

Komisja Kodyfikacyjna

Prawa Karnego

Opinia

o potrzebie zmiany art. 230a k.k. oraz art. 115 § 19 k.k.

celem dostosowania tych przepisów do wymogów Prawnkarnej konwencji o korupcji oraz

Protokołu dodatkowego

Do Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego wpłynął wniosek podpisany przez dyrektora Departamentu Prawa Karnego Ministerstwa Sprawiedliwości o wydanie opinii w sprawie wykonania rekomendacji Grupy Państw przeciwko Korupcji GRECO. Wniosek ten został poparty wnioskiem pana dr hab. Michała Królikowskiego – podsekretarza stanu.

W Raporcie zgodności III rundy ewolucyjnej z dnia 3 grudnia 2010 r. tej Grupy przedstawione zostały rekomendacje, z których dwie nie zostały przez Polskę wykonane:

- a. dostosowanie prawa karnego do wymogów art. 12 Konwencji,
- b. dostosowanie prawa karnego do wymogów Protokołu dodatkowego podpisanego przez Polskę 7 października 2011r. i doprowadzenie do ratyfikacji protokołu.

Ad a. Zdaniem Grupy GRECO art. 230a k.k. nie jest w pełni zgodny z art. 12 Konwencji, gdyż zawiera znamię „bezprawności” wywarcia wpływu na decyzję, działanie lub zaniechanie osoby pełniącej funkcję publiczną, w związku z pełnieniem tej funkcji. Znamię to, zdaniem Grupy Greco, zawęża kryminalizację „przepis obejmuje bowiem tylko te podmioty, których postępowanie można uznać za bezprawne”. W piśmie skierowanym do KKPK stwierdza się, że „zdaniem GRECO zachowania podmiotów, które nie są uznawane za bezprawne, mogą być kryminalizowane, np. osoby znajome lub spokrewnione ze sprawcą”.

W piśmie tym zwraca się uwagę, że spełnienie postulatu Grupy GRECO może objąć kryminalizacją legalną działalność lobbingową, a więc zmiana art. 230a k.k. powinna, zdaniem Autora wniosku o wydanie opinii, łączyć się z wprowadzeniem kontratypu działalności lobbingowej.

We wniosku zawarta została propozycja nowelizacji art. 230 a § 1 k.k. o treści następującej:

Art. 230a. § 1. Kto udziela albo obiecuje udzielić korzyści majątkowej lub osobistej w zamian za pośrednictwo w załatwieniu sprawy w instytucji państwowej, samorządowej, organizacji międzynarodowej albo krajowej lub w zagranicznej jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, polegające na wywarceniu wpływu na decyzję, działanie lub zaniechanie osoby pełniącej funkcję publiczną, w związku z pełnieniem tej funkcji,

podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

Po art. 230a § 3 proponuje się dodanie § 4 o treści następującej:

§ 4. Nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego określonego w § 1, jeśli dopuścił się tego czynu w ramach działalności lobbingsowej.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że stwierdzenie, iż „zachowania podmiotów, które nie są uznawane za bezprawne, mogą być kryminalizowane, np. osoby znajome lub spokrewnione ze sprawcą”, oparte jest na nieporozumieniu. Nie ma najmniejszej wątpliwości, że kryminalizacja określonego zachowania wymaga bezprawności tego zachowania. Nie może być kryminalizowane zachowanie, które jest legalne. W art. 230a nie chodzi jednak o kryminalizację osoby wywierającej wpływ na osobę pełniącą funkcję publiczną, tylko podmiotem tego przestępstwa jest osoba udzielająca albo obiecująca udzielić korzyści majątkowej lub osobistej w zamian za pośrednictwo. Podmiotem tym może być każda osoba, także znajomi i krewni osoby pełniącej funkcję publiczną. Znamię „bezprawności” wywierania wpływu na osobę pełniącą funkcję publiczną wydaje się konieczne w opisie czynu zabronionego. Wywieranie wpływu na podejmowanie decyzji przez osoby publiczne jest charakterystyczne w państwie demokratycznym i należy do uprawnień obywateli zagwarantowanych Konstytucją. Na tym polega wpływanie obywateli na działalność władzy. Konieczne jest ograniczenie strony przedmiotowej czynu zabronionego do działań, które mają charakter sprzeczny z prawem i nie mieszczą się w standardach demokratycznego państwa prawnego. Jeszcze raz należy podkreślić, że to znamię nie charakteryzuje zachowania podmiotu przestępstwa z art. 230a k.k., lecz osoby, która przez podmiot tego przestępstwa jest skłaniana do wywarcia wpływu na funkcjonariusza publicznego. Znamię „bezprawności” wywierania wpływu jest też konieczne z punktu widzenia strony podmiotowej. Osoba, która przez udzielenie lub obietnicę udzielenia korzyści majątkowej lub osobistej oddziałuje na drugą osobę musi obejmować świadomością, że wpływ tej osoby na podejmowanie decyzji przez osobę pełniącą funkcję publiczną będzie wpływem naruszającym przepisy.

Pozorna niezgodność art. 230a § 1 k.k. z art. 12 Konwencji występuje w innym miejscu. Korzyść udzielana lub obiecywana ma być zgodnie z art. 12 Konwencji „nienależna”. Trzeba

jednak pamiętać, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych korzyść majątkowa lub osobista występująca jako znamię czynu zabronionego jest właśnie korzyścią nienależną. Wprowadzenie tego znamienia do art. 230a § 1 k.k. mogłoby zasadnie prowadzić do wykładni, że w wypadku innych typów czynów zabronionych chodzić może także o korzyść należną.

Na nieporozumieniu, o którym mowa wyżej oparta została propozycja wprowadzenia w art. 230a § 4 kontratypu działalności lobbingowej. Można od razu zadać pytanie, dlaczego kontratyp ten miałby być ograniczony jedynie do lobbystów, pomijając adwokatów i radców prawnych? Nieporozumienie polega na tym, że osoba wywierająca wpływ nie jest podmiotem czynu zabronionego określonego w art. 230 a § 1 k.k.. Zaproponowany we wniosku o wydanie kontratyp nie prowadziłby więc do wyłączenia odpowiedzialności karnej, a ściśle mówiąc, bezprawności zachowania realizującego znamiona art. 230a § 1 k.k..

Należy więc stwierdzić, że uwagi Grupy GRECO dotyczące zgodności art. 230a § 1 k.k. z art. 12 Konwencji oparte są na nieporozumieniu i nie zachodzi potrzeba zmiany art. 230a § 1 k.k..

Ad b. W Raporcie z 5 grudnia 2008 r. Grupa GRECO wyraziła pogląd, że polskie prawo nie przewiduje karalności korupcji zagranicznych arbitrow. Karalność tych osób wynika z Protokołu dodatkowego.

Jak wskazano we wniosku o wydanie opinii, art. 1 Protokołu dodatkowego określa arbitra przez odwołanie do definicji przyjętej w prawie krajowym, wskazując jednocześnie, że arbitrem jest osoba, „która jest powołana na podstawie umowy arbitrażowej do wydania wiążącej prawnie decyzji w przedmiocie sporu przekazanego jej do rozstrzygnięcia przez strony takiej umowy”. Istotne jest też postanowienie protokołu zawarte w art. 4, z którego wynika, że właściwość bycia arbitrem „zagranicznym” oznacza tylko tyle, że działania danej osoby podejmowane są w oparciu o prawo innego państwa.

Należy odpowiedzieć na pytanie, czy arbitrzy zagraniczni są osobami pełniącymi funkcję publiczną w znaczeniu art. 115 § 19 k.k. Należy zgodzić się ze stanowiskiem przedstawionym we wniosku o wydanie opinii, że w świetle art. 115 § 19 k.k. nie jest osobą pełniącą funkcję publiczną arbiter zagraniczny działający w oparciu o umowę arbitrażową zawartą pomiędzy osobami fizycznymi, tyle tylko, że chodzić będzie o arbitra, którego decyzje nie będą prawnie wiążące. Jeśli bowiem będą prawnie (w znaczeniu polskiego systemu prawnego) wiążące, to jego

uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej będą określone lub uznane przez ustawę. W pozostałym zakresie sędziowie arbitrowi nie zostaną objęci definicją z zakresu art. 115 § 19 k.k., jeśli będzie spełniał w ogóle wymogi określone art. 1 Protokołu. Nie ma więc też powodu jakiegokolwiek zmiany polskiego porządku prawnego celem dostosowania do treści Protokołu dodatkowego.

Opinię przygotował, w oparciu o dyskusję na posiedzeniu KKPK w dniu 17 lipca 2012 r.,
Andrzej Zoll