

Dr hab. Piotr Wiatrowski

Kraków, 18 października 2016 r.

prof. nadzw. UEK w Krakowie

Recenzja

rozprawy doktorskiej pani mgr Anny Marcinkowskiej

pt. Odpowiedzialność karna lekarza jako osoby pełniącej funkcję publiczną

W wykonaniu uchwały Rady Zamiejscowego Wydziału Prawa i Administracji w Rzeszowie, Wyższej Szkoły Prawa i Administracji w Przemyślu powołującej mnie na recenzenta w przewodzie doktorskim pani mgr Anny Marcinkowskiej przedkładam poniższą recenzję rozprawy doktorskiej.

Temat recenzowanej rozprawy doktorskiej należy uznać nie tylko za niezwykle interesujący, ale również aktualny i praktyczny. Problematyka ta, mimo wielu opracowań z prawa medycznego i dotyczących przestępstw korupcyjnych, nie doczekała się do tej pory tak obszernego i pogłębionego ujęcia monograficznego, jak uczyniła to Autorka w swojej dysertacji, która już z tej racji, po rozważeniu poniższych uwag, niewątpliwie zasługuje na publikację. Celem pracy, jak pisze Autorka, jest dokonanie analizy regulacji prawnych, które obowiązują lekarzy, ze szczególnym uwzględnieniem odpowiedzialności karnej za przestępstwo łapownictwa biernego (s.5). To stwierdzenie ogranicza zakres szerszego możliwego ujęcia problematyki objętej tematem, gdyż nie można mylić korzystania z ochrony prawnej należnej funkcjonariuszowi publicznemu z nadaniem statusu funkcjonariusza publicznego. Obecnie, jak słusznie zauważa Autorka, ochrona taka przysługuje lekarzowi, który wykonuje czynności w ramach świadczeń pomocy doraźnej lub w przypadku, gdy ma obowiązek udzielenia pomocy w sytuacji zagrożenia życia (art.44 w zw. z art.30 ustawy z 5 grudnia 1996 r. O zawodach lekarza i lekarza dentystry¹), także gdy należy do osób

¹ Dz.U. 1997 r., Nr 28, poz.152 ze zm.

udzielających pierwszej pomocy oraz podejmujących medyczne czynności ratunkowe (art.5 ust.1 i 2 ustawy z 8 listopada 2006 r. o państwowym ratownictwie medycznym²) jak również, gdy będąc lekarzem sądowym wykonuje czynności związane z wydawaniem zaświadczeń (art.2 ust.2 ustawy z 15 czerwca 2007 r. o lekarzu sądowym³). Celem pracy jest także określenie podstaw odpowiedzialności lekarza oraz wskazanie granic między tym co naganne, a tym co dopuszczalne w sektorze usług medycznych (s.7). Chociaż można domyślić się intencji Autorki, to jednak takie ujęcie celu jest niezbyt precyzyjne, gdyż nie rozróżnia kwestii etycznych i prawnych, a zapewne o te drugie bardziej chodziło, czego dowodzi całość opracowania. Temat wybrany został trafnie, a sam problem badawczy podjęty w rozprawie w kontekście dotychczasowego dorobku piśmiennictwa ma cechy oryginalności. Autorka chociaż tego nie zaznacza, posługuje się głównie metodą opisową i metodą analizy dogmatyczno – prawnej. Nie postawiono jednak wyraźnie hipotez badawczych.

Praca liczy 259 stron i składa się z czterech rozdziałów. W rozdziale pierwszym przedstawiono kształtowanie się odpowiedzialności lekarza jako urzędnika. Doktorantka w rysie historycznym opisuje unifikację systemu prawnego w okresie przedwojennym, w tym ewolucję odpowiedzialności karnej urzędników na tle poszczególnych kodyfikacji oraz określenie tej odpowiedzialności w tzw. małym kodeksie karnym, a także analizuje regulacje prawne odnośnie do podmiotu przestępstwa łapownictwa w Kodeksie karnym z 1969 r. Rozdział wzbogacony jest o prezentację stanowisk doktryny w tym przedmiocie.

Rozdział drugi omawia odpowiedzialność karną lekarza jako osoby pełniącej funkcję publiczną. Zawarto w nim opis procesu wprowadzenia definicji legalnej osoby pełniącej funkcję publiczną do tzw. słowniczka wyrażeń ustawowych Kodeksu karnego. Rozdział ten uwzględnia również przyczyny podjęcia prac nad dostosowaniem się polskiego systemu prawnego do prawa europejskiego oraz analizę odpowiedzialności lekarza za przestępstwo łapownictwa biernego. Autorka przedstawia stronę podmiotową i przedmiotową tego przestępstwa, przedmiot ochrony, znamiona określające czynność sprawczą oraz typy kwalifikowane i problematykę zbiegu z innymi przepisami. Nie pominięto bardzo istotnej z punktu widzenia praktyki problematyki kontratypu zwyczajaju. W dalszej kolejności w pracy przedstawiono rozwiązania prawne dotyczące finansowania służby zdrowia z naciskiem na sektor finansów publicznych oraz regulacje konstytucyjne w zakresie gromadzenia i sposobu

² Dz.U. 2006 r., Nr 191, poz.1410 ze zm.

³ Dz.U. 2007 r., Nr 123, poz.849 ze zm.

wydatkowania środków na cele publiczne. Autorka zwraca również uwagę na penalizację w innych ustawach należących do prawa medycznego, szczególnie jeśli sprawca działa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Rozdział drugi zawiera też analizę znaczenia uchwały Sądu Najwyższego z 20 czerwca 2001 r., I KZP 5/01 w sprawie odpowiedzialności za łąpownictwo bierne ordynatora oddziału w szpitalu publicznej służby zdrowia. W dalszej części tego rozdziału przedstawiono ewolucję odpowiedzialności karnej lekarza w orzecznictwie Sądu Najwyższego, wyjaśnienie, kiedy lekarz odpowiada jako funkcjonariusz publiczny, a kiedy jako osoba pełniąca funkcję publiczną w kontekście przestępstwa sprzedajności. Sporo miejsca poświęcono również zagadnieniu korzystania ze środków publicznych jako warunku odpowiedzialności karnej lekarza oraz analizie na tle ustawodawstwa zagadnień związanych z pełnieniem funkcji ze względu na uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej i członkostwa w organizacji samorządowej. Rozdział drugi kończy problematyka powiązania, na tle orzecznictwa, strony przedmiotowej łąpownictwa biernego przez ustalenie związku podmiotu przestępstwa z pełnioną funkcją.

Rozdział trzeci zawiera omówienie pozycji lekarza w systemie prawa jako osoby zaufania publicznego w szczególności w kontekście art.17 i 68 Konstytucji. Autorka ukazuje również rozwój prawa medycznego, rozwiązania prawne dotyczące kluczowych zagadnień poruszonych w pracy, różnice pomiędzy paternalistycznym i partnerskim modelem relacji lekarz – pacjent oraz ogólnie zajmuje się reorganizacją służby zdrowia po 1989 r.

Czwarty rozdział dotyczy definicji funkcjonariusza publicznego w międzynarodowych aktach prawnych poświęconych problemowi korupcji, a także jej związku z odpowiedzialnością lekarza i stosowaniem środków karnych w postaci zakazu zajmowania określonego stanowiska i wykonywania określonego zawodu oraz przepadku korzyści majątkowej. W tym rozdziale opisano również mechanizmy korupcyjne w relacjach pomiędzy lekarzem i pacjentem oraz różnymi instytucjami oraz sformułowano szereg propozycji *de lege ferenda*. Na zakończenie mgr Anna Marcinkowska prezentuje normy prawa międzynarodowego, mające wpływ na polskie regulacje prawne w zakresie zwalczania korupcji.

Tytuły rozdziałów i podrozdziałów są niekiedy przydługie, ale odpowiadają ich treści. Kolejność rozdziałów jest zadowalająca, choć można było przyjąć nieco inny układ struktury rozprawy przesuwając trzeci rozdział dotyczący lekarza w systemie prawa oraz warunków wykonywania zawodu i określenia definicji znamion czynności leczniczej jako czynności

wykonawczej przestępstwa zaraz po rozdziale pierwszym mającym charakter historyczny. Pozwoliłoby to wprowadzić czytelnika już na początku lektury w bardziej ogólne zagadnienia prawa medycznego, co mogłoby ułatwić zrozumienie wyводу nt. odpowiedzialności lekarza za przestępstwo łapownictwa biernego.

W pracy wykorzystano bogatą literaturę przedmiotu, orzecznictwo Sądu Najwyższego, Trybunału Konstytucyjnego i sądów administracyjnych oraz szeroko uwzględniono materiał normatywny. W zestawieniu tego ostatniego wątpliwości budzi rozróżnienie na „ważniejsze akty prawne” i „akty wykonawcze” (s.282 i 286). Autorka potwierdziła znajomość piśmiennictwa, a jego dobór i wykorzystanie przez sposób analizy i interpretacji literatury jest prawidłowy. Autorka wykazała umiejętność poprawnego i przekonującego przedstawienia uzyskanych rezultatów pracy badawczej, poprzez prowadzenie jasnego i zwięzłego wyводу naukowego zmierzającego do realizacji postawionego przez siebie we wstępie pracy celu, który moim zdaniem, został osiągnięty.

Przechodząc do uwag szczegółowych należy zwrócić uwagę na pewne zamieszanie terminologiczne wprowadzone przez Autorkę we wstępie (s.8), w którym wymienia „przekupstwo bierne i czynne oraz sprzedajność”. Wszak to łapownictwo czynne określa się tradycyjnie mianem przekupstwa, a sprzedajność mianem łapownictwa biernego. Terminów przekupstwo bierne i czynne użyto też na s.71. Autorka nie przywołała też, poza bibliografią, swojego artykułu *Lekarz jako osoba pełniąca funkcję publiczną* opublikowanego w CPKiNP z 2014 r. z.1, do którego często nawiązuje (s.49, 104, 105, 107, 147, 148).

Jeśli chodzi o określenie przedmiotu ochrony art.228 k.k., to oprócz podniesionych przez Autorkę (s.70) prawidłowości funkcjonowania instytucji oraz bezinteresowności ich funkcjonowania należałoby dodać przeświadczenie w społeczeństwie o takim działaniu osób pełniących funkcje publiczne i dobrą opinię instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego, a także zaufanie do nich. Pisze o tym też Doktorantka, ale dopiero w dalszej części opracowania.

Podzielam pogląd Anny Marcinkowskiej, która w odróżnieniu od J.Majewskiego, uważa że lekarz zatrudniony w niepublicznym ZOZ może być podmiotem przestępstwa łapownictwa biernego określonego w art.228 w sytuacji, gdy byłby zatrudniony lub wykonywał samodzielnie czynności lecznicze na podstawie umowy podpisanej z NFZ i w oparciu przekazane w ten sposób środki publiczne. Autorka powołuje m.in. orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dn.19 stycznia 2006 r., w którym Komisja ta konsekwentnie

podtrzymuje wcześniejsze stanowisko, że za środki publiczne należy uznać takie, które mają publiczny charakter w momencie ich przekazywania jednostkom niezaliczonym do sektora finansów publicznych, a nie na etapie gospodarowania nimi przez osoby odpowiedzialne⁴ (s.130).

Interesujące i praktyczne są rozważania Autorki odnośnie do pojęcia korzyści majątkowej i osobistej oraz kontratypu zwyczaju jako okoliczności wyłączającej bezprawność. Często bowiem korzyści są udzielane personelowi medycznemu w związku z przyjęciem do szpitala, przeprowadzeniem zabiegu i przekraczają zwyczajowe wyrazy uznania takie jak kwiaty bądź słodycze. Kontratyp legalizuje takie działania, nie przekraczające zwyczajowych wyrazów uznania, o ile stanowią wyraz grzeczności i wdzięczności następujący po czynnościach medycznych. Nie mogą one jednak poprzedzać tych czynności, ani wiązać się z działaniami administracyjnymi personelu medycznego, np. przyjęciem do szpitala. Prowadziłoby to bowiem do stawiania udzielających takich korzyści, nawet niewielkiej wartości, w sytuacji uprzywilejowanej w stosunku do innych osób także korzystających z publicznej służby zdrowia. Przeciwno kontratypowi zwyczaju opowiadał się A.Spotowski stwierdzając, że zwyczaje mogą być naganne i nie należy ich sankcjonować⁵. Stanowisko Spotowskiego wydaje się zbyt daleko idące, ale na uwagę zasługują zastrzeżenia wysuwane w doktrynie dotyczące prezentów. Zdecydowanie negatywne stanowisko wobec prezentów zajmuje J.Skorupka. Uważa on, że uczciwość i bezstronność osoby pełniącej funkcję publiczną nie może być narażona na szwank przez przyjmowanie prezentów tym bardziej, że często trudno odróżnić je od łapówki. To bowiem co dla jednego będzie prezentem dla innego będzie już łapówką, a przyzwolenie na dawanie i przyjmowanie prezentów rodzi atmosferę tolerancji dla łapownictwa⁶. W związku z tym Autor ten proponował przesądzić przez dodanie słowa prezent obok korzyści majątkowej i osobistej, że jest on także przedmiotem wykonawczym.

Zgodzić się należy z opinią Anny Marcinkowskiej, która postuluje, aby określić, niekoniernie ustawowo, zasady legalizacji procederu „wynagradzania” lekarzy przez pacjentów. Zasady te mogłyby być ustanowione w przepisach prawa korporacyjnego, które byłyby zaakceptowane przez orzecznictwo i doktrynę, przy wyraźnym określeniu granicy, po przekroczeniu której czyn taki stanowiłby przestępstwo (s.248).

⁴ DF/GKO/Odw. – 85/112/RN-27/2005/716. Biuletyn Orzecznictwa w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych 2007, Nr 1, poz.4, LEX Nr 190411.

⁵ A.Spotowski, Przesłępstwa słuźbowe. Warszawa 1972, s.187.

⁶ J.Skorupka, Podstawy karania korupcji w kodeksie karnym de lege lata i de lege ferenda, PiP 2003, nr 12, s.83.

Słusznie zauważa Autorka, że ustawodawca wprowadzając definicję legalną osoby pełniącej funkcję publiczną w art.115 §19 k.k. wprawdzie uściślił wzajemną relację między pojęciami funkcjonariusza publicznego i osoby pełniącej funkcję publiczną, jednak nie w pełni udało mu się zrealizować zamiaru ustalenia uniwersalnego kryterium przy rozstrzygnięciu, kto pełni funkcję publiczną (s.100). W świetle tej definicji, osobą pełniącą funkcję publiczną będzie każdy lekarz zatrudniony w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, niezależnie od tego czy podejmowane przez niego czynności mają charakter ściśle leczniczy czy dotyczą, np. przyjęcia do szpitala bądź wydania zaświadczenia o niezdolności do pracy. Stanowisko takie oprócz formalnych przesłanek wynikających z obowiązującego prawa uzasadnione jest przeplataniem się poszczególnych czynności o różnym charakterze w trakcie postępowania lekarskiego i trudnością ich rozdzielenia, np. czynności za których realizację przyjęto korzyść mające początkowo pozornie leczniczy charakter przeradzają się następnie w przedsięwzięcia natury organizacyjnej i administracyjnej związane np. z wykorzystaniem sali operacyjnej w państwowym szpitalu⁷. Jeśli chodzi o lekarzy nie będących osobami zatrudnionymi w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, to dla przyznania im statusu osoby pełniącej funkcję publiczną wskazać należy na konieczność określenia ich uprawnień i obowiązków w zakresie działalności publicznej przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową. W świetle powyższego kluczowym problemem pozostaje brak określenia przez prawodawcę pojęcia działalności publicznej. Oprócz bowiem funkcjonariusza publicznego, członka organu samorządowego, osoby zatrudnionej w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, chyba że wykonuje wyłącznie czynności usługowe przez osobę pełniącą funkcję publiczną art. 115 § 19 k.k. nakazuje rozumieć także inną osobę, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową. Zdaniem części doktryny, to dopełnienie pojawiające się *in fine* przytoczonego przepisu, nie tylko rozszerza krąg definiowanego podmiotu, ale i weryfikuje przynależność do niego⁸. W każdym bowiem przypadku, w świetle tego poglądu, wymaga się aby uprawnienia i obowiązki danej osoby w zakresie działalności publicznej były określone lub uznane przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową. Miałby to być drugi decydujący warunek o pełnieniu funkcji publicznej.

⁷ M.Surkont, Warunki odpowiedzialności lekarza za łapownictwo bierne, Prz.Sąd. 2000, nr 11-12, s.39.

⁸ B.Mik, Nowela antykorupcyjna z 13 czerwca 2003 r. Wprowadzenie. Rys historyczny. Podstawowe problemy interpretacyjne. Zakamycze, Kraków 2003, s.145.

Taka interpretacja znajdowała oparcie w omawianej przez Annę Marcinkowską (s.89) uchwale Sądu Najwyższego z 20 czerwca 2001 r.⁹ stwierdzającej, że dla określenia publicznego charakteru danej funkcji konieczne jest, aby źródłem istnienia i działania określonej instytucji państwowej lub samorządowej był przepis prawa publicznego oraz aby do realizacji funkcji w sferze publicznoprawnej wykorzystywane były środki publiczne. Wspierała tę wykładnię uchwała Sądu Najwyższego z 28 marca 2002 r., w której Sąd Najwyższy wyraził ponadto warunek, aby dysponowanie środkami publicznymi odbywało się na podstawie konkretnej ustawy lub wydanego na jej podstawie indywidualnego aktu administracyjnego i aby środki te trafiły na podstawie regulacji ustawowej do określonej osoby posiadającej ustawowe uprawnienia do dysponowania nimi. Przytoczone rozumienie odnosi wymóg ustawowego określenia uprawnień i obowiązków „innej osoby”, którą przedmiotowa definicja legalna zalicza do kategorii osób pełniących funkcję publiczną, także do osoby zatrudnionej w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, co z punktu widzenia wykładni językowej mającej w prawie karnym podstawowe znaczenie może budzić wątpliwości. Takie rozumienie trudno bowiem wyprowadzić z samego brzmienia definicji legalnej określonej art. 115 §19 k.k. Stanowi ona bowiem, że z tego punktu widzenia istnieją dwie kategorie osób pełniących funkcje publiczne. Jedna z nich obejmuje funkcjonariusza publicznego, członka organu samorządowego, osobę zatrudnioną w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, chyba że wykonuje wyłącznie czynności usługowe, druga zaś każdą inną osobę, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową. Stając jednak na gruncie derywacyjnej koncepcji wykładni należy w każdym przypadku przeprowadzić proces interpretacji z uwzględnieniem wszystkich dyrektyw. W analizowanej sytuacji wykładnia celowościowa oraz funkcjonalna przemawia jednak za węższym rozumieniem, do czego przychyliła się też Autorka (s.143). Jak pisze „przyjęcie szerokiego zakresu terminu „członek organu samorządowego” prowadziłoby do uznania, że termin ten, z powodu istnienia obligatoryjnej przynależności do Okręgowej Izby Lekarskiej, dotyczy każdego lekarza. Sama taka przynależność nie jest związana z realizowaniem jakiegokolwiek władztwa publicznego. Sytuacja taka prowadziłaby do absurdów (...)”. (s.148)

Autorka słusznie dostrzega brak konsekwencji Sądu Najwyższego odnośnie do pozycji prawnej kontrolera biletów w środkach publicznego transportu zbiorowego. W wyroku z dnia

⁹ Uchwała SN z 20 czerwca 2001 r., I KZP 5/01, OSNKW 2001, nr 9-10, poz.71.

25 września 2013 r. Sąd Najwyższy uznał brak możliwości zakwalifikowania takiej osoby do kręgu podmiotów przestępstwa z art.228 k.k. zmieniając swe wcześniejsze stanowisko zaprezentowane w postanowieniu z 23 października 2003 r., w którym kontrolera biletów uznano za osobę pełniącą funkcję publiczną. W 2006 r. piszący te słowa poddał krytyce takie stanowisko w glosie (Państwo i Prawo 2006, z.2), co uszło uwadze Autorki, jednak można to wytłumaczyć pobocznym wątkiem w kontekście tematu pracy.

Językowo praca jest poprawna i zrozumiała. Praca jest dobra również biorąc pod uwagę warsztat naukowy wykorzystujący bogatą literaturę przedmiotu i orzecznictwo. Można wprawdzie dostrzec w pracy pewne niedociągnięcia, jak brak dat dostępu do przywoływanych stron internetowych, odwrócenie karty z danymi statystycznymi (s.234), literówki czy drobne nieścisłości (s. 126 – „nie zastała”, s.147 – „Kodeks etyki Lekarskiej”, s.163 – „Marek Nesterowicz”, brak podania w bibliografii nr. zeszytu CPKiNP z 2015 r. z pracą P.Kardasa, brak konsekwentnie chronologicznego uporządkowania ustaw i orzecznictwa Sądu Najwyższego przy końcu pracy, niezajęcie stanowiska własnego odnośnie do niektórych relacjonowanych poglądów, jednak nie wpływają one na generalnie pozytywną ocenę całości.

Podsumowując, stwierdzam że recenzowana przeze mnie rozprawa doktorska spełnia wymogi określone w art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki (Dz.U. Nr 65, poz.595 ze zm.) stanowiąc oryginalne rozwiązanie problemu naukowego, a mgr Anna Marcinkowska wykazuje się ogólną wiedzą teoretyczną w dyscyplinie naukowej prawo oraz umiejętnością samodzielnego prowadzenia pracy naukowej. W związku z powyższym na podstawie oceny przedmiotowej rozprawy wnoszę o dopuszczenie Doktorantki do dalszych etapów postępowania doktorskiego.

