

Prof. dr hab. Andrzej Gaberle  
Uniwersytet Jagielloński

Ekspertyza nr 212

**Opinia o projekcie ustawy o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy -  
Kodeks postępowania karnego, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej  
konkurencji, ustawy o zamówieniach publicznych oraz ustawy - Prawo  
bankowe  
(Druk Sejmowy nr 1718)**

Opiniowany projekt zmierza przede wszystkim do dostosowania przepisów prawa polskiego do prawa Unii Europejskiej, co sprawia, że jego ranga jest istotnie wyższa niż wielu innych projektów nowelizacyjnych, których cele bywają co najmniej dyskusyjne. Opiniowany projekt zawiera też w znacznej części rozwiązania, które m.zd. nie wywołują zastrzeżeń ani merytorycznych ani legislacyjnych. Nie oznacza to, że nie zawiera on propozycji, które wymagają pewnych poprawek albo nawet budzą wątpliwości co do ich zasadności. Oceniając zatem opiniowany projekt - generalnie rzecz ujmując - jako dobrą podstawę do dalszych prac parlamentarnych, w swojej opinii koncentruję się na kwestiach dyskusyjnych lub wymagających m.zd. odmiennego ujęcia.

**I. Art. 1 projektu [propozycje zmian w Kodeksie karnym]**

1. Zgłosić trzeba wątpliwość, czy dodanie do art. 229 § 1 kk słów: “w związku z pełnieniem tej funkcji”, jest celowe. W obecnym brzmieniu art. 229 § 1 kk penalizuje udzielenie [także obietnicę] korzyści osobie pełniącej funkcję publiczną, jeżeli takie działanie nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawa lub obyczaju [np. nie jest wypłatą pensji, nie jest obyczajowo uzasadnionym prezentem imiennym]. Nikt - jak dotąd - nie wpadł na pomysł pociągania do odpowiedzialności kogoś, kto “udzielił korzyści osobie pełniącej funkcję publiczną”, jeżeli jego intencje były oczywiste i bez zarzutu, nawet jeżeli udzielenie korzyści było “związane z pełnieniem funkcji”, np. podwładni ofiarowali swemu szefowi na imienny album czy wieczne pióro. Z tego punktu widzenia ten dodatek raczej nie powinien niczego zmieniać, a jeśli - to na gorsze, bowiem jego pojawienie się może sugerować, że chodzi tu o każdą korzyść związaną z pełnieniem funkcji, a więc i o np. obyczajowo uzasadniony prezent imienny lub jubileuszowy.

Warto sobie jednak zdać sprawę i z tego, że dodanie wskazanego zwrotu do art. 229 § 1 kk spowoduje konieczność udowodnienia związku między udzieleniem lub obietnicą korzyści a pełnieniem funkcji, co dzisiaj wymagane nie jest. Zachodzi zatem pytanie, jakie działanie chce się penalizować: czy każde udzielenie korzyści, które nie może się wylegitymować podstawą w postaci normy prawnej lub obyczajowej, czy też tylko takie udzielenie korzyści, przy którym można udowodnić, że jest związane z funkcją pełnioną przez osobę uzyskującą korzyść [jej obietnicę]. Tylko przy opowiedzeniu się za drugą z tych możliwości trzeba mówić o “usunięciu błędu” [uzasadnienie projektu, s.16] z art.229 § 1 kk poprzez dodanie wskazanego zwrotu, ale nie sądzę, aby takie zwężenie zakresu stosowania tego przepisu dobrze służyło karaniu korupcji.

2. Nie sądzę, aby zaostrzenie zagrożeń za przestępstwo określone w art. 229 kk było celowe, gdyż dotychczasowe, grożące za nie sankcje są dostatecznie surowe. Trzeba pamiętać, że w wypadku osób dopuszczających się tego przestępstwa to nie wysokość możliwej do wymierzenia kary pozbawienia wolności, lecz “uboczne” konsekwencje skazania [stygmatyzacja, załamanie kariery zawodowej itp.] są czynnikiem przede wszystkim powstrzymującym od popełniania takich czynów. Nadto, dalsze rozbijanie systemu zagrożeń w Kodeksie karnym

prowadzi do całkowitego rozstrojenia tego systemu i jego niezborności, co musi dawać złe rezultaty w praktyce sądowej.

3. Wypowiadam się przeciw dodaniu do art. 229 kk § 4 w brzmieniu przedstawionym w projekcie. Mnożenie tzw. typów kwalifikowanych, to krępowanie sędziowskiego wymiaru kary, który - wbrew nie rzadko spotykanym twierdzeniom - nie jest w Polsce wcale łagodny. Negatywną konsekwencją takich rozwiązań, występującą w Polsce na tle ustawodawstwa karnego pochodzącego sprzed roku 1989, są trudności w dostosowaniu wymiaru kary do okoliczności konkretnego wypadku. Powrót do wzorców z okresu nazywanego "minionym" nie jest działaniem nadającym się do zaakceptowania.

## **II. Art. 2 projektu [zmiany proponowane w Kodeksie postępowania karnego]**

Według uzasadnienia projektu [s.19] nie ograniczono się w Rozdziale 66 kpk "do biernej recepcji norm prawa międzynarodowego", lecz wychodzi się w nim "naprzeciw potrzebom skutecznego sprawowania wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych we współczesnym świecie". Trudno zarzucić coś tak określonego celowi, lecz jego realizacja wydaje się przedstawiać nieco gorzej. W projekcie bowiem w rozdziale zatytułowanym "przejęcie i przekazanie orzeczeń do wykonania" [Rozdział 66 kpk] przewiduje się - cytuję z uzasadnienia projektu [s.10] - "możliwość wykonywania grzywien i kar pieniężnych, zakazów oraz przepadku". Problem w tym, że w projekcie proponuje się nie tyle możliwość wykonywania wskazanych środków, jeżeli zostały one orzeczone przez sąd, ile "przejęcie orzeczenia do wykonania w Rzeczypospolitej Polskiej" [art.608 § 2, 609 § 2 kpk w ujęciu projektu]. "Przejęcie orzeczenia do wykonania" może zaś być pojmowane w ten sposób, że orzeczenie to jest wykonywane w Polsce a nie w kraju, w którym zostało wydane. Takie rozwiązanie jest zrozumiałe, gdy chodzi o wykonanie kary, której nie można wykonywać w dwóch miejscach jednocześnie, a więc wymagającej fizycznej obecności w danym miejscu i czasie [czyli zwłaszcza kary pozbawienia wolności], ale jest nie do przyjęcia, gdy chodzi o pozbawienie uprawnień, przy których zakres przestrzenny zakazu jest sprawą otwartą [np. zakaz wykonywania zawodu, prowadzenia pojazdów mechanicznych]. Nie bez powodu w Europejskiej Konwencji o Międzynarodowych Skutkach Pozbawienia Prawa Prowadzenia Pojazdów [nie podpisanej przez Polskę] mówi się o "zawiadomieniu o pozbawieniu prawa prowadzenia" [pojazdów] i o orzeczeniu o pozbawieniu takiego prawa przez państwo zawiadomione [art.3 Konwencji], nie zaś o "wykonaniu orzeczenia" o pozbawieniu prawa prowadzenia pojazdów.

Należy zatem **zwrócić się do projektodawcy o skorygowanie w trybie autopoprawki** tych zwrotów, które sugerują jakoby chodziło o przejęcie "orzeczenia" do wykonania, choć w istocie chodzić tu może jedynie o "orzeczenie takich samych środków" jak zastosowane wobec danej osoby w innym kraju.

## **III. Art. 3 projektu [propozycje zmian w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji]**

1. Podnieść trzeba wątpliwości natury zasadniczej, czy wybranie administracyjnej odpowiedzialności osób prawnych za czyn nieuczciwej konkurencji polegający na przekupstwie osoby pełniącej funkcję publiczną [art.15a pkt 2 i 3 uznk w ujęciu projektu] jest - jak to stwierdzono w uzasadnieniu projektu [s. 21] - "odpowiednim rozwiązaniem". Postępowanie w przedmiocie tej odpowiedzialności jest nie tylko "zbliżone bardziej do funkcji i celu postępowania karnego niż cywilnego" [uzasadnienie projektu, s. 25], lecz wręcz ma za zadanie wymierzenie kary, określanej wprawdzie eufemistycznie jako "administracyjna", ale nazywanej też "karą pieniężną". To ostatnie określenie zaś można zastąpić słowem "grzywna", co jednoznacznie wskazuje na karny charakter tej sankcji. Takie rozwiązanie ma wszelkie cechy obchodzenia art.175 ust.1 Konstytucji, który ustanawia wyłączność sądów w zakresie wymierzania sprawiedliwości, a orzekanie o odpowiedzialności i wymierzanie kar nie może zostać

wyłączone z zakresu tego pojęcia. Powoływanie się w uzasadnieniu projektu na rozwiązanie zawarte w ustawie z 31 stycznia 1980 roku o ochronie i kształtowaniu środowiska jest nieuzasadnione, gdyż rozwiązania te budzą takie same zastrzeżenia jak proponowane w projekcie, a ponieważ pochodzą one z czasu obowiązywania innej Konstytucji niż ta z roku 1997, powinny zostać dostosowane do wymagań aktualnych, nie zaś służyć za wzorzec do naśladowania. Nie mam wątpliwości, że takie rozwiązania prawne, jeżeli nie zostaną poniechane, to znajdą swój koniec w postępowaniu przed Trybunałem w Strasburgu, bardzo wyczulonym na obchodzenie gwarancji przewidywanych w prawie obowiązującym w postępowaniu sądowym. Sprawy m.zd. nie ratuje możliwość zaskarżenia decyzji administracyjnej do sądu antymonopolowego [art.22d ust.4 uznk w ujęciu projektu], gdyż postępowanie w pierwszej instancji jest postępowaniem administracyjnym, którym rządzą zupełnie inne zasady niż postępowaniem sądowym, a przestrzeganie tych właśnie zasad, nie zaś “sądowych”, będzie badać sąd odwoławczy [druga instancja]. Za chybiony przychodzi też uznać argument, że w prawie cywilnym brak jest rozwiązań pozwalających na pociągnięcie do odpowiedzialności osób prawnych “za samo przekupstwo w zakresie wymaganym przez konwencję”, gdyż w prawie administracyjnym dopiero proponuje się ich stworzenie. Jeżeli można było dopisać rozdział do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przewidujący postępowanie administracyjne, to nie ma nieusuwalnych przeszkód nie pozwalających na wprowadzenie w tym rozdziale zasad odpowiedzialności cywilnej a nie administracyjnej za takie czyny.

M.zd. i w tym wypadku **należy domagać się od projektodawcy przedstawienia stosownych zmian w trybie autopoprawki**. Te przepisy należy opracować niemal od nowa, a zatem wykonanie tego zadania w toku prac sejmowych nie byłoby możliwe.

2. Niezależnie od powyższego stanowiska należy wskazać na rozwiązania, które m.zd. nie mogą być uznane za trafne.

a) Wyłączenie przepisów art.98-110 kpc w razie zaskarżenia decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oznacza, że nawet gdy decyzja ta okaże się bezzasadna, to niesłusznie ukarany ma ponieść koszty postępowania zmierzającego do wykazania tej bezzasadności. Taka regulacja nie może być wprowadzona w państwie uznającym się za demokratyczne państwo prawa. N.b., wbrew temu, co napisano w uzasadnieniu projektu [s. 25], to nie od Prezesa Urzędu OKiK należałoby zasądzać koszty, gdyż Prezes nie jest stroną w tym postępowaniu, lecz organem wydającym orzeczenie w pierwszej instancji; koszty należałoby zasądzać od Skarbu Państwa, ponieważ Prezes działa na jego rzecz.

b) Rozwiązanie, zgodnie z którym postępowanie administracyjne, zmierzające do ukarania przedsiębiorcy, ma zostać wszczęte mimo wyłączenia dopuszczalności prowadzenia postępowania karnego z przyczyn określonych w art.17 § 1 pkt 5-10 kpk zakłada, że dopuszczalne jest m.in. prowadzenie dwóch postępowań, tj. administracyjnego i karnego, w tej samej sprawie. Taka sytuacja nastąpi wówczas, gdy postępowanie karne o przestępstwo z art. 229 kk zostanie umorzono z uwagi na zakaz *ne bis in idem* albo zawisłość sprawy [art.17 § 1 pkt 7 kpk], a mimo to Prezes Urzędu OKiK wszczyna postępowanie i wydaje decyzję o ukaraniu. Oznacza to, że nawet uniewinnienie z zarzutu popełnienia przestępstwa z art. 229 kk nie musi chronić przed odpowiedzialnością [stosując nazewnictwo projektu] “administracyjną” za już osądzony czyn, gdyż można ponownie wszcząć postępowanie o ten sam czyn wobec tej samej osoby [uniewinnionej], umorzyć to postępowanie na podstawie art.17 § 1 pkt 7 kpk i skierować sprawę do postępowania “administracyjnego”. Dowolnie manipulować też można przesłanką “zawisłości sprawy”. Trudno również zgodzić się z rozwiązaniem dopuszczającym ustalenie, choćby w postępowaniu “administracyjnym”, że osoba chroniona immunitetem, wobec której umorzono postępowanie na mocy art.17 § 1 pkt 8 względnie 10 kpk, popełniła przestępstwo z art. 229 kpk.

**IV. Art. 4 [zmiany proponowane w ustawie o zamówieniach publicznych]**

Ponieważ w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji proponuje się zdefiniowanie określenia “przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną”, propozycja posługiwania się w tej ustawie słowem “przekupstwo” nie stwarza problemów interpretacyjnych. Co innego trzeba stwierdzić odnośnie propozycji wprowadzenia do art. 19 ust.1 pkt 4 i 5 ustawy o zamówieniach publicznych terminu “przestępstwo przekupstwa”, gdyż jest to określenie niejednoznaczne, odnoszące się nie tylko do czynów o znamionach opisanych w art. 229 kk. Należałoby zatem posłużyć się takim samym zwrotem jak użyty w projekcie w przypadku ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a to tym bardziej, że użyto go już w tekście zamieszczonego w projekcie punktu 6 art.19 ust.1 ustawy o zamówieniach publicznych.