

Program Przeciw Korupcji

Warszawa 2004



FUNDACJA
BATOREGO
IM. STEFANA

Dostosowanie prawa polskiego do instrumentów międzynarodowych dotyczących korupcji raport

autor:
Celina Nowak



Spis treści

| | | |
|------|---|-----------|
| I. | Wprowadzenie – historia walki z korupcją na arenie międzynarodowej..... | 2 |
| II. | Wybrane konwencje międzynarodowe..... | 3 |
| | 1. Konwencja OECD o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych z dnia 17 grudnia 1999 r..... | 3 |
| | 2. Konwencja Prawnokarna Rady Europy o korupcji z dnia 27 stycznia 1999..... | 9 |
| | 3. Konwencja Rady Europy o przeciwdziałaniu korupcji w prawie cywilnym | |
| | 4. z dnia 4 listopada 1999 r..... | 21 |
| III. | Zarys regulacji unijnych | 27 |
| IV. | Implementacja instrumentów międzynarodowych do prawa polskiego..... | 35 |
| | 1. Prawo karne materialne..... | 35 |
| | 2. Prawo karne procesowe..... | 58 |
| | 3. Prawo cywilne..... | 61 |
| | 4. Inne stawy..... | 69 |
| | 5. Stosowanie nowych regulacji – próba analizy..... | 76 |
| V. | Wnioski..... | 79 |

I Wprowadzenie

Zgodnie z oświadczeniami historyków, korupcja jest – jeśli nie tak stara jak ludzkość – to na pewno co najmniej tak stara jak instytucje państwowe. Kwitła w starożytnym Rzymie, przeżerała instytucje sarmackiej Polski i całkiem nieźle funkcjonuje w dzisiejszym świecie globalnego rynku. Walka z korupcją przez lata toczona była niezależnie przez poszczególne państwa. Jednak od początku lat 90. XX wieku społeczność międzynarodowa zaczęła traktować korupcję jako problem o wymiarze globalnym. Spowodowało to zjednoczenie i zintensyfikowanie wysiłków mających ograniczać korupcję na poziomie międzynarodowym.

W walkę z korupcją i tworzenie mechanizmów jej zapobiegających zaangażowane są praktycznie wszystkie organizacje międzynarodowe, tak na poziomie regionalnym, jak i globalnym. Tworzą one liczne dokumenty, zarówno niezobowiązujące prawnie, takie jak zalecenia, jak i dokumenty o charakterze wiążącym, jak na przykład konwencje. Chronologicznie najwcześniej dotyczące korupcji dokumenty o charakterze wiążącym zaczęły przyjmować organizacje regionalne – w Europie pierwsza była Unia Europejska. Chodzi tu zwłaszcza o Protokół do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z dnia 27 września 1996 r. oraz o Konwencję w sprawie zwalczania korupcji funkcjonariuszy Wspólnot Europejskich lub funkcjonariuszy państw członkowskich Unii Europejskiej z dnia 26 maja 1997 r. Dopiero w październiku ubiegłego roku Konwencję przeciwko korupcji przyjęła Organizacja Narodów Zjednoczonych (otwarta do podpisu w dniu 11 grudnia 2003 r.). Taka droga najlepiej świadczy o wzrastającym ogólnoświatowym zainteresowaniu zagadnieniem walki z korupcją i zwiększeniu jego znaczenia w odbiorze globalnym.

Polska zaczęła swoje ustawodawstwo dostosowywać z początkiem XXI wieku do wymogów zawartych w instrumentach międzynarodowych tworzonych przez organizacje międzynarodowe, których jest stroną. Najpierw wprowadzono przepisy o korupcji funkcjonariuszy publicznych państw obcych lub organizacji międzynarodowych, następnie regulacje dotyczące nowych typów przestępstw korupcyjnych, wcześniej nieistniejących w prawie polskich.

Przedmiotem niniejszego opracowania jest zbadanie stanu dostosowania prawa polskiego do trzech instrumentów międzynarodowych: Konwencji OECD o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych z dnia 17 grudnia 1997 r., Konwencji Prawnokarna Rady Europy o korupcji z dnia 27 stycznia 1999 r. oraz Konwencji Rady Europy o przeciwdziałaniu korupcji w prawie cywilnym z dnia 4 listopada 1999 r., których Polska jest od niedawna stroną.

W raporcie najpierw przedstawiono zasadnicze materialne postanowienia trzech powyższych dokumentów. Następnie zarysowano najważniejsze regulacje Unii Europejskiej dotyczące korupcji, co jest użyteczne dlatego, że służyły one jako źródło inspiracji dla twórców omawianych konwencji. Trzecia część poświęcona jest przeglądowi ustawodawstwa polskiego pod kątem stopnia dostosowania do trzech powyższych konwencji. Badania dotyczyły głównie polskiego prawa karnego, cywilnego, pracy i bankowego.

II Wybrane konwencje międzynarodowe

1. Konwencja OECD o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych z dnia 17 grudnia 1997 r.

Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (dalej zwana „OECD”), zrzeszająca najbogatsze i najbardziej rozwinięte państwa świata, od końca lat 80. XX. wieku wyrażała zaniepokojenie zwiększającym się zagrożeniem korupcją w ramach transakcji handlowych z elementem zagranicznym. W opinii państw zrzeszonych w OECD korupcja stanowi lub może stanowić zagrożenie dla wolnego handlu i swobody konkurencji na rynkach międzynarodowych. Inicjatywa kompleksowego zajęcia się tym zagadnieniem pochodziła od Stanów Zjednoczonych, które jako jedyne państwo członkowskie OECD przyjęły wewnętrzne przepisy, zabraniające przekupywania zagranicznych funkcjonariuszy publicznych amerykańskim przedsiębiorstwom zaangażowanym w prowadzenie działalności gospodarczej za granicą, zwłaszcza w państwach rozwijających się, na przykład w celu uzyskania nowych zleceń lub wyższych wynagrodzeń (*Foreign Corrupt Practices Act* z 1977 r.). Regulacja ta stawiała przedsiębiorstwa amerykańskie w gorszej pozycji od ich konkurentów z innych państw, którzy mogli swobodnie korumpować zagranicznych funkcjonariuszy publicznych, zwiększając tym samym swoją atrakcyjność na rynku i zyski oraz godząc w zasadę wolnej i uczciwej konkurencji. USA naciskały na wyrównanie w tym względzie pozycji wszystkich podmiotów gospodarczych z bogatych państw.

OECD zdecydowało o przeprowadzeniu w tym zakresie głębszych badań w maju 1989 r., co doprowadziło do przyjęcia 27 maja 1994 r. Rekomendacji o przekupstwie w międzynarodowych transakcjach handlowych, w której zachęcano państwa członkowskie do podjęcia środków niezbędnych do walki z tym zjawiskiem. Tekst rekomendacji został zmieniony i przyjęty 23 maja 1997 r. jako Rekomendacja Zrewidowana o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych. Zdecydowano wówczas, za czym opowiadały się szczególnie Francja i Niemcy, że walka z korupcją wymaga przyjęcia instrumentów o charakterze bardziej wiążącym niż zalecenia zawarte w rekomendacjach. Przygotowano projekt konwencji międzynarodowej, który po okresie niezwykle krótkich negocjacji został przyjęty i podpisany 17 grudnia 1997 r. w Paryżu.

Wyjątkowość Konwencji polega na tym, że państwa, z których pochodzą przedsiębiorstwa działające na rynkach międzynarodowych, zwłaszcza korporacje międzynarodowe, decydują się ścigać karnie płacenie łapówek przez te przedsiębiorstwa funkcjonariuszom publicznym innych państw (łapownictwo czynne), bez względu na to, czy te państwa są stronami Konwencji i bez względu na ewentualną odpowiedzialność karną skorumpowanych funkcjonariuszy w ich krajach (łapownictwo bierne). Stąd Konwencja zawiera tylko przepisy dotyczące odpowiedzialności za korupcję czynną (przekupstwo), a nie za korupcję bierną (sprzedajność). Państwa-strony wyszły bowiem ze słusznego założenia, że ściganie dodatkowo samych funkcjonariuszy powodowałoby liczne problemy jurysdykcyjne i

mogłoby wiązać się z oskarżeniami o naruszanie suwerenności państwa pochodzenia skorumpowanego funkcjonariusza.

Konwencja nie ma charakteru samowykonalnego, wymaga przetransponowania do porządku wewnętrznego państw-stron, co może oznaczać dostosowanie do jej wymogów zakresu dotychczas obowiązujących przepisów. Konwencja także ustanawia pewien standard minimalny, czyli minimum zobowiązań, jakie państwo-strona musi wypełnić. Każde z państw może jednak dodać lub zachować własne przepisy, pod warunkiem, że nie będą zawężyły zapisów konwencyjnych lub wypaczały ich sensu.

Strony Konwencji stwierdzają w preambule, że „przekupstwo jest szeroko rozpowszechnionym zjawiskiem w międzynarodowych transakcjach handlowych, w tym w obrocie towarowym i inwestycjach, które wywołuje poważne zaniepokojenie moralne i polityczne, zakłóca zarządzanie sprawami publicznymi oraz rozwój gospodarczy i wypacza warunki międzynarodowej konkurencji”, a także podkreślają wspólną odpowiedzialność wszystkich państw za walkę z tym zjawiskiem.

1.1. Przepis o przestępstwie przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych

Przepis o przestępstwie przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych zdefiniowane jest w art. 1 Konwencji, stosownie do którego „każda ze Stron podejmie niezbędne działania mające na celu uznanie w swym prawie wewnętrznym za przestępstwo kryminalne umyślnego proponowania, obiecywania lub dawania przez jakąkolwiek osobę jakiegokolwiek nienależnej korzyści majątkowej lub innej korzyści zagranicznemu funkcjonariuszowi publicznemu, zarówno bezpośrednio, jak i przez pośredników, dla takiego funkcjonariusza lub dla osoby trzeciej, w celu skłonienia tego funkcjonariusza do działania lub powstrzymania się od działania w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych, w celu otrzymania lub utrzymania możliwości prowadzenia działalności gospodarczej lub zapewnienia sobie innej nienależnej korzyści w prowadzeniu międzynarodowej działalności gospodarczej”.

Przepis ten nakłada na strony Konwencji obowiązek wprowadzenia do wewnętrznego ustawodawstwa karnego przestępstwa przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych. Ma to być czyn umyślny, polegający na proponowaniu, obiecywaniu lub dawaniu korzyści zagranicznemu funkcjonariuszowi publicznemu. Sprawca działa w określonym celu skłonienia tego funkcjonariusza do działania lub powstrzymania się od działania w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych, co obejmuje każde wykorzystanie stanowiska, bez względu na to, czy pozostaje ono w zakresie kompetencji urzędnika (art. 1 ust. 4c Konwencji). Działanie sprawcy ma służyć otrzymaniu lub utrzymaniu przez niego możliwości prowadzenia działalności gospodarczej lub zapewnienie sobie innej nienależnej korzyści w prowadzeniu międzynarodowej działalności gospodarczej.

Działanie sprawcy może polegać na proponowaniu, obiecywaniu lub wręczaniu korzyści. Zapisane w Konwencji proponowanie jako czynność wykonawcza oznacza, jak się wydaje, że przestępstwo jest dokonane z chwilą złożenia propozycji, nawet jeśli funkcjonariusz nie przyjął łapówki, albo gdy nie została ona faktycznie przekazana. Stanowi ono pierwsze stadium procesu łapowniczego, po którym mogą

nastąpić obiecywanie, czyli złożenie przyrzeczenia wręczenia korzyści, oraz samo przekazanie korzyści.

Pod pojęciem zagranicznego funkcjonariusza publicznego rozumie się, zgodnie z art. 1 ust. 4a Konwencji, każdą osobę pełniącą obowiązki ustawodawcze, administracyjne lub sądowe w obcym państwie, zarówno mianowaną, jak i wybraną, a także każdą osobę wykonującą funkcje publiczne na rzecz państwa obcego, w tym na rzecz instytucji publicznej lub przedsiębiorstwa publicznego, każdego funkcjonariusza lub urzędnika publicznej organizacji międzynarodowej, zatrudnioną na wszystkich szczeblach władzy od centralnych po lokalne (art. 1 ust. 4b). Definicja ta ma zarówno walor obiektywny, odnosi się bowiem do usytuowania danej osoby w strukturach państwa, jak i subiektywny, obejmuje także faktyczne wypełnianie zadań przez tę osobę na rzecz aparatu państwowego. Taka konstrukcja pozwala stosować przepisy Konwencji do osób zatrudnionych w przedsiębiorstwach państwowych, pod warunkiem, że państwo wywiera na nie dominujący wpływ. Trzeba przy tym zauważyć, że Konwencja ma zastosowanie nie tylko do urzędników obcych państw, ale i organizacji międzynarodowych, takich jak np. Unia Europejska, Światowa Organizacja Handlu, czy sama OECD, jeśli zostaną oni przekupieni w warunkach i w celu opisanym w Konwencji.

Korzyść, o której mowa w definicji przestępstwa, może mieć dowolny charakter, zarówno majątkowy (np. suma pieniędzy), jak i niemajątkowy (korzyść osobista, np. obietnica awansu), przy czym może to być korzyść zarówno dla samego funkcjonariusza, jak i dla innej osoby lub podmiotu. Konwencja dopuszcza, jako wyjątek od obowiązku ścigania ustanowionego w art. 1 ust. 1, odstąpienie od pociągania do odpowiedzialności za czyny polegające na wręczaniu tzw. drobnych płatności ułatwiających. Koncepcja ta została przeniesiona do Konwencji z ustawy amerykańskiej (*facilitating payments*) i odnosi się do płatności, które mają na celu nakłonienie funkcjonariusza publicznego do podjęcia zwykłych rutynowych czynności, które powinien wykonać i które mogą ułatwić przedsiębiorstwu prowadzenie normalnej działalności (np. wydanie wizy, załatwienie telefonu, dostaw wody). Wiąże się ona z – być może realistycznym, ale nie do końca etycznym – założeniem zarówno ustawodawcy amerykańskiego, jak i twórców Konwencji, że funkcjonariusze publiczni w niektórych państwach są tak źle opłacani, że bez dodatkowej zachęty nie podejmą się wykonywania swych obowiązków służbowych.

Korzyść może być przekazana funkcjonariuszowi przez pracownika przedsiębiorstwa lub przez pośrednika, działającego na rzecz przedsiębiorstwa. Jeśli przedsiębiorstwo nie zleciło tym osobom dokonania nielegalnej płatności urzędnikowi, może próbować unikać odpowiedzialności. Konwencja zabrania jednak powoływania się na okoliczność, że płatności wynikają z lokalnych zwyczajów lub że były niezbędne dla otrzymania lub utrzymania kontraktów. Nie można także argumentować, że przedsiębiorstwo i tak otrzymałoby dane zlecenie, jako że jego oferta mimo wszystko była najlepsza. Na uniknięcie odpowiedzialności pozwala jedynie fakt, że płatność była dozwolona lub wymagana przez ustawę lub pisemne rozporządzenie w państwie funkcjonariusza, w tym orzecznictwo (rola precedensowego orzeczenia sądowego).

Na mocy Konwencji OECD penalizowane są tylko te z działań spełniających wyżej omówione przesłanki, które zostały dokonane w celu otrzymania lub utrzymania możliwości prowadzenia działalności gospodarczej lub zapewnienia sobie innej

nienależnej korzyści w prowadzeniu międzynarodowej działalności gospodarczej. Oznacza to, że przepisy Konwencji odnoszą się, po pierwsze, do przedsiębiorstw wchodzących na nowy rynek, chcących uzyskać możliwość rozpoczęcia działalności gospodarczej i w tym celu opłacających się urzędnikom, po drugie, do przedsiębiorstw, które już na danym rynku operują i płacą łapówki dla otrzymania dalszych zleceń. Obowiązek ścigania dotyczył będzie, po trzecie, przedsiębiorstw, które dzięki łapówce uzyskały nienależną korzyść w ramach prowadzonej międzynarodowej działalności gospodarczej, czyli różnego typu ułatwienia w prowadzeniu działalności, przykładowo uzyskały koncesję mimo niespełniania wymogów lub niezgodne z prawem zwolnienie z cła czy podatków.

Na mocy art. 1 ust. 2 Konwencji, na takich samych zasadach, co za sprawstwo, odpowiedzialności podlega współdział w przekupstwie, włącznie z podżeganiem, pomocnictwem i sprawstwem kierowniczym. Usiłowanie i zmowa w celu popełnienia przekupstwa stanowią przestępstwo na takich zasadach, jak usiłowanie i zmowa w celu przekupstwa funkcjonariusza krajowego.

Obok odpowiedzialności osób fizycznych, Konwencja nakłada na państwa-strony obowiązek ustanowienia odpowiedzialności osób prawnych za przekupstwo zagranicznego funkcjonariusza publicznego (art. 2). Należy zauważyć, że nie sprecyzowano w tekście, o jakiego typu odpowiedzialność chodzi, państwo może zatem wybrać reżim odpowiedzialności karnej, administracyjnej bądź cywilnej, podobnie jak warunki tej odpowiedzialności. Pojęcie osoby prawnej nie jest w Konwencji zdefiniowane, powinno się je zatem interpretować każdorazowo w myśl prawa wewnętrznego.

Co się tyczy sankcji za przekupstwo zagranicznego funkcjonariusza publicznego, w art. 3 Konwencja nakazuje przyjęcie skutecznych, proporcjonalnych i odstręczających kar. Mają one być porównywalne do kar stosowanych w prawie wewnętrznym za łapownictwo czynne wobec własnych funkcjonariuszy publicznych. W stosunku do osób fizycznych kary mają objąć pozbawienie wolności w wymiarze umożliwiającym skuteczną wzajemną pomoc prawną oraz ekstradycję, co w praktyce oznacza karę w górnym wymiarze równą co najmniej jednemu rokowi pozbawienia wolności. Osoby prawne – jeśli nie podlegają w danym państwie odpowiedzialności karnej – mają podlegać skutecznym, proporcjonalnym i odstręczającym sankcjom innym niż karne, w tym sankcjom pieniężnym.

Dodatkowo Konwencja nakazuje stronom podjęcie działań zmierzających do orzekania zajęcia i konfiskaty samej łapówki, jak również korzyści uzyskanych wskutek przekupstwa bądź mienia, którego wartość tym korzyściom odpowiada. Ponieważ w niektórych państwach członkowskich OECD panuje inny system odpowiedzialności materialnej (Japonia), Konwencja zezwala na stosowanie zamiennie z przypadkiem kar pieniężnych o porównywalnym skutku. Pewne kontrowersje budzi przewidziany obowiązek orzekania przypadku łapówki. Trafia ona przecież do rąk zagranicznego funkcjonariusza publicznego, nad którym państwo wszczynające postępowanie nie będzie miało najczęściej żadnej jurysdykcji. Wydaje się zatem, że przepis ten należy odnosić do dokonania przekupstwa przez proponowanie łapówki, bez jej faktycznego wydania zainteresowanemu. W takiej sytuacji przypadkowi może ulec wartość pieniężna lub przedmiot zaproponowany funkcjonariuszowi jako łapówka. Podobne wątpliwości budzi brak precyzyjnych

postanowień odnoszących się do przypadku korzyści uzyskanej w wyniku wręczenia łapówki.

1.2. Inne przestępstwa

W Konwencji zapisano ponadto dwa dodatkowe postanowienia materialne. Chodzi tu w pierwszym rzędzie o przepis dotyczący przestępstwa prania brudnych pieniędzy (art. 7). Jeśli dane państwo uznało w swoim ustawodawstwie wewnętrznym, że przekupstwo własnego funkcjonariusza publicznego może być przestępstwem źródłowym prania pieniędzy, czyli że penalizuje pranie dochodów pochodzących z praktyk korupcyjnych, ma obowiązek rozciągnąć to postanowienie na przekupstwo zagranicznego funkcjonariusza publicznego. Obowiązek ten spoczywa na państwach niezależnie od miejsca, w którym przekupstwo miało miejsce, czyli niezależnie, czy ich jurysdykcja obejmuje dany czyn. Przepis ten ma fundamentalne znaczenie dla skutecznej walki z korupcją, ma bowiem na celu spowodowanie, że ukrywanie dochodów pochodzących z nielegalnych źródeł stanie się niemożliwe, a w każdym razie utrudnione. Krytycy tego rozwiązania w kontekście łapownictwa czynnego wskazują, że dochody uzyskane przez międzynarodową korporację z przekupstwa zagranicznego funkcjonariusza zazwyczaj będą legalne (zapłata za wykonanie kontraktu, zwiększone zamówienia, itp.) i nie będzie potrzeby ich legalizacji. Natomiast bez wątplenia panuje powszechna zgoda co do tego, że omawiany przepis stwarza możliwość pośredniego ścigania samych skorumpowanych funkcjonariuszy zagranicznych. Dla jego zastosowania jest bowiem bez znaczenia, czy łapówka została już przekazana, czy też nie. Jeśli wydanie łapówki nastąpiło, to – zdaniem twórców Konwencji – jej legalizacja kanałami bankowymi przez zagranicznego funkcjonariusza publicznego będzie podlegała odpowiedzialności na mocy Konwencji, jako że będzie to wciąż owoc przestępstwa przekupstwa zagranicznego funkcjonariusza publicznego.

Ostatnie z materialnych postanowień Konwencji było uznawane za jedną z zalet wyróżniających ją na tle podobnych instrumentów. Twórcy Konwencji zdecydowali bowiem, że aby skutecznie walczyć z praktykami korupcyjnymi należy wykroczyć poza prawo karne i wprowadzić normę, która miałaby silny walor prewencyjny. Odnosi się ona do zasad prowadzenia rzetelnej rachunkowości przez przedsiębiorstwo. Zakazuje otwierania kont nieujawnionych w księgach, przeprowadzania transakcji nieujawnionych lub nieprawidłowo ujawnionych w księgach, rejestrowania nieistniejących wydatków, wprowadzania do ksiąg pasywów o nieprawidłowo określonym przedmiocie, jak również użycia fałszywych dokumentów w celu przekupienia zagranicznego funkcjonariusza publicznego lub ukrycia takiego przekupstwa. Takie zaniechania lub fałszerstwa, dotyczące ksiąg, dokumentów księgowych, rachunków oraz sprawozdań finansowych tych przedsiębiorstw, powinny zostać opatrzone sankcjami cywilnymi, administracyjnymi lub karnymi. Podobnie wyczerpujące wyliczenie metod ukrywania nielegalnych środków budzi sceptycyzm, zwłaszcza wobec inwencji księgowych wielkich korporacji, zdolnych do wynalezienia sposobów przekazania łapówki nieprzewidzianych w Konwencji. Przepis ten ma jednak przede wszystkim na celu skłonienie przedsiębiorstw do sprawdzania własnej księgowości, w szczególności wewnętrznych i zewnętrznych mechanizmów kontrolnych. Państwa-strony Konwencji w preambule wyraziły zadowolenie z dotychczasowych wysiłków na polu walki przedsiębiorstw z korupcją, ale uznały, że ten oddolny ruch należy wspomóc

odpowiednimi przepisami. Omawiana norma konwencyjna stanowi zatem próbę przerwania części odpowiedzialności za walkę z korumpowaniem zagranicznych funkcjonariuszy publicznych na same przedsiębiorstwa i nakłonienia wszystkich podmiotów na rynku do przyjęcia przejrzystych procedur zapobiegających praktykom korupcyjnym.

1.3. Pozostałe postanowienia Konwencji

Oprócz zasadniczego przepisu penalizującego przekupstwo zagranicznych funkcjonariuszy publicznych, Konwencja OECD zawiera także inne postanowienia merytoryczne, dotyczące jurysdykcji państw-stron (co do zasady – kompetencja państwa do ścigania przestępstwa, które zostało popełnione w całości lub w części na jego terytorium, dodatkowo także, jeśli dopuszcza to prawo wewnętrzne, obowiązek ścigania przestępstw popełnionych przez swoich obywateli za granicą), obowiązku ścigania (silne ograniczenie oportunistycznego, pozwalającego na rezygnację ze wszczęcia lub prowadzenia postępowania), przedawnienia oraz pomocy prawnej i ekstradycji.

Konwencja wreszcie przewiduje także mechanizm monitoringu działań implementacyjnych państw, które mają być prowadzone przez Grupę Roboczą OECD ds. Przekupstwa w Międzynarodowych Transakcjach Handlowych.

Konwencja OECD o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych z dnia 17 grudnia 1997 r. weszła w życie w dniu 15 lutego 1999 r. po uzyskaniu 33 podpisów i 12 ratyfikacji.

Polska złożyła dokumenty ratyfikacyjne do Konwencji w dniu 8 września 2000 r., ustawa ratyfikacyjna, podpisana przez Prezydenta, ogłoszona 3 listopada 2000 r., weszła w życie 4 lutego 2001 r.

2. Konwencja Prawnokarna Rady Europy o korupcji z dnia 27 stycznia 1999 r.

Rada Europy wysiłek walki z korupcją podjęła, podobnie jak inne organizacje międzynarodowe, w latach 90. ubiegłego stulecia. Podstawowym dokumentem, który dał impuls do prac nad tym zjawiskiem, były zalecenia przyjęte na 19. Konferencji Europejskich Ministrów Sprawiedliwości, która miała miejsce na Malcie w 1994 r. Na ich podstawie utworzono Interdyscyplinarną Grupę ds. Korupcji (1994 r., początek działalności – marzec 1995 r.), która przygotowała, przyjęty następnie przez Komitet Ministrów Rady Europy w listopadzie 1996 r., Program działań w walce z korupcją. Na Drugim Szczycie głów państw i rządów państw członkowskich, który odbył się w Strasburgu w dniach 10-11 października 1997 r. uznano realizację Programu i tym samym walkę z korupcją za jeden z priorytetów Rady Europy. W dniu 6 listopada 1997 r. Komitet Ministrów przyjął 20 zasad wiodących w zwalczaniu korupcji, a w maju 1998 r. zdecydował o utworzeniu GRECO (Grupa Państw Zwalczających Korupcję), ciała powołanego do monitorowania przestrzegania 20 zasad i implementacji dokumentów przyjmowanych w ramach realizacji Programu działań w walce z korupcją.

Druga z 20. zasad wiodących w walce z korupcją stanowiła, że należy zapewnić skoordynowaną kryminalizację korupcji na poziomie krajowym i międzynarodowym. Pokrywało się to z zapisaną we wszystkich wymienionych dokumentach, i wciąż podkreślaną, pilną potrzebą przyjęcia wiążącego instrumentu prawnego w tej materii. W związku z tym, w ramach Interdyscyplinarnej Grupy ds. Korupcji utworzono Grupę Roboczą ds. Prawa Karnego, która w lutym 1996 r. rozpoczęła prace nad projektem konwencji międzynarodowej. Po uzgodnieniach, w listopadzie 1998 r. projekt został ostatecznie przyjęty przez Komitet Ministrów na 103. sesji i w dniu 27 stycznia 1999 r. otwarty do podpisu.

Konwencja Prawnokarna Rady Europy o korupcji, którą poprzedziły dość długie prace przygotowawcze, stanowi niewątpliwie akt wyjątkowy na tle innych opracowanych przez organizacje europejskie. Jak stwierdzili sami jej twórcy, jest to dokument złożony i ambitny, który przewiduje kryminalizację szerokiej gamy przestępstw korupcyjnych. W istocie Konwencja, jak żaden inny dokument, charakteryzuje się kompleksowym podejściem do zjawiska, co objawia się zwłaszcza nagromadzeniem licznych kryminalizacji. Takie rozwiązanie różni ją od dokumentów przyjętych przez OECD czy Unię Europejską, które mają charakter bardziej wycinkowy.

Trzy cechy wydają się podstawowe dla zrozumienia Konwencji. Przede wszystkim jej ambitny charakter i tak całościowe podejście do korupcji wynika z wyrażonego w preambule przekonania członków Rady Europy, że korupcja zagraża praworządności, demokracji, prawom człowieka, podkopuje znaczenie dobrego rządu, uczciwości i sprawiedliwości społecznej, spowalnia rozwój gospodarczy i zagraża stabilności instytucji demokratycznych oraz moralnym podstawom społeczeństwa. Urasta ona zatem do rangi zjawiska, które, być może jak żadne inne, godzi w podstawy uczciwego życia obywateli i rzetelnego funkcjonowania państwa. Z tego powodu, pragnąc objąć całość złożonego zjawiska, prawie wszystkie potencjalne stany faktyczne, w obawie przed pominięciem jakiejś kwestii twórcy Konwencji nie zdecydowali się na zdefiniowanie korupcji, na stworzenie – jak przy

Konwencji Cywilnoprawnej – jakieś definicji operacyjnej, określili jedynie definicje poszczególnych przestępstw korupcyjnych (może nadmiernie kazuistyczne). Po drugie, Konwencja ustanawia standard minimalny. Oznacza to, że państwa-strony mają obowiązek dostosować się do jej postanowień, ale mogą dodać lub zachować własne przepisy, pod warunkiem, że nie będą zawężyły zapisów konwencyjnych lub ich wypaczały. Po trzecie wreszcie, jako instrument prawa międzynarodowego, Konwencja nie ma charakteru samowykonalnego, wymaga przetransponowania do porządku wewnętrznego. Jeśli zatem państwo uzna, że dotychczasowe regulacje krajowe spełniają w całości wymogi ustanowione w Konwencji, nie musi ich zmieniać. Jeśli jednak przykładowo zakres ich stosowania jest zbyt wąski, powinien zostać rozszerzony.

Systematyka Konwencji jest dość przejrzysta. Czyny, jakie nakazuje ścigać można podzielić na cztery grupy. Najpierw zdefiniowano przestępstwa czynnej i biernej korupcji funkcjonariuszy publicznych, które uznano za podstawowy rodzaj praktyki korupcyjnej w sektorze publicznym. Druga grupa przestępstw to czyny korupcyjne dokonane w ramach szeroko pojętego sektora publicznego, obejmującego krajowe, zagraniczne i międzynarodowe instytucje publiczne, określone przez odesłanie do podstawowego rodzaju przestępstwa. Trzecia grupa to czyny korupcyjne dokonane w ramach sektora prywatnego. Czwarta grupa to przestępstwa podobne lub związane z praktykami korupcyjnymi, np. ułatwiające ukrywanie korzyści.

2.1. Definicje

Podstawowe dla rozumienia korupcji w sektorze publicznym pojęcie „funkcjonariusza publicznego” nie zostało wyjaśnione w sposób autonomiczny, a przez odesłanie w art. 1 pkt a Konwencji do prawa karnego państw-stron. Należy je w szczególności rozumieć przez odniesienie do definicji „funkcjonariusza”, „urzędnika publicznego”, „burmistrza”, „ministra” lub „sędziego”, stosowanej w prawie krajowym państwa, w którym dana osoba wykonuje tę funkcję. Sprecyzowano jedynie w art. 1 pkt b, że termin „sędzia” ma obejmować prokuratorów, którzy w niektórych państwach należą do korpusu sędziowskiego i są niezależni od sprawującego władzę wykonawczą rządu, oraz osoby sprawujące urzędy sądownicze, co należy rozumieć możliwie jak najszerszej. Jeśli jednak postępowanie dotyczy funkcjonariusza publicznego w innym państwie, państwo ścigające może stosować definicję funkcjonariusza publicznego tylko w zakresie zgodnym z jego prawem krajowym, co oznacza, że należy brać pod uwagę szczególne sytuacje w innych krajach dotyczące statusu osób sprawujących funkcje publiczne.

Pojęcie osoby prawnej jest wyjaśnione w Konwencji ponownie przez odesłanie do prawa krajowego i oznacza jakikolwiek podmiot mający taki status na podstawie właściwego prawa krajowego, oprócz państw i innych instytucji publicznych wykonujących władcze uprawnienia państwa, oraz międzynarodowych organizacji publicznych (takich jak sama Rada Europy). Wyłączenie państwa i instytucji państwowych, które nie obejmuje przedsiębiorstw państwowych, wynika z faktu, że ich odpowiedzialność zwykle podlega szczególnemu reżimowi. Ponieważ Konwencja przewiduje jedynie minimalny zakres kryminalizacji, państwa mogą wprowadzić odpowiedzialność instytucji publicznych. Należy dodać, że omawiane wyłączenie w żaden sposób nie ogranicza odpowiedzialności za czyny korupcyjne osób fizycznych zatrudnionych przez podmioty wykonujące władztwo publiczne.

2.2. Przestępstwo korupcji

Dwa podstawowe dla Konwencji przestępstwa ustanowiono w art. 2 i 3. Art. 2 odnosi się do przekupstwa krajowych funkcjonariuszy publicznych. Stosownie do definicji każde państwo-strona ma uznać za przestępstwo umyślne obiecywanie, proponowanie lub wręczanie przez jakąkolwiek osobę, bezpośrednio lub pośrednio, jakichkolwiek nienależnych korzyści, jakiegokolwiek funkcjonariuszowi publicznemu tej strony, dla niego samego lub dla kogokolwiek innego, w zamian za działanie lub zaniechanie działania w wykonywaniu jego funkcji.

Sprawcą tego przestępstwa może być każda osoba, podmiotem, wobec którego wykonuje ona swój czyn – tylko funkcjonariusz zdefiniowany w omówiony wyżej sposób. Zamiar sprawcy ma ogarniać także rezultat jego czynu, czyli działanie lub zaniechanie funkcjonariusza, choć nie ma znaczenia dla odpowiedzialności sprawcy, czy funkcjonariusz faktycznie dokonał pożądaných przez niego czynności.

Czynności, na których polega działanie sprawcy są identyczne jak w Konwencji OECD: proponowanie, obiecywanie, wręczanie korzyści. Obiecywanie sugeruje, zdaniem twórców Konwencji, istnienie porozumienia między dwiema stronami stosunku korupcyjnego i zgodę na dokonanie czynności przez funkcjonariusza w zamian za korzyść, którą ma otrzymać później. Proponowanie oznacza gotowość korumpującego do wręczenia łapówki w każdym momencie, zaś wręczanie faktyczne jej przekazanie. Nie ma znaczenia dla odpowiedzialności sprawcy charakter korzyści. Bez względu na to, czy jest ona materialna (np. pieniądze, jakiś przedmiot) czy niematerialna (np. wyjazd na wakacje, wyjście do restauracji), ma być nienależna, co oznacza, że beneficjent nie był uprawniony do jej legalnego otrzymania. Bez znaczenia jest także, czy jest to korzyść dla samego funkcjonariusza, czy dla innego podmiotu (krewny; organizacja, do której należy; partia polityczna, której jest członkiem), ale w takim wypadku funkcjonariusz musi wiedzieć, że korzyść przeznaczona jest dla tego odbiorcy. Korzyść może być zawsze przekazana przez pośredników.

Twórcy Konwencji postanowili odejść od istniejącej w niektórych państwach możliwości karania sprawców tylko za działania funkcjonariusza naruszające jego obowiązki służbowe. Uznali bowiem, że zasadniczą okolicznością dla stwierdzenia istnienia przestępstwa korupcji nie jest to, czy korumpowany w ogóle mógł działać w sposób pożądaný przez korumpującego, czy leżało to w jego kompetencjach, ale czy obiecywano mu, proponowano lub wręczono łapówkę.

Przestępstwo przekupstwa (korupcji czynnej) funkcjonariusza krajowego ma swoje lustrzane odbicie w przestępstwie sprzedajności (korupcji biernej), o którym mowa w art. 3 Konwencji. Zgodnie z jego brzmieniem, każda strona podejmie środki konieczne do uznania za przestępstwo umyślne żądania lub przyjmowania przez któregokolwiek z funkcjonariuszy publicznych tej strony, bezpośrednio lub pośrednio, jakichkolwiek nienależnych korzyści dla niego samego lub jakiegokolwiek innej osoby, lub przyjmowania propozycji albo obietnicy takich korzyści, w zamian za działanie lub zaniechanie działania w wykonywaniu jego funkcji.

W tym przypadku sprawcą może być wyłącznie funkcjonariusz zdefiniowany w art. 1 Konwencji, jego działanie zaś ma polegać na żądaniu lub przyjmowaniu korzyści, jej obietnicy lub propozycji. Czynność „żądania” polega na jednostronnym wystąpieniu funkcjonariusza, w sposób wyraźny lub domniemany wyrażającym jego chęć otrzymania korzyści. Przyjmowanie z kolei sugeruje istnienie uprzedniego paktu korupcyjnego między funkcjonariuszem a korumpującym, co do rodzaju korzyści i usługi dokonywanej „w zamian”.

Jak w przypadku łapownictwa czynnego, korzyścią może być wszystko, co – wręczone bezpośrednio lub przez pośredników – ma wartość dla funkcjonariusza lub innego podmiotu, o czym funkcjonariusz wie. Niemniej dla istnienia przestępstwa konieczne jest, aby zawarcie paktu lub moment żądania poprzedzały działanie lub zaniechanie działania przez funkcjonariusza. Nie stanowi łapówki „wynagrodzenie” za już dokonaną czynność, bez uprzedniego żądania, oferty lub propozycji.

2.3. Inne przestępstwa korupcyjne w sektorze publicznym

Jak już wyżej zaznaczono, kolejna grupa przestępstw w Konwencji ustanowiona jest przez odwołanie do art. 2 i 3. Zróżnicowano tylko bezpośrednio dobro prawne chronione tymi postanowieniami i tym samym podmioty, o które chodzi.

I tak art. 4 Konwencji przewiduje karalność biernej i czynnej korupcji członków krajowych zgromadzeń przedstawicielskich, sprawujących władzę ustawodawczą lub administracyjną, bez względu czy zostali na tę funkcję wybrani, czy mianowani. Strony stosują swoją definicję członków zgromadzeń przedstawicielskich, niemniej powinna ona obejmować członków obu izb parlamentu, członków lokalnych i regionalnych zgromadzeń, lub wszelkich innych ciał publicznych sprawujących władzę ustawodawczą lub administracyjną. Pojęcie władzy administracyjnej zostało umieszczone w definicji, aby przepis ten miał zastosowanie do członków zgromadzeń lokalnych, które nie sprawują władzy ustawodawczej, ale wykonują znaczące funkcje dotyczące np. planowania, kontroli, itp.

Kilka kolejnych przestępstw odnosi się do zachowań korupcyjnych „z elementem zagranicznym”, pochodzącym z innego państwa lub organizacji międzynarodowej. Pierwsze tego typu postanowienie Konwencji odnosi się do łapownictwa biernego i czynnego zagranicznych funkcjonariuszy publicznych (art. 5). Celem tego przepisu, nawiązującego bezpośrednio do postanowień Konwencji OECD, jest ochrona zasad wolnej konkurencji. Zakres jego stosowania jest jednak szerszy niż przepisów Konwencji OECD. Po pierwsze, Konwencja Rady Europy nakazuje uznać za przestępstwo nie tylko łapownictwo czynne, ale i łapownictwo bierne, co ma – zdaniem jej twórców – zademonstrować solidarność wszystkich państw w walce z korupcją niezależnie od miejsca, w którym zachodzi. Po drugie, nie ma znaczenia dla odpowiedzialności sprawcy kontekst, w jakim podejmuje czyn korupcyjny. Mogą to być, jak w Konwencji OECD, międzynarodowe transakcje gospodarcze, ale nie tylko. Po trzecie, Rada Europy odstępuje tutaj od przyjętej przez OECD logiki ścigania działań podejmowanych w celu otrzymania lub utrzymania możliwości prowadzenia działalności gospodarczej lub zapewnienie sobie innej nienależnej korzyści w prowadzeniu międzynarodowej działalności gospodarczej. Rada Europy nakazuje ścigać korupcję bez względu na okoliczności i motywacje sprawców. Co się tyczy

znamion obu rodzajów tego przestępstwa, art. 5 odsyła do postanowień art. 2 i 3 Konwencji.

Art. 6 Konwencji Rady Europy dotyczy biernej i czynnej korupcji członków zagranicznych zgromadzeń przedstawicielskich. Jak pozostałe postanowienia w tej grupie, przy opisach czynów ponownie odsyła do omówionych wyżej postanowień art. 2 i 3. Przepis ten, analogiczny do art. 4 Konwencji, dotyczy członków zagranicznych zgromadzeń przedstawicielskich, sprawujących władzę ustawodawczą lub administracyjną, bez względu na to, czy zostali na tę funkcję wybrani czy mianowani. Pojęcie „członka zgromadzenia” należy interpretować na tle prawa wewnętrznego państwa pochodzenia deputowanego lub radnego. Przedmiotem ochrony jest tu należyte funkcjonowanie demokratycznych instytucji, bez względu, czy są one krajowe czy obce.

Kolejnym przepisem odsyłającym do postanowień art. 2 i 3 jest art. 9 Konwencji, który dotyczy korupcji biernej i czynnej funkcjonariuszy organizacji międzynarodowych. W przypadku tego przepisu i dwóch kolejnych dobrem chronionym ma być, jak piszą twórcy omawianego dokumentu, przejrzystość i niezależność procesów decyzyjnych w ramach publicznych organizacji międzynarodowych. Ściganiu na mocy tej regulacji podlega czyn korupcyjny popełniony przez lub wobec jakiegokolwiek funkcjonariusza lub innego pracownika kontraktowego w rozumieniu przepisów dotyczących personelu, jakiegokolwiek publicznej międzynarodowej lub ponadnarodowej organizacji lub instytucji, których strona jest członkiem, oraz jakiegokolwiek osoby, czy to oddelegowanej czy też nie, wykonującej funkcje odpowiadające funkcjom wykonywanym przez takich funkcjonariuszy lub pracowników.

Definicja ta, będąca definicją funkcjonalną, obejmuje dwie grupy osób. Po pierwsze, osoby wyróżnione na podstawie kryterium obiektywnego, jakim jest zatrudnienie w charakterze funkcjonariusza lub – na podstawie umowy – jako członek personelu, bez względu na czas trwania stosunku prawnego, oraz, po drugie, osoby wyróżnione na podstawie kryterium subiektywnego, jakim jest wykonywanie funkcji podobnych do wypełnianych przez funkcjonariuszy lub pracowników przez osoby, które nie należą do kategorii pierwszej i są oddelegowane przez swoje państwa lub inne podmioty publiczne lub prywatne.

Organizacje, których pracowników dotyczy ten przepis, mogą być międzynarodowe (Rada Europy, ONZ) lub ponadnarodowe (Unia Europejska), ale w każdym razie publiczne, co wyłącza podmioty takie, jak międzynarodowe organizacje pozarządowe. Strony mają przy tym obowiązek ścigać tylko pracowników organizacji, których są członkami, co ma w założeniu ułatwiać prowadzenie postępowania i unikanie drażliwych kwestii immunitetów.

Dodatkowo, analogicznie jak przy przepisach odnoszących się do korupcji wewnątrz krajowej, Konwencja nakazuje ścigać członków międzynarodowych zgromadzeń parlamentarnych (art. 10), które wypełniają funkcje legislacyjne, administracyjne lub doradcze na podstawie statutu organizacji, w ramach której zostały powołane (np. Parlament Europejski, Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy), oraz sędziów i funkcjonariuszy sądów międzynarodowych, których jurysdykcję strona niniejszej Konwencji uznaje (art. 11). To ostatnie pojęcie ma obejmować nie tylko sędziów międzynarodowych trybunałów (Europejski Trybunał

Praw Człowieka), ale i innych funkcjonariuszy (prokuratorzy Międzynarodowego Trybunału NZ ds. byłej Jugosławii) oraz zwykłych członków personelu sądowego, z wyłączeniem sądów arbitrażowych.

2.4. Przepiępstwo korupcji w sektorze prywatnym

Konwencja Prawnokarna Rady Europy o korupcji ustanawia ponadto obowiązek uznania za przestępstwo czynów popełnianych poza sektorem publicznym. Przewiduje mianowicie karalność korupcji w sektorze prywatnym, definiując jej stronę czynną (art. 7 Konwencji) jako umyślne czyny popełnione w toku działalności gospodarczej, polegające na obiecywaniu, proponowaniu lub wręczaniu, bezpośrednio lub pośrednio, każdej osobie kierującej lub pracującej w jakimkolwiek charakterze, na rzecz jakiegokolwiek podmiotu należącego do sektora prywatnego, jakichkolwiek nienależnych korzyści, dla niej samej lub na rzecz jakiegokolwiek innej osoby, w zamian za działanie lub zaniechanie działania, które naruszają jej obowiązki. Korupcja bierna w sektorze prywatnym (art. 8) jest lustrzanym odbiciem korupcji czynnej i polega na żądaniu lub przyjmowaniu korzyści, lub akceptowaniu propozycji, lub obietnicy korzyści przez każdą osobę kierującą lub pracującą na rzecz podmiotu sektora prywatnego, w warunkach opisanych powyżej.

Jak widać, same czynności sprawców nie różnią się niczym od czynności sprawców tradycyjnego łapownictwa popełnianego wobec lub przez krajowych funkcjonariuszy publicznych. Zasadnicza zmiana polega na innym przedmiocie ochrony. O ile kryminalizując łapownictwo w sektorze publicznym (urzędnicze), państwo chroni działanie swojej administracji, zasady demokracji, o tyle przy korupcji w sektorze prywatnym dobrem chronionym ma być poszanowanie zasad uczciwej konkurencji i swobodnego rozwoju gospodarczego.

Ponadto występuje kilka znaczących różnic między przestępstwami korupcji w sektorze publicznym i prywatnym. Po pierwsze, Konwencja zawęży zakres stosowania tych przepisów do czynów popełnianych w toku działalności gospodarczej. Wyklucza to zatem działalność podmiotów non-profit. Pojęcie „działalności gospodarczej” należy jednak rozumieć jak najszerzej, jako obejmujące wszelką działalność handlową i świadczenie usług, w tym usług o charakterze powszechnym (np. transport, dostarczanie elektryczności, itp.).

Po drugie, inny jest, rzecz jasna, krąg podmiotów, które mogą być odbiorcami korzyści. Nie występuje tu już funkcjonariusz, a osoba „kierująca lub pracująca w jakimkolwiek charakterze, na rzecz jakiegokolwiek podmiotu należącego do sektora prywatnego”. Pojęcie to obejmuje członków kierownictwa danego przedsiębiorstwa, szeregowych pracowników oraz osoby, które z danym podmiotem łączą stosunki cywilnoprawne (np. zewnątrzni prawnicy, konsultanci, przedstawiciele). Z kolei pojęcie „podmiotu należącego do sektora prywatnego” odnosi się do przedsiębiorstw, korporacji i wszelkich innych podmiotów, które w całości lub w znaczącej części są własnością podmiotów prywatnych, w tym także podmiotów nieposiadających osobowości prawnej oraz nawet jednostek organizacyjnych. Jednak z zakresu stosowania tych regulacji wyłączone są jednostki będące własnością państwa.

Po trzecie wreszcie, na czym innym polegać ma zachowanie osoby przyjmującej korzyść. O ile dla stwierdzenia bytu przestępstwa korupcji w sektorze publicznym

wystarczające było ustalenie, że nastąpiło przyjęcie korzyści lub przyjęcie obietnicy, lub propozycji korzyści, w zamian za działanie lub zaniechanie działania w wykonywaniu funkcji, o tyle korupcja w sektorze prywatnym musi się łączyć z naruszeniem obowiązków. Twórcy Konwencji uznali bowiem, że sektor prywatny rządzi się innymi prawami niż publiczny i w sektorze prywatnym najważniejsza jest więź lojalności łącząca pracownika i pracodawcę, związana z zawartą pomiędzy nimi umową, dowolnego zresztą charakteru. Tę zatem lojalność oraz wiążące się z nią zaufanie chcą chronić. Naruszenie obowiązków należy w tym kontekście rozumieć szeroko, nie tylko na przykład jako naruszenie konkretnego zapisu umowy o pracę, ale jako naruszenie ogólnego obowiązku nieszkodzenia interesom pracodawcy, wynikającego ze specyfiki funkcjonowania w sektorze prywatnym.

2.5. Przesłępstwa okołokorupcyjne

Konwencja Rady Europy, oprócz wyżej wymienionych przestępstw, nakazuje ścigać także handel wpływami, pranie pieniędzy oraz przestępstwa księgowę.

Handel wpływami to przestępstwo skierowane, jak piszą twórcy Konwencji, „przeciwko bliskiemu otoczeniu funkcjonariusza lub partii politycznej, do której należy i walczące przeciw zachowaniom korupcyjnym tych osób, które znajdują się blisko władzy i próbują wyciągnąć korzyści ze swojej sytuacji”. Handel wpływami polega zatem na umyślnym obiecywaniu, wręczaniu lub proponowaniu, bezpośrednio lub pośrednio, jakichkolwiek nienależnych korzyści, komukolwiek, kto stwierdza lub potwierdza, że może w zamian za to wywrzeć wpływ na podjęcie decyzji przez którąkolwiek z osób wymienionych w art. 2, 4 do 6, 9 do 11 Konwencji (funkcjonariusz krajowy lub zagraniczny, funkcjonariusz organizacji międzynarodowej, członek krajowych lub zagranicznych zgromadzeń, członek zgromadzenia międzynarodowego, sędzia i funkcjonariusz sądu międzynarodowego) niezależnie od tego, czy korzyść miałaby przypaść dla niego samego czy też jakiegokolwiek innej osoby (strona czynna), oraz na żądaniu lub przyjmowaniu takich korzyści, lub przyjmowaniu propozycji, lub obietnicy tychże korzyści za wywarcie takiego wpływu, niezależnie od tego, czy ten wpływ zostanie wywarty oraz od tego, czy przypuszczalny wpływ prowadziłby do zamierzonego skutku (strona bierna).

Jak widać, opisano tu trójstronny stosunek korupcyjny, łączący podmiot wręczający łapówkę, podmiot przyjmujący łapówkę, który nie jest funkcjonariuszem i sam nie ma możliwości podjęcia lub zaniechania działania pożądanego przez wręczającego łapówkę, oraz funkcjonariusza, blisko związanego z podmiotem, który łapówkę przyjął i faktycznie lub domniemanie podatnego na jego wpływ. Dla bytu przestępstwa zasadnicza jest zewnętrzna pozycja handlującego wpływami w stosunku do funkcjonariuszy i aparatu władzy, handlujący sam nie ma realnej władzy, ale powołuje się na władzę innych. Bez znaczenia dla odpowiedzialności wręczającego korzyści, jak i powołującego się na wpływy, jest, czy w ogóle ten ostatni mógł wywrzeć wpływ, jak również, czy funkcjonariusz faktycznie temu wpływowi się poddał i dokonał lub zaniechał czynności pożądaných przez wręczającego korzyści.

Przesłępstwo prania brudnych pieniędzy (art. 13) zostało w Konwencji Prawnokarnej zdefiniowane przez odesłanie do Konwencji Rady Europy o praniu, ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie dochodów pochodzących z przestępstwa. W każdym razie

Konwencja w sprawie korupcji stanowi, że należy penalizować pranie dochodów, które pochodzą z jednego z przestępstw korupcyjnych opisanych w tejże Konwencji.

Konwencja Prawnokarna nakazuje wreszcie uznać za przestępstwa czyny związane z księgowością (art. 14), obejmujące umyślne działania lub zaniechania, popełnione w celu dokonania, ukrycia lub zamaskowania przestępstw korupcyjnych, opisanych w samej Konwencji:

- tworzenie lub używanie faktury lub jakiegokolwiek innego dokumentu księgowego, lub zapisu, zawierającego fałszywą lub niepełną informację,
- bezprawne zaniechania zaksięgowania płatności.

Jak stwierdzają twórcy Konwencji, jeśli państwo ma ogólne przepisy dotyczące rachunkowości, które pokrywają się z zapisami konwencyjnymi, nie ma obowiązku tworzyć dodatkowych kryminalizacji na potrzeby korupcji. Konwencja odnosi się do działań i zaniechań w toku prowadzenia księgowości. Katalog ten wydaje się być węższy niż zapisy Konwencji OECD, co tym bardziej skłania do ponownego wyrażenia wątpliwości co do sensowności tworzenia zamkniętych list możliwych nielegalnych sposobów ukrywania działań korupcyjnych.

2.6. Zasady odpowiedzialności, sankcje

Do odpowiedzialności za czyny korupcyjne ustanowione w Konwencji należy pociągać obok osób fizycznych także osoby prawne. Są one ścigane za przestępstwo przekupstwa, handlu wpływami i prania pieniędzy, popełnione na ich korzyść przez jakąkolwiek osobę fizyczną, działającą indywidualnie albo jako część organu osoby prawnej, która posiada wiodącą rolę w ramach osoby prawnej, na podstawie pełnomocnictwa do reprezentowania tej osoby prawnej lub uprawnienia do podejmowania decyzji w imieniu tej osoby prawnej, lub uprawnienia do sprawowania kontroli w obrębie tej osoby prawnej (art. 18). Dodatkowo, osoba prawna będzie odpowiadać, gdy brak nadzoru lub kontroli przez jedną z osób wymienionych wyżej, pełniącą funkcje kierownicze, umożliwił podwładnemu popełnienie jednego z omawianych przestępstw na rachunek tej osoby prawnej. Odpowiedzialność osoby prawnej ma charakter autonomiczny, nie wyklucza także odpowiedzialności osób fizycznych będących bezpośrednimi sprawcami przedmiotowych przestępstw.

Konwencja nie precyzuje, jakiego rodzaju odpowiedzialność osób prawnych (karną, administracyjną) i sankcje należy wprowadzić, pod warunkiem, że będą to sankcje skuteczne, proporcjonalne i odstrasające, w tym sankcje pieniężne.

Postanowienia Konwencji Rady Europy w sprawie korupcji dotyczące odpowiedzialności osób prawnych są w całości przejęte z Drugiego Protokołu do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 1997 r.

Sankcje dla osób fizycznych mają, zgodnie z art. 19 ust. 1, być skuteczne, proporcjonalne i odstrasające oraz obejmować karę pozbawienia wolności dającą podstawę do ekstradycji. Ponadto Konwencja nakłada na strony obowiązek umożliwienia konfiskaty lub innego sposobu pozbawiania narzędzi, a także dochodów z przestępstw ustanowionych w Konwencji lub mienia, którego wartość odpowiada takim dochodom. Przepis ten należy, zdaniem twórców Konwencji, interpretować w świetle postanowień Konwencji Rady Europy o praniu, ujawnianiu,

zajmowaniu i konfiskacie dochodów pochodzących z przestępstwa, której zresztą Polska jest stroną. Zgodnie z jej brzmieniem, konfiskata oznacza karę lub środek nakazany przez sąd, powodujący ostateczne pozbawienie mienia w wyniku postępowania w sprawie o przestępstwo lub przestępstwa. Konfiskacie podlegają narzędzia przestępstwa, czyli przedmioty użyte lub przeznaczone do popełnienia przestępstwa, oraz dochody, czyli korzyść ekonomiczną wynikłą z przestępstwa. Jeśli nie można skonfiskować właściwych korzyści uzyskanych z popełnienia przestępstwa, zajęciu może ulec inny przedmiot, wartością odpowiadający tym korzyściom.

2.7. Jurysdykcja

Przepisy dotyczące jurysdykcji w Konwencji Prawnokarnej Rady Europy zostały w całości przejęte z Protokołu do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z 1996 r. oraz z Konwencji w sprawie zwalczania korupcji funkcjonariuszy Wspólnot Europejskich lub funkcjonariuszy państw członkowskich Unii Europejskiej z 1997 r. W pierwszym rzędzie Konwencja Prawnokarna nakazuje stosowanie zasady terytorialności (przestępstwo popełnione w całości lub części na terytorium państwa), dalej zasady narodowości podmiotowej, czyli obywatelstwa (przestępca jest jednym z obywateli państwa, jednym z jego funkcjonariuszy publicznych lub członkiem jednego z jego zgromadzeń przedstawicielskich), oraz połączonych zasad narodowości podmiotowej i przedmiotowej (przestępstwo dotyczy jednego z funkcjonariuszy państwa lub członka zgromadzenia przedstawicielskiego, lub obywatela państwa, który jest jednocześnie funkcjonariuszem organizacji międzynarodowej, członkiem międzynarodowego zgromadzenia lub sędzią międzynarodowego sądu).

Ten bardzo szeroki zakres jurysdykcji strony mogą ograniczyć w drodze zastrzeżeń do drugiego i trzeciego punktu, składanych przy ratyfikacji Konwencji (art. 17 ust. 2), ale i rozszerzyć, jeśli jest zgodne z ich prawem wewnętrznym (art. 17 ust. 4).

2.8. Inne postanowienia konwencyjne

Konwencja zawiera także przepisy dotyczące postępowania karnego, kontroli implementacji oraz współpracy międzynarodowej.

Jeśli chodzi o postępowanie karne, Konwencja nakazuje zwłaszcza ochronę osób współpracujących z wymiarem sprawiedliwości i świadków. Pojęcie osoby współpracującej obejmuje podejrzanego lub oskarżonego o popełnienie przestępstwa korupcyjnego, który zgadza się podać organom ścigania informacje dotyczące tego przestępstwa, umożliwiające jego ściganie. Z kolei do kategorii świadków Konwencja zalicza szczególnie osoby, które zawiadamiają właściwe organy o podejrzeniu praktyk korupcyjnych (*whistleblowers*).

Środki, których przyjęcie postulują twórcy Konwencji w sprawie korupcji, mogą obejmować na przykład utajnianie danych osobowych świadków i współpracowników na czas trwania procesu, ale i zapewnianie ochrony, a nawet zmianę tożsamości.

Ważnym przepisem procesowym jest art. 23, który nakazuje państwom-stronom wprowadzenie środków ułatwiających gromadzenie danych i konfiskatę dochodów. Postanowienie to wywodzi się z przekonania, że żadna ze stron paktu korupcyjnego nie ma w zasadzie interesu, by go ujawniać i w związku z tym należy informacji o przestępstwach korupcyjnych poszukiwać w inny sposób, na przykład uciekając się do dopuszczonych w Konwencji specjalnych technik dochodzeniowych, takich jak podsłuch telefoniczny, dostęp do komputera lub poczty elektronicznej. Konfiskatę mają z kolei ułatwiać postanowienia dopuszczające udostępnianie lub zajmowanie tymczasowe zapisów bankowych, finansowych lub handlowych, dzięki którym jest możliwe faktyczne dotarcie do informacji na temat mienia uzyskanego z popełniania przestępstw korupcyjnych.

Konwencja przewiduje, że organem monitorującym wdrażanie jej postanowień w państwach-stronach będzie GRECO (Grupa Państw przeciwko Korupcji).

Ponadto Konwencja poświęca cały rozdział przepisom dotyczącym współpracy międzynarodowej w ściganiu przestępstw korupcyjnych. Przepisy te odnoszą się do pomocy prawnej, ekstradycji, sposobów komunikowania się i nie różnią się niczym od tradycyjnych, ogólnych mechanizmów międzynarodowej współpracy w sprawach karnych.

2.9. Protokół Dodatkowy do Konwencji

Konwencja nie obejmuje wszystkich przestępstw korupcyjnych, o których jest mowa w Programie działań; w toku prac nad jej tekstem zdecydowano bowiem o odłożeniu dyskusji nad niektórymi kwestiami, np. korupcją sędziów sportowych, korupcją osób pracujących lub będących członkami organizacji pozarządowych, korupcją wyborczą. Już po uchwaleniu Konwencji okazało się, że pożądane jest przyjęcie dodatkowej regulacji odnoszącej się do dwóch rodzajów czynów korupcyjnych, mianowicie popełnianych przez lub wobec arbitrów i sędziów przysięgłych. W związku z tym sporządzono i przyjęto Protokół Dodatkowy do Konwencji w sprawie korupcji, otwarty do podpisu 15 maja 2003 r. Do chwili obecnej Protokół podpisały 23 państwa zrzeszone w Radzie Europy, ratyfikowały tylko 3. Liczba ratyfikacji wymagana do wejścia Protokołu w życie wynosi 5. Polska nie podpisała Protokołu.

Postanowienia Protokołu, zgodnie z jego art. 8 ust. 1, uzupełniają przepisy Konwencji, ustanawiając dalsze przestępstwa korupcyjne. Przed wszystkim rozszerzony zostaje art. 11 Konwencji, który dotyczył sędziów i funkcjonariuszy sądów międzynarodowych, z wyłączeniem sądów arbitrażowych. Rada Europy stwierdziła bowiem, że należy uznać za przestępstwo także czyny korupcyjne związane z arbitrażem, zarówno wewnętrznym, jak i międzynarodowym. Wiąże się to, po pierwsze, z faktem, że decyzje arbitrażowe mają znaczące konsekwencje finansowe, co może powodować podatność arbitrów na korupcję, a po drugie, z wyrażanymi przez niektóre państwa niejasnościami co do możliwości traktowania arbitrów jak sędziów i stosowania do nich postanowień art. 2, 3, 5 i 11 Konwencji lub uznania ich za osoby działające w ramach sektora prywatnego i stosowania art. 7 i 8 Konwencji. Dla ucięcia podobnych dyskusji i wyjaśnienia wątpliwości zdecydowano się przyjąć specjalną regulację.

Dodatkowo stwierdzono konieczność karania czynów korupcyjnych dotyczących sędziów przysięgłych krajowych i zagranicznych, również dla wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości dotyczących możliwości stosowania do nich postanowień Konwencji odnoszących się do sędziów.

Choć Protokół pojęcie „arbiter” nakazuje rozumieć stosownie do prawa wewnętrznego stron, jednocześnie nadaje mu znaczenie autonomiczne, obejmujące osoby, które na podstawie porozumienia o arbitrażu są uprawnione do wydania prawnie wiążącej decyzji w sporze między stronami porozumienia. Termin „porozumienie o arbitrażu” należy przy tym rozumieć jak najszerszej, jako obejmujący wszelkiego rodzaju porozumienia, odnoszące się do prawa cywilnego, handlowego i innego, uznane przez prawo krajowe, w których strony decydują poddać się arbitrażowi. Nie ma znaczenia, czy arbitrzy działają samodzielnie, czy w ramach sądu arbitrażowego, muszą być jednak niezawisli w wyrokowaniu, ich decyzje mogą być przedmiotem odwołania.

Przy wyjaśnianiu pojęcia „sędziego przysięgłego” (*juror*) Protokół co prawda również odsyła do prawa wewnętrznego, ale i tu nadaje mu swoje znaczenie, odnoszące się do osób, które działają jako członkowie kolegiального ciała odpowiedzialnego za podejmowanie decyzji co do winy oskarżonego w ramach procesu karnego.

I tak, stosownie do art. 2 Protokołu, ściganiu podlega przekupstwo arbitrów krajowych, art. 3 przewiduje karalność ich sprzedajności (korupcja bierna). Art. 4 ustanawia przestępstwo korupcji czynnej i biernej arbitrów zagranicznych. Dla uznania arbitra za „zagranicznego” zasadnicze znaczenie ma nie jego narodowość, ale fakt, że działa on w tym charakterze na podstawie prawa innego państwa niż państwo ścigające.

Art. 5 i 6 przewidują odpowiedzialność za korupcję czynną i bierną odpowiednio sędziów przysięgłych krajowych i zagranicznych.

Same przestępstwa zdefiniowane są dokładnie tak samo, jak korupcja czynna i bierna w Konwencji przez odesłanie do jej art. 2 i 3. Za każdym razem pojęcie „zagraniczny” należy rozumieć jako działający w dowolnym innym państwie.

Należy jeszcze dodać, że twórcy Protokołu podkreślają bardzo wyraźnie, że jego postanowienia w żadnym razie nie obligują państw, które nie mają sądów arbitrażowych lub tylko sądy arbitrażowe w sprawach gospodarczych, do ich wprowadzenia lub rozszerzenia ich właściwości ani do wprowadzenia systemu sądów przysięgłych, jeśli takowy w państwie nie istnieje.

Ocena Konwencji Prawnokarnej Rady Europy w sprawie korupcji nie może być jednoznaczna. Jest to istotnie dokument bardzo ambitny, który ma objąć wszelkie możliwe typy przestępczości korupcyjnej. Powoduje to jednak przyjęcie rozwiązań dość kazuistycznych, a zważywszy na to, że ambicje wprowadzania dalszych kryminalizacji się nie zmniejszyły – także możliwość przyjmowania kolejnych protokołów dodatkowych. Poza tym uniwersalistyczne podejście do korupcji, którą Konwencja nakazuje ścigać we własnym państwie i we wszystkich innych, wskazuje na pewien optymizm twórców Konwencji. Realnie rzecz biorąc, o ile można sobie wyobrazić prowadzenie postępowania przeciwko funkcjonariuszowi organizacji

międzynarodowej o charakterze europejskim, o tyle trudniejsze wydaje się ściganie przestępstw dokonanych wobec funkcjonariusza państwa leżącego na innym kontynencie. Niemniej jednak taka kryminalizacja jest o tyle słuszna, że umożliwia ściganie za przestępstwo prania brudnych pieniędzy pochodzących z przestępstw „z elementem zagranicznym” i konfiskowanie uzyskiwanych w ten sposób środków.

Do chwili obecnej Konwencja Prawnokarna Rady Europy o korupcji została ratyfikowana przez 29 państw, podpisana przez dalszych 17. Weszła w życie 1 lipca 2002 r., po uzyskaniu wymaganej liczby 14 ratyfikacji. Polska podpisała ją 27 stycznia 1999 r., ratyfikowała 11 grudnia 2002 r., ze skutkiem od 1 kwietnia 2003 r.

3. Konwencja Rady Europy o przeciwdziałaniu korupcji w prawie cywilnym z dnia 4 listopada 1999 r.

Przyjęcie przez Radę Europy Konwencji Prawnokarnej o korupcji nie wyczerpało listy działań prawodawczych w tym zakresie, przyjętych w Programie działań w walce z korupcją z 1996 r. Jak już wyżej wspomniano, Rada Europy postawiła sobie ambitnie za cel możliwie jak najszersze, multidyscyplinarne podejście do korupcji oraz przeciwdziałanie jej i zwalczanie na wszelkich możliwych polach, wszystkimi możliwymi sposobami. Instrumentarium prawa karnego, klasycznie uznawane za najlepsze w walce z korupcją, nie obejmuje zwłaszcza zagadnień związanych z przeciwdziałaniem skutkom czynów korupcyjnych. W związku z tym Program działań, jak i rekomendacje wydane przy okazji 21. Konferencji europejskich ministrów sprawiedliwości podkreślały potrzebę przyjęcia konwencji o prawie cywilnym. Ponownie dano temu wyraz w 20 Zasadach Wiodących w walce z korupcją z 1997 r., wśród których Zasada 17. wyraźnie stanowi, że należy zapewniać, by prawo cywilne uwzględniało konieczność walki z korupcją, a w szczególności przewidywało skuteczne środki prawne dla osób, których prawa i interesy naruszane są przez praktyki korupcyjne. Wreszcie, w czerwcu 1999 r., ministrowie sprawiedliwości zgromadzeni na 22. Konferencji ponownie pospieszali Komitet Ministrów do przyjęcia konwencji cywilnoprawnej, co stało się faktem 4 listopada 1999 r.

Sami twórcy Konwencji podkreślają, że możliwość radzenia sobie z problemem korupcji także za pomocą środków oferowanych przez prawo cywilne jest jedną z cech charakteryzujących unikatowe podejście Rady Europy do tego fenomenu. W istocie dokument ten stanowi pierwszy międzynarodowy instrument służący walce z korupcją za pomocą prawa cywilnego.

Przed przyjęciem omawianego dokumentu przeprowadzono studium możliwości opracowania konwencji w sprawie cywilnoprawnych środków uzyskania kompensacji za szkody, które wynikają z aktów korupcji (*feasibility study*), oparte na kwestionariuszu wypełnionym przez większość państw członkowskich Rady Europy. Wyniki tego studium wskazują, że co prawda w państwach obowiązują różne przepisy dotyczące praktyk korupcyjnych, ale dzięki wspólnemu przekonaniu, że z korupcją należy walczyć, możliwe jest przyjęcie jednolitego dokumentu dotyczące mechanizmu uzyskiwania odszkodowania za szkody wynikające z praktyk korupcyjnych.

Konwencja nie zawiera norm o charakterze samowykonawczym, to znaczy musi być przetransponowana do porządku wewnętrznego przez państwa-strony. Oznacza to jednocześnie, że jeśli w państwie obowiązują przepisy wypełniające wymogi Konwencji lub bardziej korzystne, nie musi ono podejmować żadnych kroków w celu dostosowania do niej prawa wewnętrznego.

3.1. Cele i definicje

Celem Konwencji, wyrażonym w art. 1, jest zapewnienie osobom, które poniosły szkodę w wyniku aktów korupcji, skutecznych środków pozwalających im na obronę ich praw i interesów, w tym możliwości otrzymania odszkodowania za poniesioną

szkodę. Pojęcie „osób”, o których jest mowa w tym przepisie dotyczy osób fizycznych, prawnych oraz jednostek niemających osobowości prawnej.

Konwencja przewiduje własną autonomiczną definicję korupcji, zgodnie z którą korupcja oznacza żądanie, proponowanie, wręczenie lub przyjmowanie, bezpośrednio lub pośrednio, łapówki lub jakiegokolwiek innej nienależnej korzyści lub jej obietnicy, które wypacza prawidłowe wykonywanie jakiegokolwiek obowiązku lub zachowanie wymagane od osoby otrzymującej łapówkę, nienależną korzyść lub jej obietnicę (art. 2), przy czym łapówka może stanowić korzyść nie tylko dla odbiorcy, ale i dla innego podmiotu. Jak widać, jest to definicja bardzo szeroka, obejmująca zachowania zdefiniowane np. w Konwencji Prawnokarnej jako korupcja czynna i bierna funkcjonariuszy publicznych oraz osób pełniących różnego rodzaju funkcje publiczne, traktowanych jako funkcjonariusze, zarówno krajowych, jak i zagranicznych, a także korupcję bierną i czynną w sektorze prywatnym krajowym i międzynarodowym. Taka definicja ma zapewnić, że żaden typ praktyk korupcyjnych nie pozostanie poza zakresem stosowania przepisów Konwencji. Jednocześnie takie ujęcie daje wyraz przekonaniu twórców Konwencji, że korupcja godzi nie tylko w interesy ekonomiczne, ale podważa zasady demokracji, praworządności oraz społecznego i gospodarczego rozwoju społeczeństwa.

3.2. Odpowiedzialność odszkodowawcza

Zasadnicze postanowienie materialne Konwencji zawarte jest w art. 3, stosownie do którego każda strona ma obowiązek zapewnić w swoim prawie wewnętrznym osobom, które poniosły szkodę w wyniku korupcji, prawo wszczęcia działań w celu uzyskania pełnej kompensacji za te szkody. Oznacza to, że należy wprowadzić procedury umożliwiające wystąpienie z pozwem o naprawienie szkody wyrządzonej w wyniku praktyki korupcyjnej. Decyzja co do przyznania odszkodowania należeć będzie każdorazowo do sądu rozstrzygającego sprawę.

Wydaje się jasne, że na gruncie Konwencji szkoda musi być określona w oparciu o okoliczności danej sprawy, nie ma możliwości przyznawania odszkodowania ryczałtowego, ani też wymierzania kar pieniężnych. Art. 3 ust. 2 precyzuje, że odszkodowanie może pokrywać szkodę materialną, utratę zysków lub szkodę niematerialną. Szkoda materialna (*damnum emergens*) oznacza rzeczywiste zmniejszenie majątku osoby poszkodowanej. Utrata zysków (*lucrum cessans*) odnosi się do zysków, których można było rozsądnie oczekiwać w danych okolicznościach sprawy, ale których nie osiągnięto z powodu czynu korupcyjnego. Wreszcie, szkoda niematerialna wyraża szkody, których nie można obliczyć, bo nie są wyrażone w mieniu lub pieniądzu, ale które stanowią konsekwencję praktyki korupcyjnej, jak np. utrata reputacji potrzebnej do prowadzenia określonego typu działalności. Państwo ma swobodę w uznaniu, jakiego rodzaju szkody niematerialne będą podlegały zasądzeniu.

Odpowiedzialność odszkodowawcza uzależniona jest od trzech warunków. Aby można było dochodzić odszkodowania za poniesioną szkodę, należy, po pierwsze, wykazać, że pozwany popełnił lub zaaprobował akt korupcji lub nie podjął wystarczających środków, aby zapobiec aktowi korupcji. Jak wynika z tego postanowienia, odpowiedzialność za korupcję spoczywa na wręczającym lub przyjmującym łapówkę, jak również na podmiotach, które w tym pomagały lub do

tego podzegały. Odpowiada za korupcję także podmiot, który nie podjął odpowiednich kroków dla zapobiegnięcia czynowi korupcyjnemu, choć powinien był w świetle swoich obowiązków. Oznacza to, że odpowiedzialność odszkodowawcza będzie spoczywała nie tylko na pracowniku, który bezpośrednio dopuścił się czynu korupcyjnego, ale i na jego pracodawcy, który nie dopełnił obowiązku kontroli.

Po drugie, dla stwierdzenia odpowiedzialności odszkodowawczej konieczne jest zaistnienie szkody po stronie powoda. Musi ona być konkretnie związana z poszkodowanym. Państwa mogą jednak dopuścić inne osoby niż poszkodowanych czynem korupcyjnym do wnoszenia pozwów o odszkodowanie.

Po trzecie, odpowiedzialność odszkodowawcza może być stwierdzona wyłącznie jeśli istnieje związek przyczynowy między aktem korupcji a poniesioną szkodą. Twórcy Konwencji uznają, że szkoda ma być zwykłym, a nie nadzwyczajnym skutkiem czynu korupcyjnego. Na przykład niezawarcie z danym przedsiębiorcą umowy na roboty budowlane w wyniku aktu korupcyjnego stanowi jego konsekwencję i powinno być przedmiotem odszkodowania. Jednak złamanie przez tego przedsiębiorcę nogi, w gniewie zbiegającego ze schodów po ogłoszeniu wyników przetargu, już nie będzie można łączyć z czynem korupcyjnym.

Konwencja ustanawia odpowiedzialność solidarną za czyny korupcyjne (art. 4 ust. 2). Oznacza to, że jeśli więcej pozwanych jest odpowiedzialnych za szkodę powstałą w wyniku tego samego aktu korupcji, powód będzie mógł wybrać, od którego z nich lub od ilu z nich będzie chciał uzyskać odszkodowanie.

W myśl Konwencji, odpowiedzialność odszkodowawcza za czyny korupcyjne nie spoczywa tylko na podmiotach prywatnych lecz również na państwie i podmiotach publicznych. Państwa-strony mają obowiązek ustanowić w prawie wewnętrznym procedury, umożliwiające osobom, które poniosły szkodę w wyniku każdego aktu korupcji popełnionego w trakcie pełnienia funkcji przez jej funkcjonariuszy publicznych, dochodzenie odszkodowania od państwa. Jeśli do Konwencji przystąpiła organizacja międzynarodowa, odpowiednie przepisy muszą umożliwiać dochodzenie odszkodowania od właściwych władz tej organizacji. Państwom pozostawia się swobodę co do ustanowienia warunków tej odpowiedzialności, niemniej jednak przyjęte procedury muszą być skuteczne. Dodatkowo należy sprecyzować, że Konwencja nie zabrania państwom-stronom przyjęcia mechanizmów, które dopuszczałyby występowanie z pozwami przeciwko samym urzędnikom, jak również które umożliwiałyby samemu państwu występowanie o zwrot odszkodowania przeciwko urzędnikom, za których musiało to odszkodowanie uiścić.

Odszkodowanie nie może zostać przyznane lub musi zostać obniżone, jeśli z okoliczności sprawy wynika, że poszkodowany czynem korupcyjnym sam przyczynił się do powstania lub powiększenia szkody przez własne zaniechanie. Art. 6 Konwencji przewiduje zatem wyjątek od wyrażonej w art. 3 zasady pełnej kompensacji. Zachowanie powoda musi być jednak zawinione, to znaczy nie może wynikać z okoliczności zewnętrznych, a z jego własnych działań lub zaniechań. Sąd będzie każdorazowo badał, czy i w jakim stopniu zawinienie wystąpiło, a wynik tych badań może wpłynąć na wysokość odszkodowania.

3.3. Przedawnienie

Konwencja wprowadza, właściwe prawu cywilnemu praktycznie wszystkich państw, rozwiązania dotyczące przedawnienia roszczeń o odszkodowanie za szkody wyrządzone czynami korupcyjnymi. Posługuje się przy tym dwojakim systemem, odwołując się do wiedzy poszkodowanego i czasu, jaki upłynął od popełnienia czynu. I tak, państwa-strony mają obowiązek zapewnić w swoim prawie wewnętrznym, że okres przedawnienia nie będzie krótszy aniżeli trzy lata począwszy od dnia, gdy osoba, która poniosła szkodę uświadamia sobie lub powinna stać się świadoma powstania szkody albo popełnienia aktu korupcji oraz tożsamości osoby za to odpowiedzialnej. Jednakże postępowanie takie nie może być prowadzone po zakończeniu okresu przedawnienia, trwającego nie krócej niż dziesięć lat od popełnienia aktu korupcji (art. 7).

Zdaniem twórców Konwencji, okres trzech lat na wystąpienie z powództwem do sądu cywilnego powinien być wystarczający na zgromadzenie materiału dowodowego w sprawach o czyny korupcyjne. Państwa mają swobodę w określeniu w prawie krajowym, czy ten okres trzech lat ma być liczony od popełnienia czynu korupcyjnego, czy też od wystąpienia szkody. Za popełnienie czynu korupcyjnego można uznać chwilę dokonania ostatniego z kilku czynów korupcyjnych, co sprzyja dochodzeniu zadośćuczynienia przez poszkodowanego. Za każdym razem jednak znajomość tożsamości osoby odpowiedzialnej za wyrządzenie szkody jest niezbędna do wniesienia pozwu. Terminem ostatecznie wyłączającym możliwość ubiegania się o odszkodowanie jest okres dziesięciu lat od popełnienia czynu korupcyjnego.

Przepisy dotyczące zawieszenia i przerwania biegu przedawnienia również mogą być, jeśli państwa-strony uznają to za właściwe, dostosowane do wyżej przedstawionych okresów przedawnienia.

3.4. Inne postanowienia

Oprócz postanowień odnoszących się bezpośrednio do jej zasadniczego celu, jakim jest zapewnienie możliwości ubiegania się o odszkodowanie przez osobę poszkodowaną w wyniku aktu korupcyjnego, Konwencja zawiera także inne postanowienia, które odnoszą się do prawa cywilnego i korupcji. Pierwsza z tych regulacji dotyczy ważności umów. Zgodnie z art. 8 ust. 1, państwa-strony mają obowiązek uznać w swoim prawie wewnętrznym, że każda umowa lub klauzula w umowie dopuszczająca korupcję jest nieważna. Z kolei ust. 2 tego artykułu przewiduje dodatkowy środek dostępny dla podmiotów poszkodowanych przez akt korupcyjny. Niezależnie od uprawnienia do występowania z pozwem o odszkodowanie, należy im zapewnić możliwość złożenia w sądzie wniosku o unieważnienie umowy każdej z jej stron, których zgoda została podważona przez akt korupcji. Uprawnienie to jest dość wąskie, przysługuje bowiem tylko stronom umowy. Może z niego skorzystać na przykład pracodawca, który zawarł umowę o roboty budowlane z podmiotem, który przekupił jego pracownika. Konwencja pozostawia mu jednak możliwość dotrzymania umowy. Trzeba również przypomnieć, że Konwencja ustanawia standard minimalny w zakresie walki z korupcją środkami prawa cywilnego. Oznacza to, że państwa mogą wprowadzić w swoim prawie krajowym dalej idące uprawnienia dla stron i innych podmiotów i – przykładowo – dopuścić

występowanie z pozwami o unieważnienie umowy także przez podmioty inne niż strony tej umowy (jak się wydaje, może to być np. prokurator).

Rada Europy jest jedną z organizacji, które pochwalają postawę obywatelską w walce z korupcją. Przyjęcie Konwencji stanowiło dobrą okazję do wprowadzenia regulacji, która ma na celu ochronę osób zawiadamiających osoby lub władze o aktach korupcyjnych (art. 9). Chodzi tu przede wszystkim o zapewnienie ochrony przeciwko nieuzasadnionym karom pracownikom, którzy w dobrej wierze i mając uzasadnione podstawy do podejrzeń, poinformowali o aktach korupcyjnych przełożonych lub organy ścigania. Postanowienie to ma przeciwdziałać trudnościom w dowodzeniu i ściganiu przestępstw korupcyjnych i oparte jest na przekonaniu, że najczęściej jako pierwsi o zaistnieniu korupcji dowiadują się pracownicy skorumpowanego przedsiębiorstwa lub współpracownicy skorumpowanego pracownika, czy to w sektorze publicznym czy prywatnym. Państwa mogą w tym względzie ustanowić obowiązek pracodawców do wypłacania odszkodowania pracownikom poszkodowanym niesprawiedliwym traktowaniem. Twórcy Konwencji stwierdzają, że na jej gruncie jakakolwiek sankcja (np. zwolnienie pracownika, odebranie premii, itp.) nałożona na pracownika, który zawiadomił władze o czynie korupcyjnym, będzie traktowana jako nieuzasadniona. Nie oznacza to całkowitego zakazu podejmowania wobec pracownika czynności dozwolonych na gruncie prawa pracy, ale zakaz wymierzania mu sankcji wyłącznie na tej podstawie, że zawiadomił władze o swoich podejrzeniach. Doniesienie o czynie korupcyjnym nie powinno być przy tym odczytywane jako pogwałcenie zasady poufności obowiązującej pracownika wobec pracodawcy. W istocie rzeczy, jak twierdzą twórcy Konwencji, omawiana regulacja ma ośmielać pracodawców do zachęcania pracowników, aby zgłaszali swoje podejrzenia dotyczące możliwych zachowań korupcyjnych.

Należy jednak podkreślić, że ochrona przed nieuzasadnionymi sankcjami ma zastosowanie tylko wobec pracowników, którzy działali w dobrej wierze i nie dotyczy osób, które w złej wierze, czyli na przykład ze złości lub zemsty, doniosły na kolegów.

Kolejne z postanowień konwencyjnych stanowi swoiste uzupełnienie postanowień art. 14 Konwencji Prawnokarnej o korupcji, dotyczącego przestępstw księgowych. Wprowadza ono mianowicie obowiązek przyjęcia środków, które zapewnią sporządzanie przez przedsiębiorstwa rocznych sprawozdań finansowych w sposób przejrzysty oraz przedstawiający prawdziwy i rzetelny obraz ich sytuacji finansowej. Celem tego przepisu jest zapobieżenie i wczesne wykrycie wszelkich nieścisłości, które mogłyby stanowić pierwszy symptom korupcji lub dać podstawę do wszczęcia postępowania karnego. Dodatkowo, również dla zapobieżenia aktom korupcyjnym, należy zagwarantować badanie rocznych sprawozdań finansowych przez audytorów, dla potwierdzenia, że prezentują one prawdziwy i rzetelny obraz sytuacji finansowej przedsiębiorstwa (art. 10 ust. 2). Przepis ten podkreśla fundamentalną rolę zewnętrznych i wewnętrznych audytorów (rewidentów) w walce z korupcją.

Dwa ostatnie z materialnych postanowień Konwencji odnoszą się do postępowania cywilnego w sprawach czynów korupcyjnych. Przede wszystkim należy w prawie krajowym wprowadzić skuteczne procedury uzyskiwania dowodów w postępowaniu cywilnym prowadzonym w następstwie dokonania aktu korupcji. Postanowienie to dotyczy w dużej mierze pozyskiwania dokumentów, o których mowa w art. 10

Konwencji. Konwencja nie wymaga jednak przesunięcia ciężaru dowodu w procesie cywilnym z powoda na pozwanego, nakazuje natomiast upewnienie się co do skuteczności dotychczas obowiązujących w procedurze cywilnej środków i ewentualne wprowadzenie nowych.

Ponadto, Konwencja nakłada obowiązek wprowadzenia do prawa krajowego nakazów sądowych, niezbędnych dla zabezpieczenia praw i interesów stron postępowania cywilnego prowadzonego w następstwie dokonania aktu korupcyjnego. Postanowienie to ma na celu zapobieżenie ukrywania składników majątku przez nieuczciwych wierzycieli, dzięki stworzeniu możliwości występowania do sądu o zabezpieczenie majątku, z którego będzie można się zaspokoić po wydaniu prawomocnego orzeczenia. Państwa-strony mają swobodę w określeniu, na czym mają dokładnie polegać wymagane przez Konwencję środki tymczasowe i w jakim momencie postępowania, a nawet czy przed jego wszczęciem, można je stosować.

Rozdział II Konwencji odnosi się do współpracy międzynarodowej w sprawach dotyczących postępowań cywilnych w przypadkach korupcji. Nawiązuje on do 20. Zasady wiodącej w walce z korupcją, która nakazuje państwom członkowskim Rady Europy nawiązywać, w jak najszerszym zakresie, międzynarodową współpracę we wszystkich dziedzinach walki z korupcją. Biorąc pod uwagę, że w dziedzinie prawa cywilnego i handlowego obowiązuje wiele dokumentów międzynarodowych, których państwa członkowskie Rady Europy są stronami, twórcy Konwencji nie opisują szczegółowych mechanizmów współpracy, nakazując jedynie ogólnie współpracę w zakresie dostarczania dokumentów, otrzymywania za granicą dowodów, jurysdykcji, uznawania i wykonywania wyroków oraz kosztów postępowania.

Postanowienia końcowe Konwencji o przeciwdziałaniu korupcji w prawie cywilnym są podobne do postanowień Konwencji Prawnokarnej o korupcji. Zgodnie z nimi za monitorowanie implementacji postanowień Konwencji odpowiada GRECO (Grupa Państw przeciwko Korupcji), której członkiem automatycznie staje się państwo przystępujące do Konwencji, jeśli jeszcze do niej nie należy. Konwencja Cywilnoprawna, inaczej niż Konwencja Prawnokarna, idąc w ślad za Konwencją OECD, nie przewiduje możliwości składania zastrzeżeń do jej postanowień.

Konwencja dla wejścia w życie wymaga, identycznie jak Konwencja Prawnokarna, uzyskania 14 ratyfikacji. Do chwili obecnej podpisało ją 38 państw, z czego ratyfikowało 20. Konwencja weszła w życie 1 listopada 2003 r. Polska podpisała ją 3 kwietnia 2001 r., ratyfikowała 11 września 2002 r., a Konwencja weszła w życie ze skutkiem wobec Polski 1 listopada 2003 r.

III Zarys regulacji unijnych

Jak już wyżej wspomniano, zagadnienie korupcji leży w polu zainteresowań także innych organizacji międzynarodowych. Szczególne zasługi na tym polu ma Unia Europejska, która, choć nie zainteresowała się kwestią korupcji o wiele wcześniej, niż OECD czy Rada Europy, to jednak, srodze dotknięta skandalami korupcyjnymi na początku lat 90. XX wieku, była w stanie przyjąć instrumenty o charakterze wiążącym wcześniej niż inne ciała międzynarodowe.

Początkowo korupcja zajmowała Wspólnotę Europejską, a potem szerzej Unię, w jednym tylko kontekście, gdy godziła w interesy finansowe Wspólnoty. Innego rodzaju czyny korupcyjne pierwotnie WE nie interesowały. Dość szybko jednak to stanowisko uległo zmianie.

Obecnie można stwierdzić, że korupcja znajduje się wysoko na liście priorytetów Unii Europejskiej, o czym świadczą postanowienia art. 29 Traktatu o Unii Europejskiej z 7 lutego 1992 r. (w wersji skonsolidowanej, uwzględniającej postanowienia Traktatu z Nicei): „...celem Unii jest zapewnienie obywatelom wysokiego poziomu bezpieczeństwa osobistego w przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, przez wspólne działanie państw członkowskich w dziedzinie współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych [...] Cel ten jest osiąganym poprzez zapobieganie i zwalczanie przestępczości zorganizowanej lub innej, zwłaszcza terroryzmu, handlu ludźmi i przestępstw przeciwko dzieciom, nielegalnego handlu narkotykami oraz nielegalnego handlu bronią, korupcji i nadużyć finansowych [...]”. Przepis ten, jak widać, wymienia korupcję jako jeden z typów przestępstw, z którymi walka ma być celem współdziałania w ramach III filaru, obejmującego współpracę policyjną i sądową w sprawach karnych.

1. Korupcja w sektorze publicznym

1.1. Protokół do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z dnia 27 września 1996 r.

Kwestia korupcji nie pojawiła się w fundamentalnym dla ochrony interesów finansowych Wspólnot instrumencie, jakim była Konwencja o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z dnia 26 lipca 1995 r., ustanawiająca przestępstwo oszustwa godzącego w budżet wspólnotowy. Państwa członkowskie WE uznały jednak dość szybko po jej przyjęciu, że „...jest konieczne, aby uzupełnić tę Konwencję Protokołem dotyczącym w szczególności zwalczania działań korupcyjnych, w które mogą być zamieszani urzędnicy, zarówno państwowi, jak i wspólnotowi, a które to działania naruszają lub mogą naruszyć interesy finansowe Wspólnot Europejskich”. Stąd pierwszym dokumentem, który zawiera regulacje dotyczące korupcji jest dopiero Protokół do Konwencji o ochronie interesów finansowych WE z dnia 27 września 1996 r. Państwa członkowskie UE postanowiły ujednoczyć swoje przepisy prawa karnego odnoszące się do łapownictwa funkcjonariuszy wewnętrznych, rozciągając jednocześnie ich stosowanie na urzędników wspólnotowych. Zakres stosowania przepisów krajowych penalizujących korupcję urzędniczą był jednak ograniczony do działań podejmowanych na szkodę budżetu WE.

Protokół zawiera definicję przestępstwa korupcji biernej oraz czynnej popełnionych przez lub wobec urzędnika krajowego lub wspólnotowego. Korupcja bierna polega na umyślnym działaniu urzędnika, który bezpośrednio lub za pośrednictwem żąda lub otrzymuje korzyść dowolnego rodzaju dla siebie lub innej osoby, albo przyjmuje obietnicę takiej korzyści w zamian za podjęcie działania lub jego zaniechanie w ramach swoich obowiązków lub wykonanie swej funkcji z naruszeniem oficjalnych obowiązków, powodującego lub mogącego spowodować uszczerbek dla interesów finansowych Wspólnot Europejskich. Korupcja czynna z kolei oznacza umyślne działanie jakiegokolwiek osoby, bezpośrednio lub za pośrednictwem, polegające na obietnicy udzielenia lub udzieleniu korzyści, w warunkach jak przy korupcji biernej.

Przy wyjaśnianiu pojęcia urzędnika krajowego Protokół odsyła do prawa wewnętrznego państw członkowskich, co należy odczytywać jako odesłanie nie tylko do litery prawa, ale i orzecznictwa. Natomiast pod pojęciem urzędnika wspólnotowego Protokół rozumie każdą osobę, która występuje w charakterze urzędnika, jest zatrudniona na podstawie umowy o pracę przez Wspólnotę lub oddelegowana do pracy we Wspólnotach, i pełni funkcje równoważne ze sprawowanymi przez urzędników. Ponadto jak urzędników wspólnotowych należy traktować członków oraz pracowników organów powołanych na mocy Traktatów Założycielskich WE (np. Europejski Trybunał Sprawiedliwości).

Twórcy Protokołu, być może pod wpływem afer z udziałem osób sprawujących najwyższe funkcje w ramach Wspólnot, nakazali ponadto stosowanie przepisów penalizujących korupcję godzącą w budżet Wspólnoty, popełnioną wobec lub przez ministrów, sędziów najwyższych sądów, członków parlamentu, członków najwyższych organów kontroli państwowej także wobec członków Komisji Europejskiej, Parlamentu Europejskiego, Trybunału Sprawiedliwości i Izby Obrachunkowej WE. Jeśli wobec członków Komisji Europejskiej nie jest to możliwe ze względu na przewidziane w prawie wewnętrznym specjalne procedury związane z

politycznym charakterem odpowiedzialności ministrów, prawo karne wewnętrzne powinno umożliwiać ściganie ich na zasadach ogólnych.

Wszystkie czyny Protokół nakazuje karać efektywnymi, proporcjonalnymi i odstraszającymi karami, w poważnych przypadkach obejmującymi karę pozbawienia wolności, która może doprowadzić do ekstradycji. Postępowanie karne ma przy tym być niezależne od postępowania dyscyplinarnego prowadzonego wobec urzędników krajowych lub wspólnotowych, choć sądy krajowe uwzględniają – zgodnie z przepisami wewnętrznymi – orzeczone uprzednio kary dyscyplinarne.

1.2. Drugi Protokół Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z dnia 19 czerwca 1997 r.

O korupcji w pewnym zakresie traktował także Drugi Protokół Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich z dnia 19 czerwca 1997 r. Nakazywał on państwom członkowskim uznanie za przestępstwo pranie brudnych pieniędzy. Zawierał jednocześnie przepisy znacząco nowelizujące postanowienia samej Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich oraz pierwszego Protokołu, odnoszące się do odpowiedzialności osób prawnych. Wprowadzono mianowicie obowiązek pociągania do odpowiedzialności osób prawnych za oszustwo, czynną korupcję i pranie pieniędzy, popełnione w ich interesie przez jakąkolwiek osobę, działającą indywidualnie lub wchodzącą w skład pełniącego funkcję kierowniczą organu danej osoby prawnej, na podstawie pełnomocnictwa do reprezentowania tej osoby prawnej lub uprawnienia do podejmowania decyzji w imieniu tej osoby prawnej, lub uprawnienia do sprawowania kontroli w obrębie tej osoby prawnej. Warunkiem odpowiedzialności było wypełnianie przez te czyny znamion określonych w poprzednio przywołanych dokumentach i popełnienie ich na szkodę wspólnotowych interesów finansowych. Dodatkowo, osoba prawna odpowiada, gdy brak nadzoru lub kontroli przez jedną z osób wymienionych wyżej, pełniącą funkcje kierownicze, umożliwił podwładnemu popełnienie jednego z omawianych przestępstw na rachunek tej osoby prawnej. Odpowiedzialność osoby prawnej ma charakter autonomiczny, nie wyklucza jednak prowadzenia postępowania przeciwko osobom fizycznym będącym bezpośrednimi sprawcami przedmiotowych przestępstw (art. 3 ust. 3). Należy zauważyć, że Protokół nie precyzuje, jakiego rodzaju odpowiedzialność osób prawnych nakazuje wprowadzić. Posługuje się neutralnym pojęciem „sankcje”, co – zwłaszcza wzięwszy pod uwagę, że odnośnie do osób fizycznych Konwencja i pierwszy Protokół mówią o „karach” – pozwala przypuszczać, że pozostawia on państwom członkowskim dowolność w wyborze reżimu karnego lub administracyjnego. Komentatorzy sugerują, że chodzi tu o odpowiedzialność karno-administracyjną. Sankcje stosowane wobec osób prawnych mają być efektywne, proporcjonalne i odstraszające, obejmować karę grzywny lub inną karę pieniężną, oraz ewentualnie inne sankcje (przypominające kary dodatkowe dla osób fizycznych), na przykład – począwszy od najłagodniejszej – odebrania uprawnień do korzystania ze świadczeń lub pomocy publicznej, przez terminowy lub stały zakaz prowadzenia działalności gospodarczej, aż po oddanie pod nadzór sądu i najsurowszą możliwą sankcję, czyli sądowy nakaz rozwiązania.

W walce z przestępczością godzącą w interesy ekonomiczne WE państwa członkowskie szły jeszcze dalej, wprowadzając obowiązek zajęcia i konfiskaty narzędzi i przychodów m.in. z korupcji czynnej i biernej lub majątku, którego wartość

odpowiada tym przychodom (art. 5). Wydaje się, że chodzi tu o zajęcie i przepadek przedmiotów służących do popełnienia przestępstwa, przedmiotów uzyskanych z tego przestępstwa, ale i dochody, które pochodzą bezpośrednio z danego czynu. Można je jednak zastąpić innymi składnikami mienia sprawcy, do wysokości majątku, który uzyskał z przestępstwa. Przepisy dotyczące przypadku nie wywołują takich kontrowersji, jak analogiczne postanowienia Konwencji OECD. Jurysdykcja państw członkowskich w odniesieniu do przestępstw korupcji czynnej i biernej jest bowiem łatwiejsza do wyegzekwowania, niż w przypadku przestępstwa określonego w Konwencji OECD.

1.3. Konwencja w sprawie zwalczania korupcji funkcjonariuszy Wspólnot Europejskich lub funkcjonariuszy państw członkowskich Unii Europejskiej z dnia 26 maja 1997 r.

Państwa członkowskie Unii Europejskiej równoległe do prac nad Drugim Protokołem do Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich przygotowywały nowy dokument odnośnie do czynów korupcyjnych. W dniu 26 maja 1997 r. przyjęły Konwencję w sprawie zwalczania korupcji funkcjonariuszy Wspólnot Europejskich lub funkcjonariuszy państw członkowskich Unii Europejskiej. Stwierdziły bowiem, jak wynika z preambuły, że konieczne jest poszerzenie ustaleń Protokołu z 1996 r. i sporządzenie Konwencji skierowanej przeciwko korupcji funkcjonariuszy Wspólnot Europejskich lub wszystkich funkcjonariuszy państw członkowskich, w celu doskonalenia współpracy sądowej w sprawach karnych.

Konwencja w zasadzie przejmuje w całości postanowienia Protokołu z 1996 r. Identycznie definiuje urzędników wspólnotowych i krajowych, podobnie ujmuje znamiona przestępstw. Przewiduje jedną tylko, ale fundamentalną zmianę w stosunku do ujęcia przestępstw korupcyjnych – bowiem już się nie wymaga, aby działanie sprawców naruszało lub mogło naruszyć interesy finansowe Wspólnoty Europejskiej. Takie postanowienie pozwoli na znaczne rozszerzenie zakresu stosowania przepisów penalizujących korupcję.

Przewidziane za te czyny sankcje są identyczne jak w Protokole i obejmują w najpoważniejszych przypadkach karę pozbawienia wolności, która może prowadzić do ekstradycji.

Konwencja jeszcze w jednym punkcie różni się od przepisów Konwencji o ochronie interesów finansowych WE po zmianach dodanych przez jej dwa protokoły. Mianowicie nie przewiduje ona odpowiedzialności osób prawnych za czyny korupcji biernej i czynnej. Traktuje jedynie o odpowiedzialności karnej osób kierujących podmiotami gospodarczymi lub mających możliwość podejmowania decyzji, lub sprawujących kontrolę w podmiocie gospodarczym, zgodnie z zasadami zapisanymi w prawie krajowym, w wypadku dopuszczenia się korupcji czynnej przez osobę im podległą, działającą w imieniu tego podmiotu. Niektórzy podnoszą, że stanowi ona swego rodzaju namiastkę odpowiedzialności osób prawnych. W każdym razie można jednak uznać, że ma wypełniać podobną funkcję prewencyjną, co odpowiedzialność osób prawnych, mianowicie zmuszać przedsiębiorstwa do prowadzenia walki z korupcją na ich własnym terenie – przyjmowania kodeksów zasad etycznych, odpowiednio przejrzystych procedur, itp.

Mimo że walka z korupcją jest, jak już wyżej wskazano, jednym z priorytetów Unii Europejskiej, nie należy do materii wspólnotowej, co do której Wspólnota ma kompetencję prawodawczą i może narzucać rozwiązania państwom członkowskim, ale do kwestii regulowanych na zasadzie współpracy międzyrządowej. Powoduje to konieczność podejmowania decyzji jednomyślnie oraz stosowania, przynajmniej w odniesieniu do konwencji, trybu wejścia w życie przez złożenie dokumentów ratyfikacyjnych przez wszystkie państwa członkowskie.

Tak wygórowane wymogi określone były w Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich i obu Protokołach do niej. Same państwa członkowskie nie były jednak zadowolone z tempa wchodzenia przyjmowanych regulacji w życie, w związku z tym w odniesieniu do Konwencji w sprawie zwalczania korupcji funkcjonariuszy Wspólnot Europejskich lub funkcjonariuszy państw członkowskich Unii Europejskiej z 1997 r., przy zachowaniu jako zasady wejścia w życie po uzyskaniu wszystkich ratyfikacji, wprowadziły możliwość oświadczenia przez państwo, że Konwencja stosuje się do niego w stosunkach z tymi państwami, które złożyły taką samą deklarację lub – jeśli państwo takiej deklaracji nie złożyło – może Konwencję stosować wobec innych państw członkowskich na podstawie umów dwustronnych (art. 13).

Aczkolwiek zatem państwa członkowskie szukały sposobów umożliwiających odejście od zasady jednomyślności przy instrumentach III filaru, jednak i tak powodowała ona dość znaczące opóźnienie we wchodzeniu dokumentów w życie. Protokół z 1996 r. zaczął obowiązywać dopiero z dniem wejścia w życie Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnoty Europejskiej, czyli w 2002 r.

Dopiero na mocy Traktatu z Amsterdamu z dnia 2 października 1997 r., który wszedł w życie w 1999 r., wprowadzono nowe mechanizmy, które choć w pewnym zakresie mają usprawnić przyjmowanie regulacji karnych. Po pierwsze, obniżono liczbę ratyfikacji koniecznych do wejścia w życie konwencji przyjętej w ramach III filaru. Obecnie, jeśli konwencja nie stanowi inaczej, wchodzi ona w życie po przyjęciu przez co najmniej połowę państw członkowskich. Rada Europejska przyjmuje środki wykonawcze do konwencji większością dwóch trzecich państw-stron. Po drugie, wprowadzono nowy instrument – decyzje ramowe, które mają na celu zbliżyć przepisy ustawodawcze i wykonawcze państw członkowskich. Ich walor wiążący jest zbliżony do dyrektyw, znanych z I filaru UE, zobowiązują one państwa członkowskie co do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawiają jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków; nie mogą jednak wywoływać skutku bezpośredniego w ustawodawstwie wewnętrznym, wymagają transpozycji do prawa krajowego. I chociaż wymagają dla przyjęcia jednomyślności w łonie Rady, to można stwierdzić, że te instrumenty bardziej niż konwencje sprzyjają sprawnemu przyjmowaniu nowych regulacji karnych przez państwa członkowskie. Prace Rady opierają się na konsensusie. Dokument, który Rada przyjmuje, wcześniej uzgodniony, wchodzi w życie najczęściej z chwilą ogłoszenia i daje państwom kilkuletni termin na dostosowanie się do wymogów, nie pozostawiając – odwrotnie niż konwencja – dowolności w wyborze momentu dostosowania przepisów prawa krajowego.

2. Korupcja w sektorze prywatnym

Trzeba zauważyć, że przedstawione wyżej dokumenty unijne przyjęte w latach 90. ubiegłego stulecia, w ramach tworzenia całościowej polityki walki z korupcją, wpisującej się w ogólniejszy nurt walki z poważną przestępczością, dotyczyły tylko zwalczania korupcji w jej aspekcie publicznym – wśród urzędników wspólnotowych oraz urzędników państw członkowskich. Jednak równolegle podjęto wówczas walkę z korupcją przy pomocy środków odnoszących się do życia gospodarczego (nakaz przyjęcia przejrzystych procedur zamówień publicznych, zakaz odliczania łapówek od podatku). Unia Europejska stanowi przecież organizację w dużym stopniu opartą na współpracy gospodarczej, celem działalności podejmowanej przez państwa członkowskie w ramach Wspólnoty Europejskiej, czyli I filaru UE, jest popieranie m.in. rozwoju działalności gospodarczej i wysokiego stopnia konkurencyjności. Stąd zainteresowanie Unii praktykami korupcyjnymi godzącymi w takie fundamenty wolnego rynku jak uczciwa konkurencja, daleko wykraczającymi poza korupcję urzędniczą. W 1998 r. zintensyfikowano zatem działania o charakterze politycznym, które miały w zamyśle służyć lepszemu i szerszemu przeciwdziałaniu i zwalczaniu korupcji. Jednym z owoców tej aktywności było Wspólne Działanie 98/742/JHA z dnia 22 grudnia 1998 r., przyjęte przez Radę na podstawie art. K. 3 Traktatu o Unii Europejskiej, o korupcji w sektorze prywatnym.

Wspólne Działanie zalecało państwom członkowskim spenalizowanie korupcji w ramach działalności gospodarczej, ustanawiało wspólne definicje kilku pojęć, nakazywało objęcie tych czynów sankcjami karnymi, także wobec osób prawnych. Nakładało ono na rządy państw członkowskich obowiązek sporządzenia projektu implementacji jego regulacji do prawa wewnętrznego i przedłożenia go parlamentom narodowym w ciągu dwóch lat od publikacji tego dokumentu, to jest do 31 grudnia 2000 r. Zgodnie z odpowiednim postanowieniem, Rada miała w raporcie ocenić stan transpozycji postanowień Wspólnego Działania do prawa krajowego państw członkowskich w ciągu trzech lat od jego wejścia w życie. Wspólne Działanie, jako instrument prawny III filaru Unii Europejskiej, nie miało charakteru wiążącego. Stopień obligacji po stronie państw członkowskich był w gruncie rzeczy bardzo niewielki. W praktyce stanowiło ono bardziej rodzaj deklaracji woli państw członkowskich UE walki z korupcją także w ramach działalności gospodarczej sektora prywatnego. Znaczenie Działania dobrze obrazuje fakt, że do 2003 r. jedynie osiem państw przyjęło zalecane w nim rozwiązania.

Dokumentowi temu towarzyszyła deklaracja wydana przez Radę, a podtrzymana przez Komisję, w której podkreślono, że Wspólne Działanie to tylko pierwszy krok na poziomie Unii Europejskiej ku zwalczaniu zachowań korupcyjnych także w sektorze prywatnym. Przewidziano przyjęcie dalszych środków w zależności od wyników oceny stopnia implementacji tego instrumentu dokonanej przez Radę. Raport Rady jednak nigdy nie powstał. W związku z tą deklaracją, w 2002 r. Dania wystąpiła z inicjatywą przyjęcia decyzji ramowej Rady w sprawie zwalczania korupcji w sektorze prywatnym. Celem tego instrumentu miało być wprowadzenie jednolitych definicji korupcji biernej i czynnej w sektorze prywatnym we wszystkich państwach członkowskich oraz uznanie tych czynów za przestępstwa, za które można ścigać zarówno osoby fizyczne, jak i prawne. Projekt decyzji ramowej, wniesiony przez Danię, został z niewielkimi zmianami przyjęty jako Decyzja Ramowa Rady 2003/568/JHA z dnia 22 lipca 2003 r. w sprawie zwalczania korupcji w sektorze prywatnym.

Decyzja Ramowa nakłada wyraźne obowiązki na państwa członkowskie Unii Europejskiej w zakresie walki z korupcją w sektorze prywatnym. Przepięstwo korupcji w sektorze prywatnym zdefiniowane jest jako umyślne czyn dokonany w ramach prowadzenia działalności gospodarczej, polegający na obiecywaniu, oferowaniu lub wręczaniu, bezpośrednio lub przez pośrednika, osobie, która w jakimkolwiek charakterze kieruje lub pracuje w podmiocie sektora prywatnego, jakiegokolwiek nienależnej korzyści, na rzecz tej osoby lub dla osoby trzeciej, aby osoba ta dokonała lub powstrzymała się od dokonania jakiegokolwiek czynności, naruszając swoje obowiązki służbowe (korupcja czynna) albo dokonaniu umyślnie w ramach prowadzenia działalności gospodarczej czynu, polegającego na żądaniu lub przyjmowaniu, bezpośrednio lub przez pośrednika, przez osobę, która w jakimkolwiek charakterze kieruje lub pracuje w podmiocie sektora prywatnego, jakiegokolwiek nienależnej korzyści, na rzecz tej osoby lub dla osoby trzeciej, aby osoba ta dokonała lub powstrzymała się od dokonania jakiegokolwiek czynności, naruszając swoje obowiązki służbowe (korupcja bierna).

Czyny te mają być uznane w państwach członkowskich za przestępstwa i opatrzone sankcją w maksymalnej wysokości od roku do trzech lat pozbawienia wolności. Należy także wprowadzić kary dodatkowe, w postaci czasowego zakazu prowadzenia takiej samej lub podobnej działalności gospodarczej na tym samym lub podobnym stanowisku, jeśli okoliczności pozwalają przypuszczać, że występuje ryzyko nadużycia przez daną osobę tego stanowiska ponownie w ten sam sposób. Prawodawca unijny nakazuje ponadto wprowadzić za czyny korupcji w sektorze prywatnym odpowiedzialność osób prawnych, nie precyzuje jednak jej rodzaju.

Państwa członkowskie są zobowiązane dostosować swoje ustawodawstwo do wymogów zapisanych w Decyzji Ramowej w ciągu dwóch lat od wejścia w życie, czyli do 22 lipca 2005 r. Termin ten obowiązuje Polskę jako członka Unii Europejskiej.

3. Zagadnienia proceduralne

Prowadząc rozważania na temat rozwiązań dotyczących korupcji w prawie Unii Europejskiej, trzeba jeszcze wspomnieć o instytucji obowiązującej od niedawna w stosunkach między państwami członkowskimi UE w zakresie procedury karnej, to jest o europejskim nakazie aresztowania. Pragnąc uprościć dotychczasowy system pomocy prawnej w sprawach karnych oraz system ekstradycyjny, państwa członkowskie, poniekąd na fali walki z terroryzmem po 11 września 2001 r., przyjęły w dniu 13 czerwca 2002 r. decyzję ramową 2002/584/JHA w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury przekazywania osób między państwami członkowskimi. Europejski nakaz aresztowania (ENA) to decyzja sądowa wydana przez państwo członkowskie w celu aresztowania i przekazania przez inne państwo członkowskie osoby, której dotyczy wnioski w celu przeprowadzenia postępowania karnego lub wykonania kary pozbawienia wolności bądź środka zabezpieczającego. Zastępuje on w stosunkach między państwami członkowskimi UE dotychczas obowiązujące procedury ekstradycyjne. Przyjmując ENA, państwa członkowskie odstąpiły od dwóch fundamentalnych zasad postępowania ekstradycyjnego, to jest od zakazu wydawania swoich obywateli, co umożliwiła koncepcja obywatelstwa Unii Europejskiej, i – w odniesieniu do najpoważniejszych przestępstw – zakazu podwójnej karalności danego czynu (w państwie wnoszącym o ekstradycję i państwie

wydającym). Korupcja została uznana za przestępstwo poważne, co oznacza, że jeśli w wydającym nakaz państwie członkowskim jest ona zagrożona karą pozbawienia wolności w wymiarze co najmniej trzech lat, stanowi podstawę do przekazania na mocy ENA bez weryfikacji pod kątem podwójnej odpowiedzialności karnej za popełniony czyn. Mimo licznych głosów krytycznych podnoszących zarzut niekonstytucyjności przepisów dotyczących wydawania własnych obywateli, postanowienia decyzji ramowej w sprawie ENA zostały niedawno implementowane do polskiego kodeksu postępowania karnego nowelą z 18 marca 2004 r. i weszły w życie 1 maja 2004 r. Można zatem stwierdzić, że ułatwi to także państwu polskiemu ściganie korupcji o charakterze międzynarodowym lub sprawców korupcji krajowej, którzy przed odpowiedzialnością ukrywają się zagranicą. Będzie to także sprzyjało lepszej realizacji postanowień dokumentów unijnych i prawa krajowego odnoszących się do ścigania korupcji urzędników wspólnotowych.

IV Implementacja instrumentów międzynarodowych dotyczących korupcji do prawa polskiego

Analiza stopnia dostosowania prawa polskiego do wymogów Konwencji OECD o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych, Konwencji Prawnocarnej Rady Europy o korupcji oraz Konwencji Rady Europy o przeciwdziałaniu korupcji w prawie cywilnym została dokonana w oparciu o obecnie obowiązujące przepisy, bez uciekania się do bardziej szczegółowej analizy przepisów uchylonych lub zmienionych.

1. Prawo karne

Regulacje odnoszące się do prawa karnego stanowią przedmiot dwóch z trzech interesujących nas instrumentów międzynarodowych, to jest Konwencji OECD i Prawnocarnej Konwencji Rady Europy. Dotykają one przy tym zarówno prawa karnego materialnego, w jego części ogólnej i szczególnej, jak i prawa karnego proceduralnego.

1.1. Prawo karne materialne

1.1.1. Przesłępstwo korupcji czynnej i biernej

W prawie polskim klasyczne przesłępstwa korupcji czynnej i biernej traktowane są osobno, choć są praktycznie lustrzanym odbiciem jednego stanu faktycznego. Przesłępstwo korupcji biernej (sprzedajności) uregulowane jest w art. 228 k.k. Na jego mocy podlega karze, kto, w związku z pełnieniem funkcji publicznej, przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą, albo jej obietnicę. Przesłępstwo to ma jeden typ uprzywilejowany, w którym sankcja jest obniżona – wypadek mniejszej wagi, oraz trzy typy kwalifikowane, zagrożone wyższymi karami: (i) sprawca, w związku z pełnieniem funkcji publicznej, przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą, albo jej obietnicę, za zachowanie stanowiące naruszenie przepisów prawa, (ii) sprawca, w związku z pełnieniem funkcji publicznej, uzależnia wykonanie czynności służbowej od otrzymania korzyści majątkowej lub osobistej, albo jej obietnicy, lub takiej korzyści żąda, (iii) sprawca, w związku z pełnieniem funkcji publicznej, przyjmuje korzyść majątkową znacznej wartości albo jej obietnicę.

Przesłępstwo korupcji czynnej (przekupstwa) spenalizowane jest w art. 229 k.k. Zgodnie z tą regulacją podlega karze, kto udziela albo obiecuje udzielić korzyści majątkowej lub osobistej osobie pełniącej funkcję publiczną w związku z pełnieniem tej funkcji. W przypadku mniejszej wagi, sprawca podlega karom łagodniejszym. Przepis przewiduje także dwa typy kwalifikowane, zagrożone surowszą sankcją: (i) sprawca działa, aby skłonić osobę pełniącą funkcję publiczną do naruszenia przepisów prawa lub udziela, albo obiecuje udzielić takiej osobie korzyści majątkowej lub osobistej za naruszenie przepisów prawa, (ii) sprawca osobie pełniącej funkcję

publiczną, w związku z pełnieniem funkcji, udziela albo obiecuje udzielić korzyści majątkowej znacznej wartości.

1.1.1.a) osoba pełniąca funkcję publiczną

Kluczowym pojęciem dla polskiego przestępstwa korupcji czynnej i biernej jest termin „osoba pełniąca funkcję publiczną”. Nie było ono do niedawna wyjaśnione w prawie polskim, wielokrotnie wypowiadały się w tym zakresie sądy. Obecnie w art. 115 § 19 k.k. wyjaśniono, że osobą pełniącą funkcję publiczną jest funkcjonariusz publiczny, członek organu samorządowego, osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, chyba że wykonuje wyłącznie czynności usługowe, a także inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową. Z kolei, na mocy art. 115 § 13 k.k. funkcjonariuszem publicznym jest:

- 1) Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej,
- 2) poseł, senator, radny,
- 3) sędzia, ławnik, prokurator, notariusz, komornik, kurator sądowy, osoba orzekająca w sprawach o wykroczenia lub w organach dyscyplinarnych działających na podstawie ustawy,
- 4) osoba będąca pracownikiem administracji rządowej, innego organu państwowego lub samorządu terytorialnego, chyba że pełnił wyłącznie czynności usługowe, a także inna osoba w zakresie, w którym uprawniona jest do wydawania decyzji administracyjnych,
- 5) osoba będąca pracownikiem organu kontroli państwowej lub organu kontroli samorządu terytorialnego, chyba że pełni wyłącznie czynności usługowe,
- 6) osoba zajmująca kierownicze stanowisko w innej instytucji państwowej,
- 7) funkcjonariusz organu powołanego do ochrony bezpieczeństwa publicznego albo funkcjonariusz Służby Więziennej,
- 8) osoba pełniąca czynną służbę wojskową.

Konwencja OECD pod pojęciem „zagraniczny funkcjonariusz publiczny” rozumie każdą osobę zajmującą stanowisko ustawodawcze, administracyjne lub sądowe w obcym państwie, zarówno mianowaną, jak i wybraną, a także każdą osobę wykonującą funkcje publiczne na rzecz państwa obcego, włączając funkcjonariusza instytucji publicznej lub przedsiębiorstwa publicznego, i każdego funkcjonariusza lub przedstawiciela publicznej organizacji międzynarodowej. Wydaje się, że tak ujęte pojęcie funkcjonariusza publicznego obcego państwa lub organizacji międzynarodowej zawiera się w całości w wyżej przedstawionym rozumieniu osoby pełniącej funkcję publiczną w polskim kodeksie karnym.

Co się tyczy Konwencji Prawnokarnej Rady Europy, to – jak wskazano wyżej – nie tworzy ona własnej, autonomicznej definicji funkcjonariusza publicznego. Nakazuje po prostu pojęcie to rozumieć tak, jak jest wyjaśniane w prawie wewnętrznym państw-stron. Jedynie w odniesieniu do terminu „sędzia” nakazuje objąć nim prokuratorów i osoby sprawujące urzędy sędziowskie. W związku z tym wyżej przedstawione pojęcie „osoby pełniącej funkcję publiczną” będzie miało w całości zastosowanie na gruncie przepisów Konwencji.

Jak już wyżej przedstawiono, Konwencja Prawnokarna ustanawia grupę przestępstw zdefiniowanych w oparciu o jej art. 2 i 3, a różniących się tylko funkcją osoby korumpowanej. Osoby te Konwencja nakazuje niejako asymilować do grupy funkcjonariuszy publicznych, z racji pełnienia przez nich pewnych ważnych funkcji publicznych w państwach albo w organizacjach lub sądach międzynarodowych. Ich odpowiedzialność jest identyczna jak odpowiedzialność funkcjonariuszy.

I tak art. 4 Konwencji dotyczy korupcji członków zgromadzeń przedstawicielskich. Osoby te w polskim prawie karnym należą – na mocy art. 115 § 19 k.k. w związku z art. 115 § 13 pkt 2 k.k. („Funkcjonariuszem publicznym jest [...] poseł, senator, radny [...]”) – do osób pełniących funkcję publiczną i w związku z tym korupcja popełniana wobec tych osób lub przez nie będzie podlegała ściganiu na podstawie przepisów ogólnych art. 228 i 229 k.k.

Kolejne przepisy konwencyjne dotyczą ogólnie rzecz biorąc przestępstw „z elementem zagranicznym”. Pierwsze dwa dotyczą obcych państw – czyny korupcyjne są popełniane przez lub wobec zagranicznego funkcjonariusza publicznego (art. 5) oraz członka zagranicznego zgromadzenia przedstawicielskiego (art. 6). Kolejne trzy odnoszą się do organizacji międzynarodowych – tu czyny korupcyjne są popełniane przez lub wobec funkcjonariusza organizacji międzynarodowej (art. 9), członka międzynarodowego zgromadzenia parlamentarnego (art. 10) oraz sędziego lub funkcjonariusza sądów międzynarodowych (art. 11).

Na gruncie prawa polskiego w stosunku do tych osób należy stosować klauzule asymilacyjne z art. 228 § 6 k.k.: „Karom określonym w § 1-5 podlega odpowiednio także ten, kto, w związku z pełnieniem funkcji publicznej w państwie obcym lub w organizacji międzynarodowej, przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą lub takiej korzyści żąda, albo uzależnia wykonanie czynności służbowej od jej otrzymania” i z art. 229 § 5 k.k.: „Karom określonym w § 1-4 podlega odpowiednio także ten, kto udziela albo obiecuje udzielić korzyści majątkowej lub osobistej osobie pełniącej funkcję publiczną w państwie obcym lub w organizacji międzynarodowej, w związku z pełnieniem tej funkcji”. Na ich podstawie państwo polskie może ścigać za łapownictwo czynne i bierne popełnione wobec lub przez wymienione kategorie osób w sposób i na warunkach, które pozostają w zgodzie z Konwencją Prawnokarną Rady Europy.

1.1.1.b) znamiona przestępstwa

Konwencja OECD nakazuje w art. 1 państwom-stronom ustanowienie przestępstwa przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych. Konwencja Prawnokarna Rady Europy nakazuje w art. 2 ścigać przekupstwo krajowych funkcjonariuszy publicznych, a liczne dalsze przestępstwa definiuje przez odesłanie do art. 2. Do tych dwóch przepisów należy zatem odnosić polski art. 229 k.k.

Zgodnie z regulacją polską, przestępstwo przekupstwa może popełnić każda osoba, podobnie jak przekupstwo, o którym jest mowa w obu Konwencjach. W obu przypadkach karalne jest jedynie działanie umyślne.

Działanie sprawcy przekupstwa w prawie polskim polega na udzielaniu lub obiecywaniu korzyści, zaś w Konwencjach na proponowaniu, obiecywaniu lub dawaniu korzyści. O ile nie ma wątpliwości co do tożsamości czynności polegających na obiecywaniu lub dawaniu, o tyle pojawia się problem proponowania korzyści. Wydaje się, że proponowanie jest działaniem o najmniejszym natężeniu, w praktyce polegać będzie bowiem na zasygnalizowaniu możliwości wręczenia łapówki („Jeśli to pan dla mnie zrobi, mógłbym się panu odwdzięczyć”), co różni się od obietnicy stopniem zdecydowania proponującego („Jeśli to pan dla mnie zrobi, odwdzięczę się panu”). Propozycja będzie zatem miała charakter mniej zobowiązujący, bardziej ogólny. Z drugiej strony propozycja może polegać na ukazaniu swojej gotowości do dania łapówki w danym momencie, a nie – jak przy obietnicy – do wręczenia jej później. W tym kontekście jestem zdania, że czynność proponowania wykracza poza przewidziane w prawie polskim możliwe czynności sprawcy korupcji czynnej. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 1972 r. uznał, że zbędne jest ścisłe określenie lub sprecyzowanie obietnicy udzielenia korzyści, istotny jest bowiem uzewnętrzniiony zamiar jej udzielenia, który musi być wyrażony jednoznacznie i ogólnie wskazywać na przedmiot obietnicy. Sądzę jednocześnie, że twórcy omawianych Konwencji wzorowali się w dużej mierze na prawie francuskim, które nie przewiduje karalności za usiłowanie przestępstwa korupcji, a walczy z niezrealizowanymi łapownikami uznając karalność proponowania łapówki. W związku z tym uważam, że w prawie polskim proponowanie łapówki – w gruncie rzeczy trudne do odróżnienia od obietnicy – może być ścigane jako usiłowanie udzielenia korzyści i że w tym względzie można uznać, że prawo polskie wypełnia wymogi konwencyjne.

W polskim prawie karnym nie ma znaczenia dla odpowiedzialności sprawcy przekupstwa, w jakim celu działa. Jego działanie, polegające na obiecywaniu lub wręczaniu łapówki, ma być ogólnie „związane z pełnieniem funkcji publicznej”. Pojęcie to obejmuje bezpośredni cel działania sprawcy przekupstwa ustalonego w Konwencji OECD, jakim jest skłonienie funkcjonariusza do działania lub powstrzymania się od działania. Związek z pełnioną funkcją publiczną w prawie polskim rozumiany jest przez orzecznictwo jako odnoszący się raczej do czynności, które leżą w zakresie kompetencji urzędnika, choć nie jest konieczne, aby tylko on był w tym zakresie kompetentny.

Pojawia się tu problem, jak polskie przepisy mają się do art. 1 ust. 4c Konwencji, zgodnie z którym działanie lub zaniechania funkcjonariusza w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych obejmuje wszelkie wykorzystanie stanowiska, niezależnie od tego, czy pozostaje w zakresie kompetencji udzielonych temu funkcjonariuszowi. Wydaje się, że trzeba tu odwołać się do polskiego orzecznictwa i doktryny, które wyróżniają kategorię czynności dokonywanych „przy okazji pełnienia funkcji publicznej” (klasyczny przykład – ustawianie weselników przez kierownika urzędu stanu cywilnego w sposób pożądaný przez fotografów w zamian na pieniądze). Branie za takie czynności łapówki na pewno nie podlega odpowiedzialności na podstawie art. 228 k.k. i wyklucza odpowiedzialność z art. 229 k.k. Odwołując się do tego pojęcia, należałoby zatem na gruncie prawa polskiego w związku z Konwencją OECD, uznać, że czynności, które nie należą do tej kategorii, mieszczą się w grupie czynności dokonywanych „w związku z pełnioną funkcją publiczną” i odejść od uzależniania odpowiedzialności od zakresu kompetencji danego urzędnika, co wypełni wymóg z art. 1 ust. 4c. Obecnie bowiem w prawie polskim ściganie działań podejmowanych „przy okazji” pełnienia funkcji publicznej

możliwe jest w zasadzie tylko na gruncie art. 231 k.k. dotyczącego przestępstwa nadużycia władzy przez funkcjonariusza publicznego.

Konwencja Prawnokarna Rady Europy – jak wskazano wyżej – abstrahuje zupełnie od kompetencji danego urzędnika, największe zło czynu korupcyjnego widząc nie w przekroczeniu przez niego swoich kompetencji (co swoją drogą zdaje się akcentować polskie orzecznictwo), ale w ogóle w rozważaniu przez niego lub przyjęciu obietnicy albo korzyści. Nie ma zatem wątpliwości, że konwencyjny termin „w zamian za działanie lub zaniechanie działania w wykonywaniu jego funkcji”, który tylko opisuje pożądaną przez korumpującego tok zdarzeń, odpowiada pojęciu „związku z funkcją publiczną”, o którym mowa w polskich przepisach. Trzeba przy tym zauważyć, że Konwencja nie zajmując się zakresem kompetencji danego urzędnika, dopuszcza możliwość surowszego karania za naruszenie obowiązków służbowych lub przepisów prawa, jak to ma miejsce w prawie polskim.

Prawo polskie nie wprowadza także istniejącego w Konwencji OECD ograniczenia przedmiotowego co do ścigania korupcji czynnej, polegającego na określeniu, że sprawca ma działać w celu otrzymania lub utrzymania możliwości prowadzenia działalności gospodarczej, lub zapewnienia sobie innej nienależnej korzyści w prowadzeniu międzynarodowej działalności gospodarczej. Okoliczności te nie mają wpływu na odpowiedzialność sprawcy przekupstwa.

Należy zauważyć, że polskie przepisy dotyczące obu form korupcji dopuszczają wręczanie łapówki w zamian za czynności dokonane w przeszłości. Mowa w szczególności o działaniu sprawcy przekupstwa, polegającym na udzielaniu lub obiecywaniu korzyści osobie pełniącej funkcję publiczną za naruszenie przepisów prawa (art. 229 § 3 k.k.) oraz działaniu sprawcy sprzedajności, który przyjmuje korzyść albo jej obietnicę za zachowanie stanowiące naruszenie przepisów prawa (art. 228 § 3 k.k.). Pierwsza z tych sytuacji wykracza poza zakres Konwencji OECD, druga nie podlega ściganiu na mocy Konwencji Prawnokarnej Rady Europy, która łączy odpowiedzialność z działaniami przyszłymi lub z istnieniem wcześniejszego porozumienia, czego polski przepis nie wymaga.

Jeśli idzie o sprzedajność, to mowa jest o niej jedynie w Konwencji Prawnokarnej Rady Europy. Czynności sprawcy ustanowionej w tym dokumencie korupcji biernej polegać mogą na żądaniu lub przyjmowaniu korzyści, propozycji lub obietnicy korzyści. Z kolei w art. 228 § 1 k.k. pojawia się tylko przyjmowanie korzyści lub obietnicy. Czynność polegająca na „żądaniu” pojawia się dopiero jako okoliczność kwalifikująca w art. 228 § 4 k.k. i ciągnie za sobą surowszą sankcję. Poza tym w polskiej regulacji ustawodawca posługuje się pojęciem „uzależnienia”, również wiążącym się ze zwiększeniem zagrożenia. Znamienia tego Konwencja nie zna, ale wydaje się, że ponieważ Konwencja ustanawia, jak pamiętamy, standard minimum, dodawanie i surowsze traktowanie typów zachowań pozostaje w zgodzie z jej wymogami.

Zatem ogólnie można stwierdzić, że polskie przepisy dotyczące znamion czynnej i biernej korupcji osób pełniących funkcję publiczną odpowiadają regulacjom art. 1 Konwencji OECD oraz art. 2 i 3 Konwencji Prawnokarnej Rady Europy.

1.1.1.c) pojęcie korzyści

W prawie polskim przedmiotem przekupstwa może być korzyść majątkowa lub osobista. Powszechnie uznaje się, że przestępstwo dotyczy korzyści nienależnej, to jest takiej, do której otrzymania funkcjonariusz nie jest uprawniony, na przykład na podstawie przepisów prawa pracy. W polskim orzecznictwie uznaje się także, że korzyść może być wręczana bezpośrednio lub przez pośrednika. Jeśli pośrednik jest świadomy charakteru przekazywanej korzyści, to podlega odpowiedzialności za łapownictwo na podstawie przepisów o karalności pomocnictwa. Nie budziło także wątpliwości, że korzyść majątkowa może być korzyścią dla osoby pełniącej funkcję publiczną lub dla innego podmiotu. Natomiast do niedawna nie było w polskim prawie karnym jasności, czy korzyść osobista przyjmowana przez korumpowanego funkcjonariusza mogła stanowić korzyść nie dla niego, a dla innej osoby. Obecnie kwestia ta została doprecyzowana i – zgodnie z art. 115 § 4 k.k. – korzyścią majątkową lub osobistą jest korzyść zarówno dla siebie, jak i dla kogoś innego. W tym zakresie zatem prawo polskie wypełnia w całości wymogi Konwencji OECD oraz Konwencji Prawnokarnej Rady Europy.

Na gruncie obu Konwencji rozmiar obiecanej lub wręczonej korzyści nie ma znaczenia dla odpowiedzialności sprawcy przestępstwa przekupstwa. Jednak w prawie polskim, jeśli łapówka będzie stanowiła korzyść majątkową znacznej wartości, wpłynie to na zwiększenie sankcji. Kodeks co prawda nie definiuje pojęcia „znacznej wartości”, ale wyjaśnia pojęcie „mienia znacznej wartości”, którym, zgodnie z art. 115 § 5, jest mienie o wartości w chwili popełnienia czynu zabronionego przekraczającej dwustukrotną wysokość najniższego miesięcznego wynagrodzenia (określanego na podstawie kodeksu pracy, obecnie ok. 800 zł). Nieco bardziej kłopotliwe w świetle Konwencji jest postanowienie art. 229 § 2 k.k., dotyczące przekupstwa mniejszej wagi. Pojęcie to nie jest wyjaśnione w kodeksie, niemniej jednak z orzecznictwa wynika, że należy każdorazowo oceniać okoliczności sprawy, w tym zwłaszcza zachowanie sprawcy, stopień jego zawinienia, wysokość łapówki, rangę sprawy i urzędnika, którego starał się przekupić. Wydaje się, że tę regulację można stosować w sytuacji wyżej omówionych płatności ułatwiających, które zwykle przecież opiewają na niewielkie kwoty.

1.1.1.d) dodatkowe regulacje konwencyjne

Obie Konwencje nakazują karać współuczestników przestępstw korupcyjnych. Prawo polskie przewiduje oczywiście karalność za współsprawstwo przestępstwa przekupstwa, za podżeganie, pomocnictwo, poplecznictwo oraz sprawstwo kierownicze. Zgodnie z art. 18 § 1 k.k., odpowiada za sprawstwo nie tylko ten, kto wykonuje czyn zabroniony sam albo wspólnie i w porozumieniu z inną osobą, ale także ten, kto kieruje wykonaniem czynu zabronionego przez inną osobę lub, wykorzystując uzależnienie innej osoby od siebie, poleca jej wykonanie takiego czynu. Odpowiada za podżeganie, kto chcąc, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, nakłania ją do tego (art. 18 § 2 k.k.). Odpowiada za pomocnictwo, m.in. kto w zamiarze, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, swoim zachowaniem ułatwia jego popełnienie, w szczególności dostarczając narzędzie, środek przewozu, udzielając rady lub informacji (art. 18 § 3 k.k.). Ponadto, stosownie do art. 13 § 1 k.k., odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania, które

jednak nie następuje. Usiłowanie podlega karze w granicach zagrożenia przewidzianego dla danego przestępstwa (art. 14 k.k.). Regulacje te wypełniają wymogi art. 1 ust. 2 Konwencji OECD i art. 15 Konwencji Prawnokarnej.

Prawo polskie nie zna natomiast instytucji zmywy w celu popełnienia przestępstw, o której mówi Konwencja OECD.

1.1.2. Handel wpływami

Wszystkie pozostałe typy przestępstw korupcyjnych uregulowane są jedynie w Konwencji Prawnokarnej Rady Europy. Pierwszym z nich jest handel wpływami, w obu formach – czynnej i biernej (art. 12). W prawie polskim strona bierna uregulowana jest w art. 230 k.k., zwanym płatną protekcją, zaś strona czynna – dopiero od 1 lipca 2003 r. – w art. 230a k.k.

Przestępstwo płatnej protekcji w prawie polskim ma miejsce, gdy ktoś powołując się na wpływy w instytucji państwowej, samorządowej, organizacji międzynarodowej albo krajowej lub w zagranicznej jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi albo wywołując przekonanie innej osoby lub utwierdzając ją w przekonaniu o istnieniu takich wpływów, podejmuje się pośrednictwa w załatwieniu sprawy w zamian za korzyść majątkową lub osobistą albo jej obietnicę.

W myśl Konwencji działanie sprawcy ma polegać na żądaniu lub przyjmowaniu jakiegokolwiek nienależnej korzyści bądź przyjmowaniu propozycji lub obietnicy korzyści w zamian za wywarcie niewłaściwego wpływu na podjęcie decyzji przez osobę należącą do jednej z wyżej wymienionych kategorii, niezależnie od tego, czy wcześniej stwierdzany lub potwierdzany wpływ zostaje wywarty oraz od tego, czy przypuszczalny wpływ prowadziłby do zamierzonego skutku.

W obu przypadkach sprawcą może być każda osoba, jej zamiar musi polegać na umyślności. Jej działanie z kolei opiera się na dwóch czynnościach. Pierwsza dotyczy wpływów i w przypadku przepisu polskiego opisana jest jako wywoływanie lub utwierdzanie przekonania o posiadaniu wpływów, zaś przy przepisie konwencyjnym na stwierdzaniu lub potwierdzaniu wpływu. Druga czynność jest bardziej ofensywna i polega – w prawie polskim – na podjęciu się pośrednictwa w załatwieniu sprawy, a w przypadku Konwencji na żądaniu lub przyjmowaniu korzyści w zamian za wywarcie wpływu.

Pierwsze czynności nie różnią się od siebie. Problem pojawia się w odniesieniu do działalności bardziej ofensywnej. Prawo polskie wymaga podjęcia się pośrednictwa, co zakłada istnienie pewnej zgody między dającym korzyść a powołującym się na wpływy, co do sprawy, o jaką chodzi, co do wpływów, jakie się wykorzystają i co do korzyści, jaka w zamian za to zostanie lub już została wręczona. Czynności opisane w Konwencji nie są zaś tak daleko idące – tu jeszcze wcale nie dochodzimy do etapu uzgadniania pośrednictwa, tu wymagane i karalne jest samo już żądanie korzyści. Dla odpowiedzialności karnej sprawcy nie będzie miało znaczenia, czy do skonkretyzowania jego żądania, a tym samym zawarcia porozumienia korupcyjnego doszło. W tym sensie zakres stosowania przepisów Konwencji jest szerszy niż przepisów polskich, które zatem nie odpowiadają wymogom konwencyjnym.

Zagadnienie to wiąże się z kwestią realności wpływów. Mianowicie Konwencja sama precyzuje, że nie ma znaczenia dla odpowiedzialności sprawcy czynnego handlu wpływami (płatnej protekcji), czy wpływy, na jakie się powołuje, zostały faktycznie wywarte lub też czy wpływ ten doprowadziłby do zamierzonego skutku. Na gruncie Konwencji nie jest nawet całkowicie jasne, czy ma znaczenie, czy możliwość wywarcia wpływu była realna, czy tylko domniemana. O ile pierwsza okoliczność odpowiada prawu polskiemu, bo ono także nie wymaga dokonania przyrzeczonego wykorzystania wpływów, o tyle druga i trzecia okoliczność są kłopotliwe. Na gruncie prawa polskiego bowiem, jeśli sprawca posiada wpływy, ale nie ma zamiaru ich wykorzystać i tego faktycznie nie robi, oraz wówczas gdy powołuje się na wpływy nieistniejące, może być raczej traktowany jako oszust, a jego zachowanie kwalifikowane jako przestępstwo z art. 286 § 1 k.k.

Strona czynna handlu wpływami uregulowana jest w art. 230a k.k. Polega ona na udzielaniu lub obiecywaniu udzielenia korzyści majątkowej lub osobistej w zamian za pośrednictwo w załatwieniu sprawy w instytucji państwowej, samorządowej, organizacji międzynarodowej albo krajowej lub w zagranicznej jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, polegające na bezprawnym wywarceniu wpływu na decyzję, działanie lub zaniechanie osoby pełniącej funkcję publiczną, w związku z pełnieniem tej funkcji.

Działanie sprawcy tego przestępstwa jest podobne do działania opisanego w art. 12 Konwencji. Zamiar ma być umyślny, same czynności polegają na udzielaniu korzyści lub jej obietnicy. Znow pojawia się tu problem zapisanej w Konwencji karalności proponowania korzyści – moim zdaniem przy proponowaniu nie może być jeszcze mowy o pośredniczeniu, o uzgodnieniu. W tym zatem sensie Konwencja wykracza poza zakres zastosowania przepisów polskich.

Należy jeszcze odnieść się do trzech kwestii wspólnych dla obu form handlu wpływami. Otóż, po pierwsze, przy obu przestępstwach łapówkę wręcza się lub obiecuje w zamian za jakieś działanie osoby powołującej się na wpływy. W Konwencji mowa jest o wywarceniu wpływu na podjęcie decyzji przez funkcjonariusza publicznego. W prawie polskim raz ustawodawca pisze o „załatwieniu sprawy”, raz o wywarceniu wpływu na „decyzję, działanie lub zaniechanie”. Na pierwszy rzut oka wydaje się, że pojęcie „podjęcia decyzji” sugeruje tylko odniesienie do sytuacji, gdzie wymagane jest jakieś działanie urzędowe po stronie funkcjonariusza, czyli wydanie decyzji pozytywnej dla korumpującego. Należy jednak to pojęcie interpretować jak najszerszej, jako obejmujące nie tyle decyzję w znaczeniu administracyjnoprawnym, ale potocznym i odnosić je do każdego działania lub zaniechania, które będzie pożądane przez korumpującego.

Druga kwestia dotyczy rodzaju wpływów, na jakie można się powoływać. Do niedawna prawo polskie ścigało tylko powoływanie się na swoje osobiste wpływy, a nie na wpływy innych osób. Obowiązujący przepis odstąpił od tego zawężenia i karalne jest powoływanie się zarówno na wpływy własne, jak i rodziny, znajomych, itp. Na gruncie Konwencji kwestia ta nie jest wyjaśniona, ale ponieważ ogólnie jej twórcom chodziło o jak najszersze zastosowanie, wydaje się, że polskie ujęcie jest słuszne.

Trzecie zagadnienie dotyczy katalogu instytucji, wspólnego dla obu omawianych przepisów prawa polskiego. Ustawodawca odnosi wpływy do załatwienia sprawy w

„instytucji państwowej, samorządowej, organizacji międzynarodowej albo krajowej lub w zagranicznej jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi”. Katalog ten sugeruje zatem istnienie następujących podmiotów:

- instytucji państwowej,
- instytucji samorządowej,
- organizacji międzynarodowej,
- organizacji krajowej,
- zagranicznej jednostki organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi.

Pierwsze trzy pojęcia są jasne, natomiast nie wiadomo, jak rozumieć i czym jest „organizacja krajowa”. Także pojęcie „zagraniczna jednostka organizacyjna dysponująca środkami publicznymi” nie jest nigdzie zdefiniowane ani jasne. Z jednej strony terminu „jednostka organizacyjna” zwykle używa się w ustawodawstwie na określenie podmiotu, który nie ma osobowości prawnej, ale z drugiej strony osoba prawna także stanowi jakąś jednostkę organizacyjną, pojawia się pytanie, czy w przepisie chodzi również o osoby prawne prawa prywatnego, które dysponują środkami publicznymi. A co w takim razie z zagranicznymi urzędami i instytucjami publicznymi, zwłaszcza tymi, które mają osobowość prawną?

Projekt rządowy tej regulacji odnosił się jedynie do instytucji państwowej, samorządowej lub jednostki organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi. W toku prac legislacyjnych rozszerzono tę grupę, powołując się na konieczność dostosowania do przepisów Konwencji Prawnokarnej Rady Europy. Dostosowanie to przebiegło jednak bardzo nieudolnie. Konwencja, jak pamiętamy, dotyczy wszelkich instytucji i urzędów publicznych krajowych i zagranicznych, zgromadzeń przedstawicielskich, organizacji międzynarodowych, jej organów oraz sądów międzynarodowych. A zatem, biorąc pod uwagę powyższe wątpliwości, najwyraźniej poza nawiasem przepisów polskich pozostają praktycznie wszelkie zagraniczne instytucje i podmioty publiczne, a także raczej podmioty prawa prywatnego posiadające osobowość prawną i dysponujące środkami publicznymi. Pojawia się także pytanie o sądy międzynarodowe – czy można je traktować jako organizacje międzynarodowe? Jeśli nie, to czy są jednostkami zagranicznymi? Czy dysponują środkami publicznymi? Jeśli tak, to czyimi?

Katalog ten, jak widać, nasuwa wiele wątpliwości. Taka regulacja powinna zostać poddana krytyce. Zarówno z punktu widzenia omawianych uregulowań międzynarodowych, których nie wypełnia, jak i z punktu widzenia jakości prawa.

1.1.3. Korupcja w sektorze prywatnym

Penalizacja korupcji w sektorze prywatnym przewidziana jest w Konwencji Prawnokarnej Rady Europy oraz w wyżej przedstawionych dokumentach Unii Europejskiej, zwłaszcza w Decyzji Ramowej Rady z dnia 22 lipca 2003 r. Definicje przestępstw ustanowionych w obu tych dokumentach pokrywają się, zatem zostaną omówione zbiorczo. Zagadnienie to jest tym bardziej znaczące, że Polska, już jako członek UE, musi dostosować swoje ustawodawstwo do Decyzji Ramowej, w terminie do 22 lipca 2005 r.

Polskie prawo bardzo długo nie przewidywało odpowiedzialności za czyny korupcyjne dokonywane w ramach sektora prywatnego. Wprowadzono karalność

takich czynów dopiero nowelą do kodeksu karnego z dnia 13 czerwca 2003 r., która weszła w życie 1 lipca 2003 r. Mowa tu o art. 296a k.k. Przepis ten jest podobny do przepisów o korupcji w sektorze publicznym, ale umieszczono go w rozdziale o przestępstwach przeciwko obrotowi gospodarczemu. Na jego mocy ściganiu podlega czyn osoby, która, pełniąc funkcję kierowniczą w jednostce organizacyjnej wykonującej działalność gospodarczą lub mając, z racji zajmowanego stanowiska lub pełnionej funkcji, istotny wpływ na podejmowanie decyzji związanych z działalnością takiej jednostki, przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą albo jej obietnicę w zamian za zachowanie mogące wyrządzić tej jednostce szkodę majątkową albo za czyn nieuczciwej konkurencji lub za niedopuszczalną czynność preferencyjną na rzecz nabywcy lub odbiorcy towaru, usługi lub świadczenia (art. 296a § 1 k.k.). Na tych samych zasadach ścigany jest czyn osoby, która w wypadkach określonych wyżej udziela lub obiecuje udzielić korzyści majątkowej lub osobistej (art. 296a § 2 k.k.).

Należy od razu stwierdzić, że przepisy prawa polskiego nie wypełniają w żadnym razie wymogów obu wzmiankowanych instrumentów międzynarodowych.

Owszem, zarówno w prawie polskim, jak i w obu instrumentach chodzi o przestępstwo popełnione w ramach działalności gospodarczej, a zamiar sprawców nie różni się w żadnym z przepisów. Jednak różnice są już widoczne w zakresie czynności sprawców tych przestępstw. W odniesieniu do strony czynnej czynności sprawcy mogą polegać na udzielaniu lub obiecywaniu udzielenia korzyści (art. 296a k.k.) albo na obiecywaniu, proponowaniu lub wręczaniu (Konwencja, Decyzja Ramowa). Znaną nam już różnicę dotyczącą proponowania można uznać za mało znaczącą i zamykającą się w prawie polskim w pojęciu „obiecywania”. Natomiast przy stronie biernej w prawie polskim mówi się o przyjmowaniu korzyści albo jej obietnicy, w Konwencji i Decyzji Ramowej o żądaniu lub przyjmowaniu korzyści, jej propozycji lub obietnicy. Poza nawiasem polskiej ustawy pozostaje zatem ważna w praktyce, jeśli nie najważniejsza, a na pewno najbardziej naganna moralnie, czynność polegająca na żądaniu korzyści. Podlega ona karaniu przy korupcji w sektorze publicznym (art. 228 § 4 k.k.), wiąże się z surowszą karą; przy korupcji w sektorze prywatnym nie ma o niej mowy.

Dalszą różnicą jest sposób ujęcia podmiotu korumpowanego. W Konwencji oraz Decyzji Ramowej podmiotem, któremu wręczamy łapówkę, może być każda osoba kierująca lub pracująca na rzecz podmiotu działającego w sektorze prywatnym. Jak już wyżej wskazano chodzi tu o osoby wykonujące pracę na podstawie dowolnego stosunku prawnego, na dowolnym stanowisku. W art. 296a k.k. mowa jest tylko o osobie:

- pełniące funkcję kierowniczą w jednostce organizacyjnej wykonującej działalność gospodarczą (dyrektor, zastępca dyrektora, szef komórki organizacyjnej, itp.),
- mającej, z racji zajmowanego stanowiska lub pełnionej funkcji, istotny wpływ na podejmowanie decyzji związanych z działalnością takiej jednostki (główny księgowy, członek zarządu, członek rady nadzorczej, radca prawny, itp.).

Takie rozwiązanie bardzo znacząco zawęża podmiotowy zakres stosowania polskich przepisów. Nie znajduje ono przy tym żadnego uzasadnienia, a projektodawcy tej regulacji, czyli Rząd, wyjaśniając je, napisali tylko, że „uznano je za optymalne”. Nie możemy zatem ścigać osób, które nie pełnią funkcji kierowniczych, a po prostu pracują w przedsiębiorstwie, spółce, itp., i przyjmują łapówkę w zamian za działanie, które leży w interesie wręczającego łapówkę, np. przedstawiciela przedsiębiorstwa

przekupującego sprzątaczkę za wyniesienie kopii oferty, jaką jego konkurent na rynku ma zamiar przedstawić w przetargu, do którego oba podmioty stają. Na gruncie prawa polskiego sprzątaczkę grozi jedynie odpowiedzialność dyscyplinarna.

Trzecia zasadnicza różnica między regulacjami polskimi a międzynarodowymi leży w samym ujęciu strony przedmiotowej omawianych przestępstw. W myśl Konwencji korupcja czynna i bierna w sektorze prywatnym to przestępstwa, których popełnienie następuje i stwierdza się – jak przy korupcji w sektorze publicznym – w momencie wręczenia lub przyjęcia korzyści albo jej obietnicy. Nie jest wymagane zaistnienie żadnych dodatkowych okoliczności. Owszem, działanie osoby korumpującej ma na celu skłonienie osoby korumpowanej do działania lub zaniechania, które naruszają jej obowiązki. Ponieważ jednak twórcy Konwencji nakazują interpretować pojęcie naruszenia obowiązków bardzo szeroko, nie odnosimy zachowania pracownika do jakiegoś konkretnego obowiązku, wystarczy naruszenie ogólnego obowiązku lojalności wobec pracodawcy.

Z kolei przepis prawa polskiego wymaga, aby korzyść lub jej obietnica została przyjęta w zamian za:

- zachowanie mogące wyrządzić tej jednostce szkodę majątkową (nie jest konieczne wyrządzenie szkody, tylko możliwość jej wystąpienia);
- czyn nieuczciwej konkurencji (zdefiniowany w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, obejmujący np. naśladowanie gotowego produktu, przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa);
- niedopuszczalną czynność preferencyjną na rzecz nabywcy lub odbiorcy towaru, usługi lub świadczenia (również zdefiniowaną w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako niedopuszczalna czynność uprzywilejowująca, z zawężeniem kręgu podmiotów, których może dotyczyć).

Nie dość zatem, że zawężamy podmiotowy zakres stosowania, to jeszcze i zakres przedmiotowy. Nawet jeśli w praktyce korupcja w sektorze prywatnym będzie najczęściej należeć do jednej z grup działań opisanych w art. 296a polskiego k.k., to jednak takie zawężające ujęcie jest sprzeczne z regulacją konwencyjną.

Jak się wydaje, u podłoża odejścia przez projekto- i ustawodawcę polskiego od wymogów Konwencji i Decyzji Ramowej leży inne podejście do omawianego przestępstwa. W obu przypadkach czyn ten odnosi się do działalności gospodarczej. Dla twórców Konwencji najważniejsze w korupcji w sektorze prywatnym jest jednak zachowanie korupcyjne, od tej strony rozpatrywano szkodę dla podmiotu sektora prywatnego, upatrywano ją w naruszeniu zasad lojalności przez wszystkich pracowników. Polskie przepisy i ich autorzy zdają się największą szkodę widzieć w stratach materialnych (potencjalnych i rzeczywistych) oraz w pogorszeniu sytuacji podmiotu na rynku. Konwencja bardziej dba o warunki wewnętrzne, polski kodeks o środowisko zewnętrzne funkcjonowania gospodarczego. Umknął, być może, twórcom polskich regulacji, aspekt korupcyjny tego czynu, skupili się na jego aspekcie gospodarczym i ekonomicznym. Widoczne jest to także w zmniejszonej w stosunku do innych przestępstw korupcyjnych sankcji, odpowiadającej zagrożeniom przewidzianym za inne przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu.

1.1.4. Dwa nowe typy przestępstw korupcyjnych

Nowela do kodeksu karnego z 13 czerwca 2003 r. wprowadziła dwa nowe typy przestępstw korupcyjnych. Należy o nich wspomnieć jedynie dla porządku, jako że ich wejście w życie nie łączyło się z nakazami płynącymi z omawianych instrumentów międzynarodowych. Chodzi tutaj o korupcję wyborczą i korupcję w sporcie profesjonalnym.

Przestępstwo korupcji wyborczej istniało w kodeksie karnym z 1932 r. Przywrócono je obecnie w art. 250a k.k., w rozdziale o przestępstwach przeciwko wyborom i referendum. Ściganiu podlegają sprawcy obu form korupcji – czynnej i biernej. Karze podlega, osoba, która, będąc uprawniona do głosowania, przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą albo takiej korzyści żąda za głosowanie w określony sposób (§ 1), oraz osoba, która udziela korzyści majątkowej lub osobistej osobie uprawnionej do głosowania, aby skłonić ją do głosowania w określony sposób lub za głosowanie w określony sposób (§ 2). W wypadku mniejszej wagi zagrożony jest niższą karą (§ 3).

Przestępstwo korupcji w sporcie profesjonalnym wprowadzono do kodeksu karnego w art. 296b, znajdującym się w rozdziale o przestępstwach przeciwko obrotowi gospodarczemu. Ściganiu podlegają oba typy korupcji. Na jego mocy podlega karze osoba, która, organizując profesjonalne zawody sportowe lub w nich uczestnicząc, przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą albo jej obietnicę w zamian za nieuczciwe zachowanie, mogące mieć wpływ na wynik tych zawodów (§ 1). Ściganiu podlega również osoba, która w wypadkach opisanych wyżej udziela lub obiecuje udzielić korzyści majątkowej lub osobistej (§ 2). Również i tu w wypadku mniejszej wagi sprawcy obu typów korupcji podlegają łagodniejszym karom (§ 3).

Należy jednocześnie zauważyć, że, przyjmując te przepisy, polski ustawodawca być może wyprzedził tylko prawodawców z Rady Europy, jako że, choć przestępstwa te nie znalazły się w omawianej Konwencji Prawnokarnej, pojawiają się one w dyskusjach toczonych w ramach tej organizacji.

1.1.5. Pranie brudnych pieniędzy

Proceder prania brudnych pieniędzy, zgodnie z najprostszą definicją, polega na ukrywaniu istnienia lub nielegalnego użytkowania dochodów, które pochodzą z innej działalności przestępczej (przestępstwo źródłowe), oraz nadawaniu im pozorów legalności.

Zarówno Konwencja OECD, jak i Konwencja Prawnokarna Rady Europy nakładają na państwa-strony obowiązek wprowadzenia karalności procederu prania pieniędzy pochodzących z przestępstw korupcyjnych. Oznacza to obowiązek uznania za przestępstwo źródłowe jednego z przestępstw opisanych w obu konwencjach i rozciągnięcia w ten sposób odpowiedzialności za pranie brudnych pieniędzy na uczestników praktyk korupcyjnych.

Przestępstwo prania brudnych pieniędzy uregulowane jest w polskim prawie w art. 299 k.k. Zgodnie z jego postanowieniami podlega karze, kto środki płatnicze, papiery wartościowe lub inne wartości dewizowe, prawa majątkowe albo mienie ruchome lub

nieruchome, pochodzące z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego, przyjmuje, przekazuje lub wywozi za granicę, pomaga do przenoszenia ich własności lub posiada albo podejmuje inne czynności, które mogą udaremnić lub znacznie utrudnić stwierdzenie ich przestępnego pochodzenia lub miejsca umieszczenia, ich wykrycie, zajęcie albo orzeczenie przepadku (art. 229 § 1 k.k.). Karze podlega również osoba, która, będąc pracownikiem banku, instytucji finansowej lub kredytowej albo innego podmiotu, na którym z mocy przepisów prawa ciąży obowiązek rejestracji transakcji i osób dokonujących transakcji, przyjmuje w gotówce, wbrew przepisom, pieniądze lub inne wartości dewizowe, dokonuje ich transferu lub konwersji albo przyjmuje je w innych okolicznościach wzbudzających uzasadnione podejrzenia, że stanowią one przedmiot czynu określonego w §1, albo świadczy inne usługi, mające ukryć ich przestępne pochodzenie lub usługi w zabezpieczeniu przed zajęciem (§ 2). Karze podlega także osoba, która będąc odpowiedzialna w banku, instytucji finansowej lub kredytowej za informowanie zarządu lub organu nadzoru finansowego o przeprowadzeniu operacji finansowej, nie czyni tego niezwłocznie w formie przewidzianej przepisami prawa, mimo że okoliczności przeprowadzenia operacji finansowej wzbudzają uzasadnione podejrzenie, że chodzi o źródło ich pochodzenia określone w § 1 (§ 3). Karze podlega także osoba, która w banku, instytucji finansowej lub kredytowej, będąc odpowiedzialna za wyznaczenie osoby uprawnionej do przyjmowania informacji, o których mowa w § 3, lub udzielania ich osobie uprawnionej, nie czyni zadość obowiązującym przepisom (§ 4).

Okoliczność, że sprawca działa w porozumieniu z innymi osobami (§ 5) lub osiąga znaczną korzyść majątkową (§ 6) wiąże się z wyższą sankcją.

W razie skazania za przestępstwo określone w § 1 lub 2, sąd orzeka przepadek przedmiotów pochodzących bezpośrednio albo pośrednio z przestępstwa, a także korzyści z tego przestępstwa lub ich równowartość, chociażby nie stanowiły one własności sprawcy. Przepadku nie orzeka się w całości lub w części, jeżeli przedmiot, korzyść lub jej równowartość podlega zwrotowi pokrzywdzonemu lub innemu podmiotowi (§ 7).

Nie podlega karze za przestępstwo określone w § 1-4, kto dobrowolnie ujawnił wobec organu powołanego do ścigania przestępstw informacje dotyczące osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz okoliczności jego popełnienia, jeżeli zapobiegło to popełnieniu innego przestępstwa; jeżeli sprawca czynił starania zmierzające do ujawniania tych informacji i okoliczności, sąd stosuje nadzwyczajne złagodzenie kary (§ 8).

Jak widać, na gruncie prawa polskiego dochody podlegające praniu mogą pochodzić z jakiegokolwiek czynu zabronionego. Dodatkowo, stosownie do obowiązującego przepisu, dochody podlegające legalizacji mogą pochodzić z korzyści związanych z popełnieniem każdego czynu zabronionego, w tym także popełnionego przez sprawcę prania pieniędzy. Stosownie zatem do obowiązującej regulacji nie ma żadnych przeszkód, by uznać, że łapownictwo może stanowić źródło korzyści, jakie podlegają praniu. Poza tym możliwe jest pociągnięcie do odpowiedzialności karnej osoby ciągnącej korzyści z łapownictwa, która następnie sama dokonuje legalizacji uzyskanych w ten sposób brudnych pieniędzy w jeden ze sposobów opisanych w art. 299 § 1 k.k. Taka sytuacja wydaje się najbliższa rzeczywistości –osoba pełniąca

funkcję publiczną, która jest przekupywana, najczęściej działa samotnie i sama lokuje środki finansowe pozyskane dzięki nielegalnej działalności.

Nie ma także znaczenia dla odpowiedzialności sprawcy, gdzie zostało popełnione przestępstwo źródłowe.

Oba omawiane instrumenty międzynarodowe nakazują w zasadzie ścigać pranie dochodów pochodzących z czynnej i biernej formy korupcji. Kwestia odpowiedzialności za pranie pieniędzy pochodzących z biernej korupcji jest kontrowersyjna na gruncie Konwencji OECD, która przecież nie nakazuje uznać korupcji biernej zagranicznych funkcjonariuszy publicznych za przestępstwo. Konwencja Prawnokarna rozciągnęła obowiązek ścigania na korupcję bierną, co niejako rozwiązało problem.

Pranie pieniędzy, jak akcentują polscy komentatorzy, będzie miało zastosowanie raczej do sprawców korupcji biernej, to jest do przekupywanych funkcjonariuszy. Otrzymywane przez nich korzyści – sama łapówka, i jej pochodne stanowią bez wątpienia dochód uzyskiwany z „korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego”. Co się natomiast tyczy sprawców przestępstwa korupcji czynnej, to wręczana przez nich łapówka, zanim zostanie przekazana, raczej nie będzie mogła stanowić przedmiotu przestępstwa z art. 299 k.k., bo nie należy do kategorii korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego ani pochodzących bezpośrednio z przestępstwa, chyba że będzie pochodziła z zalegalizowanych („wypranych”) korzyści uzyskanych z innego przestępstwa. Po stronie sprawcy czynnej korupcji praniu będą mogły podlegać zyski z łapownictwa, ale z kolei w praktyce zyski te zazwyczaj będą legalne. W końcu łapówkę – zwłaszcza w kontekście przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych, opisanego w Konwencji OECD – daje się najczęściej w zamian za uzyskanie zlecenia, zawarcie umowy, a korzyści z tego płynące są najzupełniej legalne. Jeśli jednak w danych okolicznościach pranie będzie dotyczyło nielegalnych zysków z korupcji, taka działalność będzie przedmiotem ścigania na podstawie art. 229 k.k. Jeśli z kolei łapówka będzie pochodziła z funduszy uzyskanych dzięki praktyce polegającej na wyprowadzaniu legalnych środków z danego przedsiębiorstwa w celu stworzenia specjalnego funduszu łapówkowego, wówczas w grę będzie wchodzić odpowiedzialność za przestępstwa rachunkowe i przeciwko dokumentom.

W kontekście prania brudnych pieniędzy należy jeszcze wspomnieć o regulacjach zawartych w ustawie z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł oraz o przeciwdziałaniu finansowaniu terroryzmu (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1505 z późn. zm.). Określa ona szczegółowy mechanizm mający na celu przeciwdziałanie praniu nielegalnie uzyskanych środków, polegający na rejestrowaniu i zgłaszaniu uprawnionym organom, to jest Generalnemu Inspektorowi Informacji Finansowej, transakcji o wartości przekraczającej 15 tysięcy euro lub których okoliczności wskazują, że wartości majątkowe mogą pochodzić z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł. Ustawa przewiduje także specjalną procedurę wstrzymywania podejrzanej transakcji i blokowania rachunku. Obowiązki rejestracji i zgłaszania spoczywają na bankach i innych podmiotach biorących udział w obrocie finansowym.

1.1.6. Sankcje

Obie omawiane Konwencje nakazują opisane w nich czyny korupcyjne karać skutecznymi, proporcjonalnymi i odstręczającymi karami, obejmujące wobec osób fizycznych karę pozbawienia wolności dającą podstawę do ekstradycji.

W prawie polskim jednakowo traktuje się korupcję osób pełniących funkcję publiczną w Polsce oraz korupcję funkcjonariuszy publicznych państw obcych i organizacji międzynarodowych. To zrównanie znajduje swoje odzwierciedlenie w identycznych sankcjach. Za podstawowe typy tych przestępstw grozi kara pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. Za popełnienie przestępstwa w typie kwalifikowanym naruszeniem prawa lub żądaniem lub uzależnianiem dokonania czynności grozi kara od 1 roku do 10 lat pozbawienia wolności. Jeśli łapówką jest korzyść majątkowa znacznej wartości, zagrożenie wzrasta i wynosi od 2 do 12 lat pozbawienia wolności. Każde z tych zagrożeń daje podstawy do ekstradycji i pozostaje w zgodzie z obiema Konwencjami.

Typ uprzywilejowany podstawowych przestępstw korupcyjnych – wypadek mniejszej wagi, zagrożony jest karą grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat 2. Może się zatem zdarzyć, że wobec sprawcy tego czynu nie można będzie zastosować ekstradycji. Wydaje się jednak, że czyny korupcyjne krajowe, stanowiące wypadek mniejszej wagi, nie będą przedmiotem postępowania ekstradycyjnego. Jeśli będą to czyny z elementem zagranicznym, to w praktyce będą dotyczyły – jak już wyżej wspomniano – płatności ułatwiających, które są dozwolone przez Konwencję OECD. Z drugiej strony trzeba podkreślić, że zapisany w Konwencjach wymóg ustalenia sankcji o odpowiedniej wysokości nie oznacza, że za każdym razem należy taką karę wymierzyć, ale że przepisy krajowe powinny przewidywać taką możliwość. Można zatem uznać, że w tym zakresie prawo polskie wypełnia wymogi obu Konwencji.

Inne omawiane przestępstwa korupcyjne również opatrzone są sankcjami wymaganej przez Konwencje wysokości. Płatna protekcja i handel wpływami zagrożone są w typie podstawowym karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat, podobnie jak pranie brudnych pieniędzy pochodzących z korupcji. Korupcja w sektorze prywatnym, w sporcie oraz wyborcza zagrożone są karami najniższymi, wynoszącymi w typie podstawowym od 3 miesięcy do 5 lat.

Obok tych sankcji można zastosować jeden ze środków karnych przewidzianych w kodeksie karnym (art. 39). W stosunku do sprawcy przestępstwa korupcyjnego będzie to najczęściej zakaz zajmowania określonego stanowiska, wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej. Poza tym, jeśli sprawca dopuścił się czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub gdy korzyść taką osiągnął, sąd może zastosować art. 33 § 2 k.k. i wymierzyć grzywnę obok kary pozbawienia wolności, co w przypadku przekupstwa funkcjonariusza publicznego i innych czynów korupcyjnych będzie raczej regułą. W takim przypadku grzywna będzie wynosić od 10 do 360 stawek dziennych, których wysokość może się wahać od 10 do 2.000 zł.

1.1.7. Bezkarność sprawców przestępstw korupcyjnych

Na mocy ostatniej nowelizacji wprowadzono do kodeksu karnego serię przepisów dotyczących instytucji specyficznego „czynnego żalu”, odnoszącego się do przestępstw korupcyjnych.

Zgodnie z przepisami części ogólnej kodeksu karnego, instytucja czynnego żalu polega na tym, że osoba, która dobrowolnie odstąpiła od dokonania lub zapobiegła skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego, nie podlega karze za usiłowanie (art. 15 § 1 k.k.). Zgodnie jednak z art. 229 § 6 k.k., 230a § 2 k.k., 296a § 5 k.k. oraz art. 296b § 4 k.k. nie podlega karze sprawca przestępstwa korupcji czynnej w każdej jej postaci, jeżeli korzyść majątkowa lub osobista albo ich obietnica zostały przyjęte przez osobę pełniącą funkcję publiczną, a sprawca zawiadomił o tym fakcie organ powołany do ścigania przestępstw i ujawnił wszystkie istotne okoliczności przestępstwa, zanim organ ten o nim się dowiedział. Różnica zatem leży w tym, że czynny żal polega na odstąpieniu od dokonania przestępstwa, a przewidziana w tych przepisach bezkarność ma zastosowanie do osoby, która przestępstwa już dokonała i w gruncie rzeczy chce uniknąć odpowiedzialności.

Dla skorzystania z bezkarności konieczne jest spełnienie trzech warunków:

- przyjęcie korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy przez przekupywanego,
- zawiadomienie organów ścigania, zanim się o tym przestępstwie dowiedział
- ujawnienie przed organami ścigania wszystkich istotnych okoliczności przestępstwa.

Trzeba zauważyć, że ustawodawca nie przewidział przy tym żadnej roli ocennej dla organów ścigania, jak przy korupcji wyborczej (art. 250a § 4 k.k. – jeżeli sprawca korupcji biernej zawiadomił organ powołany do ścigania o fakcie przestępstwa i okolicznościach jego popełnienia, zanim organ ten o nich się dowiedział, sąd stosuje nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet może odstąpić od jej wymierzenia). Mechanizm jest automatyczny – jeśli zajdą określone przesłanki, należy uznać sprawcę za bezkarnego i nie wszczynać lub umorzyć już wszczęte postępowanie.

Instytucja ta może prowadzić do nadużyć. Po pierwsze, mogą z niej skorzystać sprawcy wszystkich rodzajów przestępstw korupcji czynnej, a więc i jej typów kwalifikowanych, zagrożonych surowszą karą, czyli uznanych za bardziej szkodliwe społecznie. Po drugie, bezkarność działa także wobec sprawców, którzy złożyli tylko obietnicę korzyści i ta została przyjęta. Okoliczność ta może prowadzić do prowokacji. Po trzecie, przepis ten identycznie traktuje osoby, które ugięły się pod wpływem urzędnika i dały łapówkę niejako zmuszone okolicznościami, z osobami, które porozumienie korupcyjne zainicjowały.

Trzeba także zwrócić uwagę, że nie dość, że ustawodawca zapewnia sprawcy bezkarność, to nie zabrania mu korzystania z dobrodziejstw czynu, którego się dopuścił. Nie ma bowiem żadnej możliwości ani mechanizmu prawnego, poprzez który można by spowodować na przykład unieważnienie umowy zawartej dzięki łapówce przez korumpującego, a następnie żałującego polskiego przedsiębiorcę z funkcjonariuszem obcego państwa. Odnosi on zatem ze swego postępowania podwójną korzyść – unika kary oraz zachowuje intratny kontrakt. Co prawda, obowiązuje przepis art. 100 k.k., zgodnie z którym, jeśli zachodzi okoliczność

wyłaczająca ukaranie sprawcy, sąd może orzec przepadek przedmiotów lub korzyści pochodzących z przestępstwa. Po pierwsze jednak, przepis ten ustanawia jedynie możliwość, a nie konieczność orzeczenia przepadku, nie precyzując kryteriów, jakimi sądy miałyby się kierować w praktyce. Po drugie zaś, przepisy o przepadku nie stosują się do korzyści przyszłych. Zatem, uznając sprawcę korupcji czynnej za bezkarnego, po umorzeniu postępowania sąd zastosowałby przepadek, który dotyczyłby łapówki, jako narzędzia służącego do popełnienia przestępstwa – jeśli nie została jeszcze wręczona, a tylko obiecana – lub korzyści, jakie sprawca uzyskał dzięki łapówce do momentu wydania orzeczenia. Postanowienie sądu nie obejmuje korzyści przyszłych.

Jeśli chodzi o stosunek omawianych polskich przepisów do wymogów Konwencji OECD, to należy stwierdzić, że zagadnienie to nasuwa wiele wątpliwości. Zasadniczym celem Konwencji OECD jest przecież ściganie sprawców przekupstwa. Owszem, ustanawia ona pewien standard minimum w zakresie definicji przestępstw i przepisów proceduralnych, pozwala także na stosowanie przepisów części ogólnej prawa karnego dotyczących nadzwyczajnego złagodzenia kary w zamian za współpracę z organami ścigania. Niemniej jednak – jak się wydaje – nie zezwala na całkowite zniesienie karalności przekupującego, zwłaszcza w sytuacji, gdy nie pozbawia się go możliwości czerpania zysków ze swego czynu korupcyjnego. Problem jest tym bardziej trudny, że – jak się wydaje – za przyjęcie podobnych przepisów zganiono Czechy. Władze czeskie na swoje usprawiedliwienia powoływały się na wąski zakres stosowania tej regulacji i na jej podobieństwo do instytucji czynnego żalu. Do zmian ustawodawstwa dotyczącego instytucji czynnego żalu skłoniono Bułgarię. W tym kontekście postanowienie dotyczące sprawców łapownictwa czynnego (art. 229 § 6 k.k., który stosuje się odpowiednio wobec sprawców przekupstwa zagranicznego funkcjonariusza publicznego) wydaje się być sprzeczne z Konwencją OECD.

Co się tyczy Konwencji Prawnokarnej Rady Europy, to przewiduje ona jedynie obowiązek ustanowienia mechanizmów ochrony osób współpracujących z organami ścigania (art. 22) oraz przyjęcia środków poprawiających wykrywalność przestępstw korupcyjnych. Jednak w Konwencji mowa jest raczej o środkach procesowych, a nie materialnych, podczas gdy rozwiązanie przyjęte przez polskiego ustawodawcę ma na celu zwiększenie wykrywalności metodami materialnoprawnymi.

W związku z tym należy uznać, że polskie przepisy, gwarantujące bezkarność sprawcom korupcji czynnej, wydają się nie wypełniać postanowień obu omawianych Konwencji.

1.1.8. Odpowiedzialność karna osób prawnych

Obie konwencje karne nakładają na państwa-strony obowiązek wprowadzenia odpowiedzialności osób prawnych za czyny korupcyjne określone w tych instrumentach. W żadnym z omawianych dokumentów nie jest sprecyzowane, o jakiego rodzaju odpowiedzialność chodzi – karną, administracyjną, czy nawet cywilną. Określono jedynie, że sankcje stosowane wobec osób prawnych za popełnienie czynu korupcyjnego na ich korzyść przez osobę fizyczną mają być skuteczne, proporcjonalne i odstraszające. Mogą to być sankcje pieniężne.

Prawo polskie nie przewidywało – do niedawna – odpowiedzialności osób prawnych za czyny niedozwolone popełnione na ich korzyść przez osobę fizyczną. Wprowadzono ją dopiero na mocy ustawy z 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. Nr 197, poz. 1661). Pomijając kwestie doktrynalne, dotyczące charakteru tej odpowiedzialności, dla uproszczenia można stwierdzić, że ustawa przewiduje odpowiedzialność osób prawnych o charakterze karnym.

Ustawa została przyjęta w celu dostosowania prawa polskiego do przepisów głównie Unii Europejskiej. Polski prawodawca uznał, że podobne rozwiązanie ustawowe w sposób najskuteczniejszy będzie zwalczало przestępczość przedsiębiorstw.

Podstawowe dla zrozumienia mechanizmu ustawy pojęcie „podmiotu zbiorowego” wyjaśnione jest w art. 2. Przewiduje on, że podmiotem zbiorowym jest osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, z wyłączeniem Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego i ich związków oraz organów państwowych i samorządu terytorialnego – a także spółka handlowa z udziałem Skarbu Państwa; jednostka samorządu terytorialnego lub związek takich jednostek; spółka kapitałowa w organizacji; podmiot w stanie likwidacji; przedsiębiorca, nie będący osobą fizyczną; oraz zagraniczna jednostka organizacyjna. Jak widać, krąg podmiotów podlegających odpowiedzialności na mocy omawianej ustawy jest szerszy niż w Konwencji OECD oraz Konwencji Prawnokarnej Rady Europy. Dokumenty te wymagają ścigania jedynie osób prawnych, a zatem podmiotów posiadających osobowość prawną w myśl przepisów krajowych, podczas gdy w Polsce możliwe jest ściganie także jednostek tej osobowości niemających.

W myśl ustawy, odpowiedzialność podmiotu zbiorowego zależna jest od zachowania osoby fizycznej, należącej do jednej z czterech kategorii: (i) działającej w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego w ramach uprawnienia lub obowiązku do jego reprezentowania, podejmowania w jego imieniu decyzji lub wykonywania kontroli wewnętrznej albo przy przekroczeniu tego uprawnienia lub niedopełnieniu tego obowiązku, (ii) dopuszczonej do działania w wyniku przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków przez osobę, o której mowa wyżej, (iii) działającej w imieniu lub interesie podmiotu zbiorowego, za zgodą lub wiedzą osoby, o której mowa wyżej, (iv) będącej przedsiębiorcą, jeżeli zachowanie to przyniosło lub mogło przynieść podmiotowi zbiorowemu korzyść chociażby niemajątkową. Konwencja OECD nie zawiera żadnych szczegółowych rozwiązań dotyczących modelu odpowiedzialności osób prawnych. Natomiast Konwencja Prawnokarna Rady Europy przewiduje szczególne warunki ich ścigania. Można w związku z tym stwierdzić, że katalog zapisany w art. 3 ustawy polskiej jest szerszy niż zakreślony w Konwencji Prawnokarnej krąg osób fizycznych, za których czyny można pociągać do odpowiedzialności osobę prawną (w szczególności różnica dotyczy przedsiębiorców).

Polski model odpowiedzialności podmiotów zbiorowych ustanawia odpowiedzialność zależną od odpowiedzialności osoby fizycznej. Oznacza to, że najpierw należy znaleźć i pociągnąć do odpowiedzialności osobę fizyczną, aby móc ścigać osobę prawną. Art. 4 ustawy przewiduje, że podmiot zbiorowy podlega odpowiedzialności, jeśli popełnienie przestępstwa przez osobę fizyczną zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem skazującym, wyrokiem karnym, prawomocnym orzeczeniem o zezwoleniu na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności lub

prawomocnym orzeczeniem warunkowo umarzającym postępowanie albo prawomocnym orzeczeniem o umorzeniu postępowania z powodu okoliczności wyłączających ściganie sprawcy. Konwencja Prawnokarna wymaga, aby ściganie osób prawnych nie wykluczało odpowiedzialności osób fizycznych, będących sprawcami czynów przestępczych. Ustawa polska nie dość, że nie wyklucza ścigania osób fizycznych, to wręcz tego wymaga jako jednej z dwóch zasadniczych przesłanek prowadzenia postępowania wobec osób prawnych. W praktyce można się spodziewać, że ta przesłanka może powodować spowolnienie procedury, wynikające z konieczności poszukiwania winnej osoby fizycznej, a nawet przedawnienie karalności czynu osoby prawnej w razie przewlekającego się postępowania karnego i opóźnienia w uzyskaniu prawomocnego wyroku skazującego wobec osoby fizycznej.

Przesłanką ostatnią odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary jest wina, w ustawie ujęta jako wina w wyborze lub nadzorze (wobec osób fizycznych wymienionych w drugiej i trzeciej grupie) lub wina organizacyjna (wobec osób należących do pierwszej lub czwartej grupy). Odpowiada to postanowieniom obu Konwencji.

Należy dodać, że podmiot zbiorowy podlega odpowiedzialności tylko za niektóre przestępstwa. Ich katalog został określony w art. 16 ustawy. Co się tyczy przestępstw korupcyjnych, można zauważyć, że w przepisie tym wymienione są wszystkie oprócz korupcji wyborczej i handlu wpływami, które w praktyce mają jednak mniejsze znaczenie.

Jeśli chodzi o sankcje za przestępstwa korupcyjne, to – inaczej niż w odniesieniu do osób fizycznych – za czyny korupcyjne dokonywane w ramach sektora publicznego i w ramach działalności gospodarczej grozi identyczna kara pieniężna, wynosząca od 2% do 10% przychodu lub wydatków. Przychód określa się w trybie przepisów o podatku dochodowym od osób prawnych, co do roku podatkowego poprzedzającego wydanie orzeczenia (art. 7 ust. 1 ustawy). Jeśli przychód ten jest niższy niż milion złotych, karę pieniężną orzeka się w wysokości do 10% wydatków poniesionych w roku poprzedzającym wydanie orzeczenia (art. 7 ust. 2 ustawy). Kara pieniężna nie może być w każdym razie niższa niż 5 tysięcy złotych (art. 7 ust. 3 ustawy). Postanowienia te budzą wiele problemów interpretacyjnych, odnoszących się zwłaszcza do kwestii sposobu określenia przychodu podmiotu oraz wymiaru kary wobec podmiotu, który nie ma osobowości prawnej i nie podlega przepisom o podatku dochodowym od osób prawnych.

Wobec osoby prawnej orzeka się także przepadek przedmiotów pochodzących chociażby pośrednio z czynu zabronionego, lub które służyły lub były przeznaczone do popełnienia czynu zabronionego, korzyści majątkowej pochodzącej chociażby pośrednio z czynu zabronionego, lub równowartości tych przedmiotów lub korzyści (art. 8 ustawy). Można wobec niej orzec także różne kary dodatkowe, na przykład zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne (art. 9).

Podsumowując, można ogólnie stwierdzić, że prawo polskie wypełnia obowiązek wprowadzenia odpowiedzialności osób prawnych za czyny korupcyjne, ustanowiony Konwencją OECD oraz Konwencją Prawnokarną Rady Europy. Jednakże ogólna ocena pozytywna nie zmienia faktu, że przewidziany w polskiej ustawie model

odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary jest daleki od doskonałości. Za jego jedyną zaletę wielu komentatorów uznaje samo jego wejście w życie. Polski model nie pozostaje w sprzeczności z omawianymi regulacjami międzynarodowymi, po prostu jest nadmiernie skomplikowany i niepotrzebnie, bez uzasadnienia, uzależniony od ukarania osoby fizycznej. W tym sensie można się obawiać, czy nasz system odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny przestępcze, w tym korupcyjne, i wymierzane w jego ramach sankcje wypełnią konwencyjny wymóg skuteczności.

1.1.9. Przepadek

Przestępstwa korupcyjne, jak już podkreślano, łączą się z uzyskiwaniem korzyści materialnych, często popełniane są dla osiągnięcia – bezpośrednio lub pośrednio – zysku. Dlatego tak ważnym aspektem walki z korupcją jest stworzenie mechanizmów umożliwiających pozbawianie osób uczestniczących w czynach korupcyjnych korzyści, jakie dzięki nim odnoszą.

Konwencja OECD nakłada na państwa-strony obowiązek konfiskowania łapówki i korzyści uzyskanych wskutek przestępstwa przekupstwa zagranicznego funkcjonariusza publicznego, lub mienia, którego wartość odpowiada takim korzyściom. Wspomniano wyżej o kontrowersjach dotyczących sensowności wprowadzania obowiązku konfiskowania łapówki, która znajduje się poza jurysdykcją państwa-strony, oraz która, po jej wręczeniu, trafia do osoby, jakiej Konwencja nie nakazuje ścigać. Konwencja Prawnokarna Rady Europy, która rozszerza karalność czynów opisanych w Konwencji OECD także na korupcję bierną, nakazuje przyjęcie środków umożliwiających konfiskatę lub innego rodzaju pozbawienie narzędzi (łapówek) oraz dochodów z przestępstw, jakie Konwencja ustanawia, lub mienia, którego wartość odpowiada takim dochodom. Zważywszy jednak na zakres jurysdykcji, także i w przypadku tej Konwencji zrealizowanie tego nakazu w praktyce stoi pod znakiem zapytania.

Prawo polskie zna instytucję przepadku, która zastąpiła wcześniejszą konfiskatę mienia. Ma ona zastosowanie w zasadzie jedynie wobec osób skazanych za popełnienie przestępstw.

Od 1 lipca 2003 r. instytucja przepadku występuje w czterech zasadniczych formach:

- przepadek przedmiotów – obligatoryjny przepadek przedmiotów pochodzących bezpośrednio z przestępstwa (art. 44 § 1 k.k.) oraz fakultatywny (a w wypadkach wskazanych w ustawie obowiązkowy) przepadek przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa (art. 44 § 2 k.k.);
- przepadek równowartości przedmiotów – zgodnie z art. 44 § 4 k.k., jeżeli orzeczenie przepadku określonego w § 1 lub 2 nie jest możliwe, sąd może orzec przepadek równowartości przedmiotów pochodzących bezpośrednio z przestępstwa lub przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa;
- przepadek korzyści majątkowej – zgodnie z art. 45 § 1 k.k., jeżeli sprawca osiągnął z popełnienia przestępstwa, chociażby pośrednio, korzyść majątkową niepodlegającą przepadkowi przedmiotów wymienionych w art. 44 § 1 lub 6, sąd orzeka przepadek takiej korzyści albo jej równowartości;
- przepadek równowartości korzyści majątkowej (art. 45 § 1 k.k.).

W razie współwłasności orzeka się przepadek udziału należącego do sprawcy lub przepadek równowartości tego udziału.

Przepisy te należy rozumieć w związku z art. 115 § 9 k.k., w myśl którego rzeczą ruchomą lub przedmiotem jest także polski lub obcy pieniądź lub inny środek płatniczy oraz dokument uprawniający do otrzymania sumy pieniężnej albo zawierający obowiązek wypłaty kapitału, odsetek, udziału w zyskach albo stwierdzenie uczestnictwa w spółce. Rzeczą podlegającą przepadkowi będzie zatem przedmiot materialny, dający się wyodrębnić, np. fizycznie przenieść, ale z wyjątkiem nieruchomości.

Obowiązkowemu przepadkowi podlegają przedmioty bezpośrednio pochodzące z przestępstwa, tradycyjnie dzielone na łupy i produkty przestępstwa. W odniesieniu do przestępstwa korupcji przedmiotem przypadku będzie korzyść przekazywana w charakterze łapówki, stanowiąca niewątpliwie łup przestępstwa, pod warunkiem wszakże, że będzie to korzyść majątkowa. W takiej sytuacji przepadek łapówki będzie orzeczony wobec sprawcy korupcji biernej, w każdej jej postaci, czyli skorumpowanego urzędnika, pracownika administracji, itp.

Przepadkowi fakultatywnemu podlegają przedmioty, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa. Ta regulacja będzie miała zastosowanie do sprawców przestępstw korupcyjnych w aspekcie czynnym. Służy do popełnienia przestępstwa łapówka, którą sprawca będzie usiłował przekupić urzędnika, albo kupon na wczasy, itp., który jest oferowany urzędnikowi w celu przekupienia go.

Pojęcie korzyści majątkowej należy rozumieć jako zwiększenie aktywów (przysporzenie majątku) lub zmniejszenie pasywów (obniżenie obciążeń lub uniknięcie strat). Podlega ona obowiązkowemu przepadkowi, jeśli choćby pośrednio wynika z popełnienia przestępstwa i nie podlega przepadkowi na podstawie przepisów o przypadku przedmiotów. Przyjęcie takiego rozwiązania przez polskiego ustawodawcę pozwala na orzekanie przypadku przedmiotów, które nie służyły bezpośrednio do popełnienia przestępstwa, ale stanowią jego owoc. Dla sprawcy korupcji czynnej korzyścią majątkową będzie dochód, jaki uzyskał w wyniku zawarcia dzięki łapówce kontraktu, dla sprawcy korupcji biernej – odsetki od lokaty bankowej, na której umieścił otrzymaną jako łapówkę sumę pieniędzy lub dom albo samochód, jaki za łapówkę sobie kupił.

Nowe polskie przepisy ułatwiają ponadto orzekanie przypadku mienia, które sprawca próbował na różne sposoby ukryć. Dotyczą one jednak tylko sprawców, którzy osiągnęli z przestępstwa znaczną korzyść majątkową. Wprowadzają mianowicie domniemanie ich przestępnego pochodzenia, które znosi jedynie dowód przeciwny, przeprowadzony przez samego sprawcę lub nowego właściciela podejrzanego mienia (art. 45 § 2 k.k.). Jeżeli okoliczności sprawy wskazują na duże prawdopodobieństwo, że sprawca, o którym mowa w § 2, przeniósł na osobę fizyczną, prawną lub jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, faktycznie lub pod jakimkolwiek tytułem prawnym, mienie stanowiące korzyść uzyskaną z popełnienia przestępstwa, uważa się, że rzeczy będące w samoistnym posiadaniu tej osoby lub jednostki oraz przysługujące jej prawa majątkowe należą do sprawcy, chyba że zainteresowana osoba lub jednostka organizacyjna przedstawi dowód zgodnego z prawem jej uzyskania (art. 45 § 3 k.k.).

Objęte przypadkiem przedmioty lub korzyść majątkowa przechodzą na własność Skarbu Państwa z chwilą uprawomocnienia się wyroku.

Przypadku przedmiotów określonych nie orzeka się, jeżeli podlegają one zwrotowi pokrzywdzonemu lub innemu uprawnionemu podmiotowi. Jeżeli przedmioty nie stanowią własności sprawcy, ich przepadek można orzec tylko w wypadkach przewidzianych w ustawie.

Dzięki omówionym regulacjom sąd polski może osiągnąć sprawców czynów korupcyjnych czynnych i biernych na każdym etapie korzystania przez nich z owoców przestępstw, jakie popełnili. Przepisy te pozostają w zgodzie z regulacjami Konwencji OECD oraz Konwencji Prawnkarnej Rady Europy.

1.1.10. Jurysdykcja

Zakres jurysdykcji zapisany w Konwencji OECD nakazuje stosować wobec przestępstwa przekupstwa zagranicznego funkcjonariusza publicznego zasadę terytorialności, a jeśli jest to możliwe na gruncie prawa krajowego, także zasadę podmiotowości narodowej (oskarżanie obywatela za przestępstwo popełnione za granicą).

Odpowiednie przepisy Konwencji Prawnkarnej Rady Europy są szersze, nakazują mianowicie stosowanie zasady terytorialności, zasady narodowości podmiotowej oraz zasady łączonej narodowości podmiotowej i przedmiotowej.

Zasięg działania prawa polskiego oparty jest na zasadzie terytorialności, wyrażonej w art. 5 k.k., zgodnie z którym ustawę karną polską stosuje się do sprawcy, który popełnił czyn zabroniony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jak również na polskim statku wodnym lub powietrznym. Czyn zabroniony uważa się za popełniony w miejscu, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany (art. 6 § 2 k.k.).

Rozszerzenie zasięgu stosowania ustawy polskiej następuje na mocy art. 109 k.k., zgodnie z którym ustawę karną polską stosuje się do obywatela polskiego, który popełnił przestępstwo zagranicą. Jednakże warunkiem odpowiedzialności za czyn popełniony zagranicą jest uznanie takiego czynu za przestępstwo również przez ustawę obowiązującą w miejscu jego popełnienia (art. 111 § 1 k.k.). Twórcy Konwencji precyzują, że wymóg ten jest wypełniony, jeśli czyn pozostaje bezprawny w miejscu jego popełnienia nawet na podstawie innego przepisu. Można jednak od tego wymogu odstąpić w stosunku do obywatela polskiego, którego nie zdecydowano się wydać, niezależnie od przepisów obowiązujących w miejscu popełnienia przestępstwa, w razie popełnienia przez niego za granicą przestępstwa, do którego ścigania Polska jest zobowiązana na mocy umów międzynarodowych, np. na mocy konwencji dotyczących korupcji (art. 113 k.k. – zasada represji wszechświatowej).

Co się tyczy trzeciej przesłanki z Konwencji Prawnkarnej Rady Europy, należy zauważyć, że ustawę karną polską stosuje się do cudzoziemca, który popełnił zagranicą przestępstwo skierowane przeciwko interesom Rzeczypospolitej Polskiej,

obywatela polskiego, polskiej osoby prawnej lub polskiej jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej (art. 110 § 1 k.k.), ale i tu trzeba podporządkować się zasadzie podwójnej karalności czynu. Niemniej jednak można odstąpić od tego wymogu w dwóch sytuacjach. Po pierwsze, jeśli się uzna, że czyn korupcyjny jest przestępstwem przeciwko polskim urządóm lub funkcjonariuszóm publicznym (korupcja urzędnicza), przeciwko istotnym polskim interesóm gospodarczym (korupcja w sektorze prywatnym) albo przestępstwem, z którego została osiągnięta, choćby pośrednio, korzyść majątkowa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (korupcja z „elementem zagranicznym”), polską ustawę karną można zastosować niezależnie od przepisów obowiązujących w miejscu popełnienia przestępstwa, wobec obywatela polskiego lub cudzoziemca (art. 112 k.k. – zasada narodowości przedmiotowej nieograniczona). Po drugie, można stosować zasadę represji wszechświatowej z art. 113 k.k.

Podsumowując, można uznać, że polskie przepisy karne wypełniają wymogi Konwencji OECD oraz Konwencji Prawnokarnej Rady Europy w zakresie jurysdykcji wobec przestępstw korupcyjnych.

2. Prawo karne procesowe

2.2.1. Zasady ogólne

Nie wchodząc w teoretyczne rozważania, należy stwierdzić, że polskie prawo karne wypełnia wymagania Konwencji OECD dotyczące zasad ścigania przestępstw oraz przedawnienia. Przestępstwa korupcyjne są w Polsce ścigane z oskarżenia publicznego, na podstawie zasady legalizmu w zasadzie nie można od ścigania odstąpić. Co się zaś tyczy przedawnienia, to należy uznać, że obowiązujące wobec przestępstw korupcyjnych okresy przedawnienia: karalności – 10 lat (5 lat przy wypadu mniejszej wagi), ścigania – 5 lat od wszczęcia postępowania, wypełniają wymóg niezbędnego czasu dla przeprowadzenia dochodzenia i ścigania z art. 6 Konwencji.

2.2.2. Współpraca i wzajemna pomoc prawna

Obie Konwencje nakładają na państwa-strony obowiązek zapewnienia sobie nawzajem szybkiej i skutecznej pomocy prawnej i współpracy w ściganiu przestępstw korupcyjnych. Polskie regulacje wypełniają te wymogi. Polska jest stroną Europejskiej Konwencji o wzajemnej pomocy prawnej w prawach karnych z 1959 r. Jeśli w stosunkach między państwami nie obowiązują instrumenty międzynarodowe, udziela się pomocy prawnej na podstawie przepisów kodeksu postępowania karnego. Pomocy prawnej odmawia się tylko, jeśli żądana czynność byłaby sprzeczna z zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej lub naruszałaby jej suwerenność (art. 588 § 2 k.p.k.). Można odmówić udzielenia pomocy prawnej, jeśli wykonanie danej czynności nie należy do zakresu działania sądu lub prokuratury, jeśli państwo, od którego pochodzi wniosek o pomoc prawną, nie zapewnia wzajemności lub jeśli wniosek dotyczy czynu, który nie jest przestępstwem według prawa polskiego (art. 588 § 3 k.p.k.). Wydaje się, że ponieważ chodzi o pomoc prawną udzielaną wzajem przez państwa-strony konwencji międzynarodowych, żadna z tych przesłanek nie będzie miała zastosowania.

Pomoc prawna będzie udzielana w sprawach odnoszących się nie tylko do osób fizycznych, ale i osób prawnych, na podstawie art. 41 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, który przewiduje, że w sprawach dotyczących odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary sąd i prokurator udzielają pomocy prawnej na wniosek właściwego organu państwa obcego.

2.2.3. Wydanie

Obie omawiane Konwencje nakazują uznać ustanowione przez nie przestępstwa korupcyjne za przestępstwa podlegające ekstradycji.

Polska jest stroną Europejskiej Konwencji o ekstradycji. Jeśli dokument ten nie ma zastosowania w stosunkach z innym państwem ani nie obowiązuje umowa dwustronna, należy przepisy konwencji korupcyjnych traktować jako podstawę do wydawania osób ściganych albo skazanych.

Przepisy o ekstradycji zawarte są w rozdziale 65 kodeksu postępowania karnego. Można stwierdzić, że pozostają one w zgodzie z regulacjami obu Konwencji. W szczególności nakazują one stosowanie zasady „*aut dedere aut iudicare*” – wydawaj lub osądź, w stosunku do własnych obywateli (art. 27 ust. 5 Konwencji Prawnokarnej Rady Europy, art. 10 § 3 Konwencji OECD). Wymóg ten, wynikający na gruncie prawa polskiego z art. 55 Konstytucji RP, który ustanawia zakaz wydawania obywateli polskich, realizują przepisy rozdziału 64 kodeksu postępowania polskiego. Jednocześnie przepisy polskie dotyczące ekstradycji oparte są na zasadzie podwójnej karalności czynu, dopuszczonej przez przepisy obu Konwencji.

W tym miejscu należy jednak wspomnieć o uregulowaniach Decyzji Ramowej z dnia 13 czerwca 2003 r. o europejskim nakazie aresztowania i procedurach wydawania osób między państwami członkowskimi, wydanej przez Radę Unii Europejskiej. W związku z zobowiązaniami wynikającymi z tego dokumentu, z dniem 1 maja 2004 r. wprowadzono do polskiego kodeksu postępowania karnego nową instytucję europejskiego nakazu aresztowania (rozdziały 65a i 65b k.p.k.). Instytucja ta ma zastąpić ekstradycję w stosunkach między państwami członkowskimi Unii Europejskiej. Jej celem jest uproszczenie i skrócenie tradycyjnych procedur ekstradycyjnych. Pomijając kwestię jej konstytucyjności na gruncie prawa polskiego, należy stwierdzić, że znosi ona zakaz wydawania własnych obywateli. Ponadto, jednocześnie w zasadzie znosi – także w kontekście korupcji – warunek podwójnej karalności czynu. Jeśli czyn danej osoby nie jest przestępstwem według prawa polskiego, nie stanowi to przeszkody do wykonania nakazu, jeśli dotyczy on czynu zagrożonego w państwie wydania karą co najmniej 3 lat pozbawienia wolności, będącego przestępstwem łapownictwa lub płatnej protekcji. Ponieważ zaś wszystkie państwa członkowskie UE są członkami Rady Europy, instytucja europejskiego nakazu aresztowania spowoduje znaczne przyspieszenie postępowań w sprawach o przestępstwa korupcyjne, zwłaszcza z elementem zagranicznym.

2.2.4. Postępowanie dowodowe

Konwencja Prawnokarna Rady Europy nakłada na państwa-strony szczególne obowiązki dotyczące postępowania dowodowego. Przepisy te odnoszą się w pierwszym rzędzie do ochrony świadków.

Do świadków składających zeznania w sprawach o przestępstwa korupcyjne mają zastosowanie ogólne przepisy kodeksu postępowania karnego dotyczące ochrony świadków. Nie ma zatem przeszkód, aby świadek skorzystał z instytucji świadka anonimowego (art. 184 k.p.k.), jeśli tego wymagają okoliczności, bądź z możliwości zastrzeżenia danych dotyczących miejsca zamieszkania do wiadomości prokuratora lub sądu (art. 191 § 3 k.p.k.).

Z kolei osoby współpracujące z wymiarem sprawiedliwości mogą skorzystać z dwóch instytucji ustanowionych w kodeksie karnym. Zgodnie z art. 60 § 3 k.p.k., sąd stosuje nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet może warunkowo zawiesić jej wykonanie w stosunku do sprawcy współdziałającego z innymi osobami w popełnieniu przestępstwa, jeżeli ujawni on wobec organu powołanego do ścigania przestępstw informacje dotyczące osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz istotne okoliczności jego popełnienia. Ta instytucja ma jednak zastosowanie tylko do osób, które popełniły czyn korupcyjny razem z innymi osobami. W innych sytuacjach, na

wniosek prokuratora sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet warunkowo zawiesić jej wykonanie w stosunku do sprawcy przestępstwa, który, niezależnie od wyjaśnień złożonych w swojej sprawie, ujawnił przed organem ścigania i przedstawił istotne okoliczności, nieznane dotychczas temu organowi, przestępstwa zagrożonego karą powyżej 5 lat pozbawienia wolności (art. 60 § 4 k.k.).

Należy zauważyć, że od 1 lipca 2003 r. katalog środków, jakie mogą służyć ochronie osób współpracujących z organami ścigania w sprawach korupcyjnych, powiększył się o instytucję świadka koronnego. Na mocy ustawy z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym można stosować przewidziane w niej środki wobec osób, które brały udział w popełnianiu przestępstw korupcyjnych, z wyłączeniem korupcji w sektorze prywatnym i sporcie.

Konwencja zobowiązuje także strony do przyjęcia środków ułatwiających gromadzenie dowodów, w tym specjalnych technik dochodzeniowych. W związku z tym należy zauważyć, że do przestępstw korupcyjnych stosują się wszystkie przewidziane w kodeksie postępowania karnego sposoby gromadzenia dowodów. Ponadto, od niedawna rozciągnięto stosowanie przepisów dotyczących kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych (art. 237 i nast. k.p.k.) na sytuacje, gdy toczące się postępowanie lub uzasadniona obawa popełnienia nowego przestępstwa dotyczy łapownictwa i płatnej protekcji.

Można zatem stwierdzić, że w zakresie postępowania dowodowego przepisy polskiego kodeksu postępowania karnego spełniają wymogi Konwencji Prawnokarnej Rady Europy.

3. Prawo cywilne

Konwencja Rady Europy o przeciwdziałaniu korupcji w prawie cywilnym z dnia 4 listopada 1999 r. ustanawia, jak już wyżej wskazano, obowiązek wprowadzenia możliwości dochodzenia naprawienia szkody poniesionej w wyniku korupcji na drodze cywilnej.

Polskie prawo cywilne nie zna pojęcia szkody wyrządzonej czynem korupcyjnym. Należy wobec tego zbadać możliwości stosowania przepisów ogólnych do odszkodowań za szkody wynikłe z korupcji.

3.1. Przepisy materialne

3.1.1. Odpowiedzialność odszkodowawcza

Zastosowanie będą tu miały przepisy o odpowiedzialności deliktowej, czyli za szkodę wyrządzoną czynem niedozwolonym. Jest to odpowiedzialność za wyrządzenie szkody niewynikającej z istniejącego między stronami zobowiązania (np. umowy), ale powstałej niezależnie. W tym przypadku z faktu wyrządzonej szkody wywodzi się nowe zobowiązanie.

Podstawową zasadą odnoszącą się do odpowiedzialności za czyn niedozwolony w prawie polskim odnajdziemy w art. 415 kodeksu cywilnego, który stanowi, że kto ze swej winy wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia. Czynem w rozumieniu tego przepisu może być zarówno działanie, jak i zaniechanie sprawcy, który może być osobą fizyczną, osobą prawną lub jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, mające cechy bezprawności, to jest sprzeczne z obowiązującym porządkiem prawnym. Definicja ta odpowiada rozumieniu korupcji na gruncie Konwencji Cywilnoprawnej. Czyn sprawcy musi być zawiniony, tzn. można mu przypisać zarzut, że jego zachowanie było naganne.

Przesłankami odpowiedzialności deliktowej są: powstanie szkody, zdarzenie, z którym ustawa wiąże obowiązek odszkodowawczy danego podmiotu (czyn niedozwolony) oraz związek przyczynowy między tym zdarzeniem i szkodą. Zgodnie z art. 361 § 1 k.c. podmiot zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła. Oznacza to, że przy orzekaniu każdorazowo sąd musi ustalić, czy pomiędzy zdarzeniem i skutkiem – czyli szkodą, istnieją powiązania, następnie czy zdarzenie jest koniecznym warunkiem wystąpienia skutku, i wreszcie, czy te powiązania są typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, a nie wynikające z wyjątkowego zbiegu okoliczności.

Prawo polskie uznaje zasadę pełnego odszkodowania, wyrażoną przez Konwencję. Zgodnie z art. 361 § 2 k.c., naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono. Naprawienie szkody ma zatem przynieść poszkodowanemu całkowite wyrównanie szkody rzeczywistej (*damnum emergens*) i kompensatę utraconych korzyści (*lucrum cessans*), o ile pozostają w związku przyczynowym z deliktem.

Pojęcie szkody nie jest wyjaśnione w kodeksie cywilnym. Uznaje się jednak w doktrynie, że szkoda obejmuje nie tylko szkodę majątkową, ale i niematerialną. Orzecznictwo pod pojęciem szkody ogólnie rozumie powstałą wbrew woli poszkodowanego różnicę między jego obecnym stanem majątkowym a stanem, który zaistniałby, gdyby nie nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę.

Szkoda niemajątkowa zwana jest w prawie polskim krzywdą i może być wyrównana jedynie w przypadkach przewidzianych w ustawie (art. 445 k.c.), obejmujących przykładowo uszkodzenie ciała lub wywołanie rozstroju zdrowia. Twórcy Konwencji Cywilnoprawnej słusznie jednak odwołują się raczej do naruszenia dóbr osobistych, które może podlegać wyrównaniu w formie pieniężnej lub innej (np. przeprosiny).

Zasada solidarnej odpowiedzialności za czyn niedozwolony, o której mowa w art. 4 ust. 2 Konwencji, ustanowiona jest na gruncie prawa polskiego w art. 441 § 1 k.c. Stanowi on, że jeżeli kilka osób ponosi odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną czynem niedozwolonym, ich odpowiedzialność jest solidarna. Oznacza to, że poszkodowany może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników-sprawców łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciele przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (art. 366 § 1 k.c.). Warunkiem odpowiedzialności solidarnej jest jednak stwierdzenie, że za jedną i tę samą szkodę wyrządzoną czynem niedozwolonym odpowiedzialnych jest kilka podmiotów i że między zdarzeniem wywołującym szkodę, za który każdy z podmiotów jest współodpowiedzialny, a szkodą istnieje związek przyczynowy.

Jak już wyżej stwierdzono, za wyrządzenie szkody odpowiedzialne są nie tylko osoby fizyczne, ale także osoby prawne. W myśl art. 416 k.c., osoba prawna jest obowiązana do naprawienia szkody wyrządzonej z winy jej organu. Przesłankami odpowiedzialności osoby prawnej są: wyrządzenie szkody przez organ osoby prawnej, działanie organu, leżące w ramach jego uprawnień, możliwość przypisania winy organowi (to jest osobie fizycznej lub osobom fizycznym działającym w tym charakterze).

Ogólnie można stwierdzić, że polskie regulacje dotyczące przesłanek odszkodowawczych i zasad odpowiedzialności za szkodę odpowiadają przepisom Konwencji.

Prawo polskie dopuszcza możliwość zmniejszenia odszkodowania, jeżeli poszkodowany przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody (art. 362 k.c.). W takiej sytuacji obowiązek naprawienia szkody ulega odpowiedniemu zmniejszeniu stosownie do okoliczności, a zwłaszcza do stopnia winy obu stron. Przyczynienie się poszkodowanego do powstania lub zwiększenia szkody zachodzi tylko wówczas, gdy między szkodą a jego zachowaniem zachodzi normalny związek przyczynowy, taki, jak opisany wyżej. Sąd, badając sprawę, musi zatem zweryfikować stopień winy obu stron. Zachowanie poszkodowanego powinno zatem być nakierowane na wywołanie szkody, nawet mimo braku takiej świadomości. Orzekając, sąd obowiązany jest uwzględnić wszystkie okoliczności sprawy, co w szczególności obejmuje ustalenie rozmiaru i wagi zachowania poszkodowanego, wraz z oceną jego postawy i motywów działania. Odszkodowanie zwykle zmniejsza się o określony ułamek lub procent.

Konwencja Cywilnoprawna nakłada na strony obowiązek wprowadzenia procedur umożliwiających dochodzenie od Skarbu Państwa roszczeń wiążących się z korupcją. W prawie polskim odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkody wynikłe z czynów korupcyjnych popełnionych przez jego funkcjonariuszy wynika z art. 417 § 1 k.c. Przewiduje on, że Skarb Państwa ponosi odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną przez funkcjonariusza państwowego przy wykonywaniu powierzonej mu czynności.

Postanowienia kodeksu cywilnego łączą się z art. 77 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, który przewiduje, że każdy ma prawo do wynagrodzenia szkody, jaka została mu wyrządzona przez niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej.

Przesłankami odpowiedzialności Skarbu Państwa są: wyrządzenie szkody przez funkcjonariusza państwowego, jego zawinione działanie lub zaniechanie, normalny związek przyczynowy między działaniem lub zaniechaniem a szkodą, wyrządzenie szkody przy wykonywaniu powierzonej czynności. Zachowanie funkcjonariusza ma być bezprawne, to znaczy musi pozostawać w sprzeczności z obowiązującym porządkiem prawnym. Bezprawność czynów korupcyjnych (także dokonanych z elementem zagranicznym) wynika z przepisów kodeksu karnego, co powoduje, że są one objęte zakresem stosowania tego przepisu.

Do zaistnienia odpowiedzialności państwa konieczne jest stwierdzenie związku przyczynowego między zawinionym zachowaniem funkcjonariusza a szkodą. Nie ma natomiast znaczenia, który funkcjonariusz dopuścił się winy ani niemożność przypisania zachowania konkretnej osobie. W takiej sytuacji znaczące jest jedynie zaniedbanie obowiązków przez funkcjonariuszy nadzorujących.

Skarb Państwa ponosi również odpowiedzialność za działania osób zaliczanych do funkcjonariuszy państwowych. W myśl art. 417 § 2 k.c. kategoria ta obejmuje pracowników organów władzy, administracji lub gospodarki państwowej, jak również osoby działające na zlecenie tych organów, osoby powołane z wyboru, sędziów i prokuratorów oraz żołnierzy sił zbrojnych. Pierwsza grupa, jaką można wyróżnić na gruncie tego przepisu, to pracownicy organów władzy, administracji lub gospodarki państwowej, sędziowie, prokuratorzy, żołnierze sił zbrojnych oraz – na mocy art. 420 k.c. – także pracownicy państwowych osób prawnych (np. przedsiębiorstw państwowych). Chodzi tu zatem ogólnie o osoby, które pozostają z państwem w dowolnym stosunku zatrudnienia lub podobnym do zatrudnienia, bez względu na jego charakter prawny lub czas trwania. Druga grupa, którą można wyróżnić wśród funkcjonariuszy państwowych, to osoby powołane z wyboru do organu państwowego, na przykład posłowie, senatorowie, ławnicy. Trzecia grupa zaś to osoby działające na zlecenie tych organów.

Do niedawna kwestia odpowiedzialności Skarbu Państwa za wadliwe wydanie decyzji lub wydanie decyzji wadliwej była regulowana szczegółowo w art. 418, który stanowił, że jeżeli szkoda została wyrządzona przez funkcjonariusza państwowego na skutek wydania orzeczenia lub zarządzenia, Skarb Państwa ponosił odpowiedzialność tylko wtedy, gdy przy wydaniu orzeczenia lub zarządzenia nastąpiło naruszenie prawa ścigane w trybie postępowania karnego lub dyscyplinarnego, a wina sprawcy szkody została stwierdzona wyrokiem karnym lub orzeczeniem dyscyplinarnym albo uznana przez organ przełożony nad sprawcą

szkody. Ze względu jednak na zbyt daleko idące ograniczenie odpowiedzialności Skarbu Państwa, Trybunał Konstytucyjny uznał ten przepis za niezgodny z Konstytucją i przepis utracił moc.

Na marginesie rozważań o odpowiedzialności Skarbu Państwa za czyny popełnione przez jego funkcjonariuszy należy zauważyć, że podobna odpowiedzialność dotyczy również jednostek samorządu terytorialnego, które odpowiadają za szkody, jeśli czynność była wykonywana w jej imieniu przez pracowników samorządowych, radnych, członków zarządu gmin, powiatów i województw, inne osoby, do których stosuje się przepisy o pracownikach samorządowych oraz osoby, które działają na zlecenie organów jednostek samorządowych oraz ich związków (art. 420¹ k.c.). Jednakże jeśli osoba taka wykonuje zadanie zlecone z zakresu administracji państwowej, odpowiedzialność za szkodę spoczywa solidarnie na jednostce samorządowej i Skarbie Państwa (art. 420² k.c.).

Podmiot polski, który doznał szkody w wyniku działania podmiotu zagranicznego, który dopuścił się czynu korupcyjnego, może wystąpić z powództwem przed sądem polskim, ale należy zauważyć, że najpierw będzie musiała zostać rozstrzygnięta kwestia właściwości prawa (a nawet ewentualnie jurysdykcja sądu polskiego do rozstrzygnięcia tej sprawy). O tym czy do danej sprawy sąd polski zastosuje przepisy prawa polskiego, zdecydują właściwe normy kolizyjne (to jest – co do zasady – przepisy ustawy z dnia 12 listopada 1965 r. – Prawo prywatne międzynarodowe, Dz. U. Nr 46, poz. 290 z późn. zm.).

3.1.2. Przedawnienie

Roszczenia wynikające z czynów niedozwolonych ulegają przedawnieniu, jeśli mają charakter majątkowy, w tym także o zapłatę za szkodę niemajątkową. Przedawnieniu nie ulega zatem roszczenie deliktowe niemajątkowe, przykładowo o zaprzestanie działalności wyrządzającej szkodę.

Terminy przedawnienia roszczeń deliktowych podlegają szczególnym regulacjom, modyfikującym ogólne postanowienia kodeksu cywilnego dotyczące przedawnienia. Stosownie do art. 442 § 1 k.c., roszczenie o naprawienie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym ulega przedawnieniu z upływem 3 lat od dnia, w którym poszkodowany dowiedział się o szkodzie i o osobie zobowiązanej do jej naprawienia. Jednakże w każdym wypadku roszczenie przedawnia się z upływem 10 lat od dnia, w którym nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę.

Zasadniczy – trzyletni – termin przedawnienia zaczyna biec w dniu, w którym do świadomości poszkodowanego dotarł fakt doznania szkody. Roszczenie ostatecznie przedawni się z upływem terminu dodatkowego, dziesięcioletniego.

Jak zatem widać, polskie przepisy dotyczące przedawnienia roszczeń deliktowych w całości pokrywają się z regulacją Konwencji Cywilnoprawnej Rady Europy.

3.1.3. Ważność umów

Konwencja nakłada na strony obowiązek uznania w prawie wewnętrznym, że każda umowa lub postanowienie umowy przewidujące korupcję są nieważne. Na gruncie prawa polskiego obowiązuje zasada swobody umów, ale nie ma ona charakteru bezwzględnie. Strony zawierające umowę mogą bowiem ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego (art. 353¹ k.c.).

Jeśli jednak strony ukształtują umowę w sposób wykraczający poza granice określone w wyżej cytowanym przepisie, umowa taka jest nieważna. Wynika to z art. 58 kodeksu cywilnego, który stanowi, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna (§ 1) oraz że nieważna jest także czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego (§ 2).

Czynność prawna jest sprzeczna z ustawą, jeśli jej treść jest niezgodna z punktu widzenia merytorycznego lub formalnego z obowiązującymi przepisami prawa, a także, gdy jest dokonana w celu sprzecznym z ustawą. Chodzi tu przy tym o konkretny stan świadomości stron, niekoniecznie wyrażony w treści umowy. Właśnie z takimi sytuacjami będziemy najczęściej – jak się wydaje – mieli do czynienia w sytuacjach korupcyjnych. Umowa zlecenia lub o świadczenie usług, której faktyczną *causa*, czyli celem i powodem zawarcia, jest zamaskowanie przepływu środków dokonanego w celu korupcyjnym, na tej podstawie będzie uznana za nieważną.

Sankcja ta jest w szczególności przewidziana wobec takich umów i – szerzej – czynności prawnych, które zostały dokonane dla pozorów. W myśl art. 83 § 1 k.c., nieważne jest oświadczenie woli złożone drugiej stronie za jej zgodą dla pozorów. Jeżeli oświadczenie takie zostało złożone dla ukrycia innej czynności prawnej, ważność oświadczenia ocenia się według właściwości tej drugiej czynności. Jeśli zatem strony umawiają się, że dla ukrycia przekazania łapówki zawrą fikcyjną umowę zlecenia, jest ona nieważna.

Umowa jest także nieważna, jeśli ma na celu obejście ustawy. Umowa taka stwarza pozór zgodności z ustawą, jej treść jest z ustawą zgodna, ale skutki, które wywołuje i które zamierzyły strony, naruszają przepisy ustawowe.

Nieważna jest również umowa sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Pomijając teoretyczne spory dotyczące rozumienia pojęcia zasad współżycia społecznego, należy zauważyć, że chodzi tu ogólnie o zasady moralne odnoszące się do stosunków międzyludzkich oraz norm obyczajowych.

Nieważność ma charakter sankcji bezwzględnej i oznacza, że czynność prawna nie wywołała ani nie może wywołać żadnych skutków prawnych. Nieważność powstaje z mocy prawa i od momentu dokonania czynności. Wywołuje to skutki wobec wszystkich, co oznacza, że każdy, kto ma w tym interes prawny, może się powołać na nieważność. Posiadanie interesu prawnego jest przesłanką wystąpienia z powództwem z art. 189 k.p.c., zatem sąd zbada interes prawny na etapie wstępnym postępowania.

Należy jeszcze dodać, że nieważnością może być dotknięta tylko część czynności prawnej. Wówczas w mocy pozostają inne części czynności, chyba że z okoliczności

wynika, że bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana (art. 58 § 3 k.c.).

Podsumowując, można stwierdzić, że postanowienia prawa polskiego dotyczące nieważności czynności prawnych, w tym umów, przewidujących korupcję, wypełniają wymogi Konwencji Cywilnoprawnej Rady Europy.

Konwencja nakazuje ponadto stronom dopuszczenie możliwości uchylenia się od skutków prawnych czynności, która została zawarta wadliwie na skutek aktu korupcji. Taką możliwość w prawie polskim dają przepisy dotyczące wad oświadczenia woli. Do sytuacji opisanej w Konwencji będzie miał zastosowanie zwłaszcza art. 86 k.c., odnoszący się do podstępu.

Podstęp jest wadą oświadczenia woli będącą kwalifikowaną postacią błędu. Polega na tym, że jedna strona czynności prawnej wprowadziła drugą w błąd podstępnie, czyli świadomie i umyślnie działała w celu skłonienia jej do wyrażenia woli o określonej treści. Nie ma znaczenia, czy błąd został podstępnie wywołany przez stronę umowy, czy przez osobę trzecią, pod warunkiem, że ta o podstępie wiedziała i nie zawiadomiła drugiej strony, albo gdy czynność była nieodpłatna.

Oświadczenie woli złożone w wyniku błędu wywołanego podstępnie przez inną osobę następuje przez oświadczenie złożone tej osobie na piśmie. Oznacza to, że taka czynność dotknięta jest sankcją nieważności względnej – strona może, lecz nie musi z niej skorzystać, dopóki strona nie uchyli się od jej skutków, umowa jest ważna. Dodatkowo możliwość uchylenia się od skutków prawnych takiej umowy jest ograniczona w czasie i wynosi rok od chwili wykrycia błędu (art. 88 k.c.). Jest to termin, którego w żadnym razie nie można przywrócić (termin zawity).

Prawo polskie nie przewiduje możliwości występowania z takimi oświadczeniami przez osoby nie będące stronami czynności prawnej (np. umowy), ale Konwencja tego nie wymaga bezwzględnie.

Można zatem stwierdzić, że polskie uregulowania dotyczące wad oświadczenia woli pozostają w zgodzie z art. 8 ust. 2 Konwencji Cywilnoprawnej Rady Europy.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na szczególne uregulowanie dotyczące przetargu (jako sposobu zawarcia umowy), na którego wynik wpłynęła czynność sprzeczna z prawem lub dobrymi obyczajami, na przykład akt korupcji. Art. 70⁵ § 1 k.c. stanowi, że organizator lub uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Jeżeli umowa została zawarta na cudzy rachunek, jej unieważnienia może żądać także ten, na czyj rachunek umowa została zawarta, lub dający zlecenie. Oznacza to, że jeśli umowa została zawarta w wyniku przetargu, na którego przebieg i rezultat wpłynął przykładowo fakt wręczenia łapówki członkom komisji przetargowej, osoba trzecia, która stanęła do przetargu, ale nie została wyłoniona jako jego zwycięzca, może żądać unieważnienia umowy, co siłą rzeczy oznacza stwierdzenie wadliwości przetargu. Sama umowa nie musi być w tym przypadku sprzeczna z prawem, akcent położony jest na okoliczności, w jakich została zawarta.

Uprawnienie to jest ograniczone bardzo krótkim terminem – wygasa bowiem z upływem miesiąca od dnia, w którym uprawniony dowiedział się o istnieniu przyczyny unieważnienia, nie później jednak niż z upływem roku od dnia zawarcia umowy (art. 70⁵ § 2 k.c.).

Należy zauważyć, że Konwencja nie wymaga od stron wprowadzenia uregulowań umożliwiających osobom, które nie są stronami umowy, występowanie o unieważnienie umowy. W tym sensie prawo polskie wykracza ponad standard minimalny określony w Konwencji.

3.2. Przepisy procesowe

Konwencja zawiera także dwa postanowienia dotyczące postępowania cywilnego, odnoszące się w szczególności do procedur pozyskiwania dowodów oraz stosowania środków tymczasowych.

Na wstępie trzeba podkreślić, że – podobnie jak w prawie materialnym – w polskiej procedurze cywilnej nie istnieją żadne szczególne unormowania dotyczące postępowań, przedmiotem których stanowiąby czyny korupcyjne. Wszelkie zatem rozważania dotyczą przepisów ogólnych, właściwych dla wszystkich spraw.

Jeśli idzie o kwestię środków tymczasowych, należy zauważyć, że kodeks postępowania cywilnego zawiera obszerne przepisy dotyczące postępowania zabezpieczającego. Pozwalają one na wystąpienie do sądu z wnioskiem o wydanie tzw. zarządzenia tymczasowego, które ma na celu zabezpieczenie roszczenia, jeżeli roszczenie jest wiarygodne, a brak zabezpieczenia mógłby wierzyciela pozbawić zaspokojenia (art. 730 k.p.c.). Właściwy do rozpoznania takiego wniosku jest sąd, do którego właściwości należy rozpoznanie sprawy w pierwszej instancji. Taki wniosek można złożyć przed i po wszczęciu konkretnego postępowania. Ma obowiązek rozpoznać wniosek bezzwłocznie, nie później niż w ciągu tygodnia od jego złożenia. Zabezpieczenie roszczeń pieniężnych może w szczególności polegać na zarządzeniu zajęcia ruchomości, wynagrodzenia za pracę lub obciążenia nieruchomości hipoteką.

Co się z kolei tyczy pozyskiwania dowodów, należy zauważyć, że polskie postępowanie cywilne ma charakter kontradyktoryjny, czyli oparte jest na sporze dwóch równych stron przed niezawisłym i bezstronnym sądem. To strony prowadzą spór i na poparcie swoich twierdzeń przedstawiają dowody, sąd pozostaje bierny. Wynika to z art. 3 k.p.c., który przewiduje, że strony i uczestnicy postępowania obowiązani są dawać wyjaśnienia co do okoliczności sprawy zgodnie z prawdą i bez zatajania czegokolwiek oraz przedstawiać dowody. Niemniej jednak kodeks postępowania cywilnego zawiera postanowienia, które pozwalają sądowi na pewną ingerencję w postępowanie dowodowe w toku rozprawy, zwłaszcza w odniesieniu do dowodów z dokumentów, których znaczenie dla rozstrzygnięcia spraw korupcyjnych podkreśla Konwencja Cywilnoprawna. Mowa w szczególności o art. 248 § 1 k.p.c., zgodnie z którym każdy obowiązany jest przedstawić na zarządzenie sądu w oznaczonym terminie i miejscu dokument znajdujący się w jego posiadaniu i stanowiący dowód faktu istotnego dla rozstrzygnięcia sprawy, chyba że dokument zawiera tajemnicę państwową. Od tego obowiązku może się uchylić ten, kto mógłby jako świadek odmówić zeznania co do okoliczności objętych treścią dokumentu albo

kto posiada dokument w imieniu osoby trzeciej, która mogłaby z tych samych przyczyn sprzeciwić się przedstawieniu dokumentu. Strona nie może ponadto odmówić przedstawienia dokumentu, jeżeli szkoda, na którą byłaby przez to narażona, polega na przegraniu procesu (art. 248 § 2 k.p.c.).

Za nieuzasadnioną odmowę przedstawienia dokumentu przez osobę trzecią sąd, po wysłuchaniu jej oraz stron co do zasadności odmowy, skazuje osobę trzecią na grzywnę (art. 251 k.p.c.).

Można zatem stwierdzić, że ogólne przepisy polskiej procedury cywilnej wypełniają wymogi zawarte w Konwencji Cywilnoprawnej Rady Europy.

4. Inne ustawy

4.1. Prawo bankowe

Obie konwencje karne – Konwencja OECD oraz Konwencja Prawnokarna Rady Europy zobowiązują państwa-strony do takiego ukształtowania tajemnicy bankowej, aby nie stała ona na przeszkodzie prowadzeniu postępowania karnego w sprawach o określone w tych dokumentach przestępstwa.

W Polsce zasady dotyczące tajemnicy bankowej unormowane są w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn. Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 665, z późn. zm.). Stosownie do art. 104 ust. 1 Prawa bankowego, banki i osoby w nich zatrudnione oraz osoby, za których pośrednictwem bank wykonuje czynności bankowe, są obowiązane zachować tajemnicę bankową, która obejmuje wszystkie wiadomości dotyczące m.in. czynności bankowych i osób będących stroną umowy, uzyskane w czasie negocjacji oraz związane z zawarciem umowy z bankiem i jej realizacją, z wyjątkiem wiadomości, bez których ujawnienia nie jest możliwe należyte wykonanie zawartej przez bank umowy. Tajemnica obejmuje także osoby, które, nie będąc stroną umowy, o której mowa wyżej, dokonały czynności pozostających w związku z zawarciem takiej umowy, z wyjątkiem przypadków, gdy ustawa przewiduje ujawnienie takich czynności. Do zachowania tajemnicy zobowiązany jest zatem sam bank, osoby w nim zatrudnione oraz osoby, za których pośrednictwem bank wykonuje czynności bankowe (np. eksperci oceniający finansową sytuację klienta). Beneficjentami tajemnicy bankowej są z kolei osoby, które są stronami umów zawartych z bankiem (posiadacze rachunków bankowych) oraz osoby, które dokonały czynności pozostających w związku z zawarciem takiej umowy (np. poręczyciele kredytu). Wiadomości, które są objęte tajemnicą dotyczą zasadniczo czynności bankowych (np. zawarcia umowy), osób będących stroną umowy oraz osób, które dokonały czynności pozostających w związku z zawarciem umowy z bankiem.

Aczkolwiek zakres tajemnicy bankowej jest w prawie polskim bardzo szeroki, tajemnica ta nie ma wymiaru absolutnego i może ulec ujawnieniu wobec kilku grup uprawnionych podmiotów. Chodzi tu przede wszystkim o samych zainteresowanych, o podmioty działające w sektorze bankowym oraz o organy ścigania prowadzące postępowanie karne.

Zgodnie z art. 105 ust. 1 Prawa bankowego, bank ma obowiązek udzielenia informacji stanowiących tajemnicę bankową wyłącznie na żądanie m.in.: sądu lub prokuratora w związku z: (i) toczącym się postępowaniem karnym lub karnym skarbowym przeciwko posiadaczowi rachunku będącemu osobą fizyczną, (ii) wykonaniem wniosku o udzielenie pomocy prawnej, pochodzącego od państwa obcego, które na mocy ratyfikowanej umowy międzynarodowej wiążącej Rzeczpospolitą Polską ma prawo występować o udzielenie informacji objętych tajemnicą bankową, (iii) toczącym się postępowaniem karnym lub karnym skarbowym o przestępstwo popełnione w związku z działaniem osoby prawnej lub jednostki niemającej osobowości prawnej – w zakresie rachunków bankowych i czynności bankowych realizowanych przez tę osobę prawną bądź jednostkę.

Przepis ten wskazuje przede wszystkim, że prawo żądania od banku wiadomości objętych tajemnicą bankową mają jedynie sąd lub prokurator. Wiadomości, w

stosunku do których można uchylić tajemnicę, mogą należeć do jednej z trzech kategorii. Pierwsza kategoria dotyczy informacji na temat osoby fizycznej, ale jedynie takiej, która jest posiadaczem rachunku w danym banku oraz wobec której toczy się postępowanie karne lub karne skarbowe. Taka redakcja przepisu bardzo zawęża jego stosowanie. Po pierwsze bowiem, bank może odmówić ujawnienia informacji odnoszących się do osób, które nie mają rachunku w danym banku. Po drugie, postępowanie karne musi wkroczyć już w fazę postępowania przeciwko osobie (*in personam*), co oznacza, że organy ścigania już musiały wykryć osobę podejrzaną i postawić jej zarzut popełnienia przestępstwa. Nie ma możliwości żądania ujawnienia informacji, które dotyczą postępowania prowadzonego w sprawie (faza *in rem*), czyli zanim pojawiły się podejrzenia co do osoby domniemanego sprawcy.

Do drugiej kategorii należą informacje, co do których można uchylić tajemnicę bankową, a dotyczą postępowania prowadzonego o przestępstwo popełnione w związku z działaniem osoby prawnej lub jednostki niemającej osobowości prawnej. Zakres stosowania tej regulacji jest szerszy niż postanowienia odnoszącego się do osób fizycznych, bowiem obejmuje także postępowania karne w fazie *in rem*. Wiadomości mogą dotyczyć jedynie rachunków bankowych i czynności bankowych realizowanych przez tę osobę prawną bądź jednostkę.

Trzecia kategoria dotyczy przypadków, gdy sąd lub prokurator żądają ujawnienia wiadomości objętych tajemnicą bankową w związku z udzielaniem pomocy prawnej na podstawie wniosku pochodzącego od państwa obcego, które na mocy ratyfikowanej umowy międzynarodowej wiążącej Rzeczpospolitą Polską ma prawo występować o udzielenie informacji objętych tajemnicą bankową. Jak wynika z redakcji tego przepisu, wniosek ten może dotyczyć zarówno osób fizycznych, jak i prawnych. Obie konwencje karne mogą, jak się wydaje, stanowić podstawę do wystąpienia z takim wnioskiem.

Tajemnica bankowa może zostać uchylona także w związku z art. 106 Prawa bankowego, który zobowiązuje bank do przeciwdziałania wykorzystywaniu swojej działalności dla celów mających związek z przestępstwem prania brudnych pieniędzy lub w celu ukrycia działań przestępczych. Tryb procedowania banku w tym przypadku określa przywołana już wyżej ustawa z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł oraz o przeciwdziałaniu finansowaniu terroryzmu.

Dodatkowo, tajemnica bankowa podlega uchyleniu również w związku ze specjalnymi uprawnieniami Policji, wynikającymi z art. 20 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn. Dz. U. z 2002 r., Nr 7, poz. 58 z późn. zm.). W takim przypadku fakt podania informacji do wiadomości organom policyjnym nie może być ujawniony także wobec podstawowych beneficjentów tajemnicy bankowej (art. 104 ust. 3 Prawa bankowego).

Podsumowując, można stwierdzić, że polskie przepisy dotyczące tajemnicy bankowej spełniają wymogi Konwencji OECD oraz Konwencji Prawnokarnej Rady Europy. Z punktu widzenia praktycznego należałoby jednak rozważyć rozszerzenie skromnego katalogu sytuacji, w których bank może ujawnić wiadomości na temat osób fizycznych.

4.2. Rachunkowość

Jak wskazano wyżej, Konwencja OECD oraz Konwencja Prawnokarna Rady Europy zawierają postanowienia karne, odnoszące się do należytego prowadzenia rachunkowości. Z kolei Konwencja Cywilnoprawna zawiera zalecenia natury ogólnej co do prowadzenia rzetelnej rachunkowości i podkreśla centralną rolę niezależnych audytorów w walce z korupcją.

Zasadnicze polskie regulacje dotyczące tej kwestii zawarte są w ustawie z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (tekst jedn. Dz. U. z 2002 r., Nr 76, poz. 694 z późn. zm.). Ma ona zastosowanie do osób prawnych, jednostek nieposiadających osobowości prawnej oraz osób fizycznych, zaangażowanych w prowadzenie działalności gospodarczej lub operacji finansowych na dużą skalę. Wszystkie te podmioty zobowiązane są stosować określone ustawą zasady rachunkowości, rzetelnie i jasno przedstawiając sytuację majątkową i finansową oraz wynik finansowy (art. 4). Ta ogólna zasada rzetelnego prowadzenia rachunkowości ulega sprecyzowaniu i rozwinięciu w art. 20-22 ustawy. Nakładają one obowiązek wprowadzania do ksiąg rachunkowych każdego zdarzenia, które nastąpiło w okresie sprawozdawczym. Regulują przepływ i formalne wymogi co do tzw. dowodów księgowych, czyli dokumentów stwierdzających dokonanie operacji, które powinny być rzetelne, to jest zgodne z rzeczywistym przebiegiem operacji gospodarczej, którą dokumentują, kompletne oraz wolne od błędów rachunkowych. Niedopuszczalne jest dokonywanie w dowodach księgowych wymazywania i przeróbek. Także zapisów w księgach rachunkowych dokonuje się w sposób trwały, bez pozostawiania miejsc pozwalających na późniejsze dopiski lub zmiany. Jeśli w zapisach stwierdzony zostanie błąd, jego sprostowanie może nastąpić tylko w trybie określonym w ustawie. Księgi rachunkowe powinny być prowadzone rzetelnie, bezbłędnie, sprawdzalnie i bieżąco. Uznaje się je za rzetelne, jeśli dokonane w nich zapisy odzwierciedlają stan rzeczywisty, zaś za sprawdzalne – jeśli można je poddać określonej w ustawie procedurze weryfikacyjnej.

Każdy z podmiotów wymienionych w ustawie ma obowiązek corocznie sporządzać sprawozdanie finansowe, które składa się z bilansu, rachunku zysków i strat oraz informacji dodatkowej, obejmującej m.in. wprowadzenie do sprawozdania finansowego oraz podstawowe informacje dotyczące pracowników i organów podmiotu (art. 45 i nast. ustawy). Roczne sprawozdanie finansowe jednostki podlega zatwierdzeniu przez organ zatwierdzający, nie później niż 6 miesięcy od dnia bilansowego (art. 53 ustawy).

Sprawozdania finansowe sporządzane przez niektóre podmioty – w tym grupy kapitałowe, banki, zakłady ubezpieczeń, spółki akcyjne, podmioty duże, osiągające duży przychód – podlegają badaniu i ogłaszaniu (art. 64 ustawy). Badania sprawozdania dokonuje biegły rewident, który sporządza opinię wraz z raportem określającym, czy sprawozdanie jest prawidłowe i rzetelnie, czy jasno przedstawia sytuację majątkową i finansową jednostki, jak też jej wynik finansowy. Badana jednostka ma obowiązek współpracować z biegłym rewidentem, udostępniać mu wszelkie dokumenty i udzielać wyczerpująco informacji. Sprawozdanie finansowe, które podlegało badaniu, składa się wraz z opinią biegłego rewidenta do właściwego rejestru sądowego, a także ogłasza, głównie w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski B”.

Biegły rewident ma obowiązek wydać opinię bezstronną i niezależną. Gwarancje niezależności zawarte są w samej ustawie o rachunkowości oraz w ustawie z dnia 13 października 1994 r. o biegłych rewidentach i ich samorządzie (tekst jedn. Dz. U. z 2001 r., nr 31, poz. 359 z późn. zm.). W szczególności biegły rewident obowiązany jest zachować w tajemnicy wszystko, czego dowiedział się w związku z wykonywaniem czynności zawodowych. Nie narusza obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej złożenie zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa oraz udzielenie informacji w przypadkach określonych w ustawach (art. 4a ust. 1 i 2 ustawy o rewidentach), do czego zobowiązują rewidenta również zasady etyki zawodowej. Taki obowiązek wynika także z cytowanej już wcześniej ustawy o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł oraz o przeciwdziałaniu finansowaniu terroryzmu, na mocy której biegły rewident wykonujący zawód przynależy do kategorii instytucji obowiązanych do rejestrowania i ewentualnego zgłaszania transakcji o wartości przekraczającej 15 tysięcy euro oraz transakcji podejrzanych. Niedopełnienie lub nienależyte wypełnienie tego obowiązku opatrzone jest sankcją karną, sięgającą nawet do 8 lat pozbawienia wolności (art. 35 – 37a cytowanej ustawy).

Niewykonanie któregoś z wyżej przedstawionych obowiązków odnoszących się do rachunkowości także podlega karze. Po pierwsze, ustawa o rachunkowości ustanawia trzy przestępstwa rachunkowe. Najcięższe z nich polega na nieprowadzeniu ksiąg rachunkowych, prowadzeniu ich wbrew przepisom ustawy lub podawaniu w tych księgach nierzetelnych danych albo na niesporządzaniu sprawozdania finansowego, sporządzenia go niezgodnie z przepisami lub zawarcia w sprawozdaniu nierzetelnych danych. Sprawca podlega karze grzywny lub pozbawienia wolności do lat 2, lub obu tym karom łącznie (art. 77 ustawy). Podobna kara grozi biegłemu rewidentowi za sporządzenie opinii niezgodnej ze stanem faktycznym. Jeśli biegły rewident działa nieumyślnie, podlega jedynie karze grzywny lub ograniczenia wolności (art. 78). Tej samej karze podlega osoba, która nie wypełnia obowiązków związanych ze sporządzaniem i ogłaszaniem sprawozdania finansowego (art. 79).

Czyny, polegające na fałszowaniu dokumentów księgowych lub zapisów w księgach, podlegają także ściganiu na podstawie przepisów prawa karnego kodeksowego. W szczególności karze grzywny do 240 stawek dziennych (nie niższych od 1/30 najniższego miesięcznego wynagrodzenia w czasie orzekania w pierwszej instancji ani nie przekraczających jej czterystukrotności) podlega osoba, która wbrew obowiązkowi nie prowadzi księgi, nie przechowuje jej (art. 60 k.k.s.) albo nie prowadzi księgi rzetelnie (art. 61 § 1 k.k.s.). Kto wbrew obowiązkowi nie wystawia faktury za wykonanie świadczenia albo odmawia ich wydania, podlega karze grzywny do 180 stawek dziennych. Karze grzywny do 240 stawek podlega, kto taką fakturę lub rachunek wystawia w sposób nierzetelny albo takim dokumentem się posługuje (art. 62 k.k.s.). Wreszcie, należy przywołać art. 270 § 1 k.k., stosownie do którego karalne jest podrabianie lub przerabianie dokumentu lub używanie takiego dokumentu jako autentycznego. Ten ostatni przepis jest ważny także z tego powodu, że na jego podstawie można pociągnąć do odpowiedzialności osobę prawną zaangażowaną w ukrywanie działalności korupcyjnej za pomocą manipulacji księgowych (art. 16 ust. 1 pkt 5 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary).

Dokonawszy tego przeglądu można stwierdzić, że polskie przepisy dotyczące prowadzenia rzetelnej rachunkowości, a także przepisy karne, służące wyegzekwowaniu tego obowiązku, ogólnie wypełniają wymogi wszystkich omawianych konwencji co do zapobiegania i zwalczania działań mających na celu ukrycie, zamaskowanie lub popełnienie przestępstwa korupcyjnego. Jednakże, zwłaszcza na tle art. 10 ust. 2 Konwencji Cywilnoprawnej, należy postulować rozszerzenie kręgu podmiotów, których sprawozdania finansowe podlegają badaniu przez audytorów, szczególnie zewnętrznych – czyli biegłych rewidentów. Ponieważ walce z korupcją sprzyja przejrzystość, także finansowa i rachunkowa, na każdym poziomie działalności gospodarczej, można by również propagować ogłaszanie sprawozdań finansowych przez podmioty działające na mniejszą skalę, choćby poprzez publikowanie w Internecie.

4.3. Prawo pracy

Konwencja Prawnokarna Rady Europy nakazuje państwom przyjęcie środków zapewniających ochronę świadkom i innym osobom współpracującym z wymiarem sprawiedliwości w ramach postępowania karnego. Konwencja Cywilnoprawna Rady

Europy dodaje z kolei obowiązek zapewnienia im odpowiedniej ochrony na gruncie prawa pracy. Ochrona ta ma dotyczyć osób, które miały uzasadnione podstawy do podejrzeń, że doszło w ich otoczeniu zawodowym do aktu korupcji i o tym podejrzaniu zawiadomiły odpowiednie władze, po czym zostały w sposób nieuzasadniony ukarane, przykładowo przez rozwiązanie stosunku pracy.

Na wstępie rozważań należy zwrócić uwagę, że polski kodeks pracy nie przewiduje żadnego specjalnego reżimu ochrony pracowników, którzy zawiadomili władze o praktykach korupcyjnych. Zatem należy wobec nich stosować przepisy ogólne.

Pierwszy rodzaj sytuacji, w których ochrona opisana w Konwencji będzie niezbędna, to rozwiązanie umowy o pracę. Stosunek pracy można rozwiązać za wypowiedzeniem lub bez wypowiedzenia. Rozwiązanie umowy za wypowiedzeniem przez pracodawcę może nastąpić na podstawie dowolnych okoliczności, pod warunkiem, że jest uzasadnione. Natomiast rozwiązanie przez pracodawcę umowy o pracę bez wypowiedzenia (z winy pracownika) możliwe jest jedynie w razie ciężkiego naruszenia przez pracownika podstawowych obowiązków pracowniczych, popełnienia przez pracownika przestępstwa, które jest oczywiste lub stwierdzone prawomocnym wyrokiem albo zawinionej przez pracownika utraty uprawnień koniecznych do wykonywania pracy na danym stanowisku (art. 52 § 1 k.p.). Do rozwiązania umowy o pracę z pracownikiem, który zawiadomił władze o praktykach korupcyjnych u jego pracodawcy, będą w praktyce miały zastosowanie przepisy o wypowiedzeniu umowy o pracę za wypowiedzeniem oraz bez wypowiedzenia z powodu ciężkiego naruszenia podstawowego obowiązku pracowniczego.

Należy w tym miejscu zauważyć, że polskie prawo pracy nie przewiduje żadnych regulacji dotyczących uprawnienia pracownika do ujawniania informacji o praktykach korupcyjnych i zakazu wyciągania z tego negatywnych konsekwencji przez pracodawcę. Społeczny obowiązek zawiadomienia o domniemanym przestępstwie korupcyjnym wynika z art. 304 § 1 kodeksu postępowania karnego, ale nie łączy się z nim żaden mechanizm ochronny dla osoby tego obowiązku dopełniającej. Dlatego pracodawca może uznać, że taka sytuacja stanowi podstawę rozwiązania umowy o pracę. W przedmiotowej sytuacji przesłanką rozwiązania umowy o pracę za wypowiedzeniem może być utrata zaufania przez pracodawcę. Jeśli zaś pracodawca uzna za konieczne rozwiązanie umowy o pracę bez wypowiedzenia, może zarzucić pracownikowi naruszenie obowiązku zachowywania w tajemnicy informacji, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę lub zakazu ujawniania szczególnie chronionej tajemnicy zawodowej.

Zasadność rozwiązania umowy, bez względu na jego formę, jest każdorazowo badana przez sąd pracy, chyba że pracownik pogodzi się z rozwiązaniem umowy i nie wystąpi na drogę sądową. W każdym razie to sąd będzie miał za zadanie ocenić, czy zawiadomienie władz o praktykach korupcyjnych faktycznie mogło stanowić podstawę rozwiązania umowy. Z braku przepisów szczególnych odnoszących się do korupcji, sąd może oprzeć się na przepisach ogólnych dotyczących ochrony przed nieuzasadnionym wypowiedzeniem umowy o pracę, jak również przed niezgodnym z prawem rozwiązaniem umowy o pracę bez wypowiedzenia. Może także sięgnąć do jednej z podstawowych zasad prawa pracy, stanowiącej, że nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny z zasadami współżycia społecznego (art. 8 k.p.). W tej ostatniej sytuacji sąd może stwierdzić, że zawiadomienie o

podejrzeniach co do korupcji było dowodem postawy obywatelskiej i postępkami słusznymi.

Należy zauważyć, że ogólne przepisy o ochronie przed rozwiązaniem umowy nie będą miały zastosowania do pracowników, których prawa i obowiązki kształtują tzw. pragmatyki służbowe. Dotyczy to w szczególności funkcjonariuszy publicznych.

Jeśli nieuzasadnione sankcje wobec pracownika nie przyjmują postaci rozwiązania stosunku pracy, ale szykan, zastosowanie powinny mieć ogólne przepisy o równym traktowaniu pracowników w zatrudnieniu. Chodzi tu zwłaszcza o art. 18^{3a} k.p., który stanowi, że pracownicy powinni być równo traktowani w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji. Osoba dyskryminowana ma zatem prawo do odszkodowania w wysokości nie niższej niż minimalne wynagrodzenie za pracę (18^{3d} k.p.). Kodeks co prawda wymienia przykładowe właściwości, które mogą stać się przesłankami dyskryminacji (płeć, rasa), ale nie jest to katalog wyczerpujący. Wydaje się zatem, że pracownik będący ofiarą szykan z powodu zawiadomienia władz o praktykach korupcyjnych może skorzystać z ochrony oferowanej przez te przepisy antydyskryminacyjne.

Trzeba podkreślić, że przepisy kodeksu pracy nie oferują specjalnej, automatycznej ochrony pracownikom zgłaszającym podejrzenia o praktykach korupcyjnych. Z tego powodu pracownik poszukujący takiej ochrony będzie zmuszony do wniesienia powództwa do sądu pracy.

Ogólnie wskazane byłoby rozważenie możliwości wprowadzenia do kodeksu pracy specjalnego postanowienia zapewniającego szczególną ochronę osobom zawiadamiającym o podejrzeniach co do praktyk korupcyjnych, na przykład na wzór art. 18^{3e} k.p., który stanowi, że skorzystanie przez pracownika w uprawnień przysługujących z tytułu naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu nie może stanowić przyczyny uzasadniającej wypowiedzenie przez pracodawcę stosunku pracy lub jego rozwiązanie bez wypowiedzenia.

Należałoby poza tym rozważyć wprowadzenie do kodeksu pracy specjalnej regulacji – zalecanej przez omawiane Konwencje – stwierdzającej, że zawiadomienie odpowiednich organów o podejrzeniu praktyk korupcyjnych nie stanowi naruszenia tajemnicy zawodowej ani tajemnicy pracodawcy.

5. Stosowanie nowych regulacji – próba analizy

Ocena skuteczności polskich rozwiązań prawnych implementujących postanowienia Konwencji OECD, Konwencji Prawnokarnej i Konwencji Cywilnoprawnej Rady Europy nie jest łatwa. Zasadnicza trudność wiąże się z krótkim okresem obowiązywania nowych przepisów polskich wprowadzających regulacje międzynarodowe. Brak jest orzecznictwa w sprawach leżących w zakresie stosowania konwencji, brak także statystyk.

Można jednak poczynić kilka uwag. Po pierwsze, w liczbach bezwzględnych opisujących zjawisko przestępczości w Polsce, przestępstwa korupcyjne stanowią grupę niewielką. Niezbadaana jednak pozostaje tzw. ciemna liczba przestępczości korupcyjnej, czyli przestępstwa z różnych powodów niewykryte, która tradycyjnie uznawana jest za dużą. Wynika to z jednej strony z badań opinii publicznej, wskazujących na pewną powszechność zachowań korupcyjnych w społeczeństwie polskim. Z drugiej strony dla przestępstw korupcyjnych właściwe jest swoiste „zaufanie korupcyjne”, które łączy strony paktu korupcyjnego. Nie sprzyja ono ich ujawnianiu. Jednocześnie przestępstwa korupcyjne to grupa czynów zabronionych, w której, jeśli są już ujawnione, wykrywalność sprawców wynosi ok. 97%. Stanowi to dowód na poparcie tezy, że jeśli proceder korupcyjny wyjdzie na jaw, to zwykle za sprawą jednej z jego stron, co sprzyja, rzecz jasna, wykryciu i postawieniu w stan oskarżenia strony drugiej.

Te okoliczności były zapewne powodem wprowadzenia przepisów zapewniających bezkarność sprawcom korupcji czynnej w zamian za ujawnienie faktu popełnienia i okoliczności czynów korupcyjnych. Jednak za wcześnie na ich ocenę – weszły w życie niecały rok temu. Obecnie dostępne dane wskazują na ich bardzo małe zastosowanie – jedynie kilka wypadków w skali kraju. Nasuwa się zatem wątpliwość, że może ustawodawca nie docenił siły zaufania łączącego strony paktu korupcyjnego. W związku z tym należy wskazać, że podobne uregulowania obowiązywały już poprzednio w prawie polskim i wówczas ich efektywność oceniana była nisko. Komentatorzy zwracali za to uwagę na ich wątpliwe walory etyczne, sprzyjanie manipulacjom oraz prowokacjom.

Obie konwencje karne zawierają przepisy dotyczące korupcji z elementem międzynarodowym – to jest czynów popełnianych przez lub wobec funkcjonariusza innego państwa lub organizacji międzynarodowej. Dane uzyskane w Prokuraturze Krajowej wskazują, że od ich wejścia w życie, to jest od 2002 r. nie prowadzono ani jednego postępowania o łapownictwo funkcjonariusza obcego państwa lub organizacji międzynarodowej.

Co się tyczy przepisów nowowprowadzonych, określających nieznane do tej pory typy przestępstw korupcyjnych, to z danych statystycznych uzyskanych w Prokuraturze Krajowej wynika, że do końca grudnia 2003 r. nie prowadzono ani jednego postępowania w sprawach o korupcję gospodarczą, w sporcie profesjonalnym i handel wpływami. Natomiast w okręgu apelacji wrocławskiej zanotowano pięć spraw o korupcję wyborczą.

Paradoksalnie, spośród nowoprzyjętych przepisów najczęściej przypadków stwierdzonych w 2004 r. odnosiło się do korupcji w sporcie profesjonalnym. Wydaje się, że przestępstwo z art. 296b zostało wprowadzone do kodeksu karnego w dużej

mierze w celu koniunkturalnym, dla zadowolenia opinii publicznej, często wstrząsanej skandalami o charakterze korupcyjnym w sporcie. Przepis ten jednak już wykazał swoją skuteczność. W roku bieżącym media donosiły o kilku próbach przekupstwa sędziów piłkarskich. Duże zainteresowanie wzbudziła zwłaszcza sprawa przekupienia sędziego przez klub IV ligi piłki nożnej Bzura Ozorków. Sędzia nagrał rozmowy z przekupującym i zawiadomił o sprawie prokuraturę. Postępowanie jest w toku. Wcześniej, przed 1 lipca 2003 r., czyli przed wejściem w życie nowych przepisów, takie zachowania można było ścigać jedynie na mocy przepisów karnych o oszustwie albo dyscyplinarnie – przez PZPN, jak w przypadku sławnej afery korupcyjnej związanej ze sprzedażą meczów przez piłkarzy klubu II ligi Świt Nowy Dwór Mazowiecki (tzw. afera barażowa).

Ocena skuteczności karnych przepisów antykorupcyjnych będzie możliwa dopiero za kilka lat, gdy być może zapadną w sprawach o omawiane przestępstwa prawomocne wyroki. Można się spodziewać, że w związku ze wstąpieniem Polski do Unii Europejskiej i możliwościami skorzystania z oferowanych przez nią funduszy będą popełniane czyny korupcyjne wobec funkcjonariuszy wspólnotowych. Z drugiej jednak strony, zważywszy, że do końca ubiegłego roku prowadzono w Polsce tylko trzy postępowania o nadużycie lub wyłudzenie funduszy unijnych, nie należy oczekiwać, że liczba przestępstw korupcyjnych będzie znacząco większa.

Co się tyczy zagadnień cywilistycznych, należy przypomnieć, że Konwencja Cywilnoprawna nakłada jedynie obowiązek stworzenia możliwości ubiegania się o odszkodowanie za szkodę wynikłą z czynu korupcyjnego. Takie mechanizmy przewidziane są na zasadach ogólnych przez przepisy polskiego kodeksu cywilnego. Nie ma jednak żadnych danych, ani nawet możliwości wyodrębnienia spraw korupcyjnych spośród wszystkich spraw wytaczanych przed polskimi sądami na podstawie art. 415 i 417 k.c. Także media nie publikują żadnych informacji na ten temat, co pozwala przypuszczać, że do tej pory Polacy z tej możliwości nie korzystają.

Jeśli chodzi o prawo cywilne, można przypuszczać, że czynnikiem, któremu zawdzięczamy brak spraw o odszkodowanie za szkody wyrządzone czynami korupcyjnymi, jest niedoinformowanie i brak świadomości przykładowo polskich przedsiębiorców co do istnienia podobnych mechanizmów. Trzeba przyznać jednocześnie, że idea występowania o odszkodowanie za szkodę wyrządzoną czynem korupcyjnym nie jest bliska polskiemu myśleniu prawniczemu. Zasadniczym pytaniem, które się tu pojawia, jest kwestia realnych możliwości dowiedzenia istnienia związku przyczynowego między szkodą a czynem korupcyjnym, przy założeniu, że ciężar dowodu spoczywa na podmiocie poszkodowanym.

Wydaje się, że należy tu wyróżnić dwie sytuacje. Czyn korupcyjny podmiotu gospodarczego, który wyrządził szkodę innemu podmiotowi, można traktować analogicznie do czynu nieuczciwej konkurencji. Stan faktyczny polega w tym przypadku na wyrządzeniu drugiemu przedsiębiorcy szkody w wyniku przekupienia funkcjonariusza publicznego (korupcja w sektorze publicznym) lub osoby pracującej na rzecz danego przedsiębiorcy (korupcja w sektorze prywatnym). Koncepcja odpowiedzialności cywilnej przedsiębiorców za czyny nieuczciwej konkurencji, wprowadzona ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, istnieje w polskim porządku prawnym dłużej, jest lepiej znana polskim przedsiębiorcom i – jak się zdaje – powinna służyć za wzór ubiegania się o odszkodowanie za delikt korupcyjny.

Drugi rodzaj sytuacji dotyczy stosunków między podmiotem prywatnym a państwem (i jednostką samorządu terytorialnego), w sytuacji, gdy podmiot prywatny został poszkodowany w wyniku przekupienia funkcjonariusza publicznego przez inny podmiot. W takim wypadku należy korzystać z art. 417 k.c. i żądać odszkodowania na zasadach ogólnych.

Nie ma także żadnych danych dotyczących kwestii stosowania prawa pracy w kontekście walki z korupcją. Zagadnienie to wydaje się dość złożone. Można bowiem przypuszczać, że w obawie przed ewentualnymi negatywnymi konsekwencjami, łącznie z rozwiązaniem umowy o pracę, którym obecnie obowiązujące prawo pracy może nie zapobiec, osoby, które mogłyby zawiadamiać władze o praktykach korupcyjnych w ich otoczeniu zawodowym, tego nie czynią. Wydaje się w związku z tym, że obok przepisów karnych, prawo pracy może stać się cennym narzędziem w ujawnianiu przestępstw korupcyjnych.

V Wnioski

Powyższe, dość obszerne rozważania, pozwalają stwierdzić, że stan dostosowania prawa polskiego do wymogów trzech konwencji międzynarodowych: Konwencji OECD o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych z dnia 17 grudnia 1997 r., Konwencji Prawnokarna Rady Europy o korupcji z dnia 27 stycznia 1999 r. oraz Konwencji Rady Europy o przeciwdziałaniu korupcji w prawie cywilnym z dnia 4 listopada 1999 r., jest zadowalający.

Na poziomie ustawodawstwa karnego zasadnicze postanowienia konwencyjne, odnoszące się do łapownictwa czynnego i biernego w sektorze publicznym zostały przetransponowane prawidłowo, niewielkie różnice dotyczą jedynie poszerzenia zakresu stosowania polskich przepisów karnych, co jest dozwolone przez powyższe instrumenty międzynarodowe.

Prawo polskie jest również w odpowiednim stopniu dostosowane do obu Konwencji, jeśli idzie o karalność przekupstwa i sprzedajności funkcjonariuszy zagranicznych – państw obcych lub organizacji międzynarodowych.

Nieco gorzej przedstawia się sytuacja dotycząca przepisów przewidujących karalność innych rodzajów przestępstw korupcyjnych, zwłaszcza korupcji w sektorze prywatnym oraz płatnej protekcji i handlu wpływami. W odniesieniu do tych czynów zakres stosowania przepisów polskich nie pokrywa się z wymogami zapisanymi w Konwencjach, zbytnio je zawężając.

Przepisy dotyczące zasad odpowiedzialności, jurysdykcji, sankcji ogólnie wypełniają wymogi konwencyjne, z zastrzeżeniem dotyczącym zbyt skomplikowanych rozwiązań odnoszących się do odpowiedzialności osób prawnych.

Można stwierdzić, że jeśli chodzi o polskie przepisy odnoszące się do postępowania karnego, to w odpowiednim stopniu spełniają one wymagania konwencyjne co od poszukiwania dowodów przestępstw korupcyjnych, ochrony świadków i osób współpracujących, oraz współpracy międzynarodowej.

Jeśli chodzi o inne dziedziny prawa, należy zauważyć, że generalnie nie zawierają one regulacji specjalnie poświęconych praktykom korupcyjnym. Zwykle więc trzeba badać i stosować przepisy ogólne, dostosowując je do konkretnej sytuacji. Można w związku z tym uznać, że regulacje polskiego prawa cywilnego w odpowiednim stopniu wypełniają postanowienia Konwencji Cywilnoprawnej Rady Europy w zakresie możliwości ubiegania się o odszkodowanie za wyrządzenie szkody czynem korupcyjnym.

Polskie przepisy dotyczące uchylania tajemnicy bankowej w zasadzie odpowiadają regulacjom konwencyjnym, z tym że mają zbyt wąski zakres stosowania w odniesieniu do osób fizycznych. Być może należałoby rozważyć rozszerzenie uprawnień sądu i prokuratora do uzyskiwania informacji objętych tajemnicą bankową w ramach postępowania karnego.

Jeśli chodzi o polskie przepisy dotyczące rzetelnego prowadzenia rachunkowości (co ma zapobiegać ukrywaniu i maskowaniu praktyk korupcyjnych), to – podobnie jak przy prawie bankowym – można ogólnie stwierdzić, że odpowiadają one regulacjom konwencyjnym, mimo że nie dotyczą specyficznie korupcji. Natomiast powinno się rozważyć rozszerzenie obowiązku poddawania się zewnętrznemu audytowi i publikowania rocznych sprawozdań finansowych na inne podmioty niż tylko duże przedsiębiorstwa. Zwiększyłyby to znacząco przejrzystość funkcjonowania podmiotów gospodarczych i utrudniałyby ewentualne próby ukrywania korupcji za pomocą machinacji księgowych.

W prawie polskim nie istnieją żadne specjalne przepisy mające na celu ochronę przed niesprawiedliwym traktowaniem osób, które w dobrej wierze zawiadamiają odpowiednie władze o swoich podejrzeniach dotyczących aktów korupcji. W takich sytuacjach należy stosować zasady ogólne. Wydaje się, że są one wystarczające z punktu widzenia regulacji Konwencji Cywilnoprawnej Rady Europy, choć pożądane byłoby – jak się wydaje – przyjęcie specjalnej regulacji w kodeksie pracy, po pierwsze, zakazującej dyskryminowania pracownika zawiadamiającego o podejrzeniu praktyk korupcyjnych, oraz, po drugie, stwierdzającej, że takie zawiadomienie nie narusza tajemnicy zawodowej ani tajemnicy pracodawcy i nie może stanowić podstawy rozwiązania stosunku pracy.

Jeśli chodzi o stosowanie omawianych regulacji w praktyce, to – jak już wyżej wskazano – za wcześnie na uzyskanie wiarygodnych danych. Niezmieniona liczba postępowań w sprawach o klasyczne typy przestępstw korupcyjnych lub nawet brak postępowań karnych w sprawach o nowe typy przestępstw korupcyjnych może stanowić dowód na potwierdzenie tezy, że prawo karne nie stanowi najlepszego mechanizmu sprzyjającego walce i zapobieganiu korupcji. Należy w związku z tym postulować zintensyfikowanie wysiłków skierowanych na kwestię prewencji – tworzyć kodeksy etyki dla różnych zawodów i rodzajów aktywności życiowej oraz przestrzegać już istniejących zbiorów zasad etycznych. Akcentowanie kwestii moralnych, a nie tylko karnych, sprzyjałoby także – jak się wydaje – tworzeniu mechanizmów ochronnych dla szykanowanych pracowników na gruncie prawa pracy. Wskazane byłoby również przeprowadzenie szeroko zakrojonej akcji informacyjnej na temat możliwości ubiegania się na drodze cywilnej o odszkodowanie za szkody wynikłe z czynów korupcyjnych, w tym także od Skarbu Państwa.

BIBLIOGRAFIA

Przy pisaniu niniejszego opracowania, korzystano m.in. z następujących publikacji:

- Explanatory Report on the Criminal Law Convention on Corruption (dostępny na stronie www.coe.int)
- Explanatory Report on the Additional Protocol to the Criminal Law Convention on Corruption (dostępny na stronie www.coe.int)
- Explanatory Report on the Civil Law Convention on Corruption (dostępny na stronie www.coe.int)
- Commentaries on the OECD Convention on Combating Bribery (dostępny na stronie www.oecd.org)
- „Prawo Wspólnot Europejskich a prawo polskie. Dokumenty karne”, red. E. Zielińska, Oficyna Naukowa, Warszawa 2000;
- „Kodeks karny. Komentarz”, red. A. Zoll, Zakamycze 1999;
- M. Surkont „Łapownictwo”, Wyd. Prawnicze LEX, Sopot 1999;
- „Nowela antykorupcyjna z dnia 13 czerwca 2003 r. Rys historyczny i podstawowe problemy interpretacyjne”, wprowadzenie B. Mik, Zakamycze 2003;
- B. Namysłowska-Gabrysiak „Odpowiedzialność karna osób prawnych”, C.H. Beck, Warszawa 2003;
- „Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga Trzecia. Zobowiązania”, red. G. Bieniek, Wyd. Prawnicze 1999;
- „Kodeks pracy. Komentarz”, red. Z. Salwa, Lexis Nexis 2004.