

MIKOŁAJ IWAŃSKI

ZWYCZAJ JAKO „OKOLICZNOŚĆ WYLĄCZAJĄCA
BEZPRAWNOŚĆ” WRĘCZANIA
LUB PRZYJMOWANIA PREZENTÓW
PRZEZ PRACOWNIKÓW SŁUŻBY ZDROWIA
I NAUCZYCIELI

I.

Zarówno obserwacja życia społecznego dokonywana przez laika, jak i badania prowadzone przez specjalistów z dziedziny socjologii, mogą prowadzić do przekonania, że w Polsce powszechnym zachowaniem jest wręczenie lekarzom i innym pracownikom służby zdrowia drobnych upominków w dowód wdzięczności za udane leczenie lub profesjonalną opiekę¹. Podobnie rzecz się ma z prezentami dla nauczycieli, zarówno na poziomie szkolnictwa podstawowego, średniego, jak i wyższego. Do dobrego tonu należy np. wręczenie kwiatów promotorowi po udanej dla studenta obronie pracy magisterskiej, czy też urządzenie wśród uczniów składek na prezent dla wychowawcy po zakończeniu roku szkolnego. Tymczasem

¹ Zob. m.in.: *Diagnoza Społeczna 2007. Warunki i jakość życia Polaków. Raport*, red. J. Czapiński, T. Panek, Warszawa 2007, s. 101–102 — dostępna na stronie internetowej www.diagnoza.com; A. Kubiak, *Łapownictwo w świadomości i doświadczeniu codziennym Polaków*, Łódź 2003, s. 196–240; B. Łaciak, *Korupcja w szkolnictwie*, w: *Korupcja w życiu społecznym*, red. J. Kurczewski, B. Łaciak, Warszawa 2000, s. 63–79; S. Allin, K. Davaki, E. Mossallos, *Paying for „free” health care: the conundrum of informal payments in post-communist Europe*, w: *Global Corruption Report 2006. Corruption and Health*, www.transparency.org/publications/gcr/download_gcr/download_gcr_2006#download, s. 64–65. Według autorów *Diagnozy Społecznej...*, *op. cit.*, s. 101: „prezenty uwarunkowane kulturowo i niezwiązane z zabieganiem pacjentów o jakieś szczególne względy podczas diagnozowania czy leczenia wręczano w 5% gospodarstw, w których ktoś korzystał z opieki zdrowotnej”.

zarówno lekarze, jak i nauczyciele mogą zostać uznani za „osoby pełniące funkcje publiczne” w rozumieniu art. 115 § 19 k.k.², a tym samym są podmiotami zdatnymi do popełnienia przestępstwa sprzedajności³, określonego w art. 228 k.k., a także przedmiotem oddziaływania przestępstwa przekupstwa, opisanego w art. 229 k.k. Przyjmowanie gratyfikacji przez lekarzy czy nauczycieli realizuje, jak się zdaje (przynajmniej formalnie), znamiona przestępstwa sprzedajności, podobnie jak wręczanie korzyści realizuje znamiona przestępstwa przekupstwa. Jednak zdecydowana większość doktryny prawa karnego⁴, a także Sąd Najwyższy w swoim

² Zob. w tym względzie m.in.: uchwała SN z 20 VI 2001 r., I KZP 5/01, OSNKW 2001, nr 9/10, poz. 71; M. Surkont, *Warunki odpowiedzialności lekarza za łapownictwo bierne*, „Przegląd Sądowy” 2000, nr 11/12, s. 29–42; A. Liszewska, J. Garus-Ryba, *Warunki odpowiedzialności lekarza za przestępstwo łapownictwa biernego*, „Palestra” 2001, nr 7/8, s. 18–26; L. Gardocki, *Prawo karne*, wyd. 13, Warszawa 2007, s. 285.

³ W artykule posługiwać się będę, za A. Markiem, pojęciami „sprzedajność” i „przekupstwo” opisując typy czynów zabronionych z art. 228 i 229 k.k. Jak się zdaje, sformułowania te lepiej oddają istotę tych typów, niż występujące alternatywnie w doktrynie prawa karnego terminy „łapownictwo bierne” i „łapownictwo czynne”. Zwłaszcza pojęcie „łapownictwo bierne” wydaje się być mylące, ponieważ sugeruje, że typ z art. 228 k.k. wiąże się z zaniechaniem, podczas gdy może być on popełniony przez działanie. Zob. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, teza 1 do art. 228, s. 429.

⁴ Pogląd taki reprezentowany jest przez zdecydowaną większość autorów monografii dotyczących przestępstw korupcyjnych, a także komentarzy do Kodeksu karnego i podręczników prawa karnego. Należy uznać go za dominujący, a właściwie niemal jednomyślny w doktrynie nie tylko na gruncie Kodeksu karnego z 1997 r., ale także poprzednio obowiązujących kodeksów karnych z 1932 r. i 1969 r. Zob. m.in.: I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, wyd. 9, Warszawa 1989, s. 188–189; I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, teza 7 do art. 239 k.k. z 1969 r., s. 752; A. Barczak-Oplustil, w: A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzynkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II: *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, wyd. 2, Warszawa 2006, tezy 19 i 21–22 do art. 228; T. Bojarski, w: T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Fiegler, M. Szwarczyk, *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, wyd. 2, Warszawa 2008, teza 4 do art. 115 § 4, s. 187; K. Buchała, *Prawo karne materialne*, wyd. 2, Warszawa 1989, s. 286; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, wyd. 2, Warszawa 1997, s. 47–48; T. Chruśtowski, *Prawne, kryminologiczne i kryminalistyczne aspekty łapówkarstwa*, Warszawa 1985, s. 130–131; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, wyd. 2, Warszawa 1994, s. 70 i 238; L. Gardocki, *Jaki prezent może przyjąć lekarz*, „Rzeczpospolita” z 27 IX 2007 r., s. C3; L. Gardocki, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 133–134; O. Górniok, w: O. Górniok, W. Koziulewicz, E. Pływaczewski, B. Kunicka-Michalska, R. Zawłocki, B. Michalski, J. Skorupka, *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II: *Komentarz do art. 222–316*, red. A. Wąsek, wyd. 3,

orzecznictwie⁵ wyrażają pogląd, że zachowania takie nie stanowią przestępstw. Stanowisko przeciwne, w myśl którego przyjmowanie i wręczanie drobnych upominków zawsze stanowi przestępstwo, odpowiednio z art. 228 i 229 k.k., jest prezentowane jedynie przez Jerzego Skorupkę⁶. Według tego autora, „przyzwolenie na dawanie i przyjmowanie prezentów przez osoby pełniące funkcję publiczną rodzi tolerancję dla innych form »dawania« i »przyjmowania«, a stąd już bardzo blisko do tolerowania łapówek”⁷. Zdaniem Jerzego Skorupki, przyzwolenie na drobne zwyczajowe prezenty

Warszawa 2006, teza 19 do art. 228, s. 58–59; A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności czynu (o okolicznościach uchylających społeczną szkodliwość czynu)*, Warszawa 1961, s. 70–73; A. Marek, J. Satko, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 2000, s. 45–47; A. Marek, S. Waltoś, *Podstawy prawa i procesu karnego*, wyd. 3, Warszawa 2003, s. 98; *Prawo karne*, red. A. Grześkowiak, Warszawa 2007, s. 114; J. Majewski, w: G. Bogdan, Z. Cwiąkałski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1: *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, wyd. 3, Warszawa 2007, teza 11 do art. 115 § 4, s. 1185–1186; M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach. Komentarz*, wyd. 9, Warszawa 1961, teza 33 do art. 290 k.k. z 1932 r., s. 404; A. Spotowski, *Przestępstwa służbowe (nadużycie służbowe i łapownictwo w nowym kodeksie karnym)*, Warszawa 1972, s. 136–140; A. Spotowski, w: *System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności*, t. IV, cz. 2, red. I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński, Wrocław 1989, s. 605; M. Surkont, *Łapownictwo*, Gdańsk 1999, s. 121–124; M. Surkont, *O przestępstwie łapownictwa*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 1999, t. IV, s. 11; M. Surkont, *Warunki odpowiedzialności lekarza za łapownictwo bierne*, „Przegląd Sądowy” 2000, nr 11/12, s. 42; J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, wyd. 3, Warszawa 2007, s. 253 i 308; A. Wąsek, w: O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wasek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. I: *Art. 1–116*, Gdańsk 2005, teza 9 do art. 115 § 4, s. 825; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973, s. 203; W. Wolter, *O kontratykach i braku społecznej szkodliwości czynu*, PiP 1963, nr 10, s. 506; W. Wolter, K. Buchała, *Wykład prawa karnego na podstawie kodeksu karnego z 1969 r.*, cz. I, z. 1, wyd. 3, Kraków 1979, s. 186–187; W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s. 180–181 (zwl. przyp. 244).

⁵ Por. wyrok SN z 29 III 1938 r., 1 K 2159/37, Zb. Orz. 1939, nr 2, poz. 31; wyrok SN z 30 XII 1957 r., IV K 1057/57, OSN 1958, nr 4, poz. 39; postanowienie SN z 26 II 1988 r., VI KZP 34/87, OSNKW 1988, nr 5/6, poz. 40; uchwała SN z 20 VI 2001 r., I KZP 5/01, OSNKW 2001, nr 9/10, poz. 71.

⁶ Zob. J. Skorupka, *Ochrona interesów majątkowych Skarbu Państwa w kodeksie karnym*, Wrocław 2004, s. 79; J. Skorupka, *Podstawy karania korupcji w kodeksie karnym de lege lata i de lege ferenda (Wybrane zagadnienia)*, PiP 2003, nr 12, s. 82–83.

⁷ J. Skorupka, *Podstawy...*, *op. cit.*, s. 83; podobnie J. Skorupka, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 79.

stanowi swoisty pierwszy krok do tolerancji dla wielkiej korupcji. Nawet drobny prezent nie powinien stanowić swoistej „renty korupcyjnej” dla przedstawicieli władzy publicznej⁸.

Trudno nie zgodzić się z argumentacją autora, że przyjęcie przez lekarza czy nauczyciela nawet drobnego prezentu stanowi czyn, który zagraża dobru prawnemu, jakim jest bezstronność działania instytucji państwowej lub samorządowej, w której są oni zatrudnieni. Tego, że czyny takie cechują się pewną społeczną szkodliwością (choć niewielką) nie da się chyba zanegować. Wydaje się jednak, że ze względu na utrwaloną w społeczeństwie regułę zwyczajową, akceptowaną również przez doktrynę prawa karnego i — co ważniejsze — przez organy wymiaru sprawiedliwości, łącznie z najwyższą instancją sądowniczą — nie sposób jest twierdzić *de lege lata*, że czyny takie stanowią przestępstwa. Jak się wydaje, dla penalizacji tego rodzaju zachowań konieczna byłaby wyraźna interwencja ustawodawcza. Okoliczność tę zauważa zresztą sam J. Skorupka, skoro w swojej monografii stwierdza, że „jedynym sposobem uczynienia prezentu przedmiotem łapówki jest zmiana treści przepisów określających wymienione przestępstwa [art. 228 i 229 k.k. — dopisek mój, M. I.], przez dodanie słowa »prezent« obok korzyści majątkowej i osobistej”⁹. Wydaje się zatem, że w aktualnym stanie normatywnym zachowanie polegające na wręczeniu lub przyjęciu przez lekarza lub nauczyciela niewielkiego prezentu nie stanowi przestępstwa. Ewentualna zmiana normatywna w tym zakresie powinna nastąpić w drodze ustawodawczej, a nie poprzez zmianę praktyki orzeczniczej. To drugie rozwiązanie budziłoby zasadnicze wątpliwości z punktu widzenia gwarancyjnej funkcji prawa karnego.

W doktrynie prawa karnego i judykaturze sądów powszechnych brak jednak zgody co do normatywnej podstawy wyłączenia przestępności wręczenia lub przyjmowania drobnych, zwyczajowo dopuszczalnych prezentów. Nie doczekaliśmy się również wypracowania jednoznacznych reguł, pozwalających na odróżnienie zachowania przestępnego od nieprzestępnego. Doktryna postępowania karnego nie jest z kolei zgodna co do tego, jaka powinna być podstawa prawna decyzji organu procesowego, gdy stwierdzi on zaistnienie materialnoprawnej przesłanki wyłączenia ich przestępności. Wydaje się, że w kontekście gwarancyjnej funkcji prawa karnego sytuacja taka jest niedopuszczalna. Można by wprowadzić twierdzić, że problem ma znaczenie czysto marginalne w praktyce i nie warto się nim dłużej

⁸ J. S k o r u p k a, *Podstawy...*, *op. cit.*, s. 83.

⁹ *Ibidem*.

zajmować, jednak twierdzenie takie, jak się zdaje, nie byłoby prawdziwe. W ostatnim czasie z kwestią dopuszczalności tzw. „zwyczajowych dowodów wdzięczności”, a także kryteriów ich odróżniania od łapówek mierzyć się musi nie tylko opinia publiczna, sprowokowana wypowiedzią urzędującego Rzecznika Praw Obywatelskich, dr. Janusza Kochanowskiego¹⁰, lecz także organy wymiaru sprawiedliwości. Wskazać w tym kontekście należy na toczące się aktualnie przed Sądem Okręgowym w Lublinie postępowanie odwoławcze, w którym ma zostać rozstrzygnięta kwestia odpowiedzialności karnej lekarza, który przyjął od pacjentów dwie butelki koniaku i butelkę wódki o łącznej wartości około 150 złotych¹¹.

W artykule przedstawiam poglądy doktryny i judykatury, prezentujące różne hipotezy na temat podstawy wyłączenia przestępności wręczenia lub przyjmowania prezentów przez lekarzy i nauczycieli. Podejmuję również problem kryteriów, pozwalających na rozróżnienie zachowania legalnego od czynu przestępnego.

¹⁰ Dr Janusz Kochanowski powiedział w Radiu Zet, że „kwiaty czy koniak to dowód wdzięczności dla lekarza. Sam dałem lekarzowi filiżankę Rosenthala”. Wypowiedź wywołała ożywioną dyskusję publiczną na temat dopuszczalności „zwyczajowych dowodów wdzięczności”. Por. między innymi: *Janusz Kochanowski oburzył filiżanką Rosenthala*, www.tvn24.pl, 9 I 2008 r.; *Rzecznik Praw Obywatelskich daje prezenty lekarzom*, „Dziennik” z 8 I 2008 r.; *RPO: Koniak dla lekarza po zabiegu to nic nagannego*, „Gazeta Wyborcza” z 9 I 2008 r.; E. Milewicz, *Wieprzowina bezpieczniejsza niż filiżanka Rosenthala*, „Gazeta Wyborcza” z 9 I 2008 r.; J. Hołó w k a, *Lekarz to nie kelner*, „Dziennik” z 10 I 2008 r.; Z. R e l i g a, *Pacjent może dać lekarzowi nawet dom*, „Dziennik” z 9 I 2008 r.

¹¹ Zob. w tej sprawie: *Płynna granica między łapówką a wdzięcznością*, „Rzeczpospolita” z 2 IX 2008 r.; *Po zabiegu prezent dla lekarza jest jak napiwek*, „Rzeczpospolita” z 3 IX 2008 r. Sąd Rejonowy w Lublinie uniewinnił lekarza od zarzutu przyjęcia 2 butelek koniaku i 1 butelki wódki, twierdząc w uzasadnieniu, że zachowanie pacjentów było wynikiem „potrzeby okazania wdzięczności za przejawianą przez oskarżonego opiekę” i „pozostawało w związku z powszechnie istniejącym i ogólnie znanym, zakorzenionym w realiach polskich zwyczajem obdarowania lekarza drobnym upominkiem za udane wyniki leczenia”. Wyrok zaskarżony został na niekorzyść oskarżonego przez Prokuraturę Rejonową w Lublinie. Jak stwierdziła rzeczniczka Prokuratury Okręgowej w Lublinie, Beata Syk-Jankowska, granica między łapówką a dowodem wdzięczności jest nieostra, co „widać w zróżnicowanym orzecznictwie sądów. Z punktu widzenia prawa karnego wręczenie lekarzowi butelki alkoholu spełnia kryteria przestępstwa. Ale zdajemy sobie sprawę, że według tych kryteriów tak samo może być odbierana bombonierka czy bukiet”. Rzecznik odniósł się w ten sposób do faktu, że prokuratura postawiła lekarzowi zarzut wręczenia alkoholu, nie uczyniła tego natomiast w stosunku do przyjętych przez niego kwiatów i czekoladek, które mogły być warte tyle samo co alkohol. Przykład tej sprawy wyraźnie ukazuje, że problem nie jest czystko akademicki, a od jego rozstrzygnięcia zależy odpowiedzialność karna konkretnych osób.

II.

W doktrynie można się doszukać czterech stanowisk, odpowiadających na pytanie, dlaczego zachowanie polegające na wręczeniu lub przyjęciu niewielkiego prezentu przez lekarza lub nauczyciela nie stanowi przestępstwa. W myśl pierwszego, prezent taki nie mieści się w zakresie pojęcia „korzyść majątkowa lub osobista” w rozumieniu art. 115 § 4 k.k., wręczenie i przyjęcie prezentu nie stanowi zatem realizacji znamion przestępstw opisanych w art. 228 i 229 k.k. Według drugiego, wyłączenie odpowiedzialności karnej za przyjęcie lub wręczenie podarunku następuje na podstawie art. 1 § 2 k.k., uzasadniane jest zatem znikomą społeczną szkodliwością takiego czynu (lub nawet całkowitym jej brakiem). Zgodnie z kolejnym poglądem, najbardziej jak się zdaje rozpowszechnionym w doktrynie i orzecznictwie, wręczenie lub przyjęcie niewielkiego „dowodu wdzięczności” stanowi kontraktyp pozaustawowy. Podstawą istnienia takiego kontraktypu jest, według dużej części opowiadających się za takim stanowiskiem autorów, prawo zwyczajowe. Ostatni pogląd głosi, że wręczenie lub przyjęcie niewielkiego prezentu nie stanowi naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym, jakim jest bezstronność instytucji państwowych i samorządu terytorialnego, a w konsekwencji nie jest sprzeczne z normą sankcjonowaną, co oznacza, że bezprawność takiego zachowania jest wyłączona niejako „pierwotnie”.

1. Według poglądu prezentowanego przez część nauki prawa karnego, niewielki prezent wręczony lekarzowi czy nauczycielowi nie mieści się w zakresie pojęcia „korzyść majątkowa lub osobista” w rozumieniu art. 115 § 4 k.k. Przyjęcie takiego prezentu nie realizuje zatem, zdaniem autorów, znamienia „przyjęcia korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy” (realizacja tego znamienia stanowi jedną z przesłanek odpowiedzialności za przestępstwo sprzedajności z art. 228 k.k.), zaś jego wręczenie nie jest „udzielaniem lub obiecywaniem udzielenia korzyści majątkowej lub osobistej” (nie skutkuje zatem odpowiedzialnością za przestępstwo przekupstwa, opisane w art. 229 k.k.)¹². Najbardziej reprezentatywnym przedstawicielem

¹² Pogląd taki reprezentują m.in.: T. Bojarski, w: T. Bojarski [i in.], *op. cit.*, teza 4 do art. 115 § 4, s. 187; I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *op. cit.*, teza 7 do art. 239 k.k. z 1969 r., s. 752; G. Bogdan, K. Buchała, Z. Cwiąkałski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, *Komentarz do art. 117–277 k.k.* red. A. Zoll, Kraków 1999, teza 19 do art. 228; J. Majewski, w: G. Bogdan, Z. Cwiąkałski [i in.], *op. cit.*, tezy 10–11 do art. 115 § 4, s. 1184–1185.

tego poglądu jest Jarosław Majewski. Jego zdaniem pojęcie „korzyść majątkowa” ma węższe znaczenie, niż wynikałoby to z reguł znaczeniowych ogólnego języka potocznego¹³. W języku prawniczym wytworzyło się bowiem specyficzne znaczenie omawianego pojęcia, sprowadzające się do uznania, że oznacza ono korzyść o charakterze ekonomicznym (manifestującą się zwiększeniem majątku, tj. powiększeniem aktywów majątkowych lub uniknięciem zmniejszenia majątku, czyli pomniejszeniem pasywów majątkowych) uzyskaną w sposób „niegodziwy”, „nienależny”, „bezprawny”, „nie mający podstawy prawnej” (przymiotniki te autor czerpie z poglądów przedstawicieli doktryny prawa karnego i orzecznictwa Sądu Najwyższego). Różnica między potocznym znaczeniem pojęcia „korzyść majątkowa” a znaczeniem występującym w języku prawniczym (ustalonym właśnie na podstawie analizy wypowiedzi doktryny i orzecznictwa), ma polegać na dodaniu warunku, by „korzyść majątkowa” w rozumieniu art. 115 § 4 k.k. uzyskana była właśnie w sposób „nienależny”¹⁴. Zatem, interpretując przedmiotowe pojęcie, odnieść należy się nie do jego znaczenia w języku potocznym, lecz w języku prawniczym (wychodząc z powszechnie akceptowanej reguły wykładni językowej, według której jeśli dane pojęcie ma swoje ustalone znaczenie w języku specjalistycznym — jakim jest język prawniczy — należy zastosować właśnie to znaczenie, a nie znaczenie ustalone za pomocą reguł znaczeniowych języka potocznego). Jednocześnie autor uważa za niesłuszne takie wypowiedzi doktryny i orzecznictwa, które ograniczają pojęcie „korzyści majątkowej” jedynie do zakresu: „przysługujące sprawcy lub innej osobie zgodnie z istniejącym w chwili czynu stosunkiem prawnym”¹⁵, czy też „nie mające podstawy prawnej”. Według J. Majewskiego, ograniczenie się do kryterium dzielącego korzyści na posiadające i nie posiadające podstawy prawnej, „nie pozwala na oddanie przeważającego a trafnego stanowiska doktryny głoszącego, że zakres analizowanego pojęcia nie obejmuje korzyści, które jakkolwiek nie mają żadnej podstawy prawnej, to jednak nie są niegodziwe. Chodzi tu w szczególności o korzyści umiarkowanej wartości, których wręczanie drugiej osobie jest zwyczajowo przyjęte, nie narusza prawa ani właściwych danemu środowisku zasad deontologicznych, a stanowi wyraz wdzięczności (np. kwiaty, drobne upominki) lub gościnności

¹³ J. Majewski, w: G. Bogdan, Z. Cwiakalski [i in.], *op. cit.*, teza 10 do art. 115 § 4, s. 1184.

¹⁴ *Ibidem*, tezy 9–11 do art. 115 § 4, s. 1183–1185.

¹⁵ Cyt. z uchwały SN z 30 I 1980 r., VII KZP 41/78, OSNKW 1980, nr 3, poz. 24.

(np. skromny poczęstunek) albo po prostu należy do dobrego tonu (np. napiwek)¹⁶.

Wydaje się, że prezentowane powyżej stanowisko idzie za daleko i nie jest trafne. Po pierwsze, autor zaprzecza sam sobie, twierdząc najpierw, że pojęcie „korzyść majątkowa” ma ustalone znaczenie w języku prawniczym, wobec czego należy je interpretować w duchu właśnie tego znaczenia, a następnie negując te poglądy części doktryny i orzecznictwa, które wyłączają z omawianego pojęcia jedynie korzyści uzyskane bez podstawy prawnej. Nie można bowiem, jak się wydaje, zasadnie twierdzić, że opisywany termin ma swoje ustalone, jednolite znaczenie w języku prawniczym, skoro za chwilę dodaje się do niego kolejny warunek („niegodziwości”), akceptowany jedynie przez część autorów z zakresu prawa karnego. Po drugie, wprowadzenie takiego kryterium prowadziło do niedopuszczalnych z kryminalnopolitycznego punktu widzenia skutków. Nie ulega wątpliwości, że pojęcia w prawie karnym należy interpretować jednolicie. Skoro zatem wyłączylibyśmy z zakresu terminu „korzyść majątkowa” prezenty wręczone np. lekarzom czy nauczycielom, to musielibyśmy zrobić to samo w odniesieniu do prezentów wręczanych np. posłom po przegłosowaniu korzystnego dla przedsiębiorcy rozwiązania ustawowego, czy też sędziom lub urzędnikom po wydaniu sprzyjającej obywatelowi decyzji administracyjnej lub wyroku. Oczywiście niepodobna zgodzić się na rezultat wykładni, który prowadziłyby do takich skutków. Petent w urzędzie mógłby bowiem np. zasłaniać się przed odpowiedzialnością karną za wręczenie urzędnikowi łapówki tym, że przecież wręczona przez niego korzyść nie była „niegodziwa”, była bowiem czysto symboliczna i służyła wynagrodzeniu niedostatecznie opłacanego przez państwo urzędnika za sprawność i uprzejmość, z jaką sprawa została załatwiona. Agnieszka Barczak-Oplustil, krytykując omawiany powyżej pogląd, stwierdza, że „niejednokrotnie o tym, czy mamy do czynienia z korzyścią należną czy godziwą decydują obowiązujące w społeczeństwie normy postępowania”, a zatem lepszym podejściem jest takie, w myśl którego „korzyścią majątkową jest każde przysporzenie majątkowe polegające na zwiększeniu aktywów lub zmniejszeniu pasywów, natomiast w niektórych przypadkach przyjęcie takiej korzyści nie jest bezprawne¹⁷”. Andrzej Wąsek, omawiając podobne stanowisko, określił je jako „manipulowanie pojęciem korzyści majątkowej¹⁸”.

¹⁶ J. Majewski, w: G. Bogdan, Z. Cwiakalski [i in.], *op. cit.*, teza 11 do art. 115 § 4, s. 1185–1186.

¹⁷ A. Barczak-Oplustil, w: A. Barczak-Oplustil [i in.], *op. cit.*, teza 22 do art. 228.

¹⁸ A. Wąsek, w: O. Górniok, S. Hoc [i in.], *op. cit.*, teza 9 do art. 115 § 4, s. 825.

Jak się zatem zdaje, przeciwko stanowisku, w myśl którego zwyczajowo dopuszczalny prezent nie stanowi „korzyści majątkowej lub osobistej” w rozumieniu art. 115 § 4 k.k. przemawia zbyt wiele argumentów, by uznać je za trafne.

2. Zdaniem niektórych przedstawicieli nauki prawa karnego, czyny polegające na wręczaniu lub przyjmowaniu przez lekarzy czy nauczycieli zwyczajowo dopuszczalnych prezentów, cechują się znikomą społeczną szkodliwością (lub nawet jej brakiem), zatem wyłączenie ich przestępności następuje na podstawie art. 1 § 2 k.k.¹⁹ Czyny takie, według Andrzeja Marka i Jacka Satki, są natomiast formalnie bezprawne²⁰. Podobny pogląd prezentują w swoim podręczniku prawa karnego Kazimierz Buchała i Andrzej Zoll, twierdząc, że przyjęcie konstrukcji kontratytu pozaustawowego jako podstawy wyłączenia bezprawności nie jest „konieczne w systemie prawnym przyjmującym karygodność zachowania za element struktury przestępstwa”²¹. Zauważyć wypada, że autorzy posługujący się koncepcją wyłączenia przestępności przyjmowania i wręczania drobnych prezentów na podstawie braku karygodności takich zachowań nie podają żadnych argumentów, które przemawiałyby za taką właśnie koncepcją, ograniczając się jedynie do krytyki koncepcji alternatywnych²².

Tymczasem, jak się wydaje, przeciwko omawianej koncepcji przemawia wiele argumentów. Wydaje się właściwe w tym miejscu przytoczyć *in extenso* stanowisko Włodzimierza Wróbla, który twierdzi, że „warunkiem zastosowania art. 1 § 2 k.k. jest bowiem wcześniejsze ustalenie bezprawności danego zachowania, a więc jego sprzeczności z obowiązującym porządkiem prawnym. Jeżeli na gruncie obowiązującej

¹⁹ Pogląd taki prezentują przede wszystkim: A. Marek, J. Satko, *op. cit.*, s. 47; A. Marek, S. Waltoś, *op. cit.*, s. 98; K. Buchała, A. Zoll, *op. cit.*, s. 47–48; A. Spotowski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 139; A. Wąsek, w: O. Górniok, S. Hoc [i in.], *op. cit.*, teza 9 do art. 115 § 4, s. 825; M. Surkont, *Łapownictwo...*, *op. cit.*, s. 124.

²⁰ A. Marek, J. Satko, *op. cit.*, s. 47.

²¹ K. Buchała, A. Zoll, *op. cit.*, s. 47–48.

²² I tak zarówno A. Marek i J. Satko, jak i K. Buchała i A. Zoll krytycznie podchodzą do koncepcji prawa zwyczajowego jako źródła kontratytu pozaustawowego, wyłączającego bezprawność takich zachowań. Daje tu znać wyraźna niechęć wspomnianych autorów do przyjęcia, że prawo zwyczajowe może w pewnych okolicznościach stanowić źródło prawa karnego. Z kolei A. Wąsek nie akceptuje podejścia, w myśl którego prezenty nie mieszczą się w zakresie pojęcia „korzyść majątkowa”. Zob. A. Wąsek, w: O. Górniok, S. Hoc [i in.], *op. cit.*, teza 9 do art. 115 § 4, s. 825.

koncepcji źródeł prawa elementem tego porządku są także normy prawa zwyczajowego, to powołanie się na ich legalizujący zakres wykluczy możliwość postawienia na gruncie prawa karnego zarzutu bezprawności. Tym samym wyłączy zastosowanie art. 1 § 2 k.k. [podkreślenia moje — M. I.]²³. Stanowisko W. Wróbla wydaje się być bardziej zasadne z teoretycznego punktu widzenia. W myśl bowiem dominującej w polskiej teorii prawa karnego koncepcji struktury przestępstwa²⁴, karygodność czynu (a więc jego społeczna szkodliwość o stopniu wyższym niż znikoma) jest tym jej elementem, który bada się na końcu, po uprzednim ustaleniu, że rzeczony czyn jest bezprawny, sprzeczny z typem czynu zabronionego i zawiniony.

Poza tym zwolennicy omawianego poglądu zdają się nie dostrzegać okoliczności, że zachowanie polegające na wręczeniu lub przyjęciu nawet niewielkiego prezentu cechuje się jednak pewną społeczną szkodliwością, a w niektórych przypadkach jej stopień może być nawet wyższy niż znikomy. Szkodliwość tego typu czynów polega na wytworzeniu się w społeczeństwie swoistej tolerancji dla wręczania gratyfikacji osobom pełniącym funkcje publiczne, również takich, które przekraczałyby dopuszczalne granice²⁵. Ponadto, ponieważ zachowania takie są społecznie akceptowane, a nawet uważane przez część społeczeństwa za poprawne, wiele osób może mieć przekonanie, że prezent dla lekarza czy nauczyciela nie jest tylko spontanicznym wyrazem wdzięczności, lecz powszechną praktyką, do której należy się dostosować (bo „tak wypada”). Stąd nie wydaje mi się właściwe tłumaczenie wyłączenia przestępności takich czynów przez twierdzenie, że cechują się one znikomą społeczną szkodliwością. Owszem, w niektórych przypadkach tak właśnie może być, lecz co do zasady zdaje się, że pewna „szkoda” społeczeństwu jest jednak wyrządzana. Przejawia się ona w ogólnym podważeniu zaufania do nauczycieli i lekarzy jako osób pełniących funkcje publiczne²⁶. Jak się zatem zdaje, to nie brak społecznej

²³ W. Wróbel, *op. cit.*, s. 180 (przyp. 244).

²⁴ Wyróżniającej takie jej elementy, jak bezprawność, wina, karalność i karygodność. Zob. A. Zolli, w: G. Bogdan, Z. Cwiakałski [i in.], *op. cit.*, tezy 20–45 do art. 1, s. 25–34.

²⁵ Podobnie: J. Skorupka, *Podstawy...*, *op. cit.*, s. s. 83; J. Skorupka, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 79.

²⁶ Warto w tym kontekście zauważyć, że w międzynarodowych raportach dotyczących korupcji, fenomen zwyczajowych „dowodów wdzięczności” w służbie zdrowia, występujący w praktyce wielu krajów Europy Środkowej i Wschodniej, traktowany jest jako jeden z przejawów panującej w tych krajach korupcji. Jak twierdzą autorzy, nawet niewielkie zwyczajowe prezenty powodują szkodliwe skutki dla zaufania społecznego, jakim cieszą

szkodliwości jest powodem, dla którego zachowania takie nie są uznawane za przestępne. Najbliższe prawdy wydaje się twierdzenie, że zachowania takie nie są uznawane za przestępne, ponieważ są niejako „uświęcone tradycją”, społecznie akceptowalne. Społeczeństwo toleruje zatem pewien stopień społecznej szkodliwości, jaki się z nimi wiąże, właśnie z powodu powszechnego przekonania o ich dopuszczalności²⁷.

Ponadto, niewłaściwe z teoretycznego punktu widzenia wydaje się również kreowanie przez doktrynę prawa karnego swoistych „abstrakcyjno-generalnych” reguł, służących do wyłączania przestępności danej kategorii zachowań na podstawie braku ich karygodności. Jak podnosi się w doktrynie, art. 1 § 2 k.k. służy do wyłączenia przestępności konkretnego indywidualnego czynu ludzkiego, który z powodu swojej specyfiki cechuje się a t y p o w o n i s k ą s p o ł e c z n ą s z k o d l i w o ś c i ą²⁸. Natomiast opisywana konstrukcja sprowadza się do opisania przesłanek, które t y p o w o miałyby wyłączać społeczną szkodliwość czynu, a zatem jego przestępność.

Wydaje się zatem, że również omawiana koncepcja nie tłumaczy dobrze normatywnej podstawy wyłączenia przestępności czynu, polegającego na wręczeniu lub przyjęciu niewielkiego zwyczajowego prezentu.

Jak się zdaje, dwie powyższe propozycje dotyczące źródła wyłączenia przestępności omawianych zachowań, nie są właściwe. Warto natomiast zastanowić się nad dwoma innymi poglądami prezentowanymi w teorii prawa karnego i orzecznictwie sądów powszechnych.

3. Najbardziej rozpowszechnione w doktrynie i judykaturze jest stanowisko, w myśl którego wręczenie lub przyjęcie prezentu przez nauczyciela czy pracownika służby zdrowia, stanowi tzw. kontratyp pozaustawowy, stanowiący okoliczność wyłączającą bezprawność takiego czynu²⁹. Podstawą

się lekarze czy pielęgniarki. Zob. S. Allin, K. Davaki, E. Mossialos, *op. cit.*, s. 63.

²⁷ Jak się zdaje, podobnie rzecz się ma z innym „kontratypem pozaustawowym”, jakim jest kontratyp śmigusa-dyngusa. Więcej w tej kwestii: J. Warylewski, *Kontratypy wiosenne*, „Palestra” 1999, nr 7/8, s. 24–35.

²⁸ Tak m.in.: A. Zoll, w: G. Bogdan, Z. Cwiakalski [i in.], *op. cit.*, teza 30 do art. 1, s. 29.

²⁹ Pogląd taki reprezentują w doktrynie między innymi: W. Wolter, *Nauka...*, *op. cit.*, s. 203; W. Wolter, *O kontratypach...*, *op. cit.*, s. 506; I. Andrejew, *op. cit.*, s. 170 i 188–189; W. Wolter, K. Buchała, *op. cit.*, s. 186–187; K. Buchała, *op. cit.*, s. 286; M. Cieślak, *op. cit.*, s. 70 i 286; J. Warylewski, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 308; L. Gardocki, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 133; A. Spotowski, w: *System...*, *op. cit.*,

dla funkcjonowania takiego kontraktynu miałyby być, zdaniem autorów, prawo zwyczajowe (lub, jak twierdzi część autorów, zwyczaj)³⁰. Marian Cieślak uważa, że system obowiązujących źródeł prawa karnego można podzielić na dwie kategorie: źródła działające na niekorzyść sprawcy (czyli nakładające lub zaostrzające odpowiedzialność karną) i na korzyść sprawcy (takie, które wyłączają lub łagodzą odpowiedzialność karną)³¹. Według autora, o ile zwyczaj zaliczyć nie można do pierwszej kategorii, to z pewnością „działanie zgodnie z przyjętą normą zwyczajową może być w każdym razie okolicznością łagodzącą w sądowym wymiarze kary w ramach ustawowego zagrożenia; może też niekiedy prowadzić wprost do wyłączenia odpowiedzialności [podkreślenie moje — M. I.] na zasadzie pozaustawowego kontraktynu”³². Do kontraktynów pozaustawowych wyłączających odpowiedzialność karną na podstawie normy zwyczajowej autor zalicza wprost „przyjęte zwyczajowo napiwki, a także drobne upominki w postaci kwiatów czy nawet czekoladek przy różnych okazjach (np. Dzień Kobiet, imieniny itp.) czy też po prostu tytułem wdzięczności, jeśli wręczone są

s. 605; W. Wróbel, *op. cit.*, s. 180–181. Trzeba również wskazać, że jest to jedyne z omawianych stanowisk, które znalazło swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie SN. Zob. wyrok SN z 29 III 1938 r., I K 2159/37, Zb. Orz. 1939, nr 2, poz. 31; wyrok SN z 30 XII 1957 r., IV K 1057/57, OSN 1958, nr 4, poz. 39; postanowienie SN z 26 II 1988 r., VI KZP 34/87, OSNKW 1988, nr 5/6, poz. 40; uchwała SN z 20 VI 2001 r., I KZP 5/01, OSNKW 2001, nr 9/10, poz. 71.

³⁰ Pojęcia zwyczaj i prawa zwyczajowego same w sobie nie są w pełni jednoznaczne i, jak się zdaje, część autorów traktuje je wymiennie. Zauważa to W. Bossy, który w swoim artykule wyróżnia takie pojęcia, jak „zwyczaj”, „norma zwyczajowa”, „zwyczaj prawny”, „zwyczaj faktyczny”, a w końcu „prawo zwyczajowe”. Na potrzeby niniejszego opracowania posługuję się zaproponowanymi przez autora definicjami. „Prawem zwyczajowym” jest zatem „zespół zwyczajowych norm postępowania [...], odpowiednio długo przestrzeganych, przez odpowiednio duży krąg podmiotów należących do danej grupy społecznej i to norm, co do których u podmiotów tych ukształtowało się przekonanie i wytworzyła się opinia, że obowiązują one jako normy prawne danego systemu prawnego”. Autor zauważa, że aby można było mówić o obowiązywaniu prawa zwyczajowego, musi ono również zostać uznane za źródło prawa przez kompetentny organ państwa. Zob. W. Bossy, *Zwyczaj i prawo zwyczajowe jako „źródła prawa”*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” No. 911, Prawo CL, Wrocław 1988, s. 14 i 19–20. Podobne kryteria obowiązywania prawa zwyczajowego, tj. przestrzeganie odpowiednich norm, przekonanie o ich prawności oraz uznanie przez odpowiedni organ państwa wyróżnia również A. Preisner. Zob. A. Preisner, *Zwyczaj i prawo zwyczajowe*, w: *Charakter i struktura norm konstytucji*, red. J. Trzciniński, Warszawa 1997, s. 186 i 191–192.

³¹ Zob. M. Cieślak, *op. cit.*, s. 69–70.

³² *Ibidem*, s. 70.

one funkcjonariuszom publicznym³³. Włodzimierz Wróbel zauważa istotną rolę, jaką „przypisuje się prawu zwyczajowemu w zakresie ograniczenia karalności, wskazując w szczególności na instytucje tzw. kontratypów pozaustawowych (prawo karcenia dzieci, „dyngus”, z w y c z a j o w e g r a t y f i k a c j e d l a o s ó b p e ł n i ą c y c h f u n k c j e p u b l i c z n e [podkreślenie moje — M. I.]”³⁴. Autor twierdzi: „czasem normy prawa zwyczajowego prowadzą do uznania za legalne określonych zachowań, które formalnie pozostają w sprzeczności z określonymi nakazami lub zakazami prawa stanowionego. O ile owe zakazy lub nakazy mają równocześnie charakter norm sankcjonowanych, z istoty rzeczy prawo zwyczajowe prowadzi wówczas automatycznie do uchylecia karalności danego typu zachowań na zasadzie wyłączenia możliwości przyjęcia ich bezprawności”³⁵. W konsekwencji, „nie budzi wątpliwości, iż reguły prawa zwyczajowego mogą prowadzić do uznania za legalne pewnych zachowań, które w myśl prawa stanowionego należałoby uznać za bezprawne”³⁶.

Przeciwko koncepcji prawa zwyczajowego jako źródła pozaustawowego kontratypu będącego podstawą do wyłączenia przestępności wręczania lub przyjmowania prezentów przez pracowników służby zdrowia i nauczycieli podnieść można następujące argumenty.

Część zarzutów stawianych omawianej koncepcji sprowadza się do przyjęcia, że prawo zwyczajowe nie jest źródłem prawa obowiązującego w Polsce, nie może zatem stanowić podstawy do wyłączenia bezprawności takich czynów³⁷. Trzeba przyznać, że część doktryny prawa konstytucyjnego wyklucza sytuację, w której prawo zwyczajowe derogowałoby przepisy ustawy lub powodowałoby ich niestosowanie³⁸. Wydaje się, że uznanie prawa zwyczajowego jako podstawy wyłączenia bezprawności wręczania lub przyjmowania prezentów byłoby sytuacją ograniczenia przez nie zakresu normy, wynikającej z art. 228 k.k. Część autorów zauważa również, że zastosowanie kontratypu pozaustawowego powoduje ograniczenie praw trzeciego (po oskarżonym i oskarżycielu publicznym) podmiotu, występującego w procesie karnym, jakim jest pokrzywdzony³⁹.

³³ *Ibidem*, s. 238.

³⁴ W. Wróbel, *op. cit.*, s. 180.

³⁵ *Ibidem* (przyp. 244).

³⁶ *Ibidem*, s. 181.

³⁷ Zdania takiego są m.in.: A. Marek, J. Satko, *op. cit.*, s. 47; K. Buchała, A. Zolli, *op. cit.*, s. 47–48.

³⁸ Zob. A. Preisner, *op. cit.*, s. 193.

³⁹ Zob. A. Zolli, w: G. Bogdan, Z. Cwiakalski [i in.], *op. cit.*, teza 49 do art. 1, s. 35;

Stwierdzić należy, że część przedstawicieli nauki prawa karnego odrzuca w ogóle konstrukcję tzw. pozaustawowych kontratypów. Przedstawicielem doktryny prawa karnego, który poddaje ją najbardziej wnikliwej krytyce jest A. Zoll⁴⁰. Według tego autora, nie trzeba się uciekać do tej instytucji, by wyłączyć bezprawność (a zatem przestępność) pewnych kategorii zachowań, tradycyjnie w doktrynie ujmowanych jako „kontratypy pozaustawowe”.

Andrzej Zoll proponuje podział okoliczności wyłączających bezprawność na „pierwotne” i „wtórne”. Bezprawność nie jest traktowana przez autora czysto formalnie, jako sprzeczność z prawnym nakazem lub zakazem, lecz materialnie (oprócz naruszenia formalnego nakazu lub zakazu sprawca musi również swoim zachowaniem, poprzez złamanie reguły postępowania z dobrem prawnym, którego ochrona jest celem ustanowienia danej normy, spowodować jego naruszenie lub narażenie na niebezpieczeństwo)⁴¹. W sytuacji, w której dane zachowanie człowieka nie stanowi ataku na chronione przez normę dobro prawne, lub nie narusza reguł postępowania z danym dobrem, nie można mu przypisać cechy bezprawności, co „powoduje jednocześnie brak zgodności czynu z typem czynu zabronionego (brak jego karalności)”⁴². Zachowanie takie jest zatem pierwotnie legalne, ponieważ nie cechuje się ono nawet minimalnym *quantum* społecznej szkodliwości, co stoi na przeszkodzie uznaniu go za naruszające normę sankcjonowaną⁴³. Z kolei z kontratypem, czyli wtórnym wyłączeniem bezprawności danego czynu mamy do czynienia wtedy, gdy sprawca swoim zachowaniem naruszył regułę postępowania z danym dobrem prawnym i przez to je naruszył lub naraził na niebezpieczeństwo, lecz uczynił to w celu ochrony innego

W. Wróbel, *op. cit.*, s. 180–181, a także wypowiedzi tychże autorów na IV Bielańskim Kolokwium Karnistycznym, w: *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Materiały IV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2008, s. 107–108 i 95.

⁴⁰ Zob. przede wszystkim następujące prace tego autora: A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (zagadnienia ogólne)*, Warszawa 1982, s. 126–129; A. Zoll, „Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy, w: *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, Lublin 2005, s. 425–438; A. Zoll, *Kontratypy a okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, w: *Okoliczności wyłączające... , op. cit.*, s. 9–19, a także wypowiedź na tymże Kolokwium w: *ibidem*, s. 106–109.

⁴¹ Zob. A. Zoll, *Okoliczności... , op. cit.*, s. 31 i n.

⁴² A. Zoll, „Pozaustawowe” okoliczności... , *op. cit.*, s. 431.

⁴³ Czyli normę, która ustanawia nakaz lub zakaz określonego zachowania.

dobra prawnego⁴⁴. Według autora, „podstawą [...] wszystkich kontratypów jest kolizja dóbr. Właśnie ta kolizja dóbr stanowi klucz wyróżniający kontratypy spośród innych okoliczności wyłączających przestępność czynu”⁴⁵. Zdaniem A. Zolla: „jeżeli się wyraźnie oddzieli wynikający z braku ataku na dobro prawne lub braku naruszenia przyjętej reguły postępowania z tym dobrem brak społecznej szkodliwości od kontratypów pozaustawowych i weźmie się pod uwagę bardzo szeroki zakres kontratypu stanu wyższej konieczności (art. 26 § 1 k.k.), to rzeczywiście można mieć wątpliwości, czy kategoria kontratypów pozaustawowych nie jest od strony jej desygnatów pusta”⁴⁶. Autor uważa np., że tzw. zgoda pokrzywdzonego czy zabieg lekarski, które przez dużą część doktryny prawa karnego ujmowane są tradycyjnie jako kontratypy pozaustawowe, nie są nimi, lecz „w obu wypadkach zachodzi pierwotna legalność działań podejmowanych w tych okolicznościach”⁴⁷. Warto jednak zauważyć, że autor nie odnosi się w tym miejscu (ani też w żadnej ze swoich monografii poświęconych kwestii okoliczności wyłączających bezprawność czynu) do problemu zwyczajowych gratyfikacji dla nauczycieli czy lekarzy⁴⁸.

Innym powodem odrzucenia przez A. Zolla konstrukcji pozaustawowych kontratypów jest zarzut, że jej przyjęcie sprzeczne byłoby z takimi zasadami konstytucyjnymi, jak zasada legalizmu (art. 7 w zw. z art. 89 Konstytucji) i zasada podziału władzy (art. 10 Konstytucji)⁴⁹. Zdaniem autora, „uznanie występowania kontratypu pozaustawowego oznacza zastosowanie wobec badanego wypadku abstrakcyjnie i generalnie sformułowanej normy, tyle tylko że niepochodzącej od konstytucyjnie upoważnionego prawodawcy”⁵⁰. Kontratyp pozaustawowy nie ma bowiem podstawy prawnej,

⁴⁴ A. Z o l l, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 103 i n.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 103. Pogląd taki określany jest w doktrynie prawa karnego mianem teorii kolizji dóbr i opłacalności społecznej.

⁴⁶ A. Z o l l, „*Pozaustawowe*” *okoliczności...*, *op. cit.*, s. 434.

⁴⁷ *Ibidem* (przyt. 28).

⁴⁸ W jednym z wydań redagowanego przez siebie komentarza do Kodeksu karnego, A. Zoll opowiedział się za omawianym przeze mnie w pkt. 1 stanowiskiem, twierdząc, że „nie stanowi korzyści majątkowej, w znaczeniu art. 228 § 1, symboliczny upominek wręczany zwyczajowo z okazji np. wizyty składanej przez funkcjonariusza publicznego, w szczególności jeżeli towarzyszy mu prezent wzajemny. Nie stanowią też korzyści majątkowej, w znaczeniu tego przepisu, wręczone w zwyczajowej ilości kwiaty lub np. drobny (w znaczeniu wartości) upominek o charakterze reklamowym” — A. Z o l l, w: G. B o g d a n, K. B u c h a ł a [i in.], *op. cit.*, teza 19 do art. 228.

⁴⁹ A. Z o l l, „*Pozaustawowe*” *okoliczności...*, *op. cit.*, s. 433–434.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 434.

lecz wynika z doktryny i orzecznictwa, a źródła te „w świetle art. 89 i 7 Konstytucji są absolutnie niewystarczające”⁵¹. Zarzutu wchodzenia przez władzę sądowniczą w kompetencje ustawodawcy nie można by natomiast postawić według A. Zolla w przypadku przyjęcia koncepcji pierwotnej legalności, ponieważ „problem uznawania konkretnego czynu za legalny z powodu braku społecznej szkodliwości [...] sprowadza się bowiem do zwykłego zadania sądu, jakim jest zbadanie, czy czyn realizuje znamiona czynu zabronionego pod groźbą kary”⁵².

Do omawianej wyżej teorii pierwotnie legalizującej zachowanie sprawcy zdaje się nawiązywać w kontekście zwyczajowych gratyfikacji Agnieszka Barczak-Oplustil. Twierdzi ona bowiem, że „jeżeli przyjęcie świadczenia mającego wartość czy to materialną, czy niematerialną nie narusza funkcjonujących w społeczeństwie reguł (norm) — niezależnie od tego, czy mają one charakter prawny czy też nie — to wykluczone jest tym samym uznanie, iż jest ono sprzeczne z normą sankcjonowaną”⁵³. Wydaje się zatem, że według autorki bezprawność tego typu zachowań wyłączona jest w sposób pierwotny.

Wskazać należy, że koncepcja pierwotnego i wtórnego wyłączenia bezprawności, a także teoria kolizji dóbr i opłacalności społecznej jako jedynej podstawy funkcjonowania kontratypów krytykowana jest w doktrynie prawa karnego. Do jej krytyków zaliczyć można przede wszystkim: Tomasza Kaczmarka⁵⁴, Jarosława Majewskiego⁵⁵ i Włodzimierza Wróbla⁵⁶.

Krytycy ścisłego rozróżniania koncepcji „pierwotnej” i „wtórnej” wyłączenia bezprawności twierdzą, że wbrew jej twierdzeniom sytuacje te nie różnią się w sposób istotny od siebie. Autorzy zauważają, że kryterium podziału okoliczności wyłączających bezprawność na „pierwotne” i „wtórne” są czysto arbitralne, a rozstrzygnięcie na ich podstawie rażą przypadkowością⁵⁷.

⁵¹ *Ibidem*, s. 433.

⁵² *Ibidem*, s. 432.

⁵³ A. Barczak-Oplustil, w: A. Barczak-Oplustil [i in.], *op. cit.*, teza 22 do art. 228.

⁵⁴ Zob. T. Kaczmarek, *O tzw. okolicznościach „wyłączających” bezprawność czynu*, PiP 2008, nr 10, s. 24–33; por. również wypowiedź tego autora na IV Bielańskim Kolokwium Karnistycznym, w: *Okoliczności wyłączające...*, *op. cit.*, s. 104–106.

⁵⁵ Zob. wypowiedź na IV Bielańskim Kolokwium Karnistycznym, w: *Okoliczności wyłączające...*, *op. cit.*, s. 110–115.

⁵⁶ Zob. *ibidem*, s. 95–102.

⁵⁷ Warto w tym miejscu przytoczyć wypowiedź J. Majewskiego, który próbuje zastosować koncepcję A. Zolla do tzw. kontratypu przerywania ciąży: „Spytajmy jednak, czy pojęcie

Według autorów, zwolennicy omawianej teorii nie dostrzegają, że rola wszystkich okoliczności wyłączających bezprawność jest ograniczenie zakresu normy sankcjonowanej, leżącej u podstaw danego typu czynu zabronionego⁵⁸. Według W. Wróbla, „oczywiście można też interpretować normę sankcjonowaną z całości systemu prawnego, tyle że wtedy się okaże, że wszystkie te okoliczności rzekomo pierwotnie legalizujące, w istocie kształtują także treść normy sankcjonowanej”⁵⁹. Zdaniem tychże autorów, realizacja znamion typu czynu zabronionego, w sytuacji realizacji kontraktu — obojętnie: kodeksowego⁶⁰ czy pozakodeksowego⁶¹ — nie stanowi naruszenia normy sankcjonowanej, nie jest zatem bezprawna, a co za tym idzie — karalna⁶². Normę sankcjonowaną należy interpretować bowiem nie tylko z danego przepisu części szczególnej Kodeksu karnego, lecz z całego systemu prawnego.

Krytykując teorię kolizji dóbr i opłacalności społecznej T. Kaczmarek podnosi argument, że dobrze tłumaczy ona istotę tego kontraktu, jakim jest stan wyższej konieczności, jednak „zdaje się mało przydatna i już nie tak transparentna w tych wszystkich przypadkach, gdy oba dobra będą jednakowej wartości, np. przy tzw. kolizji obowiązków czy obronie koniecznej”⁶³. Autor zauważa, że omawiana koncepcja została recypowana przez

kontraktu, które zaprojektował profesor Zoll, zakładające jako warunek wstępny realizację znamion typu czynu zabronionego, istotnie obejmuje wszystkie przypadki legalnego spędzenia płodu. Odpowiedź brzmi »nie«. Wszystko dlatego, że w art. 152 k.k., kryminalizującym przerwanie ciąży za zgodą kobiety, znalazło się wyrażenie »z naruszeniem przepisów ustawy«. Kto spędza płód za zgodą kobiety i zgodnie z przepisami ustawy, ten nie urzeczywistnia przedmiotowych znamion typu czynu zabronionego stypizowanego w art. 152 k.k., gdyż znamie »z naruszeniem przepisów ustawy« nie jest spełnione, a skoro ich nie urzeczywistnia, to nie może być mowy o kontrakcie. Czyli legalne przerwanie ciąży nie jest kontraktem w znaczeniu, jakim tego pojęciu nadaje profesor Zoll. Jednakże sytuacja odwróciłaby się o 180 stopni, gdyby końcowy fragment »z naruszeniem przepisów ustawy« z art. 152 k.k. skreślić. Wtedy legalne przerwanie ciąży stałoby się kontraktem. Czyż nie razi to przypadkowością?!” — w: *Okoliczności wyłączające...*, *op. cit.*, s. 114.

⁵⁸ Tak: T. Kaczmarek, *op. cit.*, s. 26–27; a także wypowiedzi W. Wróbla i J. Majewskiego, w: *Okoliczności wyłączające...*, *op. cit.*, s. 96–101 i 110–114.

⁵⁹ W. Wróbel, w: *Okoliczności wyłączające...*, *op. cit.*, s. 101.

⁶⁰ Np. obrony koniecznej, czy stanu wyższej konieczności.

⁶¹ Czyli sytuacji, w której normę zezwalającą na podjęcie danego zachowania można wyinterpretować z innego niż Kodeks karny źródła prawa — np. legalnego użycia broni przez policjanta na podstawie ustawy o Policji.

⁶² Zob. T. Kaczmarek, *op. cit.*, s. 24–29; a także wypowiedzi W. Wróbla i J. Majewskiego, w: *Okoliczności wyłączające...*, *op. cit.*, s. 96–101 i 110–114.

⁶³ T. Kaczmarek, *op. cit.*, s. 31.

A. Zolla z niemieckiej dogmatyki prawa karnego⁶⁴. Według T. Kaczmarka jednak w niemieckiej teorii tzw. koncepcje monistyczne, czyli twierdzące, że wszystkie kontratytypy mają wspólne, jednorodne podstawy⁶⁵, „jak dotąd nie przyniosły zadowalających rezultatów i stąd obserwujemy niejako renesans alternatywnych koncepcji, które dopuszczają istnienie wielu reguł uzasadniających działanie kontratytypów, w zależności od tego, który z nich mamy na myśli”⁶⁶.

4. Nie podejmując się zabrania w tym miejscu głosu w sprawie poprawności teorii pierwotnych i wtórnych okoliczności wyłączających bezprawność (choć nie ukrywam, że bliski jestem tezie, że rozróżnienie takie nie jest konieczne, jednak dokładniejsze uzasadnienie tego poglądu wymagałoby znacznie bardziej pogłębionych rozważań i przekraczałoby ramy tego opracowania) ograniczę się do stwierdzenia, że moim zdaniem podstawą wyłączenia przestępności zachowania polegającego na wręczeniu lub przyjęciu niewielkiego prezentu przez nauczyciela czy pracownika służby zdrowia jest prawo zwyczajowe. Ogranicza ono zakres zastosowania norm sankcjonowanych leżących u podstaw art. 228 i 229 k.k., powodując, że czyny takie nie są bezprawne — a co za tym idzie nie realizują znamion odpowiedniego typu czynu zabronionego⁶⁷. Nie ma natomiast potrzeby ustalania, czy zachowania takie są legalne „pierwotnie” czy też dopiero „wtórnie”. Są one po prostu legalne. Nie wydaje mi się jednak właściwe twierdzenie, że nie godzą one w dobro prawne, jakim jest działalność instytucji państwowych i samorządu terytorialnego, a także, że nie naruszają reguł postępowania z tym dobrem. Reguły postępowania z dobrem prawnym są bowiem w polskiej doktrynie prawa karnego postrzegane „technicznie”, jako wytworzone przez wiedzę i doświadczenie metody traktowania danego dobra w taki sposób, by zabezpieczyć je przed naruszeniem (mają zatem charakter obiektyw-

⁶⁴ Przede wszystkim z poglądów W. Sauera, E. Schmidhäusera, P. Nolla i C. Roxina. T. K a c z m a r e k, *op. cit.*, s. 30–31.

⁶⁵ Przykładem takiej koncepcji jest właśnie teoria kolizji dóbr i opłacalności społecznej.

⁶⁶ Zob. T. K a c z m a r e k, *op. cit.*, s. 30–31. Ciekawe omówienie tzw. monistycznych i pluralistycznych teorii tłumaczących podstawy okoliczności wyłączających bezprawność można znaleźć w: R. K u b i a k, *Kontratyp dozwolonego eksperymentu w świetle teorii kolizji dóbr i opłacalności społecznej*, PiP 2005, nr 12, s. 64–68.

⁶⁷ Pogląd ten zbliżony jest do stanowisk reprezentowanych przez tych autorów, którzy uznają prawo zwyczajowe za podstawę wyłączenia bezprawności takich zachowań, a także do poglądu A. B a r c z a k - O p l u t i l, w: A. B a r c z a k - O p l u t i l [i in.], *op. cit.*, teza 22 do art. 228.

ny)⁶⁸. Według A. Zolla różne są źródła ich obowiązywania. I tak, „mogą to więc być reguły oparte na prostych prawach przyrody, chroniące np. życie, zdrowie czy rozmaite przedmioty, będące obiektem własności, lub mogą to być reguły bardziej skomplikowane, będące tworam i normatywnymi, jak np. reguły obowiązujące w ruchu drogowym, czy w końcu reguły oparte na prawach ekonomicznych, jak zasady prawidłowego gospodarowania”⁶⁹. Chcąc zatem ustalić treść reguły postępowania z tak skomplikowanym dobrem prawnym, jakim jest prawidłowość i bezstronność funkcjonowania instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego⁷⁰, musimy zatem odnieść się do wiedzy z zakresu socjologii i ekonomii na temat wpływu, jaki wywiera wręczanie ich pracownikom nawet najmniejszych korzyści na sprawność ich funkcjonowania. W tym kontekście wskazać należy, że nie można jak się zdaje, zasadnie twierdzić, że wręczanie nawet drobnych korzyści wywiera pozytywny wpływ na działalność instytucji publicznych. Jest faktem, że drobne, wdzięcznościowe prezenty są przez specjalistów zajmujących się fenomenem korupcji uważane za jeden z jej przejawów, również wywołujący negatywne skutki⁷¹. Według Susan Rose-Ackermann, „badanie łapownictwa i dawania prezentów pozwala zobaczyć, że skądinąd godne pochwały normy postępowania mogą w pewnych warunkach zagrażać efektywności i rozwojowi ekonomicznemu”⁷².

Należy w tym miejscu odnieść się do zarzutu, że podstawą do funkcjonowania wyłączenia bezprawności czynu realizującego znamiona typu czynu zabronionego nie może być prawo zwyczajowe, które nie stanowi źródła prawa obowiązującego w Polsce. Wydaje mi się, że twierdzenie takie nie jest słuszne. W polskiej teorii prawa, a także w doktrynie prawa konstytucyjnego, występują liczne głosy zaliczające prawo zwyczajowe do źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Polsce i to mimo jego braku w ich katalogu, umieszczonym w art. 87 Konstytucji. Według Kazimierza

⁶⁸ Zob. A. Zolla, w: G. Bogdan, Z. Cwiakalski [i in.], *op. cit.*, teza 23 do art. 1, s. 26–27; a zwłaszcza A. Zolla, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 96.

⁶⁹ A. Zolla, *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 96.

⁷⁰ Co do przedmiotu ochrony przestępstw sprzedajności i przekupstwa zob. interesującą monografię P. Bachmata, *Przedmiot przestępstw sprzedajności przekupstwa i sprzedajności osoby pełniącej funkcję publiczną*, „Jurysta” 2005, nr 10/11, s. 17–22 (cz. I), oraz 2005, nr 12, s. 3–9 (cz. II).

⁷¹ Zob. w tej kwestii: S. Rose-Ackermann, *Korupcja i rządy. Przyczyny, skutki i drogi reform*, Warszawa 2001, s. 181–213; S. Allin, K. Davaki, E. Mossallos, *op. cit.*, s. 63; J. Kornai, *Hidden in an Envelope: Gratitude Payments to Medical Doctors in Hungary*, www.colbud.hu/honesty-trust/kornai/pub01.PDF.

⁷² S. Rose-Ackermann, *op. cit.*, s. 190.

Działochy, „nie wyłącza konstytucja także dopuszczalności prawa zwyczajowego. W tej sprawie — wzorem innych ustaw zasadniczych — konstytucja nie wypowiada się po prostu. Pisana jest na podstawie określonej doktryny prawniczej, uznającej istnienie prawa zwyczajowego w polskim systemie prawa [podkreślenie moje — M. I.] i by wyrazić inne stanowisko w kwestii obowiązywania prawa zwyczajowego musiałaby wyraźnie wykluczyć jego obowiązywanie pod rządami nowej konstytucji; tego jednak nie uczyniła”⁷³. Warto przytoczyć tu wyrażone podczas prac nad końcową wersją projektu Konstytucji stanowisko Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów: „przyjąć należy, że projekt konstytucji nie wyklucza także dopuszczalności prawa zwyczajowego, funkcjonującego w systemie prawa polskiego na poziomie ustawy zwykłej”⁷⁴. Należy zatem przyjąć, że twórcy obowiązującej Konstytucji byli zdania, że jej wprowadzenie nie wyeliminuje prawa zwyczajowego z systemu źródeł prawa powszechnie obowiązującego w Polsce. Zdaniem innego autora, konstytucyjną podstawą uznania wartości prawa zwyczajowego jest wyrażona w Preambule do Konstytucji zasada pomocniczości⁷⁵. Można jeszcze w tym miejscu przytoczyć stanowisko w sprawie prawa zwyczajowego, zajęte przez twórców projektu nowego Kodeksu cywilnego (którzy w art. 8 projektu wprost uznają prawo zwyczajowe za źródło prawa cywilnego): „W demokratycznym ustroju RP [...] argumenty przemawiające przeciwko prawu zwyczajowemu nie powinny ważyć. Natomiast powstaje pytanie, czy jest ono dopuszczalne w świetle art. 87 Konstytucji RP z 1997 r., który wyznacza zamknięty katalog źródeł prawa, wśród których nie znalazło się prawo zwyczajowe. Jednakże w literaturze trafnie wskazano, że ów zamknięty katalog źródeł odnosi się tylko do aktów stanowiących prawo, a nie dotyczy innych faktów prawotwórczych [podkreślenie moje — M. I.], w szczególności utrwalonej i akceptowanej przez sądy praktyki społecznej, co charakteryzuje prawo zwyczajowe”⁷⁶. Należy zatem przyjąć, że nietrafny jest argument, jakoby

⁷³ K. Działocha, w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, red. L. Garlicki, Warszawa 1999, tezy 9–10 do Rozdziału III „Źródła prawa”.

⁷⁴ *Stanowisko Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów w sprawie źródeł prawa w projekcie Konstytucji KKZN — wersja z dnia 19 czerwca 1996 r.*, „Przegląd Legislacyjny” 1996, nr 4, s. 45.

⁷⁵ Tak: referat R. Piotrowskiego, „Przegląd Legislacyjny” 1996, nr 4, s. 9–10.

⁷⁶ Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego działająca przy Ministrze Sprawiedliwości, *Księga pierwsza kodeksu cywilnego. Projekt z uzasadnieniem*, październik 2008, s. 16. Projekt dostępny jest na stronie internetowej www.ms.gov.pl.

prawo zwyczajowe nie było źródłem prawa obowiązującego w Polsce, a co za tym idzie nie mogłoby ograniczać zastosowania normy sankcjonowanej, interpretowanej z przepisów prawa stanowionego. Wydaje się bowiem, że normę sankcjonowaną należy interpretować z całego systemu prawnego, również z prawa zwyczajowego⁷⁷.

W tym miejscu należy się odnieść do argumentu, jakoby zasada ustawowej określoności powinna odnosić się również do okoliczności wyłączających bezprawność ze względu na silnie wyartykułowaną w polskim prawie karnym ochronę interesów pokrzywdzonego. Nie odrzucając tego argumentu, podnieść należy, że o ile ma on zastosowanie np. do takiego „kontratypu pozaustawowego”, jakim jest kontratyp śmigusa-dyngusa⁷⁸, to jak się zdaje nie jest on adekwatny do omawianej w tym opracowaniu instytucji. W przypadku przestępstw sprzedajności i przekupstwa trudno mówić bowiem o pokrzywdzonym. Jak zauważa Mirosław Surkont, „dobro chronione — prawidłowa działalność instytucji państwowych i samorządu terytorialnego jest w wysokim stopniu abstrakcyjne”⁷⁹. Według autora nie można jednak mówić, że są to tzw. przestępstwa bez ofiar. Ofiarą sprzedajności i przekupstwa staje się bowiem całe społeczeństwo, „w gruncie rzeczy, pokrzywdzeni są wszyscy obywatele”⁸⁰. Trudno nie zgodzić się z tym twierdzeniem, jednak nie sposób każdego obywatela uznać za pokrzywdzonego przestępstwem w rozumieniu art. 49 k.p.k. Naruszenie lub narażenie jakie doznają interesy poszczególnych obywateli przestępstwem sprzedajności i przekupstwa mają bowiem charakter abstrakcyjny i pośredni, a nie „bezpośredni”, jak chce tego wzmiankowany przepis. Wydaje się zatem, że trudno wskazać osobę, która występowałaby w procesie karnym w przedmiocie odpowiedzialności za przestępstwo z art. 228 lub 229 k.k. jako pokrzywdzona, a co za tym idzie — osobę, której interesy miałyby doznać uszczerbku wskutek zastosowania zwyczajowego kontratypu.

⁷⁷ Stanowisko takie prezentowane jest również w niemieckiej dogmatyce prawa karnego, m.in. przez J. Baumanna i U. Webera. Zobacz w tej kwestii: R. Dęb ski, *Pozaustawowe znamiona przestępstwa. O ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995, s. 141.

⁷⁸ W sytuacji obłania wodą bez wątpienia mamy do czynienia z pokrzywdzonym — osobą, której nietykalność cielesną naruszono.

⁷⁹ M. S u r k o n t, *Łapownictwo...*, *op. cit.*, s. 32.

⁸⁰ *Ibidem*, s. 33.

III.

Przechodząc do kwestii kryteriów, które pozwoliłyby odróżnić, jakie zachowania są dopuszczalne na mocy prawa zwyczajowego, a jakie stanowią przestępstwa (odpowiednio z art. 228 i 229 k.k.), stwierdzić wypada, że warto w tej kwestii odnieść się do trzech źródeł takich kryteriów: orzecznictwa sądów powszechnych, poglądów doktryny prawa karnego, a także do wyników badań socjologicznych dotyczących kwestii dopuszczalności wręczania gratyfikacji (można również odnieść się do poglądów wyrażanych w tej kwestii w dyskusji publicznej, wypowiedzianych przez socjologów, etyków czy też przedstawicieli zainteresowanych zawodów — w tym ostatnim przypadku przydatna może się okazać analiza dokumentów etycznych, przygotowywanych przez organy samorządów zawodowych — np. samorządu lekarskiego)⁸¹. Po wzajemnym skonfrontowaniu tychże źródeł, będzie można podać własną propozycję warunków wyznaczających zakres obowiązywania normy prawa zwyczajowego, która dozwala na wręczanie lub przyjmowanie pewnych gratyfikacji, a zatem uniemożliwia przyjęcie, że zachowania takie są bezprawne.

1. W orzecznictwie Sądu Najwyższego znaleźć można kilka wypowiedzi, w których organ ten uznał wyłączenie bezprawności zachowania polegającego na wręczaniu lub przyjęciu gratyfikacji przez pracowników służby zdrowia czy nauczycieli. W swoich wcześniejszych orzeczeniach SN wypowiadał się również co do innych grup zawodowych, takich jak np. woźni sądowi, kelnerzy, sprzedawcy, fryzjerzy czy listonosze. Wydaje się jednak, że w stosunku do tych grup zawodowych orzecznictwo straciło swą aktualność — osoby takie nie mogą być bowiem uznane za „osoby pełniące funkcje publiczne” w rozumieniu art. 115 § 19 k.k. (wręczanie zatem im prezentów nie realizuje znamion przekupstwa), choć nie było to takie oczywiste w realiach poprzedniego ustoju, w jakich orzeczenia te były wydane.

⁸¹ Warto w tym miejscu przypomnieć dwa kryteria obowiązywania normy prawa zwyczajowego — dana norma musi być przestrzegana, musi występować społeczne przekonanie o jej prawności (spełnienie tych dwóch kryteriów ustalić możemy za pośrednictwem badań socjologicznych i analizy dyskusji publicznej), ponadto musi ona zostać uznana przez odpowiednie organy państwa (czy tak jest, możemy ustalić analizując orzecznictwo sądów, zwłaszcza SN, a także poglądy doktryny prawa karnego, które wpływają przecież bezpośrednio na treść tegoż orzecznictwa). Zob. W. Bossy, *op. cit.*, s. 14 i 19–20; A. Preisner, *op. cit.*, s. 186 i 191–192.

W judykatach najwyższej instancji sądowej próżno jednak szukać precyzyjnych kryteriów, które pozwalałyby na rozróżnienie czynów bezprawnych od legalnych. I tak np. w wyroku z 29 marca 1937 r.⁸² SN stwierdził jedynie, że „nie stanowi przeto przestępstwa przyjęcie korzyści majątkowej dozwolonej bądź aprobowanej przez władze przełożone albo opartej na towarzyskiej uprzejmości lub prawie zwyczajowym”. Z uzasadnienia wyroku SN z 16 stycznia 1959 r.⁸³ wynika, że „Sąd Wojewódzki bezbłędnie ustalił, że »korzyści osobiste« polegały na zjedzeniu obiadu czy też wypiciu szklanki herbaty [...]. Słusznie zatem uznał Sąd Wojewódzki, że takie powszechnie przyjęte przejawy gościnności pomiędzy osobami utrzymującymi z sobą stosunki towarzyskie nie mogą być uznane za »korzyści osobiste« w rozumieniu art. 290 k.k. [z 1932 r. — uwaga moja, M. I.]”. Z kolei w postanowieniu SN z 26 lutego 1988 r.⁸⁴ stwierdzono, że „ocena, czy w konkretnym przypadku upominek lub należność za korepetycje mają rzeczywiście taki charakter, jaki ze znaczenia tych słów wynika, czy też były w istocie ukrytą formą karalnego udzielenia lub przyjęcia korzyści majątkowej, uzależniona jest od wielu okoliczności natury przedmiotowej i podmiotowej, wymagających odpowiednich ustaleń faktycznych oraz społeczno-obyczajowych”. Według SN, „jeżeli tego rodzaju świadczenia, dokonywane zbiorowo (uczniowskie zbiórki pieniężne) lub indywidualnie mają charakter dobrowolny, nie wykraczają poza przyjęte zwyczajowo ramy, są współmierne do ich symbolicznego wyrazu i mają na celu wyłącznie uznanie oraz wdzięczność za trud nauczycielski, to traktowanie ich jako łapówek nie byłoby uzasadnione. Mogą one natomiast mieć charakter łapówkowy, jeżeli wykraczają poza wymienione ramy, zwłaszcza wtedy, gdy ich wartość materialna nie jest znikoma i odbiega od pojęcia symbolu. Rzecz jednak polega na tym, że granica między dopuszczalnym upominkiem a niedopuszczalną łapówką nie jest ani ścisła, ani łatwa do ustalenia i może być dokonywana tylko dla każdego wypadku indywidualnie”. W uzasadnieniu uchwały SN z 20 czerwca 2001 r.⁸⁵ czytamy jedynie zdawkowe stwierdzenie, że „[...] przyjęta wykładnia [pozwalająca na uznanie lekarza zatrudnionego w placówce dysponującej środkami publicznymi za »osobę pełniącą funkcję publiczną« — dopisek mój, M. I.] nie może prowadzić do rozszerzenia penalizacji np. w odniesieniu do osób wręczających

⁸² I K 2159/37, Zb. Orz. 1939, nr 2, poz. 31.

⁸³ II K 1057/58. Orzeczenie cyt. za A. G u b i Ń s k i, *op. cit.*, s. 74.

⁸⁴ VI KZP 34/87, OSNKW 1988, nr 5/6, poz. 40.

⁸⁵ I KZP 5/01, OSNKW 2001, nr 9/10, poz. 71.

korzyści majątkowe z wdzięczności za efekty leczenia, osobom »pełniącym funkcje publiczne« (art. 229 k.k.), jeżeli zachowanie takie mieściłoby się w granicach zwyczaju jako okoliczności wyłączającej bezprawność czynu (pozaustawowy kontratyp)».

Orzecznictwo SN nie daje zatem interesujących nas wyrazistych kryteriów. Możemy jedynie stwierdzić, że ustalając, czy mamy do czynienia ze zwyczajowo dopuszczalną gratyfikacją czy też nie, należy: 1) zbadać wszechstronnie „wiele okoliczności natury przedmiotowej i podmiotowej”, 2) zastosować kryterium „ilościowe” (sprowadzające się do ustalenia, z jakimi gratyfikacjami mamy do czynienia — jeśli jest to np. obiad czy szklanka herbaty, mamy do czynienia z dozwoloną gratyfikacją, która nie wykracza poza ramy symbolu), 3) ustalić, że świadczenie ze strony wręczającego jest dobrowolne, dokonywane w celu wyrażenia wdzięczności.

Ciekawe wnioski przyniosłoby zapewne badanie akt sądowych i prokuratorskich, które pozwoliłoby ustalić, jakie kryteria stosowane są przez organy położone niżej w hierarchii niż SN. Ponieważ jednak badań takich jak dotychczas nie przeprowadzono, należy się ograniczyć w tym miejscu do wskazania znanej publicznie sprawy, która toczy się aktualnie przed Sądem Okręgowym w Lublinie⁸⁶. Przypomnieć wypada, że za dopuszczalne prokuratura uznała przyjęcie przez lekarza czekoladek czy kwiatów, w stosunku do alkoholu wniosła natomiast akt oskarżenia, stawiając zarzut z art. 228 k.k. Sąd pierwszej instancji uniewinnił jednak lekarza od tego zarzutu.

2. Przechodząc w tym miejscu do analizy wypowiedzi doktryny prawa karnego w interesującej nas kwestii, stwierdzić należy, że problem „obróśł” dość licznymi głosami karnistów. Warto w tym kontekście zwrócić uwagę przede wszystkim na poglądy Lecha Gardockiego, Arnolda Gubińskiego oraz Andrzeja Spotowskiego.

Arnold Gubiński wskazuje kilka okoliczności, które wyłączają przyjęcie w danej sprawie, że mamy do czynienia ze zwyczajowo dopuszczalną gratyfikacją. Według autora, wymienienie tych okoliczności jest jednak przykładowe, nie jest możliwe bowiem wyliczenie wyczerpujące⁸⁷. Po pierwsze zatem istotne jest, by gratyfikacja nie nastąpiła na żądanie. W sytuacji, w której następuje żądanie lub uzależnienie wykonania danej czynności od wręczenia prezentu, nie może być mowy o wyłączeniu przestępności czynu.

⁸⁶ Zob. przypis 11.

⁸⁷ A. Gubiński, *op. cit.*, s. 72–73.

Po wtóre, przyjęcie gratyfikacji za czynność sprzeciwiającą się prawu nigdy nie mieści się w granicach zwyczaju (przekładając poglądy autora na realia aktualnie obowiązującego Kodeksu karnego, zwyczaj nigdy nie może wyłączać odpowiedzialności za typy kwalifikowane sprzedajności z art. 228 § 3 i 4 oraz art. 229 § 3 k.k.). Po trzecie, ważna jest osoba przyjmująca świadczenie. Inaczej, według A. Gubińskiego, „ocenia się przyjęcie podarunku przez lekarza od wdzięcznego pacjenta, a inaczej przez funkcjonariusza wydziału finansowego, celnika lub inspektora od ich »podopiecznych«”⁸⁸.

Według A. Spotowskiego, o braku przestępności wręczenia lub przyjmowania prezentów decyduje przede wszystkim spełnienie kryterium niewielkiego społecznego niebezpieczeństwa danego zachowania⁸⁹. Zdaniem autora, „tak rozumiane kryterium [...] pozwala na uwzględnienie wszystkich okoliczności czynu, a nie tylko jednego elementu. Przy ocenie stopnia społecznego niebezpieczeństwa przyjęcia lub udzielenia korzyści należy brać pod uwagę, czy było ono powodowane tradycją, zwyczajem, chęcią okazania wdzięczności za uprzejmość, a także sposób, w jaki udzielenie korzyści doszło do skutku, w jakim celu jej udzielono, jak wielka była korzyść i kto ją przyjął i za co”⁹⁰. Wydaje się zatem, że A. Spotowski przyjmuje następujące kryteria odgraniczenia zachowania bezprawnego od legalnego: wartości korzyści, proporcjonalności korzyści do czynności, celu udzielenia korzyści (gratyfikacja ma być wręczona w celu wyrażenia wdzięczności lub powodowana tradycją), sposobu udzielenia korzyści, a także osoby przyjmującej gratyfikację. Natomiast nie ma zdaniem autora znaczenia „moment wręczenia korzyści, to jest czy nastąpiło to przed czy po dokonaniu czynności”⁹¹. Andrzej Spotowski zauważa bowiem, że wielokrotnie niewielkich korzyści „udziela się często osobom, z którymi udzielający pozostaje w kontakcie służbowym stale lub okresowo przez dłuższy czas, czyli po jednej czynności służbowej, a przed następną”⁹².

Lech Gardocki odnosi się natomiast konkretnie do kryteriów pozwalających na odróżnienie przestępnego wręczenia łapówki od zwyczajowo dopuszczalnej gratyfikacji dla lekarza czy nauczyciela⁹³. W pierwszej kolejności autor zauważa, że „przyjmuje się tutaj pewne generalne zasady, od

⁸⁸ *Ibidem*, s. 72.

⁸⁹ A. Spotowski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 139–140; A. Spotowski, w: *System...*, *op. cit.*, s. 608.

⁹⁰ A. Spotowski, w: *System...*, *op. cit.*, s. 608.

⁹¹ A. Spotowski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 139–140.

⁹² *Ibidem*, s. 140.

⁹³ L. Gardocki, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 134.

których niezależnie mogą istnieć pewne specyficzne warunki lub odstępstwa od reguł w zależności od typu sytuacji i funkcji pełnionej przez obdarowanego⁹⁴. Ogólne kryteria proponowane przez autora są następujące: 1) prezent nie może być wręczony na żądanie, nie może być również mowy o zwyczaju w sytuacji uzależnienia dokonania danej czynności od jego wręczenia, 2) prezent powinien być wręczony po dokonaniu czynności i nie być wcześniej obiecany i wreszcie 3) nie powinien przekraczać zwyczajowych ram — mowa tu o drobnym poczęstunku lub przedmiocie o niewielkiej wartości (np. kwiatach, książce, czekoladkach). Co do ostatniego kryterium autor zauważa, że „mieści się w ramach zwyczajowych podarowanie chirurgowi przez wdzięcznego pacjenta w związku z udaną operacją, ale nie np. w związku z pozytywnym orzeczeniem w sprawie rentowej. Tym bardziej danie takiego prezentu np. kontrolerowi skarbowemu lub celnikowi po czynności urzędowej przekracza ramy akceptowanego zwyczaju”, choć „z drugiej strony trudno sobie wyobrazić, by kiedykolwiek podarowanie komuś kwiatów, ze względu na symboliczny charakter tego prezentu, mogło być potraktowane jako przestępstwo wręczenia łapówki⁹⁵. „Zwyczajowa dopuszczalność” danego prezentu jest zatem uzależniona od osoby, której jest on wręczany.

3. Najobszerniejsze badania socjologiczne na temat percepcji problemu korupcji w służbie zdrowia w społeczeństwie przeprowadziła dwukrotnie Fundacja Batorego, w roku 2000 i 2001⁹⁶. W tym miejscu zreferuję pokrótce ich wyniki.

W badaniu z roku 2000 badano jedynie reprezentatywną próbkę opinii publicznej. Na pytanie, czy przejawem korupcji jest wręczenie prezentu lekarzowi w podziękowaniu za leczenie, „tak” odpowiedziało 36% badanych; przeciwnego zdania było 56%. Na pytanie, czy łapówką jest wręczenie prezentu przed rozpoczęciem leczenia, udzielono 78% odpowiedzi „tak” i 14% „nie”.

Z kolei w badaniu z roku 2001 przebadano dwie próbki respondentów. Pierwsza była próbką reprezentatywną dla ogółu społeczeństwa, była więc próbką potencjalnych pacjentów, zaś druga była próbką lekarzy.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*, s. 74.

⁹⁶ Raporty z badań: A. K u b i a k, *Pacjenci i lekarze o korupcji w publicznej służbie zdrowia*, Warszawa 2001 oraz *Postawy Polaków wobec korupcji 2000*, oprac. M. Osiak, Warszawa 2000 dostępne są na stronie internetowej Fundacji Batorego, adres <http://www.batory.org.pl/korupcja/pub.htm>. Wyniki badań zreferowane są również w: A. K u b i a k, *Łapownictwo...*, *op. cit.*, s. 196–240.

— Na pytanie o sposób traktowania wręczenia lekarzom pieniędzy lub prezentów (znów bez rozróżnienia na prezenty przed i po leczeniu) 47% badanych z próby „potencjalnych pacjentów” uznało takie prezenty za łapówkę, zaś 42% za formę podziękowania, wyraz wdzięczności.

— W innym pytaniu zróżnicowano prezenty pod względem momentu wręczenia. I tak w odniesieniu do gratyfikacji wręczanych przed rozpoczęciem leczenia 61% respondentów uznało je za łapówki, zaś 10% za wyraz wdzięczności. Gratyfikacje wręczone po zakończeniu leczenia zostały uznane za łapówkę przez 10% respondentów, zaś przez 52% za dowód wdzięczności. Widać więc wyraźną różnicę w traktowaniu gratyfikacji przed i po leczeniu — te pierwsze traktowane są jako łapówki, te drugie zaś jako dopuszczalne wyrazy wdzięczności.

— Ciekawe wyniki uzyskano zadając to pytanie w odniesieniu do gratyfikacji zróżnicowanych pod względem wartości. Jedynie kategoria gratyfikacji o wartości do 100 złotych przez większość badanych została uznana za dopuszczalną. Prezenty o wyższej wartości są generalnie postrzegane jako niedopuszczalne, przy czym im droższy prezent, tym mniejsza część społeczeństwa uważa go za dopuszczalny⁹⁷.

— Interesujące są również wyniki badań przeprowadzonych wśród lekarzy. 86% spośród badanych lekarzy uważa, że dopuszczalne jest przyjęcie prezentu po leczeniu, przeciwnego zdania jest 10% spośród nich. Co do przyjmowania pieniędzy po leczeniu, zdanie wśród lekarzy jest podzielone — 44% uważa takie zachowanie za dopuszczalne, a 45% za niedopuszczalne.

Podsumowując wyniki badań, Anna Kubiak stwierdza, że „dodatkowe gratyfikacje od lat są silnie zakorzenione w relacjach między pacjentami a pracownikami służby zdrowia, przede wszystkim lekarzami. [...] Dodajmy, że nie tylko lekarze, lecz również pacjenci nie zawsze traktują je jako łapówki. W swoim postępowaniu pacjenci kierują się głównie zasadą, iż trzeba dać, bo ogólnie wiadomo, że tak się postępuje. Lekarze w ogromnej większości za niedopuszczalne uważają tylko uzależnianie leczenia od wcześniej przyjętych pieniędzy i wydawanie za pieniądze zwolnień z pracy. Przyjmowanie gratyfikacji po zakończeniu terapii najczęściej są traktowane jako dopuszczalne”⁹⁸. Warto również przytoczyć słowa innej badaczki z dziedziny socjologii, Beaty Łaciak, podsumowującej wyniki badań doty-

⁹⁷ Za dopuszczalną formę podziękowania uznało prezent o wartości odpowiednio: poniżej 100 złotych — 66% badanych (przy 37% uznających taką gratyfikację za łapówkę), 101–500 złotych — 37% (53% — łapówka), 501–1000 złotych — 29% (66% — łapówka), powyżej 1001 złotych — 19% (69% — łapówka).

⁹⁸ A. K u b i a k, *Łapownictwo...*, *op. cit.*, s. 240.

czących korupcji w szkolnictwie: „[...] w odczuciu społecznym kwiaty, czy drobne upominki, którymi obdarowuje się nauczycieli z okazji Dnia Edukacji Narodowej czy też na koniec roku szkolnego, są nie tylko zwyczajowo przyjęte, ale także nie są utożsamiane ze zobowiązaniem nauczyciela do specyficznego traktowania tych, którzy te upominki wręczają”⁹⁹.

Ciekawe są wytyczne, jakie w 2002 r. opublikowała w tej materii komisja etyczna przy Okręgowej Radzie Lekarskiej w Katowicach. Według komisji, lekarz może przyjąć od pacjenta drobne upominki po zakończeniu leczenia, jeśli dalsze losy pacjenta nie zależą już w żaden sposób od tego lekarza. Za „bezpieczne” uznano takie podarunki, jak kwiaty, książki i ozdobne bibeloty, przedmioty własnoręcznie wykonane przez uzdolnionego pacjenta lub jego rodzinę: hafty, obrazy czy rzeźby, własnoręcznie upieczony tort, owoce z własnego ogrodu. Co ciekawe, w wykazie tym nie ma alkoholu, który zgodnie z wiedzą potoczną jest częstą gratyfikacją dla lekarzy.

Warto również przytoczyć zdanie etyka, Jacka Hołówki¹⁰⁰. Według niego, „w etyce lekarskiej obowiązuje dość czytelna zasada, że przed podjęciem pracy żadnego prezentu nie wolno wziąć od pacjenta, ale po wykonaniu pracy przyjęcie upominku jest — owszem — dozwolone. W moim przekonaniu zasada ta jest i słuszna, i elegancka”. Rozpatrując problem kryteriów odróżniania zwyczajowego prezentu od karalnej łapówki, J. Hołówka stwierdza, że „wolno dać dwa bilety do teatru — i wszystko, co nie dochodzi do tej ceny — ale nie wolno dać dwóch biletów do opery ani niczego, co przekracza ich koszt. Dlaczego ta reguła jest dobra? Bo wyznacza górną i dolną granicę. Ponadto bilet do teatru niesie z sobą jakąś treść. Sztuka może zawierać aluzję do stylu pracy lekarza, do jego upodobań lub postawy. Pacjent daje dowód, że pomyślał, co lekarza mogłoby ucieszyć i — ewentualnie — stał za niego w kolejce do kasy”.

4. Po omówieniu wszystkich źródeł „poznania” obowiązującego w zakresie gratyfikacji prawa zwyczajowego, zając wypada w tej kwestii stanowisko własne. W moim przekonaniu kryteria pozwalające na odróżnienie zwyczajowo dopuszczalnego przyjęcia lub wręczenia prezentu ująć należałoby następująco:

a) Kryterium czasu wręczenia. Gratyfikacja może zostać wręczona dopiero po dokonaniu danej czynności, a nie w trakcie jej wykonywania (o wyjątku od tej zasady możemy powiedzieć jedynie w sytuacji poczęstowa-

⁹⁹ B. Ł a c i a k, *op. cit.*, s. 79.

¹⁰⁰ J. H o ł ó w k a, *op. cit.*

nia drobnym posiłkiem lub kawą funkcjonariusza dokonującego czynności w siedzibie częstującego — np. podczas kontroli skarbowej). Wydaje się, że „najczystsza” byłaby tu sytuacja, w której wręczenie następuje dopiero po zerwaniu więzi, jaka łączy obdarowanego z wręczającym (np. po zakończeniu całego leczenia danego pacjenta lub po ukończeniu szkoły przez ucznia). W takiej sytuacji nie ma już zagrożenia, że wręczający będzie potraktowany w przyszłości lepiej niż inna osoba, która prezentu nie wręczyła. W moim przekonaniu w takim przypadku kolejne kryteria (mam tu na myśli kryterium jakościowe i wartości przedmiotu) mogą być stosowane bardziej „liberalnie”. Trzeba jednak zauważyć, że wielokrotnie taka sytuacja nie będzie możliwa. Istnieją np. pacjenci, których relacja z danym lekarzem trwa bardzo długo (np. pacjenci z chorobami onkologicznymi). Wydaje się, że odebranie takim osobom możliwości legalnego odwdzięczenia się za wysiłki lekarza czy nauczyciela byłoby niewłaściwe. Trzeba zatem przyjąć, że dopuszczalne jest wręczenie prezentu również po zakończeniu pewnego etapu relacji wiążącej obdarowanego z wręczającym (np. po wyjściu pacjenta ze szpitala, po ukończeniu klasy przez ucznia) lub po dokonaniu przez obdarowanego „donosłej” czynności (przykładem, który od razu przychodzi tu na myśl, jest oczywiście ratująca życie operacja lub inny skomplikowany zabieg lekarski).

b) Kryterium braku obietnicy, żądania lub uzależnienia. Nie może być mowy o zwyczajowo dopuszczalnej gratyfikacji w przypadkach, gdy wręczający obiecał ją przed dokonaniem czynności, gdy obdarowany jej żądał, lub gdy uzależniał od niej dokonanie czynności. Oznacza to również, że wręczający musi dokonać gratyfikacji w sposób dobrowolny.

c) Kryterium „legalności czynności”. Gratyfikacja nie może być wręczona w zamian za czynność sprzeczną z porządkiem prawnym.

Zauważyć wypada, że zastosowanie dwóch wyżej wymienionych warunków oznacza, że niemożliwe jest wyłączenie na mocy prawa zwyczajowego bezprawności czynów urzeczywistniających znamiona kwalifikowanych typów sprzedajności i przekupstwa, opisanych w art. 228 § 3 i 4 oraz art. 229 § 4 k.k.

d) Kryterium jakościowe. Gratyfikacja musi mieć charakter drobnego poczęstunku lub przedmiotu, a nie pieniędzy. Wręczenie i przyjmowanie pieniędzy, nawet najdrobniejszej kwoty, wiąże się nieodłącznie z przekroczeniem ram zwyczaju. Przedmioty, które zwyczajowo są dopuszczalne to m.in. kwiaty, czekoladki, książki, przedmioty wykonane własnoręcznie: hafty, obrazy czy rzeźby, własnoręcznie upieczony tort, owoce z własnego ogrodu czy też alkohol. Wydaje się również, że przedmiot nie może mieć

takiego charakteru, który trwale „wzbogacałby” obdarowanego. Zgodzić należy się natomiast z L. Gardockim i A. Gubińskim, że omawiane kryterium stosować należy z uwzględnieniem specyfiki zawodu wykonywanego przez osobę przyjmującą prezent. Wydaje się zatem, że w naszym społeczeństwie dopuszczalne jest np. wręczenie butelki koniaku chirurgowi, natomiast taka sama butelka wręczona urzędnikowi czy nauczycielowi w szkole podstawowej powinna być uznana za łapówkę.

e) Kryterium wartości przedmiotu (wsparte dodatkowo kryterium proporcjonalności). Wydaje się, że za dopuszczalny należy uznać prezent, którego wartość nie przekracza znacznie kwoty 100 złotych. Przyjęta wartość wynika z wyników przytoczonych badań socjologicznych. Jak się jednak zdaje, stosując omawiane kryterium należy przyjąć pewną „proporcjonalność” wartości przedmiotu do czynności, za którą wdzięczność wyraża wręczający. Bez wątplenia prezent o wyższej wartości wręczyć można z wdzięczności lekarzowi za przeprowadzenie operacji ratującej życie niż nauczycielowi po zakończeniu roku szkolnego.

f) Kryterium altruistycznego celu wręczenia gratyfikacji. Prezent może być wręczony jedynie w celu wyrażenia wdzięczności obdarowanemu (np. za udane leczenie, pomyślną operację) lub z uprzejmości (np. poczęstowanie funkcjonariusza kawą). Gratyfikacja nigdy nie może być traktowana jako „ekwiwalent”, zapłata za dokonaną czynność.

Wydaje się, że tak zarysowane warunki wyznaczające zakres normy prawa zwyczajowego, dozwalającej na wręczenie lub przyjęcie w określonych okolicznościach pewnych korzyści, dobrze oddają i rozwijają prezentowane w orzecznictwie, doktrynie, dyskusji publicznej i społecznych odczuciach poglądy dotyczące legalności takich czynów. W moim przekonaniu kryteria te pozwalają na precyzyjne wyznaczenie kręgu zachowań legalnych.

IV.

W ostatniej kolejności, jak się zdaje, należy odpowiedzieć na pytanie, jaką decyzję procesową podjąć powinien organ (prokurator lub sąd), gdy ustali, że ma w danej sytuacji faktycznej do czynienia z działaniem w ramach prawa zwyczajowego. Można w tym zakresie wskazać kilka prezentowanych w doktrynie prawa i procesu karnego propozycji.

Według Jarosława Warylewskiego, należy w takim przypadku zastosować art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k., co skutkuje umorzeniem postępowania karnego

zarówno na etapie postępowania przygotowawczego, jak i sądowego¹⁰¹. Autor twierdzi, że przesłanką umorzenia postępowania karnego ma być w takim przypadku fakt, że społeczna szkodliwość czynu jest znikoma. Dopiero w uzasadnieniu rozstrzygnięcia sąd lub prokurator powinien powołać się na konstrukcję pozaustawowego kontraktynu.

Takie rozstrzygnięcie nie wydaje mi się właściwe. Jak się zdaje, autor zaprzecza sam sobie twierdząc, że pozaustawowy kontraktyn wyłącza bezprawność czynu (lub „bezprawność kryminalną”, jak określa to J. Warylewski), a podstawę do umorzenia postępowania znajduje w braku jego społecznej szkodliwości. Nie zauważa on, że bezprawność i karygodność zajmują odrębne od siebie miejsca w strukturze przestępstwa.

Inną propozycję podaje Jan Grajewski¹⁰². Postuluje on, by w takim przypadku stosować art. 17 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.k., co skutkować ma umorzeniem postępowania na etapie postępowania przygotowawczego, a uniewinnieniem w postępowaniu sądowym. Podstawą takiej decyzji ma być zatem stwierdzenie, że „ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa”.

Moim zdaniem takie ujęcie, choć lepsze od poprzednio omawianego, nie jest również poprawne. Jak słusznie zauważa J. Warylewski, w sytuacji kontraktynu pozaustawowego, to nie ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa¹⁰³. Podstawą wyłączenia przestępności takiego czynu jest bowiem prawo zwyczajowe. Nie wydaje mi się dopuszczalne rozszerzanie drogą wykładni pojęcia „ustawa” w rozumieniu art. 17 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.k. na normy prawa zwyczajowego.

Przyjąć należy, że podstawą wydania decyzji procesowej w przypadku stwierdzenia, że w danej sytuacji zaistniał tzw. kontraktyn pozaustawowy wykreowany przez prawo zwyczajowe, powinien być art. 17 § 1 pkt 2 *in principio* k.p.k., stanowiący, że „nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, gdy czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego”. Czyn polegający na wręczeniu lub przyjęciu prezentu przy zachowaniu warunków zwyczajny nie może być bowiem określony jako „zabroniony”. Zakaz kreowany przez normę sankcjonowaną interpretowaną z art. 228 lub 229 k.k. ulega ograniczeniu przez normę prawa zwyczajowego o charakterze pozwalającym. Nie można przyjąć, że czyn legalny realizuje znamiona typu czynu zabronionego¹⁰⁴.

¹⁰¹ J. Warylewski, *Zasada ustawowej określoności przesłanek odpowiedzialności karnej a kontraktyny pozaustawowe*, w: *Okoliczności wyłączające...*, *op. cit.*, s. 37.

¹⁰² J. Grajewski, w: J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Kraków 2006, s. 109.

¹⁰³ J. Warylewski, *op. cit.*, s. 37.

¹⁰⁴ Zob. podobnie w odniesieniu do czynu, który nie narusza normy sankcjonowanej ze

Na zakończenie warto wyrazić zdumienie faktem, że kwestia zwyczajowych podarunków nie jest przedmiotem jakiejkolwiek regulacji o charakterze etycznym¹⁰⁵. O ile trudniej problem uregulować w prawie karnym, to kodeksy etyczne zawodów „narażonych” na sytuacje dwuznaczne (mieszczące się na granicy między zwyczajowym podarkiem a karalną łapówką) wydają się idealnym miejscem do takich regulacji. Gdyby np. samorząd lekarski uczynił to w swoim Kodeksie Etyki Lekarskiej, i istniejący społecznie zwyczaj został w nim skodyfikowany, a regulacja taka była rozsądna i zgodna z poczuciem społecznym, to z pewnością została by zaakceptowana zarówno przez większą część społeczeństwa, jak i przez organy państwa (w tym organy ścigania). Skorzystaliby na tym zarówno lekarze, jak i pacjenci — obydwie grupy wiedziałyby jasno, co jest dopuszczalne, a co nie. Wydaje się również, że jeśli sytuacja niepewności co do tego, jakie zachowanie jest legalne, a jakie nie (np. jeśli zaobserwowana zostanie w tej kwestii rozbieżność w judykaturze sądów powszechnych), konieczna będzie również interwencja ustawodawcza.

względu na brak ataku na dobro prawne lub brak naruszenia reguły postępowania z takim dobrem: A. Z o l l, w: G. B o g d a n, Z. Ć w i ą k a l s k i [i in.], *op. cit.*, teza 7 do art. 1, s. 20–21.

¹⁰⁵ Wyjątkiem są tu omawiane wcześniej zalecenia komisji etycznej przy Okręgowej Radzie Lekarskiej w Katowicach.