

AGNIESZKA BARCZAK-OPLUSTIL

„W ZWIĄZKU Z PEŁNIENIEM
FUNKCJI PUBLICZNEJ”, JAKO ZNAMIE
DOOKREŚLAJĄCE CZYNNOŚĆ SPRAWCZĄ
TZW. KORUPCJI URZĘDNICZEJ
— ZARYS WYBRANYCH PROBLEMÓW

Wykładnia znamienia „w związku z pełnieniem funkcji publicznych”, stanowiącego znamień typu czynów zabronionych nazywanych potocznie korupcją urzędniczą, rodziła zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie wiele problemów. Pomimo nowelizacji kodeksu karnego ustawą z dnia 13 czerwca 2003 r. o zmianie ustawy — Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw¹, która wprowadziła do tego aktu prawnego definicję osoby pełniącej funkcję publiczną (art. 115 § 19 k.k.), duża część z nich pozostaje nadal nierozwiązana, a nawet — należałoby rzec — niewyartykułowana, co nie oznacza, że pozbawiona znaczenia. Przypomnieć należy, że przed wejściem w życie wspomnianej nowelizacji zasadnicze znaczenie dla doktryny i orzecznictwa miało określenie zakresu podmiotów przestępstwa łapownictwa biernego, a przede wszystkim wyznaczenie relacji pomiędzy terminami: „osoba pełniąca funkcję publiczną” a „funkcjonariusz publiczny”. Większość pozostałych zagadnień związanych z tymi typami nie budziła tak wielu emocji, a pewne ustalenia dokonywane były do pewnego stopnia wręcz automatycznie, bez głębszych refleksji².

¹ Dz.U. Nr 111, poz. 1061.

² Tym chyba należy tłumaczyć reprezentowane przez większość komentatorów art. 228 k.k. — w tym przez piszącą te słowa — stanowisko, zgodnie z którym typ opisany w art. 228 § 4 k.k. stanowi typ kwalifikowany w stosunku do typu opisanego w § 1, podczas gdy nawet pobieżna analiza tego przepisu wskazuje, że czynność sprawcza jest zupełnie inaczej sformułowana, od tej zawartej w typie czynu zabronionego opisanego w § 1 tego samego przepisu.

Problemem, który pozostaje nadal w orbicie znamienia „w związku z pełnieniem funkcji publicznej”, jest kwestia wykładni tego znamienia, jako opisującego (w uproszczeniu) okoliczność, w której udzielnie korzyści/przyjęcie korzyści stanowi przestępstwo łapownictwa, a w szczególności zagadnienie korelacji/kolizji pomiędzy motywami osoby dającej i osoby przyjmującej korzyść majątkową lub korzyść osobistą. Problem ten, jak pokazują poniższe rozważania, ma szczególne znaczenie w przypadku przestępstwa łapownictwa biernego, w którym dodatkowo pojawia się pytanie o to, czyj to motyw działania ma wskazywać na istnienie tego związku: dającego czy przyjmującego korzyść majątkową? W tym kontekście pojawia się też potrzeba dokonania analizy normatywnej znamienia „w związku z pełnieniem funkcji publicznej”, stanowiącego znamię typu czynu zabronionego opisanego w art. 229 k.k.

Przystępując do omawiania drugiego ze wskazanych powyżej zagadnień, w pierw kilka słów poświęcić należy dokładnej analizie terminu korzyść majątkowa i korzyść osobista, a przede wszystkim ustaleniu zasadności tezy, zgodnie z którą przypisanie określonego świadczeniu charakteru korzyści majątkowej/osobistej może zależeć w niektórych przypadkach od intencji osoby wręczającej to świadczenie.

Analiza poglądów doktryny na temat znamienia „korzyść majątkowa” prowadzi do wniosków, że rozumiany on jest dwojako. Część doktryny za korzyść majątkową uznaje jakiekolwiek przysporzenie mające wartość ekonomiczną w postaci albo zwiększenia aktywów, albo zmniejszenia pasywów, przy czym istnienie podstawy prawnej do uzyskania takiego świadczenia lub jej brak jest z punktu widzenia definicji tego terminu irrelevantne³. Druga grupa poglądów najczęściej utożsamia ten termin z jakimkolwiek przysporzeniem majątkowym (zwiększeniem aktywów lub zmniejszeniem pasywów) niemającym podstawy prawnej; czasami jeszcze dodaje się, że ta korzyść majątkowa ma mieć charakter nienależny, niegodziwy⁴. Przychy-

³ P. Wiatrowski, *Pojęcie korzyści majątkowej i osobistej w kontekście znamion przestępstwa łapownictwa*, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 7/8, s. 105 i n.; J. Waszczyński, *O „korzyści majątkowej” w prawie karnym*, PiP 1981, nr 1, s. 65 i n. Także P. Pałka, M. Reut, *Korupcja w nowym Kodeksie karnym*, Kraków 1999, s. 29 wprost stwierdzają, że nie ma znaczenia dla istnienia korzyści majątkowej to, czy ma ona charakter prawny czy bezprawny, należny czy nienależny.

⁴ J. Majewski, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, s. 1183 i n. O. Górniok w samej definicji korzyści majątkowej nie wskazuje na brak podstawy prawnej, jednakże zastanawiając się nad tym, czy konkretne przysporzenie pieniężne miało charakter korzyści majątkowej, czy też nie, wskazuje na kryterium jakim jest należność korzyści, jej godziwość — zob. O. Górniok, w: *Kodeks karny. Część szczegółowa. Komentarz*,

lając się do tego ostatniego poglądu⁵, podnieść należy, że dookreślenie to (wskazanie na nienależny, niegodziwy charakter świadczenia) jest niezbędne na gruncie prawa karnego. W niektórych bowiem przypadkach samo przysporzenie mogłoby mieć podstawę prawną (darowizna, świadczenie z tytułu zawartej umowy cywilnoprawnej, umorzenie długu), jednakże ze względu na motyw, z jakim zostaje ono udzielone, staje się ono świadczeniem równoważnym świadczeniu „bezprawnemu”.

Powyższe ustalenia oznaczając zatem konieczność przyjęcia, że z korzyścią majątkową — przynajmniej na gruncie art. 228 i 229 k.k. — będziemy mieli do czynienia nie tylko w przypadku, gdy przysporzenie majątkowe nie ma podstawy prawnej, ale i w sytuacji, w której taka podstawa istnieje, ale ze względu na motywacje sprawcy⁶, świadczenie to z punktu widzenia prawa karnego uznać należy za nienależne czy niegodziwe. Jest to o tyle wygodne rozwiązanie, że zwalnia sąd karny od rozstrzygnięcia problemu, czy darowizna lub jakiegokolwiek inne świadczenie cywilnoprawne staje się świadczeniem „bez podstawy prawnej” — ze względu na motyw z jakim zostało udzielone — czy też nie.

Jeżeli motywem udzielenia świadczenia pieniężnego osobie pełniącej funkcję publiczną jest przykładowo chęć podwyższenia sobie kosztów prowadzonej działalności gospodarczej, aby uniknąć przejścia do wyższej grupy podatkowej (przez zawyżenie osobie pełniącej funkcję publiczną wynagrodzenia za świadczone przez nią usługi), udzielenie darowizny po to, aby zmniejszyć swój majątek i uniemożliwić sobie tym samym spłatę długu, czy udzielenie przysporzenia po to, aby zapewnić sobie przychyłność osoby pełniącej funkcję publiczną itp., to mamy w każdym przypadku do

red. A. Wąsek, t. II, Warszawa 2005, s. 55–56. Podobnie A. Zoll, w: G. Bogdan, K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2: *Komentarz do art. 117–277*, red. A. Zoll, Kraków 1999, s. 751, który przyjmuje, że przyjęcie wynagrodzenia przez nauczyciela akademickiego udzielającego płatnie korepetycji i będącego członkiem komisji egzaminacyjnej przeprowadzającej egzamin wstępny będzie stanowiło korzyść majątkową tylko w szczególnych sytuacjach.

⁵ Znamię „korzyści majątkowej” występujące w typach czynów zabronionych przeciwko mieniu rozumiane jest też jako korzyść nieznajdująca podstawy prawnej (zob. przykładowo: P. Kardas, w: *Kodeks karny. Część szczególna*, t. III, red. A. Zoll, Warszawa 2008, s. 64 i n.). Nie ma zaś wystarczających podstaw do przyjęcia odmiennej wykładni tego znamienia w zależności od typu czynu, w jakim ono jest zawarte lub w zależności od tego, czy przynależy do strony przedmiotowej, czy podmiotowej.

⁶ Oczywiście pojawia się pytanie o rodzaj motywacji, jaka czyni ze świadczenia mającego swoją podstawę cywilnoprawną świadczenie niegodziwe, a za tym korzyść majątkową.

czynienia z korzyścią o charakterze korzyści nienależnej, nieuczciwej itp., czyli z korzyścią majątkową. Istotne jest w tym przypadku podkreślenie, że motywacja osoby „dającej” pozwala świadczeniu pieniężnemu przypisać status korzyści majątkowej. Ponieważ znamię to w przypadku omawianych typów czynów zabronionych jest znamieniem przedmiotowym, określającym przedmiot czynności wykonawczej (inaczej niż ma to miejsce w przypadku przestępstw przeciwko mieniu, gdzie znamię powyższe opisuje cel działania sprawcy), nie powinno budzić wątpliwości, iż przypisanie udzielanemu świadczeniu pieniężnemu statusu korzyści majątkowej ze względu na motyw z jakim działała osoba wręczająca jest nieodwracalne. Dane świadczenie jest w takim przypadku korzyścią majątkową bez względu na to, czy inny podmiot ma świadomość celu, z jakim działa sprawca. Fakt, że odbiorca świadczenia uważa, iż ono mu zgodnie z prawem przysługuje (stan świadomości osoby przyjmującej świadczenie) nie powoduje, że staje się ono świadczeniem należnym, zgodnym z prawem, nie — niegodziwym. Znamię „korzyść majątkowa” jest bowiem bez wątpienia znamieniem strony przedmiotowej: dane świadczenie obiektywnie albo jest korzyścią majątkową, albo nią nie jest; jeżeli intencja z jaką sprawca wręcza konkretne świadczenie czyni z niego korzyść majątkową, to pozostaje ono tą korzyścią bez względu na to, z jaką intencją dana osoba je przyjmuje. Ale zachodzi tutaj także relacja odwrotna. Jeżeli dane świadczenie jest świadczeniem należnym, legalnym (nie ma charakteru korzyści majątkowej), to przekonanie osoby przyjmującej o odmiennym charakterze wręczanego mu przysporzenia nie uczyni z niego korzyści majątkowej w rozumieniu art. 228 i 229 k.k. Nie sposób bowiem nie zauważyć, że udzielenie pewnego przysporzenia majątkowego jest w stosunku do jego przyjęcia zawsze czynnością pierwotną. Aby można było coś przyjąć, ktoś inny musi najpierw to coś „dać”. Dlatego też jedynie intencja osoby dającej może — w niektórych przypadkach — zadecydować o zakwalifikowaniu danego świadczenia jako „korzyści majątkowej”.

Prezentowane wyżej stanowisko zdaje się znajdować — przynajmniej częściowo — uzasadnienie, w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który w wyroku z 8 listopada 2005 r. przyjął, iż „darowizna wprawdzie może być również ukrytą formą łapówki i może stanowić korzyść majątkową, ale pod tym warunkiem, że w takim charakterze i z taką intencją została udzielona i przyjęta”⁷. Zastrzeżenie można mieć co najwyżej do uzależnienia przypisania świadczeniu pieniężnemu kwalifikacji korzyści majątkowej

⁷ WA 30/05, OSNKW 2005, nr 1, poz. 2018.

od intencji osoby, która przyjmuje korzyść majątkową. Osoba udzielająca darowizny traktowanej przez nią jako łapówka, nie może uzasadniać swojego braku odpowiedzialności za realizację znamion z art. 229 k.k. poprzez wskazanie, iż to świadczenie pieniężne nie zostało z taką intencją przyjęte przez odbiorcę i z tego względu nie przysługuje mu przymiot korzyści majątkowej. Wydaje się uzasadnioną teza, iż świadczenie to będzie miało przymiot korzyści majątkowej zarówno w rozumieniu art. 228, jak i 229 k.k., tylko osoba, która nie przyjęła go „jako łapówki”, nie odpowie za realizację znamion typu z art. 228 k.k. ze względu na braki na płaszczyźnie strony podmiotowej (niemożność przypisania jej świadomości możliwości popełnienia czynu zabronionego; działanie w błędzie, o którym mowa w art. 28 § 1 k.k.).

W doktrynie korzyść osobista rozumiana jest jako korzyść, która zaspokaja w większym stopniu potrzeby niematerialne⁸. Jako przykłady korzyści osobistej podaje się polepszenie sytuacji zawodowej, uzyskanie urlopu, odznaczenie orderem, nawiązanie stosunków o charakterze erotycznym⁹.

Wspomniana powyżej motywacja, która pozwala w niektórych (nie we wszystkich) przypadkach przypisać danemu świadczeniu status korzyści majątkowej nie jest tożsama z motywacją, jakiej zaistnienie konieczne jest dla realizacji znamion typu czynu zabronionego opisanego w art. 229 § 1 k.k. Zgodnie z powszechnie przyjmowanym poglądem doktryny, realizuje znamiona typu tylko takie wręczenie korzyści majątkowej lub osobistej, które motywowane było faktem pełnienia przez daną osobę funkcji publicznej.

Pojawia się zatem pytanie, czy powyższe znamię, o charakterze podmiotowym, przynależeć może też do płaszczyzny normy sankcjonowanej, czy wyłącznie do płaszczyzny normy sankcjonującej; innymi słowy, czy dla naruszenia normy sankcjonowanej wynikającej z art. 229 k.k. konieczne jest wykazanie celu z jakim działała sprawca, czy też sam fakt wręczenia korzyści majątkowej lub osobistej.

W doktrynie prawa karnego przyjmuje się (w uproszczeniu) dwojakie rozumienie normy sankcjonowanej. Zgodnie z pierwszym z nich, norma sankcjonowana określa zakaz/nakaz podjęcia określonego zachowania ocenianego ujemnie, jako zagrażające (potencjalnie) dobru chronionemu prawem¹⁰. Odmienny pogląd nakazuje odczytywać normę sankcjonowa-

⁸ Zob. szczegółowo na temat pojęcia korzyści osobistej: P. Wiatrowski, *op. cit.*, s. 105 i n.

⁹ A. Zoll, w: G. Bogdan [i in.], *op. cit.*, s. 752–753.

¹⁰ Zob. A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, KSP 1990, s. 69 i n.

ną jako zakaz podjęcia zachowania realizującego znamiona typu czynu zabronionego (uzasadnia się przekroczenie tej normy poprzez wskazanie na realizację wszystkich znamion typu czynu zabronionego¹¹) lub też zakaz podjęcia zachowania w zamiarze naruszenia dobra prawnego (tylko w wypadku przestępstw umyślnych)¹². Różnorodnie także w doktrynie prawa karnego rozumiana jest bezprawność zachowania sprawcy: przyjmuje się, że bezprawność oznacza sprzeczność zachowania sprawcy z porządkiem prawnym ujmowanym jako całość¹³ albo też wyodrębnia się tzw. bezprawie/bezprawność karną, cywilną — w zależności od tego, czy punktem odniesienia dla oceny danego zachowania są normy prawa cywilnego, czy karnego¹⁴. Można spotkać także poglądy, które nadają temu terminowi odmiennie treści w zależności od przedmiotu oceny: czy czyn zabroniony, czy przesłanka kontratypu, czy jako klauzula normatywna¹⁵.

Subiektywne rozumienie bezprawności było już charakterystyczne dla finalistów (tzw. personalnie ujmowane bezprawie¹⁶). Dla bezprawności — zgodnie z głoszonymi przez nich poglądami — istotna była ujemna wartość samego zachowania wyrażona bądź zamiarem dokonania zmiany nieakceptowanej przez porządek prawnym, bądź błędem w procesie sterowania własnym zachowaniem — naruszeniem reguł postępowania z dobrem prawnym (przedmiotem oceny było zachowanie realizujące znamiona typu czynu zabronionego, a bezprawność rozumiana była, jako sprzeczność zachowania z całym porządkiem prawnym).

Także w doktrynie polskiej ostatnimi czasy zyskał na popularności pogląd przypisujący bezprawności charakter subiektywny, tj. zaliczający do elementów normy sankcjonowanej elementy subiektywne. Przykładowo

¹¹ L. Pohl, *Norma sankcjonowana w prawie karnym jako przykład normy prawnej nie będącej normą postępowania*, RPEiS 2006, nr 1, s. 62 i n.

¹² Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element struktury przestępstwa. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 135.

¹³ A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (Zagadnienia ogólne)*, Warszawa 1982, s. 453 i n.

¹⁴ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2006, s. 97; Z. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1995, 196–196. Na temat bezprawności karnej zob. T. Karaś, S. Żółtek, *Bezprawność w prawie cywilnym i karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 11, s. 117. Por. także rozważania na temat bezprawności M. Królikowski, w: *Kodeks karny. Część ogólna*, t. I: *Komentarz do art. 1–31*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2009, s. 49 i 50, s. 156 i n.

¹⁵ J. Wyrembark, *Bezprawność jako sprzeczność czynu sprawcy z normą prawną*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2007, nr 3, s. 65–66.

¹⁶ Na temat przyjmowanego rozumienia bezprawności w niemieckiej nauce prawa karnego zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, *op. cit.*, s. 52 i n.

— zdaniem Zbigniewa Jędrzejewskiego — bezprawność przestępstw umyślnych, bezprawność karna, to sprzeczność zachowania z wynikającym z normy sankcjonowanej interpretowanej z przepisu karnego zakazem umyślnego naruszenia dobra prawnego lub narażenia go na niebezpieczeństwo¹⁷ (dla usiłowania zamiar ma zasadnicze znaczenie, więc jeżeli dla usiłowania to nie ma podstaw do wyrzucenia go z tej płaszczyzny przy dokonaniu czynu zabronionego)¹⁸. Także zdaniem Łukasza Pohla znamiona podmiotowe statuować należy w zakresie normowania normy sankcjonowanej¹⁹.

Przychylając się do tezy²⁰, zgodnie z którą bezprawność należy rozumieć jako sprzeczność z porządkiem prawnym ujmowanym jako całość oraz z ujęciem normy sankcjonowanej jako przykładu normy postępowania, tj. normy nakazującej lub zakazującej podejmowania określonych zachowań ze względu na ich znaczenie dla dóbr chronionych prawem (stwarzających społecznie nieakceptowane niebezpieczeństwo dla dóbr chronionych prawem) należy wskazać na obiektywny *prima facie* charakter tej normy. Norma sankcjonowana, jako przykład normy postępowania, nie może nam nakazywać „nie chcieć” czegoś, czy na coś się nie godzić, tylko zakazuje lub nakazuje nam podjęcie określonego zachowania. Jeżeli norma — jak się przyjmuje — „stoi na straży dóbr prawnych” i z tego względu zakazuje nam podejmować zachowań nieakceptowanych społecznie, które mogą naruszyć dobro, czy narażić je na niebezpieczeństwo, to musi to być niezależne od podmiotowego nastawienia sprawcy. W uproszczeniu: oddanie strzału w kierunku drugiego człowieka stwarza identyczne zagrożenie dla dobra prawnego, jakim jest życie, niezależnie od tego, czy sprawca miał świadomość, że strzela do człowieka, czy też tej świadomości nie posiadał.

Akceptacja powyższej tezy nie wyklucza jednakże — wbrew pozorom — przyjęcia, że także elementy o charakterze subiektywnym mogą niekiedy stanowić znamię normy sankcjonowanej, a nie dopiero normy sankcjonującej. Doskonały przykład na potwierdzenie powyższego stanowiska stanowi analiza normatywna art. 229 k.k.

¹⁷ Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, *op. cit.*, s. 135.

¹⁸ Z. Jędrzejewski, *Bezprawie usiłowania nieudolnego*, Warszawa 2000, s. 166.

¹⁹ L. Pohl, *op. cit.*, s. 62.

²⁰ Nie jest przedmiotem niniejszego opracowania omawianie i ocena występujących w doktrynie prawa karnego koncepcji norm sankcjonowanych. Przyjmując subsydiarny charakter prawa karnego (jak to określono żartobliwie — choć w założeniu miało to być pejoratywne sformułowanie — prawo karne jako „aneks do innych dziedzin prawa”) oraz funkcją normy, jaką ma być wyznaczenie kręgu zachowań dozwolonych/zakazanych nie można — przynajmniej *prima facie* — przychylić się do poglądów, które naruszenie normy sankcjonowanej wiąże z realizacją znamion typu czynu zabronionego.

Zakaz podjęcia określonego zachowania opisanego w jakimkolwiek przepisie zawierającym znamiona typu czynu zabronionego motywowany jest tym, że stwarza on (choćby abstrakcyjne) zagrożenia dla określonych dóbr chronionych prawem. W tym fakcie tkwi *ratio legis* normy sankcjonowanej. Wynikający ze wskazanego powyżej przepisu zakaz udzielenia korzyści majątkowej lub osobistej motywowany jest tym, że zachowania takie stwarzać mają abstrakcyjne zagrożenie dla dóbr chronionych prawem (przyjmijmy w uproszczeniu: prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwowej, samorządu terytorialnego itp.). Przypomnieć sobie w tym miejscu wypada raz jeszcze powoływane w doktrynie przykłady korzyści osobistej: awans, zaspokajanie potrzeb erotycznych, protekcję, odstąpienie od oskarżenia prywatnego itp. Mając je na względzie trudno znaleźć argumenty uzasadniające tezę, zgodnie z którą udzielenie korzyści osobistej osobie pełniącej funkcję publiczną stanowi atak na wskazane wyżej dobro chronione prawem (stwarza abstrakcyjne zagrożenie dla tego dobra) i, co istotniejsze, z tego względu powinno być przez porządek prawny zakazane (uznane za zachowanie bezprawne). Zakaz tego typu zachowań należy i można uzasadniać tylko poprzez odwołanie się do intencji sprawcy, tj. osoby udzielającej tego typu świadczeń. Motywem udzielenia tych świadczeń ma być fakt pełnienia przez ich odbiorcę funkcji publicznej i wynikający z tego zakres uprawnień, w jakimś stopniu istotny dla interesów osoby wręczającej tę korzyść. Relevantne zatem z punktu widzenia dobra prawnego i jego ochrony jest nie tylko to, że odbiorcą świadczenia jest osoba pełniąca funkcję publiczną, ale także to, że motywem udzielenia danego świadczenia jest fakt pełnienia przez nią funkcji publicznej. W tym motywie działania sprawcy tkwi zagrożenie dla dobra chronionego prawem.

Podobnie sytuacja wygląda w przypadku świadczeń o charakterze majątkowym (korzyści majątkowej). Jak wykazano wyżej, o nienależnym, niegodziwym charakterze świadczenia może ale nie musi decydować motyw działania sprawcy, jakim jest fakt, że osoba przyjmująca dane świadczenie jest osobą pełniącą funkcję publiczną. Udzielenie kredytu pomimo niespełnienia przewidzianych prawem warunków osobie pełniącej funkcję publiczną stanowi udzielenie korzyści majątkowej, ale z samego tego faktu nie można jeszcze wnioskować, że jednocześnie mamy do czynienia z zachowaniem mogącym stanowić atak na dobro prawne, jakim jest prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwowych, oraz że ze względu na potrzebę ochrony tego dobra powinno ono zostać zakazane. Oznacza to, że także w przypadku świadczeń o charakterze majątkowym, o tym, czy ich udzielenie stanowi atak na dobro chronione prawem przez typ czynu

zabronionego opisany w art. 229 k.k., decyduje dopiero motywacja, z jaką działał sprawca.

Poczynione wyżej rozważania dają podstawę do przyjęcia, że motywacja z jaką działa sprawca może być relewantna z punktu widzenia przyjęcia zgodności/sprzeczności działania z normą sankcjonowaną, której naruszenie spenalizowane jest w odpowiednim przepisie części szczególnej. Innymi słowy niekiedy ustawodawca wprowadza zakaz podejmowania danych zachowań, ale tylko o tyle, o ile zostaną one podjęte z określoną motywacją.

Próbując odpowiedzieć na pytanie, z czego wynika konieczność sięgnięcia w niektórych przypadkach także do elementów subiektywnych dla określenia znamion normy sankcjonowanej (wyznaczenia zakresu zachowań nakazanych/zakazanych), można pokusić się o postawienie tezy ogólniejszego rodzaju, zgodnie z którą znaczenie motywacji sprawcy dla stwierdzenia naruszenia normy sankcjonowanej²¹ stanowi konsekwencje kryminalizacji coraz większej kategorii zachowań na przedpolu naruszenia dobra prawnego. W przypadku przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo (takimi typami są też przestępstwa łapownictwa) opis zachowań zawartych w przepisach ustawy może być — ze względu na tą odległość od naruszenia dobra prawnego — zbyt ogólny, aby z samego zachowania móc rozstrzygnąć o tym, czy stanowi ono nawet abstrakcyjne zagrożenie dla dobra chronionego prawem. Tytułem przykładu: kupowanie noża w sklepie zazwyczaj jest czynnością dozwoloną, chyba że kupujemy ten nóż po to, aby przy jego pomocy dopuścić się przestępstwa. Nie można zatem wykluczyć przypadków, w których dopiero intencja osoby działającej pozwoli nam stwierdzić, że jej zachowanie, jako stanowiące zagrożenie dla dobra chronionego prawem, powinno być zakazane²². Inny przykład: zamknięcie drzwi do swojego mieszkania na klucz przez jego właściciela nie jest zasadniczo zachowaniem zakazanym. W sytuacji jednak, w której w mieszkaniu znajduje się kolega właściciela mieszkania i jego koleżanka, którą ten kolega zamierza zgwałcić, o czym właściciel mieszkania wie

²¹ Oczywiście nie w każdym przypadku będziemy twierdzili, że włączamy motywację sprawcy do znamion normy sankcjonowanej, choć ustalenie dokładnego rozróżnienia może budzić kontrowersje.

²² Podstawy dla takiej wykładni możemy znaleźć w art. 16 § 1 k.k., który odwołuje się do czynności m a j ą c y c h stworzyć warunki do przedsięwzięcia czynu zmierzającego bezpośrednio do dokonania czynu zabronionego. Nie da się dokonać racjonalnej wykładni normy sankcjonowanej bez interpretacji znamienia „mających” z uwzględnieniem komponentów subiektywnych.

(a wystarczy sama obiektywna przewidywalność tego faktu), a zamknięcie drzwi na klucz faktycznie uniemożliwia jej ucieczkę, to w takim przypadku ze względu na tę motywację osoby dokonującej gwałtu, zamknięcie tych drzwi stanowi (a przynajmniej może stanowić) zachowanie naruszające normę sankcjonowaną²³.

Ta konstatacja pokazuje też, że dla stwierdzenia istnienia ataku na dobro prawne, czy dla rodzaju dobra prawnego będącego przedmiotem ataku przez zachowanie *prima facie* nie naruszające normy sankcjonowanej, może mieć znaczenie intencja zarówno sprawcy, jak i osoby trzeciej. Przykładowo: jeżeli X osobie pełniącej funkcję publiczną zostawi nóż fiński wysokiej klasy na biurku, to może dojść do naruszenia przez X normy sankcjonowanej zakazującej udzielania pomocy do zabójstwa — jeżeli obiektywnie rozpoznawalnym zamiarem osoby pełniącej funkcję publiczną było zabicie człowieka; lub normy sankcjonowanej zakazującej udzielenia pomocy do zaboru mienia przy użyciu groźby zastosowania przemocy — jeżeli zamiarem tej osoby było dokonanie rozboju; do naruszenia normy zakazującej udzielania osobie pełniącej funkcję publiczną korzyści majątkowej/osobistej dojdzie tylko wtedy, kiedy impulsem dla zostawienia tego noża na biurku był fakt, że osoba, której go się zostawiło, była osobą pełniącą funkcję publiczną, uprawnioną do wykonywania określonych czynności (i jednocześnie z zamiłowania kolekcjonerem). O naruszeniu normy sankcjonowanej nie będą zatem decydowały jedynie elementy obiektywne, ale i elementy subiektywne, związane z intencją jednej z osób „współdziałających” w ataku na dobro prawne, nie zawsze sprawcy. Przy czym intencja osoby innej niż sprawca będzie miała najczęściej wtedy znaczenie, gdy będzie ona obiektywnie rozpoznawalna dla osoby trzeciej i ten fakt uzasadniać będzie uznanie danego zachowania za zakazane (naruszające normę sankcjonowaną) — z tego punktu widzenia można zasadnie twierdzić, że z punktu widzenia sprawcy intencja osoby trzeciej wchodząc w zakres

²³ W tym przypadku, ponieważ mielibyśmy do czynienia z przestępstwem materialnym (pomocnictwo do gwałtu) można zadać sobie pytanie o możliwość posłużenia się kryterium reguł postępowania z dobrem prawnym dla wyznaczenia zakresu zachowań bezprawnych (mających zasadnicze znaczenie dla obiektywnego przypisania skutku). Zamknięcie drzwi przy obiektywnie rozpoznawalnym zamiarze sprawcy dokonania gwałtu, stanowiłoby naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym i mogło stanowić przełamanie zakazu podejmowania zachowań stwarzających z punktu widzenia *ex ante* niedozwolone niebezpieczeństwo ułatwienia popełnienia czynu zabronionego w postaci gwałtu.

okoliczności stanu faktycznego tak naprawdę stanowi okoliczność natury obiektywnej, nie subiektywnej.

Czy powyższe rozważania oznaczają, że ustawodawca może nakazać nam czegoś chcieć lub czegoś nie chcieć? Odpowiedź na to pytanie uzależniona jest od wcześniejszej odpowiedzi na pytanie o miejsce usytuowania elementów subiektywnych na płaszczyźnie normy sankcjonowanej, czyli ustalenia, czy wchodzi ona w zakres zastosowania, czy zakres normowania normy sankcjonowanej. Zgodnie z powszechnie przyjmowanymi w teorii prawa i doktrynie poglądami, w zakresie normowania opisane jest określone zachowanie, którego podjęcie jest zakazane lub nakazane w sytuacji, w której wystąpią okoliczności opisane w zakresie zastosowania tej normy. Nie budzi wątpliwości w przypadku normy nakazującej podjęcie określonych zachowań, że nakaz ich podjęcia aktualizuje się najczęściej dopiero w przypadku wystąpienia określonych okoliczności, które z punktu widzenia ochrony określonego dobra czynią zasadnym/koniecznym podjęcie tych zachowań. Truizmem jest stwierdzenie, że skierowany do ratownika nakaz (wynikający m.in. z art. 155 k.k.) — mówiąc kolokwialnie — wskoczenia do wody i podpinięcia do osoby topiącej się, aktualizuje się dopiero w sytuacji, w której pływający zacznie się topić. W przypadku, w którym nikt nie zażywa kąpieli morskich powstrzymanie się od wykonania takiego zachowania przez ratownika nie narusza normy sankcjonowanej nakazującej (w uproszczeniu) podjąć gwarantowi zachowanie, które z punktu widzenia *ex ante* może skutecznie zapobiec śmierci człowieka. Podobnie wygląda sytuacja w przypadku niektórych przestępstw z działania. Przykładowo: zakaz podejmowania zabiegu leczniczego pomimo istniejących przesłanek medycznych trwa tak długo, jak długo pacjent nie wyrazi na niego zgody. Czyli brak zgody na zabieg aktualizuje dopiero zawarty w zakresie normowania zakaz podjęcia zabiegów leczniczych, nawet w sytuacji, w której są one konieczne dla pacjenta. W momencie, w którym okaże się, że taka zgoda istnieje, wykonanie zabiegu przez lekarza nie naruszy zakazu wynikającego z normy sankcjonowanej zawartej w art. 192 k.k. Wymaga podkreślenia, że w wielu przypadkach dane działanie będzie zawsze stanowiło nieakceptowalne zagrożenie dla dobra prawnego i z tego powodu będzie zakazane w każdej okoliczności. Jednakże — jak wykazano już wyżej — jeżeli zaczynamy chronić dobra prawne zakazując zachowań, które z coraz mniejszym prawdopodobieństwem mogą doprowadzić do naruszenia dobra, jakieś minimum racjonalności wymagać będzie określenia w zakresie zastosowania tych norm sytuacji, których zaistnienie zaktualizuje dopiero

zakaz podjęcia określonego zachowania (nie można zakazać kupowania noża w sklepie gospodarstwa domowego). Bez zaistnienia tych sytuacji trudno uznać, że podjęte zachowanie stanowi nieakceptowalne społecznie zagrożenie dla konkretnego dobra chronionego prawem. Tak rozumianą „sytuację” mogą kształtować także intencje, z jakimi działa sprawca, motyw jego zachowania. Zasadniczo współżycie seksualne z osobą pełniącą funkcję publiczną nie jest zachowaniem zakazanym i nie stwarza niedozwolonego niebezpieczeństwa dla dobra prawnego, jakim jest prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwowych, samorządowych itp. Jednakże jeżeli motywem podjęcia współżycia będzie okoliczność, że partner jest osobą pełniącą funkcję publiczną, kompetentną do załatwienia określonych „spraw”, to z art. 229 k.k. można wyinterpretować zakaz podjęcia tej czynności, a samo jej podjęcie uznać za zachowanie bezprawne.

Dużo więcej problemów budzi wykładnia znamienia „w związku z pełnieniem funkcji publicznej” na gruncie art. 228 § 1 k.k.²⁴ Pojawia się bowiem pytanie, czy znamię to należy wyklądać jako element strony podmiotowej typu czynu zabronionego, czyli rozumieć jako motyw leżący po stronie sprawcy (jak to najczęściej występuje w innych typach czynów zabronionych posługujących się identycznie brzmiącym sformułowaniem znamion²⁵). Innymi słowy: osoba przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą ze względu na to, że jest osobą pełniącą funkcję publiczną, przysługuje jej pewien zakres kompetencji i posiada określone wpływy²⁶. Czy też przyjąć

²⁴ Podkreślić należy, że te ustalenia nie odnoszą się do wszystkich typów czynów zabronionych, tzw. korupcji biernej. Nie budzi bowiem wątpliwości, że u podstaw typu opisanego w art. 228 § 4 k.k. leży naruszenie zupełnie innej normy sankcjonowanej. Dokładna analiza tego typu i relacji między nim a typem opisanym w § 1, wymagałaby odrębnego opracowania.

²⁵ Tak jest np. w przypadku art. 222 k.k. i art. 223 k.k.

²⁶ Tak zdaje się definiować ten zwrot O. G ó r n i ó k, w: *Kodeks...*, red. A. Wąsek, *op. cit.*, s. 54. Z drugiej strony: J. S k o r u p k a, *Ochrona interesów majątkowych Skarbu Państwa w kodeksie karnym*, Wrocław 2004, s. 77 wyraźnie wskazuje, że znamię to przynależy do strony podmiotowej typu czynu zabronionego pomimo tego, że definiując ten zwrot wskazuje, że „chodzi o związek łapówki z całokształtem działalności osoby pełniącej daną funkcję publiczną, gdy łapówkę d a n o [podkreśl. moje, A.B.O.] *ad captandam benevolentiam* dla uniknięcia niekorzystnych decyzji, szykan czy uzyskania względów lub przychylnego stanowiska. Także A. Marek twierdzi, że ten związek z pełnieniem funkcji publicznej przez osobę przyjmującą może dotyczyć zarówno załatwienia konkretnej sprawy, pozostającej w zakresie kompetencji osoby przyjmującej, jak i sytuacji, gdy udzielona korzyść bądź jej obietnica pozostaje w związku z całokształtem jej działalności w zakresie pełnionej funkcji, a więc ma spowodować przychylne nastawienie do wręczającego (A. M a r e k, *op. cit.*, s. 620).

należy, że znamię to stanowi element strony przedmiotowej, a dla jego realizacji wymagane jest, aby udzielona funkcjonariuszowi korzyść lub obietnica jej udzielenia dokonana została ze względu na pełnioną przez niego funkcję publiczną²⁷. Innymi słowy, jak podnosi się w doktrynie, chodzi tu o sytuację, w której korzyść majątkowa lub osobista została udzielona/przyjęta w zamian za dokonanie określonej czynności służbowej, albo w zamian za życzliwy stosunek dla osoby udzielającej korzyści²⁸. W doktrynie reprezentowane są oba stanowiska, ale przeważają jednak głosy zaliczające znamię „w związku z pełnieniem funkcji publicznej” do płaszczyzny strony przedmiotowej typu czynu zabronionego opisanego w art. 228 § 1 k.k.²⁹, choć podkreślić należy, że w wielu (jeżeli nie w większości) przypadkach nie zostało doprecyzowane, czy to załatwienie (podjęcie) określonej sprawy, mieszczące się w kompetencjach osoby pełniącej służbę publiczną, czy też życzliwy stosunek do osoby udzielającej korzyści ma być powodem udzielenia czy przyjęcia korzyści. Podawane przykłady czy powoływane orzecznictwo najczęściej wskazują, że chodzi tutaj w pierwszej kolejności o pytanie, dlaczego korzyść została udzielona, nie przyjęta, choć nie ma wskazania na dokładne rozróżnienie obu sytuacji³⁰.

²⁷ Zob. wyrok SN z 12 VI 1980 r., I KR 99/80, OSNKW 1980, nr 12, poz. 93; wyrok SN z 9 III 2006 r., III KK 230/05, Lex, nr 180769.

²⁸ P. Pałka, M. Reut, *op. cit.*, s. 37 i n. Choć przy takim sformułowaniu można się dopatrywać konieczności istnienia motywacji także po stronie przyjmującego.

²⁹ Np. A. Zoll, w: G. Bogdan [i in.], *op. cit.*, s. 749–750; O. Górniok, w: *Kodeks...*, red. A. Wąsek, *op. cit.*, s. 54; M. Surkont, *Łapownictwo*, Sopot 1999, s. 61; P. Pałka, M. Reut, *op. cit.*, s. 37 i n.; M. Mozgawa, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Kraków 2006, s. 441.

³⁰ M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2004, s. 469; M. Mozgawa, *op. cit.*, s. 441 (gdzie przy analizie znamion typu z art. 228 wprost jest wskazane, że udzielenie korzyści ma mieć związek z pełnioną przez sprawcę funkcją, ma sprowadzać się do zapewnienia sobie przychylności osoby pełniącej funkcję publiczną). Podobnie L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2004, („Podręczniki Prawnicze”), s. 275, w którym wyraźnie zostało wskazane, że „przyjęcie korzyści lub jej obietnicy jest sprzedajnością, jeżeli ma związek z pełnioną funkcją, co zachodzi nie tylko wtedy, kiedy następuje za wykonanie pewnej czynności służbowej, lecz także gdy ma na celu ukształtowanie ogólnie przychylnego stosunku urzędnika do osoby udzielającej korzyści”). Także O. Górniok, w: *Kodeks...*, red. A. Wąsek, *op. cit.*, s. 54 z jednej strony wskazuje na możliwość realizacji znamienia „w związku” w sytuacji, gdy dana osoba przyjmuje korzyść ponieważ pełni funkcję publiczną, która uprawnia ją do dokonywania pewnych czynności służbowych (w podtekście: w zamian za które korzyść ta została uzyskana). Kilka wierszy poniżej jest już odwołanie się do celu z jakim działa osoba udzielająca korzyść — zaszkarbienie sobie przychylności osoby pełniącej funkcję publiczną. Podobnie: P. Pałka, M. Reut, *op. cit.*, s. 37 i n.

Norma sankcjonowana wynikająca z art. 228 k.k. ma opisywać zachowanie stanowiące atak na dobro prawne, jakim jest prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwowych i samorządowych. Nie budzi wątpliwości, że samo przyjęcie korzyści majątkowej lub osobistej takim atakiem na dobro prawne jeszcze nie jest (a raczej być nie musi). Brakuje zatem jeszcze jednego elementu uzasadniającego przyjęcie istnienia takiego ataku. Elementem tym, podobnie jak w przypadku normy sankcjonowanej wyinterpretowanej z art. 229 k.k., jest motyw, jaki stanowi pełnienie przez osobę przyjmującą tę korzyść funkcji publicznej. Pytanie tylko brzmi: czy chodzi tutaj o motyw po stronie osoby dającej czy po stronie osoby przyjmującej daną korzyść? Jako że przestępstwo łapownictwa stanowi karalność zachowania na przedpolu naruszenia dobra prawnego, pojawia się pytanie, na czym to naruszenie miałoby polegać? Wydaje się, że zakaz wynikający z art. 228 k.k. ma zapobiec wykonywaniu funkcji publicznej ze szkodą dla interesu publicznego³¹. Nie należy upatrywać istoty przestępstwa sprzedajności w wykorzystywaniu funkcji publicznej dla osiągania korzyści majątkowej³², tym bardziej, że można sobie wyobrazić uzyskiwanie takich korzyści przy wykorzystaniu faktu pełnienia funkcji publicznej, bez związku z pełnieniem tych funkcji (por. niżej).

Istnieje założenie, że osoba pełniąca funkcję publiczną podejmie się zachowania stanowiącego naruszenie obowiązków służbowych (zakłócających funkcjonowanie instytucji państwowych itp.) chętniej w sytuacji, w której wiązać się będzie z nim uzyskanie jakiejś gratyfikacji, czy to o charakterze materialnym, czy osobistym. Ale żeby móc wiązać uzyskanie gratyfikacji z naruszeniem zasad wykonywania danej funkcji publicznej, gratyfikacja ta musi zostać udzielona z tego powodu, że dana osoba jest osobą pełniącą funkcje publiczne, a nie przyjęta z takim uzasadnieniem. Przyjmując, że

³¹ Podzielić należy pogląd M. Surkonta, który stwierdził, że analiza typów podstawowych łapownictwa czynnego i biernego prowadzi do wniosku, że obydwa zachowania przestępne nakierowane są na osiągnięcie tego samego celu — przedsięwzięcia przez przyjmującego określonego działania lub zaniechania w interesie pokrzywdzonego; zob. M. S u r k o n t, *Z zagadnień odpowiedzialności za łapownictwo w kodeksie karnym z 1997 r.*, „Przegląd Sądowy” 1998, nr 5, s. 38.

³² M. S u r k o n t, Glosa do wyroku SN z 22 XI 1999 r., II KKN 346/97, OSP 2000, nr 6, s. 322. Chociaż podkreślić należy, że: „Jeżeli korzyść dotyczyła czynności, która merytorycznie rozmija się ze sferą funkcji publicznej przyjmującego to łapownictwo w sprawie postaci — zarówno czynne jak i biernie — należy wykluczyć” (*ibid.*, s. 323). Zob. także: M. S u r k o n t, *Uregulowanie sprzedajności w projekcie kodeksu karnego*, „Przegląd Sądowy” 1995, nr 7/8, s. 107; zob. także: J. B o j a r s k i, *Ewolucja penalizacji korupcji w polskim prawie karnym od 1997 r.*, w: *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, red. T. Dukiet-Nagórska, Bielsko-Biała 2006, s. 209.

dla naruszenia normy sankcjonowanej konieczny jest atak na dobro prawne i akceptując tezę, że przedmiotem ochrony typu opisanego w art. 228 k.k. jest zasadniczo prawidłowość funkcjonowania instytucji publicznych, zaufanie społeczne do rzetelności działań tych instytucji, stwierdzić należy, iż brak jest podstaw do akceptacji tezy, zgodnie z którą do ataku na dobro prawne, a tym samym do naruszenia normy sankcjonowanej wynikającej z art. 228 k.k., doszło także w sytuacji, w której osoba udzielająca korzyści majątkowej nie uczyniła tego w związku z pełnieniem przez osobę przyjmującą funkcji publicznej. Innymi słowy: dopiero w sytuacji, w której osoba wręczając korzyść majątkową/osobistą czyni to motywowana faktem pełnienia przez osobę przyjmującą funkcji publicznej, można przyjąć, że aktualizuje się zakaz przyjmowania takiej korzyści, opisany w zakresie normowania normy sankcjonowanej, interpretowanej z art. 228 k.k. Podobnie zatem jak miało to miejsce w przypadku normy sankcjonowanej wynikającej z art. 229 k.k.³³, istnienie obiektywnie rozpoznawalnej intencji (tym razem nie po stronie sprawcy tylko po stronie osoby udzielającej korzyści) wchodzi w zakres zastosowania normy sankcjonowanej, aktualizując dopiero zakaz podjęcia określonego zachowania. Próba wyodrębnienia ze znamion typu czynu zabronionego opisanego w art. 228 k.k. elementów decydujących o bezprawności (norma sankcjonowana) i o karalności (norma sankcjonująca) prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż znamię typu czynu zabronionego „w związku z pełnioną funkcją publiczną”, przynależy do płaszczyzny normy sankcjonowanej. Nie można uznać za bezprawne (naruszające normę sankcjonowaną wynikającą z art. 228 § 1 k.k.) zachowania osoby pełniącej funkcję publiczną, która przyjmuje korzyść majątkową, która nie została jej udzielona w związku z pełnieniem przez nią funkcji publicznej³⁴. Oznacza to, że norma sankcjonowana wynikająca z art. 228 § 1 k.k. zakazuje przyjmowania korzyści majątkowej lub osobistej osobie pełniącej funkcję publiczną (zakres normowania plus adresat) w sytuacji, w której

³³ Zauważyć należy, że wielokrotnie w orzecznictwie dokonując wykładni znamienia „w związku z pełnieniem funkcji publicznej” uzyskuje się identyczny rezultat bez względu na to, czy chodzi o znamię typu z art. 228 czy 229 k.k.; por. uzasadnienie wyroku SN z 9 III 2006 r., III KK 230/05, Lex, nr 180769 (dotyczy art. 228 k.k.) oraz postanowienia SN z 14 III 2007 r., III KK 248/06, Lex, nr 262647 (dotyczy art. 229 k.k.), gdzie wskazano, że dla uznania, iż przyjęcie korzyści majątkowej (w przypadku drugiego wyroku był zwrot: „proponowana korzyść majątkowa”) pozostaje w związku z pełnioną funkcją publiczną wystarczające jest, że pełniący taką funkcję może wpływać na końcowy wynik załatwienia sprawy.

³⁴ Źródłem normy sankcjonowanej jest zasadniczo — dla dużej części przypadków objętych zakresem znamion typu czynu zabronionego — wyłączenie art. 228 k.k.

obiektywnie rozpoznawalnym motywem udzielania tej korzyści jest fakt pełnienia funkcji publicznej (zakres zastosowania).

Z tego względu za zasadny należy uznać pogląd, zgodnie z którym w perspektywie znamion typu czynu zabronionego opisującego przyjęcie korzyści majątkowej (art. 228 § 1 k.k.) znamię „w związku z pełnieniem funkcji publicznej” opisuje obiektywny³⁵ element rzeczywistości, który musi wystąpić, aby zostały zrealizowane znamiona strony przedmiotowej typu zawartego w art. 228 § 1 k.k., zaś jego istnienie w świecie zewnętrznym musi być uświadomione przez sprawcę, aby można było przypisać mu umyślność. Innymi słowy: dla przyjęcia realizacji znamion typu opisanego w art. 228 k.k. konieczne jest — na płaszczyźnie strony przedmiotowej — aby nienależna korzyść majątkowa/korzyść osobista faktycznie została sprawcy (osobie przyjmującej ją) udzielona ze względu na fakt, że jest on osobą pełniącą funkcję publiczną. Na płaszczyźnie strony podmiotowej dla realizacji znamion tego typu wymagana jest świadomość sprawcy co do wskazanego wyżej elementu rzeczywistości oraz co najmniej godzenie się na realizację znamion typu czynu.

Przeciwko akceptacji przeciwnej tezy, zgodnie z którą znamię „w związku z pełnieniem funkcji publicznej”, o którym mowa w art. 228 § 1 k.k., przynależy wyłącznie do płaszczyzny strony podmiotowej typu czynu zabronionego, może przemawiać także przyjmowana prawie powszechnie teza, zgodnie z którą przestępstwo to może być popełnione także z zamiarem wynikowym³⁶, choć to zagadnienie wymagałoby znaczenie szerszej analizy.

O ile nie budzi wątpliwości doktryny, że znamię typu czynu zabronionego opisanego w art. 228 § 1 k.k. „w związku z pełnieniem funkcji publicznej” przynależy do znamion strony przedmiotowej, o tyle konsekwencje wynikające z tego faktu, jakkolwiek nie były zasadniczo przedmiotem pogłębionej analizy, budzić będą wątpliwości, jako że prowadzą do znacznego ograniczenia zakresu karalności za przestępstwo łapownictwa biernego, o czym będzie dokładnie mowa niżej.

Prezentowane wyżej stanowisko prowadzi bowiem do wniosku — dosyć trudnego do zaakceptowania na płaszczyźnie kryminalnopolitycznej — że nie będzie można przyjąć realizacji znamion typu czynu zabronionego opi-

³⁵ Obiektywny w tym znaczeniu, że niezależny od woli, nastawienia sprawcy.

³⁶ Zob. wyrok SN z 8 XI 2005 r., WA 30/05, OSNKW 2005, nr 1, poz. 2018; O. G ó r n i o k, w: *Kodeks...*, red. A. Wąsek, *op. cit.*, s. 67. Taką możliwość dopuszcza także J. S k o r u p k a, *op. cit.*, s. 80, pomimo stwierdzenia, iż znamię to należy do znamion strony podmiotowej.

sanego w art. 228 § 1 k.k. w przypadku, w którym dana osoba wprawdzie przyjmuje korzyść majątkową w przekonaniu, że została ona jej udzielona w związku z pełnieniem przez nią funkcji publicznej, ale faktycznie udzielenie korzyści majątkowej motywowane było zupełnie innymi przesłankami³⁷. Konsekwentnie bowiem przyjąć należy, iż sytuacja, w której osoba udzielająca korzyści majątkowej nie czyni tego w związku z pełnieniem przez odbiorcę tej korzyści funkcji publicznych, uniemożliwia przyjęcie realizacji znamion strony przedmiotowej typu czynu zabronionego opisanego w art. 228 § 1 k.k. (brak realizacji rozumianego obiektywnie znamienia tego typu „w związku z pełnieniem funkcji publicznych”). Innymi słowy: jeżeli motywem udzielenia korzyści majątkowej nie będzie fakt pełnienie przez jej odbiorcę funkcji publicznej, to osoba przyjmująca tę korzyść nie zrealizuje znamion przedmiotowych typu czynu zabronionego opisanych w art. 228 k.k., nawet jeżeli przyjęła tę korzyść w przekonaniu, iż została ona jej udzielona w związku z pełnieniem przez nią funkcji publicznej. Oczywiście pojawia się od razu pytanie, czy można w takiej sytuacji przyjąć odpowiedzialności osoby przyjmującej korzyść majątkową za usiłowanie popełnienia korupcji biernej. Ze względu na fakt, iż mamy tutaj do czynienia z błędem w postaci urojenia znamienia pozytywnego³⁸, nasuwa się automatycznie myśl o odpowiedzialności za usiłowanie nieudolne, którą należy zasadniczo wykluczyć ze względu na charakter znamienia będącego przedmiotem błędu: nie jest to bowiem ani błąd co do stosowanego środka, ani co do przedmiotu czynności wykonawczej (chyba że urojenie znamienia „w związku” będzie jednoznaczne z urojeniem znamienia „korzyść majątkowa” — odbiciem w świadomości sprawcy, że przyjmowane świadczenie pieniężne ma charakter świadczenia nienależnego i spełnia kryteria korzyści majątkowej, o której mowa w art. 228 i 229 k.k.)³⁹. Zaznaczyć należy, iż nie

³⁷ Podkreślić należy, że tak rozumiany motyw nie może dotyczyć dopiero kwestii karalności (normy sankcjonującej), ponieważ to on decyduje o istnieniu abstrakcyjnego zagrożenia dla dobra chronionego prawem.

³⁸ O ile nie budzi wątpliwości, iż przedmiotem błędu nie mogą być znamiona podmiotowe (nie można błędzić co do motywów swojego postępowania), o tyle istota błędu nie wyklucza powstania stanu niezgodności pomiędzy motywami, jakimi kierowała się jedna osoba, a ich odbiciem w świadomości drugiej osoby.

³⁹ Podkreślić należy, że w sytuacji, w której świadczenie rzeczywiście byłoby nienależne, jednakże motyw jego udzielenia byłby inny, to zastosowanie konstrukcji usiłowania nieudolnego byłoby niedopuszczalne. Mielibyśmy w tym momencie do czynienia z urojeniem sobie znamienia przedmiotowego mającego charakter znamienia modalnego (niebędącego znamieniem przedmiotu czynności wykonawczej), które to urojenie daje podstawy do przyjęcia niekaralnego usiłowania nieudolnego.

dojdzie także do realizacji znamion przestępstwa korupcji biernej w sytuacji, w której wprawdzie motywem udzielania korzyści majątkowej będzie pełnienie przez sprawcę funkcji publicznej, ale osoba przyjmująca będzie działała w przekonaniu o należnym jej charakterze przyjmowanej korzyści majątkowej. W tym przypadku braku na płaszczyźnie strony podmiotowej uniemożliwią skazanie za przestępstwo korupcji. O ile wykluczenie odpowiedzialności za drugą kategorię zachowań nie budzi wątpliwości, o tyle w przypadku opisanym jako pierwszy takie wątpliwości — ze względu chyba na odczuwaną intuicyjnie potrzebę ukarania — występują. Tym bardziej, że w konsekwencji przyjąć należy, iż można udzielić korzyści majątkowej (zrealizować znamiona typu opisanego w art. 229 k.k.) bez przyjęcia jej przez osobę pełniącą funkcję publiczną, natomiast nie można dokonać przestępstwa opisanego w art. 228 k.k. bez (zasadniczo) realizacji przez osobę udzielającą korzyści majątkowej przynajmniej części znamion z art. 229 k.k. Prowadzi to także do trudnych do zaakceptowania w praktyce konsekwencji; uznanie za prawdziwe wyjaśnień osoby oskarżonej o popełnienie przestępstwa z art. 229 k.k., że nie udzielała korzyści w związku z pełnieniem przez jej odbiorcę funkcji publicznych, uniemożliwiałoby przyjęcie, iż osoba która przyjęła tę korzyść dokonała przestępstwa z art. 228 k.k.

Dokładna analiza znamion obu typów czynów zabronionych nakazuje wskazać na specyficzny charakter powiązania między tymi typami, specyficzny — w kontekście przyjmowanego wielokrotnie założenia, że mamy tutaj do czynienia z relacją podobną do relacji sprawca (art. 228 k.k.) — podlegacz (art. 229 k.k.). Nie budzi bowiem niczych wątpliwości, że dla wykazania realizacji znamion typu z art. 229 k.k. nie jest konieczne przyjęcie korzyści przez osobę pełniącą funkcję publiczną. Trudno mówić w tej sytuacji, o jakimkolwiek współdziałaniu pomiędzy dającym a przyjmującym korzyść majątkową. Potencjalny przyjmujący korzyść majątkową jest wyłącznie odbiorcą działania sprawcy — podobnie jak odbiorcą w każdym przypadku podlegania jest podlegany, z tym tylko zaznaczeniem, że zgodnie z przeważającą zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie koncepcją podlegania, jego dokonanie wymaga powstania u osoby podleganej zamiaru/decyzji popełnienia czynu zabronionego. Takiej zależności w tym przypadku nie ma⁴⁰. Rodzi to oczywiście refleksję, iż gdyby ustawodawca w osobnym *de facto* typie czynu zabronionego nie uregulował podlegania do przestępstwa biernej korupcji, to dla dokonania przestępstwa

⁴⁰ Zasadniej w tym kontekście byłoby porównać relację między osobą dającą a przyjmującą korzyść majątkową do relacji między pomocnikiem a osobą, której udziela się pomocy.

przez osobę wręczającą korzyść majątkową konieczne byłoby co najmniej powstanie zamiaru jej przyjęcia, czego na gruncie art. 229 k.k. ustawodawca nie wymaga. Można zasadnie, jak się wydaje, stwierdzić, iż rola osoby przyjmującej korzyść majątkową — w kontekście znamion typu art. 229 § 1 k.k. — jest analogiczna do roli odbiorcy pomówienia, o którym mowa w art. 212 k.k.; dla dokonania obu przestępstw taka osoba musi tylko odebrać udzieloną jej informację.

Inaczej wygląda sytuacja w przypadku realizacji znamion art. 228 k.k., które zakładają niejako swoistego rodzaju współuczestnictwo konieczne. Oczywiście jest, że nie da się bowiem przyjąć korzyści majątkowej, zanim ktoś nam jej nie zaoferuje. Jednakże uzależnienie odpowiedzialności sprawcy typu opisanego w art. 228 k.k. od zachowania osoby udzielającej korzyści majątkowej (i zasadniczo realizującej znamiona typu czynu zabronionego opisane w art. 229 k.k.) jest jeszcze mocniejsze, niż to się *prima facie* wydaje. Na gruncie przedstawionych powyżej założeń, dla dokonania przestępstwa z art. 228 k.k. konieczne jest jeszcze istnienie szczególnego motywu po stronie osoby udzielającej tej korzyści: po pierwsze o realizacji znamienia „korzyść majątkowa” w niektórych przypadkach przesądzać będzie intencja osoby dającej, po drugie impulsem dla udzielenia tak rozumianej korzyści ma być pełniona przez odbiorcę funkcja publiczna. Oznacza to, że w przypadku *de facto* braku naruszenia normy sankcjonowanej przez udzielającego korzyść majątkową wykluczone jest — jak wykazano wyżej — przyjęcie realizacji przez przyjmującego korzyść majątkową znamion przedmiotowych omawianego typu czynu zabronionego, a w konsekwencji przypisanie odpowiedzialności za dokonany typ czynu zabronionego z art. 228 k.k.

Powyższe ustalenia muszą rodzić oczywiście pytanie, o zgodność z art. 20 k.k., zgodnie z którym każdy ze współdziałających odpowiada w granicach swej umyślności lub nieumyślności, niezależnie od odpowiedzialności innych współdziałających. Jednakże różnica przy tego rodzaju „współdziałaniu” polega m.in. na tym, iż unormowania kodeksu karnego wykluczyły możliwość realizacji przez „współdziałających” znamion tego samego typu czynu zabronionego. Z założenia sprawcy dopuszczają się popełnienia przestępstw o odmiennie ukształtowanych znamionach typów czynów zabronionych i brak jest podstaw do przyjęcia, iż art. 20 k.k. uniemożliwia wprowadzenie uzależnienia wystąpienia znamienia przedmiotowego jednego typu czynu zabronionego od nastawienie psychicznego, intencji sprawcy innego typu czynu zabronionego. Zresztą, jak pokazano to wyżej, takiego typu uzależnienie występuje także faktycznie w przypadku niesprawczych postaci współdziałania przestępnego.

W konkluzji tej części opracowania konieczne staje się wskazanie, że tak ścisłe uzależnienie odpowiedzialności osoby przyjmującej korzyść majątkową od intencji osoby ją udzielającej musi rodzić wątpliwości jeszcze z dwóch powodów. Po pierwsze zwykło się uważać art. 229 k.k. za swoistego rodzaju uregulowanie podżegania/pomocnictwa do przestępstwa opisanego w art. 228 k.k. Na gruncie polskiej konstrukcji podżegania i pomocnictwa odpowiedzialność sprawcy bezpośredniego jest zaś zupełnie niezależna od działania/zaniechania podżegacza (tego rodzaju akcesoryjność jest zresztą obca każdej koncepcji współdziałania przestępnego). Przedstawione wyżej rozważania — znajdujące oparcie w konstrukcji znamion obu typów czynów zabronionych — pokazują zupełnie odwrotną tendencję. Odpowiedzialność bezpośredniego wykonawcy jest uzależniona *de facto* od intencji nakłaniającego (osoby udzielającej korzyści majątkowej). Po drugie, przyjmuje się zasadniczo, że stopień społecznej szkodliwości czynu zabronionego popełnionego przez osobę przyjmującą korzyść majątkową jest większy od stopnia społecznej szkodliwości osoby wręczającej tę korzyść. Oceniając zdarzenie, w którym petent daje „łapówkę” a urzędnik ją „przyjmuje” powiemy, iż społeczna naganność ma swoje uzasadnienie w tym, że ten urzędnik „bierze”, a nie powinien, bo jest urzędnikiem i stawia się wobec niego wyższe wymagania. To także powoduje, że trudna do zaakceptowania z punktu widzenia polityki kryminalnej staje się rezygnacja *de facto* — ze względu na braki w motywacji osoby, która udziela określonego świadczenia — z ukarania osoby pełniącej funkcję publiczną, która przyjmuje jakieś świadczenie pieniężne w przekonaniu, że zostało jej ono udzielone ze względu na fakt pełnienia przez nią funkcji publicznej.

Akceptacja tezy, zgodnie z którą omawiane znamię przynależy do płaszczyzny strony przedmiotowej, nie zaś podmiotowej, wraz z jej konsekwencjami, rodzi *de facto* kolejne ograniczenia karalności osoby przyjmującej korzyść majątkową w przypadku styku odpowiedzialności za realizację znamion typu opisanego w art. 228 § 1 i 286 § 1 k.k. Udzielenie korzyści majątkowej w rozumieniu art. 229 k.k., w niektórych przypadkach będzie można potraktować jako niekorzystne rozporządzenie mieniem, stanowiące znamię przestępstwa oszustwa (art. 286 k.k.). Jeżeli to niekorzystne rozporządzenie mieniem zostało dokonane w wyniku wprowadzenia osoby udzielającej korzyści w błąd przez osobę pełniącą funkcję publiczną, co do konieczności udzielenia takiego świadczenia, i spełnione zostały przesłanki strony podmiotowej typu opisanego w art. 286 k.k., to osoba przyjmująca korzyść majątkową odpowie za oszustwo. Przykładowo: nauczyciel w szkole wyższej pobiera od niczego nieświadomych uczniów zawyżoną o 20 procent opłatę za przeprowadzenie egzaminu powtórkowego. Ta nad-

wyżka stanowi uzyskaną przez niego nienależną mu korzyść majątkową. Nie budzi wątpliwości, że w takiej sytuacji doszło do realizacji znamion oszustwa. Czy można jednak w takim przypadku przyjąć także realizację znamion łapownictwa biernego? Innymi słowy, czy przyjęta korzyść majątkowa została uzyskana w związku z pełnieniem funkcji publicznej. Mając na względzie dokonane wcześniej ustalenia należy przyjąć, że nie doszło w tym przypadku do realizacji znamion z art. 228 k.k., ponieważ korzyść majątkowa nie została u d z i e l o n a w związku z pełnieniem funkcji publicznej⁴¹. Pełnienie tej funkcji nie było bowiem motywem, impulsem dla udzielenia korzyści majątkowej. Korzyść majątkowa została udzielona i uzyskana ze względu na to, że osoba dająca została wprowadzona w błąd. Pełnienie funkcji publicznej *de facto* umożliwiało wprowadzenie dającego w błąd, ale nie było dla niego motywem dla udzielania korzyści majątkowej. To, czy fakt pełnienia funkcji publicznej był motywem dla p r z y j ę c i a korzyści majątkowej jest — jak wykazano w pierwszej części opracowania — dla realizacji znamion z art. 228 § 1 k.k. irrelevantny. Podkreślić należy, iż w opisanej sytuacji niewątpliwie dochodzi także do ataku na dobro prawne chronione przez przepisy art. 228 i 229 k.k., tj. zaufanie społeczne do rzetelności działań instytucji publicznych. Zasadne jest bowiem przyjęcie, że u podstaw przekonania osoby udzielającej korzyści o prawdziwości składanych przez osobę pełniącą funkcję publiczną oświadczeń leży zaufanie, wynikające nie z indywidualnych właściwości osoby pełniącej funkcję publiczną, ale z samego faktu pełnienia przez nią funkcji publicznej⁴². Jednakże nie można zachowania stanowiącego tego rodzaju atak na dobro prawne uznać za realizujące znamiona typu z art. 228 k.k.

Przy czym należy także zauważyć, iż wykluczenie realizacji znamion typu czynu zabronionego łapownictwa w tym przypadku nie jest uzasadnione wyłącznie przynależnością znamienia „w związku z pełnieniem funkcji publicznej” do strony przedmiotowej lub wyłącznie do strony podmiotowej typu czynu zabronionego z art. 229 § 1 k.k. i wynikającymi z tego konsekwencjami, ale także wykładnią tego znamienia. Czym innym jest bowiem udzielenie korzyści w związku z tym, że jej odbiorcą jest osoba pełniąca funkcję publiczną, czym innym w wyniku tego, że się zostało wprowadzo-

⁴¹ Wydaje się, że nawet intuicyjnie nikt nie nazwałby takiego świadczenia łapówką.

⁴² Oczywiście pojawia się pytanie, czy identyczne rozwiązanie należałoby przyjąć w przypadku, gdy niekorzystne rozporządzenie mieniem było efektem wykorzystania istniejącego błędu lub niezdolności do należytego podejmowania przedsięwziętego działania, jak też gdy osoba przyjmująca korzyść majątkową uzależnia wykonanie określonej czynności od jej uzyskania.

nym w błąd co do „należności” świadczenia udzielanego osobie pełniącej funkcję publiczną. W tym drugim przypadku wykluczone jest przypisanie osobie przyjmującej tę korzyść realizacji znamion z art. 228 § 1 k.k.

Nie budzi wątpliwości, że taka wykładnia znamienia wpływa na znaczne ograniczenie odpowiedzialności za realizację znamion typu czynu zabronionego z art. 228 k.k. (tzw. łapownictwo bierne), w sytuacji, w której osoba udzielająca tej korzyści, działa pod wpływem błędu. Jeżeli uznamy bowiem, że nie realizuje znamion „w związku z pełnieniem funkcji publicznej”, udzielenie korzyści majątkowej osobie pełniącej funkcję publiczną, będące konsekwencją błędu, w jakim znajduje się osoba ją udzielająca, którego przedmiotem (zasadniczo) będzie istnienie jakichś podstaw — innych niż sam fakt pełnienia funkcji publicznej — uzasadniających wręczenie tej korzyści, to — chcąc być konsekwentnym — należałoby przyjąć wyłączenie odpowiedzialności osoby przyjmującej korzyść majątkową za dokonane łapownictwo bierne, niezależnie od tego, kto wprowadził w błąd udzielającego tej korzyści i — co najistotniejsze — od tego, czy osoba przyjmująca tą korzyść była świadoma działania „dającego” pod wpływem błędu, czy też nie⁴³. Oznacza to *de facto* brak odpowiedzialności za dokonane przestępstwo z art. 228 k.k. także w przypadku, w którym to przyjmujący korzyść wprowadził w błąd osobę ją udzielającą, tylko nie można przypisać mu odpowiedzialności za oszustwo ze względu na działanie z zamiarem wynikowym, albo ze względu na brak świadomości tego, że osoba udzielająca korzyści działała w błędzie. Ponadto wykluczona będzie jego odpowiedzialność za przestępstwo łapownictwa także w sytuacji, w której okaże się, że to osoba trzecia (czy to celowo, czy nieświadomie) wprowadziła osobę udzielającą korzyść w błąd, który doprowadził do wręczenia korzyści majątkowej. Takie ograniczenie odpowiedzialności rodzi zatem konsekwencje trudne do zaakceptowania z punktu widzenia założeń polityki kryminalnej.

Powyższe opracowanie stanowi próbę pokazania problemu istniejącego już w praktyce⁴⁴ i przedstawienie jednej z możliwości jego rozwiązania. Ze względu na wskazane powyżej konsekwencje, budzić ona musi wiele wątpliwości. Inne rozwiązanie — biorąc pod uwagę przyjęte założenia dotyczące funkcji normy sankcjonowanej — wydaje się jednak trudne do obrony.

⁴³ Powodować będzie to przykładowo bezkarność lekarza przyjmującego korzyść majątkową od pacjenta przekonanego, że jest to jakaś dopłata do udzielanego mu świadczenia.

⁴⁴ Odpowiedzialność pracowników służby zdrowia przyjmujących korzyść majątkową od pacjentów przekonanych, że mają obowiązek jej uiszczenia.