

ARTYKUŁY

Szymon Tarapata

O legalności przyjmowania prezentów przez osoby pełniące funkcje publiczne – uwagi polemiczne

Streszczenie

Artykuł stanowi polemikę z tekstem autorstwa R. Sosika pt. „O bezprawności przyjmowania prezentów przez osoby pełniące funkcje publiczne”. W opracowaniu zakwestionowano pogląd tego autora, iż przyjmowanie przez osoby pełniące funkcje publiczne drobnych dowodów wdzięczności stanowi czyn zabroniony pod groźbą kary. Moim zdaniem, formułując ten wniosek, R. Sosik posłużył się wadliwą i niespójną argumentacją. Przede wszystkim nie uwzględnił dorobku piśmiennictwa dotyczącego instrumentów analizy normatywnej i przesłanek bezprawności. Jego uwzględnienie prowadzi zaś do wniosku, że udzielanie drobnych prezentów osobom pełniącym funkcje publiczne i przyjmowanie przez nie tych podarunków, przy spełnieniu określonych warunków, nie zagraża dobru prawnemu chronionemu przez typy z art. 228 i 229 k.k., a więc nie może być czynem bezprawnym.

Słowa kluczowe

Korupcja, łapownictwo, upominki, prezenty, kontratypy, norma sankcjonowana, dobro prawne, bezprawność, dowody wdzięczności.

Jednym z podstawowych warunków przypisania odpowiedzialności karnej za przestępstwo jest stwierdzenie, że czyn sprawcy był bezprawny¹. Nie-

¹ Zob. np.: W. Wróbel, A. Zoll, Polskie prawo karne. Część ogólna, Kraków 2013, s. 171–177.

rzadko zdarzają się trudności w rozgraniczaniu zachowań legalnych od niezgodnych z prawem. Ukazanie się opracowania dotyczącego takich problemów musi w naturalny sposób wywołać wzmożoną uwagę i wzbudzić ciekawość u każdego naukowca zajmującego się teorią i dogmatyką prawa karnego. Dlatego z głębokim zainteresowaniem przeczytałem tekst R. Sosika pt. „O bezprawności przyjmowania prezentów przez osoby pełniące funkcje publiczne”, który ukazał się niedawno na łamach „Prokuratury i Prawa”².

Tuż po transformacji ustrojowej w latach 90. XX w. Polska miała ogromne problemy z korupcją. Proceder ten miał charakter systemowy i był spuścizną po PRL. Kłopoty z zachowaniami korupcyjnymi są zresztą bardzo charakterystyczne dla wszystkich innych krajów postkomunistycznych. Korupcja tak głęboko wrosła w krajobraz społeczeństwa, że obywatele przechodzili nad nią do porządku dziennego i uznawali za coś zupełnie normalnego. Dla wielu ludzi oczywistym było np. to, że jeżeli ktoś trafi do szpitala, to chcąc być dobrze leczonym i mieć dobrą opiekę medyczną, musi przekazać lekarzom lub pielęgniarkom pieniądze w kopercie. Nagminnie też pozostało wręczanie łapówek policjantom z „drogówki”. Oczywistym jest, że taki punkt widzenia prowadził do wielu patologii społecznych, gdyż jego przyjęcie uniemożliwiało instytucjom publicznym prawidłowe funkcjonowanie i hamowało rozwój społeczno-gospodarczy. Problem korupcji musiał więc być zwalczany przez odpowiednie ustawodawstwo, które należało stosować w sposób bezkompromisowy. Dzięki obowiązującym aktom prawnym, postawie organów ścigania i sądów, udało się z pewnością osiągnąć dobre wyniki w zakresie zwalczania korupcji i kształtowania świadomości społeczeństwa w zakresie jej szkodliwości i konieczności zapobiegania³.

Nie jest kontrowersyjne twierdzenie, że – mimo powszechnego dostrzegania zła w korupcji – wciąż częste są zachowania polegające na przekazywaniu pewnych drobnych i symbolicznych prezentów lub dowodów wdzięczności osobom pełniącym funkcje publiczne. Któż z nas nie był świadkiem przekazywania kwiatów nauczycielowi po zakończeniu roku szkolnego lub członkom komisji egzaminacyjnej tuż po obronie pracy magisterskiej? Społeczeństwo nie widzi w takich czynach nic złego. Nie identyfikuje ich jako przykład korupcji. Mimo częstego występowania tego typu zachowań – ich podejmowanie nie spotyka się raczej z reakcją organów ścigania. Zjawisko takie jest zapewne pokłosiem szeroko ak-

² R. Sosik, O bezprawności przyjmowania prezentów przez osoby pełniące funkcje publiczne, *Prok. i Pr.* 2022, nr 4, s. 41–63.

³ Oczywiście nie oznacza to jeszcze, że w Polsce korupcja przestała istnieć. Nie sposób znaleźć kraju, w którym zjawisko to zostało całkowicie wyeliminowane.

ceptowanej w literaturze prawnokarnej tezy, iż zwyczajowe przyjmowanie przez osoby pełniące funkcje publiczne drobnych prezentów, przyjmujących postać symbolicznych dowodów wdzięczności (lub ich wręczenie tym osobom), przy spełnieniu pewnych warunków, nie jest czynem karnym. R. Sosik odrzuca jednak ten pogląd. Stawia zdecydowaną tezę, że niezależnie od motywacji wręczającego, wartości korzyści oraz okoliczności jej wręczenia zarówno przyjmowanie prezentów i drobnych upominków przez osobę fizyczną pełniącą funkcję publiczną pozostające w związku z jej pełnieniem, jak też ich wręczenie takiej osobie, jest zachowaniem bezprawnym i jednocześnie realizującym znamiona występków określonych odpowiednio w art. 228 albo 229 k.k. Wydaje się jednak, że pogląd ten jest zbyt daleko idący. Można mieć zastrzeżenia co do założeń, które stały się dla tego autora podstawą do przyjęcia takiego twierdzenia. Szereg wypowiedzi, które zaprezentował R. Sosik, nie może stanowić wystarczającego uzasadnienia dla przyjęcia poglądu, że przyjmowanie drobnych prezentów lub dowodów wdzięczności przez osoby pełniące funkcje publiczne w związku z ich pełnieniem jest co do zasady bezprawne i może stać się podstawą do odpowiedzialności karnej za przestępstwo łapownictwa. Z tego powodu postanowiłem przedstawić uwagi polemiczne do ujęcia prezentowanego przez wspomnianego autora.

Chcąc wyczyścić przedpole do dalszych rozważań, niniejszą polemikę rozpocząć należy od uwagi natury terminologicznej i teoretycznej. R. Sosik w początkowej części swego opracowania wskazuje, że „Na przestrzeni ostatnich lat wielokrotnie podejmowano próby uzasadnienia legalności tego rodzaju zachowań w kontekście występków stypizowanych w art. 228 i 229 k.k., upatrując normatywnych podstaw wyłączenia odpowiedzialności karnej w znikomej szkodliwości społecznej takich czynów, braku realizacji określonych znamion, czy w końcu w uchyleniu bezprawności przyjmowania prezentów związanym z pozaustawowym kontratypem zwyczaju”⁴.

Co do precyzji przytoczonej wypowiedzi można zgłosić zastrzeżenia. Z jednej bowiem strony autor pisze o podejmowaniu prób uzasadniania legalności wręczenia drobnych prezentów, z drugiej zaś odwołuje się do braku karygodności, dekompletacji określonych znamion typu oraz okoliczności wyłączających bezprawność, a więc do różnych elementów wchodzących w skład wewnętrznej struktury przestępstwa⁵. Problem jednak tkwi w tym, że brak karygodności nie stanowi uzasadnienia dla przyję-

⁴ R. Sosik, *O bezprawności...*, s. 42.

⁵ Szerzej na temat wewnętrznej struktury przestępstwa – zob. np.: P. Kardas, *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, CzPKiNP 2012, nr 4, s. 5–63.

cia legalności określonych czynów. Zachowanie, które jest społecznie szkodliwe w stopniu znikomym, dalej pozostaje bezprawne i karalne. Nie można więc zestawiać karygodności z legalizacją. Rację ma natomiast R. Sosik, że dotychczas w literaturze prawnokarnej brak pociągania do odpowiedzialności karnej za wręczanie drobnych prezentów uzasadniano za pomocą różnorodnych instrumentów, które dotyczą poszczególnych elementów struktury przestępstwa. Jedni bowiem twierdzili, że takie zachowania są legalne⁶, inni, że nie realizują znamion z art. 228 k.k. lub art. 229 k.k.⁷. Niektórzy wreszcie podnosili, iż przyjmowanie drobnych prezentów przez osoby pełniące funkcje publiczne i ich im wręczanie spełnia cechy bezprawności i karalności, lecz brak w nich karygodności⁸. Autor zdaje się nie wykluczać, że takie czyny mogą być w znikomym stopniu społecznie szkodliwe, lecz stanowczo twierdzi, iż są one bezprawne i realizują znamiona typów korupcyjnych z art. 228 k.k. lub art. 229 k.k. Warto bliżej przyjrzeć się uzasadnieniu takiego punktu widzenia.

R. Sosik, uzasadniając trafność swego ujęcia, odwołał się do poglądu przyjmowanego m. in. przez M. Iwańskiego i R. Krajewskiego, po czym zakwestionował jego trafność. Warto przypomnieć, że – według tychże autorów – wręczanie drobnych prezentów osobom pełniącym funkcje publiczne jest tzw. kontratypem pozaustawowym, gdyż mieści się w granicach powszechnie uznawanego zwyczaju, a więc stanowi zachowanie legalne⁹. R. Sosik zakwestionował taki punkt widzenia. Jako argument mający go obalić odwołał się do prezentowanych w doktrynie twierdzeń, które mają przemawiać przeciwko poprawności i celowości posługiwania się na gruncie prawa karnego figurą kontratypów pozaustawowych, powołując się przy tym na wypowiedzi przedstawicieli Katedry Prawa Karnego UJ, w tym m.in. A. Zolla i P. Kardasa¹⁰. Oczywiście można podzielić wątpliwości co do prawidłowości i potrzeby używania w rozważaniach karnistycznych tej kon-

⁶ M. Iwański, Zwyczaj jako „okoliczność wyłączająca bezprawność” wręczania lub przyjmowania prezentów przez pracowników służby zdrowia i nauczycieli, CzPKiNP 2009, nr 1, s. 193–224.

⁷ Por. J. Majewski, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 53–116, Warszawa 2016, s. 972–973. Choć z wywodów tego autora można odczytać, że – według niego – wręczanie zwyczajowych dowodów wdzięczności jest zachowaniem legalnym.

⁸ A. Marek, J. Satko, Okoliczności wyłączające bezprawność czynu, Warszawa 2000, s. 45–47; A. Marek, S. Waltoś, Podstawy prawa i procesu karnego, Warszawa 2003, s. 98; K. Buchała, A. Zoll, Polskie prawo karne, Warszawa 1997, s. 47–48.

⁹ M. Iwański, Zwyczaj..., s. 193–224; tenże, Odpowiedzialność karna za przestępstwa korupcyjne, Kraków 2016, s. 584–588; R. Krajewski, Zwyczajowe dowody wdzięczności jako okoliczność uchylająca bezprawność, Palestra 2011, nr 1–2, s. 85–93.

¹⁰ R. Sosik, O bezprawności..., s. 45–48.

strukcji. Sam zresztą należę do grona przeciwników stosowania wspomnianej figury¹¹. Stwierdzenie niezasadności posługiwania się na gruncie prawa karnego konstrukcją kontratypów pozaustawowych nie musi jednak jeszcze oznaczać, że przyjmowanie przez osoby pełniące funkcje publiczne drobnych prezentów lub dowodów wdzięczności jest bezprawne i realizuje znamiona czynów korupcyjnych. Nie można bowiem tracić z pola widzenia, iż to, co u zwolenników konstrukcji kontratypów pozaustawowych mieści się w ich ramach, u ich przeciwników jest istotne z punktu widzenia innych okoliczności powodujących, że zachowanie konkretnej osoby nie jest bezprawne. Przykładowo R. Sosik nawiązał do opracowania P. Kardasa, wyrażającego krytykę tezy wyrażonej w postanowieniu SN z dnia 7 stycznia 2008 r., sygn. V KK 158/07, iż: „Istnieją (...) kontratypy, których znamiona zostały ustalone w drodze praktyki wymiaru sprawiedliwości lub zostały sformułowane w drodze koncepcji doktrynalnych w nauce prawa karnego. Są to kontratypy pozaustawowe, wśród których należy wyróżnić zgodę pokrzywdzonego, zabiegi lecznicze, karcenie nieletnich i ryzyko sportowe”¹².

P. Kardas, w najdalej idącym uproszczeniu, stwierdził, że nie ma potrzeby uznawać, że tzw. zgoda „pokrzywdzonego”, przypadki zabiegów leczniczych, karcenia nieletnich i ryzyka sportowego nie są kontratypami pozaustawowymi, ale w razie ich wystąpienia nie dochodzi do przekroczenia reguł postępowania z dobrem prawnym¹³. Takie zaś zachowanie, które nie narusza zasad ostrożności, nie może przekraczać normy sankcjonowanej i być bezprawne. Oznacza to, że tzw. kontratypy pozaustawowe są jedynie etykietami. Część dogmatyków używa ich bowiem po to, by uzasadnić legalność określonych czynów¹⁴. Ten sam efekt można

¹¹ S. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016, s. 395.

¹² LEX nr 370044.

¹³ P. Kardas, *Dozwolone ryzyko sportowe – pozaustawowy kontratyp czy element precyzujący płaszczyznę bezprawności*, PS 2009, nr 1, s. 7–22.

¹⁴ Symptomatyczna jest w tym kontekście następująca wypowiedź M. Iwańskiego, który pośrednio przyznaje, że figura kontratypów pozaustawowych ma charakter etykietowy: „W moim przekonaniu podstawą wyłączenia przestępności zachowania polegającego na wręczeniu lub przyjęciu niewielkiego prezentu przez nauczyciela czy pracownika służby zdrowia jest prawo zwyczajowe. Ogranicza ono zakres zastosowania norm sankcjonowanych leżących u podstaw przestępstw korupcyjnych, powodując, że czyny takie nie są bezprawne – a co za tym idzie nie realizują znamion odpowiedniego typu czynu zabronionego. Nie ma natomiast potrzeby ustalania, czy zachowania takie są legalne „pierwotnie” czy też dopiero „wtórnie”. Są one po prostu legalne” (M. Iwański, *Odpowiedzialność...*, s. 584–585).

jednak osiągnąć poprzez odwołanie się do innych konstrukcji dogmatycznych, stosowanych w obrębie płaszczyzny bezprawności¹⁵.

Na łamach innego opracowania wyraziłem pogląd, że stosowanie kontratypów pozaustawowych jest niepotrzebne, gdyż legalizacja przypadków, które mają być ich przejawem, jest możliwa za pomocą innych figur teoretycznych używanych w obrębie wewnętrznej struktury przestępstwa¹⁶. Nie ma więc sensu mnożyć bytów teoretycznych ponad konieczność. Odwołując się więc do sławetnej brzytwy Ockhama, można bez obaw z kontratypów pozaustawowych zrezygnować, gdyż w razie ich eliminacji w pełni możliwe jest przyjmowanie satysfakcjonujących i sprawiedliwych rozstrzygnięć prawnokarnych za pomocą innych narzędzi uadekwatniających zakres bezprawności.

Analizując artykuł autorstwa R. Sosika, trudno oprzeć się wrażeniu, że nie wykorzystano w nim elementów analizy normatywnej, które obecnie są powszechnie stosowane w literaturze karnistycznej¹⁷. Nie zwrócono zwłaszcza uwagi na to, iż warunkiem przypisania każdego typu czynu zabronionego jest stwierdzenie, że doszło do przekroczenia normy sankcjonowanej¹⁸. Interpretator tekstu prawnego dysponuje pewnymi instrumentami, za pomocą których dochodzi do jej uadekwatnienia, a więc ustalenia ostatecznego kształtu. Z tego powodu może się więc zdarzyć, że dane zachowanie, które formalnie spełnia znamiona opisane w przepisie części szczególnej Kodeksu karnego lub ustawy pozakodeksowej, nie będzie bezprawne. Perspektywa ta w krytykowanym tekście nie została jednak należycie uwzględniona.

Przypomnieć trzeba, że czyny z art. 228 k.k. i art. 229 k.k. są typami z abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo. Jeśli chodzi o perspektywę przedmiotu ochrony, mają one charakter formalny¹⁹. Dla przypisania ich sprawstwa nie jest bowiem konieczny skutek w postaci naruszenia lub konkretnego narażenia dobra prawnego na nie-

¹⁵ Zob. też: M. Grudecki, *Kontratypy pozaustawowe w polskim prawie karnym*, Warszawa 2021, s. 294–297 i 551–552.

¹⁶ S. Tarapata, *Dobro...*, s. 395; S. Tarapata, *O przypisaniu sprawstwa czynu zabronionego w przypadku typów formalnych i typów znamienych skutkiem w sensie statycznym*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny* 2020, z. 4, s. 251.

¹⁷ P. Kardas, *O relacjach...*, s. 5–63.

¹⁸ A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, *Krakowskie Studia Prawnicze* 1990, rok XXIII, s. 73–93; tenże, *Karalność i karygodność jako odrębny element struktury przestępstwa*, (w:) *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, Wrocław 1990, s. 102–106.

¹⁹ A. Barczak-Oplustil, M. Iwański, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 212–277d*, Warszawa 2017, s. 238, 247–248.

bezpieczeństwo. Oczywiście sprawca typów formalnych musi realizować znamię czynności wykonawczej, którym jest opis stypizowanej w ustawie reguły postępowania z przedmiotem prawnokarnej ochrony. Aktualizacja tego warunku nie jest jednak wystarczająca do przypisania sprawstwa typu formalnego. Dla uznania kogoś za sprawcę konieczne jest dodatkowo spełnienie jeszcze innych kryteriów, które nie zostały wprost ujęte w przepisie typizującym. Zachowanie sprawcze musi stanowić atak na dobro prawne, co może nastąpić wtedy, gdy napastnik godzi w cel ochronny danej normy sankcjonowanej²⁰. Unormowanie to chronić może bowiem tylko przed wybranymi zachowaniami. Nie każde postępowanie, które stanowi formalną realizację znamienia czasownikowego, warunek ten spełnia. Trzeba w tym kontekście podkreślić, że podstawową i fundamentalną zasadą prawa karnego jest to, że za bezprawne może być uznany jedynie taki czyn, który jest nieakceptowalny społecznie, a więc przekracza zakres społecznej tolerancji dla zachowań ryzykownych. Ustanowienie przez ustawodawcę konkretnego typu czynu zabronionego może nie mieć na celu eliminacji zachowań, które są społecznie pożądane, gdyż mieszczą się w powszechnie kultywowanych zwyczajach i nie stanowią ataku na dobro chronione prawem. W tym ujęciu poza zakresem celu ochronnego normy sankcjonowanej pozostają czyny, które u zwolenników konstrukcji tzw. kontratypów pozaustawowych mieszczą się w granicach takich „okoliczności kontratypowych”²¹. Za przykład takiego zachowania, które nie jest objęte celem ochrony normy sankcjonowanej, może służyć wręczanie lekarzom drobnych upominków w celu okazania im wdzięczności po zakończonym leczeniu²². Instrument w postaci ataku na dobro prawne służy racjonalizacji nakazu lub zakazu, który leży u podstaw określonego typu czynu zabronionego. Chodzi bowiem o to, by określony wzorzec ustawowy „nie strzelał poza cel” i nie prowadził do eliminacji zachowań pożytecznych lub nieszkodliwych społecznie. W wykładni znamion określonego typu czynu zabronionego nie jest ważna wyłącznie literalna treść przepisu typizującego, ale również „duch” określonego zapisu ustawowego. Dla osiągnięcia adekwatnego rezultatu wykładniczego konieczne jest więc dokonanie wykładni teleologicznej określonej regulacji, co nie jest możliwe bez – głębokiego nieraz – sięgnięcia do jej aksjologii i racji przemawiających za jej wprowadzeniem.

Posługując się przykładem potwierdzającym twierdzenia zawarte w poprzednim akapicie, warto odwołać się do art. 63a § 1 k.w. Przepis

²⁰ S. Tarapata, *Dobro...*, s. 342–343.

²¹ S. Tarapata, *O przypisywaniu...*, z. 4, s. 251.

²² Tamże.

ten przewiduje odpowiedzialność za wykroczenie wobec tego, kto umieszcza w miejscu publicznym do tego nieprzeznaczonym ogłoszenie, plakat, afisz, apel, ulotkę, napis lub rysunek albo wystawia je na widok publiczny w innym miejscu bez zgody zarządzającego tym miejscem. Oczywistym jest, że celem wprowadzenia tego przepisu nie było karanie np. za spontaniczne i chwilowe umieszczenie na pomniku przenośnej tabliczki z manifestem protestacyjnym podczas legalnie zorganizowanej demonstracji, na którym zostanie wyartykułowany sprzeciw wobec naruszania Konstytucji przez władze państwowe lub braku poszanowania z ich strony dla niektórych grup społecznych²³. Takie zachowania są bowiem podejmowane w ramach prawa do udziału w pokojowych protestach i stanowią emanację prawa do wolności wypowiedzi i realizacji swych poglądów. Nie są też społecznie szkodliwe, ale wręcz pożyteczne²⁴. Ich podejmowanie nie może więc naruszać normy sankcjonowanej leżącej u podstaw art. 63a § 1 k.w.²⁵. Trzeba więc stwierdzić, że zanegowanie prawidłowości posługiwania się figurą kontratypów pozaustawowych nie

²³ Por. też: wyrok SN z dnia 19 stycznia 2021 r., sygn. III KK 70/20, LEX nr 3119787. Zob. też: S. Tarapata, O przypisywaniu..., s. 251.

²⁴ Ciekawe rozważania zaprezentowano również w wyroku SN z dnia 30 stycznia 2018 r., sygn. IV KK 475/17, LEX nr 2433071. W sprawie tej rozpoznawano kasację od skazującego wyroku nakazowego, wydanego wobec J. P. za to, że w okresie od dnia 1 lipca 2016 r. do dnia 8 stycznia 2017 r. w R. na ul. W., poprzez uruchamianie dzwonów kościoła, których natężenie dźwięku przekracza dopuszczalne normy hałasu w porze dziennej, zakłócił spokój A. R., to jest za wykroczenie z art. 51 § 1 k.w. SN uchylił to orzeczenie i uniewinnił obwinionego od popełnienia zarzuconego mu czynu. W uzasadnieniu swego orzeczenia wskazał m.in., że „nie można uznać, by (...) zachowanie obwinionego wyczerpało konieczne dla przyjęcia sprawstwa wykroczenia z art. 51 § 1 k.w. znamiona (...)”. Samo bowiem ustalone uruchomienie przez J. P., jako proboszcza, dzwonów kościoła, usytuowanego w jego parafii, w porze dziennej, których natężenie dźwięku przekracza dopuszczalne normy hałasu nie jest równoznaczne z „wybrykiem”, od popełnienia którego art. 51 § 1 k.w. uzależnia przede wszystkim odpowiedzialność za przewidziane w tym przepisie wykroczenie. Przekonanie o braku podstaw do przypisania obwinionemu tego wykroczenia jest oczywiste w świetle ujawnionych w sprawie okoliczności, w oparciu o analizę których należało dokonywać oceny prawnej przedmiotowego zachowania obwinionego”. SN dodał, że „zwyczaj (a niewątpliwie z nim mamy do czynienia in concreto, skoro bicie kościelnych dzwonów przywołujących wiernych na Mszę Świętą jest w Polsce od wieków przyjętym zachowaniem) może wyłączać bezprawność zachowań wypełniających znamiona czynów zabronionych stypizowanych jako wykroczenia”.

²⁵ Warto jednak zwrócić uwagę na to, że w art. 1 § 1 k.w. wskazano, że wykroczeniem może być jedynie takie zachowanie, które jest społecznie szkodliwe. Podobnej klauzuli brak jest natomiast w art. 1 § 1 k.k. Pomimo tego trzeba uznać, że grupa zachowań, która nie jest społecznie szkodliwa, lecz wręcz pożyteczna, nie może być objęta normą sankcjonowaną leżącą u podstaw typów zawartych w Kodeksie karnym. Wynika to z faktu, że czyn mieszczący się w granicach społecznej tolerancji nie może być bezprawny.

musi jeszcze oznaczać, że przyjmowanie drobnych prezentów przez osoby pełniące funkcje publiczne lub ich wręczenie im są czynami bezprawnymi i karalnymi. Istnieją bowiem jeszcze inne konstrukcje teoretyczne, za pomocą których można uzasadnić legalizację tego rodzaju zachowań.

R. Sosik, tuż po zanegowaniu prawidłowości posługiwania się kategorią kontratypów pozaustawowych, stwierdził, że „w przypadku zachowań stypizowanych w kodeksie karnym sam fakt ich powszechności lub występującej wobec nich społecznej akceptacji nie może powodować uchylecia ich bezprawności”²⁶.

Wypowiedź ta musi wzbudzać zastrzeżenia, gdyż, jak się wydaje, opiera się na pewnym nieporozumieniu. Oczywiście prawdą jest, że powszechność dopuszczania się określonych czynów nie musi uzasadniać uchylecia ich bezprawności. Niemniej jednak nagminność realizacji takich zachowań nie oznacza jeszcze, że są one społecznie akceptowane. Nie można przecież wywodzić z faktu, iż wielu kierowców notorycznie prowadzi pojazdy mechaniczne w stanie nietrzeźwości, twierdzenia, że takie zjawisko jest powszechnie tolerowane. Przeciwnie – nagminność popełniania pewnych czynów w połączeniu z brakiem dla nich społecznej tolerancji może intensyfikować postulaty zaostżenia kary lub skuteczniejszego ścigania za ich dopuszczenie się (które były zresztą często kierowane po transformacji ustrojowej właśnie w odniesieniu do zachowań korupcyjnych). Czym innym jest zaś społeczna tolerancja dla ryzyka. Zachowania powszechnie akceptowalne to takie działania lub zaniechania, które – mimo że doraźnie mogą doprowadzić do naruszenia dobra prawnego – są korzystne w bilansie społecznych zysków i strat. Są nimi np. czyny mieszczące się w granicach kulturowych zwyczajów, które bądź to nie stwarzają zagrożenia dla określonych wartości, bądź też stwarzają dla nich niebezpieczeństwo w minimalnym i przez to nieistotnym stopniu (takim, z którym można się liczyć). Takie zachowania nie mogą mieścić się w celu ochronnym normy sankcjonowanej (norma ta nie została bowiem zaprojektowana po to, by ścigać osoby dopuszczające się takich zachowań). Nie da się ich zatem zakwalifikować jako niezgodne z prawem. Nie można przy tym mylić takich czynów (tj. powszechnie tolerowanych, pożytecznych dla zbiorowości w bilansie zysków i strat), z patologiami społecznymi, które zasługują na obiektywnie negatywną ocenę²⁷. Często się zresztą zdarza, że takie niepożądane zda-

²⁶ R. Sosik, *O bezprawności...*, s. 48.

²⁷ W takich kategoriach trzeba zaś traktować podawane przez R. Sosika przykłady kierowcy niestosującego się do ograniczeń prędkości obowiązujących w terenie zabudowanym, przejeżdżanie przez rowerzystów przez przejścia dla pieszych, przekraczanie

rzenia są traktowane przez ludzi jako zło konieczne. Nie może być przecież sporne, że w krajach, w których korupcja w ochronie zdrowia ma charakter systemowy, ludzie udzielają łapówek lekarzom nie dlatego, iż uznają taki proceder za dobry i pożyteczny, lecz czynią tak z uwagi na fakt, by nie narażać siebie lub swych bliskich na niemożność uzyskania odpowiedniej pomocy medycznej, a więc działają w warunkach swoistego przymusu sytuacyjnego. Zestawianie przez takich zachowań z wręczaniem drobnych dowodów wdzięczności osobom pełniącym funkcje publiczne jest całkowicie nieuprawnione. Czynności w postaci dawania takich prezentów nie traktuje się bowiem jako zło konieczne, lecz uznaje się ją jako zachowanie stanowiące wyraz uprzejmości, podejmowane w dobrym tonie, a wręcz realizujące prawo petenta do odwdzięczenia się za dobroć, która go spotkała.

Na omówienie zasługuje również jeszcze inna wypowiedź R. Sosika, którą trzeba przytoczyć *in extenso*: „przyjęcie poglądu o zwyczajowym wyłączeniu odpowiedzialności karnej za czyny stanowiące przestępstwo prowadziłoby do oczywiście bezzasadnego wniosku, że należałoby uchylić bezprawność zachowań polegających na np. oblewaniu wodą przechodniów (rzecz jasna bez ich zgody) na podstawie powszechnego zwyczaju „śmigusa dyngusa”, czy kwietniowego żartu o podłożeniu ładunków wybuchowych w przedszkolu, uzasadnionego tzw. *prima aprilis*. Należałoby także odpowiedzieć na pytanie w oparciu o jakie kryteria dokonywać oceny, kiedy określone zachowanie może zostać podniesione do rangi zwyczaju uchylającego bezprawność czynu, szczególnie jeżeli zwyczaje te ze swej istoty ograniczone są podmiotowo lub terytorialnie. Czy przyjęta w określonym kręgu kulturowym tradycja zawierania „związków małżeńskich” przez osoby poniżej 13. roku życia, a także powszechnie akceptowane w danej społeczności obcowanie płciowe pomiędzy taką dziewczynką a często wielokrotnie starszym mężczyzną (nazywanym jej „mężem”) powinny być oceniane przez pryzmat dopuszczalnego zwyczaju uchylającego bezprawność? Jak w świetle funkcji gwarancyjnej prawa karnego należałoby odnosić się do zmiany nastawienia społecznego wobec uprzednio akceptowanych zachowań traktowanych jako pozaustawowe kontratypy zwyczaju? Nie ulega wątpliwości, że zwyczaje i tradycje z czasem ulegają zatarciu, a uprzednio powszechnie akceptowane zachowania mogą wraz z rozwojem społeczeństwa zacząć być postrzegane jako szkodliwe. Wielość wątpliwości tego rodzaju podważa trafność argu-

ulicy przez pieszych w miejscach do tego nieprzeznaczonych, palenie w miejscach publicznych, fałszowanie podpisu współmałżonka na dokumentach za jego zgodą (R. Sosik, O bezprawności..., s. 48).

mentów formułowanych w doktrynie przez zwolenników koncepcji przyjmowania takiej generalnej okoliczności wyłączającej bezprawność²⁸.

Zgodzić się trzeba z cytowanym autorem, że niekiedy trudno jest w sposób precyzyjny ustalić granicę pomiędzy zachowaniami mieszczącymi się w ramach społecznie akceptowalnego zwyczaju a czynami, które stwarzają nietolerowane ryzyko dla dobra prawem chronionego. Trudności interpretacyjne nie są jednak dla karnisty czymś nowym. W prawie karnym istnieje przecież szereg znamion lub przesłanek, których dekodowanie następuje dużych trudności, co się przekłada na rozbieżne orzeczenia wydawane przez sądy. Przykładowo w doktrynie i orzecznictwie spornych jest szereg kwestii dotyczących prawnokarnego przypisania skutku, co powoduje, że jednym określone następstwa są przypisywane, innym zaś – nie²⁹. Nie jest to jednak powód, by z posługiwania się tymi przesłankami przypisywalności całkowicie zrezygnować. Karnista bowiem nie posiada innych, lepszych instrumentów, za pomocą których można byłoby łatwiej i skuteczniej ustalić, kto powinien odpowiadać za opisany w ustawie skutek. Podobne problemy pojawiają się też przy okazji rozgraniczania usiłowania udolnego od nieudolnego³⁰. Niemniej jednak literatura i orzecznictwo muszą sobie z tymi trudnościami jakoś radzić. Nie da się bowiem tak zbudować prawa karnego, by działało ono tak precyzyjnie, jak algorytm matematyczny i pozwalało w sposób dokładny rozstrzygnąć każde zagadnienie bez uciekania się do stosowania skomplikowanych zabiegów interpretacyjnych i używania figur wzorcowych, wymagających z natury rzeczy dokonywania licznych ocen interpretacyjnych³¹. Skonstatować więc należy, że sam problem w rozgraniczaniu zachowań zwyczajowo dopuszczalnych od społecznie nieakceptowalnych nie powinien decydować o konieczności przyjęcia tezy, że przyjmowanie drobnych i zwyczajowych prezentów przez osoby pełniące funkcje publiczne i wręczanie im ich jest zawsze bezprawne i typowo karalne.

Rację ma R. Sosik, twierdząc, że zakres społecznej tolerancji dla zachowań ryzykownych może z czasem ulec zmianie. Pewne zachowania, które były przez zbiorowość akceptowane w czasie X, mogą nie być tolerowane w chwili Y. Nie jest bowiem niczym nadzwyczajnym, że przemiany społeczne powodują, że paradygmat kulturowy ulega zmianom.

²⁸ R. Sosik, *O bezprawności...*, s. 48–49.

²⁹ Zob. S. Tarapata, *Przypisania sprawstwa skutku w sensie dynamicznym w polskim prawie karnym*, Kraków 2019, s. 557.

³⁰ Zob. M. Wantoła, *Teoretyczne i dogmatyczne podstawy odpowiedzialności karnej za usiłowanie*, Kraków 2021, s. 444–455.

³¹ Szerzej: K. Lipiński, *Wzorce osobowe w prawie karnym*, Warszawa 2020, s. 316.

W takiej sytuacji coś, co początkowo nie mieściło się w celu ochronnym normy sankcjonowanej leżącej u podstaw określonego typu czynu zabronionego, będzie się w nim następnie zawierać³². W takiej sytuacji dochodzi do zmiany normatywnej, która winna być oceniana z punktu widzenia regulacji prawa intertemporalnego³³. Nie można zaś twierdzić, że sama możliwość zmiany ocen społecznych musi prowadzić do wniosku, iż interpretator nie powinien się nimi posługiwać przy wyznaczaniu zakresu hipotezy i dyspozycji normy sankcjonowanej.

W ostatnim cytowanym fragmencie R. Sosik podaje przykład trzech zachowań, na których demonstruje, jak trudno jest określić granicę dopuszczalnego prawnie zwyczaju. Są to: oblewanie wodą przechodniów w śmigus-dyngus, poinformowanie dla żartu o podłożeniu bomby w przedszkolu w *prima aprilis* oraz zawieranie – według tradycji kultywowanej przez niektóre mniejszości – związków małżeńskich z osobą liczącą sobie 13 lat i współżycie z nią. Należy w pierwszej kolejności nawiązać do ostatniego z nich. Nie budzi większych wątpliwości, że pewne zachowania, które są zgodne z tradycją kultywowaną w niektórych zbiorowościach, nie są tolerowane w naszym kręgu kulturowym. Jednym z nich jest właśnie obcowanie płciowe z każdym małoletnim liczącym sobie mniej niż 15 lat. Oczywiście można postawić pytanie, czy czasem nie jest tak, że jeżeli sprawca dopuszczający się takiego czynu funkcjonuje w społeczności, w którym jest to akceptowane i pożądanе, to takie postępowanie nie może

³² Przykładowo można wskazać, że jeszcze kilkanaście lat temu było wielu zwolenników tezy, że dawanie klapsa dziecku może być akceptowalną formą jego karcenia. Pogląd ten stał się jednak trudny do obrony z dniem 1 sierpnia 2010 r., a więc od chwili wejścia w życie art. 96¹ k.r.o., który wyraźnie zakazuje stosowanie kar cielesnych osobom wykonującym władzę rodzicielską oraz sprawującym opiekę lub pieczę nad małoletnim. Przeciwny pogląd należy ocenić za trudny do obrony. Nie ma bowiem jakichkolwiek dobrych argumentów przemawiających za twierdzeniem, iż stosowanie klapsów wobec dzieci jest dla nich korzystne, a przez to dodatnie z punktu widzenia społecznego bilansu zysków i strat (M. Grudecki, *Prawnokarna ocena klapsa*, *Gubernaculum et Administratio* 2021, nr 2, s. 244–246). Może być to przykład na to, iż nowelizacja przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego było odpowiedzią na zmianę w zakresie ocen społecznych w zakresie dopuszczalnego karcenia dzieci. Niektórzy wskazują, że wprowadzenie do systemu art. 96¹ k.r.o. nie stanowiło nowości normatywnej, lecz stanowiło podkreślenie, że stosowanie kar cielesnych wobec nieletnich nie było akceptowane już przed 1 sierpnia 2010 r. (zob. M. Grudecki, *Kontratypy...*, s. 471 i wskazana tam literatura). Może się jednak zdarzyć, iż modyfikacja stopnia powszechnej tolerancji będzie wpływać, bez jednoczesnej zmiany treści przepisów prawa, na zakres normy sankcjonowanej.

³³ Teza, że zwyczaj może być istotny przy ustalaniu zakresu normy sankcjonowanej, prezentowana jest również przez W. Wróbla – W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Warszawa 2003, s. 178–183. Zob. też: M. Grudecki, *Kontratypy...*, s. 373–375.

się mieścić w celu ochronnym normy sankcjonowanej leżącej u podstaw art. 200 § 1 k.k. Niemniej jednak, jeśli weźmie się pod uwagę dobro prawnie chronione przez typ opisany w tymże przepisie, to będziemy musieli odpowiedzieć na nie przecząco. Trudno przecież uznać, że powszechnie akceptowalne może być podejmowanie zachowań seksualnych wobec osoby, która nie może wyrazić prawnie relewantnej zgody na uczestnictwo w nich. Nie można więc powoływać się na zwyczaj, by usprawiedliwić naruszenie dobra prawnego małoletniego, w dodatku w taki sposób, który może wpłynąć bardzo niekorzystnie na jego stan psychofizyczny.

Perspektywa dobra prawnego jest również pomocna przy prawnokarnej ocenie innych przykładów, o jakich wspominał R. Sosik. Nikt przecież nie twierdzi, że tradycja *śmigus-dyngus* zawsze uzasadnia brak odpowiedzialności karnej za oblanie człowieka wodą (naruszenie nietykalności cielesnej). W doktrynie formułuje się przecież różne warunki, które muszą być spełnione, by taki czyn został uznany za legalny. Przykładowo, zdaniem L. Gardockiego, zakres społecznej tolerancji wobec *śmigusa-dyngusa* znacznie się zawężił. Jego zdaniem oblanie kogoś wodą w takie święto jest legalne tylko w kręgu osób znających się wzajemnie i traktujących go jako rodzaj zabawy, na którą zgadzają się wszyscy uczestnicy³⁴. Granicą pomiędzy bezprawnością a legalnością takich zachowań będzie to, czy naruszają one dobra prawne innych osób. Jeśli dane jednostki nie życzą sobie uczestnictwa w zabawie polegającej na oblewaniu się wodą, natomiast – pomimo tego – zostaną w nią uwikłane, wówczas w sposób niedopuszczalny dojdzie do ingerencji w cudzą wolność. Natomiast jeśli ktoś wyraża zgodę na uczestnictwo w takiej zabawie, wówczas chcącemu nie dzieje się krzywda (*volenti non fit iniuria*). Również wykonanie żartobliwego telefonu nie może być społecznie akceptowalne. Takie zachowania są potencjalnie zbyt dalece groźne dla różnych dóbr prawnych, by można było przejść nad nimi do porządku dziennego i je tolerować. Mogą bowiem doprowadzić do chaosu, paniki, rzutować bardzo negatywnie na funkcjonowanie przedszkola i zagrażać bezpieczeństwu dzieci i ich dobrostanowi psychicznemu.

³⁴ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 134. Trzeba jednak odnotować, że zdarzają się postulaty, by granice legalności granica legalizacji tego rodzaju czynów była szerzej zakreślona. J. Warylewski twierdzi, że nawet gdy zachowania objęte tym zwyczajem nie są aprobowane przez wszystkich, to pochozny byłby wniosek, iż – w przypadku braku zgody pokrzywdzonego – oblanie wody w lany poniedziałek jest przestępstwem (J. W a r y l e w s k i, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2005, s. 269). Twierdzenie takie trudno aprobować. Nie sposób twierdzić, że można kogoś zmuszać do uczestnictwa w zabawie i tolerowania naruszenia swej nietykalności cielesnej tylko z uwagi na zwyczaj. Byłaby to bowiem zbyt daleko idąca ingerencja w wolność człowieka.

Dotychczasowe rozważania pokazują, że da się wypracować pewne kryteria, za pomocą których można określić zakres społecznej akceptacji istotny z punktu widzenia określonych norm sankcjonowanych. W analizie tej przede wszystkim duże znaczenie ma dobro prawne chronione przez dany typ oraz sposób i okoliczności oddziaływania na nie przez człowieka.

Należy wziąć w rachubę, że przedmiotem ochrony typów z art. 228 i 229 k.k. jest prawidłowość funkcjonowania instytucji publicznych, bezinteresowność osób pełniących funkcje publiczne oraz zaufanie społeczne do rzetelności działania instytucji państwowych, samorządu terytorialnego, instytucji publicznych w państwach obcych oraz organizacji międzynarodowych³⁵. Trudno twierdzić, że wręczenie drobnych prezentów jako dowody wdzięczności tuż po wykonaniu określonych czynności przez osobę pełniącą funkcję publiczną może atakować tak określone dobro chronione prawem. Oczywiście upominki te muszą być symboliczne, a więc mieć takie właściwości, że żaden racjonalny urzędnik nie mógłby uzależnić swego sposobu postępowania w trakcie wykonywania swych obowiązków od ich uzyskania. Takie prezenty powinny być więc na tyle drobne, iż ich wręczenie nie może być w obiektywnej ocenie postrzegane jako przekazanie wymiernej korzyści majątkowej, lecz wyłącznie jako wyraz uprzejmości i kurtuazji³⁶. Nie ulega przecież wątpliwości, że żaden nauczyciel akademicki przy ocenie egzaminowanych magistrantów nie będzie się kierował tym, że po obronie pracy magisterskiej otrzyma kwiaty lub bombonierkę. Są to bowiem przedmioty na tyle symboliczne i bagatelne, iż ich wręczenie ma mniej więcej taką wagę, jak skierowanie słów podziękowania. Przekazywanie takich przedmiotów nie może być więc niebezpieczne dla wartości, które są chronione przez art. 228 i 229 k.k., gdyż nie mogą prowadzić do destabilizacji działania instytucji publicznych i wpływać na obiektywizm urzędników w toku wykonywania obowiązków lub realizacji uprawnień. Jest to fundamentalna różnica w stosunku do tych przykładów, na które powołał się R. Sosik. Autor ten obrazuje bowiem zachowania mogące stanowić atak na dobro prawem chronione. Nie można ich więc porównywać do czynów polegających na wręczeniu urzędnikom symbolicznych prezentów.

Nie można jednak pominąć poglądu M. Iwańskiego, twierzącego, że przekazywanie drobnych upominków osobom pełniącym funkcje publiczne godzi w dobro prawne chronione przez typy z art. 228 i 229 k.k. oraz sta-

³⁵ A. Barczak - Oplustil, M. Iwański, (w:) Kodeks..., s. 210 i 244.

³⁶ Stąd nie dziwi ten kierunek referowany w niniejszym opracowaniu, którego autorzy uważają, że wręczenie drobnych dowodów wdzięczności nie jest udzielaniem korzyści majątkowych. Wymiar symboliczny prezentu powoduje, iż ich otrzymanie nie wzbogaca obdarowanego.

nowi przekroczenie reguł postępowania z tą wartością³⁷. Jak już wspomniano, zdaniem tego autora dla legalizacji tychże zachowań konieczne jest odwołanie się do instytucji kontratypu pozaustawowego. Z poglądem tym jednak trudno się zgodzić. Jeżeli bowiem wręczanie drobnych prezentów urzędnikom byłoby rzeczywiście groźne dla prawidłowego funkcjonowania instytucji publicznych, wówczas nie istniałby dobry powód, by takie czyny legalizować. Legalizacja ta ma bowiem sens jedynie wtedy, gdy społeczeństwo czerpie z takich czynów wymierną korzyść. Kryteria formułowane przez M. Iwańskiego mają przecież właśnie na celu doprowadzenie do sytuacji, by omawiana grupa czynów była stosunkowo bezpieczna dla dóbr chronionych przez typy z art. 228 k.k. i art. 229 k.k. Jeżeliby bowiem takiego bezpieczeństwa nie dało się zapewnić, nie istniałby dobry powód kultywowania tradycji wręczania prezentów urzędnikom.

R. Sosik w swych rozważaniach wskazuje na trudności, jakie są związane z ustaleniem kryteriów, które muszą być spełnione, by przyjmowanie lub przekazywanie upominków mogło być uznane za legalne. Wymienił niektóre warunki legalizacji wyróżniane w orzecznictwie przez wybranych przedstawicieli doktryny, którzy są zwolennikami traktowania wręczania drobnych prezentów jako mieszczącego się w granicach kontratypu pozaustawowego, wskazując, że znaczna ich część się pokrywa³⁸. Skrytykował on jednak kryterium zalegalizowania zaprezentowane przez M. Iwańskiego, by korzyść była wręczana dopiero po wykonaniu określonej czynności przez osoby pełniące funkcję publiczną. Wydaje się jednak, że krytyka ta opiera się na nie do końca zasadnym doborze argumentów. R. Sosik wskazał bowiem: „Rozpoczynając od przytoczonego kryterium czasu wręczenia należy wskazać, że wspomniane przez M. Iwańskiego stanowiska i orzecznictwo formułowane były w znacznej mierze w latach 1997–2003, a zatem przed zmianami kulturowymi, o których mowa we wstępie do niniejszego tekstu. Autor nie odwołuje się w tym zakresie do aktualnego orzecznictwa, podczas gdy sądy wielokrotnie w ostatnich latach wskazywały, że przyjęcie korzyści może nastąpić zarówno przed dokonaniem określonej czynności lub w jej trakcie, jak i po dokonaniu. Słuszne stanowisko zajął Sąd Najwyższy podnosząc, że przepis art. 228 § 1 k.k. nie określa ani czasu wręczenia korzyści majątkowej, ani żądania lub uzależnienia (wykonania czynności) od wręczenia korzyści majątkowej ani legalności czynności, ani rodzaju korzyści lub jej wysokości, ani celu wręczenia korzyści. Sąd uznał, że w świetle powyższego „nie do zaakceptowania jest (...) pozaustawowy kontratyp prowadzący do uznania, że przyjęcie

³⁷ M. Iwański, *Odpowiedzialność...*, s. 584–585.

³⁸ R. Sosik, *O bezprawności...*, s. 51.

korzyści majątkowej przez osobę pełniącą funkcję publiczną w związku z pełnieniem tej funkcji jest zachowaniem prawnie obojętnym, nawet w sytuacji ustalenia, że powodem wręczenia korzyści jest wdzięczność darczyńcy, czy też jego uznanie dla walorów przyjmującego. Innymi słowy, przyjęcie korzyści majątkowej przez osobę i w warunkach wskazanych w art. 228 § 1 k.k. jest czynem zabronionym niezależnie od motywacji wręczającego i wartości materialnej korzyści”. Do powyższej wypowiedzi sądu należy dodać, że czas przyjęcia korzyści może mieć znaczenie jedynie w perspektywie oceny okoliczności podmiotowo-przedmiotowych danego zachowania wskazanych w art. 115 § 2 k.k., istotnych z punktu widzenia ewentualnego przyjęcia, że czyn ten stanowił wypadek mniejszej wagi³⁹.

Bezasadny jest kierowany wobec M. Iwańskiego zarzut, że formułując swój pogląd, opierał się na stanowisku doktryny i orzecznictwa sformułowanym w latach 1997–2003, a więc jeszcze przed zmianami kulturowymi. Ocena społeczna w zakresie przyjmowania przez osoby pełniące funkcje publiczne do dziś bowiem nie uległa zmianie, o czym świadczą nagminnie popełniane czyny w postaci wręczenia kwiatów lub bombonierek przedstawicielom określonych zawodów, w tym nauczycielom lub lekarzom. Przemiany kulturowe, o których wspomina R. Sosik, nastąpiły jedynie poprzez uwrażliwienie członków społeczeństwa na takie czyny, które mogą negatywnie wpływać na funkcjonowanie instytucji publicznych, w tym przede wszystkim na przyjmowanie przez urzędników kopert z pieniędzmi lub droższych upominków.

Nie jest również adekwatne porównanie poglądów M. Iwańskiego z tezami z orzecznictwa, które cytuje R. Sosik, a przede wszystkim z twierdzeniami zawartymi w wyroku SN z dnia 1 grudnia 2016 r. o sygn. WA 14/16⁴⁰. Zestawienie to jest zaś nieprawidłowe z uwagi na fakt, że M. Iwański twierdzi, że legalne jest wręczenie drobnego prezentu po dokonaniu czynności przez osobę pełniącą funkcję publiczną, natomiast z przywołanych judykatów wynika, że przekazanie takiego upominku jest bezprawne i karalne niezależnie od tego, kiedy korzyść została udzielona i jaka była jej wartość⁴¹. Co więcej, w wyroku o sygn. WA 14/16 zabrakło

³⁹ R. Sosik, *O bezprawności...*, s. 52.

⁴⁰ LEX nr 2177104.

⁴¹ Dlatego nieścista jest wypowiedź R. Sosika, iż „sądy wielokrotnie w ostatnich latach wskazywały, że przyjęcie korzyści może nastąpić zarówno przed dokonaniem określonej czynności lub w jej trakcie, jak i po dokonaniu”. Trzeba ją uznać za nieprecyzyjną zaś dlatego, że organy procesowe we wspomnianych przez niego judykatach nie wskazywały, że wręczenie drobnych prezentów może być legalne bez względu na to, czy ma to miejsce po czy przed wykonaniem czynności służbowej. Sądy podkreślały, iż udzielanie owych symbolicznych korzyści zawsze realizuje znamiona przestępstw korupcyjnych. Skoro M. Iwań-

pogłębionych rozważań w zakresie normy sankcjonowanej leżącej u podstaw art. 228 k.k. i art. 229 k.k. SN oparł się wyłącznie na literalnym brzmieniu tych przepisów, wyrażając arbitralny wniosek, że „nie do zaakceptowania jest wykreowany przez Sąd pierwszej instancji pozaustawowy kontratyp prowadzący do uznania, że przyjęcie korzyści majątkowej przez osobę pełniącą funkcję publiczną w związku z pełnieniem tej funkcji jest zachowaniem prawnie obojętnym, nawet w sytuacji ustalenia, że powodem wręczenia korzyści jest wdzięczność darczyńcy, czy też jego uznanie dla walorów przyjmującego. Innymi słowy, przyjęcie korzyści majątkowej przez osobę i w warunkach wskazanych w art. 228 § 1 k.k. jest czynem zabronionym niezależnie od motywacji wręczającego i wartości materialnej korzyści”.

SN nie zadał sobie jednak trudu, by odnieść się do prezentowanych w literaturze argumentów, które przemawiają z przyjęciem przeciwnego ujęcia. Tymczasem ani w przywołanym judykacie, ani w tekście będącym przedmiotem polemiki, nie zwrócono uwagę na to, że co do zasady przepis prawa karnego nie powinien być regulatorem stosunków społecznych. Na jego podstawie powinno się co do zasady ustalać, które postępowania nieakceptowalne społecznie powinny spotkać się z reakcją karną.

Zdaniem R. Sosika powierzenie sądom możliwości subiektywnej oceny wartości dopuszczalnego prezentu oraz czy dane przekroczenie dopuszczalnej kwoty osiąga poziom znacznego budzi poważne wątpliwości w świetle gwarancyjnej funkcji prawa karnego. Trzeba oczywiście przyznać, że w doktrynie nie ma zgody co do tego, jaki przedmiot może być legalnie przekazany osobie pełniącej funkcję publiczną oraz ile może on być warty⁴². Jedni wskazują, że nie powinien on znacznie przekraczać 100 zł, inni zaś określają maksymalny próg na kwocie 200 zł. Oczywiście zgodzić się należy z tezą, że prawo karne powinno bowiem gwarantować obywatelowi, że nie będzie on pociągnięty do odpowiedzialności karnej za czyny, których prawo za przestępstwo nie uważa. Natomiast tok rozumowania sprowadzający się do tego, że skoro istnieją trudności z ustaleniem wartości korzyści, która może być legalnie wręczona osobie pełniącej funkcję publiczną, to każde zachowanie, sprowadzające się do przekazania jakiegokolwiek przedmiotu, trzeba uznać za realizację znamion typu czynu zabronionego, jest argumentem nad wyraz osobliwym. Lepiej przecież poszukać w tym zakresie rozsądnego kompromisu niż z gruntu zakazywać zachowań, które nie stanowią ataku na żadne dobro chronione prawem. Nie sztuką jest przecież bazować wyłącznie na wykładni języko-

s k i z tymi poglądami się nie zgadza, nie można mu zarzucać, że nie oparł swego ujęcia na tezach przywołanych w tych orzeczeniach.

⁴² R. S o s i k, *O bezprawności...*, s. 53.

wej przepisów typizujących, nadmiernie rozszerzając ich zakres kryminalizacji, ale prawdziwe wyzwanie dla interpretatora stanowi dekodowanie takich norm prawnych, które korespondują z akceptowalnym społecznie ryzykiem i prowadzi do sprawiedliwych rozstrzygnięć. Chcąc to uczynić, nie można poprzestać na formalistycznym podejściu do wykładni przepisów prawa, lecz trzeba zbadać otoczenie aksjologiczne tej regulacji⁴³.

Absolutnie nie można się zgodzić z R. Sosikiem, że – niezależnie od sytuacji motywacyjnej – wręczanie wyrazów wdzięczności osobom pełniącym funkcje publiczne każdorazowo stanowić będzie atak na bezstronność instytucji publicznych⁴⁴. O tym, że teza ta jest nietrafna, wykazano już powyżej. R. Sosik, powołując się na orzecznictwo, dodaje w tym kontekście, iż związek z pełnioną funkcją publiczną może sprowadzać się do zapewnienia sobie przychylności danej osoby na przyszłość. Ma to wynikać z faktu, że wręczając gratyfikację, nie sposób nie przewidywać, że dana osoba pełniąca funkcję publiczną w razie zaistnienia przyszłych kontaktów służbowych będzie oceniała wręczającego przez pryzmat „wyrażonej wdzięczności”⁴⁵. Twierdzenia te są zbyt daleko idące. Jak już bowiem wskazano, legalizacji może podlegać wyłącznie wręczanie upominków o takich właściwościach i tylko w tego rodzaju okolicznościach, które nie mogą rodzić podejrzeń, iż ich udzielanie może w przyszłości w jakikolwiek sposób wpłynąć na sposób wykonywania czynności służbowych przez urzędnika. Nie da się przecież bez przekroczenia granic zdrowego rozsądku twierdzić, że jeżeli dzieci „zrzucają się” pod koniec roku szkolnego na kwiaty dla nauczycielki i jej je wręczają, to w następnej klasie będzie ona ich przychylniej traktować. Legalizacja wręczania prezentów jest zaś dopuszczalna wówczas, gdy czynność ma podobną wagę do tej, o jakiej jest mowa w podanym przykładzie. Podarunki te muszą być bowiem na tyle bagatelne, by ich udzielanie nie mogło wpływać na sposób postępowania urzędnika.

Trzeba też pamiętać, że legalizacja wręczania takich przedmiotów będzie uzależniona od rodzaju funkcji, którą pełni osoba pełniąca funkcję publiczną. Udzielanie drobnych upominków jednej grupie zawodowej może w ogóle nie zagrażać dobru prawnemu chronionemu przez typy z art. 228 i 229 k.k., zaś w przypadku innych urzędników takie potencjalne niebezpieczeństwo może zachodzić. Inaczej przecież trzeba ocenić wręczenie czekoladek promotorowi pracy magisterskiej po obronie, od-

⁴³ O szkodliwości formalistycznego podejścia do wykładni przepisów prawa – zob. M. Matczak, *Summa iniuria*. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa, Warszawa 2007, ss. 233.

⁴⁴ R. Sosik, *O bezprawności...*, s. 53.

⁴⁵ Tamże, s. 54.

miennie zaś ich przekazanie kobiecie, która zajmuje się ustalaniem terminów wizyt u lekarza i zapisywaniem na zabiegi operacyjne. W tym drugim przypadku dawanie takich prezentów może u obiektywnego obserwatora wzbudzić przekonanie, że urzędnik będzie w przyszłości traktował wręczającego lepiej, tj. bardziej przychylnie.

O tym, czy wręczanie drobnych upominków będzie legalne, może decydować jeszcze szereg innych czynników. Przykładowo niekiedy ważne jest, kiedy dany przedmiot zostanie udzielony osobie pełniącej funkcje publiczne. Z tego powodu akcentuje się, że w przypadku lekarza wręczenie prezentu powinno nastąpić po wykonaniu procesu leczenia. Natomiast nie można wykluczyć, że w pewnych okolicznościach takiego wymogu nie będzie się stawiać. Przykładowo trudno uznać za realizację znamion łapownictwa grzecznościowe poczęstowanie szklanką wody lub kubkiem herbaty urzędnika ZUS-u, który przebywa w danej firmie w związku z kontrolą dokumentacji przedsiębiorcy. Przykład ten pokazuje, że nie zawsze trzeba się trzymać ortodoksyjnie poglądu, że dany przedmiot może zostać przekazany urzędnikowi dopiero po wykonaniu czynności służbowej. Mimo bowiem tego, że szklanka wody lub kubek herbaty bądź kawy może mieć jakąś wartość, tym niemniej jest ona na tyle znikoma, iż przekazanie takiego produktu nie może mieć wpływu na prawidłowe wykonywanie zadań przez urzędnika i sprawić, iż w trakcie realizacji swych obowiązków nie będzie się kierował zasadą obiektywizmu.

R. Sosik uznaje, że zabronione i karalne są również zachowania sprowadzające się do kurtuazyjnej wymiany prezentów przez przedstawicieli administracji publicznej oraz przyjmowanie przez nich lub wręczanie takim osobom innych wyrazów wdzięczności niezależnie od motywacji wręczającego i okoliczności tego zdarzenia – o ile korzyści takie zostają udzielone osobie fizycznej pełniącej funkcję publiczną w związku z jej pełnieniem⁴⁶. Dodaje on w tym kontekście, że „Powyższe pozostaje niezależne tak od wartości upominku, motywacji przyjmującego oraz okoliczności przyjęcia prezentu, jak też od źródła jego finansowania (a zatem dotyczy to również upominków sfinansowanych ze środków publicznych i mających podobną wartość do tych otrzymywanych na zasadzie wzajemności – tj. kurtuazyjna wymiana upominków). Kluczowe w perspektywie możliwości przypisania odpowiedzialności karnej osobie pełniącej funkcję publiczną jest przysporzenie danego prezentu do własnego majątku (jako osoba fizyczna), podczas gdy jego przyjęcie pozostaje w choćby luźnym związku z pełnieniem przez przyjmującego funkcji publicznej”⁴⁷.

⁴⁶ R. Sosik, *Odpowiedzialność...*, s. 55.

⁴⁷ Tamże.

Powyższe twierdzenia mogą się wydawać zaskakujące. Wątpliwości musi budzić przede wszystkim zastrzeżenie przyjęte przez R. Sosika, iż kluczowe w perspektywie możliwości przypisania odpowiedzialności karnej osobie pełniącej funkcję publiczną jest przysporzenie danego prezentu do własnego majątku. Jednocześnie autor w swych wywodach z jednej strony przyznaje, że w niektórych polskich instytucjach publicznych da się odnaleźć takie akty wewnętrzne, które zezwalają na przyjmowanie prezentów określonego rodzaju w danych okolicznościach⁴⁸, z drugiej zaś konstatuje, że obowiązujące wewnętrznie polityki prezentowe nie mogą stanowić podstawy wyłączenia odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 228 k.k. w sytuacji, gdy zachowanie osoby pełniącej funkcję publiczną realizuje znamiona opisanego typu przestępnego. Nie przeszkadza mu to jednak w akceptacji tezy, że przyjęcie przez osobę pełniącą funkcję publiczną prezentu lub upominku w związku z pełnieniem tej funkcji, o ile następuje w imieniu i na rzecz reprezentowanej instytucji, pozostaje poza zakresem normowania art. 228 i art. 229 k.k., a tym samym jest w pełni legalne⁴⁹. Teza ta, biorąc pod uwagę inne założenia autora, wydaje się niespójna. Duża część założeń przyjętych przez R. Sosika opiera się przecież na literalnym brzmieniu znamion z art. 228 k.k. i art. 229 k.k., a w szczególności na twierdzeniu, iż przepisy te nie ograniczają odpowiedzialności karnej za łapownictwo do wartości przekazywanych prezentów ani do czasu ich udzielania. Idąc tą logiką, trudna do przyjęcia jest również teza, iż dopuszczalne jest przyjmowanie przez nich prezentów na rzecz reprezentowanych przez nich instytucji. Wynika to z faktu, że art. 228 k.k. i art. 229 k.k., co zresztą zauważa R. Sosik w dalszej części swych wywodów, obejmują też udzielanie i przyjmowanie korzyści zarówno dla osób pełniących funkcje publiczne, jak i dla kogoś innego (co wprost wynika z art. 115 § 4 k.k.). Z kręgu tego nie wykluczono wyraźnie żadnych podmiotów, w tym osób prawnych i instytucji publicznych.

Pozostałe tezy R. Sosika również budzą daleko idące wątpliwości i prowadzą do trudnych do zaakceptowania i niepragmatycznych rozstrzygnięć. Widoczne jest to szczególnie wtedy, gdy przeanalizuje się następującą wypowiedź autora: „Przy wręczeniu nauczycielowi kosza prezentowego zawierającego np. znaczną ilość owoców i słodczy dopuszczalne będzie uznanie, że upominek ten stanowi darowiznę na rzecz szkoły, a następnie rozdysponowanie tych produktów przez kierownictwo

⁴⁸ Tamże, s. 55–56.

⁴⁹ Tamże, s. 56.

szoły wśród uczniów lub kadry nauczycielskiej, zaś bezprawne będzie – przyjęcie prezentu przez nauczyciela jako osobę fizyczną⁵⁰.

Ujęciu temu można postawić zarzut, że jeśli nauczyciel przyjmie korzyść ze słodyczami z zamiarem poczęstowania nimi całego grona nauczycielskiego placówki szkolnej, to przecież uświadamia sobie, iż ostatecznymi beneficjentami takich „korzyści” będą właśnie konkretni nauczyciele, a więc nie szkoła, lecz pracujące w niej osoby fizyczne. Jeśli się uwzględni taką perspektywę, wówczas, przy przyjęciu założeń R. Sosika, bez problemu można uznać, że tego typu zachowania również mogą realizować znamiona typów korupcyjnych.

R. Sosik słusznie uznaje, że jednym z warunków realizacji znamienia przyjęcia korzyści jest zadysponowanie nią przez osobę pełniącą funkcję publiczną. Autor jednak nie dostrzega, że słowo „zadysponować” cechuje się dość szerokim zakresem znaczeniowym. Można je również rozumieć w taki sposób, iż do zadysponowania korzyścią dojdzie wtedy, gdy osoba pełniąca funkcję publiczną fizycznie ją przyjmie, a następnie przekazuje na czyjąś rzecz, w tym np. określonej instytucji. Nie tłumaczy on, dlaczego wykonanie takiej czynności na rzecz osoby fizycznej lub prawnej miałoby być zadysponowaniem, a dostarczenie otrzymanej rzeczy do podmiotu publicznego już nie.

R. Sosik wskazuje wreszcie, że przyjęcie korzyści może zostać zalegalizowane, jeśli zostaną spełnione dwa podstawowe warunki. Po pierwsze – przyjęcie musi nastąpić w imieniu i na rzecz reprezentowanej instytucji, po drugie – uzyskany prezent winien zostać zaewidencjonowany np. w wewnętrznym rejestrze korzyści jako składnik majątku danej jednostki. Można w tym kontekście dodać, że spełnienie tych wymagań nie gwarantuje absolutnego bezpieczeństwa dla dobra prawnego w postaci prawidłowego działania instytucji publicznych. Dany przedsiębiorca może przecież regularnie wspierać darowiznami daną jednostkę policji, licząc w przyszłości na przychyłność ze strony komendanta. Przyjmowanie tego typu korzyści jest więc zdadne rodzić wątpliwości z punktu widzenia dobra prawnego leżącego u podstaw typów korupcyjnych, zaś ich ujawnienie w rejestrze tych obaw nie wyeliminuje. Z kolei wpisywanie do rejestru korzyści takich przedmiotów, jak kwiatek wręczony nauczycielowi, czekolada czy torebka z kawą, szklanka wody lub filiżanka herbaty, wydaje się być czynnością nadmiernie biurokratyczną, zaś jej wykonywanie w sposób rażący przekracza granice zdrowego rozsądku a nadto prowadzi do marnotrawstwa sił i środków na realizację bagatelnych, absorbujących i nikomu niepotrzeb-

⁵⁰ Tamże, s. 57.

nych zadań. Wymaganie to nakładałoby również na osoby pełniące funkcje publiczną dodatkowo obowiązki, których zrealizowanie stanowiłoby o wiele większe obciążenie w porównaniu do wartości drobnych darów, jakie otrzymują od petentów. Ich wręczenie straciłoby więc jakikolwiek sens.

Podsumowując powyższe ustalenia, trudno oprzeć się wrażeniu, że sam R. Sosik, mimo wyrażenia przeciwnej deklaracji, neguje tezę, że każde zachowanie wyczerpujące formalnie opisane w art. 228 § 1 k.k. i art. 229 § 1 k.k. jest bezprawne oraz karalne i poszukuje on elementów legalizujących wręczenie korzyści urzędnikowi, ostatecznie je formułując. Wydaje się przy tym, że poszukując tych kryteriów, nadmiernie fetyszyzuje wymóg, by przekazanie korzyści zostało odzwierciedlone w rejestrze i zostało przekazane na rzecz podmiotu kolektywnego, którym byłaby konkretna instytucja. Wprowadzenie takiego ograniczenia nie wydaje się sensowne, gdyż prowadziłoby do sytuacji absurdalnych. Można zadać pytanie, jaki jest sens zakazywania zachowania polegającego np. na przekazaniu książki lub płyty muzycznej przez kolegów i koleżanki z wydziału sędziemu, który przechodzi w stan spoczynku? Przyjmując kryteria sformułowane przez R. Sosika, taki czyn byłby bezprawny i karalny, skoro polegałby na wręczeniu korzyści majątkowej osobie pełniącej funkcję publiczną w związku z jej pełnieniem, zaś upominek byłby przeznaczony nie dla sądu, ale właśnie dla sędziego. Konsekwencję tę trudno zaakceptować. Trzeba natomiast zauważyć, że przedstawiciele doktryny, w tym M. Iwański, formułują szereg kryteriów, których spełnienie pozwoli zagwarantować, iż wręczenie drobnych prezentów osobom pełniącym funkcje publiczne nie będzie zagrażać dobrom prawnym chronionym przez typy korupcyjne. Skoro neutralizacja takiego niebezpieczeństwa jest możliwa, nie ma powodów, by wylewać przysłowiowe dziecko z kąpielą i pośród wymogów legalizacji wprowadzać takie daleko idące ograniczenia, jakie proponuje R. Sosik. Oczywiście mogą zdarzyć się specyficzne konteksty sytuacyjne, w których trzeba będzie odstąpić od niektórych kryteriów proponowanych przez M. Iwańskiego. Dojdzie do tego wówczas, gdy będzie za tym przemawiać potrzeba ochrony dobra prawnego w postaci prawidłowości działania instytucji publicznych. Nie ma też szczególnego sensu, by z góry określać wartość prezentu, który może zostać wręczony urzędnikowi. Wynika to nie tylko z faktu, że wartość pieniądza, wskutek zjawisk inflacyjnych może ulegać stałym wahaniom, ale także ze specyfiki okoliczności, w których dojdzie do przekazania prezentu. Mniejszą wartość dopuszczalnego prezentu trzeba bowiem przyjąć w przypadku jego udzielania nauczycielowi, wyższą zaś wówczas, gdy Prezydent otrzymuje podarek od głowy obcego państwa. Prawdą jest więc, że nie wypracowaliśmy takich kryteriów legalizacyjnych, które pasują do każdej sytuacji. Osią-

gnięcie ich absolutnej uniwersalności nie jest jednak możliwe. Chcąc zaś sprawić, by proces wykładni był elastyczny i pozwalał osiągać sprawiedliwe rezultaty interpretacyjne, trzeba zaakceptować stan rzeczy polegający na tym, iż kwestia oceny prawnej wręczenia prezentu urzędników musi być uzależniona od okoliczności konkretnego przypadku.

Bibliografia

1. Barczak-Oplustil A., Iwański M., (w:) Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 212–277d, Warszawa 2017.
2. Buchała K., Zoll A., Polskie prawo karne, Warszawa 1997.
3. Gardocki L., Prawo karne, Warszawa 2007.
4. Grudecki M., Kontratypy pozaustawowe w polskim prawie karnym, Warszawa 2021.
5. Grudecki M., Prawnokarna ocena klapsa, *Gubernaculum et Administratio* 2021, nr 2.
6. Iwański, M., Odpowiedzialność karna za przestępstwa korupcyjne, Kraków 2016.
7. Iwański M., Zwyczaj jako „okoliczność wyłączająca bezprawność” wręczenia lub przyjmowania prezentów przez pracowników służby zdrowia i nauczycieli, *CzPKiNP* 2009, nr 1.
8. P. Kardas, Dozwolone ryzyko sportowe – pozaustawowy kontratyp czy element precyzujący płaszczyznę bezprawności, *PS* 2009, nr 1.
9. Kardas P., O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi, *CzPKiNP* 2012, nr 4.
10. Krajewski R., Zwyczajowe dowody wdzięczności jako okoliczność uchylająca bezprawność, *Palestra* 2011, nr 1–2, s. 85–93.
11. Lipiński K., *Wzorce osobowe w prawie karnym*, Warszawa 2020.
12. Majewski J., (w:) Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 53–116, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016.
13. Marek A., Satko J., *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 2000.
14. Marek A., Waltoś S., *Podstawy prawa i procesu karnego*, wyd. 3, Warszawa 2003.
15. Matczak M., *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007.
16. Sosik R., O bezprawności przyjmowania prezentów przez osoby pełniące funkcje publiczne, *Prok. i Pr.* 2022, nr 4.

17. Tarapata S., Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna, Warszawa 2016.
18. Tarapata S., Przypisania sprawstwa skutku w sensie dynamicznym w polskim prawie karnym, Kraków 2019.
19. Tarapata S., O przypisaniu sprawstwa czynu zabronionego w przypadku typów formalnych i typów znamienych skutkiem w sensie statycznym, RPEiS 2020, z. 4.
20. Wantoła M., Teoretyczne i dogmatyczne podstawy odpowiedzialności karnej za usiłowanie, Kraków 2021.
21. Warylewski J., Prawo karne. Część ogólna, Warszawa 2005.
22. Wróbel W., Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym, Warszawa 2003.
23. Wróbel W., Zoll A., Polskie prawo karne. Część ogólna, Kraków 2013.
24. Zoll A., Karalność i karygodność jako odrębny element struktury przestępstwa, (w:) Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym, Wrocław 1990.
25. Zoll A., O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego, Krakowskie Studia Prawnicze 1990, rok XXIII.

Lawful acceptance of gifts by public servants: polemical comments

Abstract

This paper delivers a polemic against the position taken by R. Sosik in his work titled "Unlawful acceptance of gifts by public officials. R. Sosik's view that any acceptance of small tokens of gratitude is an indictable and prohibited act is questioned. It is claimed that R. Sosik uses defective and inconsistent arguments, while failing to take due account of existing literature on instruments for normative analysis and on indications of unlawfulness. If considered, the literature is found to lead to the conclusion that, once certain conditions are satisfied, giving small gifts to, or accepting small gifts by, public servants does not compromise any legally recognized interest protected under Articles 228 and 229 of the Penal Code, and as such cannot be unlawful.

Key words

Corruption, bribery, gifts, lawful excuses, sanctioned norm, legally recognized interest, unlawfulness, tokens of gratitude.