

UCHWAŁA SKŁADU SIEDMIU SĘDZIÓW
Z DNIA 20 CZERWCA 2001 R.
I KZP 5/2001

Pełnienie funkcji publicznej, o której mowa w art. 228 § 1 k.k., obejmuje czynności ordynatora w publicznym zespole opieki zdrowotnej, zarówno związane z administrowaniem, jak i udzielaniem świadczeń zdrowotnych wymienionych w art. 2 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 roku o zawodzie lekarza (Dz. U. z 1997 r., Nr 28, poz. 152 ze zm.) oraz w art. 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz. U. Nr 91, poz. 408 ze zm.) – finansowanych ze środków publicznych.

Przewodniczący Prezes SN L. Paprzycki.

*Sędziowie SN: J. Bratoszewski, E. Gaberle, H. Gradzik,
T. Grzegorzczak, W. Koziół (sprawozdawca) M. Sokołowski,*

Prokurator Prokuratury Krajowej: R. Stefański.

Sąd Najwyższy w sprawie Janusza K., po rozpoznaniu, przekazanego na podstawie art. 441 § 1 k.p.k., przez Sąd Okręgowy w C., postanowieniem z dnia 24 stycznia 2001 r., do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu, a przez skład trzech sędziów tego Sądu na podstawie art. 441 § 2 k.p.k. – postanowieniem z dnia 27 marca 2001 r. – powiększonemu składowi Sądu Najwyższego zagadnienia prawnego, wymagającego zasadniczej wykładni ustawy:

Czy podmiotem odpowiedzialności łapownictwa biernego może być ordynator oddziału przyjmujący korzyść majątkową w związku z decyzjami dotyczącymi przebiegu leczenia, czy też tylko i wyłącznie w związku z wykonywaniem czynności administracyjnych w zakładzie publicznej służby zdrowia (szpitala)?

u c h w a l i ł udzielić odpowiedzi j a k w y ż e j.

U Z A S A D N I E N I E

Przedstawione Sądowi Najwyższemu zagadnienie prawne wyłoniło się na tle następującej sytuacji faktycznej.

Sąd Rejonowy w C. wyrokiem z dnia 28 października 1999r. uznał Janusza K. za winnego popełnienia trzech przestępstw zakwalifikowanych z art. 228 § 1 k.k. polegających na tym, iż jako ordynator Oddziału Ortopedii i Chirurgii Urazowej Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w C. w związku z pełnioną funkcją przyjmował korzyści majątkowe.

W złożonej apelacji obrońca oskarżonego podniósł między innymi zarzut obrazy przepisów prawa materialnego, tj. art. 228 § 1 k.k. przez wyrażenie poglądu, iż przestępstwo określone w tym przepisie popełnić mogą również osoby nie będące funkcjonariuszami publicznymi.

W związku z treścią tego zarzutu Sąd Okręgowy w C. sformułował pytanie jak na wstępie. Uzasadniając je zauważył, że wobec zmiany stanu prawnego (wejście w życie kodeksu karnego z 1997 r.), a także braku jednolitego poglądu w doktrynie rodzi się problem, czy przestępstwo określone w art. 228 k.k. może popełnić jedynie funkcjonariusz publiczny, czy także osoba spoza kręgu funkcjonariuszy publicznych wymienionych w art. 115 § 13 k.k.

Prokurator Prokuratury Krajowej w pisemnym wniosku z dnia 28 lutego 2001 r. wniósł o podjęcie uchwały, iż ordynator oddziału szpitala, będącego publicznym zakładem opieki zdrowotnej odpowiada za przestępstwo z art. 228 § 1 k.k. tylko wówczas, gdy przyjmuje korzyść majątkową w związku z wykonywaniem przez niego czynności związanych z tym stanowiskiem.

Treść pytania sformułowanego przez Sąd Okręgowy w C., a zwłaszcza uzasadnienie tego postanowienia wskazuje, iż Sąd Okręgowy powziął wątpliwość co do ustawowego zwrotu użytego w art. 228 § 1 k.k. „osoba pełniąca funkcję publiczną” w kontekście objęcia jego zakresem osoby zajmującej kierownicze stanowisko w publicznej służbie zdrowia – w niniejszej sprawie ordynatora oddziału szpitala.

Tak też zostało to pytanie „odczytane” przez Sąd Najwyższy orzekający w składzie trzyosobowym, który na posiedzeniu w dniu 27 marca 2001 r., podnosząc wagę zagadnienia oraz stopień skomplikowania niezbędnej analizy prawniczej, a także szczególne zainteresowanie społeczne sprawami szeroko rozumianej korupcji, na podstawie art. 441 § 2 k.p.k. przedstawił to zagadnienie prawne powiększonemu składowi.

W uzasadnieniu postanowienia z dnia 27 marca 2001 r. Sąd Najwyższy wskazał, że pod rządami kodeksu karnego z 1969 r. w orzecznictwie jednolicie przyjmowano, iż ordynator szpitala może być podmiotem przestępstwa łapownictwa biernego (art. 239 k. k. z 1969 r.), albowiem jako „osoba zajmująca kierownicze stanowisko ... w innej państwowej jednostce organizacyjnej” jest funkcjonariuszem publicznym zgodnie z art. 120 § 11 k. k. z 1969 r. (por. H. Pracki: Odpowiedzialność karna lekarza za przyjęcie korzyści, Problemy Praworządności 1985, z. 12, str. 3 i nast. oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 października 1978 r. sygn. III KR 169/78, OSNPG 1979, z. 3, poz. 49).

Przepisy art. 239 § 1 k. k. z 1969 r. i art. 228 § 1 k.k. identycznie określają podmiot przestępstwa łapownictwa biernego „kto w związku z pełnieniem funkcji publicznej”. Zbliżone są zaś stosowne przepisy obu kodeksów definiujące pojęcie „funkcjonariusz publiczny”, używające określeń: „osoba zajmująca kierownicze stanowisko” w „innej państwowej jednostce organizacyjnej” (art. 120 § 11 k.k. z 1969 r.) bądź w „innej instytucji państwowej” (art. 115 § 13 pkt. 6 k.k. z 1997 r.)

Mogłoby się wydawać oczywistym, że szpital publicznej służby zdrowia jak był „inną państwową jednostką organizacyjną” tak obecnie jest „inną instytucją państwową” (por. A. Zoll w Kodeks karny – Część szczególna – Komentarz do k.k., t. 2. – pod red. A. Zolla – Kraków 1999, str. 707, teza 4).

Jednakże wyeliminowanie w k.k. z 1997 r. z zakresu pojęcia „funkcjonariusz publiczny” osób zajmujących stanowiska kierownicze w organizacjach spółdzielczych i społecznych oraz zmiana określenia „jednostka organizacyjna” na „instytucja” wyraźnie wskazuje, że zakres tego pojęcia został ograniczony. Ograniczenie to polega na wyłączeniu z tego zakresu osób zajmujących stanowiska kierownicze w wyodrębnionych strukturach państwowych, których zadaniem nie jest podejmowanie decyzji władczych, lecz pełnienie innych funkcji o charakterze gospodarczym, usługowym itp. – niezależnie od ich doniosłości (por. O. Górniok, Z problematyki przestępstw przeciwko działalności instytucji państwowych i samorządu terytorialnego, Prokuratura i Prawo 2000, z. 5, str. 12). Szpital wchodzący w skład publicznej służby zdrowia nie ma za zadanie spełniania funkcji władczych państwa, lecz spełnianie obowiązku świadczenia usług medycznych. W konsekwencji nie jest on „inną instytucją państwową” w rozumieniu art. 115 § 13 pkt 6 k.k., a osoby zajmujące w nim stanowiska kierownicze nie są funkcjonariuszami publicznymi (tak np. Sąd Apelacyjny w Krakowie w

postanowieniu z dnia 3 lutego 2000 r., sygn. akt II AKz 2/00, Krakowskie Zeszyty Sądowe 2000, z. 2, poz. 21).

Za takim stanowiskiem może przemawiać też to, że publicznymi zakładami opieki zdrowotnej są nie tylko zakłady utworzone przez ministra, centralny organ administracji rządowej lub wojewodę, ale także przez jednostkę samorządu terytorialnego (art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej, Dz. U. Nr 91, poz. 408 ze zm.). Zakłady opieki zdrowotnej, których organem założycielskim jest samorząd terytorialny na pewno nie są „innymi instytucjami państwowymi”. Całkowicie nieracjonalne byłoby traktowanie ordynatora szpitala jako funkcjonariusza publicznego zależnie od tego kto jest organem założycielskim tego szpitala. Nie wydaje się natomiast możliwym przyjęcie, że wyrażenie „instytucja państwowa” obejmuje również instytucje samorządowe służące zaspokajaniu potrzeb ludności (jak twierdzi A. Zoll op. cit. str. 707, teza 5) bowiem stoi temu na przeszkodzie wykładnia językowa przepisu art. 115 § 13 pkt 6 k.k.

Gdyby przyjąć, że określenie „inna instytucja państwowa” obejmuje także publiczne zakłady opieki zdrowotnej to powstałby problem, czy ordynator rzeczywiście zajmuje „stanowisko kierownicze”. W literaturze bowiem sformułowany został pogląd, że w aktualnym stanie prawnym uzasadnione jest wąskie rozumienie „stanowiska kierowniczego” obejmujące tylko osoby kierujące tymi instytucjami jako całością (Z. Kallaus, Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego, Krótkie komentarze – Wydawnictwo Ministerstwa Sprawiedliwości, Warszawa 1997, z. 2, str. 75). Odpowiedzialność za zarządzanie publicznym zakładem opieki zdrowotnej ponosi kierownik zakładu, który nie musi być ordynatorem czy nawet lekarzem (art. 44 i 44a ustawy z dnia 30 sierpnia 1991r. o zakładach opieki zdrowotnej). Należy jednak podkreślić, że większość komentatorów kodeksu karnego opowiada się za dotychczasową –

szeroką – wykładnią pojęcia „osoba zajmująca stanowisko kierownicze”. Przemawia zwłaszcza za tym wykładnia językowa, bowiem w art. 115 § 13 pkt. 6 k.k. mowa o „osobie zajmującej stanowisko kierownicze”, a nie o kierowniku jednostki.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego na tle art. 239 k.k. z 1969 r. nie budziło wątpliwości, że przyjęcie przez ordynatora korzyści majątkowej w związku z leczeniem (a nie wykonywaniem czynności administracyjnych) wyczerpuje znamiona tego przestępstwa. W uzasadnieniu powołanego wyżej wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 października 1978 r., sygn. III KR 169/78 stwierdzono: „pobieranie pieniędzy za leczenie ... przez lekarza ordynatora ... jest działaniem podważającym zasadę bezpłatnego leczenia, ograniczającym w jakimś zakresie to osiągnięcie socjalne, a więc podważającym zaufanie do organów społecznej służby zdrowia, a w szczególności do administracji tej służby”. Można uznać te argumenty za aktualne i dzisiaj. Rodzi się jednak pytanie dlaczego za czyn w istotny sposób podważający zaufanie do publicznej służby zdrowia polegający na przyjmowaniu korzyści za leczenie miałby odpowiadać karnie ordynator (jako kierownik – funkcjonariusz), a inny lekarz nie (bo nie jest funkcjonariuszem), chociaż jego działanie tak samo podważałoby to zaufanie. Niewątpliwie jest coś sztucznego w takim rozwiązaniu, w którym ta sama czynność lekarska (np. zabieg operacyjny) w zależności od tego kto ją wykonuje jest przejawem chronionej prawem działalności instytucji państwowych.

Funkcja ordynatora oddziału wprawdzie obejmuje kierowanie nim pod względem lekarskim, administracyjnym i gospodarczym (por. M. Surkont, Warunki odpowiedzialności lekarza za łapownictwo bierne, Przegląd Sądowy 2000, z. 4, str. 33), to jednak najważniejsze jest uprawnienie decydowania o przebiegu leczenia. Jeżeli zatem ordynator jest funkcjonariuszem publicznym to jego działanie związane nawet wyłącznie z leczeniem pacjentów publicznego zakładu opieki zdrowotnej jest związane z jego

„funkcją publiczną”. Nie dotyczyłoby to ordynatora w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej podległym samorządowi terytorialnemu (bo zakład ten nie jest instytucją „państwową”). Oznaczałoby to, że ordynator oddziału szpitala „samorządowego” inaczej odpowiada za przyjęcie korzyści niż ordynator oddziału szpitala „państwowego”.

Jeżeli natomiast przyjmie się, że ordynator nie jest „funkcjonariuszem publicznym” w rozumieniu art. 115 § 13 k.k. to aktualne stają się wątpliwości Sądu Okręgowego w C. wyrażone w przedstawionym zagadnieniu prawnym, czy podmiotem przestępstwa z art. 228 k.k. może być tylko funkcjonariusz publiczny, czy też także inna osoba pełniąca „funkcję publiczną”.

Przedstawiając powiększonemu składowi zagadnienie prawne Sąd Najwyższy zauważył także, że przy wykładni identycznie brzmiącego przepisu art. 239 k.k. z 1969 r. w doktrynie wyrażane były oba te poglądy, zaś orzecznictwo Sądu Najwyższego konsekwentnie przyjmowało wykładnię dopuszczającą popełnienie tego przestępstwa przez „funkcjonariusza publicznego” albo „osobę pełniącą funkcję publiczną”.

Także obecnie – przy wykładni art. 228 k.k. – doszło do różnicy stanowisk w literaturze. Andrzej Zoll (op. cit. str. 748, 749, teza 10) wyraził pogląd, że „zmiana politycznego ustroju państwa oraz przejście z gospodarki centralnie sterowanej do gospodarki wolnorynkowej przemawiają za stanowiskiem ograniczającym podmioty zdolne do popełnienia łapownictwa biernego do funkcjonariuszy publicznych w znaczeniu art. 115 § 13 k.k.”. Podobne stanowisko zaprezentował Janusz Wojciechowski (Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo. Warszawa 2000, str. 434), lecz z pewnymi zastrzeżeniami. W doktrynie przeważa jednak pogląd odmienny.

W nauce prawa karnego wyrażono pogląd, że: „w odniesieniu do niektórych kategorii osób można oddzielić pełnienie przez nie funkcji publicznej od wykonywanej przez te osoby pracy. Np. lekarz pełni funkcję publiczną w tym zakresie, w jakim decyduje o wystawieniu zwolnienia lekarskiego,

zaświadczenia, orzeczenia o inwalidztwie, przyjęciu do publicznego szpitala. Natomiast główna działalność, jaką jest leczenie, nie jest wbrew częstej praktyce organów ścigania i sądów pełnieniem funkcji publicznej w rozumieniu art. 228 k.k.” (L. Gardocki Prawo karne, Warszawa 2000, s. 268). Przy takim ujęciu dla bytu przestępstwa z art. 228 k.k. nie będzie istotne czy daną czynność wykonał ordynator, czy też lekarz nie zajmujący tego stanowiska, lecz to, czy dana czynność może być traktowana jako pełnienie funkcji publicznej – a więc, czy z przepisów ustawy wynika, że daną czynność możemy traktować jako przejaw władczej działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego.

Sąd Najwyższy w zwykłym składzie zauważył, że w przypadku lekarza zajmującego stanowisko ordynatora możliwa jest także szeroka interpretacja znamienia „pełnienia funkcji publicznej”, z art. 228 k.k., nie ograniczająca jej do czynności o charakterze władczym, decyzyjnym i związanym z zarządzaniem. W Konstytucji obowiązek zapewnienia dostępu do świadczeń został nałożony na „władze publiczne”, a świadczenia zdrowotne finansowane są ze „środków publicznych” (art. 68). Udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej może zatem być uznane za wypełnianie przez instytucje państwowe i samorządowe nałożonego na nie obowiązku o charakterze publicznym. Obowiązek ten wypełniany jest za pośrednictwem publicznych zakładów opieki zdrowotnej, które najogólniej ujmując powołane są do leczenia obywateli, co stanowi pełnienie funkcji publicznej w rozumieniu art. 228 k.k.

Sąd Najwyższy w powiększonym składzie zważył, co następuje:

W pierwszym rzędzie, rozstrzygnąć należy, czy na gruncie kodeksu karnego z 1997 r. istnieją racje za odstępniem od poglądu prawnego wyrażonego w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 3 lipca 1970 r. sygn. VI KZP 27/70, OSNKW 1970, z. 9, poz. 98, co do wzajemnej relacji między

zakresem desygnatów pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, a zakresem pojęcia „funkcjonariusz publiczny”.

Stanowisko co do tego, że podmiotem łapownictwa biernego może być tylko funkcjonariusz publiczny prezentują, jak wyżej to wskazano, nieliczni przedstawiciele doktryny. Dominuje bowiem w doktrynie pogląd, że podmiotu przestępstwa łapownictwa biernego nie można zawężać do funkcjonariusza publicznego. Może nim być bowiem każda osoba, która pełni funkcję publiczną. Cechą wyróżniającą funkcję publiczną jest posiadanie określonego zakresu uprawnień pozwalających na kształtowanie treści wykonywanych zadań w sferze publicznej (por. Z. Kallaus, *Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego*, [w:] *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 1998r. s.305, L. Gardocki *Prawo karne*, Warszawa 2001 s. 268 – 269, M. Surkont, *Łapownictwo*, Sopot 1999 s. 49-52, A. Marek, *Komentarz do Kodeksu karnego Część ogólna*, Warszawa 1999, s. 309-310, oraz tego autora *Komentarz do Kodeksu karnego. Część szczególna*, Warszawa 2000, s. 202, R. Stefański, *Osoba pełniąca funkcję publiczną jako podmiot przestępstwa łapownictwa*, *Prokuratura i Prawo* 2000, z. 11, s.136-139).

Również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 listopada 1999 r. II KKN 346/97, OSNKW 2000, z. 1-2, poz. 10, wydanym już pod rządami k.k. z 1997 r. wyraził pogląd, iż linia orzecznicza ukształtowana co do rozumienia pojęcia osoba pełniąca funkcję publiczną na gruncie k.k. z 1969 r. zachowuje swoją aktualność po wejściu w życie kodeksu karnego z 1997 r. Gdyby bowiem intencją ustawodawcy było ograniczenie zasięgu podmiotowego przestępstwa łapownictwa biernego do funkcjonariuszy publicznych to niewątpliwie, pamiętając o sporach jakie ta kwestia budziła na gruncie k.k. z 1969 r., dokonałby stosownej zmiany w opisie tego przestępstwa używając np. sformułowania „funkcjonariusz publiczny, który w związku z pełnieniem swej funkcji” (por. A. Wąsek w: M. Kalitowski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski,

L. Tyszkiewicz, A. Wąsek Kodeks karny. Komentarz. Tom II, Gdańsk 1999, s. 403). Do takiej zmiany na co wskazuje brzmienie art. 228 § 1 k.k. nie doszło.

Nie bez znaczenia dla takiego stanowiska jest także i to, że w porównaniu do przepisu art. 115 § 13 k.k. z 1997 r., przepis art. 120 § 13 k.k. z 1969 r., w pewnym zakresie (jak to wyżej wskazano) określał szerzej krąg osób posiadających status funkcjonariusza publicznego. Gdyby zatem podzielić pogląd, że podmiotem przestępstwa łapownictwa biernego jest wyłącznie funkcjonariusz publiczny, to poza zakresem karalności, wyznaczonym zespołem znamion z art. 228 k.k., pozostawałoby szereg wypadków korupcji związanej z funkcjonowaniem instytucji publicznych. Nie wydaje się, aby tak daleko idące zawężenie zakresu odpowiedzialności karnej było zgodne z założeniami polityki kryminalnej, które legły u podstaw kodeksu karnego z 1997 r. (por. M. Surkont Łapownictwo, Sopot 1999, s. 51-52).

Powyższe stwierdzenie ma istotne znaczenie dla prowadzenia dalszych rozważań w niniejszej sprawie, gdyż przedstawione wyżej argumenty nakazują przyjąć, że odpowiedzialność karną określoną w art. 228 § 1 k.k. ponoszą, nie tylko osoby pełniące funkcję publiczną, które jednocześnie są funkcjonariuszami publicznymi, ale również osoby, których żadną miarą nie można zaliczyć do katalogu osób wymienionych w art. 115 § 13 k.k., jeżeli jednak wykonują one funkcję publiczną. Powoduje to konieczność każdorazowego ustalenia, czy rzeczywiście chodzi o osobę pełniącą funkcję publiczną, chociaż nie będącą funkcjonariuszem publicznym.

W dalszej kolejności należy rozważyć, czy ordynator oddziału szpitala, a więc osoba zajmująca stanowisko kierownicze w zakładzie opieki zdrowotnej, w rozumieniu rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 17 maja 2000 r. w sprawie wymagań, jakim powinny odpowiadać osoby na stanowiskach kierowniczych w zakładach opieki zdrowotnej określonego rodzaju (Dz. U. Nr 44, poz. 520) jest funkcjonariuszem publicznym, i z tej już tylko

racji może być uznany za osobę pełniącą funkcję publiczną, czy też jest osobą pełniącą funkcję publiczną mimo nieposiadania przymiotu funkcjonariusza publicznego.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu postanowienia z dnia 27 marca 2001 r. przedstawia argumentację za każdym z tych stanowisk. Odnosząc się do niej na wstępie należy stwierdzić, że kodeks karny z 1997 r. nie definiuje pojęcia instytucja państwowa. W doktrynie do instytucji państwowych zaliczono organy kontroli państwowej, sądy, kolegia do spraw wykroczeń, urzędy. Wyrażono też pogląd, że należy zaliczyć do nich także podmioty prawne i jednostki organizacyjne powołane przez organy państwowe dla celów użyteczności publicznej (por T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Kraków 1999, s. 77).

Zgodnie z ustawą z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz. U. Nr 91, poz. 408 ze zm.), zakład taki jest organizacyjnie wyodrębnionym zespołem osób i środków majątkowych, utworzonym i utrzymywanym zasadniczo w celu udzielania świadczeń zdrowotnych i promocji zdrowia, a wyjątkowo także dla celów badawczych i dydaktycznych w powiązaniu z udzielaniem świadczeń zdrowotnych i promocji zdrowia. Według tej ustawy zakłady opieki zdrowotnej dzielą się na publiczne i niepubliczne. Ten podział zależy od charakteru podmiotu powołującego zakład. Publiczny zakład powoływany jest przez ministra lub centralny organ administracji państwowej, wojewodę albo przez organ samorządu terytorialnego. Niepubliczny zakład jest natomiast powoływany przez inne podmioty. Do zakładów (publicznych i niepublicznych) nie stosuje się ustawy o działalności gospodarczej. Zasadniczą formą prowadzenia publicznego zakładu opieki zdrowotnej jest samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej tzn. zakład mający osobowość prawną, który koszty działalności i zobowiązań pokrywa z własnych środków i przychodów. Publiczny zakład może też być prowadzony w formie jednostki budżetowej lub zakładu budżetowego, w takim

przypadku zakład prowadzi gospodarkę finansową na zasadach określonych w prawie budżetowym, z modyfikacjami przewidzianymi w art. 50 powołanej ustawy. Wielokrotne nowelizacje wspomnianej ustawy służyły przekształceniu dawnych społecznych zakładów służby zdrowia w publiczne zakłady opieki zdrowotnej. Stworzyły też podstawy do zróżnicowania ich statusu własnościowego (zwłaszcza do ich komunalizacji i prywatyzacji). Otworzyły też możliwość działalności na równorzędnych zasadach niepublicznych zakładów opieki zdrowotnej (por. K. Tymowska, Zasady finansowania a dostępność, PiM 1999, nr 4 oraz Prywatyzacja opieki zdrowotnej w teorii i praktyce, PiM 2000, nr 5).

Należy przy tym zwrócić uwagę, iż świadczenia zdrowotne mogą być obecnie udzielane nie tylko przez zakłady opieki zdrowotnej, ale także przez osoby fizyczne wykonujące zawód medyczny lub grupową praktykę lekarską, grupową praktykę pielęgniarek i położnych na zasadach określonych w odrębnych przepisach.

Zgodnie z art. 5 omawianej ustawy zakład opieki zdrowotnej udziela świadczeń zdrowotnych ogółowi ludności, ludności określonego obszaru lub określonej grupie. Świadczeń zdrowotnych udziela bezpłatnie, za częściową odpłatnością lub odpłatnie na zasadach określonych w ustawie, w przepisach odrębnych lub w umowie cywilnej.

Nie budzi wątpliwości, że pojęcie instytucja państwowa jest w porównaniu z pojęciami administracja rządowa, organ państwowy lub samorządowy pojemniejsze (O. Górniok op. cit s. 7-21). Jednakże uwzględniając wnioski wynikające z zestawienia w art. 115 § 13 pkt. 6 z pkt. 4 należy stwierdzić, że pojęcie inna instytucja państwowa obejmuje swoim zakresem właśnie „inne” tj. poza jednostkami organizacyjnymi administracji państwowej, instytucje państwowe, czyli urzędy lub podobne struktury państwowe wykonujące zadania publiczne (np. ZUS, KRUS, NBP, PAN).

Publiczny zakład opieki zdrowotnej, którego celem działania jak to wyżej wskazano jest udzielanie świadczeń zdrowotnych, nie może więc zostać uznany za inną instytucję państwową w rozumieniu art. 115 § 13 pkt. 6 k.k., chociażby jego organem założycielskim był organ administracji rządowej.

Takie stanowisko czyni zbędnym rozważenie kwestii czy lekarz zajmujący stanowisko ordynatora oddziału w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej jest funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu art. 115 § 13 pkt 6 k.k. Na marginesie tylko można wspomnieć, że gdyby podzielić pogląd, iż publiczny zakład opieki zdrowotnej utworzony przez organ administracji państwowej jest inną instytucją państwową w rozumieniu powołanego wyżej przepisu, to ordynatora takiego publicznego zakładu opieki zdrowotnej należałoby uznać za funkcjonariusza publicznego, gdyż niewątpliwie zajmuje on kierownicze stanowisko. Z kolei ordynator oddziału publicznego zakładu opieki zdrowotnej utworzonego przez organ samorządu terytorialnego nie byłby funkcjonariuszem publicznym, co oczywiście nie unie możliwiałoby uznania go za osobę pełniącą funkcję publiczną, o jakiej mowa w art. 228 § 1 k.k. (takie stanowisko zaprezentował prokurator Prokuratury Krajowej w pisemnym wniosku).

Trafnie w doktrynie podniesiono, że dla określenia publicznego charakteru danej funkcji konieczne jest łączne spełnienie dwóch warunków. Po pierwsze źródłem istnienia i działania określonej instytucji (państwowej, czy samorządowej) jest przepis prawa publicznego. Innymi słowy zakres działania tych instytucji wynika wprost z przepisu ustawy, albo z indywidualnych aktów władz administracyjnych wydanych na podstawie ustawy. W nauce administracji używa się pojęcia pozostawania w tzw. „zarządzie publiczno-prawnym”. Po drugie pełnienie funkcji w sferze publicznej wymaga, aby do realizacji tej funkcji w ramach danej instytucji wykorzystywane były środki publiczne (por. A. Liszewska, J. Garus-Ryba, Problem odpowiedzialności

karnej lekarza za przestępstwo łapownictwa biernego, Palestra nr 7-8/2001, w druku).

Pozostaje do rozważenia i rozstrzygnięcia najtrudniejsza kwestia, a mianowicie, czy lekarz zajmujący stanowisko ordynatora w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej, i z tego powodu sprawujący funkcję publiczną, pełni ją w rozumieniu art. 228 k.k. tylko wówczas, gdy wykonuje działalność o charakterze administracyjnym mającą postać: zarządzania majątkiem publicznym, nadzoru, kontroli, samodzielnego lub wspólnego przygotowywania decyzji (por. L. Gardocki, O podmiocie łapownictwa w związku z glosą prof. W. Woltera), PiP 1971 r., z. 5, s. 811-812, L. Gardocki, Prawo karne, Warszawa 2001 r., s. 268), czy też także, gdy wykonuje czynności lekarskie, o jakich mowa w art. 2 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza (Dz. U. z 1997 r., Nr 28, poz. 152 ze zm.).

Przepis art. 68 Konstytucji odróżnia prawo do ochrony zdrowia oraz prawo do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. Zostało to ujęte w dwóch pierwszych ustępach tego artykułu: „1. każdy ma prawo do ochrony zdrowia. 2. obywatelom, niezależnie od ich sytuacji materialnej, władze publiczne zapewniają równy dostęp do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych. Warunki i zakres udzielenia świadczeń określa ustawa”.

W ustawie z dnia 6 lutego 1997 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym (Dz. U. Nr 28, poz. 153), stanowi się, że ochrona zdrowia wykonywana jest w formie „powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego”. W ustawie tej unormowano zasady owego ubezpieczenia, obowiązek ubezpieczenia zdrowotnego, składkę na powszechne ubezpieczenie zdrowotne, świadczenia ubezpieczenia zdrowotnego, organizację udzielania świadczeń, ustrój Kas Chorych, ich gospodarkę finansową, postępowanie w indywidualnych sprawach oraz nadzór nad wykonywaniem ubezpieczenia zdrowotnego.

Z kolei w powoływanej już ustawie o zakładach opieki zdrowotnej uregulowano ustrój podmiotów udzielających świadczeń zdrowotnych tzw. świadczeniodawców, ich gospodarkę finansową, warunki udzielania świadczeń zdrowotnych oraz stosunki między tymi podmiotami i pacjentami.

Utworzony m. in. tymi ustawami system w sposób istotny zmienił funkcjonowanie społecznej służby zdrowia, która w poprzednim stanie prawnym, w istocie była państwową służbą zdrowia zorganizowaną jako część resortu zdrowia, finansowaną za pośrednictwem budżetu z ogólnych dochodów podatkowych państwa.

Obecnie zaś to Kasy Chorych jako instytucje prawa publicznego dokonują alokacji środków na opiekę zdrowotną za pomocą umów ze świadczeniodawcami. Umowy te są instrumentem kontroli wydatków na opiekę zdrowotną. Świadczeniodawcami są w zdecydowanej większości właśnie publiczne zakłady opieki zdrowotnej. W razie tzw. „niezdrowia” ubezpieczony może skorzystać ze świadczenia zdrowotnego. Jeżeli to uczyni staje się osobą uprawnioną i zarazem stroną stosunku prawnego ze świadczeniodawcą, z tym, że właściwym wykonawcą świadczenia zdrowotnego jest najczęściej lekarz, który w zakresie wykonywania czynności zawodowych, o których mowa w art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza (Dz. U. Nr 28, poz. 152, ze zm.) nie podlega poleceniom świadczeniodawcy (por. J. Jończyk – Prawo zabezpieczenia społecznego, Kraków 2001 r., s. 294 –344).

W art. 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej wymieniono rodzaje udzielanych świadczeń zdrowotnych, wśród nich mieszczą się, co jest oczywiste, czynności związane z wykonywaniem zawodu lekarza (czynności lekarskie), o jakich mowa w art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza.

Przedstawiony stan prawny daje zatem podstawy do uznania iż, czynności lekarskie stanowiące udzielanie świadczeń zdrowotnych w pu-

blicznym zakładzie opieki zdrowotnej, wykonywane w ramach świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych, osobom ubezpieczonym oraz innym osobom uprawnionym do nich na podstawie odrębnych przepisów, mieszczą się w zakresie pełnienia funkcji publicznej w rozumieniu art. 228 k.k.

Na marginesie powyższych rozważań celowym jest zaznaczenie, iż z uwagi na to, że świadczenia zdrowotne finansowane ze środków publicznych mogą być także udzielane w niepublicznych zakładach opieki zdrowotnej to również i w tym przypadku lekarz, zatrudniony w takim zakładzie, który wykonuje czynności zawodowe wymienione w art. 2 ustawy o zawodzie lekarza, w tym zakresie jest osobą pełniącą funkcję publiczną, o jakiej mowa w art. 228 k.k. Decydujące znaczenie dla uznania udzielania świadczeń zdrowotnych za mieszczące się w pojęciu pełnienia funkcji publicznej, ma bowiem nie to w jakim zakładzie opieki zdrowotnej są one wykonywane, tj. czy w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej, czy też niepublicznym zakładzie opieki zdrowotnej, lecz to, czy są one wykonywane w ramach przysługujących osobie uprawnionej (pacjentowi) świadczeń zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych.

Podkreślenia wymaga na koniec także to, że przyjęta wykładnia nie może prowadzić do rozszerzenia penalizacji np. w odniesieniu do osób wręczających korzyści majątkowe z wdzięczności za efekty leczenia, osobom „pełniącym funkcje publiczne” (art. 229 k.k.), jeżeli zachowanie takie mieściłoby się w granicach zwyczaju, jako okoliczności wyłączającej bezprawność czynu (poza-ustawowy kontratyp).