

INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

Paweł Bachmat

***Pełnienie funkcji publicznej
w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej
jako przesłanka odpowiedzialności
za przestępstwa sprzedajności i przekupstwa
(art. 228 § 6 k.k. i art. 229 § 5 k.k.)***

Warszawa 2015

Spis treści

1. Wprowadzenie	2
2. Standard implementacyjny w zakresie kryminalizacji czynu zabronionego przekupstwa lub sprzedajności z elementem międzynarodowym	10
2.1. Konwencja OECD o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych z 17.12.1997 r.....	10
2.2. Prawnokarna konwencja Rady Europy o korupcji z 27.01.1999 r.....	14
2.3. Protokół do Konwencji o ochronie interesów finansowych WE z 27.09.1996 r. oraz Konwencja w sprawie zwalczania korupcji funkcjonariuszy WE lub funkcjonariuszy państw członkowskich UE z 26.05.1997 r.....	20
2.3.1. Uwagi ogólne.....	20
2.3.2. Standard implementacyjny	26
2.4. Konwencja ONZ przeciwko korupcji z 31.10.2003 r.	33
3. Wpływ typizacji kazuistycznej w grupie przestępstw korupcyjnych.....	39
4. Podwójna implementacja.....	46
4.1. Uwagi ogólne.....	46
4.2. Realizacja zasadniczego standardu implementacyjnego w polskim kodeksie karnym	49
4.2.1. Ustawowy opis czynu	49
4.2.2. Sankcje karne.....	62
4.2.3. Klauzula bezkarności z art. 229 § 6 k.k.	73
5. Badanie aktowe	82
6. Wnioski	97

1. Wprowadzenie

Jeszcze do niedawna państwa prowadziły politykę antykorupcyjną jedynie w wymiarze wewnątrz krajowym. Punktem odniesienia dla wprowadzania kryminalizacji antykorupcyjnych w kodeksach karnych, a następnie ścigania sprawców łamania takich uregulowań, była chęć przeciwdziałania przypadkom łapownictwa dokonywanym przez lub wobec urzędników własnego państwa. Przedmiotem ochrony tak ukształtowanych typów czynów zabronionych była prawidłowa działalność krajowych instytucji i organów władzy publicznej. W tym stanie rzeczy przyjmowanie łapówek przez funkcjonariuszy obcych państw jawiło się jako irrelewantne z punktu widzenia kryminalnego wartościowania krajowych organów ścigania, podobnie jak z założenia nie ścigano aktów przekupstwa, mających miejsce poza granicami kraju, dokonywanych przez własnych obywateli na urzędnikach obcych państw. Państwa powstrzymywały się od ścigania swoich obywateli za akty korupcji, których dopuszczali się wobec obcych urzędników na obcych terytoriach państwowych, choć tak zarysowany stan faktyczny zbliżał się do granic wyznaczonych zasadą narodowości podmiotowej (obywatelstwa), legitymizującej stosowanie własnej ustawy karnej do czynów swojego obywatela, aczkolwiek popełnionych przez niego poza granicami. Zbliżał się, ale jednak ich nie przekraczał, w sposób umożliwiający wszczęcie ścigania na podstawie własnej ustawy karnej, z uwagi na brak realizacji warunku podwójnej karalności takiego czynu. Nawet jeśli w ustawodawstwie karnym każdego z dwóch państw stypizowane było przestępstwo przekupstwa, to zakresem znamion obejmowało ono tylko przekupstwo własnych funkcjonariuszy. W tej sytuacji czyn uznany za przestępstwo za granicą, nie był uznany za przestępstwo w kraju macierzystym przekupującego. W porządku prawnym państwa macierzystego zachowanie osoby przekupującej pozostawało prawnie neutralne. Jednocześnie historia dostarczyła na przestrzeni wieków rozlicznych przykładów, kiedy udzielanie korzyści urzędnikom obcych państw bywało nie tylko dopuszczalnym, co wręcz przyjętym w dyplomacji sposobem prowadzenia polityki zagranicznej¹.

¹ Niechlubnych przykładów poddawania się przejawom takiej polityki dostarcza historia sejmów walnych schyłkowej Rzeczypospolitej szlacheckiej wieku XVIII, kiedy przedstawiciele największych rodów magnackich Potockich i Czartoryskich, pełniący funkcję senatorów, bywali regularnie opłacani

Przełom w podejściu do korupcji z elementem międzynarodowym dokonał się na przełomie XX i XXI w. W tym okresie na forum organizacji międzynarodowych o charakterze uniwersalnym i regionalnym przyjęto wiele konwencji, które nałożyły na państwa-strony obowiązek kryminalizacji zachowań korupcyjnych z udziałem funkcjonariuszy obcych państw lub organizacji międzynarodowych. Efektem zwrotnym dokonanej w ten sposób internacjonalizacji antykorupcyjnego prawa karnego stała się harmonizacja wewnętrznych porządków prawnych tych państw, które zdecydowały się na ratyfikację stosownych konwencji oraz implementację ich postanowień do krajowych przepisów karnych wymierzonych w przestępczość korupcyjną².

Na tym tle rolę pioniera odegrała administracja amerykańska, która w roku 1977 przeprowadziła przez Kongres Foreign Corrupt Practices Act (dalej jako FCPA). Na mocy tej ustawy przestępstwem stało się wręczanie łapówek urzędnikom innych państw, zagranicznym partiom politycznym lub kandydatom na urzędy przez amerykańskich obywateli i amerykańskie korporacje, prowadzących w różnorodnej formie na terenie USA tzw. zasadniczą działalność gospodarczą, a zmierzających w ten sposób do uzyskania lub podtrzymania możliwości prowadzenia działalności gospodarczej w państwie osoby przekupywanej. Równoległej penalizacji nie poddano natomiast zachowań wyczerpujących znamiona biernej postaci łapownictwa, co miało swoje pragmatyczne uzasadnienie. Skorumpowany urzędnik obcego państwa z założenia nie podlega jurysdykcji Stanów Zjednoczonych, zaś ewentualna próba postawienia go przed amerykańskimi sądami na podstawie amerykańskiego prawa niechybnie odebrana byłaby jako akt wrogi w stosunkach między państwami, co w efekcie skomplikowałoby tylko sytuację amerykańskich przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą za granicą.

przez ambasadorów obcych mocarstw, w tym zwłaszcza oficjalnych przedstawicieli Cesarstwa Rosyjskiego i Królestwa Prus.

² Na marginesie wypada wspomnieć, iż proces ten wykroczył daleko poza ramy kryminalizacji zachowań korupcyjnych z elementem międzynarodowym i objął m.in. kwestię korupcji osób prawnych czy korupcji w sektorze przedsiębiorstw prywatnych. W literaturze polskiej bez wątpienia najbardziej kompleksowego omówienia procesu internacjonalizacji antykorupcyjnych uregulowań karnych i jego wpływu na wewnętrzne ustawodawstwa karne dokonała na przykładzie wybranych państw Celina Nowak. Zob. C. Nowak, *Korupcja w polskim prawie karnym na tle uregulowań międzynarodowych*, Warszawa 2008.

W założeniu projektodawców FCPA miała stanowić instrument zwalczania aktów korupcji, których dopuszczali się amerykańscy przedsiębiorcy w międzynarodowych transakcjach handlowych, co szkodziło wolnej konkurencji oraz stosunkom międzynarodowym³. W praktyce jednak, zresztą zgodnie z przewidywaniami projektodawców FCPA, jego postanowienia ograniczyły konkurencyjność amerykańskich przedsiębiorstw, które w zasadzie jako jedyne zmuszone zostały do zarzucenia praktyk korupcyjnych przy pozyskiwaniu kontraktów na rynkach zagranicznych. Administracja USA, zdając sobie w pełni sprawę z zaistnienia zwrotnego efektu nierównych możliwości, prowadziła działania, zachęcające inne państwa do wprowadzenia podobnych regulacji w ich wewnętrznych porządkach prawnych. Oddziaływano także na organizacje międzynarodowe, aby wprowadzić tego typu ograniczenia drogą traktatową. Miało to miejsce już na długo przed uchwaleniem FCPA, równoległe do toczonych nad nim prac legislacyjnych. Efekt tych zabiegów okazał się jednak znikomy i nie wykroczył poza *soft law*⁴. Ani inne państwa, ani organizacje międzynarodowe nie zdecydowały się wówczas na wprowadzenie żadnych wiążących uregulowań, zakazujących praktyk korupcyjnych w międzynarodowych transakcjach handlowych. Przełom przyniosła dopiero II połowa lat 90. zeszłego wieku i początek obecnego stulecia. Na forum wielu różnych organizacji międzynarodowych przyjęto wówczas szereg rozwiązań traktatowych, realizujących – a w niektórych wypadkach nawet wykraczających poza – standardy antykorupcyjne wyznaczone w FCPA. Wiele państw poddało je następnie implementacji do swoich krajowych porządków prawnych, wprowadzając do kodeksów karnych nowe typy przestępstw korupcyjnych, obejmujące ściganie aktów przekupstwa i sprzedajności podejmowanych wobec i przez zagranicznych funkcjonariuszy publicznych oraz funkcjonariuszy międzynarodowych organizacji publicznych, nie tylko zresztą w międzynarodowych relacjach handlowych.

³ G.K. Smith, B.B. Thoemmes, A.A. Carter, P.G. Sullivan, *Foreign Corrupt Practices Act*, "American Criminal Law Review" 1991/28, s. 542.

⁴ Można tu wskazać m.in.: na rezolucję nr 3514 przyjętą przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 15.12.1975 r. „Środki przeciwko praktykom korupcyjnym ponadnarodowych i innych korporacji, ich przedstawicieli i innych osób” oraz uzupełnienie w roku 1976 „Wytycznych OECD dla przedsiębiorstw międzynarodowych” o punkt 7, odnoszący się do korupcji i nielegalnych płatności przekazywanych przez przedsiębiorstwa urzędnikom obcych państw. Szerzej na ten temat zob. C. Nowak, *Korupcja...*, s. 139–142.

Spośród nich warto w tym miejscu wymienić te, których postanowienia rodziły na przestrzeni kilkunastu lat obowiązek implementacyjny po stronie ustawodawcy polskiego. Są to:

- 1) Konwencja o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych, sporządzona w Paryżu 17.12.1997 r., ratyfikowana przez Prezydenta RP 11.07.2000 r. (dalej jako Konwencja OECD 1997)⁵, w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej weszła w życie 7.11.2000 r.⁶;
- 2) Prawnokarna Konwencja o Korupcji, sporządzona w Strasburgu 27.01.1999 r., ratyfikowana przez Prezydenta RP 5.11.2002 r. (dalej jako Konwencja RE 1999)⁷, w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej weszła w życie 1.04.2003 r.⁸;
- 3) Protokół dodatkowy do Prawnokarnej Konwencji o Korupcji, sporządzony w Strasburgu 15.05.2003 r., ratyfikowany przez Prezydenta RP 12.03.2014 r. (dalej jako Protokół RE 2003)⁹, w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej wszedł w życie 1.08.2014 r.¹⁰;
- 4) Protokół do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26.07.1995 r., sporządzony w Dublinie 27.09.1996 r., ratyfikowany przez Prezydenta RP 1.08.2008 r. (dalej jako Protokół 1996 do

⁵ Dz. U. z 2001 r. Nr 23, poz. 264.

⁶ Zgodnie z art. 14 konwencji dokument ratyfikacyjny złożono Sekretarzowi Generalnemu OECD, jako depozytariuszowi, 8.09.2000 r. Zgodnie z art. 15 konwencja weszła w życie 15.02.2000 r., a w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej 7.11.2000 r. Por. oświadczenie rządowe z 29.11.2000 r. w sprawie mocy obowiązującej Konwencji o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych, sporządzonej w Paryżu dnia 17 grudnia 1997 r. (Dz. U. z 2001 r. Nr 23, poz. 265).

⁷ Dz. U. z 2005 r. Nr 29, poz. 249.

⁸ Rzeczpospolita Polska złożyła Sekretarzowi Generalnemu Rady Europy dokument ratyfikacyjny 11.12.2002 r. Konwencja weszła w życie 1.07.2002 r., w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej 1.04.2003 r. Por. oświadczenie rządowe z 23.08.2004 r. w sprawie mocy obowiązującej Prawnokarnej konwencji o korupcji, sporządzonej w Strasburgu 27.01.1999 r. (Dz. U. z 2005 r. Nr 29, poz. 250).

⁹ Dz. U. z 2014 r. poz. 981.

¹⁰ Zgodnie z art. 10 ust. 3 protokołu wszedł on w życie 1.02.2005 r. Zgodnie z art. 10 ust. 4 protokołu w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej wszedł on w życie 1.08.2014 r. Zob. oświadczenie rządowe z 7.05.2014 r. w sprawie mocy obowiązującej Protokołu dodatkowego do Prawnokarnej konwencji o korupcji, sporządzonego w Strasburgu dnia 15.05.2003 r. (Dz. U. z 2014 r. poz. 982).

Konwencji WE)¹¹, w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej wszedł w życie 8.12.2008 r.¹²;

- 5) Konwencja w sprawie zwalczania korupcji funkcjonariuszy Wspólnot Europejskich lub funkcjonariuszy państw członkowskich Unii Europejskiej z 26.05.1997 r. (dalej jako Konwencja UE 1997)¹³;
- 6) Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 31.10.2003 r., ratyfikowana przez Prezydenta RP 8.09.2006 r. (dalej jako Konwencja ONZ 2003)¹⁴, w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej weszła w życie 15.10.2006 r.¹⁵

¹¹ Konwencja o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich, sporządzona w Brukseli 26.07.1995 r., Protokół do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26.07.1995 r., sporządzony w Dublinie 27.09.1996 r., Protokół w sprawie interpretacji w trybie orzeczenia wstępnego przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26.07.1995 r., sporządzony w Brukseli 29.11.1996 r., oraz Drugi Protokół do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26.07.1995 r., sporządzony w Brukseli 19.06.1997 r. (Dz. U. z 2009 r. Nr 208, poz. 1603).

¹² Zgodnie z art. 9 ust. 3 protokołu wszedł w życie 17.10.2002 r., zaś zgodnie z art. 10 ust. 4 protokołu w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej wszedł w życie 8.12.2008 r. Zob. oświadczenie rządowe z 21.07.2009 r. w sprawie mocy obowiązującej Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich, sporządzonej w Brukseli 26.07.1995 r., Protokołu do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26.07.1995 r., sporządzonego w Dublinie 27.09.1996 r. Protokołu w sprawie interpretacji w trybie orzeczenia wstępnego przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26.07.1995 r., sporządzonego w Brukseli 29.11.1996 r., oraz Drugiego Protokołu do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26.07.1995 r., sporządzonego w Brukseli 19.06.1997 r. (Dz. U. Nr 208, poz. 1604).

¹³ Dz. Urz. UE C 195 z 1997 r., s. 2; polskie wyd. specj. Dz. Urz. UE rozdz. 19, t. 8, s. 136. Konwencja nie weszła jeszcze w życie. Na mocy art. 13 ust. 1–5, państwa członkowskie notyfikują Sekretariatowi Generalnemu Rady Unii Europejskiej zakończenie procedur ustanowionych przez ich odpowiednie wymogi konstytucyjne dotyczących przyjęcia niniejszej Konwencji (ust. 2). Konwencja wchodzi w życie 90 dni po notyfikacji określonej w ustępie 2, dokonanej przez państwo członkowskie, które dokonało tej formalności jako ostatnie (ust. 3). W traktacie przewidziano jednak furtkę, która pozwala na to, aby zainteresowane państwa mogły stosować przepisy Konwencji wcześniej, tj. zanim nastąpi jej ratyfikacja przez wszystkie państwa członkowskie. Zgodnie z ust. 4 do momentu wejścia w życie niniejszej Konwencji każde państwo członkowskie w drodze oświadczenia może dopuścić stosowanie niniejszej Konwencji, z wyjątkiem art. 12, w stosunkach z tymi państwami członkowskimi, które wydały takie samo oświadczenie. Konwencja zaczyna być stosowana w odniesieniu do państwa członkowskiego, które wydaje takie oświadczenie, pierwszego dnia miesiąca następującego po upływie okresu 90 dni od dnia złożenia jego oświadczenia. Natomiast państwo członkowskie, które nie wydało oświadczenia, o którym mowa w ust. 4, może stosować niniejszą Konwencję w odniesieniu do innych umawiających się państw członkowskich na podstawie dwustronnych porozumień (ust. 5).

¹⁴ Dz. U. z 2007 r. Nr 84, poz. 563.

¹⁵ Zgodnie z art. 68 ust. 1 Konwencja weszła w życie 14.12.2005 r., zaś zgodnie z art. 68 ust. 2 Konwencji w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej weszła ona w życie 15.10.2006 r. Zob. oświadczenie rządowe z 8.12.2006 r. w sprawie mocy obowiązującej Konwencji Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 31.10.2003 r. (Dz. U. z 2007 r. Nr 84, poz. 564).

Polski ustawodawca dokonał zasadniczej implementacji międzynarodowych standardów w zakresie kryminalizacji przestępstw sprzedajności i przekupstwa z elementem zagranicznym przy okazji dwóch nowelizacji kodeksu karnego. Najpierw ustawą z 9.09.2000 r.¹⁶, przy wykorzystaniu tzw. klauzul asymilacyjnych¹⁷ z art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. nakazał odpowiednie stosowanie kar przewidzianych w przepisach art. 228 § 1–5 i art. 229 § 1–4 k.k. do analogicznych zachowań popełnionych przez osoby pełniące funkcję publiczną w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej lub podjętych wobec takich osób. Następnie przy okazji nowelizacji kodeksu karnego z 13.06.2003 r., zwanej potocznie nowelą antykorupcyjną¹⁸, wprowadził do słowniczka wyrażeń ustawowych definicję osoby pełniącej funkcję publiczną przepis (art. 115 § 19 k.k.), w której zawarł m.in. implementowaną treść normatywną, przesadzając, że osobą pełniącą funkcję publiczną jest także „inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową”. Ponadto o efekcie szczątkowej implementacji można mówić w przypadku uszczegółowienia pojęcia funkcjonariusza publicznego (art. 115 § 13 k.k.), w skład którego włączono: posłów do Parlamentu Europejskiego (pkt 2a)¹⁹ oraz pracowników międzynarodowego trybunału karnego (pkt 9)²⁰.

Przeprowadzona wielotorowo implementacja rodzi pytanie zwłaszcza o relację treści klauzul asymilacyjnych z art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. do kategorii „innej osoby, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową”, zawartej w definicji osoby pełniącej funkcję publiczną z art. 115 § 19 k.k. *in fine*. Równoległe

¹⁶ Art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. zostały wprowadzone art. 1 pkt 2 i 3 ustawy z 9.09.2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ustawy o zamówieniach publicznych oraz ustawy – Prawo bankowe (Dz. U. Nr 93, poz. 1027). Przepisy weszły w życie 4.02.2001 r.

¹⁷ Szerzej na temat tzw. klauzul asymilacyjnych z art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. zob. C. Nowak, *Korupcja...*, s. 359–369.

¹⁸ Art. 115 § 19 k.k. dodany przez art. 1 pkt 3 lit. b ustawy z 13.06.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 111, poz. 1061), wszedł w życie 1.07.2003 r.

¹⁹ Art. 115 § 13 pkt 2a został dodany przez art. 179 pkt 1 ustawy z 23.01.2004 r. – Ordynacja wyborcza do Parlamentu Europejskiego (Dz. U. Nr 25, poz. 219) z dniem 1.03.2004 r.

²⁰ Art. 115 § 13 pkt 9 dodany został przez art. 1 pkt 2 lit. a ustawy z 20.05.2010 r. (Dz. U. Nr 98, poz. 626) zmieniającej nin. ustawę 8.09.2010 r.

obowiązywanie tych regulacji stawia też na porządku dziennym pytanie, czy ten stan rzecz nie prowadzi do dublowania treści objętych obowiązkiem implementacyjnym.

Jak wynika z zestawienia dat przyjęcia wyżej wymienionych konwencji i protokołów dodatkowych oraz dat ich ratyfikacji z datami nowelizacji kodeksu karnego, zobowiązania międzynarodowe Polski w zakresie zwalczania przestępczości korupcyjnej z elementem międzynarodowym spełniły w polskim porządku prawnym trzy funkcje. Po pierwsze, część z nich wywarła inspirujący wpływ na wprowadzenie zmian do polskiego ustawodawstwa karnego (Konwencja OECD 1997, Konwencja RE 1999). Po drugie, część z nich była rozpatrywana w kontekście realizacji zobowiązań poprzedzających przystąpienie Polski do Unii Europejskiej. Były to, co oczywiste, akty Rady Unii Europejskiej (Protokół 1996 do Konwencji WE, II Protokół 1997 do Konwencji WE, Konwencja UE 1997), ale także konwencje przyjęte poza forum unijnym (Konwencja OECD 1997, Konwencja RE 1999), które na mocy przyjętej w 2000 r. Milenijnej Strategii Zapobiegania i Kontroli Przestępczości Zorganizowanej²¹, zostały uznane za część *acquis communautaire*, a państwa członkowskie UE zostały zobowiązane do ich ratyfikacji. Po trzecie, część z wymienionych aktów prawa międzynarodowego i europejskiego, która związała formalnie Polskę już po wejściu w życie nowelizacji kodeksu karnego z 9.09.2000 r. i 13.06.2003 r. stanowiła punkt odniesienia dla oceny istnienia zgodności ustawodawstwa polskiego ze zobowiązaniami międzynarodowymi. Zważywszy, że polski ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie dalszych zmian w kodeksie karnym, u podstawy których leżałaby konieczność implementacji do krajowego porządku prawnego kolejnych uregulowań międzynarodowych w zakresie kryminalizacji zachowań korupcyjnych z elementem zagranicznym, można przyjąć z dużą dozą pewności, iż ocenia on aktualny stan normatywny jako wystarczający.

Kilkunastoletnia perspektywa obowiązywania klauzul asymilacyjnych zawartych w przepisach art. 228 § 6, art. 229 § 5 oraz przepisu art. 115 § 19 k.k. *in fine* w zestawieniu ze zmieniającym się otoczeniem prawno-międzynarodowym (jak wskazano powyżej, już po wejściu w życie tych przepisów Rzeczpospolita Polska ratyfikowała nowe traktaty, przy czym nie wszystkie z nich mogły być wzięte pod uwagę w procesie akcesyjnym np. Protokół RE 2003, Konwencja ONZ 2003) skłania

²¹ Dz. U. WE C 124 z 2000 r.

do oceny zasadności założonego powyżej stanowiska ustawodawcy krajowego. W związku z tym w dalszej części opracowania ocenie poddany zostanie stopień dostosowania prawa krajowego do wymagań określonych w relewantnych konwencjach antykorupcyjnych i instrumentach unijnych.

Nasuwa się także potrzeba oceny praktycznej przydatności ww. uregulowań kodeksowych, dedykowanych walce z przestępczością korupcyjną z elementem międzynarodowym, dla polskich organów wymiaru sprawiedliwości, które – wobec milczenia ustawodawcy – *de lege lata* napotykać na wątpliwość, którym źródłem normatywnym (krajowym czy zewnętrznym) powinny posłużyć się przy ustaleniu kryterium pozwalającego zaliczyć daną osobę do grona pełniących funkcję publiczną w obcym państwie lub organizacji międzynarodowej.

2. Standard implementacyjny w zakresie kryminalizacji czynu zabronionego przekupstwa lub sprzedajności z elementem międzynarodowym

2.1. Konwencja OECD o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych z 17.12.1997 r.

Konwencja o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych została przyjęta w Paryżu 17.12.1997 r. na forum Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD). Ratyfikowana przez Prezydenta RP 11.07.2000 r., w Polsce weszła w życie 7.11.2000 r. Jak wynika z jej preambuły, u podstaw przygotowania traktatu legło przekonanie, że szeroko rozpowszechnione zjawisko przekupstwa w międzynarodowych transakcjach handlowych, włączając w to handel i inwestycje, podważa dobre sprawowanie rządów oraz rozwój gospodarczy, a także wypacza warunki międzynarodowej konkurencji. Efektywne przeciwdziałanie temu zjawisku wymaga równoległego wdrożenia w skali wielu państw ekwiwalentnych środków, wśród których znalazło się m.in. zobowiązanie do kryminalizacji w wewnętrznych porządkach prawnych państw-stron zachowań polegających na przekupstwie zagranicznych funkcjonariuszy publicznych. Metoda wykorzystująca obowiązek implementacji postanowień traktatu międzynarodowego daje gwarancję wprowadzenia tych środków do krajowych kodeksów karnych bez odstępstw mających wpływ na ich ekwiwalencję. Konwencja OECD 1997 opiera się na akceptacji przez jej sygnatariuszy następującego antykorupcyjnego standardu postępowania działania. Państwa-strony zdecydowały się ścigać karnie własnych przedsiębiorców, którzy ułatwiają sobie prowadzenie działalności na rynkach międzynarodowych, wręczając w tym celu łapówki zagranicznym funkcjonariuszom publicznym innych państw, niezależnie od tego, czy państwo pochodzenia zagranicznego funkcjonariusza przystąpiło do niniejszej konwencji oraz niezależnie od tego, czy w ogóle ściga ono akty przekupstwa własnych urzędników, korumpowanych przez podmioty zagraniczne.

W art. 1 ust. 1 Konwencji OECD 1997 zobowiązuje strony do uznania za przestępstwo kryminalne w prawie wewnętrznym przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych. Zakres tak zarysowanego obowiązku implementacyjnego wyznacza przede wszystkim konwencyjna definicja „zagranicznego funkcjonariusza publicznego” (art. 1 ust. 4a) oraz definicja „przekupstwa zagranicznego funkcjonariusza publicznego” (art. 1 ust. 1).

Na podstawie przyjętej w konwencji definicji „zagranicznego funkcjonariusza publicznego” (art. 1 ust. 4a) można wyodrębnić zasadniczo dwie zbiorcze grupy podmiotów, będących przedmiotem oddziaływania sprawcy przekupstwa określonego w art. 1 ust. 1. Są to:

- 1) każda osoba zajmująca stanowisko ustawodawcze, administracyjne lub sądowe w obcym państwie, zarówno mianowana, jak i wybrana, jak również każda osoba wykonująca funkcje publiczne na rzecz państwa obcego, włączając w to funkcjonariusza agencji publicznej lub przedsiębiorstwa publicznego, przy czym – zgodnie z art. 1 ust. 4b – „obce państwo” obejmuje wszystkie szczeble i jednostki władzy, od ogólnokrajowych do lokalnych;
- 2) każdy funkcjonariusz lub przedstawiciel publicznej organizacji międzynarodowej.

Definicja ta ma charakter autonomiczny w tym sensie, że nie odsyła się w niej w żadnym punkcie do prawa krajowego. Swoim zakresem obejmuje nie tylko funkcjonariuszy obcych państw, ale również funkcjonariuszy i przedstawicieli organizacji międzynarodowych z zastrzeżeniem, że chodzi o organizacje międzynarodowe publiczne (międzyrządowe). Pod pojęciem „przedsiębiorstwa publicznego” kryje się, zdaniem J. Garstki – niezależnie od przyjętej formy organizacyjnej lub prawnej – przedsiębiorstwo, na którego działalność rząd może bezpośrednio lub pośrednio wywierać wpływ, co zachodzi m.in. w sytuacji posiadania przez państwo większości akcji czy udziałów lub posiadania większości głosów w organach przedsiębiorstwa²².

²² J. Garstka, *Komentarz*, w: E. Zielińska (red.), *Prawo Wspólnot Europejskich a prawo polskie. Dokumenty karne*, t. 3, Warszawa 2000, s. 301.

Stosownie do art. 1 ust. 1 Konwencji OECD 1997 obowiązek implementacyjny państwa w zakresie ujęcia znamion „przekupstwa zagranicznego funkcjonariusza publicznego” w krajowym porządku prawnym dotyczy zagrożenia odpowiedzialnością karną zachowań polegających na: umyślnym proponowaniu, obiecywaniu lub dawaniu przez jakąkolwiek osobę jakiegokolwiek nienależnej korzyści majątkowej lub innej korzyści zagranicznemu funkcjonariuszowi publicznemu, zarówno bezpośrednio, jak i poprzez pośredników, dla takiego funkcjonariusza lub dla osoby trzeciej, w celu skłonienia tego funkcjonariusza do działania lub powstrzymania się od działania w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych, w celu otrzymania lub utrzymania możliwości prowadzenia działalności gospodarczej lub zapewnienia sobie innej nienależnej korzyści w prowadzeniu międzynarodowej działalności gospodarczej. W art. 1 ust. 4c Konwencji OECD 1997 dokonano istotnego uzupełnienia, zgodnie z którym: „działanie lub zaniechanie działania w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych obejmuje wszelkie wykorzystanie stanowiska funkcjonariusza publicznego, niezależnie od tego, czy pozostaje w zakresie kompetencji udzielonych temu funkcjonariuszowi”.

Z perspektywy ustawodawcy krajowego przyjęty w konwencji OECD 1997 obowiązek implementacyjny w zakresie kryminalizacji korupcji zagranicznych funkcjonariuszy publicznych doznaje zasadniczego ograniczenia w dwóch punktach. Po pierwsze, dotyczy jedynie czynnej formy łapownictwa. Kwestia ewentualnej odpowiedzialności zagranicznego urzędnika za przyjęcie łapówki w ogóle nie jest przedmiotem traktatowej regulacji, czym Konwencja OECD 1997 nawiązuje do standardu wyznaczonego w 1977 r. przez FCPA. Po drugie, jak wynika z samej intytulacji Konwencji, elementem ograniczającym traktatowe ujęcie przekupstwa zagranicznego funkcjonariusza publicznego jest powiązanie aktu czynnego łapownictwa z kontekstem międzynarodowych transakcji handlowych lub międzynarodowej działalności gospodarczej (znamię w tym brzmieniu wykorzystano z kolei w treści definicji przekupstwa, określonej w art. 1 ust. 1). Na stronie ciąży obowiązek objęcia penalizacją tylko aktów przekupstwa dokonanych w określonym, szczególnym celu. Chodzi tu o łapownictwo ukierunkowane na otrzymanie lub utrzymanie możliwości prowadzenia działalności gospodarczej lub zapewnienia sobie innej nienależnej korzyści w prowadzeniu międzynarodowej działalności gospodarczej. Choć samo pojęcie międzynarodowej działalności gospodarczej nie zostało bliżej wyjaśnione

w treści konwencji, trafnie wskazuje przy tej okazji C. Nowak, która łączy je z transakcjami podejmowanymi dla zysku, zawieranymi z podmiotami pochodzącymi z innego państwa niż przedsiębiorca lub na rynkach innych niż rynek państwa, z którego pochodzi przedsiębiorca²³.

Ponadto Konwencja OECD 1997 zobowiązuje sygnatariuszy do uznania za przestępstwo kryminalne dopuszczenia się przekupstwa zagranicznego funkcjonariusza w określonych formach zjawiskowych. Rozszerzenie obowiązku implementacyjnego obejmuje na podstawie art. 1 ust. 2 następujące przejawy współdziałania w popełnieniu czynu zabronionego: podżeganie, pomocnictwo, poplecznictwo i sprawstwo kierownicze. Natomiast w zakresie form stadialnych odnosi się tylko do usiłowania. Obowiązek implementacyjny opiera się w tym wypadku na nakazie zastosowania klauzuli asymilacyjnej, tzn. na strony nakłada się zobowiązanie do poddania penalizacji usiłowania przekupstwa zagranicznego funkcjonariusza publicznego w takim samym zakresie, w jakim penalizują usiłowanie przekupstwa własnych (krajowych) funkcjonariuszy publicznych. Zgodnie z tą samą zasadą konwencja nakazuje potraktowanie aktu konspiracji w celu przekupienia zagranicznego funkcjonariusza publicznego, choć nie wyjaśnia bliżej, co rozumieć pod tym pojęciem.

W zakresie kar i innych środków penalnych Konwencja OECD 1997 przewiduje, że standard implementacyjny obejmuje:

- poddanie przekupstwa zagranicznego funkcjonariusza publicznego karom skutecznym, proporcjonalnym i odstręczającym, przy założeniu, że ich zakres będzie porównywalny do kar stosowanych do przekupstwa własnych funkcjonariuszy publicznych stron, a w wypadku osób fizycznych obejmie pozbawienie wolności w wymiarze umożliwiającym podjęcie skutecznej, wzajemnej pomocy prawnej oraz ekstradycję (art. 3 ust. 1);
- zagwarantowanie, że łapówka i korzyści uzyskane wskutek przekupstwa zagranicznego funkcjonariusza publicznego lub mienie, którego wartość odpowiada takim korzyściom, podlegać będą zajęciu i konfiskacie, albo że stosowane będą kary pieniężne o porównywalnym skutku (art. 3 ust. 3).

²³ C. Nowak, *Korupcja...*, s. 227.

Ponadto każda ze stron rozważy, co oznacza, że nie będzie to już obowiązkowe, nałożenie dodatkowych sankcji cywilnych lub administracyjnych na osobę podlegającą karze za przekupstwo zagranicznego funkcjonariusza publicznego (art. 3 ust. 4).

2.2. Prawnokarna konwencja Rady Europy o korupcji z 27.01.1999 r.

Prawnokarna Konwencja o Korupcji została przyjęta na forum Rady Europy w Strasburgu 27.01.1999 r., następnie uzupełniono ją Protokołem dodatkowym z 15.05.2003 r. Prezydent RP ratyfikował ją 5.11.2002 r., a w polskim porządku prawnym weszła w życie 1.04.2003 r. (Protokół dodatkowy został ratyfikowany 12.03.2014 r., w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej wszedł w życie 1.08.2014 r.). Lektura preambuły konwencji pozwala ustalić, jakimi obawami kierowały się państwa członkowskie Rady Europy oraz inne państwa sygnatariusze konwencji, decydując się na przyjęcie tego traktatu i związanie się jego postanowieniami. Wskazano między innymi, że korupcja destrukuje państwa i społeczeństwa: zagraża praworządności, demokracji, prawom człowieka, narusza dobre sprawowanie władzy, uczciwość i sprawiedliwość społeczną, spowalnia rozwój gospodarczy i zagraża stabilności instytucji demokratycznych i moralnym podstawom społeczeństwa. W odpowiedzi na te zagrożenia zrodziło się przekonanie, będące udziałem sygnatariuszy konwencji, o potrzebie prowadzenia, jako jednego z priorytetów, wspólnej polityki karnej mającej na celu ochronę społeczeństwa przed korupcją. Zasadniczym instrumentem tej polityki stało się przyjęcie konwencji prawnokarnej, przewidującej skoordynowaną kryminalizację przestępstw korupcyjnych, wzmożoną współpracę w ściganiu takich przestępstw, jak również skuteczny mechanizm kontroli, otwarty na równych prawach dla państw członkowskich i państw niebędących członkami. Na marginesie warto nadmienić, iż kompleksowe podejście Rady Europy do przeciwdziałania i zwalczania skutków korupcji wykroczyło poza ramy wykorzystania środków prawa karnego, które stanowią instrument dominujący w innych konwencjach antykorupcyjnych. Dnia 4.11.1999 r. w Strasburgu przyjęta została Cywilnoprawna Konwencja o Korupcji²⁴. W oparciu o ten traktat Rada Europy

²⁴ Tekst Konwencji został ogłoszony w Dz. U. Nr 244, poz. 2443. Oświadczenie rządowe z 18.8.2004 r. w sprawie mocy obowiązującej Cywilnoprawnej Konwencji o Korupcji, sporządzonej w Strasburgu 4.11.1999 r. (Dz. U. Nr 244, poz. 2444).

zmierza do wprowadzenia w porządkach prawnych państw członkowskich odpowiedzialności odszkodowawczej za czyny korupcyjne, z której, na zasadach określonych w konwencji, będzie mogła skorzystać każda osoba poszkodowana aktem korupcji, kierując pozew cywilny przeciwko państwu, podmiotom publicznym, ale również podmiotom prywatnym²⁵.

Standard implementacyjny w zakresie kryminalizacji czynów sprzedajności i przekupstwa z elementem międzynarodowym, wynikający z przyjęcia Konwencji RE1999 nakłada na państwa strony następujące obowiązki.

Państwa zostały zobowiązane, z zastrzeżeniem art. 37 ust. 1, do uznania w prawie wewnętrznym za przestępstwo aktów czynnego i biernego łapownictwa popełnionych wobec lub przez osobę zaliczoną w konwencji do jednej z siedmiu grup podmiotów zagranicznych. Wśród nich znaleźli się:

- 1) **zagraniczni funkcjonariusze publiczni**, tj. funkcjonariusze publiczni jakiegokolwiek innego państwa (art. 5), przy czym dla interpretacji tego terminu w praktyce znaczenie będzie miało wyjaśnienie zawarte w art. 1c, zgodnie z którym: „w przypadku postępowania dotyczącego funkcjonariusza publicznego innego państwa, państwo ścigające może ograniczyć stosowanie definicji funkcjonariusza publicznego do przypadków, w których jest ona zgodna z prawem wewnętrznym tego państwa”;
- 2) **członkowie zagranicznych zgromadzeń przedstawicielskich**, tj. członkowie zgromadzeń przedstawicielskich sprawujących władzę ustawodawczą lub wykonawczą w jakimkolwiek innym państwie (art. 6);
- 3) **funkcjonariusze organizacji międzynarodowych**, tj. funkcjonariusze lub inni pracownicy kontraktowi w rozumieniu przepisów dotyczących personelu, jakiejkolwiek publicznej międzynarodowej lub ponadnarodowej organizacji lub instytucji, których strona niniejszej konwencji jest członkiem, oraz jakiejkolwiek osoby, czy to oddelegowane czy też nie, wykonujące funkcje odpowiadające funkcjom wykonywanym przez takich funkcjonariuszy lub pracowników (art. 9);

²⁵ Szerzej na ten temat zob. P. Dzienis, W Filipkowski, *Cywilnoprawne aspekty korupcji gospodarczej*, „Palestra” 2001/11–12, s. 61 i n.; C. Nowak, *Dostosowanie prawa polskiego do instrumentów międzynarodowych dotyczących korupcji*, Warszawa 2004, s. 21 i n.

- 4) **członkowie międzynarodowych zgromadzeń parlamentarnych**, tj. członkowie zgromadzeń parlamentarnych organizacji międzynarodowych lub ponadnarodowych, których strona jest członkiem (art. 10);
- 5) **sędziowie i funkcjonariusze sądów międzynarodowych**, tj. osoby sprawujące funkcje sędziowskie lub będące funkcjonariuszami jakiegokolwiek sądu międzynarodowego, którego jurysdykcję strona uznaje (art. 11);
- 6) **zagraniczni arbitrzy**, tj. arbitrzy wykonujący swoje funkcje na podstawie prawa krajowego jakiegokolwiek innego państwa, dotyczącego arbitrażu (art. 4 Protokołu RE 2003), przy czym dla interpretacji tego terminu znaczenie będzie miało wyjaśnienie zawarte w art. 1 ust. 4 Protokołu RE 2003, zgodnie z którym: „w przypadku postępowania dotyczącego zagranicznego arbitra, państwo ścigania może stosować definicje arbitra w takim zakresie, w jakim definicja ta jest zgodna z prawem krajowym tego państwa”;
- 7) **zagraniczni członkowie ławy przysięgłych**, tj. członkowie ławy przysięgłych działający w ramach systemu prawnego jakiegokolwiek innego państwa (art. 6 Protokołu RE 2003), przy czym dla interpretacji tego terminu znaczenie będzie miało wyjaśnienie zawarte w art. 1 ust. 4 Protokołu RE 2003, zgodnie z którym: „w przypadku postępowania dotyczącego zagranicznego członka ławy przysięgłych, państwo ścigania może stosować definicje członka ławy przysięgłych w takim zakresie, w jakim definicja ta jest zgodna z prawem krajowym tego państwa”.

Przyjęty w Konwencji RE 1999 sposób zdefiniowania kręgu podmiotów relewantnych dla odpowiedzialności za czynne lub bierne łapownictwo z udziałem podmiotu zagranicznego nie ma charakteru jednolitego. W wypadku trzech kategorii osób wskazano na powiązanie z prawem krajowym sygnatariuszy. Konwencja dopuszcza możliwość, aby państwo ścigające ograniczyło stosowanie definicji: zagranicznego funkcjonariusza publicznego, zagranicznego arbitra oraz zagranicznego członka ławy przysięgłych, do przypadków, w których jest ona zgodna z prawem wewnętrznym tego państwa. W treści stosownych artykułów konwencji (art. 1c) i protokołu dodatkowego (art. 1 ust. 4) mówi się o tym, że „państwo ścigające może ograniczyć stosowanie (takiej) definicji”. Ta możliwość wyznacza standard minimalny,

zakładający odtworzenie zakresu terminów: „zagraniczny funkcjonariusz publiczny”, „zagraniczny arbiter” oraz „zagraniczny członek ławy przysięgłych” przy wykorzystaniu kryteriów prawa wewnętrznego. Państwo ścigające, o ile uzna to za zasadne, może jednak poszukiwać innych kryteriów zdefiniowania tych trzech kategorii osób i w tym celu odwołać się np. do kryteriów zewnętrznych, których źródłem jest prawo państwa podmiotu ściganego. W pozostałych przypadkach sposób ujęcia kategorii podmiotowych ma charakter autonomiczny, wobec tego państwo strona jest zobligowane do zaimplementowania do prawa wewnętrznego definicji oddających zakresowo treść traktatową. Dotyczy to: funkcjonariuszy organizacji międzynarodowych, członków międzynarodowych zgromadzeń parlamentarnych, sędziów i funkcjonariuszy sądów międzynarodowych oraz członków zagranicznych zgromadzeń przedstawicielskich. Jednakże w pierwszych trzech spośród wymienionych w poprzednim zdaniu kategorii konwencja określa dodatkowo obligatoryjny standard minimalny, limitując obowiązek implementacyjny do przypadków powiązania bądź z publiczną międzynarodową lub ponadnarodową organizacją lub instytucją, której strona jest członkiem (art. 9), organizacją międzynarodową lub ponadnarodową, której strona jest członkiem (art. 10), bądź z sądem międzynarodowym, którego jurysdykcję strona uznała (art. 11).

Z zastrzeżeniem odmiennego ujęcia podmiotu biernej strony łapownictwa i przedmiotu oddziaływania czynnej strony łapownictwa obowiązek implementacyjny stron, polegający na uznaniu za przestępstwo czynnego i biernego przekupstwa z udziałem podmiotu zagranicznego, został zakreślony analogicznie do konwencyjnego ujęcia praktyk korupcyjnych między podmiotami krajowymi. W kolejnych przepisach konwencja odsyła wręcz do art. 2, w którym opisano na czym polega przekupstwo czynne oraz art. 3, w którym z kolei opisano przekupstwo bierne między podmiotami krajowymi. Podobnie uczyniono w Protokole RE 2003 (por. funkcję art. 2 i 3). Zgodnie z tą formułą, obowiązek implementacyjny państwa w zakresie ujęcia znamion „przekupstwa czynnego” będzie polegał na uznaniu w prawie wewnętrznym za przestępstwo: umyślnego obiecywania, proponowania lub wręczania przez jakąkolwiek osobę, bezpośrednio lub pośrednio, jakichkolwiek nienależnych korzyści, jakiegokolwiek podmiotowi przynależnemu do kręgu osób roboczo określonych powyżej jako „podmiot zagraniczny”, dla niego samego lub dla kogokolwiek innego, w zamian za działanie lub zaniechanie działania w wykonywaniu

jego funkcji. W wypadku ujęcia znamion „przekupstwa biernego” chodzić będzie o uznanie w prawie wewnętrznym za przestępstwo zachowań polegających na: umyślnym żądaniu lub przyjmowaniu przez którykolwiek z podmiotów przynależny do kręgu osób roboczo określonych powyżej jako „podmiot zagraniczny”, bezpośrednio lub pośrednio, jakichkolwiek nienależnych korzyści, dla niego samego lub dla jakiegokolwiek innej osoby, lub przyjmowaniu propozycji lub obietnicy takich korzyści, w zamian za działanie lub zaniechanie działania w wykonywaniu jego funkcji.

W porównaniu z innymi aktami prawa międzynarodowego, których przedmiotem regulacji jest m.in. kwestia odpowiedzialności karnej za akty korupcji z udziałem podmiotu zagranicznego, dla ustawodawcy krajowego podstawowe znaczenie ma fakt, iż Konwencja RE 1999 w założeniu zobowiązuje państwa strony do kryminalizacji zachowań przynależnych obu stronom łapownictwa. Charakter tego obowiązku nie jest jednak jednolity. Na mocy art. 37 ust.1 dopuszczona została możliwość złożenia przez państwa zastrzeżenia co do nieuznawania za przestępstwo w swym prawie wewnętrznym, w całości lub w części, m.in. zachowań, o których mowa w art. 6 i 10 lub przestępstwa przekupstwa biernego, określonego w art. 5. Wynika z tego, że bezwzględny obowiązek kryminalizacji dotyczy:

- w wypadku łapownictwa czynnego – zachowań polegających na przekupstwie: zagranicznego funkcjonariusza publicznego (art. 5), funkcjonariusza organizacji międzynarodowej (art. 9), sędziego i funkcjonariusza sądu międzynarodowego (art. 11), zagranicznego arbitra (art. 4 Protokołu RE 2003) oraz zagranicznego członka ławy przysięgłych (art. 6 Protokołu RE 2003);
- w wypadku łapownictwa biernego – zachowań polegających na dopuszczeniu aktu sprzedajności przez: funkcjonariusza organizacji międzynarodowej (art. 9), sędziego i funkcjonariusza sądu międzynarodowego (art. 11), zagranicznego arbitra (art. 4 Protokołu RE 2003) oraz zagranicznego członka ławy przysięgłych (art. 6 Protokołu RE 2003).

Natomiast względny obowiązek kryminalizacji, uzależniony od nieskorzystania przez państwo z uprawnień zawartego w art. 37 ust. 1 Konwencji RE 1999, dotyczy:

- w wypadku łapownictwa czynnego zachowań polegających na przekupstwie: członka zagranicznego zgromadzenia przedstawicielskiego (art. 6) i członka międzynarodowego zgromadzenia parlamentarnego (art. 10);
- w wypadku łapownictwa biernego zachowań polegających na dopuszczeniu aktu sprzedajności przez: zagranicznego funkcjonariusza publicznego (art. 5), członka zagranicznego zgromadzenia przedstawicielskiego (art. 6) i członka międzynarodowego zgromadzenia parlamentarnego (art. 10).

Konwencja RE 1999 nakazuje ściganie aktów korupcji z udziałem podmiotów zagranicznych w szerokim kontekście wyznaczonym zakresem pełnionych przez nich funkcji. W jej wypadku nie ma znaczenia powiązanie aktu korupcji z międzynarodowymi transakcjami gospodarczymi, ani celowość działania sprawców, ukierunkowana na otrzymanie lub utrzymanie możliwości prowadzenia działalności gospodarczej w obcym państwie (odmiennie Konwencja OECD 1997 oraz Konwencja ONZ 2003). Konwencja RE 1999 obejmuje bowiem swoją generalną ochroną prawidłową działalność aparatu państw, organizacji międzynarodowych oraz sądów i arbitraży międzynarodowych, niezależnie od powodów, jakimi kierowały się strony korupcji.

Obowiązek kryminalizacji przekupstwa czynnego i biernego z udziałem podmiotu zagranicznego zostaje rozciągnięty na mocy art. 15 Konwencji RE 1999 na formy zjawiskowe podżegania i pomocnictwa.

Ponadto w zakresie kar i innych środków penalnych Konwencja RE 1999 przewiduje, że państwa strony:

- wprowadzą skuteczne, proporcjonalne i zniechęcające sankcje i środki za wymienione powyżej przestępstwa z zastrzeżeniem, że obejmie to w przypadku popełnienia tych przestępstw przez osoby fizyczne – zagrożenie karą pozbawienia wolności, która daje podstawę do ekstradycji;
- wprowadzą środki ustawodawcze i inne, jakie mogą być konieczne do umożliwienia konfiskaty lub pozbawienia w inny sposób narzędzi oraz dochodów z przestępstw określonych zgodnie z niniejszą konwencją lub mienia, którego wartość odpowiada takim dochodom.

2.3. Protokół do Konwencji o ochronie interesów finansowych WE z 27.09.1996 r. oraz Konwencja w sprawie zwalczania korupcji funkcjonariuszy WE lub funkcjonariuszy państw członkowskich UE z 26.05.1997 r.

2.3.1. Uwagi ogólne

Podejście Unii Europejskiej do kwestii kryminalizacji korupcji z elementem międzynarodowym określone zostało w szeregu źródeł prawa, obejmujących nie tylko akty normatywne przygotowane w ramach Unii Europejskiej, ale również konwencje przyjęte na forach innych organizacji międzynarodowych, a włączone do *acquis communautaire*. Do pierwszej grupy źródeł należy zaliczyć:

- Protokół dubliński z 27.09.1996 r. do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26.07.1995 r. oraz
- Konwencję w sprawie zwalczania korupcji funkcjonariuszy Wspólnot Europejskich lub funkcjonariuszy państw członkowskich Unii Europejskiej z 26.05.1997 r.

Na drugą z kolei składają się:

- Konwencja OECD o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych z 17.12.1997 r.
- Prawnokarna Konwencja o Korupcji Rady Europy z 27.01.1999 r.,
- Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji z 31.10.2003 r.

I tak w przyjętej w 2000 r. Milenijnej Strategii Zapobiegania i Kontroli Przeszłości Zorganizowanej korupcja została wymieniona jako jedno z przestępstw finansowych, a państwa członkowskie zobowiązano do ratyfikacji Konwencji OECD 1997 i Konwencji RE 1999, które uznano w tym dokumencie za część dorobku prawnego Unii Europejskiej²⁶. Z kolei decyzją Rady z 25.09.2008 r. w sprawie zawarcia

²⁶ Dz. Urz. WE C 124 z 2000 r. Z kolei decyzją Rady z 25.09.2008 r. w sprawie zawarcia w imieniu Wspólnoty Europejskiej Konwencji Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji Rada Unii Europejskiej zatwierdziła w imieniu Wspólnoty konwencję ONZ 2003, Dz. Urz. UE L 287 z 2008 r., s. 1 (Numer CELEX: 32008D0801).

w imieniu Wspólnoty Europejskiej Konwencji Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji Rada Unii Europejskiej zatwierdziła w imieniu Wspólnoty konwencję ONZ 2003.

Początkowo Unia Europejska postrzegała korupcję z elementem międzynarodowym poprzez pryzmat aktów łapownictwa popełnianych przez lub wobec funkcjonariuszy wspólnotowych lub funkcjonariuszy państw członkowskich, które miały godzić w interesy finansowe Wspólnot Europejskich. Choć sporządzona w Brukseli 26.07.1995 r. Konwencja o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich w swojej pierwotnej wersji w ogóle nie odnosiła się do kwestii korupcji²⁷, odnajdując źródło zagrożenia interesów finansowych Wspólnot Europejskich w oszustwach popełnianych na szkodę wspólnotowego budżetu (art. 1 a, b), w niedługim czasie protokołem dublińskim z 27.09.1996 r. została uzupełniona o definicje korupcji biernej (art. 2) i czynnej (art. 3). W uzasadnieniu zawartym w preambule Protokołu dodatkowego czytamy między innymi, że: państwa członkowskie Unii Europejskiej doszły do przekonania, iż interesy finansowe Wspólnot Europejskich mogą zostać narażone na szkodę bądź zagrożone także przez działania korupcyjne, popełniane przez funkcjonariuszy wspólnotowych odpowiedzialnych za pobieranie, zarządzanie lub dystrybucję pozostających pod ich kontrolą funduszy wspólnotowych, lub popełniane przeciwko tym funkcjonariuszom. Wobec powyższego uzasadnione staje się przyjęcie przepisów prawa krajowego tam, gdzie nie uznaje ono za karalne aktów korupcji z udziałem funkcjonariuszy wspólnotowych albo funkcjonariuszy państw członkowskich, szkodzących lub mogących zaszkodzić interesom finansowym Wspólnot Europejskich.

Jednakże już w następnym kroku Unia Europejska zrezygnowała z zawężania definicji biernej i czynnej korupcji znamieniem szkodenia lub możliwością wyrządzenia szkody interesom finansowych Wspólnot Europejskich. Odejście od tego ograniczenia nastąpiło zaledwie kilka miesięcy po przyjęciu Protokołu 1996 do Konwencji WE na gruncie Konwencji w sprawie zwalczania korupcji funkcjonariuszy Wspólnot Europejskich lub funkcjonariuszy państw członkowskich Unii Europejskiej z 26.05.1997 r., która – z zastrzeżeniem pewnych różnic stylizacyjnych – w zasadzie

²⁷ Szerzej na temat Konwencji z 26.07.1995 o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich, zob. O. Górniok, *Komentarz*, w: E. Zielińska (red.), *Prawo Wspólnot Europejskich...*, s. 255–263.

przejęła w całości postanowienia Protokołu 1996 do Konwencji WE, w szczególności zaś powieliła treść pojęć: korupcja bierna i czynna, funkcjonariusz (urzędnik), funkcjonariusz wspólnotowy (urzędnik wspólnotowy) oraz funkcjonariusz krajowy (urzędnik krajowy). Jedyna merytoryczna różnica sprowadziła się do wspomnianej rezygnacji w Konwencji UE 1997 z ujęcia korupcji biernej jako przestępstwa skutkowego, prowadzącego do naruszenia lub zagrożenia – przez działanie okupionego łapówką funkcjonariusza – interesów finansowych Wspólnot Europejskich, zaś w wypadku korupcji czynnej wyeliminowania takiego założenia z opisu zamiaru osoby przekupującej funkcjonariusza. Dokonana zmiana miała doniosłe znaczenie, gdyż doprowadziła w konsekwencji do wydatnego rozszerzenia zakresu obowiązku implementacyjnego, ciężącego na państwach członkowskich. Tymczasem Wysokie Układające się Strony wyjaśniły tę zmianę dość lapidarnie. Powołując się w treści preambuły na chęć wzmocnienia współpracy sądowej w sprawach karnych między państwami członkowskimi, wskazały, że wymagałoby to pójscia dalej niż zakładał Protokół 1996 do Konwencji WE i sporządzenia nowej konwencji, odnoszącej się do aktów korupcji, w których uczestniczą urzędnicy Wspólnot Europejskich lub ogólnie urzędnicy państw członkowskich. Jednakowoż w literaturze zaczęto doszukiwać się głębszych powodów jej przeprowadzenia. Wiąże się ją mianowicie z zasadniczym przeobrażeniem wspólnotowej percepcji przestępczości korupcyjnej, wcześniej postrzeganej jako element przestępczości przeciwko interesom finansowym WE, teraz zaś jako składowa przestępczości zorganizowanej²⁸.

Konwencja UE 1997 pozostawiła natomiast bez zmian drugie kryterium ograniczenia definicji korupcji biernej i czynnej, którym posłużono się wcześniej w Protokole 1996 do Konwencji WE. Ma ono charakter podmiotowy i sprowadza się do uczynienia punktem odniesienia dla zakresu regulacyjnego tych dwóch aktów prawa europejskiego przypadków korupcji, w których występują (jako sprawca lub przedmiot oddziaływania) tylko funkcjonariusze państw członkowskich Unii Europejskiej oraz funkcjonariusze Wspólnot Europejskich, nie zaś funkcjonariusze wszystkich państw lub wszystkich organizacji międzynarodowych.

²⁸ C. Nowak, *Korupcja...*, s. 168.

Tym ograniczeniem z oczywistych powodów nie posługują się inne konwencje, przyjęte na forach innych organizacji międzynarodowych, które Unia Europejska zdecydowała się włączyć do swego dorobku prawnego (chodzi tu o wymienione powyżej Konwencję OECD 1997, Konwencję RE 1999 i Konwencję ONZ 2003), zobowiązując państwa członkowskie do ich ratyfikacji, o ile nie uczyniły tego wcześniej. Ograniczenie podmiotowe oraz inne, specyficzne dla każdej z tych konwencji, znamiona limitujące ujęcie łapownictwa z elementem międzynarodowym zostały omówione już w poprzednich (Konwencja OECD 1997, Konwencja RE 1999) lub zostaną omówione w jednym z kolejnych podrozdziałów opracowania (Konwencja ONZ 2003)²⁹.

Przegląd unijnych regulacji w zakresie przestępczości korupcyjnej z elementem międzynarodowym byłby niepełny, gdyby nie wspomnieć o projekcie *Corpus Iuris*³⁰. Była to inicjatywa podjęta w drugiej połowie lat 90. ubiegłego wieku, zakładająca przygotowanie wspólnego zbioru regulacji karnych wymierzonych w przestępstwa finansowe i ekonomiczne na szkodę Unii Europejskiej. Pierwotna wersja projektu *Corpus Iuris*³¹, zawierająca propozycje uregulowań z zakresu prawa karnego materialnego i procesowego, została zaprezentowana w roku 1997 w hiszpańskim San Sebastian. Następnie, po przeprowadzeniu badań nad zgodnością ustawodawstw krajowych z przedłożonym projektem oraz możliwością implementacji

²⁹ Na przykład Konwencja OECD 1997 zakazuje wręczania łapówek funkcjonariuszom publicznym wszystkich państw, niezależnie od tego, czy państwo pochodzenia przekupywanego funkcjonariusza do niej przystąpiło. Podobnie Konwencja ONZ 2003, mówiąc o „zagranicznym funkcjonariuszu publicznym” i „funkcjonariuszu międzynarodowej organizacji publicznej”, szeroko zakreśla swój podmiotowy krąg odniesienia, wskazując na funkcjonariuszy wszystkich państw i wszystkich publicznych organizacji międzynarodowych. Z kolei Konwencja RE 1999 odnosi się do przypadków przekupstwa czynnego i biernego, popełnianych odpowiednio wobec lub przez: zagranicznego funkcjonariusza publicznego, zagranicznego arbitra oraz zagranicznego członka ławy przysięgłych każdego państwa niezależnie od tego, czy jest ono stroną tej konwencji. Podobnie rzecz ma się w wypadku członków zagranicznych zgromadzeń przedstawicielskich (każdego państwa), ale już w wypadku: funkcjonariuszy organizacji międzynarodowych i członków międzynarodowych zgromadzeń parlamentarnych – konwencja wprowadza ograniczenie do tych publicznych międzynarodowych lub ponadnarodowych organizacji lub instytucji, których stroną jest członkiem, zaś w wypadku sędziów i funkcjonariuszy sądów międzynarodowych do tych sądów międzynarodowych, których jurysdykcję strona uznała.

³⁰ Szerzej na ten temat zob. m.in.: A. Marek, *Problematyka Corpus Iuris*, „Monitor Prawniczy” 2002/3; A. Grzelak, *Unia Europejska a prawo karne*, Warszawa 2002, s. 135 i n.; B. Srebro, *Ochrona interesów finansowych Unii Europejskiej*, Kraków 2004, rozdział 5; C. Nowak, *Oszustwo i korupcja w Corpus Iuris a prawo polskie*, w: J.C. Ferré Olivé (red.), E. Musco, B. Kunicka-Machalska, J.A. Cabral y Otros, *Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción. Delictos financieros, fraude y corrupción en Europa*, vol. I, Salamanca 2002, s. 203 i n.

³¹ *Corpus Iuris. Wydanie dwujęzyczne*, przedm. E. Zielińska, tłum. A. Walczak-Żochowska, Warszawa 1999.

jego postanowień do porządków prawnych państw członkowskich UE, jego pierwsza wersja uległa rewizji³², w wyniku czego przedstawiono wersję drugą, noszącą nazwę – od miejsca jej prezentacji w 1999 r. – wersji florenckiej Corpus Iuris³³. Nowa jakość, którą w założeniu projektodawców miał przynieść ze sobą Corpus Iuris sprowadzała się do odejścia od dotychczasowej metody harmonizacji wewnętrznych porządków prawnych w drodze realizacji zobowiązania do implementacji postanowień aktu prawnego o charakterze konwencji międzypaństwowej – co poprzedza zawsze suwerenna decyzja państwa o związaniu się taką konwencją – na rzecz metody unifikacji krajowego porządku prawnego przy wykorzystaniu źródeł wspólnotowego prawa pochodnego (np. rozporządzenia)³⁴, co z kolei wiąże państwo członkowskie niejako automatycznie, bez potrzeby odebrania dodatkowego aktu suwerennej woli wyrażonej przez jego organy. To zresztą zapewne zdecydowało o zarzuceniu tego projektu, którego krytycy, jak się wydaje bardziej krytycy metody wprowadzenia aniżeli prawnokarnej zawartości, akcentowali, że Wspólnotom Europejskim nie przysługuje kompetencja do stanowienia prawa karnego w rozumieniu kryminalizowania określonych czynów jako przestępstw oraz rozciągania na ich sprawców własnej jurysdykcji, albowiem nie na to umawiały się państwa członkowskie we wspólnotowym prawie pierwotnym.

Niezależnie od fiaska projektu Corpus Iuris z pewnością niesie on ze sobą spore znaczenie poznawcze, a to głównie z uwagi na badawczo-komparatystyczne tło, jakie legło u podstaw jego przygotowania³⁵, a nawet – jak się wskazuje – wciąż jeszcze stanowić może cenne źródło inspiracji *de lege ferenda*³⁶. Z kronikarskiego

³² Osoby kierujące tymi badaniami na zlecenie Komisji Europejskiej: M. Delmas-Marty, J.A.E. Vervaele wydały następnie pod swoją redakcją opracowanie zbiorowe: M. Delmas-Marty (red.), J.A.E. Vervaele (red.), *The implementation of the Corpus Iuris in the Member States*, Antwerp–Groningen–Oxford 2000.

³³ Tekst wersji florenckiej Corpus Iuris zawiera m.in.: C. Van den Wyngaert (red.), *International Criminal Law. A Collection of International and European Instruments*, Kluwer International 2000, s. 225 i n.

³⁴ Szerzej na temat poszukiwań w prawie wspólnotowym podstawy prawnej dla wprowadzenia Corpus Iuris z pominięciem metody polegającej na przystąpieniu państwa do konwencji jako jej strony zob. B. Srebro, *Ochrona...*, rozdział 5, nb 14–15.

³⁵ Nad projektem na różnych jego etapach pracowano w ramach grupy badawczej European Legal Area Project, następnie w latach 1998–1999 badania zakończone raportem prowadzili M. Delmas-Marty, J.A.E. Vervaele, a finalnie Akademia Prawa Europejskiego w Trewirze. Szerzej na ten temat zob. B. Srebro, *Ochrona...*, rozdział 5, nb 9–11 oraz M. Delmas-Marty (red.), J.A.E. Vervaele (red.), *The implementation...*

³⁶ C. Nowak, *Korupcja...*, s. 179.

obowiązku wypada zatem poświęcić w tym miejscu kilka zdań tytułem zarysowania podstawowych elementów uregulowania kwestii zachowań korupcyjnych z elementem międzynarodowym w Corpus Iuris. Ulokowano je w rozdziale: „Przestępstwa popełnione przez urzędników” (ang. *Offences committed by officials*), choć nie wszystkie z wymienionych tam przestępstw należą do przestępstw indywidualnych. Wyjątek w tej grupie stanowi właśnie korupcja, którą włączono do Corpus Iuris jako korupcję bierną, popełnianą przez urzędnika, ale również jako korupcję czynną, przy której urzędnik pełni jedynie rolę przedmiotu oddziaływania sprawcy, którym może okazać się każdy. Pojęcie urzędnika zostało zdefiniowane w art. 5 (wersji florenckiej, dawny art. 3). Objęto nim na potrzeby Corpus Iuris urzędników europejskich i krajowych. Tym rozróżnieniem na dwie podkategorie urzędnicze wspólnotową i krajową projektodawcy nawiązali do sposobu ujęcia tej kwestii w Protokole 1996 do Konwencji WE oraz Konwencji UE 1997. Stosownie do art. 5 ust. 1 „urzędnikiem europejskim” jest:

- każda osoba, która jest urzędnikiem lub innym pracownikiem zatrudnionym na podstawie umowy o pracę w rozumieniu Regulaminu Pracowniczego;
- każda osoba oddelegowana do Wspólnot Europejskich przez państwo członkowskie lub jakiegokolwiek organy publiczne lub prywatne, która wykonuje funkcje ekwiwalentne do funkcji wykonywanych przez pozostałych urzędników lub pracowników Wspólnot Europejskich.

Z kolei zgodnie ze wskazówką zawartą w art. 5 ust. 1 *in fine* termin „urzędnik krajowy” należy interpretować poprzez odwołanie się do znaczenia pojęć „urzędnik” i „funkcjonariusz publiczny” nadanego w prawie krajowym państwa członkowskiego, w którym dana osoba pełni taką funkcję, w celu stosowania prawa karnego tego państwa.

Co ciekawe, przy definiowaniu pojęcia korupcji projektodawcy powrócili do znamienia naruszenia interesów finansowych Wspólnot Europejskich. W myśl art. 5 ust. 2 bierna i czynna korupcja stanowią przestępstwa, o ile naruszają interesy finansowe Wspólnot Europejskich. Wersja florencka Corpus Iuris odeszła natomiast od uznania za przestępstwo zachowań korupcyjnych, które jedynie mogą naruszyć interesy finansowe WE (narażają je na niebezpieczeństwo) – por. odmiennie Protokół

dotatkowy 1996 do Konwencji WE. Przy założeniu spełnienia warunku naruszenia interesów finansowych WE, „bierna korupcja” obejmuje zgodnie z art. 5 ust. 3 zachowanie urzędnika polegające na żądaniu lub akceptacji, bezpośrednio lub przez osobę trzecią, jakiegokolwiek oferty, obietnicy lub jakiegokolwiek korzyści:

- a) aby wykonać czynność urzędową w związku z pełnionymi obowiązkami z naruszeniem jego obowiązków służbowych;
- b) aby nie wykonywać czynności urzędowej lub czynności w związku z pełnionymi obowiązkami, którą jest zobowiązany wykonać.

Natomiast „czynna korupcja”, zgodnie z art. 5 ust. 4, polegać będzie (przy spełnieniu warunku z art. 5 ust. 2) na udzieleniu urzędnikowi, bezpośrednio lub przez osobę trzecią, oferty, obietnicy lub jakiegokolwiek innej korzyści, dla niego lub osoby trzeciej:

- a) aby skłonić go do wykonania czynności urzędowej w związku z pełnionymi obowiązkami, w taki sposób, aby zaprzeczyć tym obowiązkom;
- b) aby skłonić go do niewykonywania czynności urzędowej lub czynności w związku z jego obowiązkami, które jest zobowiązany wykonać.

2.3.2. Standard implementacyjny

W grupie unijnych aktów prawnych, które swym przedmiotem regulacji dotyczą problematyki korupcji z elementem międzynarodowym, główne znaczenie z punktu widzenia zobowiązań implementacyjnych dotyczących Rzeczypospolitej Polskiej wynika *de lege lata* ze sporządzonego w Dublinie 27.09.1996 r. Protokołu do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26.07.1995 r. Protokół ten został ratyfikowany przez Prezydenta RP 1.08.2008 r., by w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej wejść w życie 8.12.2008 r.³⁷ Chronologicznie później

³⁷ Zgodnie z art. 9 ust. 3 protokołu wszedł on w życie 17.10.2002 r., zaś zgodnie z art. 10 ust. 4 protokołu w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej wszedł w życie 8.12.2008 r. Zob. oświadczenie rządowe z 21.07.2009 r. w sprawie mocy obowiązującej Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich, sporządzonej w Brukseli 26.07.1995 r., Protokołu do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26.07.1995 r., sporządzonego w Dublinie 27.09.1996 r., Protokołu w sprawie interpretacji w trybie orzeczenia wstępnego przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26.07.1995 r., sporządzonego w Brukseli 29.11.1996 r. oraz Drugiego Protokołu do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 26.07.1995 r., sporządzonego w Brukseli 19.06.1997 r. (Dz. U. Nr 208, poz. 1604).

uchwalona Konwencja w sprawie zwalczania korupcji funkcjonariuszy Wspólnot Europejskich lub funkcjonariuszy państw członkowskich Unii Europejskiej z 26.05.1997 r.³⁸ nie została jeszcze ratyfikowana przez Prezydenta RP. Jej znaczenie normatywne z perspektywy Polski pozostaje więc potencjalne i przyszłe. Tym niemniej dla omówienia kwestii korupcji z elementem międzynarodowym lektura Konwencji 1997 UE ma pewien walor poznawczy. Jako że w jej tekście niemal dosłownie powtórzono większość postanowień Protokołu 1996 do Konwencji WE, przesądziło to objęcie poniżej wspólną charakterystyką postanowień obu tych aktów prawnych, z zastrzeżeniem odnotowania występujących między nimi różnic.

Standard implementacyjny w zakresie korupcji z elementem międzynarodowym, jaki nakłada na państwa-strony Protokół 1996 do Konwencji WE oraz Konwencja 1997 UE zakłada obligatoryjne uznanie za przestępstwo w krajowych porządkach prawnych czynów określonych w tych dwóch traktatach mianem korupcji biernej i czynnej, popełnianych odpowiednio przez lub wobec funkcjonariuszy (urzędników) wspólnotowych i krajowych. Zakres tak zarysowanego obowiązku implementacyjnego wyznaczają przede wszystkim traktatowe definicje: funkcjonariusza (urzędnika) wspólnotowego i krajowego oraz korupcji biernej i czynnej.

W celu uproszczenia stylizacji przepisów oba charakteryzowane akty normatywne posługują się zbiorczym pojęciem funkcjonariusza (urzędnika), które zgodnie z art. 1 ust. 1a Protokołu 1996 do Konwencji WE (odpowiednio art. 1 a) Konwencji 1997 UE) obejmuje pojęcie funkcjonariusza (urzędnika) wspólnotowego oraz pojęcie funkcjonariusza (urzędnika) krajowego wszystkich państw członkowskich. Zgodnie

³⁸ Dz. Urz. UE C 195 z 1997, s. 2; polskie wyd. specj. Dz. Urz. UE, rozdz.19, t. 8, s. 136. Zasadniczo konwencja nie weszła jeszcze w życie. Na mocy art. 13 ust. 1–5 państwa członkowskie notyfikują Sekretariatowi Generalnemu Rady Unii Europejskiej zakończenie procedur ustanowionych przez ich odpowiednie wymogi konstytucyjne, dotyczące przyjęcia niniejszej konwencji (ust. 2). Konwencja wchodzi w życie 90 dni po notyfikacji określonej w ustępie 2, dokonanej przez państwo członkowskie, które dokonało tej formalności jako ostatnie (ust. 3). W traktacie przewidziano jednak furtkę, która pozwala, aby zainteresowane państwa mogły stosować przepisy konwencji wcześniej, tj. zanim nastąpi jej ostateczna ratyfikacja przez wszystkie państwa członkowskie. Zgodnie z ust. 4, do momentu wejścia w życie konwencji każde państwo członkowskie, w drodze oświadczenia, może dopuścić jej stosowanie, z wyjątkiem art. 12, w stosunkach z tymi państwami członkowskimi, które wydały takie samo oświadczenie. Konwencja zaczyna być stosowana w odniesieniu do państwa członkowskiego, które wydaje takie oświadczenie, pierwszego dnia miesiąca następującego po upływie okresu 90 dni od dnia złożenia jego oświadczenia. Natomiast państwo członkowskie, które nie wydało oświadczenia, o którym mowa w ust. 4, może stosować niniejszą konwencję w odniesieniu do innych umawiających się państw członkowskich na podstawie dwustronnych porozumień (ust. 5).

z tym założeniem, ilekroć w ich treści pojawia się termin funkcjonariusz (urzędnik), należy odnieść go do pozostałych dwóch kategorii składowych. Wyznaczenie zakresu regulacyjnego obu charakteryzowanych aktów prawa europejskiego w ten sposób, że punktem odniesienia uczyniono w nich przypadki korupcji popełniane przez lub wobec funkcjonariuszy (urzędników) wspólnotowych i krajowych państw członkowskich UE, w istotny sposób wpływa na wyznaczenie zakresu obowiązku implementacyjnego. Z perspektywy ustawodawcy krajowego kryminalizacji poddane powinny zostać jedynie te przypadki korupcji, w których jako sprawca lub przedmiot oddziaływania sprawcy występują tylko: funkcjonariusze państw członkowskich UE lub funkcjonariusze Wspólnot Europejskich, nie zaś funkcjonariusze wszystkich państw lub wszystkich organizacji międzynarodowych, jak to wynika chociażby z obowiązku implementacyjnego postanowień Konwencji OECD 1997.

Termin funkcjonariusz (urzędnik) wspólnotowy został zdefiniowany w art. 1 ust. 1b Protokołu 1996 do Konwencji WE (odpowiednio w art. 1 b) Konwencji 1997 UE), objęto nim trzy różne grupy osób:

- 1) te, które są urzędnikami lub innymi pracownikami zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę, w rozumieniu regulaminu pracowniczego urzędników Wspólnot Europejskich albo warunków zatrudnienia innych pracowników Wspólnot Europejskich;
- 2) te, które zostały oddelegowane do Wspólnot Europejskich przez państwa członkowskie lub przez inne organy prywatne bądź publiczne, które pełnią takie same funkcje jak pozostali urzędnicy Wspólnoty Europejskiej lub inni pracownicy;
- 3) ponadto „jako funkcjonariusze wspólnotowi traktowani są” członkowie organów utworzonych zgodnie z Traktatami ustanawiającymi Wspólnoty Europejskie i personel takich organów w zakresie, w jakim regulamin pracowniczy urzędników Wspólnot Europejskich albo warunki zatrudnienia innych pracowników Wspólnot Europejskich nie mają wobec nich zastosowania.

O ile sposób zdefiniowania pojęcia funkcjonariusza (urzędnika) wspólnotowego ma charakter autonomiczny, w wypadku terminu „funkcjonariusz (urzędnik) krajowy” oba

akty prawne odsyłają do znaczenia nadanego w systemach prawnych państw członkowskich. Zgodnie z art. 1 ust. 1c Protokołu 1996 do Konwencji WE (odpowiednio art. 1 c) Konwencji 1997 UE) określenie „funkcjonariusz (urzędnik) krajowy” należy rozumieć w odniesieniu do definicji „funkcjonariusza (urzędnika)” lub „funkcjonariusza (urzędnika) publicznego” w prawie krajowym państwa członkowskiego, w którym dana osoba pełni taką funkcję do celów stosowania prawa karnego tego państwa członkowskiego. O. Górniok wyjaśnia przy tej okazji, że użyty tu zwrot „w prawie krajowym” odnosi się nie tylko do definicji ustawowych, ale i wykładni nazw, jakimi określany jest podmiot lub przedmiot oddziaływania korupcji w prawie danego kraju³⁹. Niemniej jednak, w przypadku procedur dotyczących funkcjonariusza państwa członkowskiego, podjętych przez inne państwo członkowskie, to drugie nie jest zobowiązane do stosowania definicji „funkcjonariusza krajowego”, jeżeli nie jest ona zgodna z jego prawem krajowym (art. 1 ust. 1c *in fine* Protokołu 1996 WE, art. 1c) *in fine* Konwencji 1997 UE).

Traktatowa definicja tzw. korupcji biernej została zawarta w art. 2 ust. 1 Protokołu 1996 do Konwencji WE. Sposób ujęcia niektórych znamion tego czynu pozostawia nieco do życzenia, jeśli chodzi o oddanie w klarowny sposób ich zakresu. Po wysiłkach tłumaczy, których efekt skutkowałam oficjalnym tłumaczeniem tekstu Protokołu na język polski w Dzienniku Ustaw⁴⁰, obowiązek implementacyjny państwa polskiego w zakresie ujęcia znamion biernej korupcji obejmuje zasadniczo uznanie za przestępstwo w krajowym porządku prawnym: „umyślnego zachowania funkcjonariusza, który bezpośrednio bądź przez pośrednika żąda lub osiąga jakiegokolwiek korzyści dla siebie albo dla strony trzeciej, lub też akceptuje obietnicę takiej korzyści dla podjęcia albo powstrzymania działań należących do jego obowiązków lub pod warunkiem wykonania jego zadań z naruszeniem służbowych obowiązków w sposób szkodzący lub mogący zaszkodzić interesom finansowym Wspólnot Europejskich”. Zasadniczo ten sam czyn biernej korupcji, jak się wydaje, czytelniej został ujęty w art. 2 ust. 1 Konwencji 1997 UE, jako: „umyślne działanie urzędnika, który bezpośrednio lub za pośrednictwem żąda lub otrzymuje korzyści dowolnego rodzaju dla siebie lub strony trzeciej lub przyjmuje obietnicę takiej korzyści w zamian za dokonanie lub powstrzymanie się, z naruszeniem swoich

³⁹ O. Górniok, *Komentarz*, w: E. Zielińska (red.), *Prawo Wspólnot Europejskich...*, s. 264.

⁴⁰ Dz. U. z 2009 r. Nr 208, poz. 1603.

obowiązków urzędniczych, od dokonania czynności wynikającej z jego funkcji lub w ramach wykonywania jego funkcji”.

Z kolei w wypadku tzw. korupcji czynnej przepis art. 3 ust. 1 Protokołu 1996 do Konwencji WE nakłada na państwa-strony obowiązek uznania za przestępstwo w prawie wewnętrznym zachowań polegających na: „umyślnym działaniu kogokolwiek, kto obiecuje albo udziela, bezpośrednio lub przez pośrednika, jakiegokolwiek korzyści samemu funkcjonariuszowi lub stronie trzeciej dla funkcjonariusza, dla podjęcia albo powstrzymania się przez funkcjonariusza od działań należących do jego obowiązków dla wykonania jego zadań z naruszeniem służbowych obowiązków w sposób szkodzący lub mogący wyrządzić szkodę interesom Finansowym Wspólnot Europejskich”. Dla porównania w art. 3 ust. 1 Konwencji 1997 UE mowa jest o: „umyślnym działaniu kogokolwiek, polegającym na dawaniu obietnicy lub przekazywaniu, w sposób bezpośredni lub za pośrednictwem, korzyści dowolnego rodzaju, urzędnikowi lub stronie trzeciej, aby sprawić, by osoba ta dokonała lub powstrzymała się, z naruszeniem swoich obowiązków urzędniczych, od dokonania czynności wynikającej z jej funkcji lub w ramach wykonywania jej funkcji”.

Charakterystycznym elementem w ujęciu obu postaci korupcji jest zaakcentowanie relacji między przyjmowaną albo udzielaną korzyścią lub jej obietnicą, a oczekiwanym przez udzielającego łapówki zachowaniem funkcjonariusza (urzędnika). Tu zasadza się też podstawowa różnica w ujęciu opisu czynów korupcji w obu charakteryzowanych dokumentach. W Protokole 1996 do Konwencji WE opis okupionego łapówką zachowania funkcjonariusza zakłada podjęcie działania „w sposób szkodzący lub mogący wyrządzić szkodę interesom Finansowym Wspólnot Europejskich”. Protokół stawia więc wymóg, aby funkcjonariusz doprowadził swoim zachowaniem do wystąpienia określonego skutku w postaci wyrządzenia realnej szkody interesom finansowym WE, ewentualnie zagrożenia tych interesów możliwością wyrządzenia takiej szkody. Natomiast przekupujący powinien objąć swoim zamiarem wystąpienie takich skutków, będących założonym przez niego rezultatem zachowania funkcjonariusza. Z kolei w Konwencji 1997 UE całkowicie odstąpiono od wymogu naruszenia lub zagrożenia interesów finansowych WE.

Oba charakteryzowane akty prawa europejskiego zasadniczo rzecz biorąc pozostawiają do decyzji państw-stron wybór metody implementacji ich szczegółowych postanowień do krajowych porządków prawnych. Kładą przy tym jedynie nacisk na osiągnięcie określonego celu. W stosownych przepisach mówi się generalnie o konieczności „podjęcia wszelkich niezbędnych środków w celu zapewnienia”, że sposób postępowania określony w Protokole 1996 do Konwencji WE oraz Konwencji 1997 UE jako korupcja bierna lub korupcja czynna uznany zostanie w prawie sygnatariuszy za przestępstwo (art. 2 ust. 2 i art. 3 ust. 2 Protokołu 1996 do Konwencji WE oraz art. 2 ust. 2 i art. 3 ust. 2 Konwencji 1997 UE). Przy tak szerokim ujęciu w praktyce w grę wejść mogą różne metody implementacji, w tym w szczególności: przeniesienie *in extenso* postanowień traktatu do kodeksu karnego, modyfikacja znamion użytych do budowy ustawowego opisu czynu zabronionego, zwłaszcza znamion mających charakter definicji normatywnych, wprowadzenie do kodeksu karnego nowych typów przestępstw, ewentualnie wykorzystanie tzw. klauzul asymilacyjnych, rozciągających zasady odpowiedzialności za przestępstwa korupcyjne z udziałem własnych (krajowych) podmiotów pełniących funkcję publiczną na podmioty pełniące funkcję publiczną w innych państwach lub organizacjach międzynarodowych⁴¹. Wyjątkiem od zasady swobody doboru metody implementacji jest kryminalizacja przypadków korupcji popełnianych przez lub wobec: członków Komisji Wspólnot Europejskich, Parlamentu Europejskiego, Trybunału Sprawiedliwości i Trybunału Obrachunkowego Wspólnot Europejskich. W odniesieniu do odpowiedzialności karnej za akty korupcji biernej lub czynnej, popełnione odpowiednio przez lub wobec osób należących tego kręgu podmiotów, zadekretowano wykorzystanie metody asymilacji na wzór odpowiedzialności przyjętej w prawie karnym strony za te same przestępstwa, popełniane przez lub wobec: ministrów jej rządu, wybieranych członków izb parlamentu, członków najwyższych sądów (Im) lub członków trybunału obrachunkowego (art. 4 ust. 2 Protokołu 1996 do Konwencji WE oraz art. 4 ust. 1 Konwencji 1997 UE). Państwo członkowskie może jednak w jednym wypadku odstąpić od zasady asymilacji w ukształtowaniu odpowiedzialności członków Komisji Europejskiej na wzór ministrów własnego rządu. Chodzi o sytuację, w której przyjęło ono w swoim ustawodawstwie wewnętrznym

⁴¹ Szerzej na temat metod wykorzystywanych przez ustawodawców krajowych do implementacji postanowień konwencji antykorupcyjnych w wybranych porządkach prawnych zob. C. Nowak, *Korupcja...*, s. 277–332.

przepisy regulujące szczególną odpowiedzialność ministrów własnego rządu z racji ich pozycji politycznej za działania lub zaniechania (np. odpowiedzialność przed Trybunałem Stanu). Wówczas wystarczy, aby państwo członkowskie zapewniło, że członkowie Komisji Wspólnot Europejskich są objęci ustawodawstwem karnym wdrażającym kryminalizację korupcji czynnej i biernej, określonej w art. 2 i 3 (Protokołu 1996 do Konwencji WE oraz Konwencji 1997 UE).

Protokół 1996 do Konwencji WE oraz Konwencja 1997 UE rozszerzają obowiązki implementacyjne państw członkowskich o kryminalizację form zjawiskowych, polegających na współuczestniczeniu oraz nakłanianiu (namawianiu) do popełnienia czynów korupcji biernej lub czynnej (art. 5 ust. 1). Dodatkowo w obu aktach prawnych zawarto klauzule nakazujące wprowadzenie odpowiedzialności karnej dyrektorów przedsiębiorstw lub dowolnych osób w przedsiębiorstwie, posiadających prawo podejmowania decyzji lub wykonywania kontroli za czyny korupcyjne popełnione przez podlegające im osoby, działające w imieniu przedsiębiorstwa (art. 7 Protokołu 1996 do Konwencji WE oraz art. 6 Konwencji UE). Chodzi tu o zagwarantowanie odpowiedzialności karnej podmiotów zarządzających przedsiębiorstwami, którzy zlecają lub nakazują swoim podwładnym popełnienie czynu korupcyjnego albo kierują jego wykonaniem, tym samym dopuszczają się zachowania, które można byłoby zakwalifikować jako sprawstwo polecające lub kierownicze. Protokół 1996 do Konwencji WE odnosi ten wymóg zarówno do czynów z zakresu korupcji czynnej, jak i korupcji biernej (por. art. 7 Protokołu 1996 do Konwencji WE). Konwencja 1997 UE zawęża go natomiast tylko do przejawów korupcji czynnej (por. art. 6 Konwencji UE).

Z kolei w zakresie kar i środków penalnych przed państwami-stronami postawiono wymóg, aby zachowania składające się na korupcję bierną lub czynną zostały zagrożone w ich wewnętrznych porządkach prawnych sankcjami karnymi, spełniającymi kryteria skuteczności, proporcjonalności oraz odstraszenia. W przypadkach poważnych czyn powinien zostać zagrożony nawet karą pozbawienia wolności w wysokości umożliwiającej dokonanie ekstradycji sprawcy (art. 5 ust. 1 Protokołu 1996 do Konwencji WE oraz art. 5 ust. 1 Konwencji 1997 UE). Pociągnięcie do odpowiedzialności karnej funkcjonariusza (urzędnika) krajowego lub wspólnotowego, który dopuścił się korupcji biernej, nie stanowi przy tym przeszkody do pociągnięcia go do odpowiedzialności dyscyplinarnej. Tym niemniej przy

określaniu kary, jaka ma być nałożona, krajowe sądy karne mogą, stosownie do zasad ich prawa krajowego, wziąć pod uwagę wszelkie kary dyscyplinarne nałożone już na tę samą osobę, za ten sam czyn (art. 5 ust. 2 Protokołu 1996 do Konwencji WE oraz art. 5 ust. 2 Konwencji 1997 UE).

Tytułem uzupełnienia warto jeszcze dodać, iż Protokół Drugi do Konwencji w sprawie ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich⁴², przyjęty 19.06.1997 r., rozszerzył katalog sankcji przewidzianych za przestępstwa określone w tej konwencji, w tym korupcję bierną i czynną, dodane art. 2 i 3 Protokołem 1996 do Konwencji WE, o instrumenty: konfiskaty lub odebrania narzędzi i wpływów (korzyści) pieniężnych, pochodzących m.in. z czynnej i biernej korupcji lub majątku, którego wartość odpowiada takim wpływom (korzyściom) (art. 5 Protokołu Drugiego 1997 do Konwencji WE).

2.4. Konwencja ONZ przeciwko korupcji z 31.10.2003 r.

Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji została uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 31.10.2003 r. Prezydent ratyfikował ją 8.09.2006 r., w Polsce weszła w życie 15.10.2006 r. Jak wynika z preambuły, państwa-strony przyjęły ten traktat motywowane przede wszystkim niepokojem wobec rosnących zagrożeń, jakie korupcja przynosi dla stabilności i bezpieczeństwa społeczeństw, szkodząc przy tym instytucjom i wartościom demokratycznym, etycznym i sprawiedliwości oraz trwałemu rozwojowi i rządowi prawa. Wśród zagrożeń, jakie niesie ze sobą korupcja, sygnatariusze konwencji wskazali m.in. na powiązania z innymi formami przestępczości, w szczególności przestępczości zorganizowanej i gospodarczej, jak również angażowanie w korupcję znacznych środków, mogących stanowić poważną część dochodów państw, co w dalszej perspektywie zagraża ich stabilności politycznej i trwałemu rozwojowi. W treści preambuły wyrażono przekonanie, że korupcja nie jest już tylko kwestią lokalną, lecz zjawiskiem międzynarodowym, które dotyka wszystkie społeczeństwa i gospodarki, pociąga za sobą konieczność międzynarodowej współpracy w celu zapobiegania mu oraz poddania kontroli. Efektywne zapobieganie i zwalczanie korupcji wymaga

⁴² Dz. Urz. UE C 221 z 1997 r., s. 12; polskie wyd. specj. Dz. Urz. UE rozdz.19, t. 8, s. 156.

wszechstronnego i wielopłaszczyznowego podejścia, które materializuje się w akcie konwencji poprzez wprowadzenie do jej tekstu nie tylko przepisów obejmujących obowiązek implementacji konkretnych typów przestępstw, pozwalających ścigać określone w nich praktyki korupcyjne (rozdział III), czy statuujących podstawy międzynarodowej współpracy w tym zakresie (rozdział IV), ale również uregulowań o charakterze swoistej prewencji antykorupcyjnej (rozdział II) oraz postanowień wymierzonych w możliwość korzystania z owoców przestępstwa poprzez doprowadzenie do odzyskania mienia z rąk przestępców, jego zwrotu lub konfiskaty (rozdział V)⁴³.

Standard implementacyjny w zakresie kryminalizacji zachowań korupcyjnych z elementem międzynarodowym, wynikający z przyjęcia Konwencji ONZ 2003, nakłada na państwa-strony przede wszystkim bezwzględny obowiązek uznania za przestępstwo w prawie wewnętrznym czynnej strony łapownictwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych i funkcjonariuszy międzynarodowych organizacji publicznych (art.16 ust. 1) oraz rozważenie takich kroków (obowiązek względny) w odniesieniu do biernej strony łapownictwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych i funkcjonariuszy międzynarodowych organizacji publicznych (art. 16 ust. 2).

Pojęcia „zagraniczny funkcjonariusz publiczny” oraz „funkcjonariusz międzynarodowej organizacji publicznej” zostały zdefiniowane dla potrzeb Konwencji w art. 2 (b), (c). Wykorzystano przy tym podejście autonomiczne, zgodnie z którym Konwencja samodzielnie określa treść pojęć, bez odsyłania w tym zakresie do prawa wewnętrznego państwa-strony⁴⁴. „Zagraniczny funkcjonariusz publiczny” oznacza każdą osobę sprawującą stanowisko ustawodawcze, wykonawcze, administracyjne lub sądowe w obcym państwie, zarówno z powołania, jak i z wyboru; oraz każdą

⁴³ Szerzej na temat standardów zawartych w Konwencji ONZ 2003 co do konfiskaty dochodów pochodzących z przestępstwa zob. E. Zielińska, *Konfiskata dochodów z przestępstwa w świetle Konwencji antykorupcyjnej ONZ z 2003 roku a przepisy polskiego prawa dotyczące przepadku przedmiotów lub korzyści z przestępstwa*, w: L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda. (red.) *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 411–424.

⁴⁴ Takie odesłanie do prawa wewnętrznego państwa-strony przewidziano natomiast w definicji (krajowego) funkcjonariusza publicznego (art. 2 a) z zastrzeżeniem, że dotyczyć będzie tylko przypadków wykorzystania tej definicji „dla celów pewnych szczególnych środków, o których w Rozdziale II (Środki prewencyjne) niniejszej Konwencji”.

osobę pełniącą funkcję publiczną w państwie obcym zarówno w instytucji publicznej, jak i przedsiębiorstwie publicznym⁴⁵. Z kolei pod pojęciem „funkcjonariusza publicznej organizacji międzynarodowej” należy rozumieć międzynarodowego urzędnika służby cywilnej lub każdą osobę upoważnioną przez taką organizację do działania w jej imieniu.

Obowiązek implementacyjny państwa w zakresie uznania za przestępstwo czynnej strony łapownictwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych i funkcjonariuszy międzynarodowych organizacji publicznych (art. 16 ust. 1) obejmuje zachowania polegające na umyślnej obietnicy, propozycji wręczenia lub wręczeniu zagranicznemu funkcjonariuszowi publicznemu lub funkcjonariuszowi międzynarodowej organizacji publicznej, bezpośrednio lub pośrednio, nienależnej korzyści dla tego funkcjonariusza lub innej osoby bądź podmiotu, w celu podjęcia przez funkcjonariusza działania lub zaniechania działania podczas wykonywania swoich obowiązków służbowych, w celu otrzymania lub utrzymania możliwości prowadzenia działalności gospodarczej lub innej nienależnej korzyści w związku z prowadzeniem międzynarodowej działalności gospodarczej.

Konwencja ONZ 2003 definiuje także bierną stronę łapownictwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych i funkcjonariuszy międzynarodowych organizacji publicznych (art. 16 ust. 2). Jednakże, jak wspomniano wcześniej, w tym wypadku skłania jedynie strony do rozważenia wprowadzenia takiej kryminalizacji. Ostateczną decyzję pozostawia w tym względzie państwu, uzależniając od jego woli ewentualne rozszerzenie minimalnego standardu implementacyjnego, obejmującego czynną stronę łapownictwa (art. 16 ust. 1), o zachowania wyczerpujące bierną stronę łapownictwa, których dopuścili się zagraniczni funkcjonariusze publiczni lub funkcjonariusze międzynarodowych organizacji publicznych, polegające na umyślnym domaganiu się lub przyjęciu, bezpośrednio lub pośrednio, nienależnej korzyści dla takich funkcjonariuszy lub innej osoby bądź podmiotu w celu działania

⁴⁵ Zakresowo jest to definicja tożsama z pierwszą częścią definicji „zagranicznego funkcjonariusza publicznego”, przyjętej art. 1 ust. 4 a) Konwencji OECD 1997. Wprawdzie w art. 2 b) Konwencji ONZ 2003 dokonano rozróżnienia na stanowiska wykonawcze i administracyjne, a w art. 1 ust. 4 a) Konwencji OECD 1997 mowa jest tylko o stanowisku administracyjnym, wydaje się uzasadnione twierdzenie, że administracja publiczna w szerokim znaczeniu obejmuje także władzę wykonawczą. Podobnie kategoria „agendy publicznej” (Konwencja OECD 1997) i „instytucji publicznej” (Konwencja ONZ 2003) pozostają zakresowo tożsame.

lub zaniechania działania podczas wykonywania swoich obowiązków służbowych (art. 16 ust. 2).

Z perspektywy ustawodawcy krajowego istotne pozostaje jeszcze następujące rozróżnienie. Bezwzględny obowiązek implementacyjny odniesiony w Konwencji ONZ 2003 do czynnej strony łapownictwa wobec podmiotu zagranicznego został ograniczony do przypadków przekupstwa dokonanych w określonym, szczególnym celu, jakim – zgodnie z art. 16 ust. 1 – jest otrzymanie lub utrzymanie możliwości prowadzenia działalności gospodarczej lub innej nienależnej korzyści w związku z prowadzeniem międzynarodowej działalności gospodarczej. Powiązanie aktu przekupstwa z kontekstem międzynarodowej działalności gospodarczej stanowi nawiązanie do sposobu ujęcia tego przestępstwa w Konwencji OECD 1997 (por. art. 1 ust. 1). Podobnego ograniczenia nie zawiera natomiast przyjęty w konwencji ONZ 2003 ujęcie biernej strony łapownictwa (art. 16 ust. 2), przy którym rekomenduje się rozważenie kryminalizacji aktów sprzedajności zagranicznych funkcjonariuszy publicznych lub funkcjonariuszy międzynarodowych organizacji publicznych niezależnie od tego, czy obejmowali swoim zamiarem pomoc w prowadzeniu międzynarodowej działalności gospodarczej, czy też domagali się bądź przyjęli łapówkę z innych powodów.

Charakteryzując zakres ewentualnej kryminalizacji w prawie krajowym, warto także zwrócić uwagę, że Konwencja ONZ 2003 uwzględnia środek łapownictwa w postaci „obietnicy” nienależnej korzyści jedynie po stronie dającego, zaś w opisie zachowania biorcy pomija znamię „przyjęcia obietnicy”.

W art. 27 Konwencja rozszerza obowiązki implementacyjne na formy zjawiskowe i stadialne popełnienia przestępstw określonych w jej postanowieniach. Bezwzględny obowiązek implementacji dotyczy form zjawiskowych, wśród których Konwencja wymienia: współsprawstwo, pomocnictwo, podżeganie (art. 27 ust. 1). Natomiast w odniesieniu do form stadialnych: usiłowania i przygotowania, Konwencja pozostawia swobodę decyzji stronom („Państwo może przyjąć...”).

W zakresie kar i innych środków penalnych Konwencja ONZ 2003 nakłada na państwa-strony następujące obowiązki. Na mocy art. 30 ust. 1 strony zobowiązano do zapewnienia, że popełnienie przestępstwa ustanowionego zgodnie z tym

traktatem będzie zagrożone sankcjami uwzględniającymi ciężar danego przestępstwa. Stosownie do art. 30 ust. 5 każde państwo-strona uwzględni wagę przestępstwa przy rozważaniu możliwości wcześniejszego zwolnienia lub warunkowego zwolnienia osoby skazanej za dane przestępstwo. Z kolei na podstawie art. 30 ust. 7 dopuszcza się możliwość ustanowienia przepisów zakazujących na czas określony, na podstawie orzeczenia sądu lub w innym stosownym trybie, zgodnie z przepisami prawa wewnętrznego, osobom skazanym za przestępstwa określone zgodnie z niniejszą konwencją: sprawowania funkcji publicznej oraz sprawowania funkcji w przedsiębiorstwie w całości lub częściowo należącym do państwa. Ten ostatni standard ma charakter jedynie fakultatywny, tzn. państwo ma rozważyć jego wprowadzenie i to tylko o tyle, o ile byłoby to uzasadnione wagą przestępstwa oraz w stopniu odpowiadającym podstawowym zasadom swojego systemu prawnego.

Konwencja ONZ 2003 dużo miejsca poświęca kwestiom przeciwdziałania korzystaniu przez sprawców z owoców przestępstwa, doprowadzeniu do odzyskania mienia z ich rąk, jego zwrotu lub konfiskaty (por. rozdział V „Zwrot korzyści”)⁴⁶. W tym m.in. przejawia się wielopłaszczyznowe podejście tego traktatu do kwestii zwalczania przestępstw korupcyjnych. Na mocy art. 31 ust. 1 państwa-strony zobowiązały się do wprowadzenia w ich wewnętrznych porządkach prawnych konfiskaty dochodów pochodzących z przestępstw ustanowionych zgodnie z konwencją lub mienia wartości odpowiadającej wysokości takich dochodów. Zgodnie z art. 2 g) „konfiskata” obejmuje odpowiednio również przepadek i oznacza trwałe pozbawienie mienia na mocy decyzji sądu lub innego właściwego organu. Z kolei podług definicji zawartej w art. 2 e) „dochody z przestępstwa” oznaczają każde mienie pochodzące lub uzyskane, bezpośrednio lub pośrednio, z popełnienia przestępstwa.

W szczegółowych postanowieniach Konwencja ONZ 2003 rozwija standard implementacyjny w zakresie konfiskaty mienia, tak aby zagwarantować skuteczne stosowanie tego instrumentu w krajowych porządkach prawnych nawet w wypadkach, w których sprawca ukrył owoce przestępstwa lub podjął działania mające na celu zalegalizowanie ich pochodzenia. W związku z tym na strony nakłada się dodatkowe obowiązki związane z implementacją art. 31. Jeżeli dochody

⁴⁶ E. Zielińska, *Konfiskata dochodów...*, s. 411–424.

z przestępstwa zostały przekształcone lub zamienione, w części lub całości, na inne mienie, wówczas takie mienie – w miejsce dochodów – będzie podlegało środkom wymienionym w niniejszym artykule (ust. 4 tegoż artykułu). Jeżeli natomiast dochody z przestępstwa zostały przemieszane z mieniem nabytym z legalnych źródeł, wówczas takie mienie – bez uszczerbku dla jakichkolwiek uprawnień odnoszących się do zakazu obrotu lub zajęcia – będzie podlegało konfiskacie do wysokości szacowanej wartości przemieszanych dochodów (ust. 5 tegoż artykułu). Wpływy lub inne korzyści pochodzące z dochodów z przestępstwa, z mienia, na które dochody z przestępstwa zostały przekształcone lub zamienione, lub z mienia, z którym dochody z przestępstwa zostały przemieszane, będą również podlegały środkom wymienionym w niniejszym artykule, w taki sam sposób i w takim samym zakresie, co dochody z przestępstwa (ust. 6 tegoż artykułu). Ponadto państwa-strony mogą rozważyć możliwość wprowadzenia przepisów (względny obowiązek implementacyjny), dających podstawę żądania, by sprawca wykazał legalne pochodzenie domniemanych dochodów z przestępstwa lub innego mienia podlegającego konfiskacie, w zakresie, w jakim wymóg taki jest zgodny z podstawowymi zasadami jego prawa wewnętrznego oraz z charakterem postępowania sądowego lub innego postępowania (ust. 8 tegoż artykułu).

3. Wpływ typizacji kazuistycznej w grupie przestępstw korupcyjnych

Decyzja ustawodawcy o wprowadzeniu nowelizacją z 9.09.2000 r. przepisów art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. oraz wprowadzenie nowelizacją z 13.06.2003 r. definicji osoby pełniącej funkcję publiczną (art. 115 § 19 k.k.), zawierającej kategorię „innej osoby, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową” może być analizowana nie tylko z perspektywy stopnia realizacji obowiązku implementacji relewantnych postanowień traktatowych do krajowego porządku prawnego. Po wejściu w życie tych uregulowań, zawarta w nich treść normatywna stała się integralną częścią ustawowego opisu przestępstw sprzedajności i przekupstwa o.p.f.p. Nastąpiło w ten sposób uszczegółowienie opisów poszczególnych typów czynów zabronionych, co stanowi przejaw szerszego mechanizmu normatywnego, polegającego na wykorzystaniu techniki typizacji kazuistycznej przy konstruowaniu opisu czynu zabronionego⁴⁷.

Pod rządami obowiązującej kodyfikacji karnej znaczenie tej techniki legislacyjnej zdecydowanie wzrosło przy budowie ustawowej określoności poszczególnych typów przestępstw korupcyjnych. Zasadniczo jej wpływ można zaobserwować na poziomie wyodrębnienia typu przestępstwa oraz uszczegółowienia zakresu pojedynczego znamienia, co w grupie przestępstw korupcyjnych dało o sobie znać w czterech odsłonach.

Po pierwsze, ustawodawca zidentyfikował nowe obszary potencjalnie zagrożone praktykami korupcyjnymi, w których walka z korupcją ma być prowadzona przy wykorzystaniu regulacji prawnokarnej. Wśród nich znalazły się instytucje wyborów i referendum, zawody sportowe, działalność biznesowa, rynek leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego i wyrobów medycznych. W konsekwencji w treści samego kodeksu karnego, jak również w obowiązujących równolegle ustawach szczególnych, przybyło wiele nowych typów przestępstw

⁴⁷ Na temat wykorzystania dwóch technik typizacji – kazuistycznej i syntetycznej przy konstruowaniu ustawowych opisów typów przestępstw zob. szerzej T. Bojarski, *Odmiany podstawowych typów przestępstw w polskim prawie karnym*, Warszawa 1982, s. 32–36.

korupcyjnych bądź to reaktywowanych po okresie niebytu w porządku prawnym (przypadek korupcji wyborczej z art. 250a § 1 i 2 k.k., znanej kodeksowi karnemu z 1932 r. – por. z zastrzeżeniem odmienności znamion art. 121–122⁴⁸, a pominiętej w k.k. z 1969 r.⁴⁹), bądź też zupełnie nieznanymi wcześniej polskiemu ustawodawstwu (por. art. 230a § 1–2 k.k., art. 296a § 1–4 k.k., [uchylony art. 296b § 1 i 2 k.k.]⁵⁰, art. 46 § 1–4, art. art. 48 § 1–3 ustawy z 25.06.2010 r. o sporcie (dalej: u.s.), art. 128 ustawy – Prawo farmaceutyczne (dalej: pr. farm.)⁵¹, [uchylone art. 192b ust. 1 i 2 oraz art. 192c ust. 1 i 2 ustawy – o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych⁵²]⁵³, art. 54 ust. 1–4 ustawy z 12.05.2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (dalej: u.r.l.). Dołączyły one do niejako tradycyjnych już przestępstw korupcyjnych (art. 228 § 1–5, 229 § 1–5, 230 § 1–2, 302 § 2–3 k.k.), mających swoje odpowiedniki we wcześniejszych kodyfikacjach tj.: kodeksie karnym z 1969 r. (por. art. 239 § 1–3, art. 240, 241 § 1–4 i art. 244) oraz kodeksie karnym z 1932 r. (por. art. 134, 135, art. 279 § 1–2, art. 290 § 1–2), a także art. 10 dekretu Prezydenta Rzeczypospolitej z 22.11.1938 r. o ochronie niektórych interesów państwa⁵⁴.

Po drugie, technika typizacji kazuistycznej stała się środkiem prowadzącym do zdefiniowania w kodeksie karnym pojęcia osoby pełniącej funkcję publiczną. Pojęcie to, zanim nabrało charakteru definicji normatywnej, zostało wykorzystane przez ustawodawcę jako znamię kluczowe w opisie poszczególnych typów sprzedajności

⁴⁸ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11.07.1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. R.P. Nr 60, poz. 571). Dla porządku należy przypomnieć, iż w zakresie przeciwdziałania korupcji wyborczej k.k. z 1932 r. przewidywał jeszcze jedno przestępstwo, niemające odpowiednika w obowiązującym kodeksie karnym. Stosownie do art. 123 k.k. z 1932 r. ściganiu podlegało przyjęcie albo żądanie łapówki za wywarcie wpływu na sposób głosowania uprawnionego lub powstrzymanie się od głosowania.

⁴⁹ Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94).

⁵⁰ Art. 296b k.k. został uchylony przez art. 64 ustawy z 25.06.2010 r. o sporcie (Dz. U. Nr 127, poz. 857). Przepis przestał obowiązywać 16.10.2010 r.

⁵¹ Ustawa z 6.09.2001 r. – Prawo farmaceutyczne (tekst jedn.: Dz. U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271 ze zm.).

⁵² Ustawa z 27.08.2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027).

⁵³ Art. 192b i 192c zostały uchylone przez art. 63 pkt 37 ustawy z 12.05.2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. Nr 122, poz. 696). Przepisy przestały obowiązywać 1.01.2012 r.

⁵⁴ Dz. U. z 1938 r. Nr 91, poz. 623.

(art. 228 § 1–5 k.k.) i przekupstwa (art. 229 § 1–4 k.k.) oraz czynnej strony płatnej protekcji (art. 230a § 1–2 k.k.). Sama definicja osoby pełniącej funkcję publiczną nie znalazła się jednak w kodeksie karnym w dniu jego wejścia w życie. Wprowadzono ją później przepisem art. 115 § 19 k.k., dodanym do kodeksu karnego na mocy nowelizacji z 13.06.2003 r., zwanej potocznie nowelą antykorupcyjną⁵⁵. Do 1.07.2003 r., tj. wejścia w życie tej nowelizacji, wykładnia znamienia osoby pełniącej funkcję publiczną była domeną doktryny i orzecznictwa.

Stosownie do przepisu art. 115 § 19 k.k. w pojęciu osoby pełniącej funkcję publiczną wyróżnione zostały cztery zasadnicze kategorie zbiorcze. Są to:

1. funkcjonariusz publiczny;
2. członek organu samorządowego;
3. osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, chyba że wykonuje wyłącznie czynności usługowe;
4. inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową.

W kolejnych latach ustawodawca kontynuował proces egzemplifikacyjnego uszczegółowienia zakresu znamienia osoby pełniącej funkcję publiczną, co przybrało formę korekt wprowadzanych do definicji funkcjonariusza publicznego – pojęcia składowego o.p.f.p., zdefiniowanego oddzielnie w art. 115 § 13 k.k. Zmiany dokonane po 1.07.2013 r. polegały na:

- dodaniu pkt 2a, na podstawie którego do grona funkcjonariuszy publicznych włączono posłów do Parlamentu Europejskiego⁵⁶;
- modyfikacji treści pkt 3⁵⁷, co objęło: usunięcie kategorii „osoby orzekającej w sprawach o wykroczenia”, włączenie do grona funkcjonariuszy publicznych

⁵⁵ Art. 115 § 19 k.k. dodany przez art. 1 pkt 3 lit. b ustawy z 13.06.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 111, poz. 1061), wszedł w życie 1.07.2003 r.

⁵⁶ Art. 115 § 13 pkt 2a został dodany przez art. 179 pkt 1 ustawy z 23.01.2004 r. – Ordynacja wyborcza do Parlamentu Europejskiego (Dz. U. Nr 25, poz. 219) z dniem 1.03.2004 r.

⁵⁷ Dla porządku należy w tym miejscu przypomnieć, że pkt 3 art. 115 § 13 k.k. był modyfikowany już wcześniej. Zmiana polegała na zastąpieniu terminu „zawodowy kurator sądowy” szerszym terminem „kurator sądowy”, obejmującym sądowych kuratorów zawodowych i społecznych. Art. 115 § 13 pkt 3

„funkcjonariusza finansowego organu postępowania przygotowawczego lub organu nadrzędnego nad finansowym organem postępowania przygotowawczego”⁵⁸ oraz „syndyka”, „nadzorcę sądowego” i „zarządcę”⁵⁹;

- dodaniu pkt 9, mocą którego do grona funkcjonariuszy publicznych włączono „pracownika międzynarodowego trybunału karnego”, o ile nie pełni w nim „wyłącznie czynności usługowych”⁶⁰.

Kazuistyczny charakter definicji osoby pełniącej funkcję publiczną przejawia się w jeszcze jednym aspekcie. Polega on na włączeniu w zakres pełnienia funkcji publicznej zadań realizowanych przez podmioty *sensu stricto* prywatne, sędziowanych na ich rzecz przez państwo w wyniku procesu prywatyzacji zadań publicznych. Stało się to możliwe dzięki wykorzystaniu przez ustawodawcę w art. 115 § 19 k.k. wyjątkowo pojemnych znamion, które swoim zakresem obejmują nie tylko „instytucje państwowe i samorządu terytorialnego”, charakterystyczne dla rodzajowego przedmiotu ochrony przestępstw z rozdziału XXIX k.k., ale również podmioty leżące poza ścisłą strukturą organizacyjną państwa. Zabieg ten przekłada się bezpośrednio na zakres kryminalizacji przestępstw korupcyjnych, w których opisie zostało wykorzystane znamię o.p.f.p. W rezultacie tej zmiany takie osoby, jak np. kontrolerzy biletów, diagności stacji obsługi pojazdów, czy lekarze w niepublicznych zakładach opieki społecznej, stały się zdadne do ponoszenia odpowiedzialności karnej za przyjęcie łapówki w związku z pełnioną funkcją na równi z policjantami czy urzędnikami administracji publicznej. Analogicznie mogą oni również wystąpić w roli przedmiotu oddziaływania sprawcy przekupstwa.

Po trzecie, w drodze nowelizacji kodeksu karnego z 9.09.2000 r.⁶¹, dzięki wprowadzeniu przepisów art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k., ustawodawca rozszerzył za

zmieniony przez art. 95 ustawy z 27.07.2001 r. o kuratorach sądowych (Dz. U. Nr 98, poz. 1071) z dniem 1.01.2002 r.

⁵⁸ Art. 115 § 13 pkt 3 został zmieniony przez art. 5 ustawy z 28.07.2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 178, poz. 1479) z dniem 17.12.2005 r.

⁵⁹ Art. 115 § 13 pkt 3 został zmieniony przez art. 22 ustawy z 15.06.2007 r. o licencji syndyka (Dz. U. Nr 123, poz. 850) z dniem 10.10.2007 r.

⁶⁰ Art. 115 § 13 pkt 9 dodany został przez art. 1 pkt 2 lit. a ustawy z 20.05.2010 r. (Dz. U. Nr 98, poz. 626) zmieniającej nin. ustawę 8.09.2010 r.

⁶¹ Art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. zostały wprowadzone art. 1 pkt 2 i 3 ustawy z 9.09.2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

pomocą tzw. klauzul asymilacyjnych⁶² zakres kryminalizacji przestępstw sprzedajności i przekupstwa o.p.f.p., obejmując nim zachowania popełnione przez osoby pełniące funkcję publiczną w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej lub podjęte wobec takich osób.

Zgodnie z art. 228 § 6 k.k. kary określone w art. 228 § 1–5 k.k. znajdują zastosowanie nie tylko do krajowych o.p.f.p., ale również ich zagranicznych odpowiedników, dopuszczających się przestępstw sprzedajności w związku z pełnieniem funkcji publicznej w państwach obcych lub organizacjach międzynarodowych. Z kolei stosownie do analogicznej regulacji zawartej w art. 229 § 5 k.k., karom określonym w art. 229 § 1–4 k.k. podlegać będzie nie tylko sprawca przekupstwa krajowej o.p.f.p., ale również na zasadzie odpowiedniości ten, kto udziela albo obiecuje udzielić łapówki osobie pełniącej funkcję publiczną w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej, w związku z pełnieniem tej funkcji.

Wymienione przepisy mówią wprawdzie o „odpowiednim podleganiu karom”, nie ulega jednak wątpliwości, że w pierwszym wypadku, na mocy klauzuli z art. 228 § 6 k.k., ustawodawca rozszerzył podmiotowy zakres kryminalizacji zorientowany na znamię sprawcy czynów sprzedajności. W drugim zaś, powiększenie zasięgu kryminalizacji przestępstw przekupstwa jest – zgodnie z dyspozycją art. 229 § 5 k.k. – wynikiem rozszerzenia o nowe kategorie zakresu znamienia przedmiotu czynności wykonawczej.

Po czwarte, przy konstruowaniu poszczególnych typów przestępstw korupcyjnych, zarówno w ich tradycyjnym, jak i tym nowym obszarze kryminalizacji, ustawodawca sięgał coraz chętniej do typów zmodyfikowanych. Głównie przejawiało się to we wprowadzeniu typów uprzywilejowanych wypadkiem mniejszej wagi. We wskazanym okresie ich liczba wyraźnie wzrosła, sięgając aż 18 przypadków (w porównaniu z dwoma w k.k. z 1969 r.)⁶³.

konkurencji, ustawy o zamówieniach publicznych oraz ustawy – Prawo bankowe (Dz. U. Nr 93, poz. 1027). Przepisy weszły w życie 4.02.2001 r.

⁶² Szerzej na temat tzw. klauzul asymilacyjnych z art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. zob. C. Nowak, *Korupcja...*, s. 359–369.

⁶³ Wśród nich znalazły się typy uprzywilejowane: sprzedajności i przekupstwa osoby pełniącej funkcję publiczną (art. 228 § 2 i art. 229 § 2 k.k.), biernej i czynnej strony płatnej protekcji (art. 230 § 2 i art. 230a § 2 k.k.), biernej i czynnej strony korupcji wyborczej i referendalnej (art. 250a § 3 w zw. z § 1 i 2

Ta wzrostowa tendencja nie objęła natomiast tak silnie typów kwalifikowanych. W grupie przestępstw korupcyjnych w większości przypadków ustawodawca nie zdecydował się na zmodyfikowanie typów podstawowych znamionami kwalifikującymi, determinującymi surowszą odpowiedzialność karną sprawcy. Tak więc w obecnym stanie prawnym w tej grupie przestępstw typy kwalifikowane pozostają rozwiązaniem wyjątkowym. Towarzyszą tradycyjnie sprzedajności i przekupstwu o.p.f.p. (art. 228 § 3–5 i art. 229 § 3–4 k.k.). Z kolei pośród nowowprowadzonych przestępstw korupcyjnych wyodrębniono je tylko przy przestępstwach sprzedajności menadżerskiej (art. 296a § 4 k.k.) oraz sprzedajności i przekupstwa popełnianych w związku z zawodami sportowymi (art. 46 ust. 4 u.s.).

Zasięg oddziaływania typizacji kazuistycznej okazał się tu zatem ograniczony. Do pewnego stopnia stanowi to efekt niekonsekwencji ustawodawcy, który – pośród nowowprowadzonych przestępstw korupcyjnych – ulokował znamię „żądania” korzyści lub jej obietnicy, w ustawowym opisie typów podstawowych łapownictwa biernego, obok charakterystycznego dla nich znamienia „przyjmowania” (por. art. 296a § 1 k.k., art. 46 ust. 1 u.s. oraz art. 54 ust. 1, 2 i 3 u.r.l.⁶⁴). Jest to rozwiązanie dalece kontrowersyjne, jako że prowadzi do zrównania prawnokarnej oceny zachowań, charakteryzujących się w istocie różnym stopniem społecznej szkodliwości. Podobnie stypizowane było niegdyś przestępstwo sprzedajności o.p.f.p. w jego pierwotnym brzmieniu, zaraz po wejściu w życie kodeksu karnego (por. art. 228 § 1 k.k. w brzmieniu z 1.09.1998 r.)⁶⁵. Takie ujęcie spotkało się z krytyczną oceną doktryny, która przekonująco wskazywała wówczas, że stopień społecznej szkodliwości czynów sprzedajności, polegających na ostentacyjnym

k.k.), biernej i czynnej strony korupcji menadżerskiej (art. 296a § 3 w zw. z § 1 i 2 k.k.), sprzedajności i przekupstwa w sporcie (art. 46 § 3 w zw. z § 1 i 2 u.s.) oraz biernej i czynnej strony płatnej protekcji w sporcie (art. 48 § 3 w zw. z § 1 i 2 u.s.), szczególnych przypadków biernej i czynnej strony korupcji popełnionej w związku z refundacją leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia oraz wyrobów medycznych (art. 54 ust. 5 – łącznie w odniesieniu do 6 typów z ust. 1, 2, 3 oraz z ust. 4 w zw. z ust. 1, 2, 3 u.r.l.). Szerzej na ten temat zob. P. Bachmat, *Drobna korupcja na przykładzie przestępstw z art. 228 § 2 k.k. i art. 229 § 2 k.k. w ujęciu doktryny i ocenach sądów*, „Prawo w Działaniu” 2012/11, s. 131–132.

⁶⁴ Dla porządku należy nadmienić, że znamię „żądania” występuje jako znamię czasownikowe w ustawowym opisie typu kwalifikowanego z art. 46 ust. 4 u.s., obok znamienia „przyjmuje”. Jest to jednak jedynie konsekwencja stylizacyjna, wynikająca z faktu odwołania się w ust. 4 do typu podstawowego, określonego w ust. 1 tegoż artykułu, gdzie obu tych znamion użyto do stypizowania typu podstawowego sprzedajności w sporcie. Sam typ kwalifikowany z ust. 4 został natomiast stworzony wokół znamienia charakteryzującego wielkość środka korupcji, a mianowicie: „korzyści majątkowej znacznej wartości”.

⁶⁵ Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553.

inicjowaniu łapówki żądaniem wyartykułowanym przez o.p.f.p., jest zdecydowanie wyższy⁶⁶. W efekcie ustawodawca dokonał migracji znamienia czasownikowego „żądania” do typu kwalifikowanego. Nowelizacją z 13.06.2003 r. przeniósł je do art. 228 § 4 k.k., lokując obok znamienia „uzależniania”, którego realizacja, podobnie jak to ma miejsce przy „żądaniu”, implikuje, że to sprawca występuje z korupcyjną inicjatywą⁶⁷.

⁶⁶ M. Mozgawa, J. Szumski, *Kodeks karny w ocenie doktryny i publicystyki*, w: A. Zoll (red.), *Racjonalna reforma prawa karnego*, Warszawa 2001, s. 41–42; M. Surkont, *Uregulowanie sprzedajności w projekcie kodeksu karnego*, „Przegląd Sądowy” 1995/7–8, s. 109, M. Surkont, *Z zagadnień odpowiedzialności za łapownictwo w kodeksie karnym z 1997 r.*, „Przegląd Sądowy” 1998/5, s. 40; A. Kryże, P. Niedzielak, K. Petryna, T. Wirzman, *Kodeksy karne do poprawki. Opracowanie sędziów warszawskich*, „Gazeta Sądowa” – dod. 1999/7–8, s. VII.

⁶⁷ Art. 228 § 1 k.k. został zmieniony przez art. 1 pkt 4 ustawy z 13.06.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. Zmiana weszła w życie 1.07.2003 r.

4. Podwójna implementacja

4.1. Uwagi ogólne

Polski ustawodawca dokonał zasadniczej implementacji międzynarodowych standardów w zakresie kryminalizacji przestępstw sprzedajności i przekupstwa z elementem zagranicznym w dwóch niezależnych od siebie oraz niekomplementarnych względem siebie krokach. Wykorzystał w tym celu dwie odrębne metody implementacji. Najpierw nowelizacją kodeksu karnego z 9.09.2000 r.⁶⁸, przy użyciu tzw. klauzul asymilacyjnych⁶⁹, rozszerzył zakres kryminalizacji poszczególnych typów przestępstw sprzedajności (art. 228 § 1–5 k.k.) i przekupstwa (art. 229 § 1–4 k.k.), popełnianych przez lub wobec krajowych osób pełniących funkcję publiczną, w ten sposób, że nakazał na mocy nowo wprowadzonych przepisów art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. odpowiednie stosowanie kar przewidzianych w przepisach art. 228 § 1–5 i art. 229 § 1–4 k.k. do analogicznych zachowań popełnionych przez osoby pełniące funkcję publiczną w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej lub podjętych wobec takich osób. Następnie, przy okazji nowelizacji kodeksu karnego z 13.06.2003 r., zwanej potocznie nowelą antykorupcyjną⁷⁰, obejmującej m.in. wprowadzenie do słowniczka wyrażeń ustawowych przepisu art. 115 § 19 k.k., zaingerował w określonej w tym przepisie definicję osoby pełniącej funkcję publiczną i zawarł w niej implementowaną treść normatywną, przesądzając mianowicie, że osobą pełniącą funkcję publiczną jest także „inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane wiążącą Rzeczpospolitą Polską umową międzynarodową”.

Wprowadzona zmiana miała ogromne znaczenie w historii polskiego ustawodawstwa antykorupcyjnego. Ochrona wynikająca z zastosowania przepisów polskiej ustawy

⁶⁸ Jak już była o tym mowa, art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. zostały wprowadzone art. 1 pkt 2 i 3 ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ustawy o zamówieniach publicznych oraz ustawy – Prawo bankowe i weszły w życie 4.02.2001 r.

⁶⁹ Szerzej na temat tzw. klauzul asymilacyjnych z art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. zob. C. Nowak, *Korupcja...*, s. 359–369.

⁷⁰ Art. 115 § 19 k.k. dodany przez art. 1 pkt 3 lit. b ustawy z 13.06.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 111, poz. 1061), wszedł w życie 1.07.2003 r.

karnej po raz pierwszy została rozciągnięta na interesy innych państw i organizacji międzynarodowych⁷¹. Jeszcze w uchwale z 18.04.1991 r. (I KZP 3/91) Sąd Najwyższy uznał, na gruncie k.k. z 1969 r., że przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną w instytucji państwowej lub społecznej obcego państwa nie stanowi przestępstwa w myśl ówczesnego art. 241 k.k.⁷² Podobnie podmiotem przestępstwa sprzedajności w myśl art. 239 k.k. z 1969 r. jest osoba wykonująca funkcję publiczną w Państwie Polskim, co wynika z faktu, iż dobrem chronionym tym przepisem jest prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwowych i społecznych tylko Państwa Polskiego, zainteresowanego w prawidłowym funkcjonowaniu jedynie własnego aparatu realizującego funkcje publiczne. Cytowane orzeczenie zachowało swoją aktualność także w pierwszych latach obowiązywania k.k. z 1997 r., który w art. 228 i 229 nie przewidywał w dniu swojego wejścia w życie (1.09.1998 r.) penalizacji zachowań polegających odpowiednio na sprzedajności czy przekupstwie zagranicznych funkcjonariuszy publicznych. Na ten niedostatek w ujęciu podmiotu przestępstwa sprzedajności i przedmiotu oddziaływania przestępstwa przekupstwa zwracano zresztą uwagę w literaturze w pierwszych latach obowiązywania k.k. z 1997 r.⁷³ Zasadniczą zmianę w podejściu polskiego ustawodawcy do kwestii ochrony interesów obcych państw, a nawet organizacji międzynarodowych, przed zachowaniami korupcyjnymi przyniosło dopiero wprowadzenie przepisów art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k., a następnie przepisu art. 115 § 19 k.k.

Wybrany przez ustawodawcę sposób realizacji zaciągniętych w sferze prawno-międzynarodowej zobowiązań budzi jednak zastrzeżenia, jeśli chodzi o dublowanie w polskim kodeksie karnym przepisów implementujących standardy karania sprawców przestępstw sprzedajności i przekupstwa z udziałem zagranicznych dzierżycieli funkcji publicznej (art. 228 § 6 i art. 229 § 5 versus art. 115 § 19 k.k.). A mając jeszcze na uwadze dokonane przez ustawodawcę uszczegółowienie zakresu definicji normatywnej funkcjonariusza publicznego z art. 115 § 13 k.k. o kategorii „posła do

⁷¹ B. Kunicka-Michalska, *Pologne. Raport national*, RIDP 2003, Nr 1-2, s. 354.

⁷² OSNKW 1991/7–8, poz. 30.

⁷³ O. Górniok, Komentarz, w: E. Zielińska (red.), *Prawo wspólnot europejskich...*, s. 266; E. Zielińska, *Polskie prawo karne a ochrona interesów ekonomicznych Wspólnot Europejskich*, „Państwo i Prawo” 2001/1, s. 37–38.

Parlamentu Europejskiego⁷⁴ oraz „pracownika międzynarodowego trybunału karnego”⁷⁵, można rzecz, iż mamy już nawet do czynienia ze swoistym multiplikowaniem przepisów implementujących, do tego o zakresach krzyżujących się. Pewne wątpliwości niesie ze sobą także treść normatywna zawarta we wprowadzonych do kodeksu karnego przepisach art. 228 § 6, art. 229 § 5 oraz art. 115 § 19 *in fine* – i to zarówno oceniając ją z perspektywy realizacji wiążących Rzeczpospolitą Polską standardów antykorupcyjnego prawa międzynarodowego i europejskiego, jak również z punktu widzenia zestrojenia nowych regulacji ze sobą nawzajem i innymi przepisami kodeksu karnego. Ocena normatywnych efektów rozszerzenia pola kryminalizacji czynów polegających na sprzedajności i przekupstwie osób pełniących funkcję publiczną ze sfery krajowej (pełnienie funkcji publicznej państwie polskim) na sferę zewnętrzną (pełnienie funkcji publicznej w państwach obcych lub organizacjach międzynarodowych) wymaga spojrzenia na to zagadnienie z perspektywy:

- 1) prawnomiędzynarodowej, ukierunkowanej na ocenę stopnia realizacji przez wymienione wyżej przepisy kodeksu karnego standardu implementacyjnego, zakreślonego w wiążących Rzeczpospolitą Polską aktach prawa międzynarodowego i europejskiego;
- 2) przydatności tych przepisów w ściganiu przestępstw sprzedajności i przekupstwa z udziałem dzierżycieli funkcji publicznej w podmiotach zewnętrznych względem państwa polskiego (innych państwach i organizacjach międzynarodowych), jak również praktyki ich stosowania.

⁷⁴ Zmiana dodana przez art. 179 pkt 1 ustawy z 23.01.2004 r. – Ordynacja wyborcza do Parlamentu Europejskiego (Dz. U. Nr 25, poz. 219), weszła w życie z dniem 1.03.2004 r.

⁷⁵ Zmiana dodana przez art. 1 pkt 2 lit. a ustawy z 20.05.2010 r. (Dz. U. Nr 98, poz. 626), weszła w życie 8.09.2010 r.

4.2. Realizacja zasadniczego standardu implementacyjnego w polskim kodeksie karnym

4.2.1. Ustawowy opis czynu

Przyjęty w polskim kodeksie karnym zakres kryminalizacji przestępstw sprzedajności i przekupstwa z udziałem zagranicznych dzierżycieli funkcji publicznej zasadniczo odpowiada, po wejściu w życie przepisów art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k., standardom wyznaczonym w wiążących Rzeczpospolitą Polską aktach prawa międzynarodowego i europejskiego. Można nawet stwierdzić, że pod względem sposobu ujęcia znamion zabronionego zachowania w niektórych punktach wykracza poza pole obowiązku implementacyjnego.

Polski ustawodawca zdecydował się objąć kryminalizacją w tej grupie czynów obie strony łapownictwa (czynną i bierną), pomimo że niektóre ze źródeł traktatowych bądź w ogóle rozmyślnie nie odnoszą się do biernej strony łapownictwa (Konwencja OECD 1997), bądź czynią to zaledwie w ograniczonym zakresie, np. wskazując jedynie na możliwość rozważenia takiej kryminalizacji przez państwo-stronę (art. 16 ust. 2 Konwencji ONZ 2003) albo też pozwalając stronie na złożenie zastrzeżenia co do nieuznawania za przestępstwo w swym prawie wewnętrznym w całości lub w części zachowań składających się na przekupstwo bierne: zagranicznego funkcjonariusza publicznego, członka zagranicznego zgromadzenia przedstawicielskiego, członka międzynarodowego zgromadzenia parlamentarnego lub przekupstwo czynne: członka zagranicznego zgromadzenia przedstawicielskiego i członka międzynarodowego zgromadzenia parlamentarnego (art. 37 ust. 1 Konwencji RE 1999). Szczegółowe zestawienie obowiązków państw w tym zakresie zawiera tabela 1 poniżej.

Tabela 1. Względny i bezwzględny obowiązek implementacyjny

Źródło prawa międzynarodowego	Czynna strona łapownictwa		Bierna strona łapownictwa	
	Względny obowiązek implementacji	Bezwzględny obowiązek implementacji	Względny obowiązek implementacji	Bezwzględny obowiązek implementacji
Konwencja OECD 1997	-	Przekupstwo (art. 1 ust. 1)	Nie została objęta konwencyjną regulacją	
Konwencja RE 1999	Przekupstwo czynne: – członka zagranicznego zgromadzenia przedstawicielskiego (art. 6 w zw. z art. 2 i art. 37 ust. 1); – członka międzynarodowego zgromadzenia parlamentarnego (art. 10 w zw. z art. 2 i art. 37 ust. 1)	Przekupstwo czynne: – zagranicznego funkcjonariusza publicznego (art. 5 w zw. z art. 2); – funkcjonariusza organizacji międzynarodowej (art. 9 w zw. z art. 2); – sędziego lub funkcjonariusza sądu międzynarodowego (art. 11 w zw. z art. 2)	Przekupstwo bierne: – zagranicznego funkcjonariusza publicznego (art. 5 w zw. z art. 3 i art. 37 ust. 1); – członka zagranicznego zgromadzenia przedstawicielskiego (art. 6 w zw. z art. 3 i art. 37 ust. 1); – członka międzynarodowego zgromadzenia parlamentarnego (art. 10 w zw. z art. 3 i art. 37 ust. 1)	Przekupstwo bierne: – funkcjonariusza organizacji międzynarodowej (art. 9 w zw. z art. 3); – sędziego lub funkcjonariusza sądu międzynarodowego (art. 11 w zw. z art. 3)
Protokół RE 2003	-	Przekupstwo czynne: – zagranicznych	-	Przekupstwo bierne: – zagranicznych

		arbitrów (art. 4 w zw. z art. 2); – zagranicznych członków ławy przysięgłych (art. 6 w zw. z art. 2)		arbitrów (art. 4 w zw. z art. 3); – zagranicznych członków ławy przysięgłych (art. 6 w zw. z art. 3)
Protokół 1996 Konwencji WE	-	Korupcja czynna (art. 3 ust. 1)	-	Korupcja bierna (art. 2 ust. 1)
Konwencja UE 1997	-	Korupcja czynna (art. 3 ust. 1)	-	Korupcja bierna (art. 2 ust. 1)
Konwencja ONZ 2003	-	Przekupstwo (art. 16 ust. 1)	Przekupstwo (art. 16 ust. 2)	-

Przyjęty w art. 228 § 6 k.k. sposób ujęcia znamienia podmiotu przestępstwa sprzedajności: „Kto w związku z pełnieniem funkcji publicznej w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej” jest na tyle szeroki, że z powodzeniem obejmuje wszystkie różnorodnie ujęte kategorie podmiotowe sprawcy biernej strony łapownictwa, którymi posługują się wiążące Rzeczpospolitą Polską konwencje antykorupcyjne (por. tabela 2 poniżej). Analogicznie rzecz się ma w przypadku przedmiotu oddziaływania sprawcy przekupstwa z art. 229 § 5 k.k. W szczególności przepisy art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. dają w założeniu podstawę do ścigania skorumpowanej osoby, pełniącej funkcję publiczną, w każdym bez wyjątku państwie lub organizacji międzynarodowej, jak również każdego sprawcy, który dopuszcza się przekupstwa tych osób. Pośrednio wynika z tego także, iż polski ustawodawca niezwykle szeroko rozciągnął ochronę prawnokarną właściwą indywidualnemu przedmiotowi ochrony typu czynu zabronionego, obejmując ją na podstawie tych dwóch uregulowań interesy w zasadzie każdego innego państwa i każdej organizacji międzynarodowej.

W tych punktach można przyjąć, iż przepisy art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. realizują w pełni szeroko zakreślony antykorupcyjny standard traktatowy, wynikający z Konwencji OECD 1997⁷⁶ i Konwencji ONZ 2003. Oba te traktaty regulują kwestie korupcji z udziałem zagranicznych funkcjonariuszy publicznych wszystkich bez wyjątku państw i publicznych organizacji międzynarodowych. Podobnie rzecz się ma w przypadku tych przepisów Konwencji RE 1999, które odnoszą się do kategorii: zagranicznego funkcjonariusza publicznego i zagranicznego członka ławy przysięgłych „w jakimkolwiek innym państwie” oraz tych przepisów Protokołu RE 2003, które odnoszą się do kategorii: zagranicznego arbitra i zagranicznego członka ławy przysięgłych „w jakimkolwiek innym państwie”.

Dla porównania, nie można tego natomiast powiedzieć o art. 115 § 19 *in fine* k.k., w którym przyjęto, że o.p.f.p. jest „także inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową”. Ten element definicji o.p.f.p. nie spełnia wymagań Konwencji OECD 1997, Konwencji ONZ 2003 oraz Konwencji RE

⁷⁶ W przypadku Konwencji OECD 1997, z uwagi na objęcie traktatową regulacją jedynie czynnej strony łapownictwa, relewantny jest rzecz jasna jedynie przepis art. 229 § 5 k.k.

1999 i Protokołu RE 2003 w zakresie omówionym powyżej, gdyż ogranicza możliwość uznania danej osoby za pełniącą funkcję publiczną jedynie do wypadków, gdy jej kompetencje zostały określone lub uznane w wiążącej Rzeczpospolitą Polską umowie międzynarodowej. Trafnie wskazuje przy tej okazji C. Nowak, że przepis art. 115 § 19 k.k. nie obejmuje funkcjonariuszy czy – szerzej – osób pełniących funkcję publiczną w innych państwach⁷⁷. Podobnie poza jego zakresem regulacyjnym pozostają także osoby pełniące funkcję publiczną w publicznych organizacjach międzynarodowych, do których Rzeczpospolita Polska nie przystąpiła.

Z kolei w zestawieniu z wymogami Protokołu 1996 Konwencji WE oraz Konwencji 1997 UE granice zakresu znamion podmiotu przestępstwa sprzedajności i przedmiotu oddziaływania przekupstwa, którymi posłużył się polski ustawodawca, zostały postawione dalej na gruncie przepisów art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. Wymienione traktaty limitują pojęcie funkcjonariusza (urzędnika) do funkcjonariuszy wspólnotowych i funkcjonariuszy państw członkowskich WE. Podobnie wężiej zakreśla te granice Konwencja RE 1999 na gruncie uregulowań dotyczących: funkcjonariusza publicznej międzynarodowej lub ponadnarodowej organizacji lub instytucji (tylko takiej, której państwo-strona jest członkiem), członka międzynarodowego zgromadzenia parlamentarnego (tylko takiego, którego państwo-strona jest członkiem), sędziego lub funkcjonariusza sądu międzynarodowego (tylko takiego, którego jurysdykcje państwo-strona uznaje). Warto też dodać, że z tym wąskim ujęciem koresponduje definicja o.p.f.p. określona w art. 115 § 19 *in fine* k.k.

⁷⁷ C. Nowak, *Korupcja...*, s. 352; podobnie J. Lachowski, *Komentarz do art. 228*, w: M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 222–316*, t. 2, Warszawa 2013, nb 29.

Tabela 2. Krąg podmiotów, których interesy poddane zostają ochronie

Źródło prawa międzynarodowego	Podmiot, będący dysponentem dzierżyciela funkcji publicznej (państwo, organizacja międzynarodowa, instytucja ponadnarodowa)	
	Krąg nielimitowany	Krąg limitowany
Konwencja OECD 1997	zagraniczny funkcjonariusz publiczny (art. 1 ust. 4 a): – w każdym obcym państwie; – w każdej organizacji międzynarodowej.	-
Konwencja RE 1999	– zagraniczny funkcjonariusz publiczny każdego państwa (art. 5); – członek zagranicznego zgromadzenia przedstawicielskiego w każdym państwie (art. 6).	– funkcjonariusz publicznej międzynarodowej lub ponadnarodowej organizacji lub instytucji, której strona jest członkiem (art. 9); – członek międzynarodowego zgromadzenia parlamentarnego, którego strona jest członkiem (art. 10); – sędzia lub funkcjonariusz sądu międzynarodowego, którego jurysdykcje strona uznaje (art. 11).
Protokół RE 2003	– zagraniczny arbiter każdego państwa (art. 4); – zagraniczny członek ławy przysięgłych każdego państwa (art. 6).	-
Protokół 1996 Konwencji WE	-	– funkcjonariusz wspólnotowy (art. 1 ust. 1 b); – funkcjonariusz krajowy w państwach członkowskich (art. 1 ust. 1 c).
Konwencja UE 1997	-	– urzędnik wspólnotowy (art. 1 b); – urzędnik krajowy w państwach członkowskich

		(art. 1 c).
Konwencja ONZ 2003	– zagraniczny funkcjonariusz publiczny (art. 2 b); – funkcjonariusz międzynarodowej organizacji publicznej (art. 2 c).	-

Zasadniczo zgodne ze standardami implementacyjnymi są także kluczowe elementy strony przedmiotowej czynów zabronionych z art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k., w tym znamiona czynności sprawczej, środka łapownictwa oraz związku z pełnieniem funkcji publicznej. W wypadku przestępstwa sprzedajności polski ustawodawca posługuje się przy opisanu zachowania sprawcy znanymi czasownikowymi: „przyjmuje”, „żąda” lub „uzależnia”. W międzynarodowych aktach antykorupcyjnych używa się z kolei – w tłumaczeniu na język polski – takich określeń, jak: „żąda, przyjmuje” (Konwencja RE 1999), „żąda, osiąga, akceptuje” (Protokół 1996 Konwencji WE), „żąda, otrzymuje, przyjmuje” (Konwencja 1997 UE), „domaga się, przyjmuje” (Konwencja ONZ 2003). Jak z tego wynika, kodeksowe znamię „przyjmuje” jest wykorzystywane powszechnie także w źródłach międzynarodowych. Ponadto nie widać przeszkód, aby objąć jego zakresem także takie traktatowe pojęcia jak „otrzymuje”, „osiąga” czy „akceptuje”. Podobnie znamię „żąda” często bywa wykorzystywane w celu opisanu korupcyjnego zachowania zagranicznego funkcjonariusza publicznego. Jak się wydaje, zakresowo koresponduje ono również z innym sformułowaniem traktatowym „domaga się”. Również znamiona czynnościowe czynnej strony łapownictwa, którymi posłużono się do budowy opisu czynów korupcyjnych w źródłach prawa międzynarodowego, wykazują wyraźne podobieństwo do ujęcia ich odpowiedników w polskim kodeksie karnym. W wypadku kodeksowego przestępstwa przekupstwa wykorzystane zostały sformułowania: „udziela” i „obiecuje udzielić”. W międzynarodowym standardzie konwencyjnym posłużono się natomiast określeniami: „proponuje, obiecuje, daje” (Konwencja OECD 1997), „obiecuje, proponuje, wręcza” (Konwencja RE 1999), „obiecuje, udziela” (Protokół 1996 Konwencji WE), „daje obietnicę, przekazuje” (Konwencja 1997 UE), „obietnica, propozycja wręczenia, wręczenie” (Konwencja ONZ 2003). *De lege lata* nie ma przeszkód, aby znamię „udziela” odnieść do traktatowych wyrażeń: „daje”, „wręcza”, „przekazuje”, „udziela”, zaś znamię „obiecuje udzielić” utożsamiać z treścią wyrażeń: „proponuje”, „obiecuje” lub „daje obietnicę”.

Warto dodać, że w każdym z wymienionych powyżej traktatów antykorupcyjnych przy określeniu czynności wykonawczej zarówno w opisie czynnej, jak i biernej strony łapownictwa, zawarto okoliczność modalną, wskazującą na możliwość realizacji zachowania sprawcy zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio (przez pośrednika). Także w tym punkcie można przyjąć, iż polskie rozwiązania kodeksowe pozostają

zgodne ze standardem międzynarodowym. W szczególności ściganie pośrednich odmian realizacji znamion przekupstwa i sprzedajności osób pełniących funkcję publiczną w obcych państwach lub organizacjach międzynarodowych może być zrealizowane na gruncie polskiego kodeksu karnego, w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy, z wykorzystaniem przepisów o pomocnictwie (art. 18 § 3 k.k.) lub płatnej protekcji (art. 230 § 1 i art. 230a § 1 k.k.).

Zgodne ze standardem międzynarodowym jest także kodeksowe ujęcie znamienia środka łapownictwa. Na gruncie art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. ustawodawca wykorzystał cztery jego odmiany, znane z innych krajowych typizacji antykorupcyjnych, tj. korzyść majątkową, korzyść osobistą oraz obietnicę korzyści majątkowej i obietnicę korzyści osobistej. Zakresowo rzecz ujmując, korzyść, która może przybrać postać majątkową lub osobistą, wydaje się kategorią na tyle szeroką, że w zasadzie odpowiada pojęciom „korzyści jakiegokolwiek”, czy „korzyści dowolnego rodzaju”, oddającym zakres regulacji zawarty w uregulowaniach traktatowych. W konwencji OECD 1997 mowa jest o „jakiegokolwiek korzyści majątkowej lub innej korzyści”. Konwencja RE 1999 oraz Protokół 1996 WE odwołują się do terminu „jakichkolwiek korzyści”. Z kolei w Konwencji 1997 UE posłużono się pojęciem „korzyści dowolnego rodzaju”, zaś w Konwencji ONZ 2003 po prostu „korzyści”. Jak wynika z przytoczonych przykładów, standard implementacyjny nie wiąże odpowiedzialności sprawcy ani z konkretnym rodzajem korzyści (materialna, niematerialna, majątkowa, osobista itd.), ani z jej znaczeniem czy wielkością. Biorąc pod uwagę to ostatnie kryterium (wielkość korzyści), można dojść do przekonania, że decyzja polskiego ustawodawcy o surowszym potraktowaniu sprawców przestępstw sprzedajności i przekupstwa z udziałem o.p.f.p. w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej, kwalifikowanych znamieniem znacznej wartości korzyści majątkowej albo jej obietnicy (art. 228 § 6 w zw. z § 5 k.k., art. 229 § 5 w zw. z § 4 k.k.), stanowi pójsie o krok dalej w porównaniu z założonym w traktatach standardem minimalnym. Rolę środka łapownictwa relewantnego z punktu widzenia odpowiedzialności sprawcy przypisano w aktach prawa międzynarodowego nie tylko samej korzyści, ale również jej obietnicy. Na tym tle wyjątkiem jest do pewnego stopnia Konwencja ONZ 2003, która posługuje się środkiem łapownictwa w postaci „obietnicy nienależnej korzyści” jedynie po stronie „dawcy”, pomijając to znamię w opisie zachowania „biorcy” (por. art. 16 ust. 1 i 2). W części traktatów (Konwencja

OECD 1997, Konwencja RE 1999, Konwencja ONZ 2003) wprowadzono dodatkowe dookreślenie kategorii korzyści (także obietnicy korzyści), wskazując na jej, tj. korzyści, „nienależny” charakter. „Korzyść nienależna” stanowi w oczywisty sposób zaprzeczenie korzyści należnej, tj. takiej korzyści, do której zagraniczny dzierżyciel funkcji publicznej jest uprawniony na podstawie odrębnych przepisów. Choć kodeksowe opisy krajowych typów przestępstw korupcyjnych nie wskazują *expressis verbis* na tę cechę korzyści, nie mniej jednak w doktrynie jest to zupełnie oczywiste, że korzyść należna, legalna, mająca podstawę prawną, nie mogłaby stanowić łapówki⁷⁸. Natomiast we wszystkich traktatach będących tu przedmiotem charakterystyki przyjęto, że beneficjentem korupcyjnej korzyści może być nie tylko sam zagraniczny funkcjonariusz, ale także inny podmiot. Z takim ujęciem koresponduje w pełni art. 115 § 4 k.k., w którym ustawodawca wskazuje, że korzyść, tak majątkowa, jak i osobista, może być korzyścią zarówno dla siebie, jak i dla kogo innego.

Polski ustawodawca ukształtował poszczególne typy przestępstw sprzedajności (art. 228 § 1–5 k.k.) i przekupstwa o.p.f.p. (art. 229 § 1–4 k.k.) jako przestępstwa formalne. Przestępstwa sprzedajności i przekupstwa osoby pełniącej funkcję publiczną w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej (art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k.) nie stanowią w tym względzie wyjątku. Dla wypełnienia ich znamion ustawa nie wymaga zaistnienia określonego skutku. W podobny sposób czyny łapownictwa zostały ujęte w większości przywołanych tu konwencji i protokołów (Konwencja OECD 1997, Konwencja RE 1999, Protokół RE 2003, Konwencja 1997 UE, Konwencja ONZ 2003). Wyjątkiem na ich tle jest Protokół 1996 Konwencji WE, który inkorporuje do definicji korupcji biernej (art. 2 ust. 1) i korupcji czynnej (art. 3 ust. 1) znamię skutku w postaci wyrządzenia szkody interesom finansowym WE lub nawet możliwości wyrządzenia takiej szkody. Jak z tego wynika, polskie prawo realizuje w tym punkcie międzynarodowy standard implementacyjny, zaś w zestawieniu z wymogami Protokołu 1996 Konwencji WE nawet go przekracza, jako że nie wiąże popełnienia przestępstw przekupstwa czy sprzedajności z koniecznością zaistnienia jakiegokolwiek skutku.

⁷⁸ J. Majewski, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Kraków 2004, s. 1411–1412 oraz przywołana tam literatura.

Do istoty przestępstw określonych w art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. należy wyraźnie wyeksponowany w ustawowym opisie czynu związek realizacji znamienia czynności sprawczej z pełnieniem funkcji publicznej. Sprawca sprzedajności, działając w związku z pełnieniem funkcji publicznej (w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej), przyjmuje korzyść albo jej obietnicę lub żąda korzyści albo uzależnia swoje zachowanie od jej otrzymania, z kolei sprawca przekupstwa udziela albo obiecuje udzielić korzyści osobie pełniącej funkcję publiczną w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej w związku z pełnieniem przez nią tej funkcji. Abstrahując od istotnej, aczkolwiek nierozstrzygniętej wprost przez polskiego ustawodawcę kwestii, jakie kryteria (prawa polskiego czy zewnętrznego) należy stosować na gruncie art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. przy dekodowaniu pojęcia „pełnienie funkcji publicznej” w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej, w tym miejscu wypada poprzestać na stwierdzeniu, że w stylizacji przyjętej w art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. ustawodawca krajowy powtórzył schemat wykorzystany w opisie typów sprzedajności i przekupstwa krajowej o.p.f.p. (art. 228 § 1–5, art. 229 § 1–4 k.k.). Konstrukcyjnie znamię „związku z pełnieniem funkcji publicznej” pełni w ustawowym opisie czynu zabronionego rolę okoliczności modalnej strony przedmiotowej, zaś z procesowego punktu widzenia dla pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności wystarczy wykazanie związku między jego zachowaniem a pełnieniem funkcji publicznej w ogóle. W tym ogólnym ujęciu nie wymaga się natomiast wykazania związku np. z konkretnym uprawnieniem przysługującym dzierżycielowi funkcji publicznej, czy też jego konkretną czynnością służbową.

Konfrontacja polskich przepisów kodeksu karnego z międzynarodowymi standardami antykorupcyjnymi, co do wskazanej powyżej kwestii, wypada zasadniczo pozytywnie, jako że konwencje i protokoły regulują ją bardziej kazuistycznie, przez to zakresowo zdecydowanie wężiej. W każdym ze źródeł prawa międzynarodowego i europejskiego, relewantnych z perspektywy polskich zobowiązań implementacyjnych, wymagane jest wykazanie związku między – charakterystycznym dla danej strony łapownictwa – korupcyjnym zachowaniem sprawczym a konkretnym „działaniem lub powstrzymaniem się od działania” w ramach pełnienia funkcji publicznej lub wykonywania obowiązków składających się na jej pełnienie. W Konwencji OECD 1997 mowa jest o działaniu celowym, ukierunkowanym na skłonienie funkcjonariusza „do działania lub powstrzymania się

od działania w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych (art. 1 ust. 1)”. Jednocześnie w art. 1 ust. 4c) tejże konwencji wyjaśnia się, że działanie lub zaniechanie działania w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych „obejmuje wszelkie wykorzystanie stanowiska funkcjonariusza publicznego, niezależnie czy pozostaje w zakresie kompetencji udzielonych temu funkcjonariuszowi”. Konwencja RE 1999 oraz Protokół RE 2003 posługują się dla odmiany stylizacją „w zamian za działanie lub zaniechanie działania w wykonywaniu jego (funkcjonariusza) funkcji” (art. 2 i 3). Projektodawcy Konwencji 1997 UE posłużyli się z kolei określeniem „w zamian za” – przypadek korupcji biernej oraz „aby sprawić, by osoba ta (funkcjonariusz)” – przypadek korupcji czynnej, uzupełniając je frazą o „dokonaniu lub powstrzymaniu się, z naruszeniem swoich obowiązków urzędniczych, od dokonania czynności wynikającej z funkcji lub w ramach wykonywania funkcji” (art. 2 ust. 1 i art. 3 ust. 1). Natomiast w Konwencji ONZ 2003 sprawca czynnej strony łapownictwa działa „w celu podjęcia przez funkcjonariusza działania lub zaniechania działania”, zaś biernej strony – „w celu podjęcia działania lub zaniechania działania” jedynie „podczas wykonywania obowiązków służbowych” (art. 16 ust. 1 i 2).

Jak wynika z tych przykładów, obowiązujący kodeks karny realizuje w tym zakresie traktatowe standardy implementacyjne nawet z pewnym naddatkiem. W myśl art. 228 § 6 oraz art. 229 § 5 k.k. istotne jest wykazanie związku między realizacją czynności wykonawczej a samym pełnieniem funkcji publicznej przez urzędnika państwa obcego lub organizacji międzynarodowej. Już to wystarczy do pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności. W przeciwieństwie do traktatowego ujęcia tej kwestii nie wymaga się przy tym identyfikacji konkretnego działania lub zaniechania dzierżyciela funkcji publicznej, które zostało lub miało zostać okupione łapówką albo jej obietnicą. Warto też dodać, że związek z pełnieniem funkcji publicznej temporalnie obejmuje okres, w którym dzierżyciel funkcji publicznej piastuje swoje stanowisko, co nie musi oznaczać faktycznych godzin jego urzędowania. Tym samym polskie przepisy karne ujmują tę kwestię szerzej aniżeli Konwencja OZN 2003, która literalnie odnosi się do podjęcia działania lub zaniechania jedynie „podczas wykonywania obowiązków służbowych”. Ponadto polski ustawodawca wykracza także poza traktatowy standard minimalny, kiedy wyodrębnia i poddaje surowszej odpowiedzialności scenariusz

kwalifikowanego naruszenia funkcji publicznej, zakładający naruszenie przepisów prawa (art. 228 § 6 w zw. z § 3 k.k. i art. 229 § 5 w zw. z § 3 k.k.).

Znamie „związku z pełnieniem funkcji publicznej” pełni w kodeksowym opisie przestępstw sprzedajności i przekupstwa rolę okoliczności modalnej strony przedmiotowej. Konstrukcyjnie podobną rolę przypisano odpowiednikom tego znamienia jedynie w części źródeł prawa międzynarodowego i europejskiego, w których w traktatowy opis czynu korupcyjnego włączony został scenariusz działania sprawcy określony znamieniem „w zamian”. Jest on oparty na założeniu wystąpienia pewnej ekwiwalentności między udzielaną/przyjmowaną korzyścią, a okupionym łapówką działaniem lub powstrzymaniem się od działania przy wykorzystaniu pełnionej funkcji (Konwencja RE 1999, Protokół RE 2003, Protokół 1997 WE, Konwencja 1997 UE w odniesieniu do korupcji biernej). Ten scenariusz zakłada także, iż korzyść albo jej obietnica mogą zostać z jednej strony udzielone, z drugiej zaś przyjęte zarówno przed (podkup) jak i po (wynagrodzenie) realizacji przez funkcjonariusza czynności służbowej. W pozostałych źródłach traktatowych (Konwencja OECD 1997, Konwencja 1997 UE, Konwencja ONZ 2003) działanie lub zaniechanie działania w wykonywaniu funkcji lub obowiązków służbowych przez zagranicznego funkcjonariusza włączone zostało do opisu strony podmiotowej czynnej strony łapownictwa jako punkt odniesienia dla kierunkowego działania sprawcy, który dopuszcza się łapownictwa w celu skłonienia funkcjonariusza do takiego właśnie zachowania. W wypadku Konwencji OECD 1997 oraz Konwencji ONZ 2003 *dolus coloratus* zachowania sprawcy została uzupełniona jeszcze o dodatkowy cel, jakim jest otrzymanie lub utrzymanie możliwości prowadzenia działalności gospodarczej lub zapewnienia sobie innej nienależnej korzyści w prowadzeniu międzynarodowej działalności gospodarczej. Oparcie strony podmiotowej na zamiarze kierunkowym prowadzi do zawężenia zakresu regulacyjnego konwencji, jak również wynikającego z niej standardu implementacyjnego. Taki efekt zawężający nie zachodzi w wypadku tych konwencji i protokołów, w których nałożono na sygnatariuszy obowiązek kryminalizacji zachowań korupcyjnych popełnionych po prostu umyślnie, bez zabarwienia zamiaru sprawcy dodatkowymi cechami (Konwencja RE, Protokół RE 2003, Protokół 1996 Konwencji WE, Konwencja 1997 UE w odniesieniu do korupcji biernej). W odniesieniu do tej ostatniej grupy źródeł prawa międzynarodowego i europejskiego

polski kodeks karny realizuje standard implementacyjny już na gruncie przepisów art. 228 § 6 w zw. z § 1 k.k. i art. 229 § 5 w zw. z § 1 k.k., gdyż założono w nich, że dla pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej wystarczy wykazać, że działał on umyślnie z zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym. Z kolei w wypadku konwencji, w których projektodawcy ukształtowali zamiar sprawcy jako działanie ukierunkowane na osiągnięcie określonego powyżej celu (Konwencja OECD 1997, Konwencja 1997 UE, Konwencja ONZ 2003) należy uznać, że polskie przepisy karne wykraczają w tym punkcie poza standard minimalny.

4.2.2. Sankcje karne

Jako generalnie spójny ze standardem międzynarodowym należy także ocenić przyjęty przez polskiego ustawodawcę w art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. model zagrożenia sankcją kryminalną przypadków łapownictwa, zakładający jednakowe kary za czyny popełnione przez lub wobec krajowych o.p.f.p. oraz czyny popełnione przez lub wobec o.p.f.p. w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej. Zgodnie z nim za sprzedajność i przekupstwo w typie podstawowym grozi odpowiednio kara pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. Wypadki mniejszej wagi zagrożono karą grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Typy kwalifikowane znamieniem „naruszenia przepisów prawa” zagrożono z kolei surowszą karą pozbawienia wolności od roku do lat 10. Tą samą karą zagrożono też sprzedajność znamiennej wyjściem przez o.p.f.p. z inicjatywą korupcji poprzez żądanie łapówki lub uzależnienie od jej otrzymania wykonania czynności służbowej. Natomiast ciężkie przypadki obu stron łapownictwa, kwalifikowane z uwagi na „znaczną wartość korzyści majątkowej”, poddano najsurowszej karze pozbawienia wolności w wymiarze od 2 do 12 lat.

Tak dobrana paleta sankcji karnych koresponduje z ogólnie zakreślonym standardem implementacyjnym, który w części źródeł prawa międzynarodowego i europejskiego nakazuje poddanie łapownictwa popełnionego przez lub wobec funkcjonariuszy zagranicznych „karom skutecznym, proporcjonalnym i odstręczającym (zniechęcającym)” (art. 3 ust. 1 Konwencji OECD 1997, art. 19 ust. 1 Konwencji RE 1999, art. 5 ust. 1 protokołu 1996 do Konwencji WE, art. 5 ust. 1 Konwencji 1997 UE), w niektórych wymaga jeszcze, aby zakres wprowadzonych kar był

„porównywalny do kar stosowanych do przekupstwa własnych funkcjonariuszy publicznych” (art. 3 ust. 1 Konwencja OECD 1997), w innych zaś ogranicza się do zobowiązania ustawodawcy krajowego, aby dokonał wyboru sankcji z uwzględnieniem „ciężaru danego przestępstwa” (art. 30 ust. 1 Konwencji ONZ 2003)⁷⁹. Polskie przepisy pozostają w zgodzie także z tymi traktatami, których projektodawcy poszli o krok dalej i dokonali bliższej konkretyzacji ogólnych wymogów w zakresie kary, wskazując pośrednio m.in. na jej rodzaj i wysokość. Chodzi tu o wymóg zagrożenia czynów łapownictwa karą pozbawienia wolności w wymiarze umożliwiającym dokonanie ekstradycji sprawcy, przewidziany w Konwencji OECD 1997, Konwencji RE 1999, Protokole 1996 do Konwencji WE oraz Konwencji 1997 UE. Jak się wskazuje, większość umów ekstradycyjnych zawieranych współcześnie stawia wymóg, aby przestępstwo popełnione przez sprawcę podlegającego ekstradycji było zagrożone karą pozbawienia wolności w maksymalnym wymiarze (górnym progu sankcji) co najmniej jednego roku⁸⁰. Nie oznacza to, że karę taką należy za każdym razem wymierzyć, a jedynie, że przepisy krajowe przewidują taką możliwość. Przy tym limicie ekstradycja byłaby możliwa nawet w wypadku czynów mniejszej wagi (art. 228 § 6 w zw. z § 2 k.k. i art. 229 § 5 w zw. z § 2 k.k.), zagrożonych m.in. karą pozbawienia wolności do lat 2.

Międzynarodowe standardy antykorupcyjne w zasadzie pomijają kwestię związaną z nałożeniem na sprawców łapownictwa dodatkowej dolegliwości w postaci zakazu piastowania określonej funkcji. Wyjątkiem jest tu Konwencja ONZ 2003, która w art. 30 ust. 7 dopuszcza możliwość zastosowania wobec skazanych zakazu

⁷⁹ Z kolei w art. 30 ust. 5 Konwencji ONZ 2003 znalazł się wymóg wzięcia przez każde państwo-stronę pod uwagę wagi przestępstwa przy rozważaniu możliwości wcześniejszego zwolnienia lub warunkowego zwolnienia osoby skazanej za przestępstwo.

⁸⁰ Tak J. Garstka, *Komentarz...*, w: E. Zielińska (red.), *Prawo Wspólnot Europejskich...*, s. 311, zob. także Z. Knypl, *Europejska konwencja o ekstradycji. Komentarz*, Sopot 1994, s. 58 i n. Kryterium zagrożenia przestępstwa karą pozbawienia wolności w maksymalnym wymiarze co najmniej 1 roku lub karą surowszą występuje m.in. w: art. 2 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ekstradycji sporządzonej w Paryżu dnia 13.12.1957 r. (Dz. U. z 1994 r. Nr 70, poz. 307); Konwencji dublińskiej z 27.09.1996 r. sporządzonej na podstawie artykułu K.3 Traktatu o Unii Europejskiej dotyczącej ekstradycji między Państwami Członkowskimi Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 313 z 1996 r., s. 12, Numer CELEX: 41996A1023(02); art. 2 ust. 1 Decyzji Ramowej Rady nr 2002/584/WSiSW z 13.06.2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między Państwami Członkowskimi, Dz. Urz. UE L 190 z 2002, s. 1, Numer CELEX: 32002F0584 (zastępującej z dniem 1.01.2004 r. przepisy Konwencji dublińskiej z 27.09.1996 r. w dziedzinie ekstradycji mające zastosowanie w stosunkach między państwami członkowskimi UE, bez uszczerbku dla ich stosowania w relacjach między państwami członkowskimi UE i państwami trzecimi); art. 4 ust. 1 Porozumienia między Unią Europejską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki o ekstradycji przyjętego w Waszyngtonie dnia 25.06.2003 r. (Dz. Urz. UE L181 z 2003 r., s. 27, Numer CELEX: 22003A0719(01)).

sprawowania funkcji publicznej oraz zakazu sprawowania funkcji w przedsiębiorstwie w całości lub częściowo należącym do państwa. Obowiązek implementacyjny, jaki rodzi przywołane uregulowanie, ma jednak w tym wypadku charakter względny. W treści przepisu art. 30 ust. 7 Konwencji ONZ 2003 mowa jest bowiem, iż państwo-strona jedynie rozważy taką możliwość, co więcej – uczyni to w wypadkach uzasadnionych wagą przestępstwa, zaś sam przepis nie przesądza w żaden sposób trybu nałożenia zakazu (prawnokarny, administracyjny, dyscyplinarny). Polskie przepisy kodeksu karnego realizują w tym zakresie wymogi Konwencji ONZ 2003, a nawet wykraczają poza wyznaczony w jej treści standard minimalny. Określony w art. 39 pkt 2 k.k. środek karny daje podstawę do orzeczenia przez sąd nie tylko zakazu zajmowania określonego stanowiska lub wykonywania określonego zawodu, jeżeli sprawca nadużył ich przy popełnieniu przestępstwa, co zakresowo koresponduje z desygnatami nakładanego na sprawców łapownictwa zakazu sprawowania funkcji, ale również umożliwia orzeczenie zakazu prowadzenia określonej działalności gospodarczej w razie skazania za przestępstwo popełnione w związku prowadzeniem takiej działalności, o ile dalsze zajmowanie stanowiska, wykonywanie zawodu lub prowadzenie działalności zagrażałoby istotnym dobrom chronionym prawem (art. 41 § 1 i 2 k.k.).

Z kolei zasadą międzynarodowego prawa antykorupcyjnego stało się objęcie traktatową regulacją kwestii konfiskaty narzędzi (łapówki) służących popełnieniu przestępstwa, konfiskaty korzyści uzyskanych z łapownictwa, a w razie braku możliwości objęcia konfiskatą takich korzyści – substytuowanie tej dolegliwości w drodze konfiskaty mienia stanowiącego ich równowartość. Wszystkie istotne z perspektywy polskiego porządku prawnego akty międzynarodowego prawa antykorupcyjnego poświęcają temu problemowi osobne miejsce normatywne, nakładając na państwa-strony bezwzględny obowiązek zapewnienia w ich wewnętrznych porządkach prawnych rozwiązań umożliwiających odebranie sprawcom mienia powiązanego z aktem korupcji w zakresie wskazanym powyżej (por. art. 3 ust. 3 Konwencji OECD 1997, art. 19 ust. 3 Konwencji RE 1999, art. 5 Protokołu Drugiego 1997 do Konwencji WE, art. 31 ust. 1 Konwencji ONZ 2003). Traktaty posługują się przy tej okazji terminem konfiskaty, aczkolwiek nie chodzi w nich o konfiskatę w rozumieniu instytucji funkcjonującej pod rządami kodeksu karnego z 1969 r. Wówczas w przepisie art. 38 pkt 5 k.k. z 1969 r. przewidziana była

kara dodatkowa konfiskaty mienia⁸¹, dająca możliwość pozbawienia sprawcy należącego do niego mienia, co jest tu szczególnie istotne – niezależnie od tego, czy pochodziło ono z przestępstwa. W wypadku współczesnych rozwiązań traktatowych przedmiot konfiskaty jest natomiast ściśle powiązany związkiem przyczynowo skutkowym ze zidentyfikowanym przestępstwem łapownictwa i obejmuje trzy kategorie mienia. Konfiskacie podlegają narzędzia (łapówka), które posłużyły lub w założeniu sprawcy miały posłużyć do popełnienia przestępstwa, korzyści uzyskane przez sprawcę w wyniku popełnienia przestępstwa, a w wypadku faktycznej niemożności zajęcia, zidentyfikowania lub wyodrębnienia tych korzyści – inne mienie, ale tylko do granicy stanowiącej wartość tych korzyści. W tym ujęciu konfiskata, o której mowa w aktach międzynarodowego prawa antykorupcyjnego, bliższa jest kodeksowej instytucji przepadku⁸², uregulowanej w rozdziale Va k.k.⁸³ W zasadzie jedynie Konwencja ONZ 2003 czyni w art. 2 g) terminologiczne rozróżnienie między konfiskatą i przepadkiem. Nie ma to jednak wpływu na kwestię implementacji, jako że w przywołanym uregulowaniu wskazuje się, iż „konfiskata obejmuje odpowiednio również przepadek i oznacza trwałe pozbawienie mienia na mocy decyzji sądu lub innego właściwego organu”.

Na gruncie polskiego kodeksu karnego sprawcy przekupstwa i sprzedajności muszą liczyć się z dolegliwością w postaci przepadku przedmiotów służących popełnieniu przestępstwa lub ich równowartości (art. 44 § 2 i 4 k.k.), przepadku przedmiotu pochodzącego bezpośrednio z przestępstwa lub jego równowartości (art. 44 § 1 i 4 k.k.) oraz przepadku korzyści majątkowej pochodzącej chociażby pośrednio z popełnienia przestępstwa lub jej równowartości (art. 45 § 1 k.k.). Uregulowania zawarte w rozdziale Va k.k. w zakresie, w jakim dotyczą instytucji przepadku, zasadniczo wychodzą naprzeciw standardowi implementacyjnemu w zakresie

⁸¹ Kara konfiskaty mienia została zniesiona na mocy art. 2 ustawy z 23.02.1990 r. o zmianie Kodeksu karnego i niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 14, poz. 84) z dniem 28.03.1990 r.

⁸² Szerzej na temat relacji instytucji przepadki i konfiskaty w prawie polskim w kontekście międzynarodowego prawa antykorupcyjnego zob. E. Zielińska, *Konfiskata dochodów...*, s. 418.

⁸³ Na mocy nowelizacji z 20.02.2015 r. (Dz. U. poz. 396.), instytucje przepadku, obowiązku naprawienia szkody, zadośćuczynienia za doznaną krzywdę oraz nawiązki straciły dotychczasowy status środków karnych i zostały zaliczone do osobnych, nowo wyodrębnionych kategorii środków odpowiednio przepadku i środków kompensacyjnych. Zmiana ta znalazła swoje techniczno-legislacyjne odzwierciedlenie w wydzieleniu dotyczących ich przepisów art. 44–48 k.k. z rozdziału V „Środki karne” i przeniesieniu ich do rozdziału Va, zatytułowanego „Przepadek i środki kompensacyjne”. Zmiana weszła w życie 1.07.2015 r.

konfiskaty, wynikającemu z wiążących Polskę traktatów antykorupcyjnych. Zastrzeżenie na tym tle budzi jedynie fakultatywny charakter przypadku orzeczanego na podstawie art. 44 § 2 oraz art. 44 § 4 k.k. – w tym drugim przypadku w części, w jakiej dotyczy on przypadku równowartości przedmiotów pochodzących bezpośrednio z przestępstwa.

Po pierwsze, źródła prawa międzynarodowego wprowadzają bezwzględny wymóg konfiskaty narzędzi (łapówki) przestępstwa. Ma on zastosowanie do sprawców czynnej formy łapownictwa i, jak wskazuje się w literaturze, obejmuje także konfiskatę łapówek jeszcze niewręczonych, ale przeznaczonych do wręczenia na etapie usiłowania, bądź łapówek obiecanych. Warunkiem byłoby tu fizyczne wyodrębnienie łapówki z majątku przekupującego, a w wypadku złożenia obietnicy udzielenia łapówki – wyodrębnienie mentalne np. poprzez wskazanie określonej kwoty pieniędzy lub przedmiotu, które stanowić miałyby realizację złożonej obietnicy⁸⁴. Zakresowe ujęcie przedmiotu konfiskaty narzędzi przestępstwa łapownictwa w źródłach międzynarodowych koresponduje z odnośnymi przepisami polskiego kodeksu karnego dotyczącymi przypadku. Zgodnie z art. 44 § 2 k.k. są nim objęte przedmioty, które posłużyły do popełnienia przestępstwa, co obejmuje już wręczone korzyści majątkowe, oraz przedmioty przeznaczone do popełnienia przestępstwa, w czym z kolei zawierają się przypadki usiłowania udzielenia korzyści majątkowej oraz obietnicy udzielenia takiej korzyści. Termin „przedmiot”, którym posłużono się w art. 44 k.k., jest przy tym dość pojemny i wykracza poza ramy definicji normatywnej z art. 115 § 9 k.k., która zawiera jedynie przykładowe wyliczenie niektórych desygnatów tego pojęcia, kojarzonych z rzeczami ruchomymi. Jak wskazuje się w literaturze, przedmiotem przypadku mogą stać się zarówno rzeczy ruchome, jak i nieruchomości, zaś zasadniczo termin „przedmiot” na gruncie art. 44 k.k. obejmuje: obiekty materialne, w tym rzeczy w rozumieniu art. 45 k.c. oraz obiekty materialne niebędące rzeczami np. zwierzęta, ale również obiekty niematerialne, pozbawione substratu materialnego np. program komputerowy, hasła komputerowe, kody dostępu, technologie (zob. art. 269b § 2 i art. 293 § 2 k.k. oraz – w odniesieniu do przypadku technologii – art. 58 ust. 2 ustawy z 22.06.2001 r. o organizmach genetycznie zmodyfikowanych, Dz. U. Nr 76, poz. 811 ze zm., dalej:

⁸⁴ C. Nowak, *Korupcja...*, s. 256–257; J. Garstka, *Komentarz...*, w: E. Zielińska (red.), *Prawo Wspólnot Europejskich...*, s. 312.

u.o.g.z.⁸⁵⁾⁸⁶. W praktyce jako przedmiot objęty przypadkiem może wystąpić nie tylko – co oczywiste – łapówka pieniężna, ale także inne różnorodne postaci łapówek o charakterze korzyści majątkowej, wykorzystywanych przez sprawców przekupstwa z elementem międzynarodowym do korumpowania zagranicznych funkcjonariuszy publicznych, w tym np. luksusowe nieruchomości położone w letniskowych kurortach, konie pełnej krwi arabskiej, a nawet pozbawione materialnego substratu wierzytelności czy inne prawa majątkowe.

Pogląd dopuszczający możliwość objęcia przypadkiem przedmiotów niemających substratu materialnego z pewnością nie znajduje oparcia w intuicyjnym rozumieniu pojęcia przedmiotu jako obiektu materialnego. Stanowi również odejście od ukształtowanego pod rządami k.k. z 1969 r. stanowiska, zgodnie z którym przypadek dotyczy wyłącznie „rzeczy”, rozumianych jako dające się wyodrębnić przedmioty materialne⁸⁷. Na marginesie warto przypomnieć, iż ówczasie za takim rozumieniem przypadku przemawiała sama kodeksowa terminologia, zgodnie z którą jedna z kar dodatkowych określona była właśnie jako kara "przypadku rzeczy" (art. 38 pkt 6 k.k. z 1969 r.). *De lege lata* takie podejście wymaga jednak zmiany. Nie można dłużej ograniczać dopuszczalności orzekania przypadku tylko do rzeczy, ignorując fakt, iż sam ustawodawca dopuścił w obowiązujących przepisach prawa możliwość orzeczenia przez sąd przypadku przedmiotów pozbawionych substratu materialnego (zob. przywołane powyżej art. 269b § 2, art. 293 § 2 k.k., czy art. 58 ust. 2 u.o.g.z.)⁸⁸.

⁸⁵ J. Raglewski, *Art. 44*, w: A. Zoll (red.) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1, *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Kraków 2012, s. 662.

⁸⁶ N. Kłaczyńska, *Art. 44*, w: J. Giezek (red.) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 341-342.; J. Raglewski, *Art. 44*, w: *Kodeks karny...*, s. 662.; J. Raglewski, *Materialnoprawna regulacja przypadku w polskim prawie karnym*, Kraków 2005, s. 23; M. Kulik, *Art. 44*, w: M. Mozgawa (red.), M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 121. Odmienne B. Mik i C. Nowak, które pojęcie przedmiotu na gruncie art. 44 k.k. ograniczają do dających się wyodrębnić przedmiotów materialnych, wyłączając jeszcze z tego nieruchomości. B. Mik, *Nowela antykorupcyjna z dnia 13 czerwca 2003 r. Rys historyczny i podstawowe problemy interpretacyjne*, Kraków 2003, s. 71 i 77; C. Nowak, *Korupcja...*, s. 417.

⁸⁷ W. Świda, w: I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 220; K. Mioduski, w: J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks Karny. Komentarz*, Warszawa 1971, s. 153; M. Szewczyk, w: K. Buchała, Z. Ćwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1994, s. 279.

⁸⁸ Za takim zredefiniowaniem pojęcia „przedmiotu” podlegającego przypadkowi opowiada się przede wszystkim J. Raglewski, *Art. 44*, w: *Kodeks karny...*, s. 662, a za nim afirmująco N. Kłaczyńska, *Art. 44*, w: *Kodeks karny...*, s. 341-342 i M. Kulik, *Art. 44*, *Kodeks karny...*, s. 121. Przeciwnie stanowisko, zakładające wyłączenie z zakresu pojęcia przedmiotu podlegającego przypadkowi wierzytelności i innych praw majątkowych prezentują natomiast B. Mik, *Nowela...*, s. 71 oraz K. Postulski, M. Siwek, *Przypadek w polskim prawie karnym*, Kraków 2004, s. 97.

To nowe szersze podejście do instytucji przepadku pozwala także lepiej zrealizować obowiązki implementacyjne, które ciążyą na Polsce z racji związania się Konwencją ONZ 2003. Zgodnie z jej art. 31 ust. 1 b) państwo-strona zapewni możliwość konfiskaty m.in. mienia wykorzystanego lub przeznaczonego do wykorzystania w popełnieniu przestępstw określonych w Konwencji, którym w myśl definicji zawartej w jej art. 2d są m.in. korzyści niematerialne oraz instrumenty stanowiące o istnieniu tytułu własności lub uprawnieniach do korzyści⁸⁹.

W kolizji z standardem międzynarodowym pozostaje natomiast przyjęty w polskim kodeksie karnym fakultatywny charakter przepadku przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa. Źródła międzynarodowe nakładają w tym względzie bez wyjątku bezwzględny obowiązek konfiskaty łapówki, będącej narzędziem służącym popełnieniu przestępstwa. Wprawdzie w przepisie art. 44 § 2 k.k. wymienia się także przepadek obligatoryjny, ale tylko w wypadkach wskazanych w ustawie (np. art. 316 § 1 k.k.). *De lege lata* nie dotyczy to poszczególnych typów przestępstwa przekupstwa o.p.f.p. (art. 229 k.k.), co w świetle prawnomiędzynarodowych zobowiązań Polski wymagałoby zmiany dostosowawczej.

Po drugie, standardem międzynarodowego prawa antykorupcyjnego stała się obligatoryjna konfiskata korzyści (dochodów) pochodzących z przestępstwa łapownictwa, wymierzona w sprawców zarówno jego biernej, jak i czynnej odmiany. W większości traktatów antykorupcyjnych mowa jest generalnie o korzyściach (dochodach) pochodzących z przestępstwa. W ich treści nie czyni się przy tym żadnego rozróżnienia między korzyścią (dochodem) pochodzącą bezpośrednio z popełnienia przestępstwa (np. kwota pieniędzy składająca się na łapówkę), a korzyścią (dochodem) będącą pośrednim ekonomicznym skutkiem łapownictwa (np. odsetki od lokaty bankowej założonej z pieniędzy pochodzących z łapówki, luksusowy samochód zakupiony z pieniędzy pochodzących z łapówki, dochód osiągnięty przez przedsiębiorcę z kontraktu, który zawarł dzięki udzieleniu łapówki). W części traktatów nie zdefiniowano przy tym w żaden bliższy sposób kategorii „korzyści” lub „dochodów” z przestępstwa, poprzestając na sformułowaniu obowiązku

⁸⁹ Pełna definicja mienia, zawarta w art. 2d Konwencji ONZ 2003, brzmi następująco: „Mienie oznacza wszelkiego rodzaju korzyści, zarówno materialne, jak i niematerialne, ruchome i nieruchome, trwałe i nietrwałe, a także dokumenty prawne lub instrumenty stanowiące o istnieniu tytułu własności lub uprawnieniach do tych korzyści”.

zagwarantowania ich konfiskaty w wewnętrznych porządkach prawnych państw-stron (Konwencja OECD 1997, Konwencja RE 1999). Odmienne podeszli do tej kwestii autorzy Konwencji ONZ 2003, która w porównaniu z pozostałymi traktatami reguluje szczegółowo, co jest przedmiotem konfiskaty. Nakładając na państwa-strony obowiązek konfiskaty dochodów pochodzących z przestępstwa (art. 31 ust. 1), Konwencja wyjaśnia w innym artykule, iż "dochody z przestępstwa" oznaczają każde mienie pochodzące lub uzyskane bezpośrednio lub pośrednio z popełnienia przestępstwa (art. 2e). Jednocześnie uzupełnia tę definicję o definicję „mienia”, obejmującą wszelkiego rodzaju korzyści, zarówno materialne, jak i niematerialne, ruchome i nieruchome, trwałe i nietrwałe, a także dokumenty prawne lub instrumenty stanowiące o istnieniu tytułu własności lub uprawnieniach do tych korzyści (art. 2 d). Z kolei Protokół drugi 1997 do Konwencji WE łączy przedmiot konfiskaty owoców przestępstwa jedynie z wpływami (korzyściami) pieniężnymi (art. 5).

Polskie prawo karne realizuje międzynarodowy standard w zakresie obligatoryjnej konfiskaty korzyści (dochodów) pochodzących z przestępstwa łapownictwa w oparciu o ogólne przepisy dotyczące przepadku przedmiotów pochodzących bezpośrednio z przestępstwa (art. 44 § 1 k.k.) lub przepadku korzyści majątkowej pochodzącej chociażby pośrednio z popełnienia przestępstwa (art. 45 § 1 k.k.). W obydwu wypadkach sąd orzeka przepadek obligatoryjnie. W wypadku przedmiotów pochodzących bezpośrednio z przestępstwa, orzeczenie przepadku uderza w osoby które dopuściły się łapownictwa biernego, dla których przyjęta łapówka stanowi dochód (korzyść) pochodzący z popełnienia przestępstwa. Przepis art. 44 § 1 k.k. daje podstawę do odebrania zagranicznemu funkcjonariuszowi publicznej łapówki, którą przyjął w związku z pełnieniem funkcji publicznej, przy założeniu, że będzie to łapówka, która przybierze postać korzyści majątkowej, nie zaś osobistej. Jak wskazano wcześniej, szerokie rozumienie terminu „przedmiot”, przyjęte na gruncie art. 44 k.k., pozwala na objęcie przepadkiem różnorodnych, najbardziej wymyślnych postaci łapówek, wykorzystywanych w korupcyjnych transakcjach, nawet tych pozbawionych materialnego substratu, których konfiskaty wymaga jednakże Konwencja ONZ 2003 (art. 31 ust.1 w zw. z art. 2 e i 2 d). Warunkiem skorzystania z art. 44 § 1 k.k. jest możliwość dokonania przepadku łapówki w jej bezpośrednio uzyskanej z przestępstwa postaci. Natomiast w wypadku, w którym sprawcy łapownictwa biernego udało się zamienić nielegalną łapówkę na korzyści innego typu

uzyskane w drodze już legalnych transakcji, np. za pieniądze uzyskane z łapówki pieniężnej zakupił nieruchomości czy samochód, sąd obligatoryjnie orzeknie ich przepadek na podstawie art. 45 § 1 k.k., kwalifikując je jako korzyści majątkowe osiągnięte pośrednio z popełnienia przestępstwa.

Przepis art. 45 § 1 k.k. daje również podstawę do odebrania owoców przestępstwa sprawcy łapownictwa czynnego, dla którego korzyścią osiągniętą pośrednio z przestępstwa jest np. korzyść majątkowa, jaką uzyskał w wyniku realizacji kontraktu zawartego dzięki udzieleniu łapówki. Jak wskazuje J. Garstka, niejednokrotnie ustalenie w praktyce co było korzyścią wynikającą z realizacji takiego kontraktu nie będzie ani łatwe, ani oczywiste. Dla przykładu cena usługi zapisana w treści kontraktu nie oddaje wielkości realnie uzyskanej korzyści, jeśli wziąć pod uwagę, że wykonanie kontraktu musi wiązać się z poniesieniem określonych kosztów, zmniejszających osiągnięty zysk. Jednak samo kryterium zysku bywa również zawodne, gdyż zysk jest częstokroć sztucznie zaniżany przez przedsiębiorców w celu zmniejszenia należności podatkowych⁹⁰. Międzynarodowe traktaty nie zawierają bliższych kryteriów ustalania wielkości korzyści pochodzącej z realizacji kontraktu, którego zawarcie okupione zostało łapówką. Kwestia ta najwyraźniej pozostawiona została do uznania stron, tym samym nie wpływa na ocenę implementacji do polskiego porządku prawnego traktatowych regulacji w zakresie konfiskaty.

Termin „korzyść majątkowa”, określający przedmiot przepadku orzekanego na podstawie art. 45 § 1 k.k. nie jest bliżej zdefiniowany w ustawodawstwie. Tym niemniej sposób jego rozumienia przyjęty w orzecznictwie i literaturze wskazuje na jego znaczny potencjał, jeśli chodzi o doprowadzenie do obniżenia ekonomicznej opłacalności przestępstw korupcyjnych, w tym obu postaci łapownictwa z udziałem zagranicznych funkcjonariuszy publicznych. Przyjmuje się, że „korzyścią majątkową” jest wszelkie przysporzenie w majątku (zwiększenie aktywów) lub zmniejszenie jego pasywów, mające wartość ekonomiczną, czyli wartość dającą się wyrazić w pieniądzu⁹¹. W praktyce korzyść majątkowa objęta przepadkiem na podstawie art.

⁹⁰ J. Garstka, *Komentarz*, w: E. Zielińska (red.), *Prawo Wspólnot Europejskich...*, s. 313.

⁹¹ Uchwała SN z 15.02.1977 r. ([VII KZP 16/76](#)), OSNKW 1977/4–5, poz. 34; uchwała SN z 30.01.1980 r. ([VII KZP 41/78](#)), OSNKW 1980/3, poz. 24. Zob. także O. Górniok, *O pojęciu „korzyści majątkowej” w kodeksie karnym*, „Państwo i Prawo” 1978/4, s. 117; J. Waszczyński, *O „korzyści majątkowej”*

45 § 1 k.k. może przybrać postać rzeczy ruchomej i nieruchomości, korzyści o charakterze materialnym i niematerialnym⁹². Do tego w art. 45 § 1 k.k. mowa jest o korzyści majątkowej osiągniętej przez sprawcę z popełnienia przestępstwa „chociażby pośrednio”. Literalnie rzecz biorąc oznacza to, że w myśl tego przepisu przypadkiem będą objęte korzyści majątkowe pochodzące z popełnienia przestępstwa zarówno pośrednio, jak i bezpośrednio. Z tym pierwszym aspektem (korzyść pośrednia) należy, jak się wydaje, wiązać podstawowe znaczenie tego uregulowania. Z kolei w drugim wypadku (korzyść bezpośrednia) przypadek na podstawie art. 45 § 1 k.k. ma jedynie charakter subsydiarny względem art. 44 § 1 (także § 6) k.k. Zgodnie z zastrzeżeniem zawartym w art. 45 § 1 k.k. przepis ten dotyczy korzyści majątkowej m.in. „niepodlegającej przypadkowi przedmiotów wymienionych w art. 44 § 1 k.k.” A zatem, przynajmniej teoretycznie, zakres oddziaływania art. 45 § 1 k.k. został ukształtowany w ten sposób, aby można było w oparciu o ten przepis orzec przypadek jeszcze innej postaci korzyści pochodzącej z popełnienia przestępstwa bezpośrednio, która wszakże nie mieści się w zakresie terminu „przedmiot”.

Po trzecie, relewantne z punktu widzenia polskiego porządku prawnego akty międzynarodowego prawa antykorupcyjnego nakładają na ustawodawcę dodatkowy obowiązek wprowadzenia do przepisów krajowych konfiskaty mienia (majątku), którego wartość odpowiada korzyściom (dochodom) pochodzącym z przestępstwa. Choć normy prawnomiędzynarodowe nie przesądzają tego wprost, funkcjonalnie rzecz ujmując ma on charakter subsydiarny względem podstawowego obowiązku konfiskaty korzyści (dochodów) pochodzących z przestępstwa, które z różnych powodów faktycznych lub prawnych nie zawsze w praktyce mogą być objęte skutecznie konfiskatą. Jak wskazano powyżej, korzyścią (dochodem) z przestępstwa jest dla zagranicznego funkcjonariusza publicznego łapówka o charakterze korzyści majątkowej, którą przyjął. O ile orzeczenie jej przypadku na podstawie art. 44 § 1 k.k., jako przedmiotu pochodzącego bezpośrednio z przestępstwa, ma charakter

w prawie karnym. *Próba klasyfikacji*, „Państwo i Prawo” 1981/1, s. 66–67; J. Raglewski, *Materialnoprawna regulacja przypadku w polskim prawie karnym*, Kraków 2005, s. 31 i n.; M. Kulik, *Art. 45*, w: M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, *Kodeks karny...*, s. 125; N. Kłaczyńska, *Art. 45*, w: J. Giezek (red.) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 348.

⁹² J. Raglewski, *Art. 45*, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna... Komentarz*, t. 1, Kraków 2012, s. 691-692.; N. Kłaczyńska, *Art. 45...*, s. 348-349.

obligatoryjny, o tyle już przepadek równowartości przedmiotu pochodzącego bezpośrednio z przestępstwa pozostawiony został zgodnie z art. 44 § 4 k.k. do uznania sądu. Należy przyjąć, iż fakultatywny charakter tego środka, w zakresie, w jakim znajdzie on zastosowanie do sprawców poszczególnych typów przestępstwa sprzedajności (art. 228 k.k.), pozostaje w kolizji ze standardem implementacyjnym, który zakłada wprowadzenie do krajowych porządków prawnych obligatoryjnych podstaw odebrania sprawcom łapownictwa bądź korzyści (dochodów) z przestępstwa, bądź mienia (majątku) stanowiącego równowartość tych korzyści. Natomiast w zgodzie z tym standardem pozostaje art. 45 § 1 k.k., na mocy którego orzeczenie przepadku równowartości korzyści majątkowej osiągniętej z popełnienia przestępstwa chociażby pośrednio, w alternatywie z orzeczeniem przepadku samej korzyści, mają charakter obligatoryjny.

Zgodnie z ujęciem przyjętym w źródłach międzynarodowych, obowiązek zastąpienia pierwotnego przedmiotu konfiskaty jego równowartością nie dotyczy natomiast narzędzi przestępstwa. W tym punkcie polski kodeks karny wykracza w art. 44 § 4 k.k. poza założony standard implementacyjny, zaś z oceną tą nie koliduje fakt, iż orzeczony na podstawie tego przepisu przepadek równowartości przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa, ma jedynie fakultatywny charakter.

Kształtując treść obowiązku konfiskaty równowartości korzyści (dochodów) uzyskanych przez sprawców łapownictwa z popełnionego przestępstwa, międzynarodowe źródła prawa antykorupcyjnego czynią przedmiotem tej zastępczej konfiskaty mienie lub majątek, a więc kategorie zakresowo szersze aniżeli pieniądze. Z tym ujęciem koresponduje dominujące w literaturze stanowisko, aby termin „równowartość” interpretować na gruncie art. 44 § 4 i art. 45 § 1 k.k. szeroko, tj. nie tylko w odniesieniu do określonej sumy pieniędzy, ale w zestawieniu z jakimkolwiek składnikiem majątkowym materialnym lub niematerialnym (np. prawa majątkowe), odpowiadającym wartościowo przedmiotom lub korzyściom zagrożonym przepadkiem⁹³.

⁹³ J. Raglewski, *Materialnoprawna...*, s. 33; J. Raglewski, Przepadek (w:) M. Melezini (red.) *System prawa karnego*, t. 6, Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie, Warszawa 2010, s. 678; M. Kulik, *Art. 44*, w: *Kodeks karny...*s. 123; Z. Sienkiewicz, w: O. Górniok [i in.], *Kodeks...*, s. 460; K. Postulski, M. Siwek, *Przepadek...*, s. 85 i 146; W. Zalewski (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks*

4.2.3. Klauzula bezkarności z art. 229 § 6 k.k.

Na koniec warto jeszcze odnieść się do kwestii klauzuli niepodlegania karze z art. 229 § 6 k.k., w którym ustawodawca zagwarantował bezkarność sprawcy przekupstwa, który zdecydował się pójść na współpracę z organami ścigania i zawiadomił o swoim przestępstwie oraz fakcie przyjęcia korzyści majątkowej lub osobistej albo ich obietnicy przez o.p.f.p., ujawniając wszystkie istotne okoliczności przestępstwa, zanim organ ten się o nim dowiedział. Treść tego uregulowania wzbudziła pewne zastrzeżenia co do pożądanej zgodności ze standardem międzynarodowym, co – jak się wydaje – wymaga nieco szerszego komentarza.

De lege lata art. 229 § 6 k.k. rozciąga gwarancję bezkarności także na denuncjatorów, którzy dopuścili się przestępstwa przekupstwa o.p.f.p. w państwie obcym lub w organizacji międzynarodowej. Stało się to przedmiotem głosów krytycznych, upatrujących w instytucji dopuszczającej całkowite uniknięcie kary naruszenia nakazu poddania sprawców łapownictwa karom skutecznym i zniechęcającym⁹⁴. Wątpliwości zgłosiła także tzw. Grupa Robocza, monitorująca stan implementacji Konwencji OECD 1997 do systemów prawnych państw-stron. W raporcie poświęconym Polsce z 18.01.2007 r. Grupa stanęła na stanowisku, że art. 229 § 6 k.k. może utrudnić pełną implementację Konwencji OECD 1997 do krajowego porządku prawnego i zarekomendowała rządowi polskiemu „(...) przeanalizowanie klauzuli bezkarności z art. 229 § 6 k.k. i, albo wyłączenie jej zastosowania wobec funkcjonariuszy zagranicznych, albo znaczące ograniczenie jej zakresu poprzez nałożenie dodatkowych warunków dla jej stosowania, bądź też zapewnienie w inny właściwy sposób, że prawo polskie nie narusza Konwencji”⁹⁵.

karny. Część ogólna. Tom II, Warszawa 2011, s. 191 . Stanowisko zawężające pojęcie „równowartości” do sumy pieniężnej odpowiadającej wysokością wartości przedmiotów lub korzyści zagrożonych przypadkiem prezentują natomiast: M. Szwarczyk, *Przepadek korzyści majątkowych po zmianach kodeksu karnego* w: T. Bojarski, E. Skrętowicz (red.) *Nowe prawo karne po zmianach*, Lublin 2002, s. 18–19; B. Mik, *Nowela...*, s. 93; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2004., s. 211.

⁹⁴ C. Nowak, *Korupcja...*, na tle uregulowań międzynarodowych, s. 426–429.

⁹⁵ Poland: Phase 2. Report on the application on the convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery of foreign public officials in international business transactions (Report on 17th January 2007), s. 47 i 68, www.eocd.org.

Do stanowiska Grupy Roboczej OECD należy podejść z uwagą, aczkolwiek nie bezkrytycznie. Między zdaniem wskazuje się w nim, że utrzymanie klauzuli bezkarności z art. 229 § 6 k.k. nie da się pogodzić z ciążącym na Polsce obowiązkiem implementacyjnym. Z analogiczną oceną wyrażoną przez to gremium spotkało się kilka innych państw (Czechy, Słowacja, Grecja, Bułgaria), które wprowadziły do swoich kodeksów karnych podobne do polskiego uregulowania premiujące postawę sprawcy przekupstwa-denuncjatora⁹⁶. W pracach Grupy Roboczej określano je – nie do końca trafnie – wspólnym pojęciem skutecznego żalu (*effective regret*), choć nie zawsze żal leżeć miał, wedle kwestionowanych przepisów, u podstaw motywacji sprawcy podejmującego współpracę z organami ścigania, a już na pewno w żadnym razie denuncjacja nie mogła posłużyć skutecznemu zapobieżeniu popełnienia przestępstwa przez funkcjonariusza, gdyż w założeniu następować miała po tym fakcie. Każdorazowo ewaluacja tych uregulowań w ostatecznym rozrachunku wypadła negatywnie, choć pierwotnie, w pierwszej fazie monitoringu – co należy podkreślić – Grupa nie miała w tej kwestii jeszcze wyrobionego zdania. W konkluzji raportów dochodziła podówczas do wymijającego wniosku, wskazując, że ma do czynienia z zagadnieniem prawnym o szerszym charakterze, do którego powróci w przyszłości. Swoje finalne stanowisko Grupa sformułowała dopiero po kilku latach, po przejściu do drugiej fazy monitoringu. Każdorazowo odrzucała w nim, niejednokrotnie pogłębioną, argumentację państw-stron, podnoszoną na obronę uregulowań krajowych. Wskazywała przy tym, że pozostawienie szczególnych, ustawowych gwarancji, dopuszczających obligatoryjne i całkowite uwolnienie od kary sprawcy przekupstwa-denuncjatora, prowadzi w efekcie do zaistnienia sytuacji, w której realizacja obowiązku implementacji Konwencji OECD 1997 do prawa krajowego, w szczególności zaś jej art. 1 ust. 1 (definicja przekupstwa oraz art. 3 ust. 1, zagrożenie przekupstwa karą skuteczną proporcjonalną i odstręczającą), nie będzie w pełni zrealizowana. Jednocześnie nie dopatrywała się żadnych zagrożeń dla realizacji obowiązku implementacyjnego w obowiązywaniu w krajowych porządkach prawnych tzw. ogólnych podstaw wyłączenia przestępności

⁹⁶ Szerzej na ten temat zob. P. Bachmat, *Stanowisko OECD w zakresie uwolnienia od kary denuncjatora-sprawcy przekupstwa zagranicznego funkcjonariusza publicznego*, „Jurysta” 2009/3–4, s. 12–22.

czynu (*general defences*), czy okoliczności wpływających jedynie na złagodzenie wymiaru kary (*mitigating factors for sentencing*)⁹⁷.

Z negatywnym stanowiskiem w kwestii dopuszczalności instytucji *effective regret* pozostaje także w swoistym kontraście pozytywna ocena Grupy w zakresie stosowania przez niektóre państwa-strony instytucji zaniechania postawienia w stan oskarżenia sprawcy podejmującego współpracę z organami ścigania (*immunity from prosecution for co-operating offenders*)⁹⁸. Z punktu widzenia polityki kryminalnej oba rozwiązania oparte są na podobnej logice zagwarantowania sprawcy uniknięcia kary, w zamian za przekazanie informacji przydatnych do skazania innych osób, które współdziałały z nim w popełnieniu przestępstwa. Zasadnicza różnica między nimi leży w tym, że kategoria *effective regret* dotyczy regulacji szczególnych, znajdujących zastosowanie tylko w odniesieniu do sprawców przestępstw przekupstwa oraz obiektywnie obligatoryjnych w tym sensie, że przy stwierdzeniu określonych w ustawie przesłanek organ prowadzący postępowanie jest zobligowany do jej zastosowania, zaś *immunity from prosecution* ma charakter ogólny, a więc w założeniu dotyczy denuncjatorów współdziałających w popełnieniu różnych typów przestępstw, a zarazem fakultatywny, w tym sensie, że wykorzystanie jej w odniesieniu do konkretnego sprawcy podejmującego współpracę ostatecznie zawsze zależy od oceny oskarżyciela.

Trudno pozbyć się wrażenia, że w opisanym powyżej zakresie Grupa Robocza, preferując jedno rozwiązanie i arbitralnie odrzucając inne, jako potencjalnie niezgodne z treścią Konwencji OECD 1997, wyszła poza rolę podmiotu ewaluującego stan implementacji Konwencji do krajowych porządków prawnych, by przy okazji swoich raportów w istocie *post factum* rozszerzać zakres regulacyjny tego traktatu poza granice pierwotnie uzgodnione przez państwa-strony. Krytycznie należy ocenić także fakt, iż selekcji tej nie towarzyszyła próba wyjaśnienia, jakimi argumentami kierowała się Grupa Robocza przy formułowaniu raz afirmatywnego, innym razem negatywnego stanowiska w stosunku do konkurujących instytucji. Tym bardziej budzi to niepokój, że sama Konwencja OECD 1997 nie wspomina nic na temat takich czy innych okoliczności uchylających lub łagodzących karalność czynów

⁹⁷ OECD Glossaries. Corruption. A Glossary of international standards in criminal law, s. 50–51, OECD 2008, www.oecd.org.

⁹⁸ OECD Glossaries..., s. 52–53.

przekupstwa jako potencjalnych przeszkód w implementacji jej przepisów do krajowych porządków prawnych. Kwestii tej nie dostrzegli także jako problemu autorzy zbioru komentarzy do Konwencji OECD 1997⁹⁹, pełniącego w odniesieniu do jej tekstu rolę oficjalnego dokumentu interpretacyjnego, choć sami zajęli, nazwijmy to, nieortodoksyjne stanowisko, kiedy uznali, że tzw. drobne opłaty przyspieszające tok spraw (*small facilitation payments*), z reguły nielegalne w porządkach prawnych państw jako przejawy przekupstwa, nie mieszczą się w zakresie konwencyjnej definicji przekupstwa zagranicznego funkcjonariusza publicznego¹⁰⁰. Zgodnie z tym stanowiskiem, dopuszczenie takich praktyk w krajowym porządku prawnym nie wpłynie negatywnie na ocenę stanu implementacji postanowień Konwencji.

Z perspektywy polskiego prawa karnego zasadnicze wątpliwości budzą także założone w rekomendacji Grupy Roboczej ewentualne sposoby doprowadzenia do zgodności klauzuli z art. 229 § 6 k.k. z wymaganiami Konwencji OECD 1997. Pierwszy z nich, polegający na wyłączeniu w drodze nowelizacji kodeksu karnego z zakresu regulacyjnego art. 229 § 6 k.k. kategorii określonej przez Grupę mianem „funkcjonariuszy zagranicznych”, prowadziłby wprost do nieuzasadnionego zróżnicowania sytuacji prawnej osób znajdujących się w podobnej sytuacji faktycznej i co za tym idzie – otwierałby pole do kwestionowania konstytucyjnego charakteru przepisów wprowadzających taką zmianę. W jej wyniku sprawca przekupstwa, który zdecydowałby się pójść na współpracę z organami ścigania na warunkach określonych w art. 229 § 6 k.k., mógłby bowiem liczyć na całkowite uwolnienie od kary tylko wówczas, gdy przekupiłby krajową o.p.f.p. Natomiast w wypadku, w którym przedmiotem jego oddziaływania okazałaby się zagraniczna o.p.f.p., denuncjatorowi zostawałaby wymierzona kara. Ewentualnie mógłby liczyć na możliwość skorzystania z jakiejś nowo wprowadzonej, ale już nie tak daleko idącej, formy złagodzenia grożącej mu odpowiedzialności karnej. Ta ostatnia możliwość weszłaby w grę, o ile polski ustawodawca zdecydowałby się wcielić w życie drugi z objętych rekomendacją Grupy sposobów doprowadzenia do zgodności między art. 229 § 6 k.k. a Konwencją OECD 1997, a mianowicie doprowadzić do „znaczącego ograniczenia zakresu” instytucji określonej w art. 229 § 6 k.k., w wyniku „nałożenia dodatkowych warunków

⁹⁹ Commentaries on the convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions, przyjęty na konferencji negocjacyjnej dnia 21.11.1997 r. www.oecd.org.

¹⁰⁰ Zob. zwłaszcza komentarz 8 i 9 do art. 1 Konwencji OECD 1997.

dla jej stosowania”. W praktyce oznaczałoby to powrót do rozwiązań mniej atrakcyjnych z punktu widzenia interesu denuncjatora, zbliżonych np. do art. 243 k.k. z 1969 r. (fakultatywne nadzwyczajne złagodzenie kary, odstąpienie od jej wymierzenia, a po nowelizacji z 18.12.1982 r.¹⁰¹ – także obligatoryjne nadzwyczajne złagodzenie kary), art. 60 § 1 k.k. (obligatoryjne nadzwyczajne złagodzenie kary oraz możliwość warunkowego zawieszenia jej wykonania), czy art. 61 § 1 k.k. (fakultatywne odstąpienie od wymierzenia kary), a więc uregulowań, które nie sprawdziły się jako skuteczne instrumenty rozerwania solidarności sprawców przestępstw korupcyjnych¹⁰².

Zarysowane powyżej pryncypialne stanowisko Grupy Roboczej, dopatrującej się w instytucji *effective regret*, w tym w uregulowaniu art. 229 § 6 k.k., przeszkody w pełnej implementacji postanowień Konwencji OECD 1997 do krajowych porządków prawnych, jak się wydaje ma swoje źródło w specyfice tego traktatu, którego warstwa regulacyjna została ograniczona tylko do przypadków czynnej strony łapownictwa. To zawężenie przedmiotowego zakresu Konwencji OECD 1997 jest o tyle istotne, że pozwoliło ekspertom Grupy Roboczej zbudować argumentację, która w ich mniemaniu podważa przydatność uwolnienia od kary denuncjatorów-sprawców przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych. Punktem wyjścia dla tego rozumowania jest założenie, które legło też u podstaw projektu konwencji, a mianowicie, że traktatowe uregulowanie zobowiązania do ścigania przypadków sprzedajności zagranicznych funkcjonariuszy publicznych jest zbędne, ponieważ gdy dojdzie do ujawnienia konkretnej sytuacji korupcyjnej, państwo macierzyste i tak odmówi postawienia swojego funkcjonariusza w stan oskarżenia, powołując się np. na chroniący go immunitet, czy zapewniając mu w inny sposób faktyczną bezkarność. Znamienne pozostaje przy tym, że wątpliwości, jakie jeszcze na etapie projektowania konwencji dotyczyły możliwości i skuteczności ścigania jedynie najwyższych przedstawicieli państw, teraz odniesiono już do całego korpusu

¹⁰¹ Art. 12 pkt 1 ustawy z 18.12.1982 r. o szczególnej regulacji prawnej w okresie stanu wojennego (Dz. U. Nr 41, poz. 273).

¹⁰² Szerzej na ten temat zob. Z. Salamonowicz, *Próba weryfikacji działania art. 243 k.k. w świetle przeprowadzonych badań*, „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Oficerskiej w Szczytnie” 1976/3, s. 371–393; M. Posadzy, *Stosowanie art. 243 k.k. w postępowaniach karnych o przestępstwo łapownictwa*, „Problemy Praworządności” 1976/4, s. 53; L. Tyszkiewicz, *O sposobach przeciwdziałania solidarności między biorącym i dającym łapówkę w obronie przed odpowiedzialnością karną*, „Prokuratura i Prawo” 2004/11–12, s. 40–42.

urzędniczego. Skoro zatem państwo macierzyste funkcjonariusza nie będzie skłonne pociągnąć go do odpowiedzialności karnej za ujawniony akt korupcji, to w ocenie Grupy Roboczej uwolnienie od kary sprawcy jego przekupstwa-denuncjatora nie posłuży żadnym użytecznym celom, co więcej sprawiedliwość pozostanie w tym wypadku niezaspokojona¹⁰³.

Nie sposób podzielić tego rozumowania. Jest ono niespójne, anachroniczne i nieadekwatne. Jest niespójne, gdyż jednym tchem piętnuje się w nim krajowe instytucje gwarantujące uwolnienie od kary denuncjatora-sprawcy przekupstwa zagranicznego funkcjonariusza jako rozwiązania, które pozostawiają sprawiedliwość niezaspokojoną. Jednocześnie zaś uznaje się za politycznie uzasadnione, pomijając przy tym zupełnym milczeniem kwestię niezaspokojonej sprawiedliwości, aby nie ingerować treścią traktatu w kwestię odpowiedzialności karnej przekupnych funkcjonariuszy zagranicznych, przyjmując, że w zasadzie nie ma to głębszego sensu, albowiem państwo macierzyste i tak znajdzie jakiś wybieg, aby uchronić w tej sytuacji wprawdzie przekupnego, ale własnego, funkcjonariusza przed poniesieniem odpowiedzialności karnej. Jest ono także anachroniczne i nie przystaje do rzeczywistości, gdyż w zasadzie każde z państw sygnatariuszy konwencji byłoby zainteresowane ściganiem swoich funkcjonariuszy za akty korupcji popełnione we współdziałaniu z obywatelami innych państw jako przekupującymi, nawet gdy informacje procesowe na ten temat pochodziłyby ze źródła zewnętrznego, tj. od państwa macierzystego osoby dopuszczającej się przekupstwa. Przytłaczająca większość stron konwencji to państwa demokratyczne, zaś nieliczne z jej sygnatariuszy, co do których demokratyczna legitymacja mogłaby budzić jeszcze pewne zastrzeżenia, z pewnością aspirują do tego statusu. Ma to o tyle znaczenie, że we współczesnych demokracjach wszyscy przedstawiciele aparatu władzy bez wyjątku, a więc także osoby piastujące najwyższe funkcje państwowe, podlegają kontroli prawa. Dopuszczenie się korupcji przez urzędnika piętnowane jest jako okoliczność szkodząca państwu, stanowi przestępstwo zagrożone karą kryminalną oraz okoliczność dyskwalifikującą go od dalszego sprawowania urzędu. Demokracje wykształciły procedury wykluczenia skorumpowanych urzędników ze struktury instytucji i organów państwa, poczynając od odpowiedzialności karnej, poprzez

¹⁰³ Ten argument posłużył podważeniu instytucji *effective regret* m.in. w Czechach i na Słowacji, zob. szerzej P. Bachmat, *Stanowisko OECD...*, s. 14 i 17–21.

odpowiedzialność dyscyplinarną, na odpowiedzialności konstytucyjnej najwyższych funkcjonariuszy państwa kończą. Z kolei immunitety, towarzyszące pełnieniu niektórych funkcji państwowych, przybierają zazwyczaj postać immunitetów formalnych, gwarantujących jedynie czasowe wyłączenie możliwości wszczęcia i prowadzenia postępowania karnego. Po zakończeniu pełnienia funkcji przez sprawcę sprzedajności organy ścigania odzyskują możliwość wszczęcia przeciwko niemu kroków prawnych, co jest tym bardziej uprawdopodobnione, że wpisana w mechanizm demokratyczny konieczność odnawiania legitymacji do sprawowania władzy w drodze wyborów wymusza w czasie zmianę elity rządzącej. Poza tym w większości przypadków oczekiwanie na wygaśnięcie mandatu nie byłoby w ogóle konieczne, gdyż państwa demokratyczne wykształciły w swoich porządkach prawnych procedury wcześniejszego uchylecia immunitetu za zgodą właściwego organu. Wydaje się zatem, że wbrew przyjętemu na etapie projektowania konwencji założeniu, iż nie warto w uregulowaniach traktatowych odnosić się do przejawów sprzedajności zagranicznych funkcjonariuszy publicznych, gdyż ci i tak unikną w swoich państwach macierzystych odpowiedzialności, każde z państw-stron konwencji będzie żywotnie zainteresowane w pozyskaniu dowodów przeciwko własnemu urzędnikowi, i to niezależnie od jego rangi, który dopuścił się aktu korupcji we współdziałaniu z obywatelem innego państwa jako osobą przekupującą. W ostatecznym rozrachunku organy wymiaru sprawiedliwości państwa demokratycznego, którego urzędnik przyjął łapówkę w konfiguracji międzynarodowej, upomną się o niego i nie uchroni go przed tym ani wysoka ranga piastowanego urzędu, ani immunitet. Reasumując, wiedza procesowa, jaką uzyskają organy jednego państwa w zamian za uwolnienie od kary sprawcy przekupstwa, który zdecydował się pójść na współpracę i ujawnił przed nimi fakt i okoliczności popełnienia przestępstwa, nie pójdzie w tym wypadku na marne, jak próbują sugerować to eksperci OECD, a z dużym prawdopodobieństwem zostanie wykorzystana przez organy ścigania innego państwa, zatrudniającego urzędnika, który dopuścił się sprzedajności.

Biorąc powyższe pod uwagę, asertywne podejście polskiego ustawodawcy, który – wbrew rekomendacjom Grupy – nie zdecydował się do tej pory na korektę brzmienia art. 229 § 6 k.k., wydaje się zasadne i powinno zostać utrzymane, pomimo że prawnomiędzynarodowy kontekst sporu wokół tego przepisu stawia Polskę w dość

kłopotliwej sytuacji. Kwestionowany przepis art. 229 § 6 k.k. wszedł bowiem w życie 1.07.2003 r., a więc już po tym, jak Polska związała się Konwencją OECD 1997. Przypomnijmy, że ostateczne wejście w życie tego traktatu w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej miało miejsce 7.11.2000 r. Konwencja stanowiła już wtedy źródło prawnomiędzynarodowego zobowiązania Rzeczypospolitej Polskiej, jak również część polskiego prawa wewnętrznego. Co więcej, biorąc pod uwagę treść art. 188 pkt 2 Konstytucji RP, jako umowa międzynarodowa ratyfikowana przez Prezydenta po uprzedniej zgodzie wyrażonej w formie ustawy¹⁰⁴, hierarchicznie stała wyżej od ustawy wprowadzającej przepis art. 229 § 6 k.k. Tak więc wątpliwości postawione przez Grupę Roboczą co do stanu realizacji przez Polskę jej zobowiązań prawnomiędzynarodowych, choć nie jest to wyrażone wprost przez Grupę, pośrednio mogą także prowadzić do wywołania kwestii kontroli art. 229 § 6 k.k. przed Trybunałem Konstytucyjnym.

W dyskusji nad oceną Grupy co do stanu implementacji Konwencji OECD 1997 do polskiego porządku prawnego, w tym wpływu na ten proces klauzuli niepodlegania karze z art. 229 § 6 k.k., nie można pominąć kwestii oceny jakości samego traktatu. Słabą stroną Konwencji jest pozostawienie poza przedmiotowym zakresem regulacji zachowań polegających na sprzedajności zagranicznego funkcjonariusza. Jak wskazano powyżej, decyzja ta oparta jest na anachronicznym i mało prawdopodobnym założeniu, że państwo służby funkcjonariusza nie byłoby zainteresowane w inicjowaniu postępowania karnego przeciwko skorumpowanemu urzędnikowi w sytuacji, w której informacje procesowe o jego czynie pochodząby z państwa macierzystego osoby przekupującej. Prowadzi ona także do wyeksponowania sprzeczności na gruncie samej Konwencji, która z jednej strony nakłada na strony obowiązku penalizacji sprzedajności zagranicznego funkcjonariusza publicznego, z drugiej zaś zobowiązuje je w myśl art. 3 ust. 3 do konfiskaty łapówki uzyskanej wskutek przekupstwa. Tu pojawia się problem, jak wyegzekwować przepadek łapówki, która z reguły będzie się znajdować poza

¹⁰⁴ Por. art. 1 ustawy z 22.01.2000 r. o ratyfikacji Konwencji o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych, w którym wyraża się zgodę na dokonanie przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej ratyfikacji Konwencji o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych, sporządzonej w Paryżu dnia 17.12.1997 r. (Dz. U. Nr 15, poz. 178).

jurysdykcją państwa, które ów przypadek orzekło¹⁰⁵? Z uwagi na fakt, iż wejście w życie przepisu art. 229 § 6 k.k. miało miejsce chronologicznie później w stosunku do dnia wejścia w życie przepisów samej Konwencji, polski ustawodawca nie miał okazji zabezpieczyć w sferze prawnomiędzynarodowej swojego autonomicznego podejścia do kwestii instytucji niepodlegania karze z art. 229 § 6 k.k., wykorzystując w tym celu instytucję zastrzeżenia, sformułowanego na etapie przystępowania do konwencji. W tym czasie nie przewidział także takiej konieczności na przyszłość.

Czy to oznacza, że nie pozostaje już nic innego, jak tylko przyjąć krytyczne uwagi na temat niedostatków implementacji Konwencji OECD 1997 do krajowego porządku prawnego, wygłoszone z perspektywy traktatowego wzorca, który sam zasługuje na krytyczną ocenę? Wydaje się, że istnieje jeszcze pewna furtka do wykorzystania. Otóż należy doprowadzić do przeniesienia punktu ciężkości w dyskusji prowadzonej na forum OECD nad stanem implementacji Konwencji ze sfery domniemanych niedostatków prawa polskiego, do sfery, w której ukazana zostanie konieczność reformy treści samej konwencji. Taką możliwość daje art. 16 Konwencji OECD 1997, zgodnie z którym każda ze stron może zaproponować wniesienie poprawek do tego aktu. Wśród nich przede wszystkim powinna znaleźć się propozycja rozszerzenia zakresu regulacyjnego traktatu na zachowania polegające na sprzedawności zagranicznych funkcjonariuszy publicznych. To z kolei stałoby się dobrym punktem wyjścia do zainicjowania dyskusji nad potrzebą wprowadzenia do Konwencji OECD 1997 uregulowań dopuszczających obowiązywanie w krajowych porządkach prawnych instytucji, pomyślanych jako sposób na rozerwanie solidarności między sprawcami przestępstw korupcyjnych w zamian za złagodzenie lub uwolnienie od kary denuncjatora – sprawcy przekupstwa.

¹⁰⁵ J. Garstka, *Komentarz...*, s. 312.

5. Badanie aktowe

Do prezesów sądów okręgowych w całym kraju zwrócono się prośbą o nadeślanie z podległych im okręgów sygnatur postępowań karnych, w których w okresie od 4.02.2001 r. (dzień wejścia w życie przepisów art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k.) do 31.12.2014 r. zapadło prawomocne orzeczenie kończące postępowanie w sprawach, w których przy kwalifikacji zachowania sprawcy wykorzystano klauzule asymilacyjne z art. 228 § 6 lub art. 229 § 5 k.k.

Założony w badaniu stosunkowo długi, bo kilkunastoletni okres, dla doboru próby badawczej znajduje swoje uzasadnienie statystyczne. Chodziło bowiem o dotarcie do jak największej liczby przypadków osądzenia przestępstw, które niesłychanie rzadko pojawiają się na wokandach sądów. Gdy wziąć pod uwagę statystykę ministerialną w zakresie czynów zabronionych, które znalazły swój finał w sądzie i zostały tam prawomocnie osądzone, widać wyraźnie, że przypadki zakwalifikowania typu czynu zabronionego sprzedajności lub przekupstwa w związku klauzulą asymilacyjną z art. 228 § 6 lub art. 229 § 5 k.k. należą do rzadkości (por. poniżej tabela 3 oraz 4).

Tabela 3 prezentuje szczegółowo liczbę przypadków prawomocnego osądzenia dorosłych sprawców poszczególnych typów sprzedajności i przekupstwa o.p.f.p. według wszystkich czynów¹⁰⁶, zaś tabela 4 – według czynu głównego.

¹⁰⁶ Liczba ogółem osądzonych w statystyce Ministerstwa Sprawiedliwości obejmuje co do zasady przypadki: skazania, warunkowego umorzenia, umorzenia, uniewinnienia oraz odstąpienia od wymierzenia kary.

Tabela 3. Ogółem osądzeni dorośli sprawcy przestępstw sprzedajności i przekupstwa o.p.f.p. (wg wszystkich czynów)

TYP PRZESTĘPSTWA	1998 ¹⁰⁷	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Art. 228 § 1 k.k.	25	52	71	68	94	84	154	197	243	169	390	292	308	262	227
Art. 228 § 2 k.k.	5	9	4	7	4	4	10	7	14	20	17	38	30	14	13
Art. 228 § 3 k.k.	21	54	41	41	82	69	242	301	331	281	522	329	716	451	691
Art. 228 § 4 k.k.	20	19	14	6	12	5	20	29	37	31	62	39	37	32	36
Art. 228 § 5 k.k.	1	2	1	1	3	2	7	3	5	0	3	2	2	2	7
Art. 228 § 6 k.k.															0
Łącznie	72	136	131	123	195	164	433	537	630	501	994	700	1093	761	974
Art. 229 § 1 k.k.	76	116	107	97	118	178	367	406	408	544	521	548	538	452	463
Art. 229 § 2 k.k.	25	61	20	55	34	51	62	71	59	109	121	85	75	83	95
Art. 229 § 3 k.k.	67	245	367	408	430	584	797	1 199	1 290	1 800	2 012	2 162	1 777	1 793	1 462
Art. 229 § 4 k.k.	1	0	0	0	2	3	15	5	16	0	3	6	3	3	2
Art. 229 § 5 k.k.											1	0	0	0	
Art. 229 § 5 k.k. w zw. z § 1											5	1	2	2	1

¹⁰⁷ W kolumnie za rok 1998 znalazły się dane liczbowe za okres od 1.09.1998 r., tj. od dnia wejścia w życie ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks karny. Dla uzupełnienia następująco prezentuje się liczba przypadków osądzenia poszczególnych typów przestępstw sprzedajności i przekupstwa o.p.f.p. w okresie poprzedzającym, tj. od 1.01. do 31.08.1998 r., zestawiona według wszystkich czynów na podstawie odpowiednich przepisów ustawy z 19.04.1969 r. – Kodeks karny: art. 239 § 1 k.k. – 23; art. 239 § 2 k.k. – 23; art. 239 § 3 k.k. – 16; art. 240 pkt 1 k.k. – 1; art. 240 pkt 2 k.k. – 0; art. 241 § 1 k.k. – 126; art. 241 § 2 k.k. – 35; art. 241 § 3 k.k. – 109; art. 241 § 4 k.k. – 0; art. 242 k.k. – 0.

Art. 229 § 5 k.k. w zw. z § 2											1	0			1
Art.229 § 5 k.k. w zw. z § 3											1	1			3
Łącznie	169	422	494	560	584	816	1241	1681	1773	2453	2665	2803	2395	2333	2027

Tabela 4. Ogółem osądzeni dorośli sprawcy przestępstw sprzedajności i przekupstwa o.p.f.p. (wg czynu głównego)

TYP PRZESTĘPSTWA	1998¹⁰⁸	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Art. 228 § 1 k.k.	21	45	53	58	64	49	111	123	158	96	171	107	149	98	105
Art. 228 § 2 k.k.	4	8	3	6	3	4	9	6	8	15	13	21	20	13	11
Art. 228 § 3 k.k.	19	52	38	38	74	65	168	227	263	202	228	210	196	217	176
Art. 228 § 4 k.k.	14	15	12	6	12	5	19	14	23	17	31	25	15	24	16
Art. 228 § 5 k.k.	1	2	1	1	3	2	6	1	5	0	3	2	2	2	7
Art. 228 § 6 k.k.															0

¹⁰⁸ W kolumnie za rok 1998 znalazły się dane liczbowe za okres od dnia 1.09.1998 r., tj. od dnia wejścia w życie ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks karny. Dla uzupełnienia następująco prezentuje się liczba przypadków osądzenia poszczególnych typów przestępstw sprzedajności i przekupstwa o.p.f.p. w okresie poprzedzającym, tj. od 1.01. do 31.08.1998 r., zestawiona według czynu głównego na podstawie odpowiednich przepisów ustawy z 19.04.1969 r. – Kodeks karny: art. 239 § 1 k.k. – 21; art. 239 § 2 k.k. – 22; art. 239 § 3 k.k. – 13; art. 240 pkt 1 k.k. – 1; art. 240 pkt 2 k.k. – 0; art. 241 § 1k.k. – 82; art. 241 § 2 k.k. – 25; art. 241 § 3 k.k. – 97; art. 241 § 4 k.k. – 0; art. 242 k.k. – 0.

Łącznie	59	122	107	109	156	125	313	371	457	330	446	365	382	354	315
Art. 229 § 1 k.k.	55	85	83	73	89	145	298	320	318	470	433	472	448	381	356
Art. 229 § 2 k.k.	16	38	16	51	29	45	47	57	54	103	112	74	70	76	85
Art. 229 § 3 k.k.	62	203	314	360	363	500	689	1 028	1 099	1 623	1 676	1 776	1 536	1 551	1 241
Art. 229 § 4 k.k.	1	0	0	0	2	1	13	5	14	0	3	6	3	3	2
Art. 229 § 5 k.k.											1	0	0	0	0
Art. 229 § 5 k.k. w zw. z § 1											5	1	2	1	0
Art. 229 § 5 k.k. w zw. z § 2											1	0			1
Art. 229 § 5 k.k. w zw. z § 3											1	1			1
Łącznie	193	326	413	484	483	691	1047	1410	1485	2196	2232	2330	2059	2012	1686

Niestety pomimo założenia długiego okresu próby, analiza spraw karnych o przestępstwa sprzedajności i przekupstwa osoby pełniącej funkcję publiczną w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej (kwalifikowanych przy zastosowaniu klauzul z art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k.) nie powiodła się na zadowalającym poziomie statystycznym z uwagi na brak wystarczającej liczby relewantnych postępowań karnych. Specyfika tych postępowań z udziałem elementu międzynarodowego wskazywała już na etapie planowania badania, że ich liczba nie będzie duża. Tym niemniej na etapie realizacji badania zachodziło jeszcze prawdopodobieństwo uzyskania puli badawczej przydatnej chociażby tylko do przygotowania analizy jakościowej analizowanej problematyki. W odpowiedzi na pytanie o sygnatury spraw karnych sądy udzieliły bowiem kilkunastu pozytywnych odpowiedzi, co – uwzględniając specyfikę postępowań o przestępstwa korupcyjne, w których zazwyczaj w jednej sprawie osądzeniu podlega kilku sprawców i kilkanaście czynów – dawało szacunkową perspektywę badawczą kilkudziesięciu czynów zabronionych, które można byłoby poddać badaniu w drodze analizy akt. W praktyce okazało się jednak, że w 11 sprawach wskazane przez sądy sygnatury były błędne – po sprowadzeniu akt wyszło na jaw, że dotyczą innych typów przestępstw¹⁰⁹, w kolejnej sprawie sprowadzenie akt okazało się niemożliwe z uwagi na prowadzone z ich wykorzystaniem czynności procesowe¹¹⁰.

W rezultacie jedynie 3 postępowania karne, które spełniły kryteria doboru, zostały udostępnione przez sądy do badania. Na ich podstawie zidentyfikowano 6 czynów korupcyjnych, które zostały prawomocnie osądzone. Taka liczba wykluczyła możliwość przeprowadzenia badania ilościowego, nie dała też satysfakcjonującej podstawy do badania jakościowego. Zasadniczo, wszystkie nadesłane przypadki dotyczyły przestępstwa przekupstwa osoby pełniącej funkcję publiczną w państwie obcym (art. 229 § 5 k.k.). Każdorazowo przedmiotem oddziaływania sprawcy przekupstwa, a zarazem dzierżycielem funkcji publicznej, okazywał się zagraniczny celnik, pełniący swoje obowiązki w związku z odprawą celną towarów. Jako funkcjonariusz służby celnej obcego państwa zostawał niejako automatycznie

¹⁰⁹ SO we Wrocławiu (III K 71/06); SR w Strzelcach Krajeńskich (II K 1050/09); SR w Jarocinie (II K 87/11); SR w Jarocinie (II K 114/09); SR w Jarocinie (VI K 527/07); SR w Jarocinie (II K 86/04); SR w Jarocinie (II K 21/04); SR w Sanoku (II K 100/13); SR w Sanoku (II K 104/08); SR w Sanoku (II K 795/10); SR w Sanoku (II K 62/03).

¹¹⁰ SO w Gdańsku (IV K 115/13).

zaliczony przez polskie organy wymiaru sprawiedliwości do kategorii osób pełniących funkcję publiczną. Jednakże powyższa kwalifikacja została oparta jedynie na pewnym domniemaniu, jako że w żadnym z analizowanych postępowań ani prokuratury, ani sądy nie wskazały, jakimi kryteriami kierowały się, uznając funkcjonariusza celnego obcego państwa za osobę pełniącą funkcję publiczną. W żadnym z tych postępowań nie pochyłono się nad kwestią źródeł normatywnych, przesądzających kryteria pełnienia funkcji publicznej istotne dla przypisania odpowiedzialności karnej z art. 229 § 5 k.k. W szczególności zaś nie wiemy, czy zagraniczny celnik został uznany za o.p.f.p. w rozumieniu przepisów polskiego prawa karnego (art. 115 § 19 k.k.), czy też w rozumieniu ustawodawstwa państwa pełnienia funkcji.

Nie zidentyfikowano natomiast żadnego przypadku, w którym polskie organy wymiaru sprawiedliwości prowadziłyby postępowanie z art. 228 § 6 k.k., skutkujące osądzenie osoby pełniącej funkcję publiczną w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej za dopuszczenie się przestępstwa sprzedajności. Brak relewantnych postępowań o te czyny koresponduje z danymi statystycznymi (por. tabele -3 i 4 powyżej).

Przykład 1

/SR w Mińsku Mazowieckim, II K 767/10/

Przedmiotowe postępowanie, będące odpryskiem szerszego postępowania, prowadzone było przeciwko mężczyźnie zatrudnionemu na stanowisku spedytora w firmie transportowej, oskarżonemu o to, że 21.02.2007 r., działając wspólnie i w porozumieniu z właścicielem firmy kooperującej, zajmującej się spedycją towarów w obrocie międzynarodowym, nakłaniał kierowcę dokonującego przewozu towarów przez granicę polsko-białoruską do udzielenia korzyści majątkowej w kwocie 100 dolarów USD funkcjonariuszom białoruskiej służby celnej, o nieustalonej tożsamości w związku z pełnieniem przez nich funkcji publicznej, przy odprawie tranzytowej ładunku luksusowej odzieży, której eksporterem była nieustalona włoska firma, zaś importerem nieustalona firma rosyjska, tj. o czyn z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 229 § 5 k.k. w zw. z art. 229 § 1 k.k.

Na ślad procederu popełniania przestępstw korupcyjnych wpadła Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, która prowadziła śledztwo o sygn. V Ds. 21/09/S (nadzorowane przez PO w Lublinie). Dotyczyło ono nieprawidłowości zaistniałych w handlu tranzytowym towarów przewożonych przez polskie terytorium celne, w tym m.in. przypadków nakłaniania obywateli polskich do wręczania korzyści majątkowych osobom pełniącym funkcje publiczne w państwie obcym w związku z działalnością polegającą na spedycji towarów w obrocie międzynarodowym. W drodze czynności operacyjnych polegających na kontroli i utrwalaniu treści rozmów telefonicznych, potwierdzonych następnie zeznaniami świadków i wyjaśnieniami oskarżonych, z których część przyznała się do popełnienia zarzucanych czynów, organ prowadzący postępowanie przygotowawcze zgromadził materiał dowodowy m.in. dotyczący zachowania zarzucanego oskarżonemu. Ten przyznał się do zarzucanego czynu i złożył wniosek o skazanie w trybie art. 335 § 1 k.k. Z uwagi na stwierdzenie kompletności materiału dowodowego, materiały w jego sprawie oraz w sprawie dotyczącej współdziałającego w popełnieniu przestępstwa właściciela firmy spedycyjnej zostały wyłączone do odrębnego postępowania, prowadzonego przez PO w Lublinie pod sygn. V Ds. 52/10/S.

Potwierdzony w toku śledztwa stan faktyczny dotyczy następującego zdarzenia korupcyjnego z elementem międzynarodowym. Kierowca, realizujący zlecenie przewiezienia towaru w postaci luksusowej odzieży o wartości ok. 2 mln euro, po przekroczeniu granicy z Białorusią zgłosił, zgodnie z obowiązującymi regulacjami, przewożony towar do odprawy celnej. Wówczas funkcjonariusze białoruskiej służby celnej poprosili kierowcę, aby ten opuścił samochód i udał się do pobliskiego budynku, gdzie oczekiwał na niego kierownik zmiany. Podczas rozmowy kierownik zmiany białoruskiej służby celnej zażądał od kierowcy łapówki w wysokości 400 dolarów amerykańskich w zamian za odstąpienie od szczegółowej rewizji ładunku. Zagroził jednocześnie, że w przypadku odmowy wręczenia łapówki ładunek wraz z samochodem zostanie poddany procedurze „dasmortu”, czyli kompleksowej kontroli celnej, trwającej do 14 dni, podczas której kierowca nie może odchodzić od pojazdu, jak również nikt z osób trzecich, w tym przedstawiciele spedytora, importera i eksportera nie mogą do pojazdu się zbliżyć, ani uczestniczyć w żaden sposób w prowadzonej kontroli.

Kierowca pojazdu, nie chcąc podejmować decyzji samodzielnie, zadzwonił do swojej firmy transportowej, aby uzyskać instrukcję, jak w zaistniałej sytuacji ma się zachować. Telefon odebrał oskarżony, zatrudniony w firmie transportowej na stanowisku spedytora. Ten z kolei zadzwonił do właściciela firmy kooperującej (współoskarżonego), który odpowiadał na podstawie umowy zlecenia za przeprowadzenie spedycji towarów zatrzymanych na granicy białoruskiej. Oskarżony zapytał wprost rozmówcę, czy ten zgodzi się zwrócić kierowcy 400 dolarów amerykańskich lub ewentualnie spowoduje zwrot tej kwoty przez importera z Rosji. Mężczyzna polecił udzielić celnikom białoruskim kwotę 100 dolarów amerykańskich w zamian za odstąpienie od szczegółowej kontroli celnej – „dasmortu”. Taką też odpowiedź przekazał kierowcy oskarżony, który przekazał ją następnie białoruskim celnikom. Ci jednak nie zgodzili się na przyjęcie pomniejszonej kwoty i nakazali kierowcy czekać. W międzyczasie na przejście graniczne przyjechali pracownicy firmy konwojowej, którzy mieli ochraniać przewożony ładunek. W wyniku ich pośrednictwa celnicy odstąpili od procedury „dasmortu” i zezwolili kierowcy na kontynuowanie podróży.

W toku śledztwa ustalono, że kierowca nie wręczył ostatecznie białoruskim celnikom żadnej łapówki, nie przekazał też pieniędzy pracownikom konwoju, zaś towar został odprawiony w tranzycie zgodnie z procedurą.

Sąd Rejonowy w Mińsku Mazowieckim w dniu 28.07.2010 r. uznał oskarżonego za winnego popełnienia przestępstwa z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 229 § 5 k.k. w zw. z art. 229 § 1 k.k. i wymierzył mu za nie, przy zastosowaniu nadzwyczajnego złagodzenia¹¹¹, karę 25 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na 20 zł.

Przykłady 2–4

/SR w Mińsku Mazowieckim, II K 845/10/

¹¹¹ W treści wyroku sąd nie podał konkretnej przesłanki nadzwyczajnego złagodzenia kary, uzasadnienie wyroku nie było sporządzane. W akcie oskarżenia sporządzonym przez PO w Lublinie (V Ds. 52/10/S) zwrócono natomiast uwagę na możliwość nadzwyczajnego złagodzenia w oparciu o przepis art. 22 § 2 k.k. z uzasadnieniem, że „czynu zabronionego, do którego podzegał skazany nie popełniono, a nawet nie usiłowano popełnić”. Z tą oceną trudno jednak się zgodzić, gdyż kierowca złożył karalną obietnicę udzielenia łapówki w wysokości 100 dolarów amerykańskich.

Przedmiotowe postępowanie, będące odpryskiem szerszego postępowania opisanego powyżej w przykładzie 1, prowadzone było przeciwko właścicielowi firmy prowadzącej działalność w zakresie spedycji towarów w obrocie międzynarodowym, oskarżonemu o trzy czyny korupcyjne z elementem międzynarodowym, tj.:

- to, że 21.02.2007 r. nakłaniał pracowników kooperującej firmy transportowej, przewożącej towary, których spedycję prowadził, w tym osobę odpowiedzialną w tej firmie za koordynowanie spedycji oraz kierowcę dokonującego przewozu towarów przez granicę polsko-białoruską do udzielenia korzyści majątkowej w kwocie 100 dolarów USD funkcjonariuszom białoruskiej służby celnej o nieustalonej tożsamości w związku z pełnieniem przez nich funkcji publicznej przy odprawie tranzytowej ładunku luksusowej odzieży, której eksporterem była nieustalona włoska firma, zaś importerem nieustalona firma rosyjska, tj. o czyn z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 229 § 5 k.k. w zw. z art. 229 § 1 k.k.;
- to, że 27.02.2007 r. nakłaniał kierowcę dokonującego przewozu towarów przez granicę białoruską do udzielenia korzyści majątkowej w bliżej nieustalonej kwocie funkcjonariuszom białoruskiej służby celnej, o nieustalonej tożsamości w związku z pełnieniem przez nich funkcji publicznej, przy odprawie tranzytowej ładunku minerałów, którego importerem była firma rosyjska, tj. o czyn z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 229 § 5 k.k. w zw. z art. 229 § 1 k.k.;
- to, że 2.03.2007 r. nakłaniał kierowcę dokonującego przewozu towarów przez granicę białoruską do udzielenia korzyści majątkowej w bliżej nieustalonej kwocie funkcjonariuszom białoruskiej służby celnej, o nieustalonej tożsamości w związku z pełnieniem przez nich funkcji publicznej, przy odprawie tranzytowej ładunku artykułów chemicznych i kosmetyków, których importerem była firma rosyjska, tj. o czyn z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 229 § 5 k.k. w zw. z art. 229 § 1 k.k.

Pierwotnie postępowanie sądowe prowadzone było przez Sąd Rejonowy w Mińsku Mazowieckim pod sygn. II K 767/10 przeciwko dwóm oskarżonym (przypadek drugiego oskarżonego został opisany powyżej w przykładzie 1). Postanowieniem

tegoż sądu materiały dotyczące sprawy oskarżonego właściciela firmy spedycyjnej zostały wyłączone do odrębnego postępowania o sygn. II K 845/10, z uwagi na okoliczności utrudniające łączne rozpoznanie spraw obu oskarżonych.

W toku postępowania oskarżony właściciel firmy spedycyjnej nie przyznawał się do popełnienia zarzucanych czynów, wskazując jednak, że zdarzenia opisane w zarzutach miały miejsce, lecz w jego ocenie nie były przestępstwami. W związku z tym wyjaśniał, że w okresie objętym postępowaniem dostawał bardzo dużo telefonów od przewoźników, kierowców, nadawców, spedytorów i odbiorców towaru, którzy pytali go, czy płacić w sytuacji, w której funkcjonariusze białoruskiej służby celnej domagali się pieniędzy za bezproblemową odprawę celną ładunku. Odpowiadał wówczas, aby płacić, kierując się przy tym intencją uniknięcia strat finansowych, wynikających z niedotrzymania umówionych terminów dostaw towarów. Działania funkcjonariuszy białoruskiej służby celnej, regularnie stawiających żądania opłacenia się w zamian z odstąpieniem od szczegółowej kontroli ładunku, określił mianem panującego wśród nich „zwyczaju”.

Sąd rejonowy uznał oskarżonego winnym zarzucanych mu czynów, przyjmując że ten dopuścił się ich w warunkach trójczynowego ciągu przestępstw (art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 229 § 5 k.k. w zw. z art. 229 § 1 k.k., w zw. z art. 91 § 1 k.k.). W dniu 30.05.2011 r. skazał go za to na karę 50 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość stawki dziennej na 50 zł. Wymierzając karę, sąd miał na uwadze, że spełnione zostały przesłanki jej nadzwyczajnego złagodzenia, określone w art. 22 § 2 k.k., tj. że czynów zabronionych, do których popełnienia podlegał oskarżony, nie usiłowano nawet dokonać, tj. kierowcy nie wręczyli łapówek. Wyrok sądu rejonowego został następnie utrzymany w mocy przez Sąd Okręgowy w Siedlcach (Ka 505/11), który uznał apelację obrońcy oskarżonego za oczywiście bezzasadną.

Przykłady 5–6

/SR w Słubicach, II K 1290/12/

Przedmiotowe postępowanie wszczęto w wyniku wniosku, jaki niemiecka prokuratura w Neuruppin skierowała 29.09/2011 r. do Prokuratury Okręgowej w Gorzowie Wielkopolskim o przejęcie ścigania karnego obywatela polskiego, podejrzanego o współudział w procederze wprowadzania na europejski obszar celny towarów

z pominięciem należnych opłat celnych i podatku VAT, co skutkowało stratami w wysokości co najmniej 1.800.000 euro, a było możliwe dzięki zwerbowaniu do współpracy funkcjonariusza niemieckiego urzędu celnego we Frankfurcie, który w zamian za poświadczanie nieprawdy w dokumentach celnych otrzymywał łapówki pieniężne w wysokości 250 lub 500 euro liczone od pojedynczego transportu. Strona niemiecka doprowadziła do skazania skorumpowanego funkcjonariusza celnego oraz innego obywatela polskiego, który pośredniczył w przekazywaniu mu łapówek, w istocie pełniąc w tym procederze rolę płatnego protektora. Nie mogła natomiast doprowadzić do bezpośredniego zatrzymania organizatora procederu – innego obywatela polskiego, pomimo zidentyfikowania jego personaliów. Wobec powyższego skierowano wniosek o przejęcie jego ścigania przez stronę polską. Na podstawie materiałów procesowych przekazanych przez prokuraturę niemiecką w Neuruppin oraz w następstwie własnego śledztwa, prowadzonego pod sygn. VI Ds. 49/11, Prokuratura Okręgowa w Gorzowie Wielkopolskim skierowała przeciwko temu mężczyźnie akt oskarżenia, w którym zarzuciła mu, że:

- w okresie od 1.04.2009 r. do 16.03.2010 r., działając wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, dopuścił się w ramach czynu ciągłego, za pośrednictwem innego obywatela polskiego, działającego jako płatny protektor, udzielenia korzyści majątkowej znacznej wartości ustalonemu funkcjonariuszowi niemieckiego urzędu celnego we Frankfurcie, w łącznej kwocie 61.500 euro, stanowiącej równowartość co najmniej 246.000 zł, za zachowania stanowiące naruszenie przepisów prawa, a mianowicie poświadczanie nieprawdy w dokumentach T1 oraz systemie informatycznym ATLAS poprzez pozorowanie zakończenia procedur tranzytu wspólnotowego T1 towarów spoza Unii Europejskiej, co do których procedurę tranzytu otwarto w Urzędzie Celnym w Hamburgu, przeznaczonych dla odbiorców w Federacji Rosyjskiej i fikcyjnym otwieraniu operacji tranzytowych TIR ww. towarów przy wykorzystaniu numerów operacyjnych MRN przynależnych innym otwartym operacjom tranzytowym realizowanym na podstawie karnetu TIRI, w ten sposób, że za każdy ze 124 zidentyfikowanych przypadków dopuszczenia do fikcyjnego tranzytu przekazywał łapówkę w wysokości 500 euro, co stanowiło równowartość co najmniej 2000 zł, tj. o czyn z **art. 229 § 5 k.k. w zw. z art.**

229 § 3 i 4 k.k. w zb. z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 271 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. (czyn ciągły obejmujący 124 zachowania);

- w okresie od października 2009 r. do 16 marca 2010 r., działając wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami, dopuścił się w ramach czynu ciągłego, za pośrednictwem innego obywatela polskiego, działającego jako płatny protektor, udzielenia korzyści majątkowej ustalonemu funkcjonariuszowi niemieckiego urzędu celnego we Frankfurcie w łącznej kwocie 3.500 euro, stanowiącej równowartość co najmniej 14.000 zł, za zachowania stanowiące naruszenie przepisów prawa, a mianowicie poświadczanie nieprawdy w dokumentach wysyłki EX o wskazanych numerach identyfikacyjnych oraz systemie informatycznym ATLAS poprzez pozorowanie zakończenia procedur wywozu towarów z Niemiec poza terytorium Unii Europejskiej, w ten sposób, że każdy z 14 zidentyfikowanych przypadków fikcyjnego zakończenia procedury wywozu przekazywał łapówkę w wysokości 250 euro, tj. o czyn **z art. 229 § 5 i 3 k.k. w zb. z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 271 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.** (czyn ciągły obejmujący 14 zachowań).

Z ustalonego w toku śledztwa stanu faktycznego wynika, że skazany przekazywał swojemu znajomemu kwotę 1.000 euro za każdy dokument T1, poświadczający niezgodnie z prawdą zamknięcie procedury tranzytowej przez teren Unii Europejskiej. Znajomy skazanego pełnił w tym procederze rolę pośrednika. Z przekazanej kwoty połowę zatrzymywał dla siebie, zaś pozostałe 500 euro przekazywał z kolei swojemu znajomemu, pełniącemu funkcję funkcjonariusza urzędu celnego we Frankfurcie. Niemiecki celnik organizował dokumenty, legalizujące przewóz towarów, jak również wprowadzał nieprawdziwe dane w systemie informatycznym ATLAS.

Dokumenty, w których poświadczano nieprawdę, dotyczyły towarów sprowadzanych spoza Unii Europejskiej, przede wszystkim z Chin i Zjednoczonych Emiratów Arabskich do odbiorców w Federacji Rosyjskiej. Towar był przewożony w kontenerach drogą morską do portu w Hamburgu. Stamtąd miał zostać przetransportowany przez polskich przewoźników ciężarówkami do odbiorców w Rosji.

Zgodnie ze zgłoszeniem towary obejmowano procedurą wspólnotowego tranzytu zewnętrznego T1. W tzw. urzędzie wyjścia – Urzędzie Celnym w Hamburgu, rozpoczynano procedurę i zwalniano z obowiązku celnego towary przeznaczone do tranzytu przez obszar celny Unii Europejskiej. Urzędem przeznaczenia był Urząd Celny we Frankfurcie. W urzędzie wyjścia drukowano tranzytowy dokument towarzyszący T1 z numerem MRN w formie kodu paskowego. Numer ten nadawany był operacji tranzytu przy rejestracji i towarzyszył jej do zakończenia. Ponadto z urzędu wyjścia wysyłano do urzędu przeznaczenia komunikat o przybyciu towarów, zawierający wszystkie dane prowadzonej operacji tranzytowej. W terminie określonym w dokumencie T1 towar musiał zostać przedstawiony w deklarowanym urzędzie przeznaczenia.

W rzeczywistości opłacone łapówką kontenery nie były przedstawiane do kontroli w urzędzie przeznaczenia. Skazany przekazywał niemieckiemu celnikowi, za pośrednictwem ich wspólnego znajomego, dokumenty T1 dotyczące konkretnych rozpoczętych operacji tranzytowych. W tym czasie celnik dokonywał odpraw innych towarów w procedurze TIR. Po dokonaniu legalnej odprawy celnik przystawiał także pieczęć, oznaczającą zamknięcie procedury z wynikiem zgodnym na dokumentach przekazanych przez skazanego. Następnie, posługując się pieczęciami z numerami MRN nadanymi innym legalnie otwartym operacjom tranzytowym, otwierał fikcyjną procedurę dalszego tranzytu towarów według karnetu TIR. W ten sposób poświadczal, że towary przeszły do innej procedury celnej, co skutkowało brakiem konieczności naliczenia i uiszczenia opłat celnych i podatkowych, pomimo zamknięcia procedury T1 i niezgłoszenia przez uprawnione osoby kolejnej procedury tranzytu. Dane te wprowadzał także do systemu informatycznego ATLAS.

Z wpisów dokonywanych przez funkcjonariusza Urzędu Celnego we Frankfurcie wynikało, że dalszy tranzyt towarów przez teren Unii Europejskiej odbywa się pod osłoną karnetu TIR. Faktycznie jednak towar był sprzedawany na rynku unijnym. Pomimo braku ostatecznej odprawy celnej, jego dalsze przemieszczanie w rzeczywistości nie podlegało dozorowi celnemu. Dozorowi podlegał natomiast inny towar, odprawiony wcześniej w procedurze TIR, którego numer MRN operacji celnej wykorzystywał skazany dla swoich towarów. W wyniku tej praktyki do europejskiego

obszaru celnego wprowadzono towary bez uiszczenia opłat celnych i podatkowych co najmniej 124 razy.

Po pewnym czasie skazany przy pomocy niemieckiego celnika i ich wspólnego znajomego, pełniącego rolę pośrednika, wdrożyli kolejny system omijania obowiązków celnych i podatkowych. Tym razem skazany przekazywał dokumenty wysyłki EX., zaś funkcjonariusz Urzędu Celnego we Frankfurcie poświadcział w nich nieprawdę co do wykonania procedury eksportu i wyprowadzenia towarów poza terytorium Unii Europejskiej. W rzeczywistości zaś towary trafiały na rynek unijny. Łącznie w toku postępowania zidentyfikowano 14 takich przypadków, w każdym z nich skazany przekazywał pośrednikowi łapówkę w wysokości 500 euro, z czego ten zatrzymywał sobie 250 euro, natomiast pozostałe 250 euro trafiało do kieszeni celnika we Frankfurcie.

Inicjator procederu przyznał się w toku postępowania do zarzucanych mu czynów i złożył wnioski o wydanie wyroku skazującego bez przeprowadzenia rozprawy, który Sąd Rejonowy w Słubicach uwzględnił na podstawie art. 387 § 2 k.p.k. W następstwie tego 27.12.2012 r. uznał oskarżonego winnym zarzucanych czynów:

- I. z art. 229 § 5 k.k. w zw. z art. 229 § 3 i 4 k.k. w zb. z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 271 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.;
- II. z art. 229 § 5 i 3 k.k. w zb. z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 271 § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

i wymierzył mu:

– za I. czyn, na podstawie art. 229 § 4 k.k. w zw. z art. 11 § 3 k.k. i art. 12 k.k., karę 2 lat pozbawienia wolności i, na podstawie art. 33 § 2 k.k. – karę 200 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na 160 zł;

– zaś za czyn II., na podstawie art. 229 § 5 i 3 k.k. w zw. z art. 11 k.k. i art. 12 k.k. – karę 1 roku pozbawienia wolności i, na podstawie art. 33 § 2 k.k., karę 100 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na 160 zł.

Na podstawie art. 85 k.k., art. 86 § 1 i 2 k.k. orzeczone wobec oskarżonego kary pozbawienia wolności i grzywny połączył, wymierzając karę łączną 2 lat pozbawienia wolności i karę 250 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na

160 zł. Na podstawie art. 69 § 1 i 2, art. 70 § 1 pkt 1 k.k. wykonanie orzeczonej kary łącznej pozbawienia wolności warunkowo zawiesił na okres próby 5 lat.

6. Wnioski

1. Przyjęty w polskim kodeksie karnym zakres kryminalizacji przestępstw sprzedajności i przekupstwa z udziałem zagranicznych dzierżycieli funkcji publicznej zasadniczo odpowiada, po wejściu w życie przepisów art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k., standardom wyznaczonym w wiążących Rzeczpospolitą Polską aktach prawa międzynarodowego i europejskiego. Pod względem sposobu ujęcia znamion zabronionego zachowania, w niektórych punktach wykracza nawet poza pole obowiązku implementacyjnego.
2. Zasadniczo zgodny ze standardem implementacyjnym jest także przyjęty w kodeksie karnym model karania sprawców tych przestępstw. Tym niemniej zastrzeżenia co do zgodności z wymogami międzynarodowymi budzi fakultatywny charakter przepadu orzeczanego na podstawie art. 44 § 2 oraz art. 44 § 4 k.k. – w tym drugim przypadku w części, w jakiej dotyczy on przepadu równowartości przedmiotów pochodzących bezpośrednio z przestępstwa.
3. Odmiennie wypada natomiast ocena art. 115 § 19 *in fine* k.k., w którym przyjęto, że o.p.f.p. jest „także inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową”. Ten element definicji o.p.f.p. nie spełnia wymagań Konwencji OECD 1997, Konwencji ONZ 2003 oraz Konwencji RE 1999 i Protokołu RE 2003, gdyż nie obejmuje funkcjonariuszy czy szerzej o.p.f.p. w innych państwach. Poza jego zakresem regulacyjnym pozostają także o.p.f.p. w publicznych organizacjach międzynarodowych, do których Rzeczpospolita Polska nie przystąpiła.
4. Pewną osobliwością, z jaką mamy do czynienia w polskim prawie karnym, jest utrzymywanie efektu podwójnej implementacji traktatowych treści normatywnych, nakazujących kryminalizację zachowań korupcyjnych z elementem międzynarodowym. Ten stan rzeczy nie ma merytorycznego uzasadnienia i budzi wątpliwości. Spośród dwóch niekomplementarnych rozwiązań funkcjonujących *de lege lata*, tj. przepisów art. 228 § 6 i art. 229 § 5

k.k. – z jednej strony oraz definicji art. 115 § 19 k.k. *in fine* – z drugiej strony, należy utrzymać tylko jedno.

5. W obecnym stanie prawnym rozwiązanie oparte na przepisach art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. lepiej implementuje treść międzynarodowych zobowiązań Polski. W wypadku, gdyby ustawodawca zdecydował się jednak oprzeć kryminalizację zachowań polegających na sprzedajności i przekupstwie zagranicznych funkcjonariuszy publicznych poprzez odpowiednie rozszerzenie zakresu znamienia o.p.f.p., dzisiejsze brzmienie definicji normatywnej z art. 15 § 19 k.k. powinno ulec zmianie, np. poprzez odniesienie jej *in fine* do kategorii o.p.f.p. w państwach obcych lub organizacjach międzynarodowych.
6. Niezależnie od tego, które z wymienionych rozwiązań zostanie uchylone, przepisy utrzymane w mocy będą wymagały jeszcze kolejnej interwencji ustawodawcy, który w sposób niebudzący wątpliwości powinien wskazać, jakie kryteria pełnienia funkcji publicznej (krajowe czy państwa obcego) należy stosować przy identyfikacji osoby jako zagranicznej o.p.f.p. lub o.p.f.p. w organizacji międzynarodowej przy pociąganiu do odpowiedzialności przed sądami polskimi za przestępstwa sprzedajności lub przekupstwa z udziałem elementu międzynarodowego.
7. W warstwie empirycznej badania, pomimo założenia długiego okresu doboru próby (od 4.02.2001 r. do 31.12.2014 r.), analiza spraw karnych o przestępstwa sprzedajności i przekupstwa o.p.f.p. w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej z art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. nie powiodła się na zadawalającym poziomie statystycznym, z uwagi na brak odpowiedniej puli liczbowej relewantnych postępowań karnych. Po wymianie korespondencji z prezesami sądów okręgowych w całym kraju udało się zidentyfikować i sprowadzić akta postępowań dotyczących jedynie 6 prawomocnie osądzonych czynów z art. 229 § 5 k.k. (przekupstwo). Nie zidentyfikowano natomiast żadnego przypadku osądzenia sprzedajności o.p.f.p. w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej.

8. Z badania aktowego wynika, że klauzule asymilacyjne z art. 228 § 6 i art. 229 § 5 k.k. mają aktualnie charakter niszowy, co znajduje zresztą swoje odzwierciedlenie w oficjalnych statystykach Ministerstwa Sprawiedliwości.
9. Jeśli wyjątkowo dochodziło już do zastosowania art. 229 § 5 k.k., to wobec milczenia ustawodawcy co do tego, którym źródłem normatywnym (krajowym czy zewnętrznym) powinny posłużyć się polskie sądy i prokuratury przy ustaleniu kryterium pozwalającego zaliczyć daną osobę do grona pełniących funkcję publiczną w obcym państwie lub organizacji międzynarodowej, sądy i prokuratury przechodziły nad tą kwestią do porządku dziennego. W żadnym z analizowanych postępowań organ prowadzący nie pochylił się nad pytaniem o źródło normatywne przesądzające kryterium pełnienia funkcji publicznej w państwie obcym lub organizacji międzynarodowej, kryterium niezbędne przecież dla przypisania przekupującemu odpowiedzialności z art. 229 § 5 k.k., zaś sprawcy sprzedajności z art. 228 § 6 k.k. Kwestia, czy w tej sytuacji kierować się rozumieniem pojęcia pełnienia funkcji publicznej z art. 115 § 19 k.k., które dotyczy krajowych (polskich) o.p.f.p., czy też może wykorzystać tu ustawodawstwo zewnętrzne – macierzyste względem osoby, będącej przedmiotem oddziaływania sprawcy przekupstwa, w ogóle nie była podejmowana.