

POSTANOWIENIE

Dnia 25 września 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Waldemar Płóciennik (przewodniczący)

SSN Piotr Hofmański

SSN Zbigniew Puskarski (sprawozdawca)

Protokolant: Ewa Sokołowska

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Aleksandra Herzoga

w sprawie F. N.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu

w dniu 25 września 2013 r.,

przedstawionych na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. przez Sąd Okręgowy w P.,
postanowieniem z dnia 21 czerwca 2013 r., [...], zagadnień prawnych:

- „1. Jak należy rozumieć wyrażenie »czynności usługowe« zawarte w dyspozycji art. 115 § 13 pkt 4 k.k.?
2. Czy usługowy charakter czynności zostaje wyłączony przez ustawowe nadanie uprawnień do podejmowania działań wkraczających w konstytucyjnie chronione wolności i prawa jednostki?
3. Czy osoba uprawniona do kontroli biletów w rozumieniu art. 33a ust. 1 ustawy z dnia 15 listopada 1984 roku – Prawo przewozowe (t.j. Dz.U. z 2012 r., poz. 1173), będąca pracownikiem samorządu terytorialnego, jest funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu art. 115 § 13 pkt 4 k.k.?”

postanowił:

odmówić podjęcia uchwały.

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w P. przekazał Sądowi Najwyższemu przedstawione wyżej zagadnienia prawne, rozpoznając w postępowaniu odwoławczym sprawę F. N., skazanego nieprawomocnym wyrokiem Sądu Rejonowego w P. za czyn z art. 216 § 1 k.k. i art. 217 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., polegający na znieważeniu i naruszeniu nietykalności cielesnej kontrolera Zarządu Transportu Miejskiego (ZTM) w P. Sąd I instancji nie podzielił stanowiska prokuratora, że oskarżony popełnił występki o charakterze chuligańskim, wyczerpujący znamiona art. 222 § 1 k.k. i art. 226 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 57a § 1 k.k., opisany w akcie oskarżenia jako naruszenie nietykalności cielesnej i znieważenie kontrolera ZTM w P. (uznanego za funkcjonariusza publicznego), podczas i w związku z pełnieniem przez niego obowiązków służbowych. Uzasadniając swoje stanowisko Sąd *meriti* wskazał, że posiadanie uprawnień przyznanych przez art. 33a ustawy z dnia 15 listopada 1984 r. – Prawo przewozowe (t. jedn.: Dz. U. z 2012 r., poz. 1173, z późn. zm.) nie czyni kontrolera funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu art. 115 § 13 k.k., choćby, jak w tym przypadku, był on pracownikiem jednostki działającej w ramach samorządu terytorialnego. Wynika to z ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych (Dz. U. Nr 223, poz. 1458, z późn. zm.), która w art. 4 przewiduje trzy formy zatrudnienia pracowników samorządowych: na podstawie wyboru, powołania oraz na podstawie umowy o pracę, przy czym w ust. 2 tego artykułu określa, że na podstawie umowy o pracę pracownicy samorządowi są zatrudniani na stanowiskach urzędniczych, w tym kierowniczych stanowiskach urzędniczych, na stanowiskach doradców i asystentów oraz na stanowiskach pomocniczych i obsługi. Kontrolerzy ZTM w P. są zatrudnieni na podstawie umowy o pracę w spółce samorządowej, jednak nie ulega wątpliwości, że ich stanowiska pracy należą do stanowisk pomocniczych i obsługi, co oznacza, że pełnią oni wyłącznie czynności usługowe, zatem nie może ich obejmować ochrona przewidziana dla funkcjonariuszy publicznych opisanych w art. 115 § 13 pkt 4 k.k. Zdaniem Sądu *a quo*, takie zapatrywanie potwierdza wykładnia systemowa przeprowadzona w ramach art. 115 k.k., w którym pojęcie pracownika wykonującego czynności usługowe pojawia się w § 13 pkt 4 oraz w § 13 pkt 9. Ten ostatni przepis stanowi, że funkcjonariuszem publicznym jest pracownik międzynarodowego trybunału karnego, chyba że pełni

wyłącznie czynności usługowe. Skonfrontowanie obu wymienionych przepisów prowadzi do wniosku, że wolą ustawodawcy było rozróżnienie pracowników merytorycznych i tych pełniących funkcje pozamerytoryczne, nazwane funkcjami usługowymi. Z kolei krąg pracowników międzynarodowego trybunału karnego pełniących funkcje merytoryczne musi być poszukiwany pośród sędziów i prokuratorów, których wymieniono w art. 115 § 13 pkt 3 k.k. Prowadzi to do wniosku, że pracownicy obsługi to pracownicy niemający uprawnień merytorycznych w ramach swoich kompetencji. Nadto, celem przepisu określającego krąg funkcjonariuszy publicznych jest szczególna ochrona osób pełniących ważne z punktu widzenia Państwa funkcje społeczne, z czym często wiąże się konieczność złożenia ślubowania, które jest honorowym zobowiązaniem wobec Państwa. W konkluzji Sąd *meriti* stwierdził, że „jakikolwiek kontroler biletów nie znajduje się w kręgu osób uznawanych przez kodeks karny za funkcjonariuszy publicznych i nie przysługuje mu zatem szczególna ochrona prawna”.

Ze stanowiskiem Sądu Rejonowego nie zgodził się prokurator, który we wniesionej apelacji, podnosząc też inne zarzuty, zakwestionował pogląd, że kontrolerzy ZTM w P. wykonują wyłącznie czynności usługowe, a w konsekwencji nie są funkcjonariuszami publicznymi w rozumieniu art. 115 § 13 pkt 4 k.k. Skarżący przedstawił argumentację mającą wykazać, że pokrzywdzony kontroler jest pracownikiem samorządowym (tej okoliczności Sąd orzekający nie kwestionował), natomiast uzasadniając tezę, że pokrzywdzony kontroler jest funkcjonariuszem publicznym, ograniczył się do stwierdzenia, że „powszechnie znana rola kontrolera biletów bez większych wątpliwości nie ogranicza się wyłącznie do czynności usługowych, jego zadania zostały szczegółowo opisane przez Sąd (...). Na tej podstawie jest jednak uprawionym twierdzenie, iż kontroler biletów, jako wykonujący czynności wykraczające poza zakres czynności usługowych, będąc pracownikiem samorządowym, jest też funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu art. 115 § 13 pkt 4 k.k.”

Sąd Okręgowy w P., uzasadniając postanowienie o przekazaniu do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu przytoczonych na wstępie zagadnień prawnych wskazał, że zagadnienie, czy kontroler biletów powinien być uważany za funkcjonariusza publicznego nie jest jednolicie interpretowane przez podległe mu sądy rejonowe, co prowadzi do wydawania różnych orzeczeń na gruncie zbliżonych

stanów faktycznych. Nawet jednak w wypadku uznania kontrolera za funkcjonariusza publicznego, sądy różnie podchodzą do kwestii wykonywania przez ten podmiot czynności o charakterze władczym, raz eksponując ten element jako istotny, innym razem wskazując, że przepis art. 115 § 13 pkt 4 k.k. nie uzależnia uznania danej osoby za funkcjonariusza publicznego od wykonywania przez nią czynności o charakterze władczym. Z kolei w orzecznictwie tegoż Sądu Okręgowego kontroler biletów jest uznawany za funkcjonariusza publicznego, taki sam pogląd zaprezentował też Prokurator Generalny, uchylając prawomocne postanowienie o umorzeniu postępowania w jednej ze spraw (sygn. PG II Dsa 157/12). W ocenie Sądu *ad quem*, przy rozstrzygnięciu przedmiotowego zagadnienia kluczowe znaczenie ma prawidłowe rozumienie użytego w art. 115 § 13 pkt 4 k.k. wyrażenia „czynności usługowe”. Skoro bowiem przepis ten stanowi, że funkcjonariuszem publicznym jest m.in. osoba będąca pracownikiem administracji rządowej, innego organu państwowego lub samorządu terytorialnego, chyba że pełni wyłącznie czynności usługowe, to interpretacja wspomnianego wyrażenia przesądza, czy jest funkcjonariuszem publicznym osoba uprawniona do kontroli biletów określona w art. 33a ust. 1 ustawy – Prawo przewozowe, będąca pracownikiem samorządu terytorialnego.

Sąd Okręgowy podjął starania zmierzające do dokonania wykładni przepisu art. 115 § 13 pkt 4 k.k. i wskazując, że wyrażenie „czynności usługowe” jest wyrażeniem języka prawnego, które nie zostało zdefiniowane ustawowo uznał, iż konieczne jest ustalenie, jakie jest jego znaczenie w języku ogólnym oraz jakie znaczenie jest mu nadawane w dogmatyce prawa karnego, orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych. Analizując jedną z publikacji słownikowych Sąd doszedł do wniosku, że wspomniane wyrażenie może być definiowane jako działalność pomocnicza czy podporządkowana zaspokajaniu podstawowych potrzeb innych osób, co jednak nie usuwa istniejących wątpliwości. Wątpliwości tych nie usuwa też sięgnięcie do wypowiedzi przedstawicieli doktryny prawa karnego, ci bowiem w publikowanych komentarzach najczęściej wymieniają jedynie tytułem przykładu stanowiska, które związane są z pełnieniem wyłącznie czynności usługowych, podkreślając, że chodzi o czynności np. pomocnicze, techniczne lub logistyczne, względnie że w analizowanym przepisie chodzi o osoby, które nie wykonują zadań należących do określonego przepisami zakresu działania

wymienionych w nim organów. W ocenie Sądu odwoławczego, bardziej szczegółowe rozważania przeprowadzał w tym zakresie Sąd Najwyższy, chociaż odnośnie do przedmiotowego zagadnienia również nie wypowiedział się w sposób wyczerpujący. Np. w wyroku z dnia 18 maja 2004 r., WK 10/04, OSNKW 2004, z. 7-8, poz. 71 stwierdził, że nie jest funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu art. 115 § 13 k.k. konduktor rewizyjny Zakładu Przewozów Regionalnych PKP, albowiem wykonuje on wyłącznie czynności usługowe (zdaniem Sądu *ad quem*, analizując treść tego wyroku należy jednak mieć na względzie, że został wydany w czasie, gdy kompetencje kontrolerów określone w art. 33a ustawy – Prawo przewozowe były zawężone i co do zasady nie wkraczały w konstytucyjnie chronione prawa i wolności jednostki). W innych orzeczeniach Sądu Najwyższego za funkcjonariusza publicznego został uznany strażnik gminny z tego powodu, że wykonuje czynności władcze, wkraczając niekiedy bardzo wyraźnie w podstawowe prawa i wolności obywatelskie (postanowienie z dnia 21 września 2005 r., I KZP 28/05, OSNKW 2005, z. 10, poz. 94), jak też egzaminator Wojewódzkiego Ośrodka Ruchu Drogowego, bowiem charakter jego obowiązków powoduje, że nie sposób uznać, iż wykonuje on wyłącznie czynności usługowe (wyrok z dnia 16 czerwca 2011 r., II KK 337/10, LEX nr 847145). Wreszcie w postanowieniu z dnia 17 maja 2012 r., V KK 37/12, LEX nr 1165292 najwyższa instancja sądowa poprzestała na wskazaniu, że ustawa o pracownikach samorządowych wprowadza trzy kategorie stanowisk, na których ci pracownicy są zatrudniani (stanowiska urzędnicze, w tym kierownicze stanowiska urzędnicze, stanowiska doradców i asystentów oraz stanowiska pomocnicze i obsługi), co może rzutować na ustalenie, czy pełniona przez pokrzywdzonego funkcja nie była wyłącznie usługowa.

Zdaniem Sądu Okręgowego, wszystkie te wypowiedzi nie pozwalają jednak wyeliminować wątpliwości rodzących się podczas oceny statusu pracowników samorządowych dokonujących kontroli dokumentów przewozu osób lub bagażu w trybie art. 33a ustawy – Prawo przewozowe. Chociaż w załączniku nr 3 do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 18 marca 2009 r. w sprawie wynagradzania pracowników samorządowych (Dz. U. Nr 50, poz. 398, z późn. zm.), stanowiącego akt wykonawczy do ustawy o pracownikach samorządowych, kontroler biletów został zaliczony do kategorii pracowników na stanowiskach pomocniczych i obsługi, ta grupa społeczno-zawodowa jest dość zróżnicowana, a sam fakt zakwalifikowania

stanowiska kontrolera biletów do zróżnicowanej kategorii stanowisk pomocniczych i obsługi nie przesądza o tym, że pełni on jedynie, czynności usługowe, tym bardziej że wyłącznie rodzaj stanowiska nie może decydować o charakterze wykonywanych czynności. Inną kwestią jest, że wspomniane rozporządzenie nie odróżnia stanowisk pomocniczych od stanowisk obsługi. Według Sądu odwoławczego, trzeba mieć też na uwadze, że, co prawda, art. 33a ustawy – Prawo przewozowe w ust. 3 i 4 określa czynności kontrolera biletów w sposób pozwalający traktować je jako jedynie czynności techniczne, to w ust. 7 pkt 2 daje mu prawo – w razie niezapłacenia należności i nieokazania dokumentu – do ujęcia podróznego i niezwłocznego oddania go w ręce Policji lub innych organów porządkowych. Z kolei art. 33a ust. 8 ustawy stanowi, że do czasu przybycia funkcjonariusza Policji lub innych organów porządkowych, podrózny obowiązany jest pozostać w miejscu przeprowadzenia kontroli lub w innym miejscu wskazanym przez kontrolera. W świetle tych regulacji nie budzi więc wątpliwości, że kontroler biletów wykonuje również pewne czynności władcze, które wkraczają w konstytucyjnie chronione prawa i wolności jednostki, w szczególności prawo do nietykalności i wolności osobistej. Tym samym wolą prawodawcy ograniczono wolność osobistą pasażerów publicznego transportu zbiorowego na rzecz kompetencji kontrolerów biletów. Nie można jednak pominąć, że przeprowadzane przez kontrolera czynności, sprowadzające się do kontroli biletów i nakładania opłat dodatkowych, nie polegają na podejmowaniu decyzji merytorycznych, lecz na prostym stwierdzeniu faktu, czy pasażer dysponuje ważnym biletem lub dokumentem uprawniającym do bezpłatnego lub ulgowego przejazdu. Jednocześnie można by twierdzić, że czynności te ułatwiają, ale nie warunkują realizacji zadań gminy w zakresie organizacji lokalnego transportu zbiorowego.

Przedstawione wątpliwości interpretacyjne, wynikające ze złożonego charakteru analizowanego zagadnienia i braku w tym względzie poglądu Sądu Najwyższego uzasadniają, zdaniem Sądu Okręgowego w P., wystąpienie w trybie art. 441 § 1 k.p.k., bowiem w grę wchodzi dokonanie zasadniczej wykładni ustawy, nadto został też spełniony inny warunek takiego wystąpienia, mianowicie zagadnienie prawne wyłoniło się przy rozpoznawaniu środka odwoławczego.

Prokurator Prokuratury Generalnej, przedstawiając stanowisko tej Prokuratury uznał, że powyższe argumenty nie przekonują o istnieniu przesłanek do wydania uchwały przez Sąd Najwyższy i wniósł o odmowę jej podjęcia. Wskazał, że w

doktrynie i orzecznictwie najwyższej instancji sądowej wielokrotnie podkreślano, że wystąpienie przez sąd odwoławczy z pytaniem prawnym na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. dopuszczalne jest jedynie wtedy, gdy:

- wyłoni się zagadnienie prawne przy rozpoznawaniu przez sąd środka odwoławczego;

- wystąpi istotny problem interpretacyjny, związany z wykładnią przepisu, który w praktyce sądowej jest rozbieżnie interpretowany, albo też przepisu sformułowanego wadliwie lub niejasno;

- zaistnieje potrzeba „zasadniczej wykładni ustawy”, czyli sytuacja, w której przepis umożliwia rozbieżne interpretacje, co byłoby niekorzystne dla funkcjonowania prawa w praktyce;

- istnieje związek między ustaleniami faktycznymi dokonanymi w sprawie, a treścią pytania prawnego, przy czym wyjaśnienie wątpliwości interpretacyjnych musi być niezbędne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Przedmiotem pytania prawnego nie może być natomiast sposób rozstrzygnięcia sprawy lub konkretnej sytuacji procesowej, gdyż zadaniem Sądu Najwyższego, działającego na podstawie art. 441 k.p.k., jest dokonywanie „zasadniczej wykładni ustawy”, a nie rozstrzyganie konkretnych „kazuś” bądź udzielanie porad, jak należy postąpić w określonej sytuacji. Dodatkowo, u podstaw wspomnianej decyzji sądu odwoławczego muszą leżeć wątpliwości, których sąd ten nie potrafi samodzielnie wyjaśnić w drodze wykładni operatywnej.

W opinii Prokuratora, z wymogów określonych w art. 441 § 1 k.p.k. tylko jeden – fakt, że zagadnienia sformułowane przez Sąd Okręgowy w P. wyłoniły się przy rozpoznawaniu środka odwoławczego – został spełniony, natomiast treść pytań, w szczególności trzeciego z nich, wskazuje, że Sądowi chodzi w istocie nie o dokonanie zasadniczej wykładni ustawy, lecz o rozstrzygnięcie konkretnej sytuacji procesowej zaistniałej w przedmiotowej sprawie. Stwierdzenie bowiem, czy osoba uprawniona do kontroli biletów w rozumieniu art. 33a ustawy – Prawo przewozowe, będąca pracownikiem samorządu terytorialnego, jest funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu art. 115 § 13 pkt 4 k.k., oznacza w rzeczywistości przyjęcie właściwej kwalifikacji prawnej do ustalonego stanu faktycznego. To zaś, bez potrzeby dokonania zasadniczej wykładni ustawy, należy do samodzielnych i wyłącznych kompetencji Sądu orzekającego. Z kolei podnosząc „brak aktualnego poglądu Sądu

Najwyższego w powyższej kwestii” (tj. rozumienia pojęcia „czynności usługowe”), jak też rozbieżność rozstrzygnięć sądów okręgu [...] w kwestii statusu kontrolera biletów Sąd *ad quem* pomija, że i te okoliczności nie uprawniają do korzystania z instytucji wskazanej w art. 441 § 1 k.p.k. oraz że druga z nich jest objęta normą art. 60 ustawy z dnia 23 listopada 2003 r. o Sądzie Najwyższym (t. jedn.: Dz. U. z 2013 r., poz. 499).

Prokurator zwrócił uwagę, że w przeszłości Sąd Najwyższy wskazywał, iż jasno sformułowany przepis art. 115 § 13 k.k. nie stwarza podstaw do różnych interpretacji i nie powoduje szczególnych trudności przy jego wykładni w realiach porównywalnej sprawy (zob. postanowienie z dnia 21 września 2005 r., I KZP 28/05, OSNKW 2005, z. 10, poz. 94) oraz że Sąd Okręgowy w P., podejmując próbę dokonania wykładni pojęcia „czynności usługowe”, ograniczył się tylko do niektórych narzędzi wykładni prawa, w szczególności do instrumentów wykładni językowej, chociaż powinien skorzystać też z narzędzi wykładni systemowej i celowościowej. Natomiast odwołując się do poglądu wyrażonego przez J. Majewskiego (w: A. Zoll [red.]: Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, tom I, wyd. II, Warszawa 2004, s. 1456), że osoby, które pełnią wyłącznie czynności usługowe to osoby, które nie wykonują zadań należących do określonego przepisami zakresu działania zatrudniających ich instytucji lub urzędu Prokurator uznał, że w każdym wypadku dla stwierdzenia, czy dany pracownik administracji państwowej, innego organu państwowego lub samorządu terytorialnego nie pełni wyłącznie czynności usługowych – konieczne będzie ustalenie, czy pracownik ten wykonuje zadania należące do zakresu działania wspomnianych organów, określonego stosownymi przepisami. To zaś należy do sfery ustaleń faktycznych w każdej konkretnej sprawie. W takim razie Sąd Okręgowy w P., rozpoznając sprawę F. N., powinien ustalić, czy na gruncie konkretnego stanu faktycznego kontrolerzy biletów Zarządu Transportu Miejskiego wykonują zadania należące do zakresu działania samorządu miejskiego. W każdym razie wykładnia kryteriów decydujących o uznaniu danej osoby za funkcjonariusza publicznego powinna być podporządkowana rygorom ścisłej wykładni, co znajduje uzasadnienie w konstytucyjnej zasadzie *nullum crimen, nulla poena sine lege* (art. 42 ust. 1 Konstytucji).

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Należało podzielić stanowisko Prokuratora Prokuratury Generalnej o braku podstaw do podjęcia uchwały w niniejszej sprawie; można też zauważyć, że Sąd odwoławczy występujące w sprawie zagadnienie prawne zbędnie ujął w formie kilku pytań, gdy jego istota w całości zawiera się w ramach trzeciego z nich, zaś dwa pierwsze pytania odnoszą się do kwestii pomocniczych, niezależnie od tego, że pierwsze pytanie zostało zredagowane w sposób mający przekonać, iż Sądowi rzeczywiście chodzi o rozwikłanie problemu natury wykładniczej. Nie jest pozbawiona racji uwaga Prokuratora, że sposób sformułowania trzeciego pytania sugeruje dążenie Sądu Okręgowego do uzyskania odpowiedzi, jakiej treści rozstrzygnięcie powinno zostać wydane, jednak poprzestanie tylko na tym aspekcie zagadnienia nie wydaje się słuszne, skoro w przeszłości Sąd Najwyższy podobnie zredagowane pytania, dotyczące statusu prawnego osób zajmujących określone stanowiska, uznawał za nadające się do udzielenia odpowiedzi, skutkiem czego wypowiadał się w formie uchwały (zob. np. uchwały: z dnia 14 maja 1959 r., VI KO 59/59, OSNPG 1959, z. 6, poz. 3; z dnia 5 marca 1966 r., VI KZP 65/65, OSNKW 1966, z. 4, poz. 47; z dnia 10 stycznia 1968 r., VI KZP 49/67, OSNKW 1968, z. 4, poz. 44; składu 7 sędziów z dnia 28 września 1972 r., VI KZP 12/72, OSNKW 1972, z. 12, poz. 182; z dnia 24 września 1976 r., VII KZP 13/76, OSNKW 1976, z. 10-11, poz. 123; z dnia 22 grudnia 1993 r., I KZP 30/93, OSNKW 1994, z. 1-2, poz. 6; z dnia 17 kwietnia 1997 r., I KZP 43/96, OSNKW 1997, z. 5-6, poz. 40; z dnia 17 maja 2000 r., I KZP 10/00, OSNKW 2000, z. 5-6, poz. 40; składu 7 sędziów z dnia 20 czerwca 2001 r., I KZP 5/01, OSNKW 2001, z. 9-10, poz. 71; z dnia 30 kwietnia 2003 r., I KZP 12/03, OSNKW 2003, z. 5-6, poz. 42). Bez przejawiania restryktywnego w tej mierze podejścia, należy jednak uznać, pomijając ze wskazanych wyżej względów dwa pierwsze zagadnienia, że rozstrzygnięcie, czy pracownik ZTM, uprawniony do przeprowadzania kontroli biletów, jest funkcjonariuszem publicznym, nie wymaga zasadniczej wykładni ustawy. Wbrew stanowisku Sądu Okręgowego w P., wystarczające będzie poddanie analizie, obok wypowiedzi doktryny, już istniejącego orzecznictwa Sądu Najwyższego, chociaż jest faktem, że żadne z orzeczeń nie zawiera kompletnej wypowiedzi na wszystkie pytania postawione przez Sąd odwoławczy. Natomiast trudno uznać za przydatny kierunek rozważań poczynione przez Sąd I instancji porównanie treści pkt 4 i pkt 9 § 13 art. 115 k.k. w sytuacji, gdy oba te przepisy mówią o pracowniku (określonej instytucji), jak też posługują się

zwrotem „chyba że pełni wyłącznie czynności usługowe”. Nadto nasuwa wątpliwości pogląd Sądu, że funkcje merytoryczne (nieusługowe) pełnią w międzynarodowym trybunale karnym tylko sędziowie i prokuratorzy. Bez wdawania się w analizę struktury tego organu można zauważyć, że nie byłoby też słuszne twierdzenie, iż w polskim sądzie funkcje nieusługowe pełnią jedynie sędziowie.

Zgodnie z art. 115 § 13 pkt 4 k.k., pierwszym warunkiem uznania osoby, która nie jest objęta definicją ujętą w pozostałych punktach § 13, za funkcjonariusza publicznego jest ustalenie, że jest ona pracownikiem administracji rządowej, innego organu państwowego lub samorządu terytorialnego, względnie inną osobą uprawnioną do wydawania decyzji administracyjnych. *Prima facie* redakcja tego przepisu może nasuwać wątpliwości, czy chodzi o pracownika organu samorządu terytorialnego czy szerzej – o pracownika samorządu terytorialnego. Ta kwestia została już jednak rozstrzygnięta; w postanowieniu z dnia 17 lutego 2010 r., III KK 333/09, OSNKW 2010, z. 7, poz. 62, także w wyroku z dnia 16 czerwca 2011 r., II KK 337/10, LEX nr 847145 oraz w postanowieniu z dnia 17 maja 2012 r., V KK 37/12, LEX nr 1165292 Sąd Najwyższy przyjął, że omawiany przepis obejmuje pracowników samorządu terytorialnego, a nie tylko organów samorządu terytorialnego oraz że przy ustalaniu pojęcia „pracownik samorządu terytorialnego” należy opierać się na ustawie z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych. Ustawa zalicza do tej grupy pracowników m.in. osoby zatrudnione w gminnych jednostkach budżetowych i samorządowych zakładach budżetowych (art. 2 pkt 3). Ustalając, że pokrzywdzony kontroler biletów jest pracownikiem ZTM w P., działającego jako jednostka budżetowa miasta /gminy miejskiej/, trafnie zatem Sąd Okręgowy przyjął, że jest on zarazem pracownikiem samorządowym, wobec czego dla uznania, iż jest także funkcjonariuszem publicznym konieczne byłoby ustalenie, że został spełniony drugi warunek zawarty w art. 115 § 13 pkt 4 k.k., mający postać okoliczności negatywnej, tj. że jako kontroler biletów pokrzywdzony nie wykonuje wyłącznie czynności usługowych.

W piśmiennictwie prawniczym nie przeprowadzono dotąd szerszej analizy znamienia „czynności usługowe”, chociaż ukazało się niemało publikacji, w założeniach dotyczących zagadnień m.in. wynikających z uregulowań art. 115 § 13 lub § 19, definiującego pojęcie „osoba pełniąca funkcję publiczną”. Wśród nich można wymienić prace: O. Górniok: Glosa do uchwały SN z dnia 17 kwietnia 1997 r.,

I KZP 43/96, PiP 1998, nr 1, s. 107 i n.; J. Bojarskiego i T. Oczkowskiego: Penalizacja korupcji gospodarczej w polskim prawie karnym, Prok. i Pr. 2004, nr 4, s. 80 i n.; R. A. Stefańskiego: Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 maja 2004 r., WK 10/04, Prok. i Pr. 2005, nr 1, s. 129 i n.; P. Kardasa: Zatrudnienie w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi jako ustawowe kryterium wyznaczające zakres znaczeniowy pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, CZPKiNP 2005, z. 1, s. 23 i n.; J. Wyrembaka: Pojęcie funkcjonariusza publicznego w prawie karnym, PiP 2007, nr 4, s. 84 i n.; J. Szmita: Pojęcie pracownika samorządowego (uwagi *de lege lata*), Samorząd Terytorialny 2011, nr 3, s. 5 i n.; D. Charki: Odpowiedzialność karna funkcjonariusza publicznego - wybrane zagadnienia, Samorząd Terytorialny 2012, nr 10, s. 48 i n.; W. Jasińskiego: Osoby na eksponowanych stanowiskach politycznych. Przeciwdziałanie korupcji i praniu pieniędzy, Warszawa 2012, s. 56-58. Zawierając interesujące wywody, opracowania te niewiele jednak wnoszą do przedmiotowego zagadnienia.

Bardziej wartościowy pod tym względem jest artykuł M. Filara: Zakres pojęciowy znamienia *pełnienie funkcji publicznej* na gruncie art. 228 k.k. (Palestra 2003, nr 7-8, s. 57 i n.). Autor ten akcentuje, że „przez wiele lat na gruncie art. 239 k.k. z 1969 r., następnie zaś art. 228 k.k. z 1997 r., dominował pogląd, iż pojęcie funkcji publicznej (niejako z definicji pełni ją funkcjonariusz publiczny – uw. SN) należy łączyć z charakterem czynności wykonywanych przez daną osobę, a które powinny mieć władczy, decyzyjny i publicznoprawny charakter, tj. dany podmiot powinien posiadać taki zakres uprawnień, które mogą kształtować treść wykonywanych zadań w sferze publicznej. Pełnienie funkcji publicznej utożsamiano z realizacją kompetencji władczych, polegających na sprawowaniu zarządu podejmowanego w sferze publicznej i wykonywaniu powinności ciążących na władzach publicznych. Za osoby pełniące funkcje publiczne uznać więc należy osoby, które wykonują powierzone im przez instytucje państwowe lub samorządowe zadania, służące władczej działalności tych instytucji” (s. 61). Zdaniem M. Filara, przestrzegającego przed rozszerzeniem zakresu kryminalizacji na gruncie § 19 art. 115 k.k., rozszerzenia takiego nie uzasadnia zastąpienie wymogu „władczopublicznoprawnego” charakteru działalności danej osoby wymogiem publicznoprawnego źródła finansowania określonej działalności podejmowanej przez tę osobę. Niezależnie od słuszności tego poglądu, istotne są uwagi Autora, z których

wynika, że czynności wykonywane przez funkcjonariusza publicznego powinny mieć charakter władczy i publicznoprawny.

Zasługuje też na przytoczenie wypowiedź A. Molińskiej, która wskazała, że „pracownik usługowy nie wykonuje zakresu obowiązków, który jest prawnie zastrzeżony dla działania jego pracodawcy; do jego kompetencji nie należy rozstrzyganie spraw i podejmowanie decyzji na temat funkcjonowania instytucji lub urzędu, w którym jest zatrudniony, lecz wykonywanie pomocniczych (porządkowych) czynności wedle z góry ustalonych norm działania. Oceniając pod tym względem charakter czynności pracownika, należy brać pod uwagę rzeczywiście pełnione funkcje, a nie ograniczać się wyłącznie do stanowiska, jakie dana osoba formalnie zajmuje” (Kontrowersje wokół pojęcia funkcjonariusza publicznego w polskim prawie karnym, PiP 2010, nr 10, s. 73 i n.). Natomiast G. Rejman, definiując pracownika usługowego wskazała, że jest nim „taki pracownik, do którego kompetencji nie należy rozstrzyganie i podejmowanie decyzji na temat funkcjonowania instytucji lub urzędu, w którym jest zatrudniony, lecz wykonywanie pomocniczych lub porządkowych czynności wedle ustalonych norm postępowania, których zmiana, a nawet uzupełnienie nie należy do jego kompetencji” [w: G. Rejman (red.): Kodeks karny, część ogólna. Komentarz, Warszawa 1999, s. 1441]. Do tej wypowiedzi, definiując pojęcie „czynności usługowe”, odwołał się wprost M. Rogalski, natomiast charakteryzując ogólnie podmiot zdefiniowany w art. 115 § 13 k.k. zauważył, że „jest nim każdy pracownik instytucji państwowej lub samorządowej, który pełni funkcje związane z pewnym zakresem uprawnień i obowiązków, z tym że chodzi tu o uprawnienia związane z realizacją zadań o charakterze publicznym” (Prawnokarna definicja funkcjonariusza publicznego oraz osoby pełniącej funkcję publiczną w administracji samorządowej, Samorząd Terytorialny 2005, nr 3, s. 32 i n.). Powołany przez Prokuratora Prokuratury Generalnej J. Majewski wskazując, że czynności usługowe realizowane są przez osoby, które nie wykonują zadań należących do określonego przepisami zakresu działania zatrudniających ich organów, przykładowo wymienia kierowców, gońców, osoby sprzątające, maszynistki, portierów, pracowników zaopatrzenia i obsługi technicznej (*op. cit.*). Takie ujęcie czynności usługowych wydaje się jednak niepełne, bowiem w ślad za M. Filarem, należy je uzupełnić uwagą, że ich istotną cechą, jest to, iż nie mają charakteru władczego.

Wcześniej wspomniano o przydatności analizy orzecznictwa przy badaniu przedstawionego przez Sąd odwoławczy zagadnienia, jak też przytoczono szereg judykatów Sądu Najwyższego, w tym wydanych pod rządami dawnych kodeksów karnych, z których Kodeks z 1932 r. w odniesieniu do podmiotu określanego obecnie jako funkcjonariusz publiczny posługiwał się mianem urzędnika. Na gruncie tego Kodeksu Sąd Najwyższy początkowo termin ten interpretował bardzo szeroko [np. w wyroku z dnia 7 lutego 1935 r., I K 1082/34, Zb. O. 1935, z. 10, poz. 399 wskazał, że „urzędnikiem (...) jest osoba pozostająca w służbie Państwa lub samorządu (...)”, czego konsekwencją było uznanie, że „woźny w służbie samorządu jest w rozumieniu art. 286 i 292 k.k. urzędnikiem” – wyrok z dnia 12 listopada 1935 r., II K 1617/35 Zb. O. 1936, z. 4, poz. 171]. Później jednak Sąd Najwyższy konsekwentnie przyjmował, że szeroko rozumiane przestępstwa urzędnicze nie mogą być popełnione przez tego, „czyje zatrudnienie polega wyłącznie na spełnianiu zwykłych czynności usługowych, nie stanowi zaś ono takiego czy innego udziału w sprawowaniu kierownictwa, nadzoru albo innej postaci zarządu (administrowania)” (uchwała z dnia 13 listopada 1958 r., IV KO 107/58, OSNCK 1959, z. 4, poz. 47; zob. także: postanowienie 7 sędziów z dnia 5 grudnia 1957 r., I KO 230/57, OSNCK 1958, z. 3, poz. 23; wyrok z dnia 30 grudnia 1957 r., IV K 1037/57, OSNPG 1958, z. 6, poz. 19; uchwałę z dnia 14 maja 1959 r., VI KO 59/59, OSNPG 1959, z. 6, poz. 3; uchwałę z dnia 21 lipca 1960 r., VI KO 111/60, OSNPG 1960, z. 10, poz. 161; postanowienie z dnia 25 stycznia 1962 r., VI KO 66/61, OSNPG 1962, z. 1-6, poz. 11; uchwałę z dnia 8 stycznia 1966 r., VI KZP 39/65, OSNKG 1966, z. 3, poz. 37; uchwałę z dnia 5 marca 1966 r., VI KZP 65/65, OSNKG 1966, z. 4, poz. 47; uchwałę z dnia 10 stycznia 1968 r., VI KZP 49/67, OSNKG 1968, z. 4, poz. 44). Istotne jest, że czynności usługowe przeciwstawiono tutaj czynnościom z zakresu administrowania, utożsamianym z czynnościami decyzyjnymi (władczymi). Za takie uznawał Sąd Najwyższy czynności wykonywane przez konduktorów w miejskich środkach komunikacyjnych wywodząc, że fakt, iż nie zaliczają się oni do pracowników umysłowych nie przeszkadza uznać ich za urzędników, korzystających ze wzmożonej ochrony prawnej. Do zakresu ich obowiązków służbowych należy bowiem „nie tylko pobieranie opłaty za przejazd, ale również kierowanie pociągiem tramwajowym, czuwanie nad bezpieczeństwem pasażerów, regulowanie ruchu pasażerów i wydawanie im w związku z tym poleceń” (wyrok z dnia 18 lutego 1960 r., V K 1508/59, OSNCK 1961, z. 1, poz. 8; podobnie

uchwała z dnia 28 czerwca 1962 r., VI KO 68/60, OSNKW 1963, z. 3, poz. 47; wyrok z dnia 21 marca 1963 r., V K 692/62, OSNKW 1963, z. 12, poz. 216). Widać, że w orzeczeniach tych kładziono nacisk na te kompetencje konduktora, których obecnie kontroler biletów ZTM nie posiada.

Kodeks karny z 1969 r. wprowadzając pojęcie „funkcjonariusz publiczny”, w art. 120 § 11 zaliczył do tej grupy znaczny krąg osób, przy czym za funkcjonariuszy uznał m.in. osoby korzystające z mocy przepisu szczególnego z ochrony prawnej, przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych (klauzula ochronna) oraz osoby szczególnie odpowiedzialne za ochronę porządku lub bezpieczeństwa publicznego. Wskazując natomiast, że funkcjonariuszem publicznym jest osoba będąca pracownikiem administracji państwowej zastrzegł, że nie będzie nim ta, która pełni wyłącznie czynności usługowe. Również na gruncie tego Kodeksu Sąd Najwyższy niejednokrotnie uznawał, że konduktorzy i kontrolerzy w miejskich środkach komunikacyjnych, także w innych środkach przewozu osób, korzystają ze wzmożonej ochrony prawnej, właśnie jako funkcjonariusze publiczni. Przyjął bowiem, że zakres obowiązków służbowych (innych niż pobieranie opłaty za przejazd) uzasadnia zaliczenie ich – jako osób szczególnie odpowiedzialnych za ochronę porządku lub bezpieczeństwa publicznego – do funkcjonariuszy publicznych w rozumieniu art. 120 § 11 k.k. (zob. uchwałę 7 sędziów z dnia 11 maja 1972 r., VI KZP 100/70, OSNKW 1972, z. 7-8, poz. 111, także uchwałę z dnia 28 września 1972 r., VI KZP 12/72, OSNKW 1972, z. 12, poz. 182; wyroki: z dnia 30 grudnia 1982 r., III KR 179/82, OSNPG 1983, z. 10, poz. 101; z dnia 11 września 1985 r., N 15/85, OSNKW 1986, z. 5-6, poz. 43; z dnia 22 czerwca 1988 r. V KRN 116/88, OSNPG 1988, z. 12, poz. 134). Ta linia orzecznicza została zakwestionowana w końcowym okresie obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 r., kiedy to w uchwale z dnia 17 kwietnia 1997 r., I KZP 43/96, OSNKW 1997, z. 5-6, poz. 40 Sąd Najwyższy stwierdził, że „kierowca-konduktor autobusu PKS nie jest funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu art. 120 § 11 zd. 4 k.k., przeto nie korzysta z ochrony prawnokarnej przewidzianej w art. 233 k.k.”. W uzasadnieniu wskazał nie tylko na zmianę stanu prawnego w zakresie funkcjonowania publicznej komunikacji autobusowej (z zastrzeżeniem, że obowiązki przewoźnika związane z zapewnieniem bezpieczeństwa podróżnym nie uległy istotnym zmianom), ale też zwrócił uwagę, że zmiany ustrojowe i ekonomiczne, prowadzące do istotnych przeobrażeń funkcji

Państwa w zakresie sprawowania władzy, nakazują odejście od zbyt szerokiej wykładni pojęcia funkcjonariusza publicznego. W szczególności Sąd Najwyższy podkreślił, że fakt, iż na kierowcy-konduktorze ciąży obowiązek zapewnienia podróżnym bezpiecznych i higienicznych warunków jazdy nie oznacza, że do jego podstawowych obowiązków należy ochrona porządku i bezpieczeństwa publicznego oraz że jest szczególnie odpowiedzialny za realizację tego zadania.

Za szczególnie ważny dla omawianego zagadnienia trzeba uznać wydany już na gruncie obowiązującego Kodeksu karnego wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 maja 2004 r., WK 10/04, OSNKW 2004, z. 7-8, poz. 71, wyrażający pogląd, że „konduktor rewizyjny Zakładu Przewozów Regionalnych Polskich Kolei Państwowych nie jest funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu art. 115 § 13 k.k., jak również nie korzysta z ochrony prawnokarnej funkcjonariusza publicznego na podstawie ustawy szczegółowej”. Wobec tego, że kompetencje konduktora PKP w zakresie kontroli biletów nie odbiegają, w świetle art. 33a ustawy – Prawo przewozowe, od kompetencji kontrolera ZTM, istotne jest stwierdzenie Sądu Najwyższego, iż niemożność uznania konduktora za funkcjonariusza publicznego wynika z faktu, że wykonuje on wyłącznie czynności usługowe (w uzasadnieniu orzeczenia nie podjęto jednak rozważań odnośnie do znaczenia tego wyrażenia). W związku z tym, że Sąd występujący z zagadnieniami prawnymi wskazał, iż wyrok ten został wydany w czasie, gdy kompetencje kontrolerów określone w art. 33a ustawy – Prawo przewozowe były zawężone i co do zasady nie wkraczały w konstytucyjnie chronione prawa i wolności jednostki, zostanie później wykazane, iż to zagadnienie nie ma większego znaczenia z punktu widzenia rozważanej problematyki. Teraz można nadmienić, że trafnie zwrócił uwagę Prokurator Prokuratury Generalnej, iż w dacie wydania wspomnianego wyroku w uprawnieniach kontrolera biletów określonych w art. 33a ust. 4 można doszukać się i takich, które prowadziły do ingerencji w chronione prawa i wolności jednostki (możliwość żądania okazania dokumentu tożsamości, czy zatrzymania dokumentu w razie podejrzenia jego podrobienia lub przerobienia).

Na odnotowanie zasługuje też postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2004 r., IV KK 126/04, OSNKW 2005, z. 1, poz. 9, gdzie stwierdzono, że „leśniczy Lasów Państwowych nie jest funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu art. 115 § 13 k.k.”, bowiem chociaż jest zatrudniony w instytucji państwowej, jaką w

rozumieniu art. 115 § 13 pkt 6 k.k. jest Państwowe Gospodarstwo Leśne - Lasy Państwowe, jednak nie zajmuje w niej kierowniczego stanowiska. Co prawda, w sprawie rozpatrywanej przez Sąd Okręgowy w P. pokrzywdzony nie jest zatrudniony w instytucji państwowej, zatem nie jest istotna okoliczność, czy zajmuje kierownicze stanowisko, jednak znaczące wydaje się poczynione przez Sąd Najwyższy spostrzeżenie odnośnie do tzw. klauzuli ochronnej. Stwierdził mianowicie Sąd, że „tylko pomocniczy charakter wypadało przydać argumentacji, według której leśniczy nie jest funkcjonariuszem publicznym, bo gdyby tak było, to pozbawiona sensu byłaby treść art. 46 ust. 1 ustawy o lasach, iż pracownicy Służby Leśnej przy wykonywaniu czynności służbowych korzystają z ochrony prawnej, przewidzianej w przepisach prawa karnego dla funkcjonariuszy publicznych. Niemniej należało podkreślić, że brak w art. 115 § 13 k.k. zapisu, jaki był obecny w art. 120 § 11 k.k. z 1969 r. (funkcjonariuszem publicznym jest »osoba korzystająca z mocy przepisu szczególnego z ochrony prawnej przewidzianej dla funkcjonariuszy publicznych«) oznacza, że definicja funkcjonariusza publicznego została w obowiązującym stanie prawnym zawężona w porównaniu z poprzednim. Nie wystarczy przeto przyznanie komuś ochrony prawnej przysługującej funkcjonariuszowi publicznemu, aby uznać go za funkcjonariusza publicznego”.

Wskazana okoliczność uzasadnia przekonanie, że intencją ustawodawcy było ograniczenie, w porównaniu do wcześniejszego uregulowania, kręgu osób o statusie funkcjonariusza publicznego, co nie jest bez znaczenia dla prawidłowego rozumienia art. 115 § 13 k.k. Gdy zauważyć, że kontroler biletów nie ma ustawowo przyznanej ochrony prawnej przysługującej funkcjonariuszowi publicznemu, w nawiązaniu do przytoczonego fragmentu wypowiedzi Sądu Najwyższego można rozważać, czy racjonalny ustawodawca nie wprowadził do ustawy – Prawo przewozowe klauzuli ochronnej właśnie dlatego, że uznał, iż kontroler biletów jest funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu art. 115 § 13 pkt 4 k.k. Takie wnioskowanie nie byłoby jednak uprawnione, bowiem praktyka pokazuje, iż rozwiązania w zakresie stosowania klauzuli ochronnej przez ustawodawcę nie są wzorem poprawności. Np. klauzula ta została wprowadzona w przypadku funkcjonariuszy Policji (art. 66 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji – t. jedn.: Dz. U. z 2011 r., Nr 287, poz. 1687, z późn. zm.), funkcjonariuszy Służby Więziennej (art. 164 ust. ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej – Dz. U. Nr 79, poz. 523, z późn. zm.) i

notariuszy (art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie – t. jedn.: Dz. U. z 2008 r., Nr 189, poz. 1158, z późn. zm.), mimo że w art. 115 § 13 k.k. są wymienieni wprost jako funkcjonariusze publiczni, względnie, jak funkcjonariusze Policji, w sposób pośredni, ale nie pozostawiający wątpliwości co do ich statusu funkcjonariusza publicznego.

W nawiązaniu do przytoczonych wcześniej orzeczeń, z których wynikało, że podmiotem przestępstwa urzędniczego może być tylko ten, w którego czynnościach można odnaleźć elementy administrowania, a więc i decyzyjności, celowe będzie przytoczyć wydany pod rządami obowiązującego Kodeksu karnego (choć jeszcze przed uzupełnieniem art. 115 o przepis § 19 precyzujący, kto pełni funkcję publiczną) wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2000 r., WKN 27/00, OSNKW 2001, z. 3-4, poz. 21, stwierdzający, że „czynności zawodowe nie stają się funkcjami administracyjnymi tylko dlatego, że wykonywane są w ramach państwowych (również samorządowych) struktur organizacyjnych służby zdrowia. Lekarz mógłby być uznawany za funkcjonariusza publicznego jedynie wówczas, gdyby wykonywał czynności zawodowe w administracyjnej strukturze służby zdrowia, a więc swój zawód lekarza łączył z funkcjami o charakterze publicznym (administracyjnym)”. Widać, że w orzeczeniu tym akcentowano konieczność odróżnienia funkcji zawodowych, choćby nie mających charakteru usługowego (w tym wypadku lekarskich) od funkcji władczych (zarządzających) oraz wyrażono pogląd, że wykonywanie zawodu w ramach podmiotu publicznego nie daje automatycznie rangi funkcjonariusza publicznego. Potrzebne jest bowiem ziszczenie się drugiej przesłanki, w postaci wykonywania funkcji o charakterze decyzyjnym, przeciwstawianym wykonywaniu wyłącznie czynności usługowych. Warto zauważyć, że rozróżnienia takiego nie przyjmuje się w przypadku pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” definiowanego w art. 115 § 19 k.k., co Sądowi Najwyższemu pozwoliło stwierdzić, że „ustawodawca nie uzależnia statusu osoby pełniącej funkcję publiczną od wyposażenia jej w kompetencję do wydawania decyzji w sferze działalności publicznej. Nie ma takiego zawężającego kryterium w treści art. 115 § 19 k.k. Jak wynika z jego brzmienia *in fine*, pełni funkcję publiczną także osoba, która w działalności publicznej wykonuje uprawnienia i obowiązki określone w ustawie” (postanowienie z dnia 7 maja 2012 r., V KK 402/11, OSNKW 2012, z. 8, poz. 84). Można zatem argumentować, że skoro w art. 115 § 13 k.k. brak jest znamienia „a

także inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez ustawę (...)", to ustawodawca każdorazowo wymaga od funkcjonariusza publicznego decyzyjności, ewentualnie konkretyzuje go w inny sposób, np. wskazując na osoby pełniące czynną służbę wojskową. Z kolei fakt, że w art. 115 § 13 k.k. pkt 4 k.k. zbiór w postaci pracowników administracji rządowej, innych organów państwowych lub samorządu terytorialnego uzupełnia się o „inną osobę w zakresie, w którym uprawniona jest do wydawania decyzji administracyjnych” zdaje się wskazywać na pewną ekwiwalencję podmiotów ujętych w tym samym punkcie § 13.

Wprowadzając do rozważań zagadnienie, czy usługowy charakter czynności zostaje wyłączony przez ustawowe nadanie uprawnień do podejmowania działań wkraczających w konstytucyjnie chronione wolności i prawa jednostki, Sąd Okręgowy w P. nawiązał do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2005 r., I KZP 28/05, w którym pogląd, że strażnik gminny (miejski) jest funkcjonariuszem publicznym uzasadniono przez wskazanie, iż analiza ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o strażach gminnych (Dz. U. Nr 123, poz. 779, z późn. zm.) nie pozostawia wątpliwości, że „strażnicy nie są osobami »pełniącymi wyłącznie czynności usługowe«. Przeciwnie, wykonują czynności władcze, wkraczające niekiedy bardzo wyraźnie w podstawowe prawa i wolności obywatelskie”. W tym orzeczeniu Sąd Najwyższy przeciwstawił czynności usługowe, czynnościom władczym, przy czym wskazał, że drugie z nich „niekiedy” wkraczają w prawa i wolności obywatelskie. Widać wyraźnie, że przyjęł, iż czynność władcza nie może być uznawana za czynność usługową oraz że czynność władcza może, ale nie musi wkraczać w prawa i wolności obywatelskie. Innymi słowy, ingerencja w te prawa i wolności nie jest warunkiem koniecznym do uznania danego zachowania za czynność władczą. Rozwijając tę myśl można wskazać, że uprawnienie danego podmiotu do ingerencji w prawa i wolności obywatelskie nie jest elementem znaczącym dla oceny charakteru (usługowy czy nie) wykonywanych przez ten podmiot czynności. Dobrze obrazuje to ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (t. jedn.: Dz. U. z 2005 r., Nr 145, poz. 1221, z późn. zm.), która reguluje m.in. zasady prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia (art. 1 pkt 3). Już choćby to określenie nie pozostawia wątpliwości, że pracownik ochrony pełni czynności wyłącznie usługowe (zwrócił na to uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z

dnia 6 marca 2013 r., IV KK 414/12, LEX nr 1294455). Wymieniona ustawa stanowi, że w określonych przypadkach pracownik ten ma jednak prawo do użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego, a nawet broni palnej (art. 36 ust. 1 pkt 4 i 5), z czym niewątpliwie łączy się ingerencja, i to daleko idąca, w konstytucyjnie chronione wolności i prawa jednostki. Każde to przyjąć, że posiadanie uprawnień do takiej ingerencji, przysługującej też, w określonej sytuacji, każdemu obywatelowi (zob. np. art. 243 § 1 k.p.k., jak też art. 432 § 1 czy art. 461 § 1 k.c.) nie sprawia, że czynność z natury usługowa powinna być postrzegana inaczej.

Sąd Okręgowy w P. wskazał, w oparciu o jedno z wydawnictw słownikowych (S. Dubisz [red.]: Słownik języka polskiego PWN, Warszawa 2003), że wyrażenie „czynności usługowe” może być definiowane jako działalność pomocnicza czy podporządkowana zaspokajaniu podstawowych potrzeb innych osób, zarazem zastrzegł, że interpretowanie w ten sposób określenia kodeksowego może wzbudzać uzasadnione wątpliwości. Tak jest w istocie, jednak trafnie Prokurator zauważył (z powołaniem na M. Bańko [red.]: Słownik języka polskiego, Warszawa 2007, t. 5, s. 494), że pojęcie „usługowe” rozumie się też jako „coś, co jest podporządkowane czemuś ważniejszemu od siebie i pełni wobec niego rolę służebną”. Nawiązanie do tego można znaleźć w wypowiedziach doktryny (M. Filar, *op. cit.*) oraz orzecznictwie Sądu Najwyższego, które przeciwstawia czynności usługowe czynnościom władczym, tj. takim, gdzie w drodze decyzji publicznoprawnej wpływa się na określone prawa lub wolności adresata decyzji (zob. wyrok z dnia 27 listopada 2000 r., WKN 27/00, OSNKW 2001, z. 3-4, poz. 21; postanowienie z dnia 21 września 2005 r., I KZP 28/05, OSNKW 2005, z. 10, poz. 94; wyrok z dnia 16 czerwca 2011 r., II KK 337/10, LEX nr 847145). Z drugiej strony w doktrynie wskazuje się na inny aspekt czynności władczych, oznaczający możliwość wpływania na podmiot, w którym jest się zatrudnionym (zob. przytoczone wcześniej wypowiedzi G. Rejman i A. Molińskiej). Obydwa kryteria wyróżnienia trzeba uznać za zasadne. Pierwsze z nich oddaje relacje, w jakiej znajduje się określony podmiot względem obywatela, drugie obrazuje rolę podmiotu w ramach struktury organizacyjnej, w której jest zatrudniony. Kryteria te nie muszą być spełnione łącznie, zrealizowanie jednego z nich wystarcza by uznać, że podmiot nie pełni tylko czynności usługowych. Inaczej rzecz ujmując, wykonywanie czynności usługowych wiąże się z pełnieniem roli służebnej (pomocniczej), co oznacza brak możliwości podejmowania decyzji władczych w

ramach imperium określonej jednostki (zaliczanej do administracji rządowej, innego organu państwowego lub samorządu terytorialnego), jak również wpływania na działania samej jednostki.

Ustalenie charakteru czynności pełnionych przez kontrolera zatrudnionego w ZTM w P. (i podobnych jednostkach) wypada poprzedzić określeniem jego stanowiska w świetle przepisów prawa administracyjnego. Można zgodzić się z Sądem *meriti*, że urzędowe zaliczenie kontrolera do stanowisk pomocniczych i obsługi stanowi argument za uznaniem usługowego charakteru wykonywanych przez niego czynności, także w kontekście dyrektyw wykładni systemowej, wskazujących na konieczność zachowania spójności w ramach systemu prawa. Trudno bowiem uznawać za funkcjonariuszy publicznych osoby, które w ramach macierzystej regulacji znajdują się na najniższym szczeblu zaszeregowania. Nie jest to jednak argument rozstrzygający, jako że o charakterze czynności wykonywanych przez dany podmiot nie decyduje zajmowane przez niego stanowisko, ale istota czynności. W przypadku kontrolera biletów jest ona ujęta w art. 33a ustawy – Prawo przewozowe, który przewoźnikowi lub organizatorowi publicznego transportu zbiorowego albo osobie przez niego upoważnionej daje prawo do dokonywania kontroli dokumentów przewozu osób lub bagażu (podobnie art. 45 ust. 3 ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym – Dz. U. z 2011 r., Nr 5, poz. 13 z późn. zm.). W razie braku odpowiedniego dokumentu kontroler pobiera należność za przewóz i opłatę dodatkową (nieprecyzyjnie Sąd Okręgowy wspominał o „nakładaniu” takiej opłaty, co mogłoby sugerować istnienie elementu władczego w czynnościach kontrolera) albo wystawia wezwanie do zapłaty (tak samo w razie stwierdzenia braku ważnego dokumentu poświadczającego uprawnienie do bezpłatnego albo ulgowego przejazdu). W przypadku odmowy zapłacenia należności, kontroler ma prawo żądać okazania dokumentu umożliwiającego stwierdzenie tożsamości podróżnego, a w razie niezapłacenia należności i nieokazania dokumentu – ująć podróżnego i niezwłocznie oddać go w ręce Policji lub innych organów porządkowych; może przy tym wskazać podróżnemu miejsce, w którym powinien on oczekiwać na przybycie funkcjonariusza. Natomiast w razie uzasadnionego podejrzenia, że dokument przewozu albo dokument uprawniający do przejazdu bezpłatnego lub ulgowego jest podrobiony lub przerobiony kontroler ma prawo zatrzymać dokument za pokwitowaniem oraz przesłać go prokuratorowi lub

Policji, z powiadomieniem wystawcy dokumentu. Taki zakres uprawnień kontrolera każe przyjąć, że w ograniczonym zakresie jest on uprawniony do wkraczania w prawa i wolności innych ludzi, jednak, co wcześniej wskazano, nie można z tego wnioskować, że posiada uprawnienia władcze powodujące, iż wykonywane przez niego czynności nie mają charakteru usługowego. Rolą kontrolera jest bowiem jedynie dokonywanie czynności kontrolnych i w razie potrzeby podejmowanie czynności następczych, które się z tym wiążą (z reguły będzie to pobranie należności za przewóz i opłaty dodatkowej, względnie wystawienie wezwania do zapłaty, wyjątkowo czynności dalej idące). Żadna z tych czynności nie jest czynnością władczą, z którą wiąże się choćby marginalne uznanie decyzyjne. Nie wchodzi też w grę rozstrzygnięcie o prawach i obowiązkach konkretnego adresata, te bowiem wynikają z ustawy – Prawo przewozowe, jak również z umowy cywilnoprawnej przewozu zawieranej przez pasażera z przewoźnikiem. W szczególności kontroler nie ma możliwości miarkowania opłaty dodatkowej, czy odstąpienia od jej nałożenia. Prowadzi to do wniosku, że czynności kontrolera znacząco różnią się od wskazywanego w orzecznictwie (zob. przytoczoną wcześniej uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 13 listopada 1958 r., IV KO 107/58) „kierownictwa, nadzoru albo innej postaci zarządu (administrowania)”, jak też od określanego w doktrynie „podejmowania decyzji na temat funkcjonowania instytucji lub urzędu, w którym jest zatrudniony”. To spostrzeżenie jest tym bardziej uzasadnione, że czynności w zakresie kontroli biletów w środkach komunikacji zbiorowej, także organizowanej przez jednostki samorządu terytorialnego, na zlecenie organizatora transportu (np. zarządu transportu miejskiego) nierzadko podejmują podmioty zewnętrzne, traktujące tę działalność jako komercyjną działalność usługową, analogicznie jak firmy zajmujące się ochroną osób i mienia. Nie ma dobrych racji by twierdzić, że czynność, traktowana przez zlecającą i zlecaniobiorcę jako usługowa, powinna być interpretowana inaczej przy dokonywaniu wykładni przepisów prawa.

W podsumowaniu powyższych rozważań można stwierdzić, że **osoba uprawniona na podstawie art. 33a ustawy z dnia 15 listopada 1984 r. – Prawo przewozowe (t. jedn.: Dz. U. z 2012 r., poz. 1173, z późn. zm.) do dokonywania kontroli dokumentów przewozu osób i bagażu w pojazdach publicznego transportu zbiorowego, w tym osoba będąca pracownikiem samorządu**

terytorialnego, nie jest funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu art. 115 § 13 pkt 4 k.k.

Wypada zauważyć, że ta konstatacja, spełniająca postulat ścisłej wykładni art. 115 § 13 k.k. (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 grudnia 2004 r., IV KK 126/04, OSNKW 2005, z. 1, poz. 9), rzutuje na zakres kryminalizacji nie tylko przez wyłączenie kontrolera biletów zatrudnionego w jednostce samorządowej z kręgu podmiotów mogących być pokrzywdzonymi przestępstwem z art. 222, art. 223 lub art. 226 k.k., ale też przez wyłączenie karalności czynu z art. 227 k.k., gdy zachowanie sprawcy polega na wykonywaniu czynności tego kontrolera (wtedy w grę będzie wchodziła odpowiedzialność z art. 61 § 1 k.w., a przy określonych ustaleniach faktycznych ewentualnie również z art. 270 § 1 k.k., a nawet z art. 286 § 1, względnie § 3 k.k.). Uznanie czynności kontrolera za wyłącznie usługowe wywołuje i ten skutek, że odpada możliwość przypisania mu przestępstwa z art. 228 k.k., zaś osobie udzielającej kontrolerowi korzyść majątkową (osobistą) w związku z wykonywaną przez niego kontrolą biletów – przestępstwa z art. 229 k.k., co wynika z niemożności zaliczenia kontrolera do żadnej z grup podmiotów określonych w art. 115 § 19 k.k. (w nawiązaniu do fragmentu *in fine* tego przepisu: nie wydaje się, by w rozumieniu tej normy prawnej było „działalnością publiczną” przeprowadzanie kontroli biletów, nawet na zlecenie państwowego albo samorządowego organizatora transportu zbiorowego). Takie następstwa wykładni mogą budzić wątpliwości z praktycznego punktu widzenia, chociaż można zauważyć, że uznanie, iż konduktor PKP pełni (wyłącznie) czynności usługowe (zob. wspomniany wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 maja 2004 r., WK 10/04), również wyłączyło go z kręgu nie tylko funkcjonariuszy publicznych, ale też osób pełniących funkcję publiczną, z konsekwencjami dla zakresu ochrony i odpowiedzialności karnej. W tym względzie celnie wypowiedział się M. Filar wskazując, że reguły interpretacyjne „nie mogą być zastąpione ogólnie rozumianymi »zasadami słuszności«, »wymogami polityki kryminalnej« czy też podobnymi im eufemizmami (...). To, że określone zachowanie wydać się może stosującemu prawo »naganne«, »niemoralne«, »społecznie szkodliwe«, itp. nie oznacza bynajmniej, iż taka ocena wystarcza dla zinterpretowania znamion nieostrych, a tym bardziej, iż jest dla niego przesądzająca” (*op. cit.*, s. 58). Trzeba też zauważyć, że uznanie czynności kontrolera za nieusługowe prowadziłoby do różnicowania odpowiedzialności sprawcy przyjmującego korzyść w zależności od

tego, w jakiej instytucji (samorządowej, tj. dysponującej środkami publicznymi czy prywatnej, takimi środkami niedysponującej) jest zatrudniony. Przy identyczności wykonywanych czynności i posiadanych przez kontrolerów uprawnień nie miałoby to racjonalnego uzasadnienia. Trzeba jednak dostrzec, że zachowanie kontrolera biletów, żądającego lub przyjmującego korzyść majątkową lub osobistą albo jej obietnicę w zamian za odstąpienie od pobrania opłaty dodatkowej za przejazd bez ważnego biletu, może wyczerpywać znamiona art. 296a k.k.

Stanowisko zajęte przez Sąd Najwyższy w niniejszym orzeczeniu, w szczególności, że czynności wykonywane przez kontrolera biletów są czynnościami usługowymi, skutkiem czego, niezależnie od miejsca zatrudnienia, nie jest on funkcjonariuszem publicznym ani osobą pełniącą funkcję publiczną, odbiega od stanowiska wyrażonego w postanowieniu tego Sądu z dnia 23 października 2003 r., IV KK 265/02, OSNKW 2004, z. 2, poz. 17, kiedy to uznano, że kontroler biletów zatrudniony przez prywatną spółkę wykonującą na zlecenie miejskiego przedsiębiorstwa komunikacyjnego (odpowiednika ZTM) zadania z zakresu kontroli biletów, pełni funkcję publiczną. Wymaga jednak podkreślenia, iż nie jest to wynikiem odmiennej interpretacji przepisów, jako że wymienione orzeczenie zostało wydane z pominięciem uregulowań zawartych w art. 115 § 19 k.k., obowiązującym w dacie orzekania (Sąd Najwyższy w wyniku przeoczenia przyjął, że „Kodeks karny z 1997 r., podobnie jak wcześniej obowiązujący Kodeks karny z 1969 r. nie definiuje zawartego w treści art. 228 § 1 k.k. ustawowego znamienia pełnienia funkcji publicznej”).

Kierując się przedstawionymi względami, Sąd Najwyższy orzekł jak na wstępie.