a jeżeli tak, to jakie.

2. Problem ten był omawiany na łamach „Państwa i Prawa” przez O. Górniok¹. Autorka tych rozważań podnosi na wstępie, iż „fakt, że przepisy zawierające nazwę »funkcja związana ze szczególną odpowiedzialnością« pełnią w systemie naszego k.k. różne role (kara dodatkowa, element ustawowej definicji funkcjonariusza publicznego, znamię przestępstwa typu podstawowego oraz znamię przestępstwa typu kwalifikowanego), przemawia przeciw jednolitemu pojmowaniu tej nazwy”.

Wydaje mi się, że już w tym wstępnym założeniu autorki tkwi błąd. Fakt, że przepisy zawierające omawiane sformułowanie spełniają różne role, bynajmniej nie przemawia przeciw jednolitemu pojmowaniu tej samej nazwy. Nadawanie bowiem różnych treści takiemu samemu sformułowaniu jest sprzeczne z zasadą jednolitej treści tych samych terminów użytych w jednej ustawie. Fakt, że takie same sformułowania spełniają różne role w kodeksie, mógłby co najwyżej dopuszczać możliwość wykazania, iż w zależności od roli treść sformułowania jest różna. Takie odstępstwo od zasady wymagałoby jednak udowodnienia.

Nie wydaje mi się, aby wywody O. Górniok w omawianym zakresie były przekonujące, zwłaszcza że w każdym razie — gdy chodzi o znamię przestępstwa — to samo sformułowanie powinno mieć tę samą treść (art. 240 pkt 1 k.k. i art. 130 § 2 k.k.). Tymczasem O. Górniok, reasumując swe rozważania, dochodzi do następujących wniosków:

„Równokształtne zwroty »funkcje związane ze szczególną odpowiedzialnością« będą posiadać w poszczególnych normach posługujących się nimi następujące znaczenia: W art. 39 i 240 pkt 1 k.k. będą to funkcje mające znaczny prestiż społeczny, zaszczytne, wymagające do ich spełnienia dużej dozy zaufania społecznego. W § 11 art. 120 k.k. będą nimi odpowiedzialne funkcje spełniane w tym zakresie działalności poszczególnych instytucji państwowych lub społecznych, która stanowi realizację zadań uzasadniających istnienie danej instytucji. W § 2 art. 130 k.k. kryterium szczególnej odpowiedzialności związanej z pełnioną funkcją będzie jej znaczenie dla interesów politycznych i gospodarczych PRL, możliwości ich zagrożenia przez zamierzone nieprawidłowe spełnianie, tych funkcji”.

Zgadzam się z O. Górniok, że omawiany zwrot w art. 39 k.k. i w art. 240 pkt 1 k.k. ma to samo znaczenie. Jakie, to już dalsza kwestia, do której jeszcze wrócę. Dodam tylko, że nie ma m. zd. absolutnie żadnych argumentów, które by przemawiały za tym, że taki sam zwrot w obu przepisach ma mieć różne znaczenie. Przeciwnie, skoro w części ogólnej artykuł 39 k.k., wyjaśniając, co obejmuje pozbawienie praw publicznych, wymienia m.in. utratę prawa do pełnienia funkcji związanych ze szczególną odpowiedzialnością w organach i instytucjach państwowych oraz w organizacjach społecznych, a w części szczególnej przewiduje się jako podmioty przestępstw w dwóch wypadkach właśnie osoby pełniące funkcje związane ze szczególną odpowiedzialnością, to jest oczywiste, że skazanie na podstawie art. 39 k.k. powoduje zakaz pełnienia tych funkcji, o których mowa w art. 240 pkt 1 k.k. i w art. 130 § 2 k.k. Innymi słowy, należy postawić znak równości między tymi sformułowaniami użytymi w trzech wymienionych przepisach.

¹ O. Górniok: Funkcja związana ze szczególną odpowiedzialnością w kodeksie karnym z 1969 r., PiP nr 5/1971, s. 771—780;

Nie rozumiem tylko, dlaczego O. Górniok przyjmuje, zresztą słusznie, że omawiany zwrot — mimo różnej roli, jaką odgrywa w art. 39 k.k. i w art. 240 pkt 1 k.k. — ma tę samą treść, natomiast w przepisie art. 130 § 2 k.k., w którym spełnia taką samą rolę jak w art. 240 pkt 1 k.k. (ustawowe znamię przestępstwa, obojętne przy tym, czy typu podstawowego, czy kwalifikowanego), ma mieć już inną treść. Tę inną treść O. Górniok wyprowadza ze stopnia możliwości narażenia na szkodę interesów politycznych lub gospodarczych PRL, a więc wiąże ze znamieniem tego przestępstwa. Nie wydaje mi się jednak, by tego rodzaju wnioskowanie było prawidłowe. Nie można chyba znamienia podmiotu przestępstwa uzależniać od innych jego znamion. W art. 240 pkt 1 k.k. chodzi o osoby pełniące funkcje związane ze szczególną odpowiedzialnością, a w art. 130 § 2 k.k. o takie same osoby z ograniczeniem do osób przebywających za granicą, chociażby niesłużbowo i nie w celu realizowania tam interesów politycznych lub gospodarczych PRL². Są to ustawowe znamiona podmiotów tych przestępstw. Następnym ustawowym znamieniem w pierwszym wypadku (art. 240 pkt 1 k.k.) jest przyjęcie w związku z pełnieniem tej funkcji korzyści majątkowej lub osobistej albo ich obietnicy, w drugim zaś wypadku (art. 130 § 2 k.k.) — narażanie na szkodę interesów politycznych lub gospodarczych PRL. Z tego ostatniego przepisu odpowiadać może — jak to wynika z uzasadnienia projektu k.k. (s. 130) — osoba pełniąca funkcję związaną ze szczególną odpowiedzialnością za odmowę powrotu do kraju. Wydaje się, że dla oceny samego pojęcia osoby pełniącej funkcję związaną ze szczególną odpowiedzialnością nie może mieć znaczenia oczywisty fakt, że „okazji” do popełnienia przestępstwa z art. 130 § 2 k.k. jest nieporównywalnie mniej niż do popełnienia przestępstwa z art. 240 pkt 1 k.k.

3. Nadawanie innej treści omawianemu sformułowaniu w art. 120 § 11 k.k. również nie wydaje się uzasadnione, ale rzecz ta wymaga szerszego omówienia. Zanim to uczynię, chciałbym najpierw podnieść, że obok sformułowań, które mają to samo znaczenie w całym systemie obowiązującego prawa, są sformułowania, które mają to samo znaczenie tylko w pewnych częściach tego systemu. W każdym jednak razie to samo sformułowanie w jednym akcie prawnym powinno mieć to samo znaczenie. Chodzi tu o terminologię kodeksu karnego, która powinna być jednolita. Używanie tego samego sformułowania dla różnych treści może prowadzić do nieporozumień i dowolności. Jeżeli osoba pełniąca funkcję związaną ze szczególną odpowiedzialnością jest — w przeciwieństwie do funkcjonariusza publicznego, pojęcia określonego w art. 120 § 11 k.k. — tą niewiadomą, którą trzeba ustalić, to niechaj to będzie jedna niewiadoma, a nie cztery, bo przy czterech niebezpieczeństwo dowolności jest czterokrotnie większe.

Ustalając znaczenie czterokrotnie użytego w kodeksie karnym zwro-

² Nie można sugerować się kregiem podmiotów przestępstwa określonego w art. 130 § 1 k.k., jest on bowiem inaczej określony niż w art. 130 § 2 k.k. i jest znacznie węższy. Wchodzi tu w rachubę tylko te osoby pełniące funkcje związane ze szczególną odpowiedzialnością, które są upoważnione do występowania w imieniu polskiej instytucji państwowej lub społecznej w stosunkach z rządem obcego państwa, zagranicznej organizacji lub przedsiębiorstwa. Osoby te, jeżeli w y r z ą d z ą za granicą lub nawet w kraju szkodę interesom politycznym lub gospodarczym PRL, będą odpowiadały z art. 130 § 1 k.k., a z art. 130 § 2 k.k. tylko wtedy, gdy przebywając za granicą jedynie n a r a ż ą te interesy na szkodę.

tu: „funkcja związana ze szczególną odpowiedzialnością”, należy kierować się podstawową dyrektywą interpretacyjną, którą w doktrynie i judykaturze formułuje się następująco: Jest rzeczą niedopuszczalną nadawanie identycznym sformułowaniom w ramach tej samej ustawy różnego znaczenia, jeżeli z samej ustawy nie wynikają wskazówki pozwalające na takie różne rozumienie tych samych sformułowań poszczególnych norm³.

Nie dopatruję się w kodeksie karnym takich wskazówek, które by pozwalały na różne rozumienie tego samego sformułowania w art. 39, 120 § 11, 130 § 2 i 240 pkt 1 k.k. Nie dopatruje się ich również A. Spotowski⁴ ani autorzy komentarza do kodeksu karnego⁵, którzy przy omawianiu tego pojęcia w poszczególnych artykułach odsyłają do tez pod pozostałymi artykułami zawierającymi to sformułowanie. Natomiast dopatruje się takich wskazówek, poza O. Górniok, również J. Kochanowski⁶, który uważa, że mimo tożsamości słów omawiane sformułowanie ma w art. 120 § 11 k.k. i w art. 240 pkt 1 k.k. zupełnie inne znaczenie. Znamienne jest przy tym, że J. Kochanowski, który temu samemu sformułowaniu nadaje w dwóch przepisach różną treść, jednocześnie uznaje dwa różne sformułowania określające w jednym rozdziale podmiot przestępstwa służbowego za mające identyczną treść. Uważa on bowiem, że przez osobę pełniącą funkcję publiczną należy rozumieć funkcjonariusza publicznego i że tylko taka osoba może być podmiotem przestępstwa z art. 239 k.k.

4. Dochodzimy więc do paradoksalnej sytuacji, że temu samemu sformułowaniu w kodeksie karnym usiłuje się nadać różne znaczenia, a jednocześnie — wbrew dyrektywom interpretacyjnym, wbrew społecznym celom, jakim prawo ma służyć, i wbrew względom kryminalno-politycznym — usiłuje się nadać dwu różnym sformułowaniom użytym do określenia dwóch podmiotów przestępstw w tym samym rozdziale taką samą treść.

Pogląd, że podmiotem przestępstwa z art. 239 k.k. może być tylko funkcjonariusz publiczny, jest dość rozpowszechniony⁷. Odmienny pogląd, że nie można stawiać znaku równości między zwrotami: „funkcjonariusz publiczny” i „osoba pełniąca funkcję publiczną” i że za osobę pełniącą funkcję publiczną można uznać również osobę nie będącą funk-

³ J. Wróblewski: Zagadnienie teorii wykładni prawa ludowego, Warszawa 1959, s. 247 (craz cytowane tam orzeczenia SN); K. Opałek, J. Wróblewski: Zagadnienia teorii prawa, Warszawa 1969, s. 247. Por. też A. Spotowski: Przesłpstwa słuźbowe, Warszawa 1972, s. 22.

⁴ A. Spotowski: op. cit., s. 21 i nast.

⁵ J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski: Kodeks karny — Komentarz, Warszawa 1971, s. 136, 137, 281, 303, 543—545, 563. Por. też wyrok SN z dnia 15 grudnia 1970 r. V KRN 329/70, OSNKW nr 5/1971, poz. 63.

⁶ J. Kochanowski: Przesłpstwa przeciwko działalności instytucji państwowych i społecznych w nowym kodeksie karnym, „Palestra” nr 6/1970, s. 53. Por. też H. Popławski, M. Surkont: Przesłpstwo łapownictwa, Warszawa 1972, s. 58.

⁷ Por. E. Szwedek: Pojęcie funkcjonariusza publicznego w nowym kodeksie karnym, NP nr 1/1970, s. 23 oraz Glosa do uchwały SN z dnia 10 września 1971 r., OSPiKA nr 10/1972, s. 445; W. Wolter: Odpowiedzialność karna osób pełniących funkcje publiczne, PiP nr 6/1969, s. 965 i nast. oraz Glosa do uchwały SN z dnia 3 lipca 1970 r., PiP nr 10/1970, s. 630 i nast.; I. Andrejew: Polskie prawo karne w zarysie, Warszawa 1970, s. 392 (podmiotem przestępstwa z art. 239 k.k. jest „osoba pełniąca funkcję publiczną, czyli funkcjonariusz publiczny”).

cjonariuszem publicznym — w doktrynie przeważa⁸, a w judykaturze jest ustalony⁹. Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 3 lipca 1970 r. w sprawie VI KZP 27/70 wypowiedział pogląd, że podmiotem przestępstwa określonego w art. 239 k.k. jest funkcjonariusz publiczny, a inna osoba tylko wtedy, gdy pełni funkcję publiczną.

Uchwała ta spotkała się z bardzo ostrą krytyką w głosie W. Woltera¹⁰, który zakończył swe wywody prośbą, by w sprawach kontrowersyjnych nie ograniczać się do podawania argumentów popierających własną tezę, ale aby zwalczać również argumenty przeciwnie, bo tylko wtedy dyskusja może być owocna. Jak się okazało, dyskusja była owocna, bo w kwestii tej — o czym była już mowa — wypowiedziało się wiele osób, a z „argumentami przeciwnymi” rozprawił się L. Gardocki¹¹ w sposób, jak mi się wydaje, bardzo przekonujący.

Jeżeli w tym samym rozdziale podmiot przestępstwa zostaje określony w jednym przepisie jako osoba pełniąca funkcję publiczną (art. 239 k.k.), a w innym przepisie jako funkcjonariusz publiczny (art. 246 k.k.), to odmienność sformułowań narzuca jedyny możliwy wniosek: że krąg podmiotów tych przestępstw nie jest tożsamy. Trudno przyjąć, że chodzi tu o błąd techniki ustawodawczej lub o względy stylistyczne. Nie ośmieliłbym się posądzić autorów kodeksu o tego rodzaju licencję poetycką i o beztrojskie posługiwanie się pojęciami prawnymi. W sformułowaniach tekstów prawnych w zasadzie nie ma synonimów. Płynie to z właściwości języka prawnego jako języka specjalistycznego, który nie boi się monotonii powtarzanych zwrotów, gdyż ceni wyżej jednoznaczność sformułowań¹².

Kodeks karny w art. 120 § 11 k.k. wyjaśnia pojęcie funkcjonariusza publicznego i w ten sposób jest to pojęcie ustawowo określone, natomiast nie wyjaśnia pojęcia osoby pełniącej funkcję publiczną. Nasuwa się więc zasadnicze pytanie, czy są osoby, które pełnią funkcję publiczną, a nie są funkcjonariuszami publicznymi w rozumieniu kodeksu karnego. Bo jeżeli nie ma, to należałoby przyjąć, że sprzeczność między tymi określeniami, niezbyt zresztą pochlebnie świadcząca o kodeksie, byłaby tylko pozorna.

W kwestii tej dosyć stanowczo wypowiada się E. Szwedek¹³, który pisze: „(...) nie może być funkcji publicznej, którą mógłby pełnić ktoś, kto nie jest funkcjonariuszem publicznym (...) w tej więc sprawie nie powinno być wątpliwości”. Ale przecież tak nie jest. Krąg osób pełniących funkcję publiczną jest szerszy od kręgu funkcjonariuszy publicz-

⁸ Por. J. Bednarzak: Odpowiedzialność karna za przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych i społecznych, NP nr 11/1968, s. 1581; O. Chybiński: Łapownictwo i płatna protekcja w kodeksie karnym z 1969 r. (w pracy: Księga pamiątkowa ku czci prof. dra Witolda Świdy), Warszawa 1969, s. 41; J. Szwach: Pojęcie funkcjonariusza publicznego jako podmiotu przestępstwa w k.k. z 1969 r., „Problemy praworządności” nr 1/1970, s. 11 i nast.; J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski: op. cit., s. 553; L. Gardocki: O podmiocie łapownictwa (w związku z głosem prof. W. Woltera), PiP nr 5/1971, s. 809 i nast.; O. Górniok: op. cit., s. 778; A. Spotowski: op. cit., s. 30—34; H. Poławski, M. Surkont: op. cit., s. 29 i nast.

⁹ OSNKW nr 9/1970, poz. 98.

¹⁰ W. Wolter: Glosa, s. 630 i nast.

¹¹ L. Gardocki: op. cit., s. 809—812.

¹² K. Opałek, J. Wróblewski: op. cit., s. 247.

¹³ E. Szwedek: Pojęcie funkcjonariusza, s. 23.

nych i dlatego stawianie znaku równości między tymi pojęciami jest błędne. Każdy funkcjonariusz publiczny pełni funkcję publiczną, ale poza funkcjonariuszami publicznymi są jeszcze inne osoby, które też taką funkcję pełnią.

5. Osobami pełniącymi funkcje publiczne, nie będącymi jednak funkcjonariuszami publicznymi, mogą być osoby zajmujące w innej niż administracja państwowa państwowej jednostce organizacyjnej, organizacji spółdzielczej lub organizacji społecznej ludu pracującego stanowiska ważne i odpowiedzialne w tych jednostkach i organizacjach, lecz nie kierownicze i nie związane ze szczególną odpowiedzialnością¹⁴.

Do tej kategorii osób należałoby też zaliczyć członków sądów społecznych¹⁵, społecznych komisji pojednawczych, komitetów blokowych, komisji lokalowych itd. Osoby te nie są członkami organizacji, o których mowa w art. 120 § 11 ust. 3 k.k., lecz członkami organów społecznych, a z braku przepisów szczególnych nie mogą być uznane za funkcjonariuszy publicznych. Nie korzystają więc ze wzmocnionej ochrony, mogą jednak być podmiotami przestępstwa biernego łapownictwa na tej zasadzie, że pełnią funkcje publiczne.

Do tej kategorii należałoby także zaliczyć rzeczoznawców powoływanych przez różne instytucje, jak również biegłych sądowych. Osoby te nie są funkcjonariuszami publicznymi, pełnią jednak funkcje publiczne, i to — jak mi się wydaje — związane ze szczególną odpowiedzialnością. Tu konieczna jest pewna dygresja. Biegły sądowy korzysta ze szczególnej ochrony przewidzianej w art. 253 k.k., a jeżeli składa w postępowaniu sądowym lub w innym postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy (np. w śledztwie, w postępowaniu dyscyplinarnym) fałszywą opinię, to odpowiada za przestępstwo określone w art. 247 § 1 k.k. Ponieważ do istoty tego przestępstwa nie należy przyjęcie korzyści, biegły zaś spełnia funkcję publiczną, przeto jeśli w związku z nią przyjmie korzyść majątkową lub osobistą albo choćby jej obietnicę, to działanie takie wypełni nadto dyspozycję art. 239 § 1 k.k., a nawet m. zd. art. 240 pkt 1 k.k., przewidujących kary surowsze. W takiej sytuacji skazanie powinno nastąpić zarówno z art. 247 pkt 1 k.k., jak i z art. 239 § 1 k.k. bądź z art. 240 pkt 1 k.k., przy czym kara powinna być wymierzona na podstawie jednego z tych ostatnich przepisów, jako przewidujących kary surowsze (art. 10 § 3 k.k.). Wspomnieć warto, że warunkiem odpowiedzialności karnej z art. 247 § 1 k.k. jest uprzedzenie powołanego doraźnie biegłego o odpowiedzialności karnej za fałszywe zeznanie lub odebranie od niego przyrzeczenia, a gdy chodzi o biegłego sądowego (z listy), powołanie się na złożone przyrzeczenie przy ustanowieniu go w tym charakterze (art. 247 § 2 k.k. i art. 180 § 2 k.p.k.). Gdyby więc przyjmujący opinię od biegłego przez przeoczenie nie dopełnił tych warunków, to wówczas — mimo braku podstaw

¹⁴ Uchwała SN z dnia 3 lipca 1970 r., OSNKW nr 9/1970, poz. 98; J. Bednarzak: op. cit., s. 1581.

¹⁵ Ustawa z dnia 30 marca 1965 r. o sądach społecznych (Dz. U. Nr 13, poz. 92) — odmiennie niż np. ustawa o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń z dnia 20 maja 1971 r. (Dz. U. Nr 12, poz. 118) w art. 14 w odniesieniu do członków tych kolegiów — nie zapewnia członkom sądów społecznych wzmocnionej ochrony karnoprawnej, zapewniając im tylko w zakresie stosunków pracy taką ochronę jak członkom rady zakładowej (art. 6, pkt 3). Wydaje się, że uznanie członków sądów społecznych za funkcjonariuszy publicznych przekreślałoby sens idei sądownictwa społecznego, zrodzonej na gruncie demokratyzacji wymiaru sprawiedliwości.

do odpowiedzialności z art. 247 k.k. — biegły mógłby odpowiadać z art. 239 § 1 k.k. bądź z art. 240 pkt 1 k.k. za przyjęcie korzyści w związku z pełnieniem funkcji publicznej biegłego.

Do kręgu tych osób można by też zaliczyć osoby wymienione w art. 130 § 1 lub § 2 k.k., które przecież nie muszą być funkcjonariuszami publicznymi.

Wydaje się, że również względy polityczno-kryminalne przemawiają za tym, aby wymienione osoby ponosiły odpowiedzialność karną za łapownictwo bierne. Przyjęcie, że sprawcą łapownictwa może być tylko funkcjonariusz publiczny, byłoby niczym nie usprawiedliwionym i niezrozumiałym zwężeniem penalizacji w porównaniu z art. 290 d.k.k.¹⁶ W takiej sytuacji czyny o dużym ładunku społecznego niebezpieczeństwa (np. przyjmowanie „łapówek” przez sprzedajnych rzeczoznawców, członków sądu społecznego lub pracowników spółdzielni mieszkaniowej) pozostałyby bezkarne. Co prawda J. Kochanowski „pociesza” nas, że nie znaczy to, iż przyjęcie korzyści majątkowej lub osobistej przez pracownika nie będącego funkcjonariuszem publicznym nie może być karalne np. na podstawie art. 205 czy art. 244 itp.¹⁷, ale przecież to niczego nie rozwiązuje. Nie chodzi tu bowiem o oszustwo czy płatną protekcję, za co może odpowiadać każdy, ale o rzeczoznawcę, pracownika spółdzielni mieszkaniowej i innych, którzy nie oszukując i nie powołując się na żadne wpływy, po prostu załatwiają sprawy za łapówki.

Omówienie problemu kręgu podmiotów łapownictwa biernego było konieczne, ponieważ funkcja związana ze szczególną odpowiedzialnością, jako znamię ustawowe podmiotu kwalifikowanego przestępstwa określonego w art. 240 pkt 1 k.k. oraz przestępstwa określonego w art. 130 § 2 k.k., może się odnosić nie tylko do funkcjonariuszy publicznych, ale również do osób pełniących funkcje publiczne, które funkcjonariuszami publicznymi nie są.

6. Wydaje mi się, że nie można przy poszukiwaniu znaczenia pojęcia funkcji związanej ze szczególną odpowiedzialnością sugerować się tym, iż użyto go tylko w jednym ustępie art. 120 § 11 jako kryterium rozgraniczające funkcjonariusza publicznego od innych funkcjonariuszy organizacji wymienionych w tym ustępie.

Artykuł 120 § 11 ust. 3 k.k. wymienia jako funkcjonariuszy publicznych osoby zajmujące kierownicze stanowiska lub pełniące funkcje związane ze szczególną odpowiedzialnością w innej państwowej jednostce organizacyjnej, organizacji spółdzielczej lub w innej organizacji społecznej ludu pracującego; chodzi tu o organizacje polityczne, związki zawodowe, zrzeszenia pracujących chłopów, zrzeszenia spółdzielcze, organizacje młodzieżowe, kobiece, sportowe i obronne, stowarzyszenia kulturalne, techniczne i naukowe oraz inne organizacje społeczne ludu pracującego, skupiające obywateli do czynnego udziału w życiu politycznym, społecznym, gospodarczym i kulturalnym, a więc dobrowolne zrzeszenia obywateli (art. 72 Konstytucji). Chodzi tu o organizacje, a nie o organy społeczne (np. sądy społeczne). W tej kategorii (ust. 3) zasadą jest, że wymienieni pracownicy nie są funkcjonariuszami publicznymi z wyjąt-

¹⁶ L. Gardocki: op. cit., s. 812. Pcr. też Z. Kubec: Przesłpstwa oporu władzy w świetle orzecznictwa SN, PiP nr 2/1962, s. 278 i 279.

¹⁷ J. Kochanowski: op. cit., s. 52.

kiem tych, którzy zajmują kierownicze stanowiska lub pełnią funkcje związane ze szczególną odpowiedzialnością. Spójnik „lub” jest trochę mylący, gdyż każde kierownicze stanowisko jest związane ze szczególną odpowiedzialnością.

Wydaje mi się, że twierdzenie, jakoby w art. 120 § 11 ust. 3 chodziło o „szczególną odpowiedzialność”, co jest zgodne z brzmieniem tego przepisu, a w art. 240 o „odpowiedzialność szczególnie dużą”¹⁸, co nie jest zgodne z brzmieniem tego przepisu — jest co najmniej dowolne, a tym samym niemożliwe do przyjęcia. Odrzucając to twierdzenie — w jaki sposób spośród osób określonych jako pełniące funkcje związane ze szczególną odpowiedzialnością wyodrębnić jakieś węższe grono osób, określonych również jako pełniące funkcje związane ze szczególną odpowiedzialnością (art. 130 § 2 i art. 240 pkt 1)? Ponieważ takie wyodrębnienie zawsze byłoby dowolne, należy przyjąć, że spośród funkcjonariuszy, o których mowa w tym ustępie, funkcjonariuszami publicznymi są tylko ci, którzy — obok osób pełniących funkcje kierownicze — pełnią funkcje związane ze szczególną odpowiedzialnością, a tym samym są osobami zdatnymi do stania się podmiotami przestępstw określonych w art. 130 § 2 i 240 pkt 1 k.k. Skazanie na podstawie art. 39 k.k. obejmuje więc, gdy chodzi o ustęp 3 art. 120 § 11 k.k., zakaz piastowania stanowiska funkcjonariusza publicznego, bo funkcjonariusz publiczny w tej kategorii to właśnie osoba pełniąca funkcję związaną ze szczególną odpowiedzialnością. I takie rozwiązanie ustawowe, ze względu na charakter tych organizacji, jest prawidłowe.

Pragnę zwrócić uwagę na to — co być może legło u podłoża rozbieżnych interpretacji — że krąg osób pełniących funkcje związane ze szczególną odpowiedzialnością, o których mowa w art. 120 § 11 ust. 3, stanowi tylko część kręgu osób pełniących takie funkcje, o których mowa w art. 130 § 2 i 240 pkt 1 k.k., ponieważ ci ostatni rekrutują się również spośród funkcjonariuszy publicznych pozostałych sześciu grup art. 120 § 11, a nawet spoza grona funkcjonariuszy publicznych. Nie może to jednak mieć wpływu na samą treść pojęcia funkcji związanej ze szczególną odpowiedzialnością jako kryterium występującego w k.k.

Kryterium to zostało w art. 120 § 11 k.k. użyte tylko w jednym ustępie, bo jest to zarazem kryterium odróżniające funkcjonariuszy publicznych od pozostałych funkcjonariuszy organizacji i instytucji wymienionych w tym ustępie, a art. 120 § 11 k.k. zajmuje się jedynie określeniem, kto jest funkcjonariuszem publicznym, a nie tym, kto może być zdatnym podmiotem przestępstw określonych w art. 130 § 2 i w art. 240 pkt 1 k.k. Wyjątek stanowi tu jedynie ust. 3 art. 120 § 11 k.k. Podkreślić należy, że przepis ten odnosi się do części szczególnej, a ta (art. 130 § 2 i 240 pkt 1 k.k.) nie może tego pojęcia zmienić.

7. Wszystko, co dotychczas powiedziano, służyło wykazaniu, że użyte czterokrotnie w kodeksie karnym jednobrzmiące sformułowanie: „funkcja związana ze szczególną odpowiedzialnością” ma we wszystkich wypadkach — zarówno w części ogólnej odnoszącej się do części szczególnej jak i w części szczególnej k.k., zgodnie z powołaną wcześniej dyrektywą interpretacyjną — takie samo znaczenie, bo z kodeksu karnego nie wyni-

¹⁸ J. Kochanowski: op. cit., s. 53.

kają wskazówki pozwalające na różne rozumienie tych samych sformułowań poszczególnych norm.

Podejmując próbę określenia tego — jak już wspomniałem na wstępie — nieostrego i nieprecyzyjnego pojęcia, należy sięgnąć do dotychczasowego dorobku nauki i orzecznictwa.

O. Górniok¹⁹ uważa, że wymienione w art. 39 i 240 pkt 1 k.k. (a m.zd. należałoby to odnieść także do art. 130 § 2 i 120 § 11 k.k.) funkcje związane ze szczególną odpowiedzialnością — to funkcje mające znaczny prestiż społeczny, funkcje zaszczytne, wymagające do ich spełnienia dużej dozy zaufania społecznego. Podobnie I. Andrejew²⁰ mówi o zaszczytnych i wysokich stanowiskach.

Przez funkcje związane ze szczególną odpowiedzialnością należy — zdaniem autorów komentarza do kodeksu karnego²¹ — rozumieć przede wszystkim, chociaż bynajmniej nie wyłącznie, funkcje kierownicze (uchwała Rady Ministrów z dnia 17 września 1959 r. w sprawie określenia kierowniczych i innych samodzielnych stanowisk pracy — Monitor Polski Nr 84, poz. 444), a z niekierowniczych te, których znaczenie, ze względu na istotne interesy państwa lub organizacji społecznej, należy ocenić jako bardzo poważne i w których społeczeństwo pokłada wyższy stopień zaufania.

Zdaniem J. Bednarzaka²² za funkcje związane ze szczególną odpowiedzialnością będzie się zapewne uważało funkcje decydujące w administracji państwowej, gospodarce państwowej, w organizacji spółdzielczej lub organizacji ludu pracującego, w organach ścigania i wymiaru sprawiedliwości, a także w organach władzy takie funkcje, których spełnianie ma doniosłe, szczególnie odpowiedzialne znaczenie; chodzi tu o osoby pełniące eksponowane funkcje publiczne związane z dużą dozą zaufania publicznego podejmujące ważne decyzje w dziedzinie administracji państwowej, zarządu w ramach działalności ekonomicznej, w dziedzinie rozstrzygania o ludzkich losach, uprawnieniach i obowiązkach.

O. Chybiński²³, powołując się na uzasadnienie projektu k.k., za takie funkcje uważa m.in. funkcje w zakresie ścigania i wymiaru sprawiedliwości, kontroli, ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego, kierownicze funkcje w zakresie administracji państwowej i gospodarowania.

Lapidarnie ujmuje to pojęcie A. Spotowski²⁴. Jego zdaniem funkcja związana ze szczególną odpowiedzialnością oznacza to samo, co funkcja szczególnie ważna, szczególnie odpowiedzialna i o szczególnym znaczeniu.

Rzeczą Sądu Najwyższego, uwzględniającego zarówno dorobek nauki jak i doświadczenia praktyki, jest rozstrzygać w konkretnych sprawach, kto jest, a kto nie jest osobą pełniącą funkcję związaną ze szczególną odpowiedzialnością, tak jak to czynił SN od szeregu lat, wytyczając linię demarkacyjną między urzędnikiem a nieurzędnikiem, a później między funkcjonariuszem publicznym a pracownikiem nie będącym takim funkcjonariuszem. Orzecznictwo to, wykazujące niekiedy rozbieżności, ule-

¹⁹ O. Górniok: op. cit., s. 774, 779, 780.

²⁰ I. Andrejew: op. cit., s. 240, 241, 392.

²¹ J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski: op. cit., s. 136, 137, 563.

²² J. Bednarzak: op. cit., s. 1582.

²³ O. Chybiński: op. cit., s. 31.

²⁴ A. Spotowski: op. cit., s. 23 i 108.

gające pewnym wahaniom i zmianom, z biegiem czasu stało się w zasadzie jednolite²⁵. Orzeczenia SN dotyczące pojęcia funkcji związanej ze szczególną odpowiedzialnością są bardzo nieliczne.

W wyroku składu siedmiu sędziów z dnia 15 grudnia 1970 r. w sprawie V KRN 329/70 czytamy: „Główny księgowy jest powołany przede wszystkim do czuwania nad tym, by działalność jednostki gospodarki uspołecznionej, w której jest zatrudniony, odbywała się zgodnie z prawem, w szczególności zgodnie z przepisami gwarantującymi prawidłowość gospodarki finansowej i materiałowej (por. uchwałę Rady Ministrów z dnia 12 maja 1959 r. — Mon. Pol. Nr 58, poz. 278 i inne). Ze względu więc na pełnienie przez głównego księgowego funkcji związanej ze szczególną odpowiedzialnością (por. art. 120 § 11 ust. 3 k.k.), dopuszczenie się przez niego przestępstwa określonego w art. 239 k.k. w związku z tą funkcją stanowi czyn wyczerpujący znamiona przestępstwa z art. 240 pkt 1 k.k.”²⁶ Z wyroku tego wynika, że kryterium funkcji związanej ze szczególną odpowiedzialnością, jakim się posłużył kodeks karny w art. 120 § 11 i w art. 240 pkt 1 k.k., jest w obu tych przepisach tożsame²⁷.

W uchwale z dnia 30 marca 1972 r. w sprawie VI KZP 72/71 SN wyjaśnił, że „kierownik wydziału komunikacji prezydium powiatowej rady narodowej pełni funkcję publiczną związaną ze szczególną odpowiedzialnością w rozumieniu art. 240 pkt 1 k.k.”²⁸ Z uzasadnienia tej uchwały wynika, że dotyczy to kierowników wydziałów prezydiów rad narodowych różnych szczebli.

Podobnie w wyroku składu siedmiu sędziów z dnia 13 czerwca 1972 r. w sprawie V KRN 170/72 SN uznał kierownika wydziału przemysłu i handlu prezydium PRN za osobę pełniącą funkcję związaną ze szczególną odpowiedzialnością w rozumieniu art. 240 pkt 1 k.k.²⁹ W uzasadnieniu tego wyroku SN podniósł m.in., że „przepisy prawa karnego nie wyjaśniają użytego w art. 240 pkt 1 k.k. pojęcia: »funkcja związana ze szczególną odpowiedzialnością«, dlatego też kwestia ta pozostawiona została w praktyce do rozstrzygnięcia w każdym konkretnym wypadku. Generalnie trzeba stwierdzić, że nie każdy funkcjonariusz publiczny pełni funkcję związaną ze szczególną odpowiedzialnością w rozumieniu art. 240 pkt 1 k.k. Doniosłość spełnianej funkcji i jej szczególne znaczenie jest elementem dzielącym funkcjonariuszy publicznych na tych, z którymi ustawa karna wiąże określone skutki w zakresie wzmoczonej odpowiedzialności karnoprawnej, i na tych, z którymi ustawa takich skutków nie wiąże. Kryteria decydujące o uznaniu, że dany funkcjonariusz publiczny pełni funkcję związaną ze szczególną odpowiedzial-

²⁵ Z. Kubec: op. cit., s. 277—282.

²⁶ OSNKW nr 5/1971, poz. 63.

²⁷ Odmienne poglądy wyraził SN w nie opublikowanym wyroku z dnia 29 grudnia 1970 r. III KR 211/70. Warto przy tej okazji wspomnieć, że pewne próby dopatrywania się różnych znaczeń w jednobrzmiących sformułowaniach były już niekiedy podejmowane. Na przykład sformułowaniu: „ciężkie uszkodzenie ciała lub ciężki rozstrój zdrowia”, które występuje w art. 145 § 2, 158 § 1 i § 2, 160 § 1, 163 § 1, 164 § 1, 191 § 1, 234 § 2, 275 § 2 i 323 § 2 k.k., starano się nadać inne znaczenie niż w art. 155 k.k. Por. Z. Kubec: Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu (1970—1971), PiP nr 8—9/1972, s. 187 oraz Głosa do wyroku SN z dnia 18 maja 1970 r. RW 409/70, PiP nr 2/1971, s. 401.

²⁸ OSNKW nr 5/1972, poz. 80.

²⁹ OSNKW nr 12/1972, poz. 188.

nością, wynikają z wysoce odpowiedzialnych obowiązków, których powierzenie danej osobie wiąże się zawsze z dużą dozą zaufania publicznego i których spełnienie ma doniosłe oraz szczególne znaczenie w administracji państwowej, w gospodarce państwowej, w organizacji spółdzielczej lub organizacji ludu pracującego, w organach ścigania i wymiaru sprawiedliwości.”

Na podstawie tych wszystkich wskazań za funkcje związane ze szczególną odpowiedzialnością, o których mowa w art. 39, 120 § 11, 130 § 2 i 240 pkt 1 k.k., należałoby uznać funkcje kierownicze, a z niekierowniczych — funkcje szczególnie ważne i wymagające do ich pełnienia dużego zaufania społecznego. Tego rodzaju uogólnienie, równie nieostre jak wyjaśniane kryterium, w niewielkim tylko stopniu może ułatwić jego stosowanie, wytyczając jedynie ogólny kierunek. Znacznie bardziej przydatne są rozstrzygnięcia SN w konkretnych sprawach (główny księgowy, kierownik wydziału prez. PRN).

8. Skoro omawiane sformułowanie występuje jako ustawowe znamię podmiotów przestępstw określonych w art. 130 § 2 i 240 pkt 1 k.k. oraz jako nazwa funkcji, których skazany na podstawie art. 39 k.k. nie będzie mógł pełnić przez oznaczony w wyroku czas, to konieczne jest odniesienie tego sformułowania jako kryterium do *każdej* z 7 kategorii osób wymienionych w art. 120 § 11 k.k., jak również do innych osób, które funkcjonariuszami publicznymi wprawdzie nie są, ale mogą być podmiotami przestępstw określonych w art. 130 § 2 i 240 pkt 1 k.k., a przy skazaniu na podstawie art. 39 k.k. mogą być pozbawione prawa do pełnienia tych funkcji.

Kodeks w art. 120 § 11 nie podaje definicji pojęcia funkcjonariusz publiczny, wyjaśnia jednak szczegółowo to pojęcie przez wymienienie 7 kategorii osób, które — wyraźnie określone lub ze względu na posiadane cechy — zostały uznane za funkcjonariuszy publicznych. Są to następujące kategorie:

1) Osoby będące pracownikami administracji państwowej, chyba że pełnią wyłącznie czynności usługowe, jak np. sprzątaczką, kierowcą, palacz c.o. Odnosząc kryterium funkcji związanej ze szczególną odpowiedzialnością do tej kategorii funkcjonariuszy publicznych, wyodrębnimy z niej tych, którzy właśnie ze względu na tę funkcję będą mogli być podmiotami przestępstw określonych w art. 130 § 2 i 240 pkt 1 k.k. Chodzi więc tu o dyrektorów, naczelników i ich stałych zastępców, głównych księgowych, naczelników gmin, kierowników wydziałów wszystkich szczebli rad narodowych oraz o tych, którzy pełnią funkcje równorzędne lub wyższe.

2) Sędzia, ławnik ludowy, prokurator. Jest to wyliczenie taksatywne, nie obejmuje więc innych osób, np. asesorów nie pełniących funkcji sędziowskich lub prokuratorskich, członków sądów społecznych czy kolegiów do spraw wykroczeń. Co do tej grupy nie ma żadnej wątpliwości, że wszystkie wymienione w niej osoby są nie tylko funkcjonariuszami publicznymi w rozumieniu prawa karnego, ale pełnią zarazem funkcje związane ze szczególną odpowiedzialnością.

3) Osoby zajmujące kierownicze stanowiska lub pełniące funkcje związane ze szczególną odpowiedzialnością w innej państwowej jednostce organizacyjnej, organizacji spółdzielczej lub innej organizacji

społecznej ludu pracującego. Będą to m.in. prezesi, dyrektorzy, przewodniczący zarządów i ich stali zastępcy, naczelni inżynierowie, główni księgowi. Wszyscy oni — podobnie jak w kategorii osób wymienionych w pkt 2 — są nie tylko funkcjonariuszami publicznymi, ale zarazem osobami zdatnymi stać się podmiotami przestępstw określonych w art. 130 § 2 i 240 pkt 1 k.k., bo pełnią — co ustawa mówi *expressis verbis* — funkcje związane ze szczególną odpowiedzialnością. Pozostali zaś pracownicy tej kategorii, jeżeli pełnią funkcję publiczną, w razie przyjęcia w związku z nią korzyści odpowiadaliby z art. 239 k.k.

4) Osoby szczególnie odpowiedzialne za ochronę porządku lub bezpieczeństwa publicznego albo za ochronę mienia społecznego — niezależnie od tego, w jakiej jednostce są zatrudnione i niezależnie od funkcji i stopnia służbowego. Jeżeli do tej kategorii osób odniesiemy kryterium funkcji związanej ze szczególną odpowiedzialnością, to stwierdzimy, że mimo podobieństwa nie są to kryteria tożsame. Na przykład konduktor autobusu PKS, który jest osobą szczególnie odpowiedzialną za ochronę porządku w autobusie i za zapewnienie podróżnym bezpiecznych, higienicznych warunków jazdy, jest funkcjonariuszem publicznym³⁰, ale nie jest osobą pełniącą funkcję związaną ze szczególną odpowiedzialnością w rozumieniu omawianego kryterium. To samo odnieść należy np. do odpowiedzialnego materialnie sprzedawcy, dyspozytora samochodowego, referenta bhp. Każdy obywatel obowiązany jest strzec własności społecznej (art. 77 Konstytucji) i chronić przed grożącą jej szkodą (art. 127 k.c.). Nie oznacza to jednak, że każdy obywatel jest szczególnie odpowiedzialny za ochronę mienia społecznego ani też że osoba szczególnie za jego ochronę odpowiedzialna pełni funkcje związane ze szczególną odpowiedzialnością. Nasuwa się jeszcze problem, czy osoby korzystające ze szczególnie wzmożonej ochrony przewidzianej w art. 234 k.k. (funkcjonariusze MO lub innego organu powołanego do ochrony porządku i bezpieczeństwa publicznego) są osobami pełniącymi funkcje związane ze szczególną odpowiedzialnością w rozumieniu omawianego kryterium. Wydaje się, że nie. Szczególnie wzmożona ochrona została im bowiem przyznana tylko dlatego, że są to osoby, które z racji pełnionych funkcji są najbardziej ze wszystkich funkcjonariuszy publicznych narażone na czynne napaści.

5) Osoby pełniące czynną służbę wojskową. Zaliczenie ich do kręgu osób pełniących funkcje związane ze szczególną odpowiedzialnością będzie uzależnione od posiadanego stopnia służbowego i pełnionej funkcji. Podjęcie próby wytyczenia tej granicy należałoby pozostawić specjalistom z tej dziedziny.

6) Posłowie i radni. Wydaje się, że nie tylko posłów, ale również radnych — i to chyba niezależnie od szczebla rady narodowej — należałoby zaliczyć do osób pełniących funkcje związane ze szczególną odpowiedzialnością. Czynienie bowiem różnicy między radnymi w zależności od szczebla rady narodowej trudno by było uzasadnić. Różnica przecież sprowadza się nie tyle do wagi funkcji, ile do obszaru, na którym jest ona spełniana. Podnieść należy, że wszyscy radni — obojętne,

³⁰ Uchwała SN w sprawie VI KZP 12/72, OSNKW nr 12/1972, poz. 182.

w jakich radach: wojewódzkich, powiatowych, miejskich czy gminnych — pełnią bardzo ważne funkcje dla danego terenu, zaszczytne i wymagające do ich spełniania szczególnie dużego zaufania społecznego. Tak więc wszystkie wymienione w tym punkcie osoby — analogicznie jak wyżej w pkt 2 i 3 — mogą być podmiotami przestępstw z art. 130 § 2 i 240 pkt 1 k.k.

7) Inne osoby korzystające z mocy przepisu szczególnego z ochrony prawnej, jaka jest przewidziana dla funkcjonariuszy publicznych.

Jeśli chodzi o tę kategorię osób, to redakcja przepisu nie może nie nasuwać zastrzeżeń. Bo przecież osoba korzystająca z mocy przepisu szczególnego z ochrony prawnej przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych w istocie rzeczy funkcjonariuszem takim nie jest; jest ona tylko zrównana z nim w zakresie odpowiedzialności i ochrony prawnej³¹. Tymczasem przepis brzmi: „Funkcjonariusz publiczny jest to: (...) inna osoba korzystająca (...) z ochrony prawnej przewidzianej dla funkcjonariuszy (...)”.

W konsekwencji takiego sformułowania osoba przybrana do pomocy funkcjonariuszowi publicznemu nie tylko korzysta ze wzmożonej ochrony przewidzianej w art. 233, 235 i 236 k.k., ale może też być podmiotem przestępstwa służbowego, w szczególności z art. 239 k.k., bo choć w istocie funkcjonariuszem publicznym nie jest, to jednak z mocy przepisów szczególnych (art. 233, 235 i 236 k.k.) została — zgodnie z art. 120 § 11 k.k. — zaliczona do kręgu funkcjonariuszy publicznych³².

Szereg osób zostało z mocy przepisów szczególnych włączonych do kręgu funkcjonariuszy publicznych, jak np. nauczyciele (art. 52 ustawy z dnia 27 kwietnia 1972 r. — karta praw i obowiązków nauczyciela — Dz. U. Nr 16, poz. 114), członkowie kolegiów do spraw wykroczeń (art. 14 ustawy o ustroju kolegiów do spraw wykroczeń z dnia 20 maja 1971 r. — Dz. U. Nr 12, poz. 68), członkowie ORMÓ (art. 11 ustawy o Ochotniczej Rezerwie Milicji Obywatelskiej z dnia 13 czerwca 1967 r. — Dz. U. Nr 23, poz. 108)³³. Niektóre z tych osób, jak np. nauczyciele, pełnią funkcje związane ze szczególną odpowiedzialnością.

9. Osoby wymienione w niektórych punktach art. 120 § 11 k.k. są funkcjonariuszami publicznymi jedynie w rozumieniu prawa karnego, tzn. że przysługuje im wzmożona ochrona i że mogą zarządzać odpowiedzialnością jak funkcjonariusze publiczni. Wynika stąd, że jeśli chodzi o funkcjonariuszy publicznych i osoby przez kodeks karny z nimi zrównane, to krąg osób, które mogą stanowić przedmiot wzmożonej ochrony, jest

³¹ Inaczej normowały tę kwestię dawne przepisy, a mianowicie art. 292 k.k. z 1932 r. i art. 46 m.k.k. Przepisy te określały krąg osób, które nie będąc urzędnikami, podlegały odpowiedzialności karnej przewidzianej dla urzędników.

³² Por. W. Wolter: Odpowiedzialność karna, s. 963. Odmiennie — E. Szwedek: Glosa, s. 445.

³³ Warto zauważyć, że z art. 11 cytowanej ustawy wynika, iż członek ORMÓ korzysta ze szczególnie wzmożonej ochrony prawnej, przewidzianej w art. 234 k.k., tylko wtedy, gdy czynna napaść została dokonana na niego w związku i w czasie wykonywania przezeń zadań wynikających z przynależności do tej organizacji. Natomiast w razie dokonania na niego czynnej napaści w związku z wykonywaniem przezeń tych zadań, ale nie w czasie ich wypełniania, korzysta on — na równi z innymi funkcjonariuszami publicznymi — ze wzmożonej ochrony prawnej określonej w art. 233 k.k. Takie właśnie stanowisko zajął SN w uchwale z dnia 22 grudnia 1972 r. VI KZP 63/72, OSNKW nr 2—3/1973, poz. 22.

tożsamy z kręgiem osób, które mogą stanowić podmiot przestępstwa służbowego. W związku z tym pisze E. Szvedek³⁴, że w ten sposób kodeks karny rozstrzygnął spór zasygnalizowany jeszcze w 1932 r. przez J. Makarewicza.

Jak wiadomo, J. Makarewicz³⁵ utrzymywał, że logika nakazuje wysnuć wniosek, iż tam gdzie daną jednostkę uważa się za możliwy podmiot przestępstwa urzędniczego, tam uważa się ją również za możliwy przedmiot przestępstwa przeciwko władzom i urządóm (przedmiot wzmożonej ochrony).

Wydaje mi się, że słuszność takiego stwierdzenia jest tylko pozorna, bo przecież nieprzyznanie wzmożonej ochrony nie oznacza braku ochrony w ogóle³⁶, gdy tymczasem brak odpowiedzialności np. za przyjęcie łapówki przez pracownika spółdzielni mieszkaniowej oznacza brak odpowiedzialności karnej w ogóle.

Wprawdzie gdy chodzi o funkcjonariuszy publicznych i osoby przez prawo karne z nimi zrównane (art. 120 § 11), kręgi przedmiotów wzmożonej ochrony i podmiotów przestępstw służbowych są identyczne, jednakże — ogólnie rzecz biorąc — krąg osób, które mogą stanowić przedmiot wzmożonej ochrony (funkcjonariusze publiczni w rozumieniu prawa karnego) jest węższy od kręgu osób, które mogą stanowić podmiot przestępstw służbowych, np. z art. 239, 240, 246 k.k. (oprócz funkcjonariuszy publicznych również osoby, które wprawdzie funkcjonariuszami takimi nie są, ale pełnią funkcje publiczne, niekiedy nawet związane ze szczególną odpowiedzialnością).

³⁴ E. Szvedek: Pojęcie funkcjonariusza, s. 21 i Głosa, s. 445.

³⁵ J. Makarewicz: Kodeks karny z komentarzem, Lwów 1935, s. 279.

³⁶ Osoby te korzystają przecież z takiej ochrony, jaka przysługuje każdemu obywatelowi, z tą tylko na ich korzyść różnicą, że pełnione przez nich funkcje będą stanowiły na ogół okoliczność obciążającą przy wymiarze kary sprawcy przestępstwa, a gdy chodzi o przestępstwa z oskarżenia prywatnego, prokurator z reguły obejmie w tych sprawach oskarżenie.