

# Marian Filar

---

## Zakres pojęciowy znamienia «pełnienie funkcji publicznej» na gruncie art. 228 k.k.

---

Palestra 48/7-8(547-548), 57-69

---

2003

Artykuł został 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](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

## ZAKRES POJĘCIOWY ZNAMIENIA PEŁNIENIE FUNKCJI PUBLICZNEJ NA GRUNCIE ART. 228 K.K.

1. Problem wykładni zawartego w art. 228 k.k. znamienia *pełnienie funkcji publicznej* stał się w ostatnim okresie przedmiotem bogatego orzecznictwa Sądu Najwyższego, poważnych kontrowersji w polskiej doktrynie oraz inicjatyw ustawodawczych. Trudno się zresztą temu dziwić. Poważne zmiany zachodzące w Polsce po okresie transformacji ustrojowej, zwłaszcza zaś prywatyzacja gospodarki ustrojowej, „wymieszanie się” w niej elementu publicznego i prywatnego oraz decentralizacja władztwa politycznego stworzyły całkowicie nowe realia także dla problematyki tzw. łapownictwa. Media donosiły coraz częściej o bulwersujących opinię publiczną wydarzeniach w tym względzie, których ocena prawna w kontekście dotychczasowej wykładni występującego na gruncie przestępstwa łapownictwa tradycyjnie już w prawie polskim znamienia *pełnienie funkcji publicznej* napotykało na zasadnicze trudności i nie dawało rezultatów, które by tę opinię satysfakcjonowały. Dlatego też m.in. podjęte zostały w tym zakresie prace nowelizacyjne, mające dostosować przepis art. 228 k.k. do nowej, zmienionej sytuacji. Aby jednak zrozumieć zarówno inspiracje tych prac, jak i należyście zinterpretować ich rezultat w postaci nowelizacji prawa karnego w przedmiotowym względzie<sup>1</sup>, należy powrócić do stanu prawnego sprzed nowelizacji.

2. Istotą wykładni określonych pojęć prawnych na gruncie prawa karnego, w tym zwłaszcza stanowiących tzw. znamiona czynu zabronionego, jest doprecyzowanie ich treści normatywnej w takich przypadkach, gdy nie jest ona notorycznie oczywista (tzw. znamiona ostre – zabija, zabiera, człowieka, cudzą rzecz ruchomą, itp.), bądź też ustawodawca nie dokonał tego w oczywisty sposób za pomocą tzw. wykładni autentycznej (na gruncie prawa karnego stanowi ją tzw. słowniczek – art. 115 k.k.). Takie doprecyzowanie w odniesieniu do tzw. znamion nieostrych (ocennych, wartościujących, itp.) jest wymogiem wynikającym z fundamentalnej dla prawa karnego zasady *nullum crimen sine lege*, będącej nie tylko zasadą kodeksową (art. 1 § 1 k.k.), lecz wręcz konstytucyjną (art. 42 ust. 1 Konstytucji RP).

---

<sup>1</sup> Patrz ustawa z 13 czerwca 2003 r. „O zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw” (Dz.U. z 28 czerwca 2003 r. Nr 111, poz. 1061).

Wykładnia taka odbywać się musi według wypracowanych przez naukę prawa i orzecznictwo reguł interpretacyjnych, które nie mogą być zastąpione ogólnie rozumianymi „zasadami słuszności”, „wymogami polityki kryminalnej” czy też podobnymi im eufemizmami o aksjologicznym charakterze. To, że określone zachowanie wydać się może stosującemu prawo „naganne”, „niemoralne”, „społecznie szkodliwe”, itp. nie oznacza bynajmniej, iż taka ocena wystarcza dla zinterpretowania znamion nieostrych, a tym bardziej, iż jest dla niego przesądająca. Prawo karne przewiduje bowiem odpowiedzialność nie za czyny „naganne” czy nawet „szkodliwe społecznie”, lecz za czyny stypizowane w jego treści jako przestępstwa, tj. posiadające znamiona określone w ustawie. Gdy natomiast w ustawie brak jednoznacznego określenia treści normatywnej danego znamienia, treść tę należy ustalić wedle ogólnych reguł wykładni prawniczej, a nie wyłącznie wedle reguły celowości sprowadzającej się do stwierdzenia, „iż w określonych realiach politycznokryminalnych i kryminologicznych byłoby dobrze (celowo) interpretować dane znamię w taki a nie inny sposób”. Dany czyn albo jest przestępstwem, tj. wyczerpuje jego ustawowe znamiona, albo ich nie wyczerpuje i przestępstwem nie jest, niezależnie od jego społeczno-aksjologicznej oceny.

3. W przedmiotowej sprawie istota problemu sprowadzała się do odpowiedzi na pytanie o zakres treści normatywnej znamienia *pełnienie funkcji publicznej*, które to znamię ograniczało krąg podmiotów mogących ponosić odpowiedzialność za przestępstwo tzw. łapownictwa biernego, opisanego w art. 228 § 1, 2, 4, 5 i 6 k.k. przed jego nowelizacją i będące tzw. przestępstwem indywidualnym co do sprawy.

Kodeks karny z 1997 roku w żadnym ze swych przepisów, w szczególności w art. 115 nie wyjaśniał normatywnej treści tego znamienia, dając równocześnie w art. 115 § 13 autentyczną wykładnię znamienia *funkcjonariusz publiczny*, które to znamię występowało w licznych przepisach rozdziału XXIX k.k. (*Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego*), w którym to znajdował się również art. 228 k.k.

Ponieważ znamię *funkcjonariusz publiczny* określone zostało w art. 115 § 13 w formie podmiotowej (*Funkcjonariuszem publicznym jest...*), zaś art. 228 posługiwał się tu metodą funkcjonalną (*Kto w związku z pełnieniem funkcji publicznej...*), zrodziło to trwający od dawna na gruncie doktryny i orzecznictwa polskiego spór o wzajemny zakres tych dwu pojęć i ich ewentualne relacje (spór ten „obrósł” bardzo obfitym piśmiennictwem i orzecznictwem – szczegóły patrz P. Kardas, *Odpowiedzialność karna za łapownictwo (rozważania na tle projektowanych nowelizacji kodeksu karnego)*, Przegląd Sądowy nr 7–8, 2002 r.). Jego istota sprowadzała się do następującego dylematu:

a) czy oba te pojęcia mają w istocie identyczny zakres, różniąc się jedynie podmiotową lub funkcjonalną „technologią” definicyjną, tj., innymi słowy, tylko funkcjonariusz publiczny w rozumieniu art. 115 § 13 może pełnić funkcję publiczną, o której mowa m.in. w art. 228 k.k., a więc podmiotem tego przestępstwa może być jedynie osoba określona w art. 115 § 13 k.k.?

b) czy też zakresy tych pojęć nie pokrywają się, a więc podmiotem przestępstwa z art. 228 k.k. może być nie tylko funkcjonariusz publiczny w rozumieniu art. 115 § 13 k.k. (ten bowiem z definicji niejako pełni funkcję publiczną), lecz jeszcze także inne osoby, które nie są funkcjonariuszami publicznymi w rozumieniu tego przepisu, zaś jeśli tak, to jakie mogą być to osoby?

Stanowisko wyrażone w p. a na gruncie art. 239 k.k. z 1969 r. reprezentował W. Wolter [*Odpowiedzialność karna osób pełniących funkcje publiczne*, PiP nr 6 z 1969 r., s. 965 i następne; tenże, *Dwie wykładnie podmiotu przestępstw służbowych* (w:) *Problemy Prawa Karnego* (1), Prace naukowe Uniwersytetu Śląskiego nr 113, Katowice 1975, s. 44 i następne], zaś na gruncie art. 228 nowego k.k. A. Zoll (patrz: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna, Komentarz t. 1*, Zakamycze 1998, s. 637–638). Aczkolwiek za stanowiskiem takim przemawiać mógłby poważny argument systematyczny (umieszczenie przepisu art. 228 k.k. w rozdziale XXIX *Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego*, która to intytulacja stanowi istotną zmianę w stosunku do intytulacji rozdziału XXXII k.k. z 1969 r. (*Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych i społecznych*), wydaje się ono nietrafne. Domniemując racjonalność ustawodawcy (a domniemanie takie stanowi podstawowy kanon każdej wykładni), należy przyjąć, iż, używając w przypadku przestępstw stypizowanych w rozdziale XXIX k.k. raz znamienia podmiotowego określonego personalnie *funkcjonariusz publiczny* (art. 222, 223, 226, 227, 231 k.k.), raz znamienia podmiotowego określonego „funkcjonalnie” *kto, w związku z pełnieniem funkcji publicznej...* (art. 228 k.k.), miał on na myśli dwa nie pokrywające się kręgi osób, z których drugi jest szerszy od pierwszego (tj. każdy funkcjonariusz publiczny jest równocześnie osobą pełniącą funkcję publiczną, ale nie każda osoba pełniąca taką funkcję jest równocześnie funkcjonariuszem w rozumieniu art. 115 § 13 k.k.). Nie używałby bowiem dwu różnych terminów na oznaczenie tego samego. Ewentualna argumentacja, iż w art. 228 k.k. użyto znamienia „funkcjonalnego” jedynie dlatego, by podkreślić, iż przesłanką penalizacji łapownictwa biernego jest nie tyle sam fakt, iż ktoś jest funkcjonariuszem, lecz to, iż przyjmuje on łapówkę w związku z pełnieniem określonej funkcji (publicznej), byłaby nieprzekonująca, gdyż w art. 229 k.k. mówi się nie o *udzieleniu... korzyści majątkowej... funkcjonariuszowi publicznemu... w związku z pełnieniem funkcji*, lecz o **osobie pełniącej funkcję publiczną** *przyjmującej korzyść w związku z pełnieniem tej funkcji*.

Tak więc trafne wydawało się być stanowisko wyrażone w punkcie b, wedle którego podmiotem przestępstwa łapownictwa biernego może być nie tylko funkcjonariusz publiczny, lecz i inna osoba pełniąca funkcję publiczną. Stanowisko takie zajął zresztą SN już w roku 1970 (VI KZP 27/70; OSNKW 1970, z. 9 poz. 98) i można je w zasadzie uznać za ugruntowane w orzecznictwie polskim.

4. Istota problemu sprowadzała się więc nie do odpowiedzi na pytanie **c z y** osoba nie będąca funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu art. 115 § 13 k.k. może być sprawcą przestępstwa łapownictwa biernego, lecz **j a k** określić krąg takich osób mogących być jego potencjalnymi sprawcami.

Niezwykle ważną dyrektywą interpretacyjną w tym względzie była niekwestionowana wola ustawodawcy, by w k.k. z 1997 r. radykalnie ograniczyć krąg osób, które mogłyby być uznane za osoby *pełniące funkcję publiczną*. W uzasadnieniu projektu rządowego k.k. z 1997 r. czytamy: *Zmiany ustrojowe muszą prowadzić do istotnej zmiany pojęcia funkcjonariusza publicznego. Z zakresu tego pojęcia kodeks wyłącza osoby sprawujące funkcję w gospodarce uspołecznionej, spółdzielczości lub organizacjach społecznych. W stosunku do dotychczasowego prawa zmienia się zakres przedmiotu ochrony. Rezygnuje on ze szczególnej ochrony instytucji społecznych. Ochroną są objęte tylko instytucje państwowe i samorządu terytorialnego (Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 176 i 198–199). Skoro ustawodawca sygnalizował wyraźnie taką wolę w odniesieniu do pojęcia *funkcjonariusza publicznego*, rzutować to musiało także na analogiczną tendencję w odniesieniu do interpretacji pojęcia *pełnienia funkcji publicznej*. Należało też zwrócić baczną uwagę na zmianę intytulacji rozdziału XXIX k.k. z 1997 r. (*Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych i samorządu terytorialnego*) w stosunku do intytulacji rozdziału XXXII k.k. z 1969 r. (*Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych i społecznych*). Ma ona jednoznaczny kierunek i wyraźnie wskazuje na tendencję „ścieśniającą” w interpretacji znamion przestępstw zawartych w tym rozdziale (w tym także oczywiście i znamion podmiotu art. 228 k.k.). Jest to zresztą całkowicie zrozumiałe z punktu widzenia nowej „poetyki” ujmowania ochrony określonych dóbr prawnych, powstałej w nowych warunkach ustrojowych III Rzeczypospolitej. Mówiąc najogólniej, w związku z tendencją do „prywatyzacji” obrotu gospodarczego i „odpaństwowienia” rozległych innych sfer życia społecznego w prawie karnym z punktu widzenia rodzajowego przedmiotu ochrony, występować musiała także wyraźna cezura między tym, co „państwowe” i „samorządowe”, a więc „publicznoprawne”, od tego, co nie mieści się w tej sferze, zwłaszcza od prywatnej sfery gospodarczej poddanej mechanizmom wolnorynkowym. Nie oznacza to oczywiście, iż ta druga sfera miałaby być pozbawiona ochrony prawnokarnej, lecz jedynie to, iż ochrona ta odbywa się za pośrednictwem wyodrębnionych przedmiotowo przepisów (np. rozdział XXXVI: *Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu*). W przeciwnym przypadku istniałaby groźba „renacjonalizacji” przestępczości gospodarczej, na którą to słusznie zwracano już uwagę w piśmiennictwie (patrz: R. Zawłocki, *Osoba pełniąca funkcję publiczną jako sprawca przestępstwa łapownictwa biernego z art. 228 § 1 k.k.*, *Monitor Prawniczy* nr 10, 2002, s. 472–474) i co czyniłoby na powrót „państwowym” (a przynajmniej „publicznym”) to, co „państwowym” ani nawet „publicznym” nie jest (i być chyba nie powinno).*

5. Określoną rolę przy interpretacji znamienia *pełnienie funkcji publicznej* na gruncie art. 228 i 229 k.k. jako swoista dyrektywa interpretacyjna odgrywały też kierunki prac nad nowelizacją kodeksu karnego w tym względzie. Nie przesądzając tu ogólnej słuszności politycznokryminalnej tych tendencji, jedno wydaje się oczywiste. Jeżeli proponuje się coś zmienić, to oznacza, iż chce się, by *de lege ferenda*

było inaczej, niż było dotychczas. Trudno w niniejszym opracowaniu dokładnie omawiać kierunki prac nowelizacyjnych w tym aspekcie, tym bardziej, że poświęcono temu w piśmiennictwie obszerne opracowanie [P. Kardas, *Odpowiedzialność karna za łapownictwo (rozważania na tle projektowanych nowelizacji kodeksu karnego)*, Przegląd Sądowy nr 7–8, 2002, s. 3–34]. Zwrócić jednak należy tu uwagę na kwestie podstawowe. I tak np. projekt zmian kodeksu karnego (tzw. obywatelski z rekomendacją rządu z 11 lipca – druk sejmowy nr 775) proponował, by przewidywany w nim rozdział XI zatytułować *Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych i samorządowych oraz innych instytucji dysponujących środkami publicznymi*.

Podmiotem przestępstwa łapownictwa biernego według tego projektu obok funkcjonariusza publicznego mogłaby być inna osoba, która z *racji zajmowanego stanowiska lub pełnionej funkcji dysponuje środkami publicznymi*. W innych projektach nowelizacyjnych proponowano m.in. wprowadzić do art. 115 definicję osoby pełniącej funkcję publiczną także jako innej niż funkcjonariusz publiczny osoby, *której obowiązki w zakresie działalności publicznej określa ustawa* (projekt z kwietnia 2002 r.). Tak zwany projekt prezydencki przewidywał, iż *osobą pełniącą funkcję publiczną jest funkcjonariusz publiczny, członek organu samorządowego, osoba zatrudniona w instytucji dysponującej środkami publicznymi, chyba że pełni wyłącznie czynności usługowe, a także inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej określone są lub uznane przez ustawę lub wiążące Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowe* (art. 115 § 19).

W projektach tych rozważało się również możliwość wprowadzenia do rozdziału XXXVI: *Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu* przestępstw typizujących korupcję w prywatnej sferze obrotu gospodarczego (patrz P. Kardas, *op. cit.*, s. 11).

6. Przez wiele lat na gruncie art. 239 k.k. z 1969 r., następnie zaś art. 228 k.k. z 1997 r., dominował pogląd, iż pojęcie *funkcji publicznej* należy łączyć z charakterem czynności wykonywanych przez daną osobę, a które powinny mieć władczy, decyzyjny i publicznoprawny charakter, tj. dany podmiot powinien posiadać taki zakres uprawnień, które mogą kształtować treść wykonywanych zadań w sferze publicznej.

Pełnienie funkcji publicznej utożsamiano z realizacją kompetencji władczych, polegających na sprawowaniu zarządu podejmowanego w sferze publicznej i wykonywaniu powinności ciążących na władzach publicznych. Za osoby pełniące funkcję publiczną uznać więc należy osoby, które wykonują powierzone im przez instytucje państwowe lub samorządowe zadania, służące władczej działalności tych instytucji (np. wyrok SN z 14 grudnia 1982 r. III KR 182/82 OSNKW 1983 z. 9 poz. 73, uchwała SN z 20 czerwca 2001 r., I KZP 5/01, a także liczni autorzy, patrz: J. Karaźniewicz, *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów SN z 28 marca 2002 r., I KZP 35/01, Prokuratura i Prawo nr 12, 2002, s. 103 i następnę*).

Taka interpretacja miała silne podstawy w prawie porównawczym. I tak np. nowy kodeks karny francuski uznaje za podmiot łapownictwa biernego *dysponenta*

władztwa publicznego (*depositaire de l'autorite publique*). W niemieckim kodeksie karnym, obok urzędnika, podmiotem takim może być osoba *mająca szczególnie obowiązki w sferze służby publicznej*, która jest obszernie zdefiniowana przez § 11 ust. 4 niemieckiego kodeksu karnego. Począwszy od uchwały z 20 czerwca 2001 r. (I KZP 5/01) w sprawie ordynatora zakładu opieki zdrowotnej, następnie zaś uchwały z 18 października 2001 r. (I KZP 9/01 OSP nr 4 poz. 45, 2002) w sprawie dyrektora przedsiębiorstwa państwowego, SN zmodyfikował nieco ten pogląd przyjmując jako kryterium uznania za pełnienie funkcji publicznej źródło finansowania danej instytucji ze środków publicznych oraz fakt, iż osoba inkryminowana dysponowała takimi środkami.

Uchwała składu siedmiu sędziów SN z 28 marca 2002 r., I KZP 35/01, utrzymując ten kierunek (tj. dysponowanie środkami publicznymi), wprowadziła tu dodatkowy wymóg, a mianowicie, by dysponowanie takie odbywało się na mocy konkretnej ustawy (lub na mocy indywidualnego aktu administracyjnego wydanego w oparciu o ustawę) i by środki te trafiły do mającej ustawowe podstawy prawne dyspozycji tej osoby na mocy konkretnej regulacji ustawowej.

Stanowisko powyższe spotykało się na ogół z przychylnym przyjęciem doktryny (patrz J. Karaźniewicz, *op.cit.*, s.103–104).

W związku z taką ewolucją orzecznictwa SN rodziło się pytanie, czy oznacza ona, iż omówiony poprzednio wymóg „władczo-publicznoprawnego” charakteru działalności danej osoby, zastąpiony został wymogiem publicznoprawnego źródła finansowania określonej działalności podejmowanej przez tę osobę, co znacznie rozszerzyłoby zakres kryminalizacji.

7. Afirmatywna odpowiedź w tym względzie byłaby błędna. Tak długo, jak długo przestępstwo łapownictwa biernego znajdować się będzie w rozdziale przestępstw przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego, musi to mieć zasadniczy wpływ na wykładnię pojęcia *pełnienia funkcji publicznej*. Kodeks karny nie jest bowiem chaotycznym zbiorem zawartych w nim czynów przestępczych, lecz grupuje on te czyny w poszczególne rozdziały według kryterium tzw. rodzajowego przedmiotu ochrony. Kryterium to ma podstawowe znaczenie dla interpretacji wszelkich znamion przestępstw w danym rozdziale zawartych i interpretacja ta nigdy nie może się odbywać przy abstrahowaniu od systematyki kodeksowej, tj. miejsca, w którym dany przepis w kodeksie został umieszczony. Poszczególne znamiona nie mogą więc być interpretowane niejako „same w sobie”, w oderwaniu od tej systematyki w oparciu o argument „słuszności” czy „społecznej czy politycznokryminalnej potrzeby”. Wtedy bowiem kończy się interpretacja, a zaczyna manipulacja przepisem.

Przedmiotem ochrony rodzajowej rozdziału XXIX k.k. jest prawidłowa działalność instytucji państwowych i samorządu terytorialnego, która ze swej natury ma charakter publicznoprawny i władczy, i której to decyzje mają skutki publicznoprawne „na zewnątrz”, zwłaszcza wobec obywateli, będąc przejawem władztwa tych podmiotów. „Czystość” takiego władztwa jest więc rodzajowo chroniona

przez przepisy zawarte w tym rozdziale, zwłaszcza zaś przez art. 228 k.k. Funkcję publiczną pełni więc ten, kto na mocy określonych uregulowań ustawowych władztwo to realizuje, choć nie musi on równocześnie być funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu art. 115 § 13 k.k. Władztwo realizuje bowiem każdy, kto, mówiąc kolokwialnie „trzyma długopis”, tj. od którego woli zależy wykreowanie określonego rozstrzygnięcia rodzącego skutki publicznoprawne, do którego to wykreowania dana osoba posiada określone umocowanie ustawowe. Z kanonem tym nie pozostaje w sprzeczności konstatacja w przedmiocie publicznych źródeł finansowania określonej działalności. Kryterium to uzupełnia bowiem i „zagęszcza”, a nie eliminuje czy zastępuje kryterium władczego. „Niefunkcjonariusz”, działający w ramach „niepaństwowej” i „niesamorządowoterytorialnej” instytucji dysponującej jednak przekazywanymi jej przez takie właśnie instytucje środkami publicznymi na realizowanie jej zadań, podejmując określone decyzje w przedmiocie kierunku zadysponowania takimi środkami w oparciu o upoważnienie ustawowe, wykonuje w tym właśnie zakresie władcze uprawnienia publiczne niejako „w imieniu” czy „w umocowanym zastępstwie” organów instytucji państwowej lub samorządu terytorialnego i w związku z tym może atakować przestępczo rodzajowe dobro chronione prawnie, jakim jest prawidłowość działania takich instytucji, mówiąc zaś bardziej precyzyjnie, prawidłowość publicznego obrotu w państwie.

Z taką właśnie sytuacją mieliśmy do czynienia na gruncie uchwały SN z 28 marca 2002 r. I KZP. Prezes zarządu spółdzielni mieszkaniowej dysponuje bowiem środkami publicznymi w postaci odpowiednich dotacji i subwencji ze środków publicznych otrzymywanych przez spółdzielnie na mocy odrębnych przepisów (patrz uzasadnienie orzeczenia). Czynności podejmowane przez niego na podstawie art. 55 § 1 ustawy z 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze wiążą się więc z władczym dysponowaniem tymi środkami.

Gdybyśmy stanęli na stanowisku, iż kryterium źródeł finansowania danej jednostki i jej działalności wypiera tu kryterium publicznoprawnych kompetencji władczych osoby zatrudnionej w takich „niepaństwowych” i „niesamorządowoterytorialnych” jednostkach, otrzymalibyśmy *a contrario* absurdalny rezultat w postaci konieczności twierdzenia, iż nie może zostać uznany za pełniący funkcję publiczną, a więc sprawcę przestępstwa z art. 228 k.k. ktoś, kto wprowadzie przyjął fałpówkę za wydanie decyzji o ewidentnie władczym i publicznoprawnym charakterze i skutkach zewnętrznych tylko dlatego, iż źródło finansowania działalności jednostki, w której osoba taka funkcjonuje, nie ma charakteru publicznoprawnego. A to pozostawałoby w rażącej sprzeczności z zasadami wykładni systemowej prawa.

8. W świetle powyższych ustaleń poddajemy obecnie analizie regulację zawartą w powyższej kwestii w ustawie z 13 czerwca 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw uchwalonej na 50. posiedzeniu Sejmu IV kadencji, która wprowadziła w omawianym zakresie istotne zmiany (Dz.U. z 28 czerwca 2003 r. Nr 111, poz. 1061). I tak:



– na mocy art. 1 pkt 3 lit. b tejże ustawy, w art. 115 k.k. (tzw. słowniczek), dodano § 19 w następującym brzmieniu:

*Osobą pełniącą funkcję publiczną jest funkcjonariusz publiczny, członek organu samorządowego, osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, chyba że wykonuje wyłącznie czynności usługowe, a także inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową.*

Warto zwrócić uwagę, iż treść powyższego przepisu została istotnie zmieniona w stosunku do treści zawartej w pierwotnej wersji ustawy uchwalonej przez Sejm w dniu 23 kwietnia 2003 r. (druk sejmowy 869) i przekazanej Senatowi do dalszego stosownego procedowania. W wersji tej przepis § 19 brzmiał jak następuje:

*Osobą pełniącą funkcję publiczną jest funkcjonariusz publiczny, członek organu samorządowego, osoba dysponująca środkami publicznymi z racji zajmowanego stanowiska lub pełnionej funkcji, a także inna osoba podejmująca na podstawie ustawy lub wiążącej Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowej czynności o znaczeniu publicznym.*

Tak więc ostateczna treść nowelizacji w powyższym zakresie była efektem uwzględnienia przez Sejm poprawek Senatu.

Na marginesie należy zwrócić tu uwagę, iż utrzymano nadal w dotychczasowym brzmieniu treść art. 115 § 13 k.k. definiującego pojęcie funkcjonariusza publicznego.

Modyfikacji uległ również art. 228 k.k. Polega ona na tym, iż znamię *żądania korzyści*, przewidziane dotąd jako znamię formy podstawowej tego przestępstwa (art. 228 § 1 k.k.), przeniesiono do § 4 tegoż przepisu, czyniąc z niego tym samym znamię formy kwalifikowanej tego czynu, a także dodano do art. 228 § 4 k.k. znamię „*żądania korzyści osobistej*” (w dotychczasowym brzmieniu art. 228 § 4 k.k. mowa była jedynie o korzyści majątkowej). Zmiany te znacznie rozszerzyły i zaostrzyły sferę penalizacji łapownictwa biernego. Zmieniono również brzmienie dotychczasowego § 3 art. 228 k.k. powtarzając w nim (zamiast skróconej formy zawartej w brzmieniu dotychczasowym) pełną formułę zawartą dotychczas w § 1. W zmianie tej jednak trudno byłoby dopatrzeć się innych modyfikacji poza werbalnymi, w szczególności zaś rozszerzenia sfery kryminalizacji zakreślonej przez art. 228 § 3 w jego dotychczasowym brzmieniu. Jestem wprawdzie zwolennikiem syntetyczności przepisów kodeksowych tak dalece, jak to jest tylko możliwe, w tym przypadku jednak nową formułę § 3 uznać można za właściwszą, zaś całą zmianę za pozbawioną większego merytorycznego znaczenia.

9. Najważniejszą politycznokryminalnie zmianą zawartą w przedmiotowej nowelizacji jest niewątpliwie dodanie do treści art. 115 k.k. nowego § 19 zawierającego ustawową definicję osoby pełniącej funkcję publiczną. Rozszerza to bez wątpienia w sposób poważny w stosunku do dotychczasowej regulacji art. 228 k.k. sferę osób mogących być podmiotem przestępstwa łapownictwa biernego.

Zmiana ta kończy definitywnie dotychczasowy, sygnalizowany już powyżej spór, czy podmiotem tym może być jedynie funkcjonariusz publiczny w rozumie-

niu art. 115 § 13 k.k., czy także i osoba nie mieszcząca się w zakreślonym przezeń kręgu.

W nowym stanie prawnym podmiotem takim mogą być więc cztery kategorie osób:

- a) funkcjonariusz publiczny (w rozumieniu art. 115 § 13 k.k.);
- b) członek organu samorządowego;
- c) osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi (z wyłączeniem osób wykonujących wyłącznie czynności usługowe);
- d) osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowe.

Na pierwszy już rzut oka widać, iż jest to katalog bardzo obszerny i stwarzający w stosunku do stanu dotychczasowego poważne możliwości rozszerzenia podmiotowej sfery odpowiedzialności za przestępstwo.

Zadaniem doktryny i orzecznictwa będzie więc baczenie, by sfera ta ze względu na określoną interpretację nie stała się zbyt wielka, co zwiększałoby w sposób nieuzasadniony zakres kryminalizacji życia społecznego, co byłoby politycznokryminalnym błędem i przykładem nie tyle wylania dziecka z kąpielą, co włania do tej kąpieli zbyt wiele gorącej wody, co dla kąpanego zakończyć się może równie dramatycznie.

Należy mieć tu na względzie, iż nowelizacja nie zmieniła intytulacji rozdziału XXIX k.k., w którym zamieszczony został art. 228 k.k. i która to, formułując tzw. rodzajowy przedmiot ochrony, odgrywać musi nadal decydującą rolę w wykładni znamion przepisów zawartych w tym rozdziale<sup>2</sup>.

10. Poważne wątpliwości interpretacyjne i konieczność ścieśniającej wykładni rodzi uczynienie podmiotem przestępstwa łapownictwa biernego **członka organu samorządowego**. Pojęcie organu samorządowego „w ogóle” nie mieści się rodzajowo w intytulacji rozdziału XXIX k.k. Nie ulega wątpliwości, przynajmniej na gruncie wykładni językowej, iż rozdział ten chroni jedynie prawidłowość działania **instytucji państwowych i samorządu terytorialnego**<sup>3</sup>. Ujęcie takie mieści się zresztą w polskiej tradycji legislacyjnej w tym względzie, w której tego rodzaju przestępstwa określano mianem „przestępstw urzędniczych”.

W obliczu dynamicznego rozwoju różnorodnych form samorządności, w tym zwłaszcza korporacyjnej, uznanie za podmiot przestępstwa łapownictwa biernego

<sup>2</sup> Warto zwrócić tu uwagę, iż ustawa z 13 czerwca 2003 r. wprowadziła do rozdziału XXXVI k.k. (*Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu*) nową typizację opisaną w art. 296a k.k., wprowadzającą penalizację korupcji w sferze gospodarki (także prywatnej). Nie może to pozostać bez wpływu na interpretację art. 228 k.k.

<sup>3</sup> Na mocy art. 115 § 13 k.k. osoba będąca pracownikiem samorządu terytorialnego została uznana za funkcjonariusza publicznego z wszelkimi konsekwencjami tego faktu w sferze odpowiedzialności karnej.

członka organu każdego samorządu (zwłaszcza zaś korporacyjnego), prowadzić może do poważnego i niczym nieuzasadnionego rozszerzenia sfery kryminalizacji. Decyzje podejmowane przez „funkcjonariuszy” samorządów korporacyjnych z reguły mają bowiem charakter „wewnątrz korporacyjny” i ich skutki nie sięgają poza samorząd, a więc niejako „na zewnątrz”, nie mając tym samym charakteru publiczno-prawnego.

Ustawodawca zapomniał też jak się zdaje, iż zgodnie z przepisami określonych ustaw ustanawiających samorządy korporacyjne **organami** takich samorządów są nie tylko ich statutowe organy przedstawicielskie wybierane przez zgromadzenia ogólne członków danej korporacji dla administrowania i kierowania sprawami korporacji w okresach między zjazdami ogólnymi członków danej korporacji, ale także i te właśnie zgromadzenia ogólne! I tak np. art. 20 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. O izbach lekarskich (Dz.U. Nr 30, poz. 158 z późn. zmianami) stanowi, iż **organami** okręgowej izby lekarskiej, obok okręgowej rady lekarskiej, okręgowej komisji rewizyjnej, okręgowego sądu lekarskiego i okręgowego rzecznika odpowiedzialności zawodowej, jest także **Okręgowy Zjazd Lekarzy**. Podobnego typu regulacje zawierają też inne ustawy korporacyjne. Pomijając już kwestię, czy uzasadnione politycznokryminalnie jest uczynienie podmiotem przestępstwa łapownictwa biernego np. członka okręgowej rady lekarskiej, całkowitym nieporozumieniem byłoby uznanie, iż może nim być wybrany *ad hoc* delegat na okręgowy zjazd lekarzy!

Aby więc uratować politycznokryminalny sens znowelizowanego przepisu i nie doprowadzić do granic absurdu podmiotowej sfery penalizacji przestępstwa łapownictwa biernego<sup>4</sup>, podmiotem tego przestępstwa na gruncie art. 228 k.k. w związku z art. 115 § 19 należy uczynić jedynie:

- członka organu samorządu korporacyjnego o charakterze przedstawicielskim wybieranym przez zgromadzenie ogólne członków danej korporacji do kierowania i administrowania sprawami samorządu korporacji w okresach między takimi zgromadzeniami ogólnymi (a więc członka organów wykonawczych samorządu);
- który równocześnie, w zakresie swych obowiązków wynikających z ustawy, podejmuje decyzje o charakterze publiczno-prawnym, tj. wywierające skutki prawne „na zewnątrz” poza sferą korporacyjną, nawet jeśli decyzje takie ograniczone są personalnie jedynie do osób wchodzących w skład korporacji.

I tak np. członek okręgowej rady lekarskiej, który przyjmuje łapówkę od lekarza ubiegającego się o przyznanie prawa wykonywania zawodu w trybie art. 5 ustawy z 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza za pozytywne głosowanie w powyższej sprawie mimo niespełniania przez lekarza warunków opisanych w tym przepisie, bę-

---

<sup>4</sup> A byłaby przekroczeniem takich granic np. sytuacja, w której za przestępstwo łapownictwa biernego pociągnięty zostałby do odpowiedzialności karnej delegat na okręgowy zjazd lekarzy, który w zamian za zgłoszenie kandydatury np. na członka komisji rewizyjnej przyjąłby od innej delegatki na ten zjazd korzyść osobistą w postaci odbicia stosunku pćciowego, co w ramach gramatycznej wykładni przepisów powyższych byłoby w pełni możliwe!

dzie podmiotem przestępstwa z art. 228 k.k., gdyż wprowadzie decyzja o przyznaniu prawa wykonywania zawodu odnosi się bezpośrednio do osoby ze sfery samorządu lekarskiego, skutki takiej decyzji mają jednak powszechny „zewnątrzny”, publicznoprawny charakter (lekarz taki uzyskuje bowiem szereg różnorodnych „publicznoprawnych” uprawnień, np. do wydawania zaświadczeń lekarskich).

Nie będzie natomiast podmiotem przestępstwa z art. 228 k.k. przewodniczący okręgowej izby lekarskiej, który np. w zamian za przyjęcie korzyści majątkowej zawarł kontrakt na sprzątnięcie biur ORL przez określoną firmę. To bowiem sprawa wyłącznie „wewnątrz korporacyjna”, do której załatwienia korporacja ma stosowne instrumenty prawne (np. odpowiedzialność przed sądem lekarskim) i nie widać powodów, dla których państwo miałoby załatwić „swoimi rękoma” sprawy patologii wewnątrz korporacyjnych. Korporacje zawodowe w dużej mierze właśnie po to zostały bowiem powołane, by takie „wewnątrz korporacyjne” patologie załatwiać w „wewnątrz korporacyjnym” *entourage'u*, nie „ogłędając się” w tym względzie na interwencje państwowe.

11. Odnosnie do uznania za podmiot odpowiedzialności karnej z art. 228 k.k. *osoby zatrudnionej w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi*, dla uratowania kryminalnopolitycznego sensu tego przepisu, należy w pełni odwołać się do uwag, które poczyniono w punkcie 6 i 7 niniejszego opracowania.

Samo formalne zatrudnienie w takiej jednostce w świetle rodzajowego przedmiotu ochrony rozdziału XXIX k.k. nie może stanowić więc wystarczającej podstawy dla takiego uznania (choć jest warunkiem koniecznym w tym względzie). Niezbędnym zdaje się tu ponadto, by:

– osoba taka nie tylko była formalnie zatrudniona w takiej jednostce na stanowisku „nie wyłącznie usługowym”, ale na mocy konkretnej ustawy lub na mocy indywidualnego aktu administracyjnego wydanego w oparciu o taką ustawę dysponowała środkami publicznymi i by środki te trafiły do mającej ustawowe podstawy prawne dyspozycji tej osoby na mocy konkretnej regulacji ustawowej (patrz uchwała SN z 28 marca 2002 r., I KZP 35/01). Osoba taka w powyżej opisanej sytuacji dysponuje bowiem przekazanymi jej w tym trybie środkami publicznymi i dokonując określonej ich redystrybucji, wykonuje w tym właśnie zakresie władcze publicznoprawne uprawnienia poniekąd „w imieniu” i „w umocowanym zastępstwie” organów instytucji państwowej lub samorządu terytorialnego. Dokonując więc takiej redystrybucji w warunkach przedmiotowo opisanych w art. 228 k.k., narusza rodzajowe dobro prawne chronione przezeń, jakim jest – mówiąc najogólniej – prawidłowość publicznego obrotu w państwie i „czystość” decyzji publicznoprawnych.

Całkowicie chybiona jest tu dokonana przez Senat i ostatecznie zaakceptowana przez Sejm zmiana, która w odróżnieniu od pierwotnej wersji tego przepisu („osoba dysponująca środkami publicznymi z racji zajmowanego stanowiska lub pełnionej funkcji”) kładącej nacisk na merytoryczne względy funkcjonalne (uprawnienie do faktycznego **dysponowania**), opiera uznanie danej osoby za podmiot przestępstwa łą-

pownictwa biernego jedynie na czysto formalnym kryterium „bycia zatrudnionym”. Przy obecnym brzmieniu przepisu, dokonując czysto gramatycznej jego wykładni, musielibyśmy dojść do wniosku, iż dla stania się podmiotem takiego przestępstwa nie jest już potrzebne, by to ta właśnie **osoba** była dysponentem środków publicznych z racji swego stanowiska lub funkcji, lecz wystarcza, iż dysponentem takim jest w ogólności dana **jednostka organizacyjna**, choćby nawet określona osoba tam zatrudniona (na stanowisku nie wyłącznie usługowym) nie miała uprawnień do takiego dysponowania i dysponowania takiego nie dokonywała. O staniu się intraneusem w odniesieniu do tego przestępstwa decydowałyby więc jedynie proste kryterium zatrudnienia, a nie faktycznych uprawnień z takiego zatrudnienia wynikających.

Rodzi się w tym miejscu również fundamentalne pytanie, o jakie „dysponowanie środkami publicznymi” tu chodzi? Czy wyłącznie dysponowanie o skutkach „zewnętrznych”, tj. takie, gdzie jednostka taka w ramach swych uprawnień redystrybuje otrzymane do dyspozycji środki publiczne „na zewnątrz” tworząc przez to określone zaszczości publicznoprawne w odniesieniu do kręgu adresatów zewnętrznych takiej redystrybucji (np. zajmuje się rozdzielaniem środków na pomoc najuboższym), lub w oparciu o takie środki prowadzi działalność o publicznoprawnym charakterze wobec podmiotów zewnętrznych, w odniesieniu do których w ramach swych kompetencji kreuje określone rozstrzygnięcia o publicznoprawnym charakterze (np. w ramach tzw. administracji zleconej), czy też wystarcza, że dyspozycja takimi środkami publicznymi ma charakter wyłącznie „wewnętrzny” (np. klub sportowy otrzymuje od organu samorządowego dotację na całkowicie wewnętrzne cele związane z jego działalnością).

Jak więc widzimy, ostatecznie przyjęty tekst nowelizacji w tym względzie stwarza poważne niebezpieczeństwo interpretacji rozszerzającej krąg podmiotów przestępstwa łapownictwa biernego poza granice prawnokarnej systemowej i politycznokryminalnej racjonalności, wracając w zasadzie w tej mierze do „poetyki” okresu PRL-u, i tylko bardzo restryktywna interpretacja może ratować jego sens.

12. Trudno również uznać za udaną zmianę wprowadzoną do zdania ostatniego § 19 art. 115 k.k. Jego pierwotna wersja wydawała się być o wiele bardziej trafna.

W świetle tego co powiedziano już powyżej odnośnie do rodzajowego przedmiotu ochrony przestępstw zawartych w rozdziale XXIX k.k. (w tym i oczywiście art. 228 k.k.), nie budziło wątpliwości uznanie za osobę pełniącą funkcję publiczną osoby *podejmującej na podstawie ustawy lub wiążącej Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowej czynności o znaczeniu publicznym*. Jak już wspomniano powyżej, kryminalnopolityczne *ratio legis* określonego ustanowienia sfery podmiotów przestępstwa łapownictwa biernego z punktu widzenia rodzajowego przedmiotu ochrony, nie sprowadza się jedynie do aspektu czysto „nomenklaturowego”, tj. rodzaju nominalnie zajmowanego stanowiska, lecz do aspektu kompetencyjno-funkcyjnego. Funkcję publiczną pełni więc każdy ten, kto na mocy określonych regulacji ustawowych jest uprawniony do realizowania określonych przejawów **władztwa** publicznego, tj. od którego woli, zgodnie z przepisami prawa, zależy

wykreowanie określonego rozstrzygnięcia rodzącego skutki w sferze publiczno-prawnej. „Czystość” tego rodzaju orzeczeń chroniona jest bowiem jako przedmiot ochrony rodzajowej rozdziału XXIX k.k.<sup>5</sup>. W tym też kontekście rozumieć należało zawarte w pierwotnej wersji § 19 art. 115 k.k. sformułowanie *czynność o znaczeniu publicznym*.

Wersja ostateczna tego przepisu zdaje się zaś przenosić ciężar zagadnienia z aspektu kompetencyjno-funkcjonalnego (...*osoba... podejmująca... czynność o znaczeniu publicznym...*) na aspekt „nomenklaturowy” (*której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową*).

Zaiste trudno zrozumieć, czemu zabieg taki miał służyć. Trudno również dociec, co oznaczać ma formuła *uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej... uznane... przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową*. Uprawnienia do działalności publicznej w Polsce (nawiązując do rodzajowego przedmiotu ochrony rozdziału XXIX k.k.) do podejmowania w odniesieniu do osób i podmiotów na terenie Polski decyzji o charakterze publiczno-prawnym, mieć mogą jedynie podmioty, którym uprawnienia takie przyzna stosowna **ustawa** polska. Ich źródłem nie mogą być więc żadne „uznania” wynikające z umów międzynarodowych. Prawdopodobnie chodzi więc tu jedynie o określone relacje „wspólnotowe”, które powstaną po ostatecznym wstąpieniu Polski do Unii Europejskiej na mocy stosownych traktatów akcesyjnych, w szczególności w zakresie ochrony finansowych interesów unijnych.

13. Reasumując powyższe rozważania stwierdzić należy, co następuje:

Zmiany w sferze regulacji odpowiedzialności karnej za przestępstwo łapownictwa biernego (w tym zwłaszcza znaczne rozszerzenie podmiotowej sfery odpowiedzialności) odbyły się pod naciskiem inspirowanej przez media opinii publicznej (a tego rodzaju „lobbyści” nie często bywają dobrymi doradcami w zakresie polityki kryminalnej). Uznać je należy, jeśli już nawet nie za w pełni uzasadnione, to przynajmniej za zrozumiałe. Takie są bowiem „nakazy chwili”, a walka z takimi nakazami, nawet gdy znalazłoby się dla nich dogmatycznoprawne czy nawet polityczno-kryminalne uzasadnienie, jak uczy doświadczenie, jest zadaniem beznadziejnym. Należy jednak pilnie baczyć, by poprzez określoną rozszerzającą wykładnię nowej regulacji prawnej w omawianym względzie, nie rozszerzyć tu nadmiernie sfery kryminalizacji. Takie rozszerzenie bywa bowiem zawsze szkodliwe dla funkcjonowania systemu wymiaru sprawiedliwości w jego społecznym kontekście. Przed organami wymiaru sprawiedliwości, doktryną, a zwłaszcza orzecznictwem najwyższych organów judykacyjnych stoją więc poważne zadania, by przez rozsądną i wyważoną wykładnię niebezpieczeństwo to zminimalizować.

<sup>5</sup> I tak np. w oparciu o taką formułę podmiotem łapownictwa biernego może być m.in. ksiądz katolicki udzielający tzw. ślubu konkordatowego.