



RZECZPOSPOLITA POLSKA
PROKURATOR GENERALNY

Warszawa, dnia 12. 12. 2023 r.

PK VIII TK 169.2020

K 23/20

3908

TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku z wnioskiem Grupy posłów na Sejm RP o zbadanie zgodności:

„1) art. 231 § 1 i § 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1444 i 1517) w zakresie, w jakim przepisy te przewidują odpowiedzialność karną funkcjonariuszy publicznych za zachowanie mające na celu ochronę życia lub zdrowia publicznego, podjęte w sytuacji występowania uzasadnionego ryzyka zagrożenia dla tych dóbr, gdy jednocześnie dobro poświęcone nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego - z art. 45 ust. 1 w związku z art. 2, art. 38 i art. 68 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej;

2) art. 296 § 1, § 1a, § 3 i § 4 ustawy powołanej w punkcie 1 w zakresie, w jakim przepisy te przewidują odpowiedzialność karną funkcjonariuszy publicznych i członków zarządów spółek z udziałem Skarbu Państwa za zachowanie mające na celu ochronę życia lub zdrowia publicznego, podjęte w sytuacji występowania uzasadnionego ryzyka zagrożenia dla tych dóbr, gdy jednocześnie dobro poświęcone nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego - z art. 45 ust. 1 w związku z art. 2, art. 38 i art. 68 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”

- na podstawie art. 42 pkt 7 oraz art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 2393) -

przedstawiam następujące stanowisko:

postępowanie w tej sprawie podlega umorzeniu na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym - wobec niedopuszczalności wydania orzeczenia.

Uzasadnienie

Do Trybunału Konstytucyjnego wpłynął wniosek Grupy posłów na Sejm RP (dalej także: Grupa posłów na Sejm albo Wnioskodawcy) z dnia 13 października 2020 r., w którym Wnioskodawcy zwrócili się o zbadanie zgodności art. 231 § 1 i § 3 oraz art. 296 § 1, § 1a, § 3 i § 4 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (aktualny tekst jednolity: Dz. U. z 2021 r., poz. 2345 i 2447) [dalej: k.k.], w określonych zakresach, ze wskazanymi w *petitum* wniosku wzorcami konstytucyjnej kontroli.

W uzasadnieniu wniosku, odnośnie do zarzutu dotyczącego art. 231 § 1 i § 3 k.k., Grupa posłów na Sejm RP wyjaśniła, że celem wniosku jest „zakwestionowanie konstytucyjności przepisów art. 231 § 1 i § 3 KK jedynie w zakresie, w jakim wywiedziona z nich norma nie przewiduje możliwości wyłączenia odpowiedzialności karnej funkcjonariuszy publicznych działających w celu ochrony życia lub zdrowia publicznego w sytuacji występowania uzasadnionego ryzyka zagrożenia dla tych dóbr” (uzasadnienie wniosku, s. 2).

Wnioskodawcy wyrazili pogląd, że „[w] obecnym stanie prawnym, sąd, badając okoliczności sprawy, zasadniczo nie może uznać działania w celu ochrony życia lub zdrowia publicznego jako okoliczności wyłączającej winę oskarżonego lub bezprawność popełnionego przez niego czynu”, i wskazali, iż

„[w]yjątek w pewnym zakresie stanowi art. 76 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (...) [tekst jednolity: Dz. U. z 2022 r., poz. 376, dalej: ustawa z dnia 16 kwietnia 2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 - przyp. wł.]. Przepis ten przewiduje wyłączenie przestępności czynu stypizowanego w art. 231 KK, popełnionego przez sprawcę realizującego w interesie publicznym obowiązki i zadania związane ze zwalczaniem skutków COVID-19, w tym społeczno-gospodarczych, nałożone imiennie na reprezentowany przez niego podmiot w drodze ustawy lub na gruncie postanowień umowy, o której mowa w art. 21a ust. 5 ustawy z dnia 4 lipca 2019 r. o systemie instytucji rozwoju (...) [tekst jednolity: Dz. U. z 2021 r., poz. 1010, 2219 i 2349 - przyp. wł.], jeżeli kieruje się zwalczaniem tych skutków. Przywołana regulacja, ze względu na swój zakres przedmiotowy, nie zapewnia jednak pełnej i trwałej realizacji celu, jakim jest ochrona życia i zdrowia publicznego. Ogranicza się bowiem jedynie do przypadku zagrożenia, jaki stanowi epidemia COVID-19. Jednocześnie zaś szeroko określa cel działań sprawcy, stanowiący przesłankę dla wyłączenia jego odpowiedzialności, obejmując nim zwalczanie wszelkich skutków pandemii, w tym również przejawiających się poza sferą ochrony życia i zdrowia publicznego. Podkreślić należy, że wprowadzenie rozwiązania przewidzianego w art. 76 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2, wskazuje na brak w systemie prawnym ogólnej normy pozwalającej na dostosowanie działań podejmowanych przez funkcjonariuszy publicznych do szczególnych przypadków zagrożenia dla życia i zdrowia publicznego, jakie występują m.in. w okresie pandemii” (uzasadnienie wniosku, s. 3).

W kolejnym fragmencie uzasadnienia wniosku Grupa posłów na Sejm RP podniosła, że „[z]e względu na związek odpowiedzialności funkcjonariuszy publicznych za przekroczenie lub niedopełnienie obowiązków z wyrażoną w art.

7 Konstytucji zasadą legalizmu, sądy rozpatrujące sprawy mają ograniczone możliwości stosowania istniejących w systemie prawa instrumentów pozwalających na wyłączenie odpowiedzialności karnej sprawcy czynu zabronionego. O ile bowiem jednostce przysługuje wolność działania w granicach prawa (art. 31 ust. 1 i art. 31 ust. 2 zdanie drugie Konstytucji), o tyle funkcjonariuszowi publicznemu działającemu w sferze sprawowania władzy publicznej dozwolone jest jedynie działanie na podstawie i w granicach prawa (art. 7 Konstytucji). Do przyjęcia legalności działania organu władzy publicznej co do zasady nie wystarcza samo stwierdzenie, że działanie to nie narusza prawa, ale konieczne jest wykazanie, że organ ten posiadał ustawowe umocowanie do podjęcia danej czynności. Sąd nie może zatem kształtować nowych, nieznanymi ustawom podstaw legalności działań funkcjonariuszy publicznych, a ich kompetencje nie mogą być domniemywane ani kreowane ad casu.

Z przywołanych wyżej względów w orzecznictwie i piśmiennictwie, co do zasady, kwestionuje się możliwość powołania się przez funkcjonariuszy publicznych na stan wyższej konieczności, o którym mowa w art. 26 KK. Wskazuje się przy tym, że jeżeli określone zachowanie funkcjonariusza jest uregulowane prawnie, ma on bezwzględny obowiązek przestrzegać przepisów prawa w zakresie, jaki one obejmują. Wyjście poza granice dopuszczalnego działania lub zaniechania, wyznaczone przez te unormowania, będzie prowadziło do wkroczenia w sferę chronionych na ich podstawie wolności i praw jednostki. Tymczasem stan wyższej konieczności nie może posłużyć jako usprawiedliwienie dla naruszenia przepisów określających sposób i zakres ingerencji w sferę praw i wolności obywatela. Jak zatem zauważa J. Lachowski, w świetle obecnie obowiązującego prawa nie jest dopuszczalne powoływanie się na stan wyższej konieczności w celu legitymizacji działań funkcjonariuszy publicznych (J. Lachowski, *Stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym*, Legalis 2005 - przyp. Autorów wniosku). [...]

Należy również wziąć pod uwagę, że specyfika przestępstwa stypizowanego w art. 231 KK w materii objętej zakresem zaskarżenia w niniejszej sprawie praktycznie wyklucza chociażby czysto hipotetyczną możliwość skorzystania z instytucji stanu wyższej konieczności ze względu na zawarty w art. 26 wymóg bezpośredniości uchylanego niebezpieczeństwa. Przesłanka ta nie została zdefiniowana w ustawie, lecz w piśmiennictwie wiąże się ją z kryteriami: bliskości czasowej, prawdopodobieństwa wystąpienia zagrożenia, wystarczającej przyczynowości i nieuchronności zagrożenia. Podkreślić należy, że zarzut przekroczenia uprawnień może być postawiony jedynie w przypadku, w którym działanie sprawcy mieściło się w jego zakresie zadań. Tymczasem zadania publiczne, które obejmują odpieranie bezpośrednich zamachów na zdrowie i życie ludzi są przedmiotem szczegółowych regulacji odnoszących się konkretnie do grup funkcjonariuszy publicznych, którzy te zadania wykonują (np. policjantów lub żołnierzy). W tej materii właściwe przepisy stworzono mając na uwadze odpowiednie wyważenie dóbr chronionych, w tym w szczególności życia i zdrowia. Z tego powodu sytuacje, w których funkcjonariusz publiczny, działający w zakresie swoich zadań, poświęca jakiegokolwiek dobro chronione w celu ochrony życia lub zdrowia przed bezpośrednim zagrożeniem najczęściej albo w ogóle nie wiążą się z nadużyciem uprawnień (np. funkcjonariusz Policji wykorzystujący przewidziane ustawą środki przymusu wobec uzbrojonego napastnika), albo mieszczą się w kategorii obrony koniecznej (art. 25 KK). Nie wyklucza to możliwości postawienia zarzutu przekroczenia uprawnień także w tej grupie funkcjonariuszy, jednak sąd rozpoznający sprawę, ustalający treść uprawnień funkcjonariusza, których przekroczenie jest przedmiotem postępowania, bierze pod uwagę przepisy normujące zadania i kompetencje funkcjonariusza publicznego uwzględniające Jego szczególną odpowiedzialność za ochronę życia i zdrowia. Wobec tych regulacji, odwoływanie się do szczególnej instytucji, jaką jest stan wyższej konieczności, nie jest niezbędne. Spełnienie wymogu bezpośredniości wyklucza jednak możliwość powołania się

na art. 26 KK tych funkcjonariuszy publicznych, którzy w zakresie swoich zadań nie mają obowiązku odpierania bezpośrednich zagrożeń dla życia i zdrowia ludzi. Wydaje się także, że zdrowie publiczne, jako wartość społeczna, definiowana jako cecha złożonego systemu służącego bezpieczeństwu dużej grupy ludzi, w ogóle nie może być zagrożona bezpośrednio. Nie jest to bowiem dobro jednostkowe i konkretne. Stan wyższej konieczności nie może zatem służyć do wyłączenia odpowiedzialności sprawcy przestępstwa stypizowanego w art. 231 KK, jeżeli relację pomiędzy niebezpieczeństwem dla życia lub zdrowia publicznego a działaniem funkcjonariusza publicznego cechuje bardziej złożona zależność niż samo tylko proste, bezpośrednie następstwo w ciągu przyczynowo-skutkowym. Dotyczy to także działań, które nie służą odparciu samego niebezpieczeństwa, ale np. zminimalizowaniu jego negatywnych skutków (przykładem może być zabezpieczenie zapasów żywności i pitnej wody dla ludzi zmuszonych do opuszczenia swoich domów w związku z zagrożeniem) lub ułatwieniu przeprowadzenia akcji ratunkowej (np. ograniczenie wolności przemieszczania się lub komunikowania za pomocą środków porozumienia się na odległość w celu zapewnienia odpowiedniej przepustowości infrastruktury niezbędnej służbom ratowniczym)” [uzasadnienie wniosku, s. 4 - 6].

W konkluzji tej części uzasadnienia wniosku Wnioskodawcy stwierdzili, że „zgodnie z obecnie obowiązującym stanem prawnym funkcjonariusz publiczny podlega odpowiedzialności karnej również w sytuacji, w której jego działania lub zaniechania wyczerpujące znamiona czynów, o których mowa w art. 231 KK, miały na celu ochronę życia i zdrowia publicznego i były podjęte w sytuacji występowania uzasadnionego ryzyka zagrożenia dla tych dóbr, gdy jednocześnie dobro poświęcone nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego. W tym zakresie przepis ten, w ocenie wnioskodawców, budzi uzasadnione wątpliwości konstytucyjne” (uzasadnienie wniosku, s. 6 - 7).

Odnosnie natomiast do zarzutu dotyczącego art. 296 § 1, § 1a, § 3 i § 4 k.k. Grupa posłów na Sejm RP wyjaśniła, że „[p]odobnie jak w przypadku

pierwszej części wniosku (pierwsza część wniosku dotyczyła art. 231 § 1 i § 3 k.k. - przyp. wł.), regulacje zakwestionowane zostały jedynie w zakresie, w jakim wprowadzają odpowiedzialność karną za zachowanie mające na celu ochronę życia i zdrowia publicznego. W odniesieniu do przestępstw stypizowanych w art. 296 KK, wniosek został ograniczony do dwóch grup sprawców - funkcjonariuszy publicznych i członków zarządów spółek z udziałem Skarbu Państwa. Nie ulega wątpliwości, że funkcjonariusze publiczni mogą być sprawcami czynów, o których mowa w art. 296 KK. Jak wskazuje w swoim orzecznictwie Sąd Najwyższy: <Podstawowe kryterium rozgraniczające przestępstwo nadużycia zaufania, o którym mowa w art. 296 § 1-4 KK, od przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, penalizowanego w art. 231 § 1-3 KK, wynika z naruszenia kompetencji przez funkcjonariusza publicznego w innej sferze działalności instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego. W zależności od różnych sfer ich działalności, funkcjonariusz publiczny występuje też w różnych rolach. Jeżeli więc przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków przez niego nastąpiło w sferze imperium funkcji władczych przysługujących tym instytucjom, wówczas dopuszcza się on przestępstwa tzw. nadużycia władzy i podstawą penalizacji są wyłącznie przepisy art. 231 KK. Natomiast, gdy funkcjonariusz publiczny zajmuje się z mocy ustawy czy decyzji odpowiedniego organu sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego w sferze uprawianej przez nie działalności gospodarczej jako podmiotów gospodarczych, wyrządzenie szkody majątkowej na skutek nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków, stanowi przestępstwo tzw. nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym z art. 296 KK> (wyrok SN z 2 czerwca 2009 r., sygn. akt IV KK 11/09, LEX nr 512109). <W doktrynie prezentowane są poglądy, że art. 296 § 1 KK wyłącza z zakresu zastosowania art. 231 KK te sytuacje, w których funkcjonariusz publiczny zajmuje się na podstawie przepisu ustawy, decyzji właściwego organu lub

umowy, sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą Państwa lub innej instytucji publicznej jako podmiotu gospodarczego. W tym przypadku wyłączone jest zastosowanie art. 231 KK, a podstawę odpowiedzialności stanowi art. 296 § 1 KK> (wyrok SN z 25 maja 2007 r., sygn. akt WA 23/07, OSNwSK 2007/111 187)” [uzasadnienie wniosku, s. 7 - 8].

W ocenie Wnioskodawców, „w zakresie objętym przedmiotem wniosku, sytuacja prawna członka zarządu spółki z udziałem Skarbu Państwa jest zbliżona do sytuacji funkcjonariusza publicznego podejmującego działania w sferze dominium. Wskazać należy bowiem, że zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (...) [tekst jednolity: Dz. U. z 2021 r., poz. 1933 - przyp. wł.] mienie państwowe służy wykonywaniu zadań publicznych. W szczególnych okolicznościach może dojść do sytuacji, w której adekwatna reakcja na zagrożenie wartości, jaką jest zdrowie publiczne, będzie zależała od decyzji podejmowanych przez członków zarządów spółek z udziałem Skarbu Państwa niebędących funkcjonariuszami publicznymi. Takie osoby nie mogą zostać pociągnięte do odpowiedzialności na podstawie art. 231 KK, w tym zakresie niniejszy wniosek ich zatem nie dotyczy, mogą jednak odpowiadać za przestępstwo nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym, o którym mowa w art. 296 KK. W takim przypadku, odpowiadają oni za swoje czyny na takich samych zasadach, na jakich w podobnym stanie faktycznym odpowiedzialiby funkcjonariusze publiczni. Z opisanych względów, członkowie zarządu spółek z udziałem Skarbu Państwa zostali uwzględnieni w zakresie zaskarżenia.

Jak wynika z analizy obowiązujących regulacji, w obecnym stanie prawnym nie jest możliwe osiągnięcie celu, jakim jest wyłączenie odpowiedzialności karnej za naruszenie zaufania w obrocie gospodarczym w sytuacji, w której sprawca działał w celu ochrony życia i zdrowia publicznego. Istniejące w systemie prawa karnego okoliczności wyłączające winę sprawcy lub bezprawność popełnionego przez niego czynu nie znajdują bowiem zastosowania.

W szczególności, niemożliwe wydaje się powołanie na stan wyższej konieczności, o którym mowa w art. 26 KK. W zakresie możliwości powołania się na stan wyższej konieczności aktualne są także uwagi poczynione we wcześniejszej części wniosku w odniesieniu do funkcjonariuszy publicznych w zakresie analizy spełnienia wymogu bezpośredniości oraz praktycznej możliwości powołania się na art. 26 w sytuacji, w której ważenie dobra poświęconego i ratowanego nie jest proste i wymaga odniesienia się do bardziej złożonych reguł i ocen” (uzasadnienie wniosku, s. 8 - 9).

W końcowym fragmencie uzasadnienia tej części wniosku Grupa posłów na Sejm RP wspomniała, że „przywołany we wcześniejszej części wniosku kontratyp wynikający z art. 76 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2, obejmuje również odpowiedzialność karną na podstawie art. 296 KK. Jak już jednak wskazano, regulacja przewidziana w ustawie z dnia 16 kwietnia 2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 nie stanowi pełnego i trwałego rozwiązania problemu odpowiedzialności karnej funkcjonariuszy publicznych i członków zarządów spółek z udziałem Skarbu Państwa za przestępstwo nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym. Przepisy przyjęte w tej ustawie wskazują jednak, że obecnie obowiązujący stan prawny nie zawiera mechanizmów pozwalających na uwzględnienie okoliczności, jaką jest działanie w celu ochrony życia i zdrowia publicznego podczas rozpoznawania spraw o przestępstwa stypizowane w art. 296 KK. W ocenie wnioskodawców, stan ten budzi wątpliwości konstytucyjne” (uzasadnienie wniosku, s. 9 - 10).

W następnej kolejności Wnioskodawcy omówili treść i znaczenie, powołanych w *petitum* wniosku, wzorców konstytucyjnej kontroli, po czym stwierdzili, że „[w] niniejszej sprawie wzorcem kontroli konstytucyjności jest wywiedziona z art. 45 ust. 1 w związku z art. 2, art. 38 i art. 68 Konstytucji norma konstytucyjna gwarantująca prawo do sprawiedliwego rozpoznania sprawy z

zachowaniem wymogów zasady sprawiedliwości proceduralnej rozumianej jako obowiązek takiego ukształtowania przepisów karnych, które gwarantuje uwzględnienie przypadku kolizji dóbr, wartości i interesów usprawiedliwiających niezastosowanie się przez jednostkę do nakazów i zakazów ustanowionych przepisami prawa ze względu na konieczność ochrony życia lub zdrowia publicznego” (uzasadnienie wniosku, s. 15).

W końcowym fragmencie uzasadnienia wniosku zatytułowanym: „Umotywowanie zarzutów” Grupa posłów na Sejm RP przypominała, że „obecnie obowiązujące przepisy wykluczają możliwość powołania się na ochronę życia lub zdrowia publicznego, jako na przesłankę wyłączającą odpowiedzialność karną za przestępstwa wymienione w art. 231 i 296 KK. W efekcie, funkcjonariusze publiczni oraz członkowie zarządów spółek z udziałem Skarbu Państwa, niezależnie od okoliczności konkretnej sprawy, nie mogą uwolnić się od odpowiedzialności karnej w zakresie, o którym mowa w niniejszym wniosku. Dotyczy to także sytuacji, w których na sprawcy czynów stypizowanych w art. 231 i 296 KK ciążył obowiązek zapewnienia ochrony życia i zdrowia publicznego, a dobro poświęcone w celu realizacji tej powinności miało niższą wartość. Okoliczności te, w obecnym stanie prawnym, nie mogą być brane pod uwagę przez sąd podczas rozpoznawania sprawy”, po czym wskazała, między innymi, iż:

- „margines swobody działania przysługujący osobom występującym w imieniu państwa, w tym przede wszystkim korzystającym z władztwa administracyjnego, w demokratycznym państwie prawnym, musi być ograniczony. Nie ulega także wątpliwości, że działania podejmowane przez podmioty publiczne zawsze oceniane być muszą przez pryzmat konstytucyjnej zasady legalizmu. Nie oznacza to jednak, że w konstytucyjnym standardzie nie mieszczą się żadne formy łagodzenia rygoru wynikającego z art. 7 Konstytucji w sytuacjach, w których jest to uzasadnione koniecznością zapewnienia pełniejszej realizacji innych konstytucyjnie chronionych zasad i wartości”;

- „[w] orzecznictwie i doktrynie prawa karnego wskazywano na szczególne okoliczności, w których istnieje możliwość powołania się funkcjonariusza publicznego na przewidziany w art. 26 KK stan wyższej konieczności, jako na przesłankę wyłączającą odpowiedzialność za działanie bez wyraźnej podstawy ustawowej. Jest to dopuszczalne, kiedy przydana określonemu organowi kompetencja zakłada wkroczenie w sferę dóbr prawnych innych podmiotów, a ten aspekt wykonywania uprawnień opartych na wyraźnej podstawie normatywnej nie został przez ustawodawcę w sposób klarowny rozstrzygnięty. Powołanie się na stan wyższej konieczności stanowiłoby wtedy akceptowalny z aksjologicznego punktu widzenia ustawodawcy mechanizm optymalizacyjny. Dotyczy to na przykład użycia broni przez funkcjonariuszy Policji, które prowadzi do stworzenia zagrożenia dla innych, niż napastnik osób. Możliwość taką dopuścił SN (wyrok z 17 stycznia 2013 r., sygn. akt V KK 99/12, Lex 1316082). Zauważyć należy także, że badając kwestię dopuszczalności zatrzymania bez wyraźnej podstawy prawnej osoby cieszącej się immunitetem przez funkcjonariusza Policji, Trybunał Konstytucyjny orzekł, że w sytuacji kolizji dóbr prawnie chronionych decydujące znaczenie powinna mieć ocena wartości tych dóbr. Uzasadnione jest przyznanie pierwszeństwa dobrom znacznej wartości kosztem poświęcenia innych chronionych praw (wyrok TK z 28 stycznia 1991 r., sygn. akt K 13/90, OTK ZU 1991, poz. 3)”;

- „[p]rzykładem istniejącej już regulacji pozwalającej na wyłączenie odpowiedzialności za czyn wyczerpujący znamiona przestępstw, o których mowa w art. 231 i 296 KK jest przywołany powyżej przepis art. 76 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2. Przepis ten zakłada wyłączenie przestępności wspomnianych przestępstw przez sprawcę realizującego w interesie publicznym obowiązki i zadania związane ze zwalczaniem skutków COVID-19. Regulacja ta ma na celu zapewnienie realizacji prawa do zdrowia w sytuacji, w której, ze względu na szczególnie trudną sytuację związaną z

epidemią, czas reakcji i elastyczne podejście do form walki z zagrożeniem, mogą mieć decydujące znaczenie dla życia i zdrowia obywateli oraz innych osób przebywających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Art. 76 ustawy z dnia 16 kwietnia 2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 pozwala zatem na ocenę działań wymienionych tam osób z uwzględnieniem takich wartości konstytucyjnych jak życie i zdrowie publiczne”;

- „[r]egulacje normujące kwestie odpowiedzialności m.in. funkcjonariuszy publicznych za zapewnienie bezpieczeństwa publicznego, ochrony życia i zdrowia publicznego powinny (...) zostać skonstruowane w taki sposób, aby wywiązanie się z tych powinności było możliwe także w sytuacjach szczególnych, wymagających wagi wartości i rozstrzygnięcia konfliktu pomiędzy dobrami, których jednoczesna realizacja nie jest, ze względu na okoliczności, możliwa. Funkcjonariusz publiczny nie powinien być zatem stawiany w sytuacji, w której jego zachowanie uzasadnione ochroną interesu publicznego powiązanego ze sferą szczególnie istotnych wartości (w tym przede wszystkim życia i zdrowia publicznego), może narażać go na odpowiedzialność karną ze względu na skutek występujący w zasobie dóbr o mniejszej wartości”;

- „zdrowie publiczne należy niewątpliwie do dóbr o szczególnym znaczeniu w konstytucyjnej aksjologii. Zostało ono wskazane w art. 31 ust. 3 Konstytucji jako wartość uzasadniająca wprowadzenie ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych wolności i praw człowieka i obywatela, jest także przedmiotem ochrony konstytucyjnej na podstawie art. 68 Konstytucji. Podkreślić należy także, że art. 68 ust. 4 Konstytucji jako pozytywny obowiązek władz publicznych wskazuje zwalczanie chorób epidemicznych i zapobieganie negatywnym dla zdrowia skutkom degradacji środowiska. Ustawodawca konstytucyjny celowo wyróżnił te dwie kategorie zagrożeń dla zdrowia publicznego jako wymagające szczególnej reakcji ze strony państwa. Z tego faktu wywodzić należy, że uznane one zostały za wyróżniające się cechami uzasadniającymi ich odrębne

traktowanie. Do cech tych zaliczyć można nagłość i nieprzewidywalność zjawiska i jego skutków dla zdrowia publicznego oraz fakt, że spowodowane w ten sposób zagrożenie dotyka jednocześnie wielu osób (w tym potencjalnie całe społeczeństwo) narażając tym samym system opieki zdrowotnej na przeciążenie, istotnie ograniczające jego wydolność i skuteczność. Państwo, na którym ciąży obowiązek zwalczania chorób epidemicznych i zapobiegania negatywnym skutkom degradacji środowiska powinno zatem przewidywać instrumenty prawne pozwalające na adekwatną reakcję odpowiedzialnych za to osób na wczesnym etapie rozprzestrzeniania się zagrożenia. Ze względu na dynamiczny z natury rzeczy charakter opisywanych tu zagrożeń, oznacza to także obowiązek zapewnienia możliwości podejmowania szybkich decyzji z uwzględnieniem kolidujących ze sobą wartości i, w sytuacjach, w których jest to niezbędne, również kosztem poświęcenia dóbr o niższej wartości. Zdrowie publiczne, jako konstytucyjna wartość, wymaga szczególnej ochrony także ze względu na naturalny związek z konstytucyjną gwarancją ochrony życia (art. 38 Konstytucji). Nie ulega bowiem wątpliwości, że skutkiem zaniedbań w sferze zdrowia publicznego może być także narażenie życia osób, które zostały dotknięte zagrożeniem”;

- „ze względu na konstytucyjną zasadę legalizmu oraz poszanowanie wolności i praw jednostki, samo powołanie się na ochronę życia lub zdrowia publicznego nie może stanowić samodzielnej, wystarczającej przesłanki wyłączenia odpowiedzialności karnej w materii objętej zakresem zaskarżenia niniejszego wniosku. Z tego powodu niezbędne jest uwzględnienie dodatkowych okoliczności, które gwarantowałyby przestrzeganie obowiązujących przepisów w sytuacjach, w których nadzwyczajne, nieprzewidziane prawem środki reagowania na zagrożenia nie mogą zostać uznane za niezbędne i adekwatne. Podnoszone tu wątpliwości konstytucyjne dotyczą jedynie sytuacji szczególnych, w których nie istnieje rozsądna alternatywa wobec podjęcia działań mogących stanowić znamiona czynów zabronionych stypizowanych w art. 231 i 296 KK oraz w

których relacja pomiędzy dobrem poświęcanym a ratowanym nie budzi wątpliwości i nie prowadzi do rozstrzygnięć sprzecznych z konstytucyjną aksjologią. Względy te przemawiają również za stosowaniem przedmiotowego rozwiązania jedynie w przypadkach występowania uzasadnionego ryzyka zagrożenia dla życia lub zdrowia publicznego” (uzasadnienie wniosku, s. 15 - 19).

Zarzut niekonstytucyjności, w określonym zakresie, art. 231 § 1 i § 3 k.k.

Na wstępie trzeba przyznać rację Wnioskodawcom, którzy twierdzą, że zastosowanie kontratypu stanu wyższej konieczności z art. 26 k.k. do czynów określonych w art. 231 k.k. **nie jest możliwe.**

Przepis art. 26 k.k. brzmi następująco:

„Art. 26. § 1. Nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu uchylecia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jakimukolwiek dobru chronionemu prawem, jeżeli niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć, a dobro poświęcone przedstawia wartość niższą od dobra ratowanego.”.

Dla przypomnienia, Grupa posłów na Sejm RP niekonstytucyjności art. 231 § 1 i § 3 k.k. upatruje w tym, że **przepisy te, w opinii Wnioskodawców, penalizują** zachowania funkcjonariuszy publicznych mające na celu ochronę życia lub zdrowia publicznego, mimo iż owe zachowania zostały podjęte w sytuacji występowania uzasadnionego ryzyka zagrożenia dla tych dóbr i, jednocześnie, dobro poświęcone nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego.

Już sama treść zaskarżonej normy zdaje się nawiązywać do treści art. 26 § 1 k.k., który zawiera **okoliczności wyłączające bezprawność karną czynu (kontratyp)**. Od razu jednak trzeba zastrzec, iż pomiędzy treścią zarzutu wniosku a przesłankami kontratypu z art. 26 § 1 k.k. zachodzą istotne różnice.

Przede wszystkim brakuje przesłanki subsydiarności zapewniającej wyłączenie przestępności zachowania w warunkach stanu wyższej konieczności

tylko wtedy, gdy poświęcenie dobra prawnego **było jedyną możliwością** zapobieżenia ujemnym następstwom bezpośrednio grożącego niebezpieczeństwa (uwaga ta dotyczy treści obu zarzutów wniosku).

Poza tym zamiarem Wnioskodawców jest wprowadzenie **możliwości wyłączenia odpowiedzialności karnej sprawcy w przypadku, w którym jego działanie podjęte zostanie w sytuacji, w której niebezpieczeństwo dla dobra jeszcze nie będzie istniało** (dotyczy to sprawcy przestępstwa z art. 231 § 1 i 3 k.k., jak i sprawcy przestępstwa z art. 296 § 1, § 1a, § 3 i § 4 k.k.). Według Wnioskodawców, wystarczyć ma ryzyko zagrożenia dobra, a więc nic innego, jak tylko niebezpieczeństwo wystąpienia (jakiegokolwiek, niekoniecznie bezpośredniego) niebezpieczeństwa dla tego dobra. **Rozwiązanie takie stanowiłoby dużo dalej idącą podstawę wyłączenia odpowiedzialności karnej niż ta przewidziana w art. 26 k.k.** (dla przypomnienia - dla bytu stanu wyższej konieczności niezbędne jest istniejące i bezpośrednie niebezpieczeństwo dla dobra prawnego).

Zupełną nowością normatywną jest natomiast (wprowadzone do treści obu zarzutów) sformułowanie „uzasadnione ryzyko zagrożenia”. Nie dość, że sformułowanie to jest niejednoznaczne, to jeszcze sugeruje, iż samo „niebezpieczeństwo wystąpienia niebezpieczeństwa” ma być uzasadnione. Zapewne chodzi o „uzasadnioną obawę wystąpienia ryzyka zagrożenia” (ewentualnie - o „uzasadnioną obawę wystąpienia zagrożenia”), ale jeżeli tak, to **Wnioskodawcy sugerują, że dla wyłączenia odpowiedzialności karnej sprawców winna wystarczyć obawa, że wystąpi „niebezpieczeństwo wystąpienia niebezpieczeństwa”.**

Powody, dla których nie jest możliwe zastosowanie kontratypu z art. 26 § 1 k.k. do czynów z art. 231 k.k., syntetycznie przedstawił P. Daniluk, stwierdzając, iż „[m]imo że art. 26 KK nie przewiduje żadnych podstaw, które wyłączałyby możliwość powołania się na kontratyp stanu wyższej konieczności

przez określone kategorie osób, **nie jest dopuszczalne uznanie tej instytucji za podstawę legalności działań funkcjonariuszy organów władzy publicznej** (podkr. wł.). Stałoby to bowiem - co najmniej z kilku powodów - w opozycji do podstawowych zasad porządku prawnego, w szczególności wynikających z art. 7 i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. **Po pierwsze**, dla przyjęcia legalności działania organu władzy publicznej nie wystarcza samo stwierdzenie, iż działanie to nie narusza prawa; konieczne jest bowiem, aby organ ten posiadał konkretne ustawowe umocowanie do podjęcia danej czynności. Brak takiego umocowania należy uznać za równoznaczny z zakazem podejmowania nieuregulowanej czynności, przy czym chodzi tu zarówno o czynności prawne, jak i faktyczne. **Po drugie**, uznanie art. 26 § 1 KK za podstawę legalności działań funkcjonariuszy organów władzy publicznej spowoduje, że jednostka permanentnie będzie pozostawać w niepewności co do możliwości podjęcia przez funkcjonariuszy działań polegających na poświęcaniu jej dóbr prawnych. Możliwość ta będzie powstawała zawsze wtedy, kiedy zaistnieje potrzeba uchylecia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jakimkolwiek dobru chronionemu prawem, którego nie można inaczej uniknąć. Należy przy tym pamiętać, że przesłanka bezpośredniego niebezpieczeństwa z reguły jest nieprzewidywalna i nieoczekiwana, a przy tym trudna do jednoznacznej oceny. **Po trzecie**, art. 26 § 1 KK nie precyzuje trybu (procedury) postępowania, w drodze którego miałyby nastąpić poświęcenie dóbr prawnych danego podmiotu w celu uchylecia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego innemu dobru chronionemu prawem. **Po czwarte**, przepis normujący omawiany kontratyp nie zawiera żadnych rozgraniczeń kompetencyjnych, stanowiąc jedynie o kompetencji generalnej do działania w razie spełnienia przesłanek stanu wyższej konieczności. Tym samym, na gruncie art. 26 § 1 KK, nie może być mowy o spełnieniu wymogu racjonalnego podziału kompetencji pomiędzy organami, co sprawia, iż w oparciu o ten przepis mógłby działać każdy organ bez względu na wyznaczone mu przez przepisy szczególne zadania (funkcje) i specyficzne kompetencje” (komentarz P.

Daniluka do art. 26 k.k., [w:] *Kodeks karny. Komentarz 2021*, red. prof. dr hab. Ryszard A. Stefański, wyd. 6, System Informacji Prawnej LEGALIS - Wydawnictwo C. H. BECK).

Podobnie do problemu powołania się na stan wyższej konieczności przez organy władzy publicznej oraz funkcjonariuszy publicznych odniósł się J. Lachowski, który stwierdził, że „[o]rgany państwowe, a także funkcjonariusze publiczni nie mogą powoływać się na stan wyższej konieczności i poszerzać tym samym zakresu uprawnień, które przyznał im ustawodawca. **Wynika to z treści przepisu art. 7 Konstytucji RP, z którego można wyprowadzić wniosek, że tym podmiotom wolno tylko tyle, na ile prawo im pozwala (...). Kompetencji takich organów czy funkcjonariuszy, które zezwalają na naruszenie określonych dóbr prawnych, nie wolno ani domniemywać, ani poszerzać w drodze wykładni lub z powołaniem się na stan wyższej konieczności** (podkr. wł.). Inna wykładnia zaprzecza treści art. 31 Konstytucji RP, który wyraźnie określa, w jakich sytuacjach może dochodzić do ograniczenia praw i wolności. Norma kompetencyjna określająca granice takiej ingerencji państwa musi precyzyjnie określać podmiot uprawniony i treść uprawnienia. Przepis art. 26 § 1 i 2 k.k. jest przepisem ogólnym i nie spełnia tych standardów. Nie można zatem stanem wyższej konieczności usprawiedliwiać zachowań opisanych w art. 231 k.k. (...). Co do zasady na stan wyższej konieczności nie może powołać się również obywatel uzurpujący sobie uprawnienia funkcjonariusza publicznego, zwłaszcza jeśli istnieje realna możliwość wezwania uprawnionego funkcjonariusza. Nie można zatem z powołaniem się na tę instytucję wdrzeć się do cudzego mieszkania po to, aby je przeszukać i zabrać stamtąd dowody przestępstwa, nawet jeśli sprawcy natychmiast przekażą takie przedmioty Policji – jeśli nie istniała żadna groźba zacierania śladów przestępstwa, a istniała możliwość wezwania powołanej do takich czynności służby” (komentarz J. Lachowskiego do art. 26 k.k., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska -

Wrzosek, wyd. III, System Informacji Prawnej LEX Wolters Kluwer, Warszawa 2020).

W innym opracowaniu J. Lachowski zwrócił uwagę na inne istotne kwestie związane z przesłankami stanu wyższej konieczności i stwierdził, między innymi, że „[w] doktrynie prawa karnego sporne jest, czy instytucja uchylająca bezprawność kryminalną czynu **ma swoją stronę podmiotową** (podkr. wł.). Można w tym zakresie wskazać dwie koncepcje.

Po pierwsze, obiektywistyczna koncepcja kontratypu, z której wynika, iż sprawca nie musi mieć świadomości działania w warunkach okoliczności uchylającej kryminalną bezprawność czynu. Ważne jest jedynie, czy zachodzą przesłanki obiektywne, przedmiotowe zastosowania tej instytucji, nie ma natomiast znaczenia to, czy znajdują one swe odzwierciedlenie w psychice sprawcy.

Po drugie, koncepcja subiektywistyczna kontratypu zakłada, że instytucja uchylająca kryminalną bezprawność czynu posiada również swoją stronę podmiotową. **Uznaje się bowiem, że skoro warunkiem uznania bezprawności czynu jest wypełnienie jego znamion obiektywnych oraz subiektywnych, to konieczna jest realizacja obiektywnych oraz subiektywnych przesłanek kontratypu** (podkr. wł.).

Wydaje się, że należy opowiedzieć się za drugim rozwiązaniem zasygnalizowanego problemu. **Istota stanu wyższej konieczności polega na ratowaniu dobra prawnego przed grożącym niebezpieczeństwem. Taki motyw może towarzyszyć sprawcy jedynie wówczas, gdy zachowuje on świadomość istnienia sytuacji niebezpiecznej. Tylko wtedy można bowiem działać w celu uchylenia zagrożenia. Za koniecznością uwzględnienia strony podmiotowej w ramach stanu wyższej konieczności przemawia także to, że u podstaw tej instytucji leży tzw. teoria subiektywna, podkreślająca wpływ istniejącego zagrożenia i braku możliwości jego uchylenia w sposób nieingerujący w cudze dobra prawne na psychikę sprawcy. Wpływ taki jest**

natomiast możliwy tylko wówczas, gdy sprawca jest świadomy istnienia sytuacji wyższej konieczności (podkr. wł.).

Stronę podmiotową kontratypu wyższej konieczności należy odróżnić od strony podmiotowej czynu zabronionego, który jest w jego warunkach realizowany. Inna jest bowiem ich treść, a co ważniejsze - są one zlokalizowane na różnych płaszczyznach w strukturze przestępstwa. Konieczność wypełnienia - w sensie formalnym - wszystkich znamion czynu zabronionego w warunkach rzeczony instytucji oraz oddzielenie strony podmiotowej takiego czynu od winy w obecnie obowiązującym KK prowadzi do wniosku, że w granicach omawianej instytucji sprawca realizuje również stronę podmiotową takiego czynu. Gdyby bowiem uznać, że jest inaczej (w szczególności że strona podmiotowa stanu wyższej konieczności zastępuje stronę podmiotową czynu zabronionego realizowanego w jego granicach), to konsekwentnie należałoby stwierdzić, że sprawca nie wypełnił wszystkich znamion typu czynu zabronionego. Rozstrzygnięcie kwestii uchylenia odpowiedzialności karnej za taki czyn odbywałoby się na płaszczyźnie pierwotnej, bez potrzeby odwoływania się do konstrukcji kontratypu. Trzeba jednak dostrzec, że w warunkach rzeczony instytucji na plan pierwszy wysuwa się cel, w postaci uchylenia niebezpieczeństwa, a nie strona podmiotowa czynu zabronionego realizowanego w sytuacji kontratypowej.

Stronę podmiotową stanu wyższej konieczności nie zawsze da się pogodzić ze stroną podmiotową czynu zabronionego. Tam, gdzie działanie w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa będzie jednocześnie dekompletowało stronę podmiotową czynu zabronionego, tam nie będzie podstaw do odwoływania się do stanu wyższej konieczności, ponieważ uchylenie odpowiedzialności karnej nastąpi również na płaszczyźnie pierwotnej. Oznacza to jednocześnie, że taki czyn nie będzie mógł być zrealizowany nigdy w warunkach stanu wyższej konieczności (podkr. wł.). Prowadzi to do ogólniejszej tezy, że nie wszystkie typy czynów zabronionych

mogą być realizowane w ramach wyższej konieczności. Jako przykład można wskazać typ z art. 278 § 1 KK. Ten, kto działa w celu uchylenia niebezpieczeństwa, nie może działać jednocześnie w celu przywłaszczenia. Stan wyższej konieczności nie może uchylać odpowiedzialności karnej za dokonanie zaboru w celu przywłaszczenia, czyli włączenia przedmiotu zaboru do swego majątku. Co najwyżej stan wyższej konieczności może uchylać odpowiedzialność za samowolne użycie rzeczy, ale taki typ czynu zabronionego znaleźć można tylko w prawie wykroczeń (zob. art. 127 KW), a nie w prawie karnym.

Ustawodawca polski zdecydował się na wyraźne sprecyzowanie strony podmiotowej stanu wyższej konieczności (KK z 1932 r. w art. 22 § 1, KK z 1969 r. w art. 23 § 1 KK oraz obecnie obowiązujący KK w przepisie art. 26 § 1). Sprawca powołujący się na stan wyższej konieczności musi działać w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa. **Oznacza to, że musi mu towarzyszyć zamiar bezpośredni o szczególnym zabarwieniu** (podkr. wł.). [...].

Ze sformułowania: <kto działa w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jakimukolwiek dobru chronionemu prawem, jeżeli niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć, a dobro poświęcone (...) nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego>, niewątpliwie można wyprowadzić wniosek, że sprawca powołujący się na stan wyższej konieczności musi być świadomy istniejącego zagrożenia oraz tego, że jest ono bezpośrednio. Trudno bowiem zakwestionować trafność tezy, że ktoś, kto działa w celu uchylenia zagrożenia o określonych cechach, nie musi być jego świadomy i jego cech. Poza tym waga zagrożenia (bezpośredniość) wywiera zawsze wpływ na psychikę sprawcy. (...)

Zaliczenie do warunków podmiotowych stanu wyższej konieczności jedynie zamiaru uchylenia grożącego niebezpieczeństwa oznacza, że sprawca poświęcający cudze dobro prawne nie musi tego celu osiągnąć. **Może więc dojść do poświęcenia cudzego dobra i mimo tego niebezpieczeństwo nie musi ulec**

redukcji albo likwidacji (podkr. wł.). Ustawa nie wymaga bowiem takiego rezultatu, co należy uznać za rozwiązanie trafne. (...)

W doktrynie prawa karnego podkreśla się, że w warunkach stanu wyższej konieczności nie jest wykluczone nieumyślne zrealizowanie znamion czynu zabronionego (podkr. wł.). Dla uzasadnienia tej tezy podnosi się konieczność zrealizowania przez sprawcę również subiektywnych warunków stanu wyższej konieczności. Jako przykład podaje się potrącenie dwóch przechodniów przez kierowcę, który tracąc panowanie nad pojazdem, zjechał na chodnik by uniknąć najechania na dziecko. Również w orzecznictwie nie wyklucza się takiej możliwości.

Pogląd ten jest trafny. Podstawowym argumentem przemawiającym za trafnością wyżej postawionej tezy jest oddzielenie strony podmiotowej stanu wyższej konieczności od strony podmiotowej czynu zabronionego, który w jego warunkach jest realizowany (podkr. wł.). Cel towarzyszący sprawcy, którego treścią jest uchylenie bezpośredniego niebezpieczeństwa, należący do strony podmiotowej stanu wyższej konieczności, co do zasady nie będzie popadał w kolizję ze stroną podmiotową realizowanego w jego warunkach czynu zabronionego. Konieczność działania w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa nie wyklucza więc nieumyślnego wyczerpania znamion innego czynu zabronionego. Można bowiem przy okazji uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa naruszyć reguły ostrożności, co jest konstytutywnym elementem nieumyślności (art. 9 § 2 KK) pod warunkiem jednak, że pozostaje to w ścisłym związku ze stanem wyższej konieczności” (J. Lachowski, § 3. *Stan wyższej konieczności*, [w:] *Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej. Tom 4. 2. Wydanie. Pod redakcją L. K. Paprzyckiego*, Wydawnictwo C. H. BECK i Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2016, s. 354 - 358).

Dla przypomnienia, przepisy art. 231 § 1 k.k. i art. 231 § 3 k.k. zostały zaskarżone przez Grupę posłów na Sejm RP, ponieważ, zdaniem Wnioskodawców, naruszają wzorce konstytucyjne wskazane w *petitum* wniosku przez to, że **penalizują zachowania funkcjonariuszy publicznych mające na celu ochronę życia lub zdrowia publicznego, podjęte w sytuacji występowania uzasadnionego ryzyka zagrożenia dla tych dóbr, gdy jednocześnie dobro poświęcone nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego.**

Inaczej mówiąc, Wnioskodawcy stwierdzają, iż, zważywszy na wymogi konstytucyjne, odpowiedzialność karna z art. 231 § 1 k.k. i art. 231 § 3 k.k. powinna być wyłączona w stosunku do tych funkcjonariuszy publicznych, którzy **podjęli działania w celu ochrony życia lub zdrowia publicznego, w sytuacji występowania uzasadnionego ryzyka zagrożenia dla tych dóbr, gdy jednocześnie dobro poświęcone nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego.**

Powyższe oznacza, że, zdaniem Wnioskodawców, zaskarżone przepisy spełnią standard konstytucyjny tylko pod warunkiem, że **zostaną uzupełnione o wskazaną wyżej normę.**

Według Wnioskodawców, źródłem wady konstytucyjnej art. 231 § 1 k.k. i art. 231 § 3 k.k. jest zatem ich niedostatek treściowy.

Na wstępie, w związku z zarzutem Wnioskodawców, że w art. 231 § 1 k.k. i art. 231 § 3 k.k. brakuje ściśle określonej treści, konieczne wydaje się odkodownie **rzeczywistej treści normatywnej tych przepisów.**

Przepis art. 231 k.k., *in toto*, ma następującą treść:

„Art. 231. § 1. Funkcjonariusz publiczny, który, przekraczając swoje uprawnienia lub nie dopełniając obowiązków, działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego,
podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

§ 2. Jeżeli sprawca dopuszcza się czynu określonego w § 1 w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

§ 3. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 działa nieumyślnie i wyrządza istotną szkodę, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

§ 4. Przepisu § 2 nie stosuje się, jeżeli czyn wyczerpuje znamiona czynu zabronionego określonego w art. 228.”.

W komentarzu do tego przepisu, B. J. Stefańska wyjaśniła, że:

- „[p]rzedmiotem ochrony art. 231 KK jest prawidłowa działalność instytucji państwowych i samorządu terytorialnego (główny przedmiot ochrony) oraz interes społeczny i prywatny (dodatkowy przedmiot ochrony). Interes społeczny lub prywatny może być zindywidualizowany dopiero w konkretnej sprawie (...). Zasadnie SN przyjął, że <przedmiotem ochrony z art. 231 KK jest jakiegokolwiek dobro prawne, bez względu na to, czy należy ono do sfery prywatnej, czy sfery publicznej. Przepis ten bezpośrednio chroni prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwowej i samorządu terytorialnego i związany z tym autorytet władzy publicznej. W typie tego czynu zabronionego czynnością wykonawczą jest działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego w ściśle określony sposób, a mianowicie przez przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków> (wyr. SN z 27.10.2014 r., WA 23/14 Legalis; post. SA w Krakowie z 15.3.2018 r., II AKz 57/18, KZS 2018, Nr 4, poz. 31)”;

- „[w] komentowanym przepisie zostały określone **dwa typy podstawowe i kwalifikowany**. Podstawowymi typami są: 1) umyślne przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków przez funkcjonariusza publicznego ze szkodą dla interesu publicznego lub prywatnego (§ 1); 2) nieumyślne przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków przez funkcjonariusza publicznego ze szkodą dla interesu publicznego lub prywatnego (§ 3).

Typem kwalifikowanym jest umyślne przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków przez funkcjonariusza publicznego ze szkodą dla interesu publicznego lub prywatnego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej (§ 2)”;

- „[c]zynność sprawcza została ujęta alternatywnie i polega na przekroczeniu uprawnień lub niedopełnieniu obowiązków. W związku z tym realizuje znamiona przestępstwa przekroczenie uprawnień albo niedopełnienie obowiązków, a także zachowania te mogą wystąpić łącznie. Słusznie zauważył SN, że <okoliczność, że działanie oskarżonego znalazło wyraz swój równocześnie i w przekroczeniu władzy i w niedopełnieniu obowiązków, nie pozbawiała czynu oskarżonego charakteru jednego przestępstwa> (wyr. SN z 23.5.1935 r., I K 395/35, OSN(K) 1936, Nr 1, poz. 23). Uprawnienie lub obowiązki muszą wynikać z ustawy lub innego aktu prawnego, np. statutu, regulaminu, instrukcji, zarządzenia o podziale czynności, a także z umowy o pracę lub istoty pełnionej funkcji czy polecenia służbowego. Mogą to być przepisy odnoszące się do wszystkich funkcjonariuszy publicznych lub poszczególne regulujące działalność określonych funkcjonariuszy. **Obowiązki funkcjonariusza publicznego** mogą wynikać z samej istoty urzędowania i charakteru zajmowanego stanowiska (...). Jeśli chodzi o obowiązki wynikające z istoty pełnionej funkcji, to dotyczą one tych, które mają charakter pierwotny (...)”;

- „[p]rzekroczenie uprawnień obejmuje wszelkie działania, wykraczające poza granice wyznaczone przepisami prawa lub ich istotę (...). Jego zachowanie nie mieści się w granicach jego praw i obowiązków. <Dla przyjęcia, iż funkcjonariusz publiczny działał w granicach uprawnień i obowiązków służbowych - jak trafnie podkreśla Sąd Najwyższy - to taki funkcjonariusz musi być rzeczowo i miejscowo uprawniony do ingerencji w chronione prawem dobra należące do obywatela, muszą też zachodzić zarówno formalne, jak i merytoryczne warunki uzasadniające zainicjowanie i realizację ingerencji, a jej

przebieg musi być zgodny z przepisana prawną procedurą jej wykonania> (wyr. SN z 11.9.2019 r., IV KK 365/18, Legalis; wyr. SA we Wrocławiu z 23.1.2019 r., II AKa 405/18, Legalis). Obejmuje złamanie prawa lub odmówienie zastosowania prawa, tj. podjęcie czynności wychodzących poza uprawnienia lub przedsięwzięcie czynności w zakresie uprawnień, lecz bezprawnych (...), spełnienie czynności, która nie leży w zakresie uprawnień funkcjonariusza publicznego albo spełnienie czynności, co do której w konkretnym wypadku nie było podstawy prawnej lub faktycznej (...), czynność leżącą poza sferą uprawnień, ale pozostającą z formalnym lub merytorycznym związkiem z czynnością urzędową (...), działanie w ramach uprawnień, lecz niezgodne z prawnymi warunkami czynności funkcjonariusza publicznego lub nieleżące w ramach jego uprawnień, ale pozostające w związku z pełnioną przez niego funkcją (...), czynność wykraczającą poza uprawnienia funkcjonariusza publicznego lub mieszcząca się w zakresie jego uprawnień lecz podjętą bez podstawy faktycznej lub prawnej albo wykonanie czynności z pogwałceniem przepisanej trybu (...). W judykaturze zauważa się, że: <Ustalenie, że określona czynność leży poza zakresem kompetencji funkcjonariusza publicznego, nie powoduje automatycznie jego odpowiedzialności za nadużycie władzy z art. 231 § 1 KK. Do takiej odpowiedzialności funkcjonariusz publiczny może zostać pociągnięty dopiero w razie ustalenia, że dana czynność pozostaje w funkcjonalnym związku z jego urzędową działalnością. Obrazowo rzecz ujmując, nie popełnia przestępstwa nadużycia władzy z art. 231 § 1 i 2 KK funkcjonariusz publiczny, który w toku załatwiania sprawy urzędowej zniecierpliwiony pobił namolnego interesanta, ani będący funkcjonariuszem publicznym lekarz, który wykorzystał czynność służbową badania pacjentki do jej zgwałcenia. Takie czyny zostały bowiem podjęte przy okazji wykonywania kompetencji służbowych i nie pozostają w związku z uprawnieniami wymienionych funkcjonariuszy publicznych> (wyr. SA we Wrocławiu z 23.1.2019 r., II AKa 405/18, Legalis). Od <przekroczenia uprawnień> trzeba odróżnić <nadużycie uprawnień>; to ostatnie ma szerszy

zakres. Zasadnie w orzecznictwie wskazuje się, że: <Określenie <<nadużycie uprawnień>> jest szersze niż przekroczenie uprawnień (wskazane w art. 231 § 1 KK) i obejmuje zarówno działania wykraczające poza zakres udzielonych uprawnień, jak i działania formalnie mieszczące się w tym zakresie, ale wyraźnie sprzeczne z interesem mocodawcy lub obowiązkami <<dobrego gospodarza>> (tj. dbania o interesy mocodawcy przy prowadzeniu na jego rzecz działalności gospodarczej, aby przyniosła ona zysk, a nie powodowała strat)> (wyr. SA w Warszawie z 21.12.2018 r., II AKa 397/18, Legalis; wyr. SA w Warszawie z 27.11.2018 r., II AKa 378/18, Legalis). Ustalenie przekroczenia uprawnień związanych z daną funkcją publiczną wymaga nie tylko stwierdzenia, że dokonana przez funkcjonariusza publicznego czynność leży poza zakresem jego uprawnień; musi ona bowiem pozostawać w formalnym lub merytorycznym związku z jego działalnością w granicach, w których zawarte są jego uprawnienia (wyr. SA w Szczecinie z 13.2.2015 r., II AKa 205/14, Legalis)”;

- „**[n]iedopełnienie obowiązków** zachodzi wtedy, gdy funkcjonariusz publiczny nie podejmuje określonej czynności, mimo że był obowiązany to uczynić albo czyni to w sposób wadliwy. Polega ono na tym, że funkcjonariusz publiczny albo zupełnie nie wykonał czynności, które w danych okolicznościach powinien był wykonać, albo wykonał je nienależycie (...). Chodzi o beczynność władzy, polegającą na całkowitym lub częściowym niewykonaniu obowiązku służbowego (...). Chodzi o niedopełnienie konkretnego obowiązku. Rację ma Sąd Najwyższy, że: <Dla przyjęcia, że sprawca dopuścił się czynu z art. 231 § 1 KK, ma istotne znaczenie ustalenie zakresu i rodzaju (treści) uprawnień, które funkcjonariusz publiczny przekroczył, lub obowiązków, jakich nie dopełnił. (...) źródło obowiązków, których niewypełnienie stanowi warunek konieczny realizacji znamion omawianego przestępstwa, zależy od charakteru obowiązku i może mieć charakter ogólny, szczególny lub indywidualny. W przypadku pierwszego z nich, takim źródłem są najczęściej przepisy odnoszące się do wszystkich funkcjonariuszy lub poszczególnych ich kategorii. Obowiązki

szczególne są regulowane na ogół przepisami dotyczącymi określonej kategorii funkcjonariuszy publicznych, a więc dotyczącymi działalności poszczególnych rodzajów służb i w porównaniu z ogólnymi są bardziej konkretnie określone (np. ustawa o Policji). Z kolei obowiązki indywidualne zawierają odpowiednie przepisy regulaminów, instrukcji, mogą nimi być również wydane przez uprawnione osoby polecenia służbowe wykonania określonych czynności. (...) funkcjonariusz publiczny musi obejmować swoim zamiarem zarówno przekroczenie uprawnień, czy też niedopełnienie obowiązków, jak i to, że działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego. Innymi słowy – niewykonanie konkretnego obowiązku przez funkcjonariusza publicznego może stanowić przestępstwo stypizowane w art. 231 § 1 KK wówczas, gdy funkcjonariusz ten w ramach czynności i kompetencji służbowych był rzeczywiście zobowiązany do jego wykonania oraz miał tego świadomość> (wyr. SN z 4.5.2016 r., V KK 388/15, Prok. i Pr. - wkł. 2016, Nr 9, poz. 6)”;

- „[p]rzekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków stanowi przestępstwo **tylko wówczas, gdy było to ze szkodą dla interesu społecznego lub prywatnego** (podkr. wł.). Zasadnie podkreśla się w orzecznictwie, że <**podmiotowo-przedmiotowe znamiona** czynu z art. 231 § 1 KK, z uwagi na swoje ogólne i blankietowe określenie w ustawie każdorazowo podlegają ocenie Sądu orzekającego wedle kryteriów o charakterze modalnym. Sąd musi w pierwszej kolejności rozstrzygnąć, czy waga i stopień przekroczenia lub niedopełnienia obowiązków służbowych przez funkcjonariusza publicznego i wynikające z niego zagrożenie dla interesu publicznego lub prywatnego - uzasadnia w ogóle odpowiedzialność karną> (wyr. SA w Białymstoku z 10.3.2011 r., II AKa 213/10, Prok. i Pr. - wkł. 2012, Nr 1, poz. 18; post. SN z 25.2.2003 r., WK 3/03, OSN(K) 2003, Nr 5-6, poz. 53; wyr. SN z 11.5.2007 r., WA 22/07, Prok. i Pr. - wkł. 2007, Nr 10, poz. 5; wyr. SN z 25.11.1974 r., II KR 177/74, OSNPG 1975, Nr 4, poz. 47, z glosą *M. Szerera*, OSPiKA 1976, Nr 6, poz. 122; wyr. SN z 22.11.1957 r., IV K 467/57, OSN(K) 1958, Nr 4, poz. 38;

wyr. SN z 19.11.2004 r., III KK 81/04, OSNwSK 2004, Nr 1, poz. 2127; wyr. SN z 7.4.2010 r., IV KK 10/10, Legalis). Działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego zachodzi wtedy, gdy z zachowania funkcjonariusza publicznego może powstać szkoda w chronionym prawnie dobrze publicznym lub prywatnym (A. Zoll, w: Zoll, Kodeks karny, t. 2, 1999, s. 778; P. Kardas, Odpowiedzialność za nadużycie, s. 14; M. Kulik, w: Mozgawa, Kodeks karny, 2017, s. 723; wyr. SA w Katowicach z 29.3.2019 r., I ACa 871/18, Legalis). Musi zachodzić związek przyczynowy między przekroczeniem uprawnień lub niedopełnieniem obowiązków a powstaniem zagrożenia dla chronionego prawem dobra publicznego czy prywatnego, a takiego związku nie można domniemywać (wyr. SA w Katowicach z 30.4.2018 r., V ACa 399/17, Legalis). Trafnie w doktrynie wskazuje się, że wyrażenie <działła na szkodę> w znaczeniu występującym w Kodeksie karnym jest bliskoznaczne ze zwrotem <powoduje szkodę> (...). Trafnie podkreśla się, że <interes publiczny podlegający ochronie art. 231 KK, to interes oparty na prawie materialnym, a nie interes do samej właściwej procedury. W przeciwnym razie każde przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków należałoby utożsamiać z działaniem na szkodę interesu publicznego, nawet gdyby przynosiło nie szkodę a pożytek> (wyr. SA w Warszawie z 24.5.2017 r., II AKa 120/17, Legalis)”;

- „[i]nterese[m] publicznym są dobra ogółu, a nie wąskiej grupy osób, a interese[m] prywatnym - określonej osoby lub grupy osób. W literaturze wskazuje się, że ma to być interes oparty na prawie materialnym, a nie interes dla samej właściwej procedury, bowiem wówczas każde przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków należałoby utożsamiać z działaniem na szkodę interesu społecznego lub prywatnego (...). <<**Interese[m]**> jest bądź istniejące bądź przyszłe dobro materialne lub osobiste (wyr. SN z 13.3.1936 r., II K 2201/35, OSN 1936, Nr 10, poz. 365) lub dobro idealne, związane z organizacją życia zbiorowego i prawidłowością jej funkcjonowania. <<**Publicznym**>> jest interes zbiorowy organizacji społecznej, państwa lub samorządu, albo w ogóle życia

społecznego; <<prywatnym>> jest interes poszczególnej jednostki> (wyr. SN z 31.5.1933 r., II K 285/33, OSN(K) 1933, Nr 8, poz. 157). Sprawca odpowiada wówczas, jeżeli *verba legis* <działa na szkodę interesu społecznego lub prywatnego>. Nie jest wymagane spowodowanie konkretnej szkody, a wystarczające jest, że zachowanie funkcjonariusza mogło wyrządzić szkodę; chodzi o możliwość jej nastąpienia. Działanie na szkodę polega na tym, że zachowanie sprawcy stwarza zagrożenie dla jakiegokolwiek dobra ze sfery publicznej lub prywatnej (...);

- „[w]prawdzie ustawa nie wymaga nastąpienia skutku w postaci szkody, lecz konieczne jest wystąpienie jej realnego niebezpieczeństwa, a nie wystarcza zagrożenie potencjalne lub ogólne (...). Jest to przestępstwo z konkretnego narażenia. Zwrot <**działa na szkodę**> wskazuje na skutkowy charakter czynu (...). Jest to zatem przestępstwo materialne, a skutkiem realne narażenie na powstanie szkody. Rację ma Sąd Najwyższy, że <występek określony w art. 231 § 1 KK należy do kategorii przestępstw z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, a więc materialnych, znamienych skutkiem, którym jest wystąpienie niebezpieczeństwa powstania szkody w interesie publicznym lub prywatnym> (uchw. SN(7) z 24.1.2013 r., I KZP 24/12, OSNKW 2013, Nr 2, poz. 12, z glosami: aprobującą *D. Tokarczyka*, Pal. 2013, Nr 9-10, s. 170-175, krytycznymi *A. Zolla*, OSP 2013, Nr 7-8, s. 592-594, *M. Filipczaka*, CzPKiNP 2013, Nr 1, s. 135-142, *M. Małeckiego*, e-CzPKiNP luty 2014, a także uwagami aprobującymi *R.A. Stefańskiego*, Przegląd uchwał Izby Karnej oraz Izby Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego za 2013 r., *Ius Novum* 2014, Nr 1, s. 199-202; post. SN z 16.4.2014 r., II KK 96/13, Legalis; wyr. SA we Wrocławiu z 25.2.2016 r., II AKa 331/15, Legalis; wyr. SA w Szczecinie z 16.12.2015 r., II AKa 201/15, Legalis);

- „[n]ietrafny jest pogląd, że wymagane w art. 231 § 1 KK działanie na szkodę interesu publicznego nie jest charakterystyką skutku, lecz zachowania się sprawcy, a samo powstanie bezpośredniego niebezpieczeństwa szkody nie jest

znamieniem tego czynu (...). <Nie można - jak zauważył Sąd Najwyższy - *a priori* odrzucić poglądu, aby dobre imię, zaufanie publiczne do samorządowych organów władzy, czy też przestrzeganie zasady niezawisłości w działaniu organów i równego traktowania obywateli wobec prawa, były zbyt abstrakcyjnymi zasadami życia publicznego, by mogło dojść do ich narażenia w sposób konkretny. To przecież w oparciu o takie właśnie atrybuty władzy publicznej (w tym samorządowej) dokonuje się ocen w zakresie sprawności organów publicznych i buduje się zaufanie do państwa i jego struktur. Jeśli zatem jako interes publiczny traktować ogólny interes zbiorowy organizacji społecznej, państwa lub samorządu i życia społecznego, to trudno uznać, że np. spowodowanie narażenia autorytetu określonego organu władzy samorządowej, czy też narażenie utraty dobrego imienia oraz zaufania w zakresie bezstronności w wykonywaniu władzy, nie spełnia kryterium działania na szkodę, z uwagi na zbytnią ogólnikowość czy niekonkretność> (wyr. SN z 4.12.2013 r., III KK 298/13, Legalis)”;

- „[s]ą to przestępstwa skutkowe (przestępstwa określone w art. 231 k.k. - przyp. wł.), a (skutkiem - przyp. wł.) jest (...) konkretne narażenie na niebezpieczeństwo, a mianowicie wystąpienie niebezpieczeństwa powstania szkody w interesie publicznym lub prywatnym. Sąd Najwyższy uznał, że: <Występek określony w art. 231 § 1 KK należy do kategorii przestępstw z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, a więc materialnych, znamienych skutkiem, którym jest wystąpienie niebezpieczeństwa powstania szkody w interesie publicznym lub prywatnym> (uchw. SN z 24.1.2013 r., I KZP 24/12, OSNKW 2013, Nr 2, poz. 12, z glosami krytycznymi *A. Zolla*, OSP 2013, Nr 7 - 8, s. 592 - 594, *M. Filipczaka*, CzPKiNP 2013, Nr 1, s. 135 - 142 i aprobowaną *D. Tokarczyk*, Pal. 2013, Nr 9 - 10, s. 170 - 175; uchw. SN z 28.5.2015 r., SNO 21/15, Legalis; wyr. SN z 3.3.2009 r., WA 5/09, Prok. i Pr. - wkł. 2009, Nr 9, poz. 10; post. SN z 9.12.2002 r., IV KKN 514/99, Legalis; post. SN z 26.6.2004 r., V KK 4/04, OSNKW 2004, Nr 6, poz. 66; wyr. SN z 28.2.2008 r., WA 35/07, Legalis;

post. SN z 1.12.2011 r., III KK 160/11, Legalis; wyr. SA w Katowicach z 30.4.2018 r., V ACa 399/17, Legalis)”;

- „[s]zkoda jest ustawowym znamieniem nieumyślnego przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków (art. 231 § 3). <Przepis wymaga, by w wyniku zachowań funkcjonariusza publicznego została wyrządzona istotna szkoda. Chodzi zarówno o szkodę majątkową, jak i niemajątkową> (uchw. SN z 23.6.1992 r., I KZP 21/92, OSN(K) 1992, Nr 9–10, poz. 63, z uwagami *R.A. Stefańskiego*, Przegląd uchwał Izby Karnej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego za lata 1991-1993, WPP 1994, Nr 3-4, s. 68; wyr. SN z 7.1.1983 r., III KR 336/82, Legalis). Rację ma Sąd Najwyższy, że <**istotna szkoda** - stanowiąca znamię art. 231 § 3 KK - jest pojęciem ocennym, przy czym w wypadku wyrządzenia przez funkcjonariusza publicznego szkody o charakterze wyłącznie materialnym, ocena ta powinna być relatywizowana do sytuacji majątkowej pokrzywdzonego, ale też powinna obiektywnie wyrażać się orientacyjnie wartością znaczną określoną w art. 115 § 5 KK. Ponieważ jednak istotna szkoda - w rozumieniu art. 231 § 3 KK - nie ogranicza się tylko do szkody materialnej i jest pojęciem szerszym, to o tym, na ile jest to szkoda istotna, w konkretnych okolicznościach, mogą również decydować - obok faktycznej szkody materialnej - dodatkowe względy, stanowiące znaczną dolegliwość dla strony pokrzywdzonej> (uchw. SN z 29.1.2004 r., I KZP 38/03, OSN(K) 2004, Nr 2, poz. 14, z częściowo krytycznymi uwagami *R.A. Stefańskiego*, Przegląd uchwał Izby Karnej oraz Izby Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego, prawa karnego wykonawczego, prawa karnego skarbowego i prawa wykroczeń za 2004 r., WPP 2005, Nr 1, s. 98-100; uchw. SN z 29.1.2004 r., I KZP 37/03, Wok. 2004, Nr 5, s. 16). Trudno zaaprobować - ze względu na naruszenie zakazu stosowania interpretacji synonimicznej - pogląd, że dla określenia <istotności> szkody należy skorzystać z definicji mienia znacznej wartości, którego wartość w czasie popełnienia czynu zabronionego przekracza 200 000 zł (...)”;

- „[s]prawcą tych przestępstw może być tylko funkcjonariusz publiczny. Są to przestępstwa indywidualne (*delicta propria*). Pojęcie funkcjonariusza publicznego ma takie samo znaczenie, jak w art. 222 (...). Ich sprawcą nie może być osoba, która – na mocy ustawy szczególnej – korzysta z ochrony prawnokarnej jak funkcjonariusz publiczny. Przestępstwo z art. 231 KK, we wszystkich jego formach, jest przestępstwem indywidualnym właściwym (post. SN z 7.3.2014 r., V KK 318/13, OSNKW 2014, Nr 7, poz. 57)”;

- „[p]rzestępstwo z art. 231 § 1 jest **umyślne** (*crimen dolosa*) i może być popełnione zarówno z **zamiarem bezpośrednim** (*cum dolo directo*), jak i zamiarem ewentualnym (*cum dolo eventuali*) (...). Funkcjonariusz publiczny musi obejmować swoim zamiarem (bezpośrednim lub ewentualnym) zarówno przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków (w wyniku działania lub zaniechania), **jak i <działanie> na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, charakteryzujące to przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków** [podkr. wł.] (...). Nie każde przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków przez funkcjonariusza publicznego będzie stwarzać podstawy do pociągnięcia go do odpowiedzialności karnej. Warunkiem jest, by sprawca chciał lub co najmniej godził się na to, iż postępuje wbrew swojemu zakresowi uprawnień lub obowiązków, **a nadto, by chciał lub co najmniej godził się na to, że w ten sposób działa na szkodę określonego interesu publicznego lub prywatnego. Należy zatem wykazać świadomość i chęć bądź godzenie się funkcjonariusza zarówno na własne przekroczenie uprawnień czy niedopełnienie obowiązków, jak i na stwarzanie określonego niebezpieczeństwa** (wyr. SN z 17.1.2017 r., WA 18/16, Legalis) [podkr. wł.]. Trafnie wskazuje się w orzecznictwie, że <argumentami przemawiającymi za istnieniem przestępczego zamiaru oskarżonych są pewne wyznaczniki sprowadzające się do, po pierwsze istnienia świadomości co do zawyżenia wartości działki zabudowanej, po drugie zatajenia faktu, że decyzje dotyczące warunków zabudowy ich nieruchomości oraz decyzje zatwierdzające projekty

budowlane i udzielające pozwolenia na budowę dotyczyły obiektów tymczasowych i zawierały ograniczenia dotyczące wypłaty odszkodowań, po trzeciej nie poinformowania urzędników przygotowujących zawarcie umowy, że stan prawny ich nieruchomości powinien zostać przez rzeczoznawcę uwzględniony, ale z powodu niewiedzy rzeczoznawcy uwzględniony nie został> (wyr. SA w Białymostku z 26.4.2017 r., II AKa 23/17, Legalis).

Przestępstwo z art. 231 § 3 jest nieumyślne, co podkreśla zawarty w tym przepisie zwrot <działa nieumyślnie>. Może być popełnione w wyniku nieostrożności (*luxuria*) lub niedbalstwa (*neglegentia*) - wyr. SN z 3.8.2006 r. (WA 23/06, Legalis); wyr. SN z 9.11.2010 r. (WA 32/10, Prok. i Pr. - wkł. 2011, Nr 5, poz. 5); post. SN z 15.12.2011 r. (III KK 160/11, Prok. i Pr. - wkł. 2012, Nr 7-8, poz. 2)” [komentarz B. J. Stefańskiej do art. 231 k.k., [w:] *Kodeks karny. Komentarz, red. prof. dr hab. Ryszard A. Stefański, Wydanie 5, Wydawnictwo C. H. BECK, Warszawa 2020, [http://legalis/akt.do?link=KOM.PAP\[55395403.260267499\]](http://legalis/akt.do?link=KOM.PAP[55395403.260267499])].*

W końcowym fragmencie komentarza do art. 231 k.k. B. J. Stefańska, omawiając przepis art. 76 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2, który obecnie brzmi następująco: „Art. 76. 1. Nie popełnia przestępstwa określonego w art. 231 lub art. 296 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. z 2021 r. poz. 2345 i 2447), deliktu, deliktu dyscyplinarnego ani czynu, o którym mowa w art. 4 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 289), kto realizuje w interesie publicznym obowiązki i zadania związane ze zwalczaniem skutków COVID-19, w tym społeczno-gospodarczych, nałożone imiennie na reprezentowany przez niego podmiot w drodze ustawy lub na gruncie postanowień umowy, o której mowa w art. 21a ust. 5 ustawy z dnia 4 lipca 2019 r. o systemie instytucji rozwoju (Dz. U. z 2021 r. poz. 1010, 2219 i

2349), jeżeli kieruje się zwalczaniem tych skutków”, wyjaśniła, między innymi, że:

- przepis ten znosi przestępność określonego w nim czynu, „o czym świadczy użyty (...) [w nim - przyp. wł.] zwrot: <nie popełnienia przestępstwa>”;

- „[c]hodzi o popełnienie czynu stypizowanego w art. 231 KK zarówno umyślnie (§ 1), jak i nieumyślnie (§ 3) a także w typie kwalifikowanym (§ 2); w art. 76 ust. 1 ZmKoronawirusU2.0. (ustawy z dnia 16 kwietnia 2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 - przyp. wł.) nastąpiło odesłanie do całego tego przepisu. Zastosowanie tego przepisu jest uzależnione od tego, by sprawca realizował obowiązki i zadania: po pierwsze, w interesie publicznym; po drugie, związane ze zwalczaniem skutków COVID-19, w tym społeczno-gospodarczych. Treść art. 76 ust. 1 ZmKoronawirusU2.0. sugeruje, że jest nim objęty sprawca, który popełnia ten czyn realizując <obowiązki i zadania>, a więc łącznie ma realizować obowiązki oraz zadania. Takie rozumienie tego przepisu prowadziłyby do tego, że nie mógłby powołać się na ten przepis sprawca wykonujący zadania, nienależące do jego obowiązków. Jeśliby rzeczywiście zamiarem ustawodawcy było objęcie zakresem tego przepisu tylko obowiązków, to nie zamieściłby także słowa <zadania>. Wykładnia tego przepisu ograniczająca jego stosowanie tylko do realizacji przez sprawcę obowiązków, z pominięciem zadań, naruszałaby zakaz wykładni *per non est*, polegającej na tym, że nie wolno interpretować przepisów, tak by pewne ich fragmenty okazały się zbędne (...). Ustawodawca łącząc słowa <obowiązki> oraz <zadania> błędnie użył funktora zadaniowego <i>, a powinien posłużyć się spójnikiem „lub” i wówczas nie byłoby wątpliwości, że art. 76 ust. 1 ZmKoronawirusU2.0. ma zastosowanie w razie naruszenia tylko obowiązków albo tylko zadań, ewentualnie jednych i drugich”;

- [źródłem (...) obowiązków lub zadań może być ustawa lub zawarta między Ministrem Rozwoju a Polskim Funduszem Rozwoju umowa dotycząca

przekazania środków na pokrycie wynagrodzenia oraz kosztów poniesionych przez Polski Fundusz Rozwoju wskutek realizacji programu rządowego”;

- „[j]eśli chodzi o interes publiczny, to najogólniej obejmuje on dobro wspólne, będące uosobieniem wartości fundamentalnych dla ładu publicznego w państwie i jego bezpieczeństwa. Jak podkreśla się w doktrynie: <Są to wartości, które bez względu na faktyczne odniesienia, mają swoje odniesienia w kulturze prawnej i w tym sensie mają znaczenie ponadczasowe. Nie można go odrywać od wartości podstawowych, sprawiedliwości, prawdy, moralności, a także podstawowych praw i wolności. Stąd należy go widzieć nie tylko w płaszczyźnie ekonomicznej, politycznej czy normatywnej, ale i także w kontekście odniesień historycznych, ontologicznych i metafizycznych> (M. Zdyb, M. Sieradzka, Ustawa, s. 146). W pojęciu interesu publicznego znajduje się odesłanie do aksjologicznych podstaw obowiązującego prawa i aksjologicznych fundamentów, na których opiera się system prawa pozytywnego. Chodzi między innymi o odesłania do kluczowych wartości ogólnosystemowych i pozasystemowych oraz różnego rodzaju norm, reguł i zasad pozasystemowych, np. norm moralnych, zwyczajów, norm wiedzy, normatywów technicznych, zasad prakseologicznych itd. Elementem interesu publicznego jest ochrona jednostki, bez jakościowego wartościowania interesów indywidualnych (...). Interes publiczny - jak trafnie zauważa się w piśmiennictwie - nie jest równoznaczny z interesem państwa (...). Interes publiczny jest pojęciem wieloznacznym, mającym charakter względny. Pozostawia sądowi szeroki zakres swobody interpretacyjnej. Niemniej, ze względu na to, że chodzi o instytucje wyjątkowe, pojęcie to nie może być interpretowane rozszerzająco. Wieloznaczność tego pojęcia nie oznacza, że jest ono - na co trafnie zwraca się uwagę w literaturze - pojęciem, którego treść mogłaby być wypełniana w sposób dowolny. Sąd stosujący prawo, nie otrzymuje prawa do swobodnego określania jego treści, a jest obowiązany odszukać optymalne treści wyrażające istotę interesu publicznego”;

- „[z]achowanie sprawcy ma być ukierunkowane na zwalczanie skutków COVID-19, w tym społeczno-gospodarczych. Chodzi o dążenie do zniszczenia, zlikwidowania, lub unicestwienia następstw COVID-19. Zakresem art. 76 ust. 1 ZmKoronawirusU2.0. nie jest objęte działanie zmierzające do zapobiegnięcia rozprzestrzenianiu się epidemii COVID-19. Wymagany jest zamiar bezpośredni zabarwiony (*dolus directus coloratus*). W wypadku gdy sprawca podejmuje działania w innym celu, a jedynie przewiduje, że mogą zlikwidować skutki COVID-19, wówczas podlega odpowiedzialności” (op. cit.).

A. Barczak - Oplustil i M. Iwański, w komentarzu do art. 231 k.k., zwrócili z kolei uwagę, w szczególności, na to, iż:

- „[n]ie budzi wątpliwości ani w doktrynie, ani w orzecznictwie, że samo przekroczenie uprawnień albo niedopełnienie obowiązków nie realizuje jeszcze znamion typu czynu zabronionego (wyrok SN z 25.11.1974 r., II KR 177/74, LEX nr 20871; postanowienie SN z 25.02.2003 r., WK 3/03, OSNKW 2003/5 - 6, poz. 53). **Konieczne jest jeszcze <działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego>** (podkr. wł.)”;

- „[i]nteres oznacza **pożytek, korzyść**. Interes publiczny to m.in. interes ogółu obywateli, pewnych grup społecznych, interes zrzeszeń prawa publicznego, władz i urzędów państwowych i samorządowych (...). Podkreśla się, że **musi to być interes oparty na prawie materialnym, a nie interes do samej właściwej procedury, bo w przeciwnym razie każde przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków należałoby utożsamiać z działaniem na szkodę interesu publicznego lub prywatnego** (...). Wykazanie realizacji znamion komentowanego typu wymaga skonkretyzowania interesu, na szkodę którego działał sprawca; nie stanowi takiego uzasadnienia stwierdzenie: <podjętym zachowaniem sprawca działał na szkodę interesu publicznego>. Niewystarczające jest także przyjęcie, że realizuje znamiona działania <na szkodę interesu publicznego> groźba utraty zaufania przez obywateli do organu, który nie

przestrzega procedury. Jest to bowiem *de facto* ochrona interesu do właściwej procedury”;

- „[c]zynu zabronionego zawartego w § 1 komentowanego przepisu można dokonać, działając tylko umyślnie (**i to zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym**). Funkcjonariusz publiczny **musi obejmować swoim zamiarem zarówno przekroczenie uprawnień lub niewypełnienie obowiązków, jak i <działanie> na szkodę interesu publicznego lub prywatnego** [podkr. wł.] (postanowienie SN z 25.02.2003 r., WK 3/03; wyrok SN z 13.03.2007 r., WA 11/07)” [A. Barczak-Oplustil, M. Iwański, *Komentarz do art. 231 Kodeksu karnego*, http://lex/lex/content.rpc?reqId=1603735348099_1148600682].

W uchwale (podjętej w składzie 7 sędziów) z dnia 24 stycznia 2013 r., w sprawie o sygn. akt I KZP 24/12, Sąd Najwyższy stwierdził, że: „[w]ystępek określony w art. 231 § 1 k.k. należy do kategorii przestępstw z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, a więc materialnych, znamienych skutkiem, którym jest wystąpienie niebezpieczeństwa powstania szkody w interesie publicznym lub prywatnym.” (LEX nr 1252702).

W uzasadnieniu tejże uchwały Sąd Najwyższy, dokonując analizy znamion przestępstwa z art. 231 § 1 k.k., zwrócił uwagę, między innymi, na następujące kwestie:

- „[j]uż sama semantyka znamienia czynnościowego <działa>, w zestawieniu z dookreśleniem <na szkodę>, sugeruje pewnego rodzaju przyczynowość. Słowo <działać> ma w języku polskim wiele znaczeń, ale dla niniejszych rozważań istotne są dwa: <robić, tworzyć coś, być czynnym, pracować>, a także: <wywierać wpływ, wrażenie, wywoływać jakąś reakcję; oddziaływać> [J. Dubisz (red.): *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 1, Warszawa, 2003, s. 757; M. Szymczak (red.): *Słownik języka polskiego*, t. 1, Warszawa 1982, s. 495). Wydaje się, że właśnie drugie z zacytowanych znaczeń zdecydowanie lepiej harmonizuje z dookreśleniem <na szkodę> niż pierwsze z

nich. W tym zestawieniu, już w warstwie językowej, zawiera ono pewną kauzalność, że szkoda (a co najmniej możliwość jej powstania) występuje poza samym działaniem i jest jego następstwem (...). Niewątpliwie przyjęcie, że ustawodawca słowa <działa> użył w tym drugim znaczeniu, prowadziłoby do prostej konkluzji o materialnym charakterze art. 231 § 1 k.k. Tak uproszczona analiza nie jest jednak wystarczającą, już choćby ze względu na długoletnie spory interpretacyjne dotyczące charakteru tego przepisu”;

- „w uzasadnieniu wyroku z dnia 2 grudnia 2002 r. (sygn. akt IV KKN 273/01, LEX nr 74484 - przyp. wł.) Sąd Najwyższy przyjął, że <działanie na szkodę interesu (...) nie jest charakterystyką skutku, lecz zachowania się sprawcy>. Analizując to sformułowanie, trzeba zauważyć, że w pełni wyczerpujące jest ono jedynie w zakresie strony podmiotowej występku z art. 231 § 1 k.k., i to pomimo tego, że zwrot odwołujący się do <zachowania się sprawcy> związany jest również ze stroną przedmiotową. **Bezsporne jest bowiem, że działanie funkcjonariusza publicznego na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, tak jak i przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków, musi być objęte co najmniej jego zamiarem ewentualnym. Sprawca musi się zatem co najmniej godzić na to, że działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego (podkr. wł.).** Czy jednak takie <zachowanie> sprawcy może pozostawać wyłącznie w sferze jego świadomości, bez wywoływania jakichkolwiek konsekwencji dla świata zewnętrznego? Innymi słowy, czy możliwe jest <działanie na szkodę>, które w ogóle nie stwarza choćby niebezpieczeństwa wyrządzenia tej szkody? Jedynie pozytywne odpowiedzi na te pytania wiodłyby do uznania, że <działanie na szkodę> w rozumieniu art. 231 § 1 k.k., w całości, a więc i w odniesieniu do strony przedmiotowej, wyczerpuje się w formule, że nie jest ono <charakterystyką skutku, lecz zachowania się sprawcy>.

Sąd Najwyższy w obecnym składzie tezy tej nie podzielił. Analizowany przepis poprzez znamię <działa na szkodę>, wymaga

wystąpienia realnego, odrębnego od samego <zachowania się> sprawcy, zagrożenia dla interesu publicznego lub prywatnego w wyniku niewłaściwego działania funkcjonariusza publicznego (podkr. wł.). W konsekwencji przepisu art. 231 § 1 (podobnie § 2) k.k. nie można zaliczyć do kategorii przestępstw formalnych z abstrakcyjnego narażenia. **W ramach tego podziału przestępstw należy on do materialnych z konkretnego narażenia, wymagających dla jego dokonania wystąpienia skutku w postaci rzeczywistego niebezpieczeństwa nastąpienia szkody dla interesu publicznego lub prywatnego (podkr. wł.).**

Od razu w tym miejscu należy dodać i zaakcentować rzecz podkreślaną przez wszystkich komentatorów i w wielu judykatach - **skutkiem przewidywanym w art. 231 § 1 (i § 2) k.k. nie jest samo powstanie szkody (podkr. wł.),** choć in concreto jej wystąpienie jest oczywiście możliwe. Powstanie szkody ani w doktrynie, ani w orzecznictwie nigdy nie było postrzegane jako znamię skutku tego przestępstwa, w przeciwieństwie do paragrafu trzeciego tego artykułu, typizującego występki nieumyślne, *expressis verbis* wymagający skutku w postaci <wyrządzenia istotnej szkody>”;

- [z]namiona dotyczące <interesu publicznego lub prywatnego> zostały ujęte w art. 231 § 1 k.k. bardzo ogólnie i elastycznie, w sposób wymagający konkretyzacji w realiach danej sprawy. Nie oznacza to jednak, że ów <interes> może nie mieć konkretnego i realnego wymiaru, wymagającego jednoznacznego określenia. Wręcz przeciwnie, co już podkreślano, także zwolennicy formalnego charakteru występków <nadużycia uprawnień> wskazują na konieczność konkretyzacji tego ogólnie ujętego <interesu publicznego lub prywatnego>”;

- „[z] kolei znamię <działa na szkodę>, jak to już wywodzono, wskazuje na leżący poza zachowaniem sprawcy skutek tego działania - spowodowanie co najmniej stanu narażenia dobra prawem chronionego (właśnie interesu publicznego lub prywatnego) na niebezpieczeństwo powstania szkody - niebezpieczeństwo, które wprawdzie nie musi być bezpośrednie, ale musi być rzeczywiste i skonkretyzowane. Skoro tak, to **znamię <działa na szkodę> nie**

stanowi dookreślenia zachowania się sprawcy, ale stanowi - jak przyjął to Sąd Najwyższy już w wyroku z 31 maja 1933 r. - element strony przedmiotowej czynu, charakteryzujący jego skutek. Taki właśnie stan rzeczy pozwala na uznanie, że występki z art. 231 § 1 k.k. należy do **przestępstw materialnych z konkretnego narażenia** (podkr. wł.)” [op. cit.].

Za podsumowanie charakterystyki strony podmiotowej przestępstwa z art. 231 § 1 k.k. może służyć fragment uzasadnienia jednego z najnowszych judykatów - wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2019 r., sygn. akt III APa 19/19, w którym orzekający w tej sprawie Sąd stwierdził, że „[f]unkcjonariusz publiczny **musi obejmować swoją świadomością** (podkr. wł.) fakt przysługujących mu kompetencji oraz ich zakres, fakt aktualizacji obowiązku lub uprawnienia z kompetencji tych wynikającego oraz **fakt działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego** (podkr. wł.) przez przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków. **Inaczej mówiąc, dla bytu przestępstwa z art. 231 § 1 k.k. konieczne jest wykazanie, że pomimo świadomości wskazanych wyżej okoliczności funkcjonariusz publiczny chce przekroczyć uprawnienia lub nie dopełnić obowiązków, albo na to się godzi** (podkr. wł.)” [LEX nr 2785771].

Z kolei przepis art. 231 § 3 k.k. **przewiduje karalność za nieumyślną realizację znamion typu czynu zabronionego opisanego w art. 231 § 1 k.k., którego skutkiem jest wyrządzenie istotnej szkody.**

W komentarzu do tego przepisu M. Kulik stwierdził, że „[c]zyn zabroniony przez § 3 obok odmiennego określenia strony podmiotowej (czyn ten ma charakter nieumyślny - przy. wł.) **zawiera dodatkowe znamię, jakim jest wyrządzenie przez sprawcę istotnej szkody** (podkr. wł.). Chodzi tu o spowodowanie uszczerbku w dobru chronionym prawem. W wypadku czynu zabronionego przez § 3 mamy więc do czynienia z przestępstwem skutkowym.

<**Istotna szkoda** - stanowiąca znamię art. 231 § 3 k.k. - jest pojęciem ocennym, przy czym w wypadku wyrządzenia przez funkcjonariusza publicznego

szkody o charakterze wyłącznie materialnym, ocena ta powinna być relatywizowana do sytuacji majątkowej pokrzywdzonego, ale też powinna wyrażać się orientacyjnie wartością znaczną określoną w art. 115 § 5 k.k. Ponieważ jednak istotna szkoda – w rozumieniu art. 231 § 3 k.k. - nie ogranicza się tylko do szkody materialnej i jest pojęciem szerszym, to o tym, na ile jest to szkoda istotna w konkretnych okolicznościach, mogą również decydować – obok faktycznej szkody materialnej - dodatkowe względy, stanowiące znaczną dolegliwość dla strony pokrzywdzonej> (uchwała SN z 29.01.2004 r., I KZP 38/03, OSNKW 2004/2, poz. 14). Przytoczony pogląd Sądu Najwyższego jest co do zasady trafny, krytycznie jednak należy zauważyć, że nie wydaje się słuszne schematyczne odnoszenie szkody o charakterze wyłącznie materialnym do wartości określonej w art. 115 § 5” (M. Kulik, *Komentarz aktualizowany do art. 231 k.k.*, http://lex/lex/content.rpc?reqId=1603735290808_1615907814).

Trzeba do tego dodać, że w wyroku z dnia 9 listopada 2010 r., w sprawie o sygn. akt WA 32/10, Sąd Najwyższy wyjaśnił, iż nieumyślność czynu z art. 231 § 3 k.k. „należy oceniać na płaszczyźnie art. 9 § 2 k.k. Funkcjonariusz publiczny nie ma zamiaru przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków ani działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, czyni to jednak albo w wyniku błędu co do zakresu uprawnień lub obowiązków, albo w wyniku nieświadomości, że takie przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków wiązać się będzie z działaniem na szkodę interesu publicznego lub prywatnego. **Warunkiem realizacji znamion typu określonego w art. 231 § 3 k.k. jest obiektywnie rozumiana przewidywalność działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego (podkr. wł.)**” [LEX nr 844547].

Warunki, w jakich następuje realizacja przez sprawcę znamienia umyślności, a w jakich - znamienia nieumyślności, **określa przepis art. 9 k.k.**

Komentując art. 9 k.k. i odnosząc się do czynu zabronionego **popelnionego umyślnie**, A. Zoll wyjaśnił, między innymi, że:

- „[o]kreślenie umyślności jako znamienia podmiotowego czynu zabronionego nie różni się od przyjętego w art. 7 § 1 k.k. z 1969 r. i sprowadza się do zamiaru popełnienia czynu zabronionego. Umyślność na gruncie prawa karnego i także zamiar są pojęciami technicznymi, których znaczenia nie pokrywają się z używanymi w języku potocznym. W języku tym umyślność i zamiar to pojęcia równoważne z chęcią osiągnięcia czegoś. W języku prawa karnego pojęcia te mają szerszy zakres, gdyż nie obejmują swoim zakresem tylko wypadków, gdy **sprawca chce popełnić czyn zabroniony (zamiar bezpośredni - *dolus directus*)**, lecz także te wypadki, gdy **sprawca, przewidując możliwość popełnienia czynu zabronionego, na to się godzi (zamiar wynikowy - *dolus eventualis*)**. W doktrynie pojęcie zamiaru bezpośredniego rozciąga się także na wypadki, w których sprawca ma świadomość konieczności wystąpienia określonego skutku i mimo tej świadomości podejmuje działanie realizujące znamiona czynu zabronionego - tzw. przestępstwo nieuchronne (...);

- „[z]amiar popełnienia czynu zabronionego polega na ukierunkowaniu zachowania na osiągnięcie określonego celu i sterowaniu tym zachowaniem. Na zamiar składają się strona intelektualna oraz woluntatywna. Zamiar jest warunkowany wyobrażeniem celu (**strona intelektualna**) i dążeniem opartym na motywacji jego osiągnięcia (**strona woluntatywna**)”;

- „[o]d strony intelektualnej umyślność wymaga świadomości wszystkich tych okoliczności, które składają się na charakterystykę typu czynu zabronionego. Brak świadomości któregośkolwiek z tych znamion (**błąd**) wyłącza przyjęcie umyślności (zob. wyjątek określony w art. 28 § 2) [chodzi o błąd co do okoliczności stanowiącej znamię uprzywilejowujące typ czynu zabronionego - przyp. wł.] i <[w] przypadku, gdy błąd ten był nieusprawiedliwiony, sprawca odpowiada za umyślne przestępstwo typu zasadniczego. To rozwiązanie należy uznać za wyjątek od regulacji przyjętej w art. 9 § 1. Błędne przyjęcie wystąpienia okoliczności łagodzącej prowadzi do błędu co do znamion typu zasadniczego. Błąd ten jednak nie będzie wyjątkowo wyłączał odpowiedzialności za

przestępstwo umyślne> A. Zoll, *Komentarz do art. 28 Kodeksu karnego*, http://lex/lex/content.rpc?reqId=1604947029756_57381426 - przyp. wł.). Są to okoliczności, które dają się subsumować pod znamiona stanowiące opis czynu zabronionego, są więc desygnatami tych znamion. Chodzi oczywiście tylko o **okoliczności natury przedmiotowej**. Okoliczności podmiotowe nie mogą być bowiem przedmiotem błędu. Na przykład sprawca albo działa <w celu przywłaszczenia rzeczy>, albo w tym celu nie działa, nie sposób natomiast sensownie mówić, że działa w błędzie co do uświadomionego celu tego działania. Niezbędne jest jednak w przypadku znamion podmiotowych uświadomienie sobie okoliczności warunkujących ich wystąpienie. Nie można działać w celu przywłaszczenia rzeczy, jeśli brak jest świadomości, że rzecz ta jest cudza”;

- „[u]świadomienie sobie okoliczności stanowiących desygnaty znamion charakteryzujących typ czynu zabronionego wymaga ich rozpoznania zarówno **w sensie stwierdzenia wystąpienia określonego stanu faktycznego, jak i w sensie społecznym**. Sprawca nie musi uświadamiać sobie, że zabiera <cudzą rzecz ruchomą>. Może oczywiście nie mieć pojęcia na temat podziału rzeczy na ruchome i nieruchome. Musi objąć natomiast świadomością, że zabiera np. torebkę, a więc rzecz stanowiącą pewną materialną wartość”;

- „[t]reść świadomości znamion popełnianego czynu zabronionego, jako warunek umyślności, zależy od charakteru danego znamienia ujętego w typie czynu zabronionego. Jeżeli czyn charakteryzuje **znanie pozytywne** świadomość znamienia zachodzi, gdy wystąpiło zarejestrowanie w świadomości sprawcy, że dana cecha czynu będąca desygnatem ustawowego znamienia w rzeczywistości występuje. Jeżeli czyn charakteryzuje **znanie negatywne** świadomość znamienia zachodzi, gdy wystąpiło zarejestrowanie w świadomości sprawcy, że realizowany czyn nie posiada cechy stanowiącej desygnat danego znamienia”;

- „[s]trona intelektualna zamiaru pozwala sprawcy rozpoznać znaczenie jego czynu i w tym sensie pozwala mu na zdecydowanie o podjęciu uzewnętrznionego zachowania. Aby ta funkcja strony intelektualnej zamiaru

mogła być spełniona, konieczne jest wystąpienie **świadomości** okoliczności należących do charakterystyki typu czynu zabronionego w momencie podejmowania decyzji dotyczącej zachowania się. (...) Nie jest spełniony wymóg strony intelektualnej zamiaru, gdy sprawca **miał wiedzę** o okoliczności należącej do znamion, ale nie pamiętał o niej w chwili podejmowania decyzji co do zachowania się. Na przykład sprawca znał wcześniej datę urodzenia swojego kolegi, ale w czasie częstowania go alkoholem nie miał świadomości, że rozpija małoletniego (art. 208). **Świadomości warunkującej wystąpienie zamiaru nie wolno utożsamiać z wiedzą**. Wiedza jest pewnym zgromadzonym <bankiem> informacji o otaczającym nas świecie i o własnej osobie. Bez wiedzy nie jest możliwe uświadomienie sobie określonego stanu rzeczy. W tym sensie żeby nastąpiła taka aktualizacja, muszą wystąpić sprzyjające warunki (czas, brak stresu, sprawność intelektualna).

Przyjęcia zamiaru nie uzasadnia również powzięcie wiadomości o okoliczności należącej do znamion czynu zabronionego już po ukończeniu czynu przez sprawcę [podkr. wł.] (np. nie jest umyślnym paserstwem przyjęcie na przechowanie rzeczy, o której dopiero po fakcie przyjmujący dowiedział się, że pochodziła z kradzieży)”;

- „[s]trona **woluntatywna zamiaru** polega na tym, że sprawca, rozpoznając możliwość realizacji określonego stanu rzeczy (strona intelektualna), **decyduje się go zrealizować**. Ten składający się na stronę woluntatywną proces decyzyjny może przebiegać z różną intensywnością i mieć mniej lub bardziej rozbudowaną strukturę. Przy pełnej strukturze procesu decyzyjnego występują następujące elementy: **oparty na wyobrażeniu motyw osiągnięcia określonego celu, oparty na znajomości przebiegów przyczynowych wybór określonego sposobu osiągnięcia celu, podjęcie decyzji zachowania** (podkr. wł.)”;

- „[d]la odpowiedzialności karnej za przestępstwo umyślne jest z reguły obojętne, czy sprawca popełnił czyn zabroniony z zamiarem bezpośrednim, czy z zamiarem wynikowym. **Niektóre typy czynów zabronionych mogą być jednak**

popelnione tylko z zamiarem bezpośrednim. Ma to miejsce wtedy, gdy ustawa do opisu czynu zabronionego wprowadza **znamiona podmiotowe charakteryzujące szczególne nastawienie sprawcy** (<w celu>, <po to, by>, <zataja>, <ukrywa>). **Również i w takich wypadkach zamiarem bezpośrednim musi być objęta całość czynu zabronionego, a nie tylko poszczególne znamiona** [podkr. wł.] (...), chyba że ustawa znamiona podmiotowe łączy tylko z niektórymi znamionami przedmiotowymi czynu zabronionego”;

- „[u]stawa w art. 9 § 1 określa zarówno stronę intelektualną (**przewidywanie możliwości popełnienia czynu zabronionego**), jak i woluntatywną (**godzenie się na popełnienie czynu zabronionego**) zamiaru wynikowego. Elementem wyróżniającym tę formę zamiaru jest strona woluntatywna, **<godzenie się>**, które musi treściowo różnić się od chęci (zamiar bezpośredni). Ponieważ człowiek działa zawsze w jakimś celu (czegoś chce), to **zamiar wynikowy nigdy nie występuje samodzielnie** (...), lecz zawsze obok zamiaru bezpośredniego, którym może być objęte popełnienie czynu zabronionego (czyn zabroniony objęty zamiarem wynikowym będzie w takim wypadku występował jako element koniunkcyjny mogący nastąpić obok czynu zabronionego objętego zamiarem bezpośrednim albo jako element alternatywny mogący wystąpić zamiast czynu zabronionego objętego zamiarem bezpośrednim)”;

- „[i]stota **zamiaru wynikowego** sprowadza się do tego, że sprawca, przewidując możliwość popełnienia czynu zabronionego, nie chce go popełnić, ale na jego popełnienie się godzi. Sąd Apelacyjny w Krakowie ujął tę istotę następująco: <<Godzenie się> dotyczy skutku ubocznego, realnego, lecz w rozumieniu sprawcy jedynie prawdopodobnego w stosunku do podstawowego celu jego działania> (wyrok SA w Krakowie z dnia 18 grudnia 2012, II AKa 159/12, LEX nr 1321946)” [A. Zoll, *Komentarz do art. 9 Kodeksu karnego*, http://lex/lex/content.rpc?reqId=1604415219396_1698395439].

Z kolei, odnosząc się w powołanym wyżej komentarzu do czynów zabronionych **popelnionych nieumyślnie**, A. Zoll wyjaśnił, między innymi, że:

- „[n]ieumyślność była na gruncie kodeksu karnego z 1969 r. traktowana przede wszystkim jako forma winy występująca w postaciach lekkomyślności lub niedbalstwa. W obu tych pojęciach zawarty jest zarzut wobec sposobu podjęcia przez sprawcę procesu decyzyjnego. **Nieumyślność, w znaczeniu kodeksu karnego, jest znamieniem podmiotowym charakteryzującym czyn zabroniony.** Znamię nieumyślności jest elementem typu czynu zabronionego i musi być, w przypadku typów charakteryzujących się tym znamieniem, **ustalone w celu stwierdzenia karalności czynu, jego zgodności z typem czynu zabronionego** (podkr. wł.). Stwierdzenie, że czyn jest karalny, musi poprzedzać badanie winy sprawcy, tzn. ustalenie, czy sprawcy z powodu popełnienia czynu zabronionego charakteryzującego się nieumyślnością można postawić zarzut”;

- „[n]ieumyślność w znaczeniu prawa karnego nie jest prostym **zaprzeczeniem umyślności**, chociaż sam stosunek psychiczny do popełnienia elementów przedmiotowych czynu zabronionego musi charakteryzować brak zamiaru (bezpośredniego i wynikowego) popełnienia takiego czynu. Ponieważ każda aktywność człowieka jest zachowaniem celowym, do nieumyślnego popełnienia czynu zabronionego dochodzi zawsze w związku z zachowaniem ukierunkowanym na osiągnięcie określonego celu, który najczęściej będzie karnoprawnie obojętny. Obok lub zamiast realizacji celu, do którego sprawca dąży, ma miejsce urzeczywistnienie znamion typu czynu zabronionego charakteryzującego się nieumyślnością. Ten uboczny lub zastępczy rezultat zachowania się nie był przez sprawcę objęty zamiarem, tzn. sprawca ani go chciał, ani nawet przewidując możliwość jego wystąpienia, na to się godził”;

- „[n]ieumyślność jest zawsze wynikiem błędu co do znamion strony przedmiotowej czynu zabronionego. Błąd ten należy rozumieć jako różnicę pomiędzy stanem rzeczywistości zakreślonym przez znamiona czynu zabronionego a odbiciem tego stanu w świadomości sprawcy. Różnica ta może

polegać na tym, że jakaś cecha realizowanego czynu, stanowiąca desygnat znamienia pozytywnego typu czynu zabronionego, nie została odbita w świadomości sprawcy (**nieświadomość**) albo w świadomości sprawcy powstał obraz cechy realizowanego czynu, stanowiącej desygnat znamienia negatywnego typu czynu zabronionego, a niewystępującej w rzeczywistości (**urojenie**)”;

- „[n]a tym negatywnym elemencie nieumyślność się jednak nie wyczerpuje. Zawarta w art. 9 § 2 charakterystyka czynu zabronionego popełnionego nieumyślnie nie ogranicza się jedynie do wskazania **znamienia podmiotowego czynu zabronionego charakteryzującego się nieumyślnością (znamie negatywne) - brak zamiaru popełnienia czynu zabronionego oraz przewidywanie możliwości popełnienia czynu zabronionego (świadoma nieumyślność) albo zdolność przewidzenia możliwości popełnienia czynu zabronionego (nieświadoma nieumyślność)**. Przepis ten wzbogaca w sposób zasadniczy stronę przedmiotową czynu zabronionego charakteryzującego się nieumyślnością. Charakteryzuje ją bowiem **popelnienie czynu zabronionego na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach (...)**. Świadomej albo nieświadomej nieumyślności nie należy mylić z lekkomyślnością albo niedbalstwem. Te ostatnie pojęcia były związane z odrzuconą przez kodeks karny koncepcją strony podmiotowej przestępstwa, w której elementy składające się na obiekt wartościowania (czyn zabroniony) były pomieszane z samym wartościowaniem (wina)”;

- „[t]radycyjna nauka prawa karnego również naruszenie wymaganych reguł ostrożności zaliczała do elementów winy nieumyślnej. Współczesna doktryna prawa karnego **naruszenie tych reguł zalicza do znamion charakteryzujących stronę przedmiotową typu czynu zabronionego, tzn. do znamion decydujących w ogóle o karalności danego zachowania się (...)**. **Wykształcone przez naszą wiedzę i doświadczenie reguły postępowania z określonymi dobrami prawnymi zakreślają obszar zachowań społecznie adekwatnych (...)**. Znajdujące się w ramach tego obszaru zachowanie, nawet

jeżeli prowadzi do narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo lub do zniszczenia takiego dobra, nie może być uznane za zachowanie bezprawne i tym samym za zachowanie karalne (...). O tym, czy przeprowadzony bez powodzenia zabieg lekarski stanowi popełniony przez lekarza czyn zabroniony, decyduje ustalenie, czy zostały naruszone reguły sztuki lekarskiej. Bez naruszenia tych reguł zabieg, którego skutkiem była np. śmierć człowieka, nie stanowi realizacji znamion typu czynu zabronionego z art. 155 i dlatego w ogóle nie dochodzi do ustalania w tym zakresie winy lekarza”;

„[d]o ustalenia, że czyn zabroniony został popełniony nieumyślnie, ustawa wymaga, aby popełnienie tego czynu miało miejsce **na skutek** niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach. Nie wystarczy więc ustalenie, że sprawca w związku ze swoim zachowaniem naruszył jakąś regułę ostrożności, ale **musi być ustalony związek pomiędzy naruszeniem tej reguły a popełnieniem czynu zabronionego**”;

- „[t]rafnie podniesiono w wyroku SN z dnia 5 listopada 2014 r., V KK 162/14, LEX 1573978, że do przypisania popełnienia czynu zabronionego charakteryzującego się nieumyślnością nie wystarczy ogólne wskazanie na naruszenie reguł ostrożnego postępowania. **Konieczne jest wskazanie konkretnej reguły i powiązanie jej naruszenia z popełnieniem czynu zabronionego**”;

- „[s]amo naruszenie reguł ostrożności wymaganych w danych okolicznościach nie wypełnia znamion czynu charakteryzującego się nieumyślnością (zob. wyrok SN z dnia 18 lipca 2007 r., WA 27/07, OSNwSK 2007, poz. 1682). Ustawa wyróżnia **świadomą nieumyślność**, jeżeli sprawca przewidywał możliwość popełnienia czynu zabronionego, i **nieświadomą nieumyślność**, jeżeli sprawca nie przewidywał popełnienia czynu zabronionego, ale popełnienie takiego czynu mógł przewidzieć. **W wypadku świadomej nieumyślności występuje strona intelektualna zbieżna ze stroną intelektualną charakteryzującą obie postacie zamiaru.** Świadomą nieumyślność odróżnia od

umyślności strona woluntatywna - **brak chęci popełnienia czynu zabronionego i brak godzenia się na popełnienie takiego czynu (...)**. Szczególnie istotne jest zakreślenie granicy pomiędzy świadomą nieumyślnością a zamiarem wynikowym. W wypadku świadomej nieumyślności sprawca albo przewidując wysoki stopień prawdopodobieństwa nastąpienia czynu zabronionego, przedsięwzięcie czynności mające zmniejszyć stopień tego prawdopodobieństwa, albo przewiduje jedynie niewysoki stopień prawdopodobieństwa nastąpienia czynu zabronionego. W obu wypadkach proces decyzyjny ukierunkowany na osiągnięcie zamierzonego celu (najczęściej społecznie akceptowanego) kończy się podjęciem decyzji zachowania się w kierunku osiągnięcia tego celu na skutek założenia, że czyn zabroniony nie nastąpi. (...) Ocena podstaw do przyjęcia założenia, że czyn zabroniony nie nastąpi, nie jest problemem nieumyślności, jako znamienia typu czynu zabronionego, lecz należy do problematyki winy”;

- „[w] wypadku nieświadomej nieumyślności sprawca nie przewiduje możliwości popełnienia czynu zabronionego. **Popołnienie czynu zabronionego było jednak, obiektywnie rzecz biorąc, przewidywalne.** Zgodnie z przyjętym założeniem polegającym na oddzieleniu podmiotowych znamion czynu zabronionego od winy popełnienia czynu zabronionego **możliwość przewidzenia** popełnienia czynu zabronionego, o której mowa w art. 9 § 2, nie odnosi się do indywidualnych możliwości sprawcy wynikających z jego osobowości, wykształcenia, stanu zdrowia itp., lecz **jest wyznaczana według możliwości modelowego obywatela o właściwych do wykonywania danej czynności kwalifikacjach, sumiennie traktującego swoje obowiązki oraz dysponującego nadzwyczajnymi informacjami posiadanymi ewentualnie przez sprawcę.** Nie będzie popełnieniem czynu zabronionego realizacja przedmiotowych znamion tego czynu w sytuacji, gdy nie jest to **normalne następstwo podjętych przez sprawcę czynności (...)**. Realizacja przedmiotowych znamion czynu zabronionego, których nie da się przewidzieć z powodu nietypowego układu sytuacyjnego albo które są do przewidzenia jedynie

przez wąskie grono specjalistów, nie może być, zgodnie z art. 9 § 2, uznana za popełnienie czynu zabronionego charakteryzującego się nieumyślnością, chyba że właśnie sprawca o takim nietypowym układzie sytuacyjnym wiedział” (*op. cit.*).

Trzeba do tego dodać, że w orzecznictwie sądowym wskazuje się, iż „[s]koro obowiązujący kodeks karny z 1997 r. wyraźnie oddziela winę od podmiotowej strony czynu, umyślności albo nieumyślności, **zaliczając umyślność i nieumyślność do zespołu ustawowych znamion czynu** [podkr. wł.] (por. uzasadnienie do projektu KK 1997 r. PiP 3/1994 r. wkładka), to w każdym opisie czynu zarzucanego jako przestępstwo, znamię umyślności albo nieumyślności powinno być także dokładnie opisane (w przypadku umyślności rodzaj zamiaru)” [uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 12 maja 2011 r., w sprawie o sygn. akt II Aka 141/11, LEX nr 821167].

W uzasadnieniu tego judykatu Sąd Apelacyjny we Wrocławiu zwrócił uwagę na to, iż „[r]zecz (...) w tym, że skoro zarzucane (...) przestępstwo (...) jest przestępstwem umyślnym, to **należąca do zespołu ustawowych znamion tego czynu zabronionego umyślność musi być pewnie, bez żadnych wątpliwości, ustalona i dowodowo wykazana** (podkr. wł.). W doktrynie zwraca się uwagę, że kwalifikowanie określonych przeżyć do umyślności powinno odbywać się w warunkach daleko idącej ostrożności (...). Ta dyrektywa obowiązuje przy wszelkich ustaleniach dotyczących umyślności, tak w zakresie zamiaru bezpośredniego, jak i (a może przede wszystkim) zamiaru ewentualnego. **Zamiaru nie można ani domniemywać, ani domyślać się. Zamiar musi być w sposób bezsporny udowodniony, a w przypadku niedających się usunąć wątpliwości art. 5 § 2 k.p.k. obliguje do odrzucania umyślności** (podkr. wł.). Zasada ta jest od dawna podkreślana także w orzecznictwie Sądu Najwyższego (zob. m.in. wyrok z 24 listopada 1992 r., II KKN 189/92, Lex nr 158129; wyrok z dnia 25 czerwca 2003 r., V KK 93/03, OSNKW 7-8/2003, poz. 72)” [*op. cit.*].

Mając na uwadze przedstawione wyżej poglądy doktryny oraz orzecznictwo sądowe, należy dojść do następujących wniosków.

W przepisach art. 231 § 1 i art. 231 § 3 k.k. zostały określone **znamiona przedmiotowe i podmiotowe** stypizowanych w nich „czynów zabronionych przez ustawę”. Są to przestępstwa, których **sprawcą może być wyłącznie funkcjonariusz publiczny** (przestępstwa indywidualne właściwe).

Przestępstwo z art. 231 § 1 k.k. może zostać popełnione przez funkcjonariusza publicznego **tylko umyślnie**. Z kolei czynu z art. 231 § 3 k.k. funkcjonariusz publiczny może dopuścić się **tylko nieumyślnie**.

Ustawowymi **znamionami przedmiotowymi** charakteryzującymi oba wymienione czyny zabronione są: 1) podjęcie przez funkcjonariusza publicznego działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego 2) przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków przez funkcjonariusza publicznego. Dodatkowym przedmiotowym znamieniem czynu zabronionego określonego w art. 231 § 3 k.k. jest wyrządzenie istotnej szkody.

Z kolei ustawowymi **znamionami podmiotowymi** „charakteryzującymi czyn zabroniony” są: „umyślność” w **przypadku** przestępstwa określonego w art. 231 § 1 k.k. oraz „nieumyślność” w **odniesieniu do przestępstwa** z art. 231 § 3 k.k.

Oba te przepisy (art. 231 § 1 k.k. i art. 231 § 3 k.k.) zostały zaskarżone przez Grupę posłów na Sejm RP, ponieważ, zdaniem Wnioskodawców, naruszają wzorce konstytucyjne wskazane w *petitum* wniosku przez to, że **penalizują zachowania funkcjonariuszy publicznych mające na celu ochronę życia lub zdrowia publicznego, podjęte w sytuacji występowania uzasadnionego ryzyka zagrożenia dla tych dóbr, gdy jednocześnie dobro poświęcone nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego**.

Przede wszystkim zwraca uwagę to, że pośród ustawowych znamion przestępstwa zarówno „umyślnego” (art. 231 § 1 k.k.) jak i „nieumyślnego” (art.

231 § 3 k.k.) ustawa wymienia „**działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego**”.

Dla przypomnienia:

- **interesem publicznym są dobra ogółu**, a nie wąskiej grupy osób, a interesem prywatnym - dobra określonej osoby lub grupy osób, przy czym zarówno interes publiczny jak i prywatny **ma być interesem opartym na prawie materialnym**, a nie interesem w znaczeniu właściwej procedury, bowiem wówczas każde przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków należałoby utożsamiać z działaniem na szkodę interesu publicznego lub prywatnego;

- **interesem** jest bądź istniejące, bądź przyszłe dobro materialne lub osobiste, lub dobro idealne, związane z organizacją życia zbiorowego i prawidłowością jego funkcjonowania;

- interesem **publicznym** jest interes zbiorowy organizacji społecznej, państwa lub samorządu, albo w ogóle życia społecznego;

- interesem **prywatnym** jest interes poszczególnej jednostki lub grupy osób;

- sprawca odpowiada z art. 231 § 1 k.k. wówczas, gdy *verba legis* działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, przy czym **nie jest wymagane spowodowanie konkretnej szkody, a wystarczające jest, że zachowanie funkcjonariusza mogło wyrządzić szkodę; chodzi o możliwość jej nastąpienia;**

- **działanie na szkodę** polega na tym, że zachowanie sprawcy stwarza zagrożenie dla jakiegokolwiek dobra ze sfery publicznej lub prywatnej (*vide* - powołany wcześniej komentarz B. J. Stefańskiej do art. 231 k.k.).

Także dla przypomnienia, skazanie z art. 231 § 1 k.k. wymaga **udowodnienia w sposób bezsporny świadomości i chęci** bądź godzenia się funkcjonariusza zarówno na przekroczenie uprawnień czy niedopełnienie obowiązków w konkretnej sprawie (w wyniku działania lub zaniechania), jak i na

(będące konsekwencją takiego zachowania) **stworzenie niebezpieczeństwa powstania szkody w interesie publicznym lub prywatnym** (wystarczające jest stworzenie możliwości nastąpienia szkody). Odpowiedzialność karna funkcjonariusza publicznego z art. 231 § 1 k.k. zależy zatem od tego, czy w konkretnej sprawie zostanie bezspornie wykazane, że funkcjonariusz ten co najmniej godził się na działanie na szkodę interesu publicznego lub prywatnego. Wszak zamiaru nie można ani domniemywać, ani domyślać się.

Inaczej mówiąc, dla bytu przestępstwa z art. 231 § 1 k.k. konieczne jest wykazanie, że **pomimo obejmowania świadomością** faktu przysługujących funkcjonariuszowi publicznemu kompetencji oraz ich zakresu, faktu aktualizacji obowiązku lub uprawnienia wynikającego z tychże kompetencji oraz **faktu działania na szkodę interesu publicznego lub prywatnego** przez przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków, **funkcjonariusz publiczny chce przekroczyć uprawnienia lub nie dopełnić obowiązków albo na to się godzi.**

Zatem od strony intelektualnej umyślność - zarówno w formie zamiaru bezpośredniego, jak i w formie zamiaru wynikowego (ewentualnego) - wymaga **świadomości wszystkich tych okoliczności, które składają się na charakterystykę typu czynu zabronionego.** Elementem wyróżniającym obie formy zamiaru jest tylko strona woluntatywna (motywacyjna) która, w przypadku zamiaru wynikowego (ewentualnego) polega na „godzeniu się” sprawcy na popełnienie czynu zabronionego, zaś w przypadku zamiaru bezpośredniego - na „chęci” popełnienia takiego czynu. **Brak świadomości któregokolwiek z tych znamion wyłącza, co do zasady, przyjęcie umyślności** (jedyne wyjątek od tej reguły został określony w art. 28 § 2 k.k. i, o czym wcześniej była mowa, dotyczy błędu co do okoliczności stanowiącej znamię uprzywilejowujące typ czynu zabronionego, który wyjątkowo nie wyłącza odpowiedzialności za przestępstwo umyślne w przypadku, gdy błąd ten był nieusprawiedliwiony).

Okoliczności, które składają się na charakterystykę typu czynu zabronionego, to okoliczności, które dają się subsumować pod znamiona

stanowiące **opis czynu zabronionego**, są więc desygnatami tych znamion. Chodzi oczywiście tylko o **okoliczności natury przedmiotowej** (szerzej na ten temat w cytowanym wcześniej komentarzu A. Zolla do art. 9 k.k.).

Zdaniem Wnioskodawców, przywrócenie w niniejszej sprawie zgodności z Konstytucją ma polegać na **wprowadzeniu do art. 231 § 1 k.k. i art. 231 § 3 k.k. normy wyłączonej bezprawność karną stypizowanych w tych przepisach czynów zabronionych wówczas, gdy funkcjonariusze publiczni w warunkach w tych przepisach określonych podejmą działania w celu ochrony życia lub zdrowia publicznego, w sytuacji występowania uzasadnionego ryzyka zagrożenia dla tych dóbr, gdy jednocześnie dobro poświęcone nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego.**

W związku z tym należałoby uznać, iż rzeczywistym zarzutem Wnioskodawców jest **niedostatek treściowy obu zaskarżonych regulacji**, co oznacza, że niezgodności z Konstytucją Grupa posłów na Sejm upatruje tutaj **nie w wynikającym z wykładni autentycznej (treści ustawowej) rzeczywistym brzmieniu przepisów, ale w treści, której przepisy te nie zawierają, podczas gdy, w ocenie Wnioskodawców, zawierać powinny.**

W takiej sytuacji, przed podjęciem rozważań merytorycznych konieczne byłoby rozstrzygnięcie, czy w tym przypadku mamy do czynienia z „pominięciem”, czy też z, niepodlegającym kognicji Trybunału Konstytucyjnego, „zaniechaniem” ustawodawczym.

W jednym z nowszych orzeczeń poświęconych charakterowi kontroli konstytucyjności pominięć prawodawczych - w postanowieniu z dnia 17 października 2018 r., w sprawie o sygn. akt SK 11/17 - Trybunał Konstytucyjny wskazał, że *„[w] orzecznictwie TK odróżnia się pominięcie od zaniechania prawodawczego. Zaniechanie ustawodawcze występuje wtedy, gdy ustawodawca w ogóle nie ustanowił określonych regulacji prawnych. Trybunał konsekwentnie przyjmuje, że do jego kompetencji nie należy orzekanie w sprawach tego rodzaju, nawet jeżeli obowiązek regulacji danej materii wynika z Konstytucji. W myśl art.*

188 Konstytucji, Trybunał jest bowiem właściwy do orzekania przede wszystkim w zakresie oceny hierarchicznej zgodności aktów normatywnych. <Z zaniechaniem prawodawczym związany jest całkowity brak ingerencji prawodawcy w system prawa (...). Inaczej jest w przypadku pominięcia: prawodawca tworzy przepisy prawne, dając wyraz temu, że normuje pewną dziedzinę spraw, lecz czyni to z punktu widzenia Konstytucji wadliwie. Jest przy tym obojętne, czy jego aktywność legislacyjna podjęta jest w następstwie wykonania ciążącego na nim obowiązku uregulowania jakichś spraw, czy też uczynił użytek z kompetencji prawodawczej, ponieważ uznał to za celowe> (wyrok z 6 listopada 2012 r., sygn. K 21/11, OTK ZU nr 10/A/2012, poz. 119).

Trybunał stoi na stanowisku, że nie ma kognicji do orzekania o zaniechaniach ustawodawczych, natomiast ma kompetencję w zakresie orzekania o tzw. pominięciach, ponieważ <o ile parlamentowi przysługuje bardzo szerokie pole decyzji, jakie materie wybrać dla normowania w drodze stanowionych przez siebie ustaw, to skoro decyzja taka zostanie już podjęta, regulacja danej materii musi zostać dokonana przy poszanowaniu wymagań konstytucyjnych> (wyrok z 24 października 2001 r., sygn. SK 22/01, OTK ZU nr 7/2001, poz. 216).

Pominięcie prawodawcze polega na tym, że ustawodawca co prawda unormował jakąś dziedzinę stosunków społecznych, ale dokonał tego w sposób niepełny, regulując ją tylko fragmentarycznie; pominął pewien element regulacji, który powinien być <integralną, funkcjonalną częścią jakiejś normy> (podkr. wł.) [wyrok z 10 maja 2004 r. o sygn. SK 39/03, OTK ZU nr 5/A/2004, poz. 40]. Trybunał może więc ocenić zgodność ustawy z Konstytucją również pod względem tego, czy w jej przepisach nie brakuje unormowań, których brak może budzić wątpliwości z punktu widzenia zgodności z Konstytucją (...). W postanowieniu TK z 8 lutego 2017 r., sygn. P 44/15 (OTK ZU A/2017, poz. 3), stwierdzono, że <w sytuacji gdy w akcie prawnym wydanym i obowiązującym prawodawca reguluje jakieś zagadnienie w sposób niepełny, fragmentaryczny, mamy do czynienia z pominięciem prawodawczym. «Zarzut niekonstytucyjności

może więc dotyczyć zarówno tego, co ustawodawca w danym akcie unormował, jak i tego, co w akcie tym pominął, choć postępując zgodnie z Konstytucją powinien był unormować» >. Takie stanowisko jest ugruntowane w orzecznictwie Trybunału (...). **Pominięcia prawodawcze są związane na ogół z brakiem zapewnienia właściwej realizacji konkretnych praw lub wolności przysługujących podmiotom danej kategorii. Niekiedy dotyczą także braków pewnych elementów w ramach określonego rodzaju procedur, które powodują pozbawienie możliwości realizacji praw określonej kategorii podmiotów** (podkr. wł.) [...].

Bywa, że granica między zaniechaniem a pominięciem prawodawczym nie jest jednoznaczna i w praktyce jej określenie może budzić wątpliwości. Niemniej w orzecznictwie TK wypracowano kryteria pomocne w odróżnieniu tych przypadków. **Pierwszym jest ratio legis kwestionowanego przepisu, które może wskazywać, czy zarzucany brak określonej regulacji nie stanowi zamierzonego działania ustawodawcy, chcącego pozostawić określone zagadnienie poza regulacją prawną** (podkr. wł.) (...). Niecelowość zaniechania unormowania określonej materii może wskazywać, że w sprawie występuje pominięcie prawodawcze. Drugie kryterium Trybunał wskazał w szczególności w postanowieniu z 5 marca 2013 r., sygn. K 4/12 (OTK ZU nr 3/A/2013, poz. 30) stwierdzając, że <odróżnienie «zaniechania ustawodawczego» od regulacji «fragmentarycznej i niepełnej» uzależnione było [jest] od odpowiedzi, czy istotnie w danej sytuacji zachodzi jakościowa tożsamość albo przynajmniej daleko idące podobieństwo materii unormowanych w danym przepisie i tych, pozostawionych poza jego zakresem>. **Pominięcie prawodawcze może zatem występować wtedy, gdy materia pominięta w przepisie oraz materia w nim uregulowana są jakościowo tożsame albo bardzo do siebie zbliżone** (podkr. wł.). Kryterium to jest szczególnie widoczne na tle spraw, w których kwestionowanemu przepisowi zarzuca się naruszenie konstytucyjnej zasady równości (...). **Trzecim kryterium jest źródło skierowanego do ustawodawcy nakazu regulacji danej materii;**

nakaz ten powinien wynikać z Konstytucji (podkr. wł.)” [OTK ZU seria A z 2018 r., poz. 61].

Jednocześnie, jak Trybunał Konstytucyjny wyjaśnił w uzasadnieniu postanowienia z dnia 2 grudnia 2014 r., w sprawie o sygn. akt SK 7/14, *„[z]astosowanie powyższych reguł podlega jeszcze dalszym obostrzeniom (podkr. wł.)”*, po czym wskazał, iż *„[p]rzy ocenie <jakościowej tożsamości> materii pominiętych i unormowanych w zaskarżonym przepisie konieczna jest daleko posunięta ostrożność: <zbyt pochopne «upodobnienie» materii nieunormowanych z tymi, które znalazły swoją wyraźną podstawę w treści badanego przepisu, grozi bowiem każdorazowo postawieniem zarzutu o wykroczenie przez Trybunał Konstytucyjny poza sferę kontroli prawa i uzurpowanie sobie uprawnień o charakterze prawotwórczym> (powołane postanowienie o sygn. SK 17/02 [chodzi o postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 grudnia 2002 r., OTK ZU nr 7/A/2002, poz. 98 - przyp. wł.]).*

Skuteczne zakwestionowanie pominięcia prawodawczego wymaga od podmiotu inicjującego postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym także wyjątkowej staranności i zaangażowania. Jak stwierdzono we wspomnianym już wyroku o sygn. K 3/00 (chodzi wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 listopada 2001 r., OTK ZU nr 8/2001, poz. 251 - przyp. wł.), <postawione zarzuty muszą być precyzyjne i nie mogą polegać na wskazaniu, że przepis nie zawiera konkretnej regulacji, której istnienie zadawałoby wnioskodawcę (podkr. wł.). Gdyby istniała możliwość zaskarżenia przepisu pod zarzutem, iż nie zawiera on regulacji, które w przekonaniu wnioskodawcy winny się w nim znaleźć, każdą ustawę lub dowolny jej przepis można byłoby zaskarżyć w oparciu o tego rodzaju przesłankę negatywną. Gdyby ustawodawca uznał za celowe takie ukształtowanie kompetencji Trybunału Konstytucyjnego, zawarłby stosowną normę w Ustawie Zasadniczej (...)>. [...]

*Powyższe zasady były wielokrotnie operacjonalizowane przez Trybunał Konstytucyjny. Reprezentatywnym przykładem może być postanowienie z 18 czerwca 2013 r., sygn. SK 1/12 (OTK ZU nr 5/A/2013, poz. 70), w którym wskazano, że określona regulacja <może być uznana za zawierającą unormowanie niepełne w sytuacji, gdy z punktu widzenia zasad konstytucyjnych ma zbyt wąski zakres zastosowania albo pomija treści istotne z punktu widzenia przedmiotu i celu tej regulacji. Ocena, czy ustawodawca dopuścił się pominięcia prawodawczego, wymaga więc a casu ad casum zbadania danego unormowania w kontekście wzorców i wartości konstytucyjnych, które ze względu na naturę tej regulacji muszą zostać poszerzone o daną kategorię podmiotów lub zachowań. **To znaczy, że z norm konstytucyjnych da się odtworzyć wzorzec instytucji prawnej kształtowanej w akcie normatywnym, lecz instytucja w akcie tym ukształtowana konstytucyjnemu wzorcowi nie odpowiada** [podkr. wł.] (...). Niezbędnym warunkiem tej analizy jest ustalenie, że w określonej sytuacji zachodzi jakościowa tożsamość materii unormowanych w danym przepisie i tych pozostawionych poza jego zakresem, gdyż zbyt pochopne «upodobnienie» materii nieuregulowanych z materiami, które znalazły swój wyraz w treści kwestionowanego przepisu, może spowodować wykroczenie przez Trybunał poza sferę kontroli prawa>” (OTK ZU nr 11/A/2014, poz. 123).*

Stosując powyższe ustalenia w niniejszej sprawie, należy dojść do wniosku, że niezamieszczenie w art. 231 § 1 k.k. i art. 231 § 3 k.k. postulowanej przez Wnioskodawców normy - zapewniającej, iż funkcjonariusze publiczni za działania w celu ochrony życia lub zdrowia publicznego, podjęte w sytuacji występowania uzasadnionego ryzyka zagrożenia dla tych dóbr, gdy jednocześnie dobro poświęcone nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego, nie poniosą odpowiedzialności karnej z art. 231 § 1 k.k. i art. 231 § 3 k.k. - **stanowi zaniechanie ustawodawcze.**

Nie można bowiem przyjąć, że materia „pominięta”, której wprowadzenia do art. 231 § 1 k.k. i do art. 231 § 3 k.k. domagają się Wnioskodawcy, oraz materia w tych przepisach uregulowana są jakościowo tożsame albo bardzo do siebie zbliżone.

Norma, której wprowadzenia do zaskarżonych przepisów domagają się Wnioskodawcy, wprost nie dotyczy ustawowego opisu czynów zabronionych z art. 231 § 1 k.k. i z art. 231 § 3 k.k., lecz *per se* określa warunki wyłączające bezprawność karną obu tych czynów, czyli kontratyp.

Na kontratyp wskazuje wymóg, aby ratowane przez funkcjonariusza publicznego dobro nie przedstawiało wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego (*vide - petitum* wniosku).

Zaskarżona norma zawiera zatem, o czym wcześniej była mowa, desygnaty wskazujące na jej podobieństwo do, określonej w art. 26 k.k., instytucji wyłączającej odpowiedzialność karną - stan wyższej konieczności, a jeżeli tak, to odpowiednim miejscem dla jej wprowadzenia **nie może być przepis Części Szczególnej Kodeksu karnego określający ustawowe znamiona konkretnych czynów zabronionych**, lecz Rozdział III Części Ogólnej Kodeksu karnego zatytułowany „Wyłączenie odpowiedzialności karnej”.

Należy przy tym zauważyć, iż analiza treści art. 26 k.k. oraz normy, której wprowadzenia do art. 231 § 1 k.k. i art. 231 § 3 k.k. domagają się Wnioskodawcy, prowadzi do wniosku, że ewentualne uzupełnienie zaskarżonych przepisów, zgodnie z żądaniem Wnioskodawców, nie byłoby wystarczające.

Brakowałyby bowiem choćby prawnokarnej oceny sytuacji (rozstrzygniętej przez ustawodawcę w art. 26 § 3 k.k.), gdy funkcjonariusz publiczny poświęca dobro (nieprzedstawiające wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego), które ma szczególny obowiązek chronić z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste.

Mając powyższe na uwadze, należy dojść do wniosku, że dążenia Wnioskodawców do zakwestionowania konstytucyjności regulacji art. 231 § 1 i

3 k.k. są **wynikiem zauważonej przez NICH luki (aksjologicznej)**. Tymczasem, jak wskazuje Z. Ziemiński, „[t]aki rodzaj <luki> w prawie, polegającej na tym, że istnieje różnica pomiędzy aktualnym kształtem rozważanego systemu prawa a przyjmowanym przez kogoś wzorcem systemu, czy też czyimiś o tym systemie wyobrażeniami nazywamy luką aksjologiczną. Luka aksjologiczna jest w istocie luką pozorną. (...) **Formułowanie twierdzeń o aksjologicznych lukach w prawie jest więc szczególną formą zgłaszania postulatów dotyczących zmiany danego systemu prawa** (podkr. wł.)” [Z. Ziemiński, *Wykładnia prawa i wnioski prawnicze*, (w:) S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 183-184].

W przedstawionych warunkach wydanie przez Trybunał Konstytucyjny wyroku negatywnego byłoby realizacją nieprzyznanych Trybunałowi przez ustrojodawcę kompetencji prawotwórczych (szerzej na ten temat - *vide* końcowy fragment niniejszego stanowiska).

Reasumując, należy stwierdzić, że, skoro w postępowaniu w przedmiocie kontroli zgodności art. 231 § 1 i 3 k.k. - w zakresie, w jakim „przepisy te przewidują odpowiedzialność karną funkcjonariuszy publicznych za zachowanie mające na celu ochronę życia lub zdrowia publicznego, podjęte w sytuacji występowania uzasadnionego ryzyka zagrożenia dla tych dóbr, gdy jednocześnie dobro poświęcone nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego” - z art. 45 ust. 1 w związku z art. 2, art. 38 i art. 68 Konstytucji, mamy do czynienia z, niepodlegającym kognicji Trybunału Konstytucyjnego, „zaniechaniem” ustawodawczym (wystarczające jest tutaj stwierdzenie braku przesłanki jakościowej tożsamości pomiędzy materią „pominiętą” a materią uregulowaną w zaskarżonych przepisach oraz pogląd o tym, że kontratypy należą do polityki kryminalnej państwa, której wyraz stanowi treść obowiązującego prawa uchwalanego w konstytucyjnym trybie stanowienia prawa), to postępowanie w tym przedmiocie podlega umorzeniu na podstawie art. 59 ust. 1

pkt 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym - wobec niedopuszczalności wydania orzeczenia.

Jedynie na marginesie trzeba zwrócić uwagę na to, iż Wnioskodawcy w ogóle nie analizują kwestii zawartości normatywnej przepisu art. 231 § 1 k.k., który zawiera formułę: „Funkcjonariusz publiczny, który, przekraczając swoje uprawnienia lub nie dopełniając obowiązków, działa na szkodę interesu publicznego lub prywatnego (...)”. Szczególnie interesujący (i zarazem szczególnie istotny) jest warunek działania przez funkcjonariusza publicznego na szkodę interesu publicznego. Warto bowiem zastanowić się, czy nie byłoby możliwe stwierdzenie, że nie sposób mówić o działaniu na szkodę interesu publicznego, jeżeli funkcjonariusz publiczny, dla ochrony życia lub zdrowia publicznego (czyli dla ochrony interesu publicznego), przekroczy swoje uprawnienia lub nie dopełni obowiązków, naruszając w ten sposób inne, ale mniej wartościowe dobra. Rachunek zysków i strat może bowiem okazać się korzystny dla interesu publicznego. Kwestia ta wymaga oczywiście szerszej zakrojonych analiz. Warto jednak wspomnieć, że - jak wskazują J. Giezek i P. Kardas w kontekście „regulacji COVID'owych” - „[r]etorycznie zdaje się brzmieć pytanie, czy jeśli nadużycie władzy prowadzi m.in. do narażenia interesu publicznego na szkodę, to może być ono jednocześnie realizowane w interesie społecznym. Schizofreniczność odpowiedzi twierdzącej wydaje się w tej sytuacji nieunikniona. Działając w interesie społecznym nie sposób wszak narażać na szkodę interesu publicznego i vice versa. W przypadku zrealizowania tej części znamion przestępstwa nadużycia władzy, które powiązane są z działaniem na szkodę interesu publicznego, nie jest więc możliwe skorzystanie z wyłączającej odpowiedzialność regulacji art. 10c (chodzi o art. 10c ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych [Dz. U. z 2020 r., poz. 374],

wprowadzony przez art. 15 ustawy z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie niektórych ustaw w zakresie systemu ochrony zdrowia związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 [Dz. U. z 2020 r., poz. 567] o następującej treści: <Nie popełnia przestępstwa określonego w art. 231 lub art. 296 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, deliktu dyscyplinarnego ani czynu, o którym mowa w art. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, kto w okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19, nabywając towary lub usługi niezbędne dla zwalczania tej choroby zakaźnej, narusza obowiązki służbowe lub obowiązujące w tym zakresie przepisy, jeżeli działa w interesie społecznym, zaś bez dopuszczenia się tych naruszeń nabycie tych towarów lub usług nie mogłoby zostać zrealizowane albo byłoby istotnie zagrożone>; zgodnie z art. 36 ust. 1 powołanej wyżej ustawy z dnia 2 marca 2020 r. art. 10c utracił moc obowiązującą z dniem 5 września 2020 r. - przyp. wł.), a to z tej prostej przyczyny, że nie da się go zakwalifikować jako leżącego w interesie społecznym. Działanie w tego rodzaju interesie możliwe byłoby do pogodzenia z realizacją znamion przestępstwa z art. 231 k.k. wyłącznie w sytuacji, gdyby funkcjonariusz przekraczający swe uprawnienia lub niedopełniający obowiązku działał na szkodę interesu prywatnego, czyli zazwyczaj jednostkowego, który - teoretycznie rzecz ujmując - można by poświęcić w interesie zbiorowości, a więc właśnie takim, który określany jest jako społeczny” (J. Giezek, P. Kardas, *Wyłączenie odpowiedzialności karnej za nadużycie zaufania i nadużycie władzy publicznej w okresie epidemii - kilka uwag o osobliwościach epizodycznych regulacji prawnych*, Prokuratora i Prawo z 2020 r., nr 7 - 8, s. 23 - 24).

Zarzut niekonstytucyjności, w określonym zakresie, art. 296 § 1, § 1a, § 3 i § 4 k.k.

Przepis art. 296 k.k., *in toto*, ma następującą treść:

„Art. 296. § 1. Kto, będąc obowiązany na podstawie przepisu ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, przez nadużycie udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku, wyrządza jej znaczną szkodę majątkową,

podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

§ 1a. Jeżeli sprawca, o którym mowa w § 1, przez nadużycie udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku, spowoduje bezpośrednio niebezpieczeństwo wyrządzenia znacznej szkody majątkowej,

podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

§ 2. Jeżeli sprawca przestępstwa określonego w § 1 lub 1a działa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej,

podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

§ 3. Jeżeli sprawca przestępstwa określonego w § 1 lub 2 wyrządza szkodę majątkową w wielkich rozmiarach,

podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

§ 4. Jeżeli sprawca przestępstwa określonego w § 1 lub 3 działa nieumyślnie, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

§ 4a. Jeżeli pokrzywdzonym nie jest Skarb Państwa, ściganie przestępstwa określonego w § 1a następuje na wniosek pokrzywdzonego.

§ 5. Nie podlega karze, kto przed wszczęciem postępowania karnego dobrowolnie naprawił w całości wyrządzoną szkodę.”.

W komentarzu do tego przepisu, M. Kulik wyjaśnił, między innymi, że:

- „[p]rzedmiotem ochrony <przestępstwa> nadużycia zaufania są **interesy majątkowe podmiotów, które powierzyły innym osobom prowadzenie swoich interesów** (...). Można przedmiot ten odczytywać także jako zasady uczciwego obrotu gospodarczego w warunkach gospodarki wolnorynkowej”;

- „**[c]zynność wykonawcza** czynu zabronionego przez § 1 polega na wyrządzeniu szkody. Omawiany czyn można popełnić zarówno przez działanie, jak i przez zaniechanie, podjęte wbrew obowiązкови (...). **Należy dodać, że wyrządzenie szkody inaczej niż przez zachowanie podjęte wbrew obowiązкови nie wypełnia znamion omawianego czynu zabronionego** (podkr. wł.)”;

- „**[w]yrządzenie szkody** musi nastąpić przez **nadużycie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków**. Nadużycie uprawnienia polega na zachowaniu bądź przekraczającym je, bądź nawet pozostającym w ich ramach, **lecz podjętym niezgodnie z celem, dla którego uprawnienia zostały sprawcy nadane** [podkr. wł.] (...). Niedopełnienie obowiązków polega albo na całkowitej bierności w sytuacji, kiedy konieczne było podjęcie działania, albo na podjęciu działań niewystarczających dla prawidłowego wywiązania się z obowiązków”;

- „**[o]mawiany czyn ma charakter skutkowy** (...). Skutek stanowi znaczna szkoda majątkowa. Pojęcie to obejmuje zarówno rzeczywisty uszczerbek w majątku (*damnum emergens*), jak i utracone zyski (*lucrum cessans*). (...) Szkoda powinna stanowić typowe następstwo danego zachowania sprawcy prowadzącego cudze sprawy (...). Winna być ona możliwa do wyrażenia w pieniądzu, jednak obejmuje także naruszenie dóbr niematerialnych, jeżeli da się ono ocenić majątkowo (np. utrata dobrego imienia przedsiębiorcy)”;

- „**[p]rzedmiotem czynności wykonawczej** jest mienie, czyli ogół praw o charakterze majątkowym, przynależnych pokrzywdzonemu podmiotowi”;

- „**[p]aragraf 1a tworzy typ uprzywilejowany** w odniesieniu do czynu stypizowanego w § 1. O ile znamieniem czynu zabronionego w § 1 jest spowodowanie skutku w postaci znacznej szkody majątkowej, o tyle w § 1a skutkiem jest spowodowanie bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia takiej szkody. Pojęcie znacznej szkody majątkowej należy zgodnie z art. 115 § 5 i 7 wyklądać tak samo jak na gruncie § 1. Chodzi zatem o szkodę przekraczającą 200 000 zł. Jednak wywołanie takiej szkody nie jest znamieniem czynu opisanego

w § 1a. Wystarczy wywołanie sytuacji, w której powstało bezpośrednio niebezpieczeństwo zaistnienia takiej szkody. Wydaje się, że chodzi o wywołanie przez sprawcę takiej sytuacji, w której niebezpieczeństwo może bez dalszych zachowań z jego strony wywołać zaistnienie znacznej szkody. W wypadku, w którym szkoda rzeczywiście zaistnieje, należy uznać, że czyn wyczerpie ustawowe znamiona czynu zabronionego w § 1”;

- „[t]yp kwalifikowany w stosunku do czynów z § 1 i 2 jest określony w § 3. Znamieniem kwalifikującym jest spowodowanie szkody majątkowej w wielkich rozmiarach”;

- „[j]est to przestępstwo **indywidualne właściwe**. Popęlić je może tylko ten, kto na podstawie przepisu ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy jest obowiązany do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej (...). Tytułem przykładu można wskazać, że będą to m.in. dyrektor przedsiębiorstwa państwowego, członek zarządu w spółce kapitałowej, prokurent, pełnomocnik, radca prawny zajmujący się sprawami majątkowymi jednostki”;

- „[z]ajmowanie się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą oznacza wszelkie czynności podejmowane w ramach tych spraw, przy czym sporne jest, czy chodzi o zachowanie obejmujące nawet udzielanie rad (...), czy chodzi tylko o sytuację, w której sprawca posiada samodzielność decyzyjną w zakresie majątku mocodawcy (...). Mówiąc ogólnie, wątpliwość budzi, czy zajmowaniem się sprawami majątkowymi jest wszystko, co dotyczy w jakikolwiek sposób majątku i sytuacji majątkowej (...), czy może tylko takie zachowanie, które podejmowane jest w ramach, w których sprawca może kształtować sytuację majątkową mandanta (Zawłocki, Gałęski, *Glosa*, s. 1123). Za przekonujące należy uznać argumenty Zawłockiego i Gałęskiego”;

- „[p]ojęcie **działalności gospodarczej** obejmuje zorganizowaną działalność zarobkową, wykonywaną we własnym imieniu i w sposób ciągły (art.

3 ustawy z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców, Dz.U. z 2019 r. poz. 1292 ze zm.)”;

- „[n]ależy podzielić pogląd, że za **osobę zajmującą się cudzymi sprawami majątkowymi** można uznać tylko tego, czyje obowiązki i uprawnienia obejmują łącznie dbałość o uchronienie cudzego mienia przed jakimkolwiek uszczerbkiem, a także jego wykorzystanie tak, by zostało ono powiększone. Nie jest więc osobą zajmującą się sprawami majątkowymi ten, kto ma obowiązek tylko dbać o niepogorszenie cudzego mienia (...). Nie stanowi też zajmowania się cudzymi sprawami majątkowymi i działalnością gospodarczą podejmowanie czynności o charakterze ściśle wykonawczym”;

- „[o]bowiązki danego podmiotu są wyznaczone przez przepis ustawy, decyzję właściwego organu lub umowę. Nie mogą zatem wyznaczać ich akty prawne rangi podustawowej (...). Decyzja właściwego organu winna mieć charakter władczy, choć nie musi być wydana przez organ administracyjny (...). Pojęcie umowy należy wyklądać zgodnie z przepisami prawa cywilnego (...). Umowa taka powinna obejmować wykonywanie określonych czynności na rachunek podmiotu, którego sprawami inna osoba ma się zajmować. Dlatego nie są zajmowaniem się cudzymi sprawami majątkowymi ani cudzą działalnością gospodarczą umowa dzierżawy oraz umowa o dzieło. W tych obu wypadkach bowiem dzierżawca lub osoba wykonująca dzieło działa na własny rachunek i ryzyko”;

- „[s]trona podmiotowa czynów zabronionych w § 1 oraz w § 1 w zw. z § 3 obejmuje umyślność w postaci zarówno zamiaru bezpośredniego, jak i ewentualnego”;

- „[n]ieumyślne nadużycie zaufania jest stypizowane w § 4. Odnosi się ono do typu podstawowego (§ 1) i kwalifikowanego, określonego w § 3”;

- „[k]omentowany przepis pozostaje w zbiegu pozornym z art. 231 (nadużycie służbowe), stanowiąc wobec tego ostatniego *lex specialis* (Skorupka, *Typy*, s. 29; Górniok [w:] Górniok i in.; t. 2, s. 430–431; Kardas [w:] Zoll III, s.

554). Odmienne Zawłocki [w:] Wąsek, Zawłocki II, s. 1325, stojąc na stanowisku, że właściwa w takim wypadku jest kwalifikacja kumulatywna” (M. Kulik, *Komentarz aktualizowany do art. 296 Kodeksu karnego*, http://lex/lex/content.rpc?reqId=1603734122544_248352209).

Wzajemne relacje pomiędzy art. 296 § 1 k.k. a art. 231 k.k. podobnie jak M. Kulik określił P. Kardas, który podniósł, że „**[n]ie zachodzi kumulatywny zbieg między przepisem art. 296 § 1 i przepisem art. 231** (nadużycie służbowe). Artykuł 296 § 1 w zakresie, w jakim obejmuje również funkcjonariuszy publicznych, stanowi *lex specialis* stosunku do art. 231. Przepis ten wyłącza z zakresu zastosowania art. 231 te sytuacje, w których funkcjonariusz publiczny zajmuje się - na podstawie przepisu ustawy, decyzji właściwego organu lub umowy - sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą państwa lub innej instytucji publicznej (np. spółki akcyjnej, spółki z o.o., przedsiębiorstwa państwowego itp.) jako podmiotu gospodarczego. W takim przypadku wyłączone jest zastosowanie art. 231, który kryminalizuje nadużycie zaufania w związku z elementami imperium publicznego powierzonymi sprawcy, w konsekwencji zaś podstawę odpowiedzialności stanowi art. 296 § 1” (P. Kardas, *Komentarz do art. 296 Kodeksu karnego*, http://lex/lex/content.rpc?reqId=1603734509936_1334477566).

W tym miejscu należy zwrócić też uwagę, że jedna z różnic pomiędzy art. 231 k.k. i art. 296 k.k. wynika z odmiennego określenia przez oba te przepisy znamion charakteryzujących czynność wykonawczą (wspomina o niej krótko M. Kulik). O ile bowiem art. 231 k.k. w odniesieniu do **uprawnień funkcjonariuszy publicznych** używa formuły „**przekracza**”, o tyle w art. 296 k.k. jest w tym przypadku użyta formuła „**nadużywa**”.

W powołanym wyżej komentarzu P. Kardas wyjaśnił, że „[r]óżnica między znamieniem <nadużycie uprawnień> a pojęciem <przekroczenie uprawnień> polega na tym, że w przypadku przekroczenia konieczne jest ustalenie, że zachowanie sprawcy nie mieściło się w granicach przyznanych mu

kompetencji. Innymi słowy, konieczne jest wykazanie, że zachowanie się sprawcy formalnie nie mieściło się w zakresie jego uprawnień, że nie był on w ogóle umocowany do podejmowania takich czynności. Natomiast **nadużycie uprawnień może polegać zarówno na zachowaniu się przekraczającym formalnie przyznane sprawcy kompetencje, jak i na zachowaniu mieszczącym się formalnie w ramach posiadanych przez sprawcę uprawnień, lecz stanowiącym niezgodne lub wręcz przeciwne celowi tych kompetencji posługiwanie się nimi.** (...) Nadużycie uprawnień obejmuje zatem także te sytuacje, w którym zachowanie się sprawcy należy do zakresu przyznanych mu kompetencji, lecz w danym konkretnym wypadku nie istniały podstawy do jego podjęcia, nie miało ono dostatecznego uzasadnienia. Nadużycie uprawnień to zatem także zachowanie formalnie mieszczące się w ramach posiadanych kompetencji, jednak **realizowane sprzecznie z racjonalnie rozumianymi zadaniami powierzonymi sprawcy, wykonywanie czynności lub podejmowanie decyzji bez dostatecznego uzasadnienia, pozbawionych gospodarczego lub majątkowego sensu** (...). Istotnym elementem służącym do oceny, czy doszło do tak rozumianego nadużycia uprawnień, są **dookreślające treść uprawnień reguły dobrego gospodarowania.** (...)

Przez **cel uprawnień** należy rozumieć w najogólniejszym ujęciu **interesy majątkowe lub gospodarcze mocodawcy.** Nadużycie uprawnień może oznaczać **szczególnie wadliwy z punktu widzenia racjonalnego gospodarza wybór celów, środków lub sposobów zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą.** Nadużycie uprawnień może także przyjmować postać bezpodstawnego poszerzania przez sprawcę zakresu posiadanych kompetencji, prowadzącego do wykroczenia poza granice posiadanej władzy” (P. Kardas, *Komentarz..., op. cit.*).

Na kolejne różnice pomiędzy art. 296 k.k. a art. 231 k.k. zwrócił uwagę Sąd Apelacyjny w Krakowie, który w wyroku z dnia 25 października 2017 r., w sprawie o sygn. akt II AKa 128/16, powołując się na orzecznictwo Sądu

Najwyższego, stwierdził, że „[p]rzestępstwo nadużycia władzy przez funkcjonariusza publicznego (art. 231 k.k.) oraz przestępstwo nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym (art. 296 k.k.) charakteryzują się podobnymi znamionami określającymi czynność sprawczą. W przypadku pierwszego z nich czynność wykonawcza **polega na przekroczeniu uprawnień lub niedopełnieniu obowiązków i działaniu w ten sposób na szkodę interesu publicznego lub prywatnego** (podkr. wł.). W przypadku drugiego zachowanie sprawcy **polega na nadużyciu udzielonych mu uprawnień lub niedopełnieniu ciążącego na nim obowiązku, prowadzących do wyrządzenia znacznej szkody majątkowej lub spowodzenia bezpośredniego niebezpieczeństwa jej wyrządzenia** (podkr. wł.). Oba te przestępstwa mogą być popełnione przez działanie lub zaniechanie, oba też mają materialny charakter (zob. Uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 roku, I KZP 24/12, OSNKW 2013/2/12). Do ich znamion należy skutek, który w przypadku przestępstwa z art. 231 § 1 k.k. materializuje się w wystąpieniu niebezpieczeństwa powstania szkody w interesie publicznym lub prywatnym, zaś w przypadku przestępstwa z art. 296 § 1 i § 1a k.k. polega na wyrządzeniu mocodawcy znacznej szkody majątkowej lub spowodzeniu bezpośredniego niebezpieczeństwa jej wyrządzenia. **Przestępstwa te mają natomiast różny przedmiot ochrony** (podkr. wł.). W przypadku przestępstwa z art. 231 k.k. jest nim prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwowych i samorządu terytorialnego. Z kolei art. 296 k.k. chroni prawidłowo funkcjonujący obrót gospodarczy w warunkach gospodarki wolnorynkowej. Warto zauważyć, że Sąd Najwyższy wielokrotnie wypowiadał się w przedmiocie relacji zachodzących pomiędzy tymi przestępstwami. W wyroku z dnia 2 czerwca 2009 roku (IV KK 11/09, Lex nr 512109), który skład orzekający w niniejszej sprawie podzielił, Sąd Najwyższy stwierdził, że podstawowe kryterium rozgraniczające przestępstwo nadużycia zaufania, o którym mowa w art. 296 § 1-4 k.k., od przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, penalizowanego w art. 231 § 1 - 3 k.k.

wynika z naruszenia kompetencji przez funkcjonariusza publicznego w innej sferze działalności instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego (podkr. wł.). W zależności od różnych sfer ich działalności, funkcjonariusz publiczny występuje też w różnych rolach. **Jeżeli więc przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków przez niego nastąpiło w sferze imperium funkcji władczych przysługujących tym instytucjom, wówczas dopuszcza się on przestępstwa tzw. nadużycia władzy i podstawą penalizacji są wyłącznie przepisy art. 231 k.k. (podkr. wł.).**

Natomiast, gdy funkcjonariusz publiczny **zajmuje się z mocy ustawy czy decyzji odpowiedniego organu sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego w sferze uprawianej przez nie działalności gospodarczej jako podmiotów gospodarczych (podkr. wł.), wyrządzenie szkody majątkowej na skutek nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków, stanowi przestępstwo tzw. nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym z art. 296 k.k.**” (LEX nr 2695644).

Zdaniem Wnioskodawców, przepisy art. 296 § 1, § 1a, § 3 i § 4 k.k. naruszają powołane w *petitum* wniosku wzorce konstytucyjnej kontroli w zakresie, w jakim przewidują odpowiedzialność karną funkcjonariuszy publicznych i członków zarządów spółek z udziałem Skarbu Państwa za zachowanie mające na celu ochronę życia lub zdrowia publicznego, podjęte w sytuacji występowania uzasadnionego ryzyka zagrożenia dla tych dóbr, **gdy jednocześnie dobro poświęcone nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego.**

W ocenie Wnioskodawców, w przypadku przestępstw z art. 296 § 1, § 1a, § 3 i § 4 k.k. w odniesieniu do funkcjonariuszy publicznych oraz członków zarządów spółek Skarbu Państwa „niemożliwe wydaje się powołanie na stan wyższej konieczności”, o którym mowa w art. 26 k.k., oraz, w zakresie możliwości powołania się na stan wyższej konieczności przy przestępstwach z

art. 296 k.k., „aktualne są także uwagi poczynione we wcześniejszej części wniosku (dotyczącego przestępstw z art. 231 § 1 i 3 k.k. - przyp. wł.) w odniesieniu do funkcjonariuszy publicznych” (*vide* - uzasadnienie wniosku, s. 9).

Aprobując wypowiediany w doktrynie (*vide* na przykład - powołany wcześniej komentarz M. Kulika i P. Kardasa do art. 296 Kodeksu karnego) i powtórzony przez Wnioskodawców pogląd, że **przepis art. 296 k.k. pozostaje w zbiegu pozornym z art. 231 k.k., stanowiąc wobec tego ostatniego *lex specialis*** (choć trzeba odnotować, że w tym względzie w doktrynie wypowiedane są także **nieliczne poglądy odmienne**, zgodnie z którymi zachowanie funkcjonariusza publicznego wyczerpujące znamiona przestępstw z art. 296 k.k. **należy kwalifikować kumulatywnie z art. 231 i 296 k.k.**, *vide* na przykład - komentarz R. Zawłockiego do art. 296 k.k., [w:] *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze. Tom 9. 2. wydanie. Redaktor prof. UAM dr hab. Robert Zawłocki*, Wydawnictwo C. H. BECK i Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2015, s. 476), wypada zauważyć, iż **zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie sądowym brakuje** wypowiedzi wskazujących, czy mechanizm wyłączający bezprawność, o którym mowa w art. 26 § 1 k.k., odnosi się/nie odnosi się do czynów z art. 296 § 1, § 1a, § 3 i § 4 k.k.

W związku z tym nie wiadomo, na jakiej podstawie Wnioskodawcy, w okolicznościach przez siebie wskazanych (*vide* - pkt 2 *petitum* wniosku), **zdecydowanie wyłączają** legalność działań funkcjonariuszy publicznych i członków zarządów spółek z udziałem Skarbu Państwa, wyczerpujących znamiona przestępstwa nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym, w oparciu o kontratyp stanu wyższej konieczności.

Tymczasem na możliwość zastosowania wspomnianego kontratypu do przestępstwa nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym we wszystkich jego odmianach (typach) mogą, jak się wydaje, wskazywać różnice pomiędzy opisem znamion tych przestępstw a opisem znamion przestępstw z art. 231 k.k., popełnianych przez funkcjonariuszy publicznych.

Wszak wiadomo, że oba te przestępstwa (z art. 231 k.k. i z art. 296 k.k.) we wszystkich swych odmianach różnią się między sobą tak bardzo, że, jak przeważnie jest przyjmowane w doktrynie (i ten pogląd należy zaakceptować), **art. 296 k.k. stanowi wobec art. 231 k.k. *lex specialis*.**

Choć wcześniej była już o tym mowa, to jednak w tym miejscu po raz kolejny trzeba zwrócić uwagę na to, że podstawowym kryterium rozgraniczającym popełnione przez funkcjonariuszy publicznych przestępstwa z art. 231 k.k. od przestępstw z art. 296 k.k. jest przede wszystkim **naruszenie przez tych funkcjonariuszy kompetencji w dwóch odmiennych sferach działalności instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego** (*vide* - powołany wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2009 r., w sprawie o sygn. akt IV KK 11/09).

I o ile funkcjonariusz publiczny dopuszcza się czynu z art. 231 k.k., jeżeli przekroczenie przez niego uprawnień lub niedopełnienie obowiązków **nastąpiło przy wykonywaniu przez tego funkcjonariusza władzy publicznej (w sferze imperium funkcji władczych** przysługujących instytucjom państwowym lub samorządu terytorialnego), o tyle w sytuacji, gdy wspomniane przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków nie nastąpiło przy wykonywaniu przez funkcjonariusza publicznego władzy publicznej, lecz w związku z zajmowaniem się przez tego funkcjonariusza z mocy ustawy czy decyzji odpowiedniego organu **sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego w sferze uprawianej przez te instytucje działalności gospodarczej jako podmiotów gospodarczych**, funkcjonariusz publiczny odpowiada za przestępstwo z art. 296 k.k.

Inaczej mówiąc, podczas gdy art. 231 k.k. kryminalizuje nadużycie zaufania w związku z elementami imperium publicznego powierzonego sprawcy (**sprawcą może być tylko funkcjonariusz publiczny**), to art. 296 k.k. kryminalizuje nadużycie zaufania państwa lub innej instytucji publicznej (np.

przedsiębiorstwa państwowego) jako podmiotu gospodarczego przez sprawcę (sprawcą może być zarówno funkcjonariusz publiczny jak i inny podmiot), któremu powierzono zajmowanie się w tychże instytucjach **sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą**.

Wypada też zauważyć, iż ograniczenie we wniosku Grupy posłów na Sejm zakresu zaskarżenia odmian przestępstwa nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym, określonych w art. 296 § 1, § 1a, § 3 i § 4 k.k., tylko do funkcjonariuszy publicznych oraz członków zarządów spółek z udziałem Skarbu Państwa, wskazuje, że nałożony na te dwie grupy podmiotów **obowiązek zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą wynika z decyzji właściwego organu**.

Do osób, których obowiązek ten wynika z decyzji właściwego organu, zalicza się bowiem, w szczególności, „funkcjonariuszy wszelkich instytucji prawa publicznego oraz osoby wykonujące czynności zlecone w zakresie zarządu państwowego, a także osoby, które nie są funkcjonariuszami publicznymi, lecz pełnią funkcje w państwowych jednostkach organizacyjnych albo gospodarują mieniem” (P. Kardas, *Komentarz do art. 296 Kodeksu karnego, op. cit.*).

Z kolei, przy ustaleniu roli, w jakiej, w konkretnej sprawie, występuje funkcjonariusz publiczny, „pomocne będzie z pewnością orzecznictwo Sądu Najwyższego wskazujące, iż **za osobę zajmującą się cudzymi sprawami majątkowymi** (podkr. wł.) można uznać tylko tego, kogo obowiązki i uprawnienia obejmują łącznie zarówno dbałość o uchronienie powierzonego mienia przed uszczerbkiem, zniszczeniem lub zagubieniem, pogorszeniem stanu interesów majątkowych, jak i wykorzystanie tego mienia w procesie gospodarowania w taki sposób, aby zostało ono powiększone lub wzrosła jego wartość (por. wyrok z dnia 5 stycznia 2000 r., V KK 192/99, LEX nr 50986; postanowienia: z dnia 27 kwietnia 2001 r., I KZP 7/01, OSNKW 2001, z. 7 - 8, poz. 55 i z dnia 3 listopada 2004 r., IV KK 173/04, R-OSNKW 2004, poz. 1981)”

[uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2009 r., w sprawie o sygn. akt IV KK 11/09, *op. cit.*].

Ustalenia zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2009 r. doprecyzował P. Kardas, który stwierdził, że „<Zajmowanie się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą> cechuje **samodzielność decyzyjna**, a więc prawo do podejmowania decyzji i ich realizacji. Od tak rozumianego <zajmowania się> należy odróżniać czynności wyłącznie wykonawcze, jakie realizowane są przez osoby wykonujące zadania pozbawione samodzielności decyzyjnej (...). Zasadnie interpretując te elementy znamion typu czynu zabronionego w orzecznictwie, akcentuje się, że **okolicznością decydującą o zaliczeniu określonych osób do kategorii zdalnych podmiotów sprawczych przestępstwa z art. 296 decyduje posiadane przez nich władztwo kształtujące ich możliwości decyzyjne wobec spraw majątkowych lub działalności gospodarczej innej osoby, wynikające z istniejącego stosunku powierniczego, przesądzające, że mają one uprawnienie i obowiązek zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą danej osoby co najmniej w powierzonym im fragmencie** (por. wyrok SA w Katowicach z dnia 27 października 2005 r., II AKa 88/05). Stąd też przesłanki charakteryzujące podmiot sprawczy przestępstwa przewidzianego w art. 296 spełniają osoby, które co prawda nie wchodzą w skład statutowych władz danego podmiotu (np. spółki prawa handlowego, spółdzielni, stowarzyszenia), ale zajmują w jej strukturze wewnętrznej stanowisko kierownicze (np. stanowisko dyrektora lub zastępcy dyrektora) wyodrębnionego działu posiadając kompetencje do zarządzania powierzonym im zakresem działalności gospodarczej lub spraw majątkowych tego podmiotu” (P. Kardas, *Komentarz do art. 296 Kodeksu karnego, op. cit.*).

P. Kardas zwrócił przy tym uwagę na to, że „[w] pojęciu **działalności gospodarczej mieszczą się działania podejmowane przez funkcjonariuszy publicznych reprezentujących interesy państwa lub instytucji komunalnych**

(gmin, związków międzygminnych), **jeżeli występują one jako podmioty gospodarcze, równoprawne z innymi uczestnikami obrotu gospodarczego, i prowadzą działalność zarobkową.** Do działalności gospodarczej nie zalicza się natomiast tzw. organizacyjno-gospodarcza działalność państwa, z uwagi na prowadzenie tej działalności w celach innych niż zarobkowe. Jak słusznie stwierdza O. Górniok: <Skoro przedmiotem ochrony art. 296 są interesy majątkowe lub działalność gospodarcza prowadzona w celach zarobkowych, to **przepis ten nie obejmuje zasięgiem kryminalizacji władczych funkcji państwa lub innych instytucji publicznych,** polegających na organizowaniu sfery działalności gospodarczej, stosownie do przyjętej polityki ekonomicznej> (por. O. Górniok, *Prawo karne gospodarcze...*, s. 13). **Nadużycia uprawnień lub niedopełnienie obowiązków przez funkcjonariuszy publicznych w tej sferze mogą być kryminalizowane na podstawie art. 231 (podkr. wł.)” [ibidem].**

Podsumowując dotychczasowe rozważania, należy stwierdzić, że:

- o ile przedmiotem ochrony w przypadku przestępstwa z art. 231 k.k. jest prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwowych i samorządu terytorialnego, a także wynikający z tego ich autorytet, o tyle **art. 296 k.k. udziela ochrony zasadam uczciwego obrotu gospodarczego w warunkach gospodarki wolnorynkowej** (dobrem chronionym jest tutaj prawidłowość [pewność] obrotu gospodarczego);

- o ile przedmiotem czynności wykonawczej w przypadku czynu zabronionego określonego w art. 231 k.k. jest **interes (pożytek, korzyść) publiczny** (interes publiczny to między innymi interes ogółu obywateli, pewnych grup społecznych, interes zrzeszeń prawa publicznego, władz i urzędów państwowych i samorządowych) **bądź interes prywatny**, o tyle, w przypadku czynu zabronionego określonego w art. 296 k.k., **przedmiotem czynności wykonawczej jest majątek, a więc ogół praw majątkowych przysługujących podmiotowi, którego sprawami zajmuje się sprawca;**

- określonego w art. 296 k.k. przestępstwa nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym może **dopuszczać się nie tylko funkcjonariusz publiczny, jak w przypadku przestępstwa z art. 231 k.k., ale też inny podmiot** (każda osoba, o ile, w rozumieniu tego przepisu, zajmuje się „sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą osoby fizycznej, prawnej albo jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej”);

- przestępstwa z art. 296 k.k. dopuszcza się funkcjonariusz publiczny poprzez **nadużycie udzielonych mu uprawnień** lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku, które następuje **w sferze posiadanego przez tego funkcjonariusza władztwa kształtującego jego możliwości decyzyjne wobec spraw majątkowych lub działalności gospodarczej mocodawcy, wynikające z istniejącego stosunku powierniczego** (stosunku łączącego funkcjonariusza publicznego z mocodawcą), gdy tymczasem przestępstwa z art. 231 k.k. dopuszcza się funkcjonariusz publiczny poprzez **przekroczenie swoich uprawnień** lub niedopełnienie obowiązków, które następuje **w sferze imperium funkcji władczych przysługujących instytucjom państwowym lub samorządu terytorialnego**;

- pojęcie „nadużycie uprawnień” z art. 296 k.k. **różni się znaczeniowo od** pojęcia „przekroczenie uprawnień”, jakim ustawodawca posłużył się, określając znamiona charakteryzujące czynność wykonawczą przestępstwa z art. 231 k.k. (szerzej na ten temat w, powołanym we wcześniejszym fragmencie niniejszego stanowiska, komentarzu P. Kardasa do art. 296 k.k.);

- o ile skutkiem przestępnego działania (zaniechania) sprawcy przestępstwa z art. 296 k.k. jest **wyłącznie szkoda majątkowa** (znaczna - § 1 i wielka - § 3) [albo spowodowanie bezpośredniego niebezpieczeństwa wyrządzenia takiej szkody], zaś pokrzywdzonym jest osoba fizyczna, prawna albo jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, przy czym sprawca zajmuje się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą pokrzywdzonego (**sprawca wyrządza znaczną szkodę w majątku mocodawcy**), o tyle skutkiem

przestępnego działania (zaniechania) sprawcy przestępstwa z art. 231 k.k. jest wystąpienie niebezpieczeństwa powstania szkody w interesie publicznym lub prywatnym (typ umyślny - art. 231 § 1 k.k.), ewentualnie wyrządzenie istotnej szkody w interesie publicznym lub prywatnym (typ nieumyślny - art. 231 § 3 k.k.), przy czym **w przypadku przestępstwa z art. 231 k.k. nie chodzi jedynie o istotną szkodę materialną (bądź niebezpieczeństwo powstania takiej szkody).**

Odmienny przedmiot ochrony oraz różnice w konstrukcji normatywnej czynów z art. 231 k.k. i 296 k.k. podają w wątpliwość tezę Wnioskodawców, że w odniesieniu do czynów określonych w art. 296 § 1, § 1a, § 3 i § 4 k.k. kontratyp z art. 26 § 1 k.k. **nie może mieć zastosowania.**

W tym zakresie nie wydaje się, aby owa teza **rzeczywiście wynikała**, tak jak przekonuje Grupa posłów na Sejm, z analizy obowiązujących regulacji.

W każdym razie analiza ta nie może być uznana za wystarczającą.

Powyższe uwagi są tym bardziej zasadne, jeżeli zważyć, iż w pewnych stanach faktycznych, kwalifikowanych jako przestępstwo nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym, **możliwe jest zastosowanie art. 26 § 5 k.k.** (przepis ten dopuszcza stosowanie „odpowiednio”, między innymi, kontratypu stanu wyższej konieczności z art. 26 § 1 k.k. „w wypadku, gdy z ciężących na sprawcy obowiązków tylko jeden może być spełniony”).

W komentarzu do art. 296 k.k. P. Kardas, odnosząc się do powstającej na gruncie tego przepisu sytuacji konfliktowej, gdy „**jedna i ta sama osoba zajmuje się sprawami majątkowymi dwóch różnych podmiotów** (np. Skarbu Państwa i osoby prawnej), między którymi dochodzi do kolizji interesów”, wyjaśnił, że „[j]eżeli dana osoba wypełnia obowiązki racjonalnego postępowania w stosunku do jednego z tych podmiotów, to może się zdarzyć, że jednocześnie nie dopełnia obowiązków lub nadużywa uprawnień w stosunku do drugiego z nich i wyrządza mu szkodę majątkową. Wydaje się, że **pewna część opisanych wyżej**

przypadków może znaleźć rozstrzygnięcie na podstawie art. 26 § 5, regulującego kwestie kolizji obowiązków ciążących na sprawcy. Do zastosowania tego przepisu konieczne jest stwierdzenie, że w zaistniałej sytuacji faktycznej ciążące na danej osobie obowiązki związane z zajmowaniem się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą dwóch różnych podmiotów nie mogły być jednocześnie przez nią wykonane (...). W zależności od proporcji wartości dóbr, dla zachowania których powinny być wypełnione pozostające ze sobą w konflikcie obowiązki, kolizja obowiązków będzie stanowić podstawę do wyłączenia bezprawności czynu lub wyłączenia winy [podkr. wł.] (...). W pewnych sytuacjach możliwe jest także odwołanie się do szczególnej sytuacji motywacyjnej, w której znalazł się sprawca, będącej okolicznością wyłączającą lub umniejszającą winę. Możliwość takiego rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności karnej stwarza zawarta w art. 1 § 3 negatywnie ujęta ogólna klauzula zawinienia” (P. Kardas, *Komentarz, op. cit.*).

Ponadto, w ocenie P. Kardasa, na gruncie art. 296 k.k., „z punktu widzenia przewidzianej w art. 26 § 5 instytucji kolizji obowiązków, kontratypu stanu wyższej konieczności, stanu wyższej konieczności jako okoliczności wyłączającej winę, pozaustawowych okoliczności wyłączających winę” mogą być także oceniane „działania podejmowane w celu obrony przed wrogiem przejęciem” (*ibidem*).

W tym miejscu konieczne wydaje się przypomnienie, że w dotychczasowym orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny konsekwentnie przyjmował, iż „[n]a każdym etapie postępowania Trybunał zobowiązany jest (...) badać, czy nie zaistniała ujemna przesłanka proceduralna stanowiąca podstawę do obligatoryjnego umorzenia tego postępowania.

W tym kontekście Trybunał uwzględnił przede wszystkim to, że wniosek o dokonanie przez Trybunał kontroli konstytucyjności określonej regulacji musi spełniać - poza ogólnymi wymaganiami dotyczącymi pism procesowych - również szereg innych warunków formalnych właściwych dla natury postępowania przed

Trybunałem, takich jak **precyzyjne oznaczenie przedmiotu zaskarżenia wraz z wykładnią** (podkr. wł.), wskazanie adekwatnych wzorców kontroli wraz z wykładnią, określenie problemu konstytucyjnego oraz zarzutów niekonstytucyjności, a ponadto **przedstawienie przekonujących argumentów lub dowodów uzasadniających trafność zarzutów** [podkr. wł.] (zob. art. 47 ust. 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, Dz. U. poz. 2072; dalej: uoTK). Zgodnie z zasadą związania Trybunału granicami zaskarżenia (art. 67 uoTK), sposób oznaczenia przez wnioskodawcę przedmiotu zaskarżenia i wzorców oraz treść zarzutów wyznaczają ramy orzekania Trybunału w konkretnej sprawie. Uchybienie przez wnioskodawcę wymaganiom formalnym skutkuje obligatoryjnym umorzeniem postępowania z uwagi na niedopuszczalność wydania wyroku (art. 59 ust. 1 pkt 2 uoTK). W szczególności o konieczności umorzenia postępowania przesądzić może nazbyt ogólnikowe lub niejasne uzasadnienie wniosku, albo też **takie uzasadnienie, które nie pozostaje w związku z zakwestionowaną regulacją** (podkr. wł.) i przywołanymi wzorcami kontroli.

Trybunał wziął ponadto pod uwagę zasadę, że to na wnioskodawcy spoczywa ciężar udowodnienia niezgodności zaskarżonych przepisów ze wskazanymi wzorcami kontroli. **Dopóki wnioskodawca nie powoła konkretnych i przekonujących argumentów prawnych na rzecz tezy o niekonstytucyjności, dopóty Trybunał - kierując się domniemaniem konstytucyjności - uznawać będzie badane przepisy za konstytucyjne** (podkr. wł.). Trybunał nie może ponadto wyręczać wnioskodawcy w doborze argumentacji właściwej do podnoszonych wątpliwości ani też - wychodząc poza granice określone we wniosku - modyfikować zakres lub podstawy kontroli. Trybunał nie ma bowiem konstytucyjnej legitymacji do orzekania z własnej inicjatywy, a do tego taka praktyka <poprawiania> wniosków mogłaby *de facto* prowadzić” (uzasadnienie postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 marca 2017 r., w sprawie o sygn. akt K 40/13, OTK ZU seria A z 2017 r., poz. 12).

Reasumując, należy stwierdzić, że Wnioskodawcy nie powołali konkretnych i przekonujących argumentów prawnych na rzecz swojej tezy o niekonstytucyjności art. 296 § 1, § 1a, § 3 i § 4 k.k., w określonym zakresie, co jednocześnie oznacza, że postępowanie w przedmiocie kontroli zgodności także tych przepisów - w zakresie, w jakim „przewidują odpowiedzialność karną funkcjonariuszy publicznych i członków zarządów spółek z udziałem Skarbu Państwa za zachowanie mające na celu ochronę życia lub zdrowia publicznego, podjęte w sytuacji występowania uzasadnionego ryzyka zagrożenia dla tych dóbr, gdy jednocześnie dobro poświęcone nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego” - z art. 45 ust. 1 w związku z art. 2, art. 38 i art. 68 Konstytucji, podlega umorzeniu na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym - wobec niedopuszczalności wydania orzeczenia.

Jedynie na marginesie trzeba odnotować, że uzasadnienie zarzutu niekonstytucyjności art. 296 § 1, § 1a, § 3 i § 4 k.k., sformułowane przez Grupę posłów na Sejm, **nie wydaje się konsekwentne.**

Argumentacja Wnioskodawców opiera się na założeniu, iż przepisy art. 296 § 1, § 1a, § 3 i § 4 k.k., w zaskarżonym zakresie, są niezgodne z Konstytucją, ponieważ do czynów tamże określonych kontratyp z art. 26 § 1 k.k. nie może mieć zastosowania.

Stąd należy wnioskować, że gdyby do czynów tych kontratyp z art. 26 § 1 k.k. miał zastosowanie, to Wnioskodawcy nie domagaliby się stwierdzenia niekonstytucyjności art. 296 § 1, § 1a, § 3 i § 4 k.k., bowiem w sytuacji opisanej pkt 2 *petitum* wniosku realizacja ustawowych znamion kontratypu z art. 26 § 1 k.k. skutecznie zapobiegłaby karalności funkcjonariuszy publicznych i członków zarządów spółek z udziałem Skarbu Państwa za jednoczesne zrealizowanie znamion powołanych wyżej odmian (typów) przestępstwa nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym.

Intencją Wnioskodawców, wynikającą z treści sformułowanego zarzutu wniosku, jest, aby funkcjonariusze publiczni i członkowie zarządów spółek z udziałem Skarbu Państwa nie ponosili odpowiedzialności karnej „**za zachowanie mające na celu ochronę życia lub zdrowia publicznego** (podkr. wł.), podjęte w sytuacji występowania uzasadnionego ryzyka zagrożenia dla tych dóbr, gdy jednocześnie dobro poświęcone nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego”.

Tymczasem kontratyp z art. 26 § 1 k.k. przewiduje, że „[n]ie popełnia przestępstwa, kto **działa w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jakimkolwiek dobru chronionemu prawem, jeżeli niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć** (podkr. wł.), a dobro poświęcone przedstawia wartość niższą od dobra ratowanego.”.

Powyższe wskazuje na to, że, po pierwsze, w obu przypadkach (*vide* - sytuacja opisana w zarzucie wniosku, w której funkcjonariusze publiczni i członkowie zarządów spółek z udziałem Skarbu Państwa nie powinni, zdaniem Wnioskodawców, odpowiadać karne za przestępstwo nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym, *vide* - kontratyp z art. 26 § 1 k.k.) **inny jest cel działania sprawcy** (odpowiednio - „zachowanie mające na celu ochronę, podjęte w sytuacji występowania uzasadnionego ryzyka zagrożenia” oraz „działanie w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego”) a, po drugie i chyba najważniejsze, w sytuacji opisanej przez Wnioskodawców w zarzucie wniosku (o czym wcześniej już wspomniano przy okazji prezentacji znamion kontratypu stanu wyższej konieczności), **brak ujęcia przesłanki subsydiarności**.

W tym stanie rzeczy należy dojść do wniosku, że treść wspomnianego zarzutu **w istocie określa nowe, nieznanne Kodeksowi karnemu, przesłanki uchylenia bezprawności karnej czynu zabronionego, umożliwiając stosowanie tej instytucji w szerszym niż dotychczas zakresie** (choćby na skutek pominięcia wymogu subsydiarności).

Wydanie w takiej sytuacji przez Trybunał Konstytucyjny wyroku negatoryjnego mogłoby być poczytywane jako zastępowanie ustawodawcy w określaniu treści prawa pozytywnego i oznaczać **wykroczenie przez Trybunał poza sferę kontroli prawa poprzez stworzenie nowego kontratypu.**

W postanowieniu z dnia 7 sierpnia 1998 r., w sprawie o sygn. akt Ts 83/98, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że *„przedmiotem postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (...) może być wyłącznie akt normatywny (jego konkretny przepis), na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o wolnościach lub prawach, albo obowiązkach określonych w Konstytucji. Konsekwencją ewentualnego stwierdzenia przez Trybunał Konstytucyjny niezgodności z Konstytucją byłoby wyeliminowanie zakwestionowanego przepisu z systemu prawnego. Trybunał spełnia więc rolę «ustawodawcy negatywnego», nie ma natomiast żadnych kompetencji prawotwórczych”* (OTK ZU nr 5/1998, poz. 81, *vide* też - postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 września 2019 r., w sprawie o sygn. akt SK 5/18, OTK ZU seria A z 2019 r., poz. 56).

Z tych wszystkich względów, wnoszę jak na wstępie.

z upoważnienia
Prokuratora Generalnego
Robert Hejman
Zastępcę Prokuratora Generalnego