

PIOTR KARDAS

ZATRUDNIENIE W JEDNOSTCE ORGANIZACYJNEJ
DYSONUJĄCEJ ŚRODKAMI PUBLICZNYMI
JAKO USTAWOWE KRYTERIUM WYZNACZAJĄCE
ZAKRES ZNACZENIOWY POJĘCIA
„OSOBA PEŁNIĄCA FUNKCJĘ PUBLICZNĄ”.
ROZWAŻANIA NA TLE MODELI INTERPRETACYJNYCH
PREZENTOWANYCH W PIŚMIENNICTWIE KARNISTYCZNYM
ORAZ ORZECZNICTWIE SĄDU NAJWYŻSZEGO

I. UWAGI OGÓLNE

Od chwili wejścia w życie Kodeksu karnego z 1969 r., zagadnienie interpretacji przesłanek określających podmiot przestępstwa łapownictwa, określane w przypadku tzw. łapownictwa biernego poprzez zwrot „w związku z pełnieniem funkcji publicznej” zaś w wypadku tzw. łapownictwa czynnego poprzez sformułowanie „osoba pełniąca funkcję publiczną”, wywołuje zasadnicze wątpliwości w orzecznictwie sądowym, którym towarzyszą poważne kontrowersje doktrynalne¹. Wejście w życie Kodeksu karnego z 1997 r.,

¹ Por. M. Filar, *Zakres pojęciowy znamienia pełnienie funkcji publicznej na gruncie art. 228 k.k.*, „Palestra” 2003, nr 7–8, s. 57 i n.; P. Kardas, *Odpowiedzialność karna za łapownictwo (rozważania na tle projektowanych nowelizacji kodeksu karnego)*, „Przegląd Sądowy” 2002, nr 7–8, s. 3 i n.; K. Daszkiewicz, *Korupcja w świetle przepisów kodeksu karnego z 6 czerwca 1997 r.*, „Nowa Kodyfikacja Karna. Krótkie Komentarze”, z. 15, Warszawa 1998, s. 15 i n.; K. Daszkiewicz, *Korupcja. Błędy i luki w przepisach. Przywileje dla skorumpowanych? Korupcja osób pełniących funkcje publiczne. Błędny kierunek nowelizacji*, w: *Kodeks karny z 1997 r. Uwagi krytyczne*, Gdańsk 2001, s. 258 i n.; M. Surkont, *Łapownictwo*, Sopot 1999, s. 23 i n.; P. Palka, M. Reut, *Korupcja w nowym kodeksie karnym*, Kraków 1999, s. 7 i n.; A. Wąsek, *Propozycje zmian k.k. z 1997 r. po roku jego*

który w pierwotnym kształcie nie zawierał, podobnie jak Kodeks karny z 1969 r., definicji pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” ani pojęcia „w związku z pełnieniem funkcji publicznej”, nie zmieniło niczego w zakresie podstaw sporów, toczonych w piśmiennictwie karnistycznym wokół zakresu znaczeniowego wskazanych terminów². Nie wchodząc w szczegółowe przedstawianie racji prezentowanych przez zwolenników konkurencyjnych ujęć interpretacyjnych³, wskazać należy, że wedle części komentatorów zakres znaczeniowy pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” pokrywa się z zakresem znaczeniowym pojęcia „funkcjonariusz publiczny”⁴, wedle innych natomiast — a stanowisko to uznać należy za dominujące — pojęcie „w związku z pełnieniem funkcji publicznej”, a w szczególności pojęcie „osoba pełniąca funkcję publiczną”, obejmują znacznie szerszy krąg desygnatów niż nazwa „funkcjonariusz publiczny”⁵. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wypracowanym już na gruncie Kodeksu karnego z 1997 r., zdecydowanie

obowiązującego, w: *Racjonalna reforma prawa karnego*, red. A. Zoll, Warszawa 2001, s. 45 i n.; A. Wąsek, *Opinia na temat rządowego i poselskich projektów ustawy o zmianie ustawy — kodeks karny (druki nr: 1672; 2335; 2510; 2491; 1932)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” (dalej: CPKiNP) 2001, z. 1, s. 99 i n.; P. Kardas, W. Wróbel, *Opinia o rządowym projekcie ustawy — kodeks karny (druk nr 2510)*, CPKiNP 2001, z. 1, s. 178 i n.; R. Zawłocki, *Osoba pełniąca „funkcję publiczną” jako sprawca przestępstwa łapownictwa biernego z art. 228 § 1 k.k.*, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 10, s. 473 i n.; M. G. Węglowski, *Pojęcie „funkcji publicznej” w aspekcie przestępstw łapownictwa*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 7–8, s. 38 i n.; B. Mik, *Nowela antykorupcyjna z dnia 13 czerwca 2003 r. Wprowadzenie*, Kraków 2003, s. 142 i n.; oraz uchwałę składu 7 sędziów SN z dn. 20 VI 2001 r., I KZP 5/01, „Wokanda” 2001, nr 9, poz. 9; wyrok SN z dn. 22 XI 1999 r., II KKN 346/97, OSNKW 2000, nr 1–2, poz. 10; uchwałę składu 7 sędziów SN z dn. 18 X 2001 r., I KZP 9/01, OSNKW 2001, nr 11–12, poz. 87; uchwałę składu 7 sędziów SN z dn. 28 III 2002 r., I KZP 35/01, OSNKW 2002, nr 5–6, poz. 29.

² Zob. O. Górniok, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, red. A. Wąsek, Warszawa 2004, s. 60.

³ Kwestia ta stanowiła przedmiot dwóch obszernych opracowań, M. Filar, *Zakres pojęciowy...*, s. 57 i n.; P. Kardas, *Odpowiedzialność karna...*, s. 6 i n.

⁴ Takie stanowisko zajmuje A. Zoll, w: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, Kraków 1999, s. 707; J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2000, s. 434 i n.; w okresie obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 r. W. Wolter, *Odpowiedzialność karna osób pełniących funkcję publiczną*, PiP 1969, nr 6, s. 965 i n.; W. Wolter, *Głosa do uchwały SN z dn. 3 VII 1970 r.*, VI KZP 27/70, PiP 1970, nr 10, s. 630 i n.

⁵ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2003, s. 268; A. Wąsek, w: M. Kalitowski, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. II, Gdańsk 1999, s. 403; A. Liszewska, J. Garus-Ryba, *Problem odpowiedzialności karnej lekarza za przestępstwo łapownictwa biernego*, „Palestra” 2001, nr 7–8, s. 19; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2003, s. 623.

przeważa szerokie ujęcie zakresu znaczeniowego zwrotu „osoba pełniąca funkcję publiczną”, uznające za taką osobę zarówno funkcjonariuszy publicznych, jak i inne, nie będące funkcjonariuszami publicznymi osoby, o ile realizują funkcje publiczne⁶. Przy czym należy podkreślić, że w orzecznictwie SN dotyczącym problematyki podmiotu przestępstwa łapownictwa biernego interpretacji poddawany był zwrot „osoba pełniąca funkcję publiczną”, nie zaś sformułowanie „w związku z pełnieniem funkcji publicznej”, wykorzystane dla charakterystyki podmiotu przestępstwa przewidzianego w art. 228 oraz w art. 265 § 3 k.k. Wydawać by się mogło, że wskazana różnica nie ma większego znaczenia dla analizowanego zagadnienia, wszak można twierdzić, że dokonanie czegoś w związku z pełnieniem funkcji publicznej obejmuje tylko te wypadki, gdy czynności realizowane są przez osobę pełniącą funkcję publiczną⁷. Stanowisko to można jednak poddawać w wątpliwość, wskazując, że w prawie karnym zasadnicze znaczenie przywiązuje się do wykładni językowej, w której konkretne sformułowania wykorzystywane przez ustawodawcę dla charakterystyki znamion typu czynu zabronionego mają zasadnicze znaczenie, zaś odstępstwo od rezultatów wykładni językowej stanowi wyjątek wymagający szczególnego uzasadnienia⁸. Uzupełniając to

⁶ Por. uchwałę składu 7 sędziów SN z dn. 20 VI 2001 r., I KZP 5/01, „Wokanda” 2001, nr 9, poz. 9; wyrok SN z dn. 22 XI 1999 r., II KKN 346/97, OSNKW 2000, nr 1–2, poz. 10; uchwałę składu 7 sędziów SN z dn. 18 X 2001 r., I KZP 9/01, OSNKW 2001, nr 11–12, poz. 87; uchwałę składu 7 sędziów SN z dn. 28 III 2002 r., I KZP 35/01, OSNKW 2002, nr 5–6, poz. 29; wyrok z dn. 19 VI 2002 r., V KKN 195/00, niepublikowany.

⁷ Stanowisko takie zdaje się zajmować B. Mik, stwierdzając, że „definicja, o której mowa w art. 115 § 19 k.k., wskazuje, bezpośrednio krąg podmiotu po stronie czynnej, a pośrednio — także po stronie biernej, przestępstw «klasycznego» łapownictwa, określonego w art. 228–229 k.k.” — B. Mik, *Nowela antykorupcyjna...*, s. 146. Podobnie kwestię tę zdaje się ujmować O. Górniok, w: *Kodeks karny...*, s. 61 i n. oraz s. 69. J. Majewski, odnosząc się do tego zagadnienia, wskazuje, że „zwrotu «osoba pełniąca funkcję publiczną» użyto w kodeksie w przepisach art. 229 § 1, 3, 4, 5 i 6 oraz art. 230a § 1 k.k. Z kolei w art. 228 § 1, 3, 4, 5 i 6 oraz art. 265 § 3 jest mowa o osobach, które albo czynią, albo uczyniły coś «w związku z pełnieniem funkcji publicznej»” — J. Majewski, w: G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Cześć ogólna. Komentarz*, Kraków 2004, s. 1480.

⁸ Podkreślić należy, że w przypadku zwrotów mających swoją legalną definicję, odstępstwo rezultatów wynikających z wykładni językowej jest bardzo utrudnione, albowiem z istoty definicji legalnej wynika, iż przy jej pomocy ustawodawca może przełamać określone znaczenia definiowanego terminu, zaś sformułowane w definicji znaczenie nie może zostać przełamane nawet w sytuacji, gdyby treść językowa definicji podważała założenia o racjonalności ustawodawcy. Por. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2004, s. 204.

twierdzenie o konstytucyjną zasadę dostatecznej określoności typu czynu zabronionego oraz bezsporny w piśmiennictwie i orzecznictwie zakaz dokonywania wykładni rozszerzającej, można twierdzić, że wykładnia sformułowania „osoba pełniąca funkcję publiczną” nie zawsze musi prowadzić do identycznych rezultatów, co wykładnia zwrotu „w związku z pełnieniem funkcji publicznej”⁹.

Zagadnienie wykładni znamienia określającego podmiot przestępstwa łapownictwa biernego nabiera szczególnego znaczenia w związku z nowelizacją Kodeksu karnego, wprowadzoną w życie z dniem 1 lipca 2003 r.¹⁰ Przyjmowany przez SN, przed wejściem w życie noweli z dnia 13 czerwca 2003 r., sposób interpretacji zakresu znaczeniowego sformułowania określającego podmiot łapownictwa, można by uznać za zamknięcie toczzonego od chwili wejścia w życie Kodeksu karnego z 1997 r. sporu interpretacyjnego¹¹,

⁹ Podkreślić należy, że tropem wyznaczonym przez orzecznictwo SN poszedł ustawodawca w noweli z dn. 13 VI 2003 r., zamieszczając w art. 115 § 19 k.k. definicję pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, nie zaś wykorzystywanego w art. 228 k.k. sformułowania „w związku z pełnieniem funkcji publicznej”. Zob. też B. Mik, jednoznacznie podkreślając, że „w rządowym projekcie noweli antykorupcyjnej zdecydowano się na kierunek wytyczony najnowszym orzecznictwem Sądu Najwyższego”. Twierdzenie to uznać należy za trafne jeśli chodzi o definiowane pojęcie, za wywołujące poważne wątpliwości w sferze sposobu definiowania i kryteriów definicyjnych zwrotu „osoba pełniąca funkcję publiczną” (B. Mik, *Nowela antykorupcyjna...*, s. 147 i n.).

¹⁰ Zob. ustawę z dn. 13 VI 2003 r. o zmianie ustawy — Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. nr 111, poz. 1061.

¹¹ W kilku orzeczeniach SN rozstrzygnął bowiem, jakie kryteria decydować powinny o „publiczności” pełnionej przez daną osobę funkcji, wprowadzając do obrotu prawnego nie zakorzenione w tekście Kodeksu karnego przed wejściem w życie noweli z dn. 13 VI 2003 r. „dysponowanie środkami publicznymi” jako element wyznaczający publiczność funkcji. Podkreślić należy, że rozstrzygnięcia SN w tym zakresie miały charakter daleko wykraczający poza wykładnię wywołujących wątpliwości przepisów ustawy. Tym samym utrwalenie się linii orzeczniczej, w świetle której za osobę pełniącą funkcję publiczną uznawać należy osobę wykonującą swoje zadania w ramach jednostki organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, przesądzało o określonym sposobie interpretacji znamienia określającego podmiot przestępstwa łapownictwa. Należy podkreślić, że niezależnie od sporów dotyczących charakteru niektórych rozstrzygnięć SN, w tym w szczególności rozbieżności poglądów, co do możliwości przydawania tym orzeczeniom prawotwórczego charakteru, w piśmiennictwie karnistycznym nie wywołuje większych wątpliwości twierdzenie, że pozbawione argumentacji odstępstwo od utrwalonej linii orzeczniczej naraża się na zarzut naruszenia prawa materialnego przez dokonanie wykładni przepisu sprzecznej z obowiązującym modelem wykładni. Co do prawotwórczej roli orzeczeń SN i sądów powszechnych, zob. szerzej W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s. 174–178. Por. też P. Kardas, Glosa do postanowienia SN z dn. 9 I 1996 r., II KRN 159/95, „Palestra” 1997, nr 1–2, s. 246 i n.

gdyby nie to, że właśnie w dniu 1 lipca 2003 r. weszła w życie nowela zmieniająca zarówno treść art. 228 k.k., jak i wprowadzająca do zawartego w art. 115 k.k. słowniczka wyrażeń ustawowych definicję pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”. Tym samym zaproponowany przez SN sposób wykładni tego sformułowania wymaga ponownej analizy z uwzględnieniem dwóch zagadnień: po pierwsze zagadnienia relacji zakresu znaczeniowego pojęcia „osoby pełniącej funkcję publiczną” w ujęciu wprowadzonym do art. 115 § 19 k.k. do wypracowanego w piśmiennictwie i orzecznictwie SN sposobu interpretacji tego zwrotu przed wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r., po drugie kwestii intertemporalnych związanych z wprowadzeniem do systemu prawnego ustawowej definicji pojęcia dotychczas pozbawionego klarownych i jednoznacznych ram¹².

Wedle art. 115 § 19 k.k. „Osobą pełniącą funkcję publiczną jest funkcjonariusz publiczny, członek organu samorządowego, osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, chyba że wykonuje wyłącznie czynności usługowe, a także inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową”. Przyjęta w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. formuła definicyjna nawiązuje do wypracowanego w orzecznictwie SN sposobu rozumienia zwrotu „osoba pełniąca funkcję publiczną”, zwłaszcza w tej części, w której pełnienie funkcji publicznej powiązane zostało z dysponowaniem środkami publicznymi¹³. Ponieważ ten element definicyjny pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” wywoływał najwięcej wątpliwości przed wejściem w życie noweli z dnia 13 czerwca 2003 r.¹⁴, obecnie zaś, po wprowadzeniu tego kryterium do ustawowej definicji, w piśmiennictwie wskazuje się, że nie

¹² W piśmiennictwie wskazuje się, że zmiana przepisów wyrażających definicje ustawowe prowadzi w pewnych sytuacjach do ustanowienia nowej normy prawnokarnej. Dzieje się tak w szczególności wówczas, gdy definicja ma charakter wiążący w procesie ustalania zakresu zastosowania danej normy. O ustanowieniu przepisu o charakterze ogólnym jako jednym ze sposobów dokonywania zmian normatywnych w prawie karnym zob. szerzej W. Wróbel, *Zmiana normatywna...*, s. 194 i n.

¹³ Por. M. Filar, *Zakres pojęciowy...*, s. 62 i n.

¹⁴ Po wejściu w życie Kodeksu karnego z 1997 r. w orzecznictwie SN kryterium dysponowania środkami publicznymi jednoznacznie wyparło wykorzystywane we wcześniejszym okresie kryterium władztwa publicznego jako wyznacznika pełnienia przez posiadającą owo władztwo osobę funkcji publicznej. Por. w szczególności, wyrok SN z dn. 14 XII 1982 r., III KR 182/82, OSNKW 1983, nr 9, poz. 73; uchwałę SN z dn. 18 X 2001 r., I KZP 9/01, OSNKW 2001, nr 11–12, poz. 87; uchwałę SN z dn. 28 III 2002 r., I KZP 35/01, OSNKW 2002, nr 5–6, poz. 29.

jest ono dostatecznie ostre, aby zagwarantować założone przez ustawodawcę cele, w tym w szczególności stworzenie poprzez wprowadzenie ustawowej definicji spornego pojęcia zdatnego, uniwersalnego kryterium rozstrzygnięcia o tym, czy dana osoba pełni funkcję publiczną, czy też nie¹⁵, zawarte poniżej rozważania ograniczone zostaną do tego elementu definicji pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”. Poza zakresem prowadzonej w niniejszym opracowaniu analizy pozostają zatem zagadnienia związane z wykładnią drugiego z zawartych we wprowadzonej do art. 115 § 19 k.k. definicji elementu dopełniającego zakres znaczeniowy pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, tj. zwrotu „inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową”¹⁶.

Już w tym miejscu należy podkreślić, że ustawowa definicja osoby pełniącej funkcję publiczną zawarta w art. 115 § 19 k.k. ma charakter systemowy w tym znaczeniu, że wyznacza zakres znaczeniowy tego pojęcia w obszarze całego systemu prawa karnego, a więc na potrzeby wszystkich przepisów Kodeksu karnego posługujących się tym zwrotem oraz na potrzeby tzw. pozakodeksowych przepisów karnych, w których treści występuje to pojęcie¹⁷. Tym samym można bez ryzyka popełnienia poważniejszego błędu stwierdzić, że wprowadzenie ustawowej definicji pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” ma znaczenie ogólniejsze, znacznie wykraczające

¹⁵ Tak m.in. J. Majewski, w: G. Bogdan i in., *Kodeks karny. Część ogólna...*, s. 1480 i n., stwierdzając, że definicja zamieszczona w art. 115 § 19 k.k. nie jest „niestety, definicją jasną, gdyż określenia użyte na oznaczenie dwóch ostatnich elementów zakresu definiowanego pojęcia dają podstawy do różnorodnych interpretacji. Zob. też M. Filar, *Zakres pojęciowy...*, s. 68–69.

¹⁶ Ograniczenie zakresu analizy wyłącznie do jednego z wprowadzonych do definicji zamieszczonej w art. 115 § 19 k.k. określeń bynajmniej nie oznacza, że drugi z elementów wyznaczających zakres definiowanego w art. 115 § 19 k.k. pojęcia nie wywołuje wątpliwości interpretacyjnych. Przedstawienie rozbieżności oraz sposobów interpretacji sformułowania „inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową” znaczenie przekracza ramy niniejszego opracowania. Zob. m.in. B. Mik, *Nowela antykorupcyjna...*, s. 144 i n.; J. Majewski, w: G. Bogdan i in., *Kodeks karny. Część ogólna...*, s. 1483 i n.

¹⁷ Jedynie tytułem przykładu wskazać wypadnie, że pojęcie „osoba pełniąca funkcję publiczną” występuje jako znamię określające podmiot przestępstwa łapownictwa czynnego (art. 229 § 1 k.k.), oraz w przepisie art. 230a § 1 k.k. Z kolei zwrot „w związku z pełnieniem funkcji publicznej” występuje w przepisie art. 228 § 1 k.k. i w art. 265 § 3 k.k. Zob. też J. Majewski, w: G. Bogdan i in., *Kodeks karny. Część ogólna...*, s. 1378–1381 oraz 1480 i n.

poza obszar wyznaczony granicami znamion przestępstwa łapownictwa¹⁸. Wprowadzając do art. 115 k.k. dodatkowy § 19, zawierający legalną definicję pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, ustawodawca przesądził bowiem o sposobie rozumienia tego terminu w obszarze całego kodeksu karnego, nie tylko zatem w odniesieniu do stanowiących podstawę rozstrzygnięć Sądu Najwyższego przepisów art. 228 i art. 229 k.k. Z uwagi na treść art. 116 k.k. znaczenie ustawowej definicji pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” wykracza poza Kodeks karny, albowiem przepisy części ogólnej tego kodeksu, a zatem także regulację, zawartą w art. 115 § 19 k.k., stosuje się do innych ustaw przewidujących odpowiedzialność karną, chyba że ustawy te wyraźnie wyłączają ich zastosowanie. W każdym zatem przypadku, gdy w treści przepisu karnego występuje pojęcie „osoba pełniąca funkcję publiczną”, w procesie wykładni zakres znaczeniowy tego terminu determinowany jest przez treść definicji zawartej w art. 115 § 19 k.k., chyba że tzw. ustawa pozakodeksowa wyraźnie stanowi, że wyłącza się zastosowanie przepisu art. 115 § 19 k.k.¹⁹

Ze względu na znaczenie przyjmowanych w piśmiennictwie i orzecznictwie sądowym sposobów interpretacji pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”²⁰ w okresie od 1 września 1998 r. do 30 czerwca 2003 r. zarówno dla wykładni wprowadzonej do art. 115 § 19 ustawowej definicji tego zwrotu²¹, jak i dla kwestii intertemporalnych, które mogą pojawić się w związku z nową regulacją w tym obszarze, zamieszczone poniżej uwagi podzielono na dwie części, z których pierwsza odnosi się do sposobów wykładni tego

¹⁸ Warto jednak pamiętać, że toczone w piśmiennictwie spory wokół zakresu znaczeniowego pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, odnosiły się przede wszystkim do określenia podmiotu przestępstwa łapownictwa. Takie powiązanie prezentowanych w piśmiennictwie i orzecznictwie modeli interpretacyjnych z konkretnymi typami czynu zabronionego, chronionym przez te typy dobrem prawnym oraz wyznaczanym przez znamiona kontekstem normatywnym sprawiało, że część autorów przyjmowała związane z kształtem odpowiedzialności za łapownictwo kryteria ograniczające zakres znaczeniowy zwrotu charakteryzującego podmiot tego przestępstwa. Zob. w szczególności, M. Filar, *Zakres pojęciowy...*, s. 57 i n.; P. Kardas, *Odpowiedzialność karna...*, s. 6 i n.

¹⁹ Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 203 i n.; J. Majewski, w: G. Bogdan i in., *Kodeks karny. Część ogólna...*, s. 1379–1380.

²⁰ Posługuję się tutaj sformułowaniem „osoba pełniąca funkcję publiczną”, choć w istocie orzecznictwo SN miało na celu wykładnię zwrotu „w związku z pełnieniem funkcji publicznej”.

²¹ Na znaczenie linii orzeczniczej SN, wypracowanej przed nowelizacją antykorupcyjną dla wykładni art. 115 § 19 k.k., wskazuje także B. Mik, *Nowela antykorupcyjna...*, s. 143 i n. Zob. też O. Górniok, w: *Kodeks karny...*, s. 61 i n.; J. Majewski, w: G. Bogdan i in., *Kodeks karny. Część ogólna...*, s. 1480 i n.

terminu przed nowelizacją, druga natomiast do aktualnie obowiązującego stanu prawnego.

II. ZAKRES ZNACZENIOWY POJĘCIA „OSOBA PEŁNIĄCA FUNKCJĘ PUBLICZNĄ” W OKRESIE OD DNIA 1 WRZEŚNIA 1998 R. DO DNIA 30 CZERWCA 2003 R.

Przyjmując, iż nie jest obecnie konieczne przedstawianie szerszego uzasadnienia twierdzenia, że pojęcie „osoba pełniąca funkcję publiczną” miało i ma szerszy zakres znaczeniowy niż pojęcie „funkcjonariusz publiczny”²², niejako od razu wskazać wypadnie na konstytutywne elementy charakteryzujące zakres tego pierwszego terminu, przyjmowane w orzecznictwie SN. O ile bowiem zarówno w orzecznictwie SN, jak i w piśmiennictwie karnistycznym przed wejściem w życie noweli z dnia 13 czerwca 2003 r. zdecydowanie dominował nurt przyjmujący nadrzędność zakresu znaczeniowego pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” nad zakresem pojęcia „funkcjonariusz publiczny”²³, o tyle wyjątkowo sporne były kryteria wyznaczające granice zakresowe nazwy „osoba pełniąca funkcję publiczną”. Kwestia ta wywoływała kontrowersje zarówno w okresie obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 r., jak i po wejściu w życie Kodeksu karnego z 1997 r. Przesłanki

²² Stanowisko takie było konsekwentnie prezentowane w orzecznictwie SN, zarówno w okresie obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 r., jak i Kodeksu karnego z 1997 r. Zob. w szczególności, uchwała SN z dn. 3 VII 1970 r., VI KZP 27/70, OSNKW 1970, nr 9, poz. 98; uchwała SN z dn. 12 VI 1975 r., VI KZP 32/75, OSNKW 1976, nr 6, poz. 72; wyrok SN z dn. 26 IV 1995 r., I KZP 6/95, OSNKW 1995, nr 7–8, poz. 41; wyrok SN z dn. 22 XI 1999 r., II KKN 346/97, OSNKW 2000, nr 1–2, poz. 10; uchwała SN z dn. 20 VI 2001 r., I KZP 5/01, OSNKW 2001, nr 9–10, poz. 71; uchwała SN z dn. 18 X 2001 r., I KZP 9/01, OSNKW 2001, nr 11–12, poz. 87; uchwała SN z dn. 28 III 2002 r., I KZP 35/01, OSNKW 2002, nr 5–6, poz. 29. Por. też szerzej P. Kardas, *Odpowiedzialność karna...*, s. 14 i n.; M. Filar, *Zakres pojęciowy...*, s. 59 i n.; J. Majewski, w: G. Bogdan i in., *Kodeks karny. Cześć ogólna...*, s. 1480 i n.; O. Górniok, w: *Kodeks karny...*, s. 61 i n.

²³ W opracowaniach opublikowanych po wejściu w życie Kodeksu karnego z 1997 r., stanowisko takie prezentowali: L. Gardocki, *Prawo karne...*, s. 267; A. Wąsek, w: M. Kalitowski i in., *Kodeks karny...*, s. 403; M. Surkont, *Łapownictwo...*, s. 51–52; A. Liszewska, J. Garus-Ryba, *Problem odpowiedzialności...*, s. 19; P. Palka, M. Reut, *Korupcja...*, s. 19; R. A. Stefański, *Osoba pełniąca funkcję publiczną jako podmiot przestępstwa łapownictwa*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 11, s. 135–139; O. Górniok, *Z problematyki przestępstw przeciwko działalności instytucji państwowych i samorządu terytorialnego*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 5, s. 12–16; A. Marek, *Prawo karne...*, s. 621; M. Filar, *Zakres pojęciowy...*, s. 59; P. Kardas, *Odpowiedzialność karna...*, s. 3 i n.

charakteryzujące „publiczność” funkcji w orzecznictwie SN odnoszono albo do samej funkcji lub jednostki organizacyjnej, w ramach której dana osoba pełniła funkcję, albo do środków, z jakich finansowano działalność danej jednostki. W przypadku kryteriów związanych z samą funkcją, podstawowym wyznacznikiem „publiczności” funkcji były publiczne źródła umocowania danej osoby do działania oraz wynikające z nich władztwo publiczne pozostające w dyspozycji danej osoby lub instytucji²⁴. W przypadku kryterium odwołującego się do środków, z jakich finansowana była działalność danej osoby lub jednostki organizacyjnej, wskazywano alternatywnie albo na środki publiczne, z których dana jednostka korzysta prowadząc swoją działalność w zakresie realizacji celów publicznych, albo na majątek danej jednostki organizacyjnej, składający się ze środków publicznych, niezależnie od zadań realizowanych przez jednostkę wyposażoną w taki majątek²⁵. Pomijając w tym miejscu szczegółowe przedstawianie różnorodnych ujęć interpretacyjnych pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, jakie odnaleźć można w orzecznictwie SN z okresu obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 r. i Kodeksu karnego z 1997 r. oraz mając na względzie znaczenie kierunku wytyczonego przez linię orzecniczą wypracowaną już po wejściu w życie Kodeksu karnego z 1997 r. dla kształtu przepisu art. 115 § 19 k.k., wprowadzonego przez nowelę z dnia 13 czerwca 2003 r., rozważania poświęcone treści art. 115 § 19 k.k. poprzedzone zostaną nieco dokładniejszą analizą kilku orzeczeń SN, zawierających wskazówki interpretacyjne, co do kryteriów wyznaczających zakres pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, a wydanych w okresie obowiązywania Kodeksu karnego z 1997 r.²⁶ Analizując omawiane zagadnienie, SN w uchwale z dnia 20 czerwca 2001 r. (I KZP 5/01)²⁷ uznał ordynatora w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej za osobę pełniącą funkcję publiczną w rozumieniu art. 228 § 1 k.k., podnosząc, że publiczny zakład opieki zdrowotnej nie może zostać uznany za inną instytucję państwową w rozumieniu art. 115 § 13 pkt 6 k.k., zarazem jednak wskazując, że dla pełnienia funkcji publicznej konieczne jest łączne spełnienie dwóch warunków, tj. wykazanie, że źródłem istnienia i działania określonej

²⁴ Por. wyrok SN z dn. 14 XII 1982 r., III KR 182/82, OSNKW 1983, nr 9, poz. 73.

²⁵ Zob. m.in. uchwałę SN z dn. 28 III 2002 r., I KZP 35/01, OSNKW 2002, nr 5–6, poz. 29.

²⁶ Na związku przyjętego w ustawie z dn. 13 VI 2003 r. sposobu definiowania pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” z kierunkiem wytoczonym przez orzecznictwo SN wskazuje jednoznacznie B. Mik, *Nowela antykorupcyjna...*, s. 143.

²⁷ OSNKW 2001, nr 9–10, poz. 71.

instytucji (państwowej lub samorządowej) jest przepis prawa publicznego oraz że pełnienie funkcji w sferze publicznej wymaga, aby do jej realizacji w ramach danej instytucji wykorzystywane były środki publiczne²⁸. W uchwale z dnia 28 marca 2002 r. (I KZP 35/01)²⁹ SN podniósł, że publiczny charakter funkcji może być określony tylko w ustawie, w tym przede wszystkim w Konstytucji, oraz wskazał, że w odniesieniu do spółdzielni mieszkaniowych w systemie prawa odnaleźć można szereg aktów o randze ustawowej, określających zasady finansowania spółdzielczego budownictwa mieszkaniowego przez Państwo poprzez przekazywanie spółdzielniom mieszkaniowym środków publicznych oraz regulujących sposób dysponowania tymi środkami. W konsekwencji SN uznał, że spółdzielnie mieszkaniowe dysponują środkami publicznymi przekazywanymi przez Państwo, co stanowiło podstawę twierdzenia, że wykonywanie funkcji prezesa spółdzielni mieszkaniowej oznacza pełnienie funkcji publicznej w zakresie, w jakim jego czynności wiążą się z dysponowaniem środkami publicznymi. Wreszcie, w uchwale z dnia 18 października 2001 r. (I KZP 9/01)³⁰, SN stwierdził, że brak kompetencji władczych w pełnieniu funkcji nie wyklucza jej publicznego charakteru³¹, albowiem funkcja publiczna przejawiać się może także administrowaniem lub rozporządzaniem majątkiem publicznym, podejmowaniem decyzji w sferze publicznej lub ich przygotowywaniem. Powołując się na regulacje prawne, określające zasady funkcjonowania przedsiębiorstw państwowych, SN stwierdził, że funkcja dyrektora takiego przedsiębiorstwa służy celowi publicznemu — tj. optymalnemu zarządzaniu działalnością gospodarczą, opartą na mieniu państwowym — uwzględniającemu zadania określone

²⁸ Podkreślić jednak należy, że SN uznał ordynatora za „osobę pełniącą funkcję publiczną”, wskazując jedynie na okoliczność finansowania świadczeń leczniczych wykonywanych przez publiczne zakłady opieki zdrowotnej ze środków publicznych. SN nie wskazał jednak, że ordynator jest osobą „dysponującą tymi środkami” poprzez decydowanie o sposobie ich wykorzystywania. Ograniczenie uzasadnienie tezy zawartej w uchwale z dn. 20 VI 2001 r. wyłącznie do elementu finansowania działalności publicznych zakładów opieki zdrowotnej ze środków publicznych i pominięcie elementu dysponowania tymi publicznymi środkami przez konkretną osobę stanowić może podstawę do kwestionowania uzasadnienia przyjętego przez SN stanowiska. Szczegółowa analiza tego zagadnienia wymagałaby jednak odrębnego opracowania i z tych też względów nie zostanie przedstawiona w niniejszej opinii.

²⁹ OSNKW 2002, nr 5–6, poz. 29.

³⁰ OSNKW 2001, nr 11–12, poz. 87.

³¹ Odmiennie stanowisko prezentował SN w wyroku z dn. 14 XII 1982 r., III KR 182/82, OSNKW 1983, nr 9, poz. 73, przyjmując, że kryterium decydującym o pełnieniu funkcji publicznej jest władztwo publiczne pozostające w gestii danej osoby.

w akcie o utworzeniu przedsiębiorstwa bądź nałożone przez organ założycielski już w czasie działania przedsiębiorstwa. Podkreślając fakt zaliczenia dyrektora przedsiębiorstwa państwowego do kategorii podmiotów objętych zakresem przedmiotowym ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne, SN stwierdził, że dyrektor przedsiębiorstwa państwowego, pozostając poza prawnokarną kategorią funkcjonariuszy publicznych i nie dysponując uprawnieniami w zakresie władztwa publicznego, pełni jednakowoż funkcję publiczną w rozumieniu art. 228 § 1 k.k.

Uwzględniając chronologię powołanych wyżej uchwał SN, stwierdzić można, że pojęcie „osoba pełniąca funkcję publiczną” pierwotnie determinowane było poprzez element władztwa publicznego, pozostającego w dyspozycji konkretnej osoby³², aby stopniowo ewoluować w kierunku elementu finansowania określonej działalności ze środków publicznych i dysponowania takimi środkami przez jednostkę, w ramach której funkcjonuje dana osoba. Tym samym trudno oprzeć się wrażeniu, że od pewnego czasu SN zasadnicze znaczenie przy wykładni pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” przydaje kryterium źródła finansowania określonej działalności ze środków publicznych, nie zaś kryterium dysponowania przez daną osobę na podstawie ustawowego upoważnienia władztwem publicznym³³. Zarazem jednak właśnie z uwagi na kolejność podejmowanych przez SN uchwał, wskazać należy na jeden element przesądzający o możliwości uznania działalności danej osoby za pełnienie funkcji publicznej, tj. wymóg dysponowania środkami publicznymi na mocy postanowień konkretnej ustawy (lub aktu administracyjnego wydanego w oparciu o ustawę) oraz wymóg uzyskiwania środków publicznych przez jednostkę, w której zatrudniona jest dana osoba, na podstawie konkretnej regulacji ustawowej³⁴. Podkreślić należy, że kryteria te wprowadzono w uchwale dotyczącej ordynatora, a następnie powtórzono w uchwale dotyczącej prezesa spółdzielni mieszkaniowej, wydanej już po opublikowaniu uchwały dotyczącej dyrektora przedsiębiorstwa państwowego. Wskazanie na kolejność podejmowanych przez SN uchwał zdaje się mieć

³² Takie stanowisko prezentował SN np. w wyroku z dn. 14 XII 1982 r., III KR 182/82, OSNKW 1983, nr 9, poz. 73.

³³ Zob. też uwagi J. Majewski, w: G. Bogdan i in., *Kodeks karny. Część ogólna...*, s. 1480 i n.

³⁴ Kryterium to wskazywane jest w uchwale z dn. 20 VI 2001 r. oraz w uchwale z dn. 28 III 2002 r. Elementu tego pozbawiona jest natomiast uchwała z dn. 18 X 2001 r., która w miejsce wymogu dysponowania środkami publicznymi wprowadza element zarządzania działalnością gospodarczą, opartą na mieniu państwowym.

i to znaczenie, że w uchwale dotyczącej prezesa spółdzielni mieszkaniowej SN wyraźnie wprowadził wymóg dysponowania środkami publicznymi na podstawie postanowień konkretnej ustawy. Poszukując elementów wspólnych w cytowanych powyżej uchwałach SN, stanowiących podstawę poszerzenia zakresu podmiotowego przestępstwa łapownictwa biernego, stwierdzić można — mimo braku spójności poszczególnych rozstrzygnięć SN — że kryterium decydującym o pełnieniu funkcji publicznej było dysponowanie środkami publicznymi, nie zaś zarządzanie działalnością gospodarczą opartą na mieniu państwowym³⁵, mające odmienny i nie związany z realizacją zadań publicznych charakter. Mając na względzie fakt, że w systemie prawa funkcjonuje legalna definicja środków publicznych — zawarta w art. 3 ustawy z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych, oraz to, że przedsiębiorstwa państwowe nie są zaliczane na mocy postanowień tej ustawy do sektora finansów publicznych (art. 5 ust. 11 ustawy o finansach publicznych), stwierdzić należy, że przedsiębiorstwo państwowe nie dysponuje środkami publicznymi w rozumieniu przepisów tej ustawy. Tym samym wprowadzenie do uchwały z dnia 28 marca 2002 r. warunku dysponowania środkami publicznymi przez jednostkę, w ramach której wykonuje czynności dana osoba, jako warunku uznania jej za osobę pełniącą funkcję publiczną, rozumieć można jako zawężenie szerokiego sposobu interpretacji znamion podmiotu łapownictwa biernego, przyjętego w uchwale z dnia 18 października 2001 r.³⁶ W konsekwencji uprawnionym wydaje się twierdzenie, że w świetle przytoczonych powyżej uchwał SN, kryterium przekazywa-

³⁵ Komentują określenie podmiotu przestępstwa z art. 228 k.k. O. Górniok trafnie wskazuje, że mimo wielości ujęć interpretacyjnych pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” ani w polskim piśmiennictwie, ani w orzecznictwie SN nie przedstawiono próby wykładni pojęcia „dysponować” środkami publicznymi. Zob. szerzej O. Górniok, w: *Kodeks karny...*, s. 62. Podkreślić należy, że o ile przed wejściem w życie noweli z dn. 13 VI 2003 r. kwestia interpretacji zwrotu „dysponuje środkami publicznymi” nie miała zasadniczego znaczenia, albowiem sformułowanie to nie miało charakteru ustawowego, lecz zostało wykorzystane przez SN jako jeden z elementów charakteryzujących pełnienie funkcji publicznej, o tyle obecnie stanowi ono element ustawowej definicji pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, podlegający wykładni zgodnie z przyjmowanymi w prawoznawstwie regułami. Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 204–205.

³⁶ O zawężeniu wykładni zdaje się przesądzać to, że w uchwale z dn. 18 X 2001 r. SN uznał za kryterium pełnienia funkcji publicznej zarządzanie działalnością gospodarczą opartą na mieniu państwowym, nie zaś dysponowanie środkami publicznymi na podstawie przepisów prawa publicznego. Tym samym, pełnienie funkcji publicznej w ujęciu zaproponowanym w tej uchwale zostało poszerzone na obszar zarządzania mieniem państwowym, obejmujący znacznie szerszy i odmienny z punktu widzenia podstaw działania zakres niż działania polegające na dysponowaniu środkami publicznymi.

nia środków publicznych na podstawie wyraźnej dyspozycji ustawowej stanowi element przekształcający działalność osoby dysponującej tymi środkami w pełnienie funkcji publicznej. Innymi słowy, nie tyle zarządzanie majątkiem pochodzącym ze źródła publicznego (zarządzanie działalnością gospodarczą opartą na mieniu państwowym), lecz realizowanie celu publicznego poprzez dysponowanie powierzonymi na podstawie przepisu ustawy lub indywidualnego aktu administracyjnego środkami publicznymi, przesądza, zdaniem SN, o publicznym charakterze pełnionej funkcji. W przypadku przedsiębiorstwa państwowego „publiczność” funkcji wykonywanej przez dyrektora wynika — zdaniem SN — z faktu powierzenia mu do realizacji celów publicznych, określonych przez państwowy organ założycielski, w postaci optymalnego zarządzania działalnością gospodarczą w zakresie i ramach określonych przez ustawę o przedsiębiorstwach państwowych; natomiast w przypadku prezesa zarządu spółdzielni „publiczność” jego funkcji wynika z faktu przekazania do dysponowania środków publicznych w postaci dotacji lub subwencji. Podkreślić należy, że SN źródła funkcji publicznej dopatrywał się z jednej strony w szczególnym statusie i szczególnych ustawowych celach i zasadach funkcjonowania przedsiębiorstwa państwowego, realizującego publiczne cele gospodarcze pod nadzorem i kierunkiem organu założycielskiego, z drugiej — w przekazaniu do dysponowania środków publicznych spółdzielni, która z punktu widzenia regulacji ustawowych określających zasady jej działania nie zawiera elementów pozwalających uznać, iż pełnienie funkcji jej prezesa służy celowi publicznemu, lecz publiczność jego funkcji wynikać może jedynie z przekazania do dysponowania środków publicznych, które wykorzystywane być powinny zgodnie z ich publicznym celem. W świetle przedstawionych wyżej uwag widać wyraźnie, że kryteria przesądzające o publicznym charakterze pełnionej funkcji są w obu uchwałach zasadniczo odmienne.

W konsekwencji należy stwierdzić, że pełnienie funkcji publicznej, w świetle powołanych wyżej orzeczeń SN, nie jest bynajmniej wyznaczone wyłącznie przez kryterium publicznoprawnego źródła finansowania określonej działalności, lecz przez dwa kryteria ujęte łącznie: kryterium władztwa publicznego oraz kryterium publicznego źródła środków pozostających w dyspozycji danej osoby. Przy czym w odniesieniu do dyrektora przedsiębiorstwa państwowego owo władztwo publiczne nie polega na dysponowaniu imperium przysługującym Państwu, lecz ogranicza się — zdaniem SN — do realizacji władczych przedsięwzięć organu państwowego, który powołał przedsiębiorstwo, określił przedmiot jego działalności i wyposażył je w środki stanowiące mienie państwowe. Niezależnie od oceny wskazanych w uchwale

z dnia 18 października 2001 r. przesłanek związanych z ustawową regulacją podstaw funkcjonowania przedsiębiorstwa państwowego, nie sposób uznać, że zarządzanie działalnością gospodarczą opartą na mieniu państwowym jest tożsame z dysponowaniem środkami publicznymi. Stanowiska takiego nie przedstawił także SN, ograniczając uzasadnienie tezy do twierdzenia, że dyrektor przedsiębiorstwa państwowego „realizuje przedsięwzięcie władcze organu państwowego, który powołał przedsiębiorstwo”, co przesądza, że funkcja dyrektora takiego przedsiębiorstwa służy celowi publicznemu, tj. optymalnemu zarządzaniu działalnością gospodarczą³⁷.

W świetle przedstawionych powyżej uwag, pomijając analizę zasadności rozumienia przez SN pojęcia „funkcja publiczna” oraz wskazywanych kryteriów wyznaczających zakres znaczeniowy tego terminu³⁸, uzasadnionym wydaje się twierdzenie, że pomimo jednoznacznie rozszerzającej wykładni pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, jako znamienia określającego podmiot przestępstwa łapownictwa biernego³⁹, w żadnym z powołanych po-

³⁷ Mając na względzie fakt braku ustawowej definicji pojęcia „w związku z pełnieniem funkcji publicznej” oraz pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, w tym w szczególności brak ustawowego powiązania „publiczności” funkcji z dysponowaniem środkami publicznymi w chwili podejmowania przez SN rozstrzygnięcia dotyczącego dyrektora przedsiębiorstwa państwowego, stwierdzić należy, że interpretacja podmiotu przestępstwa łapownictwa biernego, przedstawiona w uchwale z dn. 18 X 2001 r., ma charakter ewidentnie rozszerzający i nie opiera się na kryteriach związanych z regulacjami prawa publicznego, niezbędnych przy interpretacji podmiotu przestępstwa zamieszczonego w rozdz. XXIX k.k., przyjmowanych w uchwale z dn. 20 VI 2001 r. i w uchwale z dn. 28 III 2002 r., nie pozostaje jednak w sprzeczności z ustawową definicją terminu „osoba pełniąca funkcję publiczną”, ponieważ w chwili wydania uchwały definicji takiej nie było w systemie prawa karnego. Zarazem jednak uchwała z dn. 18 X 2001 r. oparta jest na odmiennym kryterium „publiczności” działania niż przyjmowane w pozostałych uchwałach (zarówno poprzedzających, jak i następujących po uchwale dotyczącej dyrektora przedsiębiorstwa państwowego), zaś z uwagi na charakter orzeczeń SN odnoszących się do konkretnego zagadnienia i pozbawionych waloru ogólności, jej normatywne znaczenie związane być może jedynie z osobą dyrektora przedsiębiorstwa państwowego i nie odnosi się do żadnego innego podmiotu. Pytanie, czy inna niż dyrektor przedsiębiorstwa państwowego osoba może zostać uznana za osobę pełniącą funkcję publiczną nie może zostać rozstrzygnięte poprzez odwołanie się do tej uchwały, lecz wymagałoby konkretnej wypowiedzi SN. Dodać jeszcze wypadnie, że ocena tezy zawartej w uchwale z dn. 18 X 2001 r. przedstawia się zasadniczo odmiennie po wejściu w życie noweli z dn. 13 VI 2003 r. Kwestia ta stanowi przedmiot szczegółowych rozważań zamieszczonych w pkt III niniejszej opracowania.

³⁸ Zasadnicze wątpliwości wywołuje uznanie za pełnienie funkcji publicznej wykonywanie zadań przez dyrektora przedsiębiorstwa państwowego.

³⁹ Zaznaczyć należy, że wykładnia ta może wywoływać wątpliwości związane zwłaszcza z kontekstem normatywnym, w jakim występuje w Kodeksie karnym przepis art. 228, jednoznacznie ograniczającym rodzajowy przedmiot ochrony tego przestępstwa do zasad

wyżej orzeczeń SN nie oparł kryterium definicyjnego wyłącznie na elemencie publicznoprawnego źródła finansowania działalności jednostki, w której zatrudniona jest, lub w której na podstawie innego niż zatrudnienie stosunku prawnego pełni funkcję dana osoba, lecz kryterium to uzupełniał elementami charakteryzującymi przedmiot ochrony przepisów określających poszczególne postaci przestępstwa łapownictwa. W uchwale z dnia 18 października 2001 r. (I KZP 9/01) SN wprost odwołał się do tytułu rozdz. XXIX k.k., w którym zamieszczony jest przepis art. 228 k.k., w pozostałych uchwałach natomiast SN niejako pośrednio, poprzez uwagi dotyczące wykładni zwrotu „funkcja publiczna”, nawiązywał do zakresu kryminalizacji dookreślanego przez tytuł tego rozdziału. Zarówno w odniesieniu do dyrektora przedsiębiorstwa państwowego, jak i prezesa spółdzielni mieszkaniowej, zasadniczy trzon argumentacji uzasadniającej tezę uznającą te osoby za pełniące funkcję publiczną, było wykazanie, że ze względu na zasady tworzenia, nadzoru i źródła wyposażenia w środki majątkowe, jak i zasady przekazywania dotacji lub subwencji, dyrektor przedsiębiorstwa państwowego i prezes spółdzielni mieszkaniowej pełnią funkcję publiczną realizując cel publiczny, jakim jest optymalne zarządzanie działalnością gospodarczą opartą na mieniu państwowym lub cel publiczny związany z określonym przez przepisy ustawowe sposobem dysponowania środkami publicznymi, i tym samym realizują władcze przedsięwzięcia niejako w imieniu lub na zlecenie instytucji państwowych. Mimo iż konkluzja rozważań SN w odniesieniu do dyrektora przedsiębiorstwa państwowego wywoływać może poważne zastrzeżenia z uwagi na niespełnienie wymogu dysponowania przez ten podmiot środkami publicznymi w rozumieniu przepisów prawa publicznego⁴⁰, a tym samym wątpliwości, co do możliwości uznania dyrektora za osobę realizującą władcze przedsięwzięcia w odniesieniu do środków przekazanych na podstawie prawa publicznego, za w pełni uzasadnione uznać należy uwagi Mariana Filara, opublikowane już po wejściu w życie noweli z 13 czerwca 2003 r., który odwołując się do rodzajowego przedmiotu ochrony wszystkich przestępstw zgrupowanych w rozdz. XXIX k.k. — tj. prawidłowości funkcjonowania instytucji państwowych i samorządu terytorialnego — wskazuje, że z perspektywy podmiotu przestępstwa łapownictwa znaczenie ma nie tylko źródło

prawidłowego funkcjonowania instytucji państwowych i samorządowych. Kwestia ta, z uwagi na zakres niniejszego opracowania, nie może zostać poddana dogłębniejszej analizie.

⁴⁰ Chodzi tutaj w szczególności o regulacje zawarte w ustawie z dn. 26 XI 1998 r. o finansach publicznych (j.t. Dz.U. z 2003 r., nr 15, poz. 148 ze zm.).

finansowania określonej działalności (ze środków publicznych), ale także element wykonywania przez jednostkę dysponującą takimi środkami celów publicznych, określonych przez przepisy ustawowe lub indywidualne akty administracyjne. W każdym bowiem przypadku łapownictwa, zamach dotyczyć musi nie tyle środków publicznych lub — szerzej — zasad prawidłowego dysponowania tymi środkami, lecz przede wszystkim zasad prawidłowego funkcjonowania instytucji państwowych lub samorządowych, które realizują określone cele publiczne za pośrednictwem jednostek, którym przekazywane są środki publiczne⁴¹. Trafnie przeto wskazuje się w piśmiennictwie, że podmiotem przestępstwa łapownictwa może być tylko taka osoba, która, dysponując środkami publicznymi i realizując określone zadania związane z przekazaniem tych środków, podejmuje stosowne rozstrzygnięcia w oparciu o ustawowe upoważnienie i tym samym wykonuje niejako w zastępstwie określonej instytucji państwowej lub samorządowej zadania, co do zasady przysługujące tym instytucjom⁴². Tylko bowiem przy przyjęciu takiego założenia można uznać przedstawione w cytowanych uchwałach SN sposoby interpretacji pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” za nie pozostające w radykalnej sprzeczności z podstawowym celem (funkcją) przepisu art. 228 k.k., określanym także przez tytuł rozdziału, w którym znajduje się ten przepis⁴³. Przyjęcie założenia, że poglądy SN, wyrażone w powołanych uchwałach, w istocie zastępują kryterium dysponowania władztwem publicznym warunkiem dysponowania przez daną jednostkę środkami publicznymi bez uwzględnienia źródła oraz sposobu pozyskania tych publicznoprawnych środków lub wręcz, co prawda niewypowiedzianym w żadnym z analizowanych orzeczeń, jednak wskazywanym w doktrynie, kryterium wyposażenia danej jednostki organizacyjnej w majątek utworzony ze środków publicznych lub kryterium zarządzania działalnością gospodarczą opartą na mieniu (środkach) publicznych (państwowych)⁴⁴, prowadziłyby bowiem do sytuacji, w której

⁴¹ Podobne stanowisko prezentuje na gruncie art. 115 § 19 k.k. J. Majewski, stwierdzając, że w przypadku jednostek organizacyjnych dysponujących środkami publicznymi chodzi wyłącznie o jednostki, których działalność, jako służąca realizacji zadań publicznych, z założenia ma być finansowana ze środków publicznych, oraz o jednostki, do zadań których należy administrowanie środkami publicznymi — J. Majewski, w: G. Bogdan i in., *Kodeks karny. Cześć ogólna...*, s. 1480 i n.; O. Górniok, w: *Kodeks karny...*, s. 1482–1483.

⁴² M. Filar, *Zakres pojęciowy...*, s. 62–63.

⁴³ Por. J. Karaźniewicz, Glosa do uchwały SN z dn. 28 III 2002 r., I KZP 35/01, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 12, s. 105–106.

⁴⁴ W takim kierunku zdaje się zmierzać wykładnia art. 115 § 19 k.k., przedstawiona przez O. Górniok, zdaniem której, za środki publiczne „zgodnie z dyrektywami wykładni

przedmiotem ochrony przepisu chroniącego prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwowych i samorządowych przed zamachami o charakterze korupcyjnym stałoby się prawidłowe wykorzystywanie środków publicznych lub prawidłowe zarządzanie mieniem państwowym także w tych sytuacjach, gdy wykorzystywanie tych środków lub zarządzanie mieniem nie pozostaje w żadnym związku z działalnością instytucji państwowych lub samorządowych, ani też z realizacją zadań publicznych finansowanych ze środków publicznych⁴⁵. Taki sposób interpretacji znamienia podmiotu przestępstwa łapownictwa wywołuje zasadnicze wątpliwości z punktu widzenia zakresu kryminalizacji przepisów art. 228–229 k.k. oraz jej sprzeczności za podstawowymi zasadami prawa karnego⁴⁶.

W kontekście przedstawionych powyżej uwag stwierdzić należy, że uznanie, iż dana osoba, nie będąca funkcjonariuszem publicznym, pełni funkcję publiczną, uzależnione jest od koniunktywnego przesądzenia dwóch warunków: dysponowania przez jednostkę, w której pełni ona funkcję lub jest zatrudniona, środkami publicznymi oraz realizowania przez tę jednostkę, przy wykorzystaniu tych środków, celów publicznych, określonych przez przepisy prawa niejako w zastępstwie instytucji państwowej lub samorządowej⁴⁷. Innymi słowy, z punktu widzenia kryterium dysponowania przez jednostkę, w której sprawca pełni funkcję, środkami publicznymi, jako istotne jawią się dwa elementy: po pierwsze wykonywanie przez tę jednostkę zadań publicznych, po wtóre finansowanie tych zadań ze środków publicznych. Dokonując takiej reinterpretacji kryteriów definicyjnych pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, wypracowanych w orzecznictwie SN wydanym po 1 września 1998 r., zapobiega się temu, że stosunkowo szeroko zakreślone przez SN ramy podmiotowe przestępstwa łapownictwa

językowej, można uznać nie tylko wchodzące w skład danej jednostki, ale wszystkie środki publiczne, z których ona na podstawie różnych tytułów korzysta” — O. Górniok, w: *Kodeks karny...*, s. 62.

⁴⁵ Por. też podobną wypowiedź J. Majewskiego, przedstawioną na gruncie art. 115 § 19 k.k. — J. Majewski, w: G. Bogdan i in., *Kodeks karny. Część ogólna...*, s. 1482.

⁴⁶ Por. w tej kwestii uwagi M. Filara — M. Filar, *Zakres pojęciowy...*, s. 67–69.

⁴⁷ Stanowisko takie zajmuje także M. Filar, *Zakres pojęciowy...*, s. 66 i n. Podobnie wypowiada się w aprobującej glosie do uchwały SN z dn. 28 III 2002 r. J. Karaźniewicz, stwierdzając, że aby zachować spójność systemową konieczne jest wykazanie, że osoba dysponująca środkami publicznymi, aby zostać uznaną za osobę pełniącą funkcję publiczną musi dopuścić się zamachu na zasady prawidłowego funkcjonowania sfery publicznej, co najmniej w aspekcie określonych przez przepisy ustawowe reguł dysponowania przekazywanymi środkami publicznymi — J. Karaźniewicz, Glosa do uchwały SN z dn. 28 III 2002..., s. 105–106.

biernego nie prowadzą do przekroczenia granicy między sferą publiczną, związaną z działalnością instytucji państwowych i samorządowych, a sferą prywatną, związaną z działalnością gospodarczą, także tą, która oparta jest na majątku pochodzącym ze źródeł publicznych (państwowych lub samorządowych), lecz poddana jest wyłącznie regulacjom wolnorynkowym z zakresu prawa prywatnego gospodarczego i cywilnego i nie jest wykorzystywana do realizacji celów (zadań) publicznych⁴⁸. Podstawą odpowiedzialności za łapownictwo może być bowiem tylko taka działalność, która opiera się na dysponowaniu środkami publicznymi przekazanymi na podstawie regulacji ustawowej lub indywidualnej decyzji administracyjnej, mającej ustawową podstawę i sprowadza się do zamachu na określone przez przepisy prawa zasady prawidłowego dysponowania środkami publicznymi, przez co godzi w prawidłowość funkcjonowania instytucji państwowych lub samorządowych w zakresie dysponowania tymi środkami w obszarze działalności publicznej i realizowania przy wykorzystaniu tych środków celów publicznych⁴⁹. Poprzez to ograniczenie, pośrednio jedynie sygnalizowane w powołanych uchwałach SN, zapobiega się niebezpieczeństwu renacjonalizacji przestępczości gospodarczej poprzez przydanie zasadom prawidłowego obrotu gospodarczego ochrony karnoprawnej właściwej wyłącznie dla instytucji państwowych i samorządowych przed zamachami o charakterze korupcyjnym⁵⁰. Spoglądając z powyższej perspektywy na podmiot przestępstwa łapownictwa, wydaje się, iż także na gruncie wykładni zwrotu „osoba pełniąca funkcję publiczną”, przedstawionej w cytowanych uchwałach SN, za zdany podmiot tego przestępstwa nie może być uznana osoba, która pełni funkcję lub jest zatrudniona w jednostce nie realizującej w żadnym zakresie, na mocy przepisu ustawy lub indywidualnej decyzji administracyjnej, publicznych celów (zadań) w „umocowanym zastępstwie” instytucji państwowej lub samorządowej, albowiem wówczas nigdy nie dochodzi do naruszenia rodzajowego przedmiotu ochrony przestępstwa łapownictwa, jakim jest prawidłowość

⁴⁸ Pomijam w tym miejscu szczegółową analizę problemu, czy podmioty uznane w cytowanych uchwałach za osoby pełniące funkcje publiczne w rzeczywistości spełniają kryterium dysponowania elementami władztwa publicznego, uzasadniające uznanie ich za podmiot łapownictwa biernego. Problem ten odnosi się bowiem do sposobu interpretacji zakresu prawnokarnej ochrony sfery publicznej, regulowanej przez przepisy prawa publicznego i wymaga odrębnego omówienia.

⁴⁹ Por. J. Karaźniewicz, Głosa do uchwały SN z dn. 28 III 2002..., s. 105–106.

⁵⁰ Por. M. Filar, *Zakres pojęciowy...*, s. 60 i n.; R. Zawłocki, *Osoba pełniąca funkcję publiczną jako sprawca przestępstwa łapownictwa biernego*, „Monitor Prawniczy” 2002, nr 10, s. 472 i n.

funkcjonowania instytucji państwowych lub samorządowych lub, inaczej, prawidłowość obrotu publicznoprawnego⁵¹.

W konsekwencji można stwierdzić, że także w świetle poddanych analizie uzasadnień rozstrzygnięć SN poświęconych kryteriom definicyjnym pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” z perspektywy kryterium ujętego jako funkcjonowaniem w ramach jednostki organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, za jednostkę dysponującą środkami publicznymi można zasadnie uznać tylko taki podmiot, który ze względu na specyficzny sposób pozyskania środków publicznych oraz ich przeznaczenie, może zostać uznany za realizujący zadania publiczne, określone przez przepisy prawa publicznego, które są finansowane ze środków publicznych, lub za podmiot administrujący (zarządzający) środkami publicznymi⁵².

Odnosząc przedstawione powyżej uwagi ogólne do wywołującego poważne wątpliwości w praktyce oraz teorii prawa karnego zagadnienia związanego z pytaniem, czy osoba zarządzająca majątkiem państwowym lub samorządowym wniesionym jako wkład do spółki prawa handlowego, np. osoba pełniąca funkcję członka zarządu w spółce prawa handlowego z udziałem Skarbu Państwa, lub jednostki samorządu terytorialnego, może zostać uznana za osobę pełniącą funkcję publiczną, niezależnie od przedstawionych wyżej uwag, wskazać należy dwie istotne okoliczności, wpływające na sposób rozstrzygnięcia postawionego pytania. Po pierwsze regulacje ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych, która stanowiła podstawę przekształcenia przedsiębiorstw państwowych, prowadzących działalność gospodarczą na zasadach właściwych dla scentralizowanej gospodarki socjalistycznej, w spółki prawa handlowego, działające zgodnie z prawidłami gospodarki wolnorynkowej na zasadach określonych przez przepisy prawa prywatnego gospodarczego. Po drugie zakres uprawnień, jakie stosowne przepisy przyznają osobom pełniącym funkcję członków zarządu w tych spółkach.

Odnosząc się do pierwszego z wymienionych elementów, podnieść należy w pierwszej kolejności, że podstawowym celem ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych było stworzenie mechanizmów umożliwiających przekształcenie przedsiębiorstw państwowych

⁵¹ Przesądza to, że zachowania korupcyjne podejmowane w sferze gospodarczej regulowanej przez przepisy prawa prywatnego nie były objęte kryminalizacją na podstawie art. 228 lub art. 229 k.k. i w tym obszarze do dn. 1 VII 2003 r. istniała w polskim systemie prawa karnego luka, którą wypełnił ustawodawca nowelą z dn. 13 VI 2003 r.

⁵² Por. J. Majewski, w: G. Bogdan i in., *Kodeks karny. Cześć ogólna...*, s. 1482–1483.

w organizmy gospodarcze działające w oparciu o regulacje prywatnoprawne na zasadach wolnorynkowych. Innymi słowy, ustawa ta stanowiła podstawę do zmiany zasad funkcjonowania podmiotów gospodarczych, jakimi były przedsiębiorstwa państwowe, i przekształcenie ich w jednostki gospodarcze uczestniczące na ogólnych zasadach w obrocie gospodarczym, i tym samym przejście od formuły regulowania działalności tych jednostek związanej z regulacjami prawa publicznego właściwego dla scentralizowanej gospodarki, do formuły regulowania działalności podmiotów gospodarczych wykorzystujących wniesione aportem składniki majątkowe Skarbu Państwa w oparciu o przepisy prawa prywatnego gospodarczego. W konsekwencji, do utworzonych w wyniku komercjalizacji spółek handlowych nie znajdują zastosowania reguły opisane w ustawie o przedsiębiorstwach państwowych, w tym także reguły dotyczące wyposażania jednostki w środki sprawowania nad nią nadzoru oraz możliwości bezpośredniego wpływania na sposób jej funkcjonowania, lecz określone w Kodeksie spółek handlowych, ustawie Prawo działalności gospodarczej i innych aktach z zakresu prawa prywatnego gospodarczego, reguły funkcjonowania wolnorynkowego obrotu gospodarczego. Utworzone w wyniku komercjalizacji spółki przestają zatem pełnić funkcje przypisywane przez ustawodawcę przedsiębiorstwom państwowym, i stają się pełnoprawnymi i równorzędnymi z innymi uczestnikami obrotu gospodarczego, regulowanego przez przepisy prawa prywatnego. Podkreślić należy, że komercjalizacja dotyczyła tych przedsiębiorstw, które prowadziły działalność gospodarczą niejako na ogólnych zasadach, nie odnosiła się natomiast do przedsiębiorstw o istotnym znaczeniu publicznym, które nadal funkcjonują w tej formie prawnej, w oparciu o regulacje zawarte w ustawie o przedsiębiorstwach państwowych (por. art. 1a ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych). Tym samym, w odniesieniu do tych podmiotów, nie znajdują zastosowania uwagi zamieszczone w uzasadnieniu uchwały SN z dnia 18 października 2001 r. (I KZP 9/01), dotyczące wyposażenia przedsiębiorstwa państwowego w środki oraz realizacji przez ten podmiot władczych przedsięwzięć organu państwowego, tworzącego to przedsiębiorstwo, oraz sprawowania nad nim nadzoru. Powstająca w wyniku przekształcenia przedsiębiorstwa państwowego spółka z udziałem Skarbu Państwa, staje się organizmem gospodarczym działającym na zasadach określonych w Kodeksie spółek handlowych (art. 5 ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych), oraz innych ustawach ze sfery prawa prywatnego gospodarczego. Nie realizuje żadnych celów lub kompetencji władczych, przysługujących pierwotnie instytucjom państwowym lub samorządowym, nie realizuje także celu sprowadzającego się do

optymalnego zarządzania działalnością gospodarczą z uwzględnieniem zadań o charakterze publicznym, określonych w akcie założycielskim takiej spółki. Z mocy postanowień ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych spółka taka staje się podmiotem gospodarczym, wplecionym w strukturę sfery prywatnoprawnego obrotu gospodarczego. Przesądza to, że spółka z udziałem Skarbu Państwa (także większościowym), mimo iż dysponuje w pewnym zakresie majątkiem państwowym wniesionym jako aport, to jednak w żadnym zakresie jej działalność nie przynależy do sfery publicznoprawnej. Spółki z udziałem Skarbu Państwa nie prowadzą także działalności w zakresie redystrybucji środków publicznych, przekazanych im do dyspozycji, w rozumieniu, jakie nadał temu elementowi SN w uchwale z dnia 28 marca 2002 r. I KZP 35/01, dotyczącej prezesa spółdzielni mieszkaniowej. Co więcej, spółki z udziałem Skarbu Państwa, co do zasady, nie otrzymują środków publicznych, które związane byłyby z realizacją celów publicznych w zastępstwie instytucji państwowych lub samorządowych. Podkreślić należy, że zgodnie z powszechnie akceptowanym stanowiskiem orzecznictwa i doktryny, środki publiczne wnoszone przez gminę lub Skarb Państwa do spółki tytułem pokrycia kapitału zakładowego lub akcyjnego, tracą swój publiczny charakter i stają się kapitałem zakładowym lub akcyjnym spółki, zgodnie z przepisami Kodeksu handlowego (a obecnie przepisami Kodeksu spółek handlowych). Wydatkowanie środków pochodzących z kapitału zakładowego nie stanowi także działań podlegających przepisom ustawy o zamówieniach publicznych⁵³. Przedstawione powyżej uwagi odnoszą się także do spółek handlowych z udziałem Skarbu Państwa, tworzonych na zasadach określonych w Kodeksie spółek handlowych (dawniej Kodeksie handlowym), a więc nie w trybie ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych. W tych przypadkach niejako od razu dochodzi do utworzenia podmiotu gospodarczego o charakterze prywatnoprawnym, którego funkcjonowanie pozostaje całkowicie poza sferą regulacji prawa publicznego w zakresie dysponowania środkami publicznymi.

Podkreślić należy, że wedle stanowiska SN, „rozstrzygnięcie, czy konkretna osoba nie będąca funkcjonariuszem publicznym jest podmiotem tego przestępstwa, następuje w zależności od tego, czy ustawa określająca jej uprawnienia powierza jej pełnienie funkcji publicznej”⁵⁴. Kryterium przesądzającym o publiczności pełnionej funkcji jest zatem ustawa

⁵³ Por. K. Kozłowski, *Zakres przedmiotowy ustawy o zamówieniach publicznych, cz. II*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1998, nr 10, s. 15 i n.

⁵⁴ Uzasadnienie uchwały z dn. 18 X 2001 r. I KZP 9/01, s. 17.

określająca uprawnienia danej osoby. W odniesieniu do spółek handlowych z większościowym udziałem Skarbu Państwa uprawnienia te regulowane są przez Kodeks spółek handlowych (uprzednio Kodeks handlowy) oraz, w niewielkim zakresie, przez przepisy ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych (w przypadku spółek powstałych w wyniku przekształcenia przedsiębiorstwa państwowego w spółkę handlową). W żadnym zakresie przepisy Kodeksu spółek handlowych (Kodeksu handlowego) ani przepisy ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych nie zawierają regulacji chociażby zbliżonych do rozwiązań zawartych w ustawie o przedsiębiorstwie państwowym. Tym samym, ani zakres kompetencji członka zarządu spółki z większościowym udziałem Skarbu Państwa, ani też zakres kompetencji władczych i nadzorczych organów państwowych realizujących zadania w sferze komercjalizacji i prywatyzacji nie stwarzają podstawy do twierdzenia, że członek zarządu takiej spółki pełni funkcję publiczną. Identycznie jest w przypadku spółek handlowych z udziałem Skarbu Państwa utworzonych w oparciu o przepisy Kodeksu handlowego lub Kodeksu spółek handlowych. W tych sytuacjach kompetencje członków zarządu określają wyłącznie przepisy Kodeksu spółek handlowych oraz statut lub umowa spółki, a więc bez wątplenia akty zaliczane do sfery prawa prywatnego, nie związanej w żaden sposób z publiczną reglamentacją dysponowania środkami publicznymi. Tezy tej nie osłabia w najmniejszym nawet stopniu regulacja zawarta w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne. Ustawa ta nie zawiera bowiem definicji pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, nie precyzuje także kryteriów mogących stanowić podstawę sprecyzowania zakresu znaczeniowego tego pojęcia. W art. 1 i art. 2 ustawa zawiera wyliczenie kategorii osób, których dotyczy zakres przedmiotowy jej regulacji. Nie sposób jednak twierdzić, iż tym samym osoby wymienione w tych przepisach uznane być muszą za osoby pełniące funkcje publiczne. Dodać jeszcze należy, że uchwała z dnia 18 października 2001 r., oparta na odmiennym od dysponowania środkami publicznymi kryterium, stanowiącym — zdaniem SN — podstawę do uznania dyrektora przedsiębiorstwa państwowego za osobę pełniącą funkcję publiczną — dotyczyła tylko dyrektora przedsiębiorstwa państwowego. Z uwagi na specyfikę przesłanek stanowiących podstawę konkluzji wyrażonej w tezie tej uchwały, nie istnieją podstawy do rozciągania przyjętej w niej wykładni podmiotu przestępstwa łapownictwa biernego na członków zarządu spółki z udziałem Skarbu Państwa.

W powyższym kontekście stwierdzić należy, że członek zarządu spółki z udziałem (także oczywiście większościowym) Skarbu Państwa lub jed-

nostki samorządu terytorialnego nie może zostać uznany za osobę pełniącą funkcję publiczną z powodów, o których mowa w uchwale SN z dnia 18 października 2001 r. (I KZP 22/01), dotyczącej dyrektora przedsiębiorstwa państwowego. Pozostaje przeto do rozstrzygnięcia zagadnienie związane z przekazaniem spółce z udziałem Skarbu Państwa lub jednostki samorządu do dysponowania środków publicznych na zasadach analogicznych jak te, które wedle SN stanowiły podstawę uznania prezesa spółdzielni mieszkaniowej za osobę pełniącą funkcję publiczną. Innymi słowy, chodzi tutaj o przesądzenie, czy mimo braku podstaw do uznania, że członek zarządu spółki z udziałem Skarbu Państwa pełni funkcję publiczną ze względu na zasady tworzenia, wyposażenia w majątek oraz sprawowanie nadzoru i możliwość wpływania na sposób funkcjonowania przez instytucje państwowe lub samorządowe, istnieją podstawy do uznania go za osobę pełniącą funkcję publiczną ze względu na przekazywanie przez instytucje państwowe lub samorządowe takim spółkom środków publicznych na podstawie regulacji ustawowych z zakresu prawa publicznego lub indywidualnych decyzji administracyjnych, mających ustawowe źródła w prawie publicznym. Z uwagi na obszerność regulacji prawnej w tym zakresie, na potrzeby niniejszego opracowania, uwagi można ograniczyć do rozwiązań odnoszących się do przykładowo wybranych aktów prawnych, np. zawartych w ustawie z dnia 26 listopada 1998 r. o dostosowaniu górnictwa węgla kamiennego do funkcjonowania w warunkach gospodarki rynkowej oraz szczególnych uprawnieniach i zadaniach gmin górniczych (Dz.U. nr 162, poz. 1112) oraz aktów wykonawczych do tej ustawy, w tym w szczególności Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 17 maja 2001 r. w sprawie dotacji budżetu państwa przeznaczonej na finansowanie likwidacji kopalń, zabezpieczenia kopalń sąsiednich przed zagrożeniami wodnymi oraz usuwania szkód wywołanych ruchem zakładu górniczego, powstałych w wyniku reaktywacji starych zrobów (Dz.U. nr 52, poz. 547). Powołane wyżej akty prawne stwarzają podstawy do przekazywania spółkom z udziałem Skarbu Państwa dotacji celowych. Regulacje te uznać należy za analogiczne do rozwiązań wskazanych w uchwale SN z dnia 28 marca 2002 r. (I KZP 35/01) dotyczącej prezesa spółdzielni mieszkaniowej. Dotacje mają charakter środków publicznych, przeznaczonych na realizację celów o charakterze publicznym. Tym samym niezależnie od faktu, iż co do zasady spółka z większościowym udziałem Skarbu Państwa nie jest podmiotem (odmiennie niż przedsiębiorstwo państwowe), w którym pełnienie funkcji prowadziłoby do uznania jej za funkcję publiczną, to jednak w wypadkach, gdy spółka taka otrzymuje dotacje pochodzące ze środków publicznych i służące do realizacji celu publicznego określonego w przepisach

prawa publicznego, członkowie zarządu w zakresie czynności wiążących się z dysponowaniem tymi środkami, lecz tylko w tym zakresie, mogą zostać uznani za osoby pełniące funkcje publiczne przy uwzględnieniu kryteriów określonych w uchwale z dnia 28 marca 2002 r. We wszystkich pozostałych wypadkach, gdy zarząd spółki z udziałem Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego prowadzi działalność w oparciu o składniki majątkowe przekazane spółce w celu prowadzenia działalności gospodarczej na zasadach określonych przez przepisy prawa prywatnego gospodarczego, z uwagi na charakter tego podmiotu, będącego równoprawnym z innymi uczestnikiem obrotu gospodarczego, członkowie zarządu takiej spółki nie są osobami pełniącymi funkcje publiczne, bowiem taki podmiot nie realizuje zadań publicznych, które byłyby finansowane ze środków publicznych. Ich działalność w żadnym zakresie nie może godzić w zasady funkcjonowania instytucji państwowych lub samorządowych, także w sensie nadanym temu pojęciu przez SN w cytowanych uchwałach, bowiem spółki z udziałem Skarbu Państwa nie dysponują środkami publicznymi, których zasady wykorzystywania (swoistej redystrybucji) określone byłyby przez przepisy prawa publicznego, a w konsekwencji naruszenie reguł gospodarowania tymi środkami nie może stanowić zamachu na prawidłowość funkcjonowania stosunków publicznych⁵⁵.

Konkludując tę część rozważań, można stwierdzić, że członek zarządu spółki handlowej z udziałem Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, w okresie od dnia 1 września 1998 r. do dnia 30 czerwca 2003 r., mógł zostać uznany za osobę pełniącą funkcję publiczną w rozumieniu art. 228 k.k. jedynie wówczas, gdy spółka otrzymywała na podstawie przepisów ustawowych z zakresu prawa publicznego lub znajdujących oparcie w takich przepisach indywidualnych decyzji administracyjnych środki publiczne w postaci dotacji, subwencji itp., których zasady wykorzystywania określone w ustawach związane były z realizacją celów publicznych i dokonywane pod nadzorem instytucji państwowych przekazujących te środki. Tylko bowiem w tych sytuacjach działalność członka zarządu w przypadku zachowań korupcyjnych mogła godzić w prawidłowość funkcjonowania instytucji państwowych lub publicznych, realizujących cele publiczne za pośrednictwem podmiotów, którym przekazywane były środki publiczne. We wszystkich pozostałych wypadkach członek zarządu spółki z udziałem Skarbu Państwa, także na gruncie przyjmowanej przez SN szerokiej wykładni sformułowania „w związku z pełnieniem funkcji publicznej” w kontekście usta-

⁵⁵ Por. J. Karaźniewicz, Glosa do uchwały SN z dn. 28 III 2002..., s. 104–106.

wowej charakterystyki podmiotu przestępstwa określonego w art. 228 k.k., nie spełniał kryteriów określonych w uchwałach SN, przesądzających o pełnieniu funkcji publicznej.

III. ZAKRES ZNACZENIOWY POJĘCIA „OSOBA PEŁNIĄCA FUNKCJĘ PUBLICZNĄ” PO WEJŚCIU W ŻYCIE USTAWY Z DNIA 13 CZERWCA 2003 R. O ZMIANIE KODEKSU KARNEGO ORAZ NIEKTÓRYCH INNYCH USTAW

Powyżej podkreślono już, że rozwiązanie przyjęte w art. 115 § 19 k.k. nawiązuje do wypracowanego w orzecznictwie SN szerokiego sposobu rozumienia zwrotu „osoba pełniąca funkcję publiczną”, w szczególności poprzez wskazanie na element dysponowania środkami publicznymi przez jednostkę organizacyjną, w której zatrudniona jest dana osoba, jako kryterium decydujące o „publiczności” pełnionej funkcji⁵⁶. Wprowadzeniu do Kodeksu karnego ustawowej definicji pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” przypisać można co najmniej trzy znaczenia⁵⁷. Po pierwsze, zamieszczenie w tzw. słowniczku wyrażeń ustawowych obowiązującej w obszarze prawa karnego definicji tego pojęcia sprawia, że odrywa się ona od regulacji zawartych w innych ustawach. Tym samym po wejściu w życie noweli z dnia 13 czerwca 2003 r. dezaktualizują się te wypowiedzi SN, które odwoływały się do pozakarnych regulacji, odnoszących się do osób pełniących funkcje publiczne, jako jednej z podstaw normatywnych wyznaczania zakresu znaczeniowego tego pojęcia⁵⁸. Obecnie Kodeks karny definiuje omawiane pojęcie, co przy braku takiej definicji, np. w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne, sprawia, że wykładnia tego terminu dokonywana być

⁵⁶ Przyjęta w art. 115 § 19 k.k. formuła definicyjna zasadniczo różni się od kryteriów przyjętych w uchwale z dn. 18 X 2001 r., opiera się bowiem na „dysponowaniu środkami publicznymi”, nie zaś na „zarządzaniu działalnością gospodarczą opartą na mieniu państwowym”. O znaczeniu tej różnicy będzie mowa w dalszej części niniejszej opinii.

⁵⁷ Pomijam w tym miejscu analizę celów, jakie przyświecały ustawodawcy wprowadzającemu do Kodeksu karnego legalną definicję pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, na które wskazuje m.in. J. Majewski, podkreślając, że ustawodawca zamierzał zapewne osiągnąć dwa ściśle sprzężone ze sobą cele: przeciąć tłący się od ponad 30 lat spór o relację pojęć „funkcjonariusz publiczny” i „osoba pełniąca funkcję publiczną” oraz stworzyć zdatne kryterium rozstrzygania o tym, czy konkretna osoba pełni, czy też nie funkcję publiczną. Zob. szerzej J. Majewski, w: G. Bogdan i in., *Kodeks karny. Cześć ogólna...*, s. 1478.

⁵⁸ Por. uzasadnienie uchwały SN z dn. 18 X 2001 r., I KZP 9/01, s. 17.

musi autonomicznie na podstawie treści art. 115 § 19 k.k. Przesądza to, że katalog podmiotów wymienionych w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. nie stanowi wyliczenia osób pełniących funkcje publiczne w rozumieniu art. 115 § 19 k.k., a w konsekwencji osób przyjmujących korzyści „w związku z pełnieniem funkcji publicznej” w rozumieniu art. 228 k.k. Po drugie, elementem konstytutywnym pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” jest, wedle art. 115 § 19 k.k., zatrudnienie w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, nie zaś zarządzanie działalnością gospodarczą opartą na mieniu państwowym. Po trzecie wreszcie, definicja zawarta w art. 115 § 19 k.k. dotyczy osoby pełniącej funkcję publiczną, nie definiuje natomiast zwrotu „w związku z pełnieniem funkcji publicznej”. Tym samym także, na gruncie wprowadzonej do art. 115 § 19 k.k. definicji, pojęcie „osoba pełniąca funkcję publiczną” wyznaczają — podobnie jak w okresie sprzed nowelizacji — dwa elementy: dysponowanie środkami publicznymi (wyraźnie wysłowione w definicji z art. 115 § 19 k.k.) oraz ustawowe upoważnienie do dysponowania tymi środkami w celu realizacji zadań publicznych⁵⁹. Tylko bowiem w takim wypadku dochodzić może do naruszenia interesu publicznego, jakim są zasady prawidłowego dysponowania środkami publicznymi na zasadach określonych w przepisach o randze ustawy, a więc naruszenia interesu publicznoprawnego związanego z prawidłowym funkcjonowaniem tego obszaru działalności publicznej. Pomijając w tym miejscu analizę możliwych formuł interpretacyjnych zwrotu „dysponującej środkami publicznymi”⁶⁰, stwierdzić należy, że dysponowanie środkami publicznymi rozumieć należy, jako wykonywanie uprawnień publicznoprawnych w odniesieniu do środków publicznych służących realizacji celów publicznych. Przy czym, z uwagi na wprowadzenie do art. 115 § 19 k.k.

⁵⁹ Podobnie kwestię tę zdaje się ujmować J. Majewski, stwierdzając, że „(...) chodzi tu wyłącznie o jednostki, których działalność, jako służąca realizacji zadań publicznych, z założenia ma być finansowana ze środków publicznych, oraz jednostki, do których zadań należy administrowanie środkami publicznymi, w tym ich rozdysponowywanie” — J. Majewski, w: G. Bogdan i in., *Kodeks karny. Część ogólna...*, s. 1482. Zob. też M. Filar, *Zakres pojęciowy...*, s. 63; J. Karaźniewicz, Głosa do uchwały SN z dn. 28 III 2002..., s. 105–106.

⁶⁰ Na niebezpieczeństwa związane z nieprecyzyjnym i wyjątkowo pojemnym znaczeniem tego zwrotu zwraca uwagę M. Filar, *Zakres pojęciowy...*, s. 68; J. Majewski, w: G. Bogdan i in., *Kodeks karny. Część ogólna...*, s. 1481 i n. oraz O. Górniok, która podkreśla, że „użyte w § 19 wyrażenia «środki publiczne» i «dysponowanie» staną się prawdopodobnie wkrótce przedmiotem przedstawionego Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego dotyczącego ich znaczenia w kontekście przepisów karnych” — O. Górniok, w: *Kodeks karny...*, s. 62.

ustawowej definicji pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, jego interpretacja jest obecnie ściśle związana z elementami wykorzystanymi w definicji ustawowej. Jednym z tych elementów jest pojęcie „środków publicznych”, posiadające swoją ustawową definicję w art. 3 ustawy z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych⁶¹. Oznacza to, że inaczej niż przed wejściem w życie noweli z dnia 13 czerwca 2003 r., jedną z przesłanek decydujących o pełnieniu funkcji publicznej jest dysponowanie przez jednostkę środkami publicznymi. Pojęcie „środków publicznych” w zwrocie „jednostka organizacyjna dysponująca środkami publicznymi” rozumieć należy zgodnie z definicją legalną, zawartą w ustawie z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych. Trafnie wskazuje się w piśmiennictwie, że ustawa o finansach publicznych jest podstawowym aktem prawnym w tym zakresie, zaś treść art. 115 § 19 k.k. w żadnym stopniu nie wskazuje, iż w definicji pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” termin „środki publiczne” rozumieć należy inaczej, niż wynika to z brzmienia ustawy o finansach publicznych⁶². W powyższym kontekście należy wskazać, że zgodnie z art. 3 ustawy o finansach publicznych, do środków publicznych zalicza się m.in. dochody publiczne, którymi są dochody uzyskiwane przez jednostki sektora finansów publicznych, do których zalicza się dochody z mienia, w szczególności z najmu oraz dzierżawy i innych umów o podobnym charakterze oraz dywidendy od wniesionego kapitału oraz inne dochody uzyskiwane na podstawie odrębnych przepisów, o ile są pobierane przez organy finansowane z dochodów publicznych lub przez podległe albo nadzorowane przez te organy jednostki, o których mowa w art. 5 pkt 1 i 2. Zarazem w art. 5 ustawy o finansach publicznych stwierdza się, że do sektora finansów publicznych zalicza się m.in. organy władzy publicznej, organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa, sądy i trybunały, a także jednostki samorządu terytorialnego i ich organy oraz związki, jednostki budżetowe, zakłady budżetowe i gospodarstwa pomocnicze jednostek budżetowych, fundusze celowe oraz państwowe lub samorządowe osoby prawne, utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu

⁶¹ Por. J. Majewski, w: G. Bogdan i in., *Kodeks karny. Część ogólna...*, s. 1481–1482; B. Mik, *Nowela antykorupcyjna...*, s. 144–145.

⁶² Takie samo stanowisko prezentuje J. Majewski, w: G. Bogdan i in., *Kodeks karny...*, s. 1481–1482; B. Mik, *Nowela antykorupcyjna...*, s. 144–145. Podobnie, lecz w sposób mniej jednoznaczny, O. Górniok, wskazując, że „pomocne przy ustalaniu nazwy «środki publiczne» mogą być przepisy ustawy o finansach publicznych”. Wskazuje jednak, iż „nie oznacza to wszakże zakazu modyfikowania znaczenia tej nazwy ze względu na specyfikę zadań stawianych prawu karnemu” — O. Górniok, w: *Kodeks karny...*, s. 62.

wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, banków i spółek prawa handlowego. Nieco bardziej skomplikowane jest ustalenie znaczenia terminu „dysponować”. Pojęcie to, użyte w sformułowaniu „jednostka organizacyjna dysponująca środkami publicznymi”, odnosi się do jednostki organizacyjnej, nie zaś do kompetencji osoby, zatrudnionej w tej jednostce⁶³. Dysponowanie środkami publicznymi obejmuje zarządzanie, rozporządzanie oraz gospodarowanie tymi środkami. Innymi słowy, dysponowanie środkami publicznymi oznacza możliwość decydowania o przeznaczeniu tych środków oraz sposobie ich wykorzystywania w zakresie realizacji celów (zadań) publicznych, na finansowanie których środki te zostały przeznaczone lub administrowanie (zarządzanie) tymi środkami, w tym w szczególności redystrybucję (rozdysponowywanie) tych środków. Pozwala to stwierdzić, że do kręgu jednostek dysponujących środkami publicznymi zaliczyć należy państwowe i samorządowe jednostki sektora finansów publicznych, o których mowa w art. 5 ustawy o finansach publicznych oraz inne jednostki, którym powierzono administrowanie środkami publicznymi⁶⁴. Uzupełniając przytoczoną regulację ustawy o finansach publicznych treścią art. 4, stanowiącego, że środki publiczne mogą być przeznaczane na wydatki publiczne oraz rozchody budżetu państwa i budżetów jednostek samorządu terytorialnego, stwierdzić należy, że mienie wniesione do spółki z udziałem Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego nie stanowi środków publicznych w rozumieniu ustawy o finansach publicznych, nie jest także przeznaczane do wykonywania zadań publicznych. Wyjątek stanowi jedynie dywidenda uzyskiwana przez jednostki sektora finansów publicznych od wniesionego kapitału. Tym samym, odwołując się do ustawowego ujęcia środków publicznych zawartego w ustawie o finansach publicznych, można stwierdzić, że dysponowanie mieniem wniesionym jako aport (kapitał) do spółki z udziałem Skarbu Państwa nie może zostać uznane za dysponowanie środkami publicznymi w rozumieniu tej ustawy. Skoro ustawodawca zdefiniował pojęcie „osoba pełniąca funkcję publiczną”, posługując się kryterium dysponowania środkami publicznymi przez jednostkę, w ramach której wykonuje zadania dana osoba, to brak możliwości uznania składników majątkowych tej jednostki za środki publiczne wyklucza możliwość uznania takiej osoby za osobę pełniącą funkcję publiczną w rozumieniu art. 115 § 19 k.k. Oznacza to, że w żadnym zakresie dysponowanie majątkiem wniesionym jako kapitał do spółki z udziałem Skarbu Państwa, a więc prowa-

⁶³ Por. O. Górniok, w: *Kodeks karny...*, s. 62.

⁶⁴ Por. J. Majewski, w: G. Bogdan i in., *Kodeks karny. Część ogólna...*, s. 1483.

dzenie działalności gospodarczej w oparciu o składniki majątkowe przekazane przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego w celu prowadzenia na podstawie przepisów prawa prywatnego gospodarczego działalności gospodarczej na zasadach równości i wolności gospodarowania przewidzianych w Konstytucji i innych aktach prawnych, w tym w szczególności ustawie Prawo działalności gospodarczej i Kodeksu spółek handlowych nie może być rozumiane jako dysponowaniem środkami publicznymi. Tym samym, po wejściu w życie noweli z dnia 13 czerwca 2003 r., brak jest podstaw do twierdzenia, że osoba „zarządzająca działalnością gospodarczą opartą na mieniu państwowym” z uwagi na fakt realizowania władczych przedsięwzięć organu państwowego pełni funkcję publiczną. Innymi słowy, kryteria „pełnienia funkcji publicznej” wskazane w uchwale z dnia 18 października 2001 r., nie mieszczą się w zakresie definicji wyrażonej w art. 115 § 19 k.k. Uznanie dyrektora przedsiębiorstwa państwowego za osobę pełniącą funkcję publiczną po 1 lipca 2003 r. stanowiłoby wykładnię dokonaną z naruszeniem prawa materialnego.

W konsekwencji należy stwierdzić, że wykładnia pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” po wejściu w życie ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. powinna odbiegać od sposobów interpretacji tego pojęcia w okresie sprzed nowelizacji, w tym co najmniej sensie, że pojęcia tego nie sposób wyklądać szerzej niż czynił to SN w powołanych powyżej uchwałach, przy uwzględnieniu elementów ograniczających, wskazanych w pierwszej części niniejszego opracowania. Zarazem jednak, z uwagi na wprowadzenie do Kodeksu karnego definicji nazwy „osoba pełniąca funkcję publiczną” i powiązanie go z kryterium dysponowania środkami publicznymi, nie istnieją obecnie podstawy do rozszerzającej wykładni tego pojęcia w oparciu o regulacje zawarte w innych ustawach, w tym w szczególności w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne lub wykładni opartej na przesłankach wymienionych w uchwale z dnia 18 października 2001 r. Uznanie danej osoby za pełniącą funkcję publiczną wymaga zatem przesądzenia kryteriów określonych w art. 115 § 19 k.k.

Przedstawione uwagi uzupełnić wypada rozważaniami poświęconymi jednemu jeszcze elementowi, związanemu z treścią noweli z dnia 13 czerwca 2003 r. Ustawa ta, oprócz wprowadzenia ustawowej definicji osoby pełniącej funkcję publiczną, wprowadziła także nowy typ czynu zabronionego, określony w art. 296a k.k., wedle którego: „Kto pełniąc funkcję kierowniczą w jednostce organizacyjnej wykonującej działalność gospodarczą lub mając, z racji zajmowanego stanowiska lub pełnionej funkcji, istotny wpływ na

podejmowanie decyzji związanych z działalnością takiej jednostki, przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą albo jej obietnicę w zamian za zachowanie mogące wyrządzić szkodę tej jednostce lub za niedopuszczalną czynność preferencyjną na rzecz nabywcy lub odbiorcy towaru, usługi lub świadczenia, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”. Przepis ten wprowadza szczególny typ łapownictwa biernego, związanego z prowadzeniem działalności gospodarczej, odnoszący się do wszystkich podmiotów prowadzących taką działalność. Przyjmując, że *ratio legis* wprowadzenia tego przepisu było stworzenie podstaw kryminalizacji korupcji w sferze obrotu gospodarczego, stwierdzić wypadnie, że przed dniem 1 lipca 2003 r., tego rodzaju zachowania pozostawały poza zakresem prawnokarnej reakcji⁶⁵. Na szczególne podkreślenie zasługuje w powyższym kontekście to, że zakresem kryminalizacji typu przewidzianego w art. 296a k.k. objęte są wszelkie jednostki organizacyjne, prowadzące działalność gospodarczą, zarówno te w pełni „prywatne”, jak i jednostki z dominującym lub wyłącznym kapitałem Skarbu Państwa albo jednostek samorządu terytorialnego⁶⁶. Niewątpliwie w zakresie zastosowania tego przepisu mieszczą się przedsiębiorstwa państwowe, spółki handlowe z udziałem Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego, spółdzielnie, fundacje itp., o ile tylko prowadzą działalność gospodarczą. Przy czym podstawą kryminalizacji z art. 296a k.k. jest dopuszczenie się zachowania o charakterze korupcyjnym w związku z prowadzeniem działalności gospodarczej, także tej wykonywanej w oparciu o mienie państwowe, nie zaś w związku z realizacją celów publicznych, powiązanych z dysponowaniem środkami publicznymi na podstawie przepisów prawa publicznego. Gdyby przeto uznać, że dokonana przez SN w cytowanych wyżej uchwałach, w tym w szczególności w uchwale z dnia 18 października 2001 r., wykładnia zwrotu „osoba pełniąca funkcję publiczną” w kontekście znamion charakteryzujących podmiot przestępstwa z art. 228 k.k. prowadziła do uznania, że każda osoba dysponująca mieniem publicznym na jakiegokolwiek podstawie spełnia znamiona podmiotu przestępstwa łapownictwa biernego, także wówczas, gdy prowadzi działalność gospodarczą pozbawioną elementów władztwa publicznego związanego z dysponowaniem środkami publicznymi przeznaczonymi na finansowanie zadań publicznych, to pojawić się musi zasadnicze pytanie, w jakim celu

⁶⁵ Przepisy kryminalizujące korupcję w obrocie gospodarczym wprowadzono już wcześniej w niektórych europejskich ustawodawstwach karnych, np. typ taki przewiduje § 12 niemieckiej ustawy o nieuczciwej konkurencji, § 305 austriackiego kodeksu karnego.

⁶⁶ Por. R. Zawłocki, w: *Kodeks karny...*, s. 1026–1027.

ustawodawca wprowadził do systemu tak szeroko zakreślony typ czynu zabronionego. Pytanie to staje się bardziej jaskrawe przy uwzględnieniu sposobu opisu podmiotu przestępstwa z art. 296a k.k., którym jest osoba pełniąca funkcję kierowniczą w jednostce organizacyjnej wykonującej działalność gospodarczą i mająca, z racji zajmowanego stanowiska lub pełnionej funkcji, istotny wpływ na podejmowanie decyzji związanych z działalnością tej jednostki. Zdaje się nie budzić wątpliwości, że kryteria podmiotu przestępstwa z art. 296a k.k. spełnia dyrektor przedsiębiorstwa państwowego, członek zarządu spółki handlowej z udziałem Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, prezes spółdzielni mieszkaniowej, fundacji itp. Jeśli tę konstatację uzupełnić o jednoznacznie wyrażaną przez przepisy Kodeksu karnego z 1997 r. zasadę jednolitej ochrony uczestników obrotu gospodarczego bez względu na podmiot właścicielski, to wprowadzenia do Kodeksu karnego art. 296a nie sposób rozumieć inaczej, jak stworzenia podstaw do kryminalizacji zachowań korupcyjnych w sferze obrotu gospodarczego, które do tej pory pozostawały poza sferą prawnokarnej relewancji. Tym samym jednostki dysponujące mieniem publicznym przekazanym w celu prowadzenia działalności gospodarczej, lecz pozbawione elementów dysponowania środkami publicznymi uzyskanymi na podstawie przepisów prawa publicznego przeznaczonych na realizację zadań publicznych, w zakresie ochrony przed korupcją, chronione są od 1 lipca 2003 r. na podstawie art. 296a k.k. Zarazem nie podlegają w sferze działalności gospodarczej pozbawionej elementów władztwa publicznego ochronie na podstawie art. 228 k.k. Twierdzenie przeciwne musiałoby bowiem oznaczać przyznanie podmiotom gospodarczym o charakterze publicznym, tj. z udziałem kapitałowym Skarbu Państwa lub samorządu terytorialnego, szczególnej prawnokarnej ochrony, a więc powrót do znanej w Kodeksie karnym z 1969 r. zasady szczególnej ochrony mienia publicznego w sferze obrotu gospodarczego. Dodajmy, że taka szczególna ochrona wynikałaby nie tyle z odpowiednich zapisów ustawowych, co z wykładni dokonanej przez SN z naruszeniem zasad interpretacji tekstu prawnego. Tylko dla porządku dodać wypadnie, że wykładnia taka stanowiłaby naruszenie konstytucyjnej zasady równości prawnokarnej ochrony mienia i obrotu gospodarczego.

Niezależnie przeto od przesłanek leżących u podłoża rozstrzygnięć interpretacyjnych dokonanych przez SN w omówionych w pierwszej części niniejszego opracowania uchwałach, wydaje się koniecznym taka interpretacja pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, która pozwoli na zachowanie zasady jednolitości ochrony mienia i zasad funkcjonowania obrotu gospodarczego z jednej strony, z drugiej zaś stworzy podstawy do

kryminalizacji w oparciu o art. 228 i art. 229 k.k. tylko tych przypadków korupcji osób pełniących funkcje w jednostkach dysponujących środkami publicznymi, w których wraz z prawem do dysponowania tymi środkami przekazywane są określone elementy władztwa publicznego, przysługującego na podstawie przepisów prawa publicznego instytucjom państwowym lub samorządowym. W konsekwencji zachowana zostanie — dostrzegana przez SN — zasada oddzielenia prawnokarnej ochrony władzy publicznej i sfery obrotu gospodarczego⁶⁷. Sfera obrotu gospodarczego, poza sytuacjami swoistego interwencjonizmu państwowego przyjmującego postać celowych dotacji realizowanych pod kierunkiem i nadzorem instytucji państwowych lub samorządowych i opartych na przekazaniu podmiotom decydującym o wykorzystaniu środków publicznych władztwa publicznego w tym zakresie, nie może bowiem być rozumiana jako administrowanie, rozporządzanie lub podejmowanie decyzji w sferze publicznej.

Konkludując stwierdzić należy, że członek zarządu spółki z udziałem Skarbu Państwa, która nie została wyposażona w środki publiczne na podstawie przepisów prawa publicznego w celu realizacji zadań o charakterze publicznym przypisanych przez przepisy prawa do kompetencji instytucji państwowych lub samorządowych i zleconych do wykonania spółce, nie spełnia kryteriów definicyjnych podmiotu przestępstwa łapownictwa biernego. Jednocześnie od dnia 1 lipca 2003 r., zachowania o charakterze korupcyjnym, jakich dopuszcza się taka osoba, mogą stanowić podstawę odpowiedzialności w oparciu o art. 296a k.k.

IV. ZAGADNIENIA INTERTEMPORALNE

Ostatnią część niniejszych rozważań stanowią kwestie związane z określonymi w Kodeksie karnym zasadami prawa międzyczasowego. Z uwagi na rozstrzygnięcie SN, dotyczące dyrektora przedsiębiorstwa państwowego — które uznać należy za prawotwórcze w tym znaczeniu, że wprowadziło kryteria definicyjne, dotyczące niedookreślonych znamion podmiotu przestępstwa łapownictwa biernego w odniesieniu do jednej kategorii podmiotów, tj. dyrektorów przedsiębiorstw państwowych⁶⁸ — konieczne jest

⁶⁷ Por. uzasadnienie uchwały z dn. 18 X 2001 r. I KZP 9/01, s. 12.

⁶⁸ Zagadnienie prawnego charakteru orzeczeń SN wydawanych w przypadkach niedookreślonych znamion typu czynu zabronionego, w tym w szczególności kwestia ich prawotwórczego charakteru, stanowi zagadnienie odrębne, wymagające samodzielnego opracowania. W niniejszym opracowaniu, z uwagi na jego zakres, ograniczono się do wskazania, iż co

rozstrzygnięcie, jak przedstawia się odpowiedzialność dyrektora przedsiębiorstwa państwowego po wejściu w życie noweli z dnia 13 czerwca 2003 r. Przyjmując, niezależnie od przedstawionych powyżej zastrzeżeń, że dyrektor przedsiębiorstwa państwowego, lecz tylko dyrektor takiego przedsiębiorstwa, a nie żadna inna osoba, np. członek zarządu spółki handlowej, z uwagi na rozstrzygnięcie SN był zdatnym podmiotem przestępstwa łapownictwa biernego z art. 228 § 1 k.k. przed wejściem w życie noweli⁶⁹, stwierdzić należy, iż doszło w tym zakresie do modyfikacji zakresu kryminalizacji, z uwagi na wprowadzenie ustawowej definicji pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” oraz wprowadzenie do Kodeksu karnego typu oszustwa gospodarczego. Ponieważ dyrektor przedsiębiorstwa państwowego nie spełnia od dnia 1 lipca 2003 r. kryteriów definicyjnych wymienionych w art. 115 § 19 k.k. (oczywiście poza sytuacjami przekazania przedsiębiorstwu państwowemu środków publicznych, np. w formie dotacji na podstawie przepisów prawa publicznego)⁷⁰, nie może być uznany za zdatny podmiot przestępstwa przewidzianego w art. 228 k.k. Jednocześnie zachowania o charakterze korupcyjnym, jakich dopuszcza się dyrektor przedsiębiorstwa państwowego, mogą stanowić podstawę odpowiedzialności za przestępstwo przewidziane w art. 296a k.k. pod warunkiem spełnienia pozostałych znamion określonych w tym przepisie⁷¹. W przypadku dokonywania oceny zachowania dyrektora przedsiębiorstwa, polegającego na działaniach korupcyjnych popełnionych przed dniem 1 lipca 2003 r., a ocenianych po tej dacie i jednocześnie spełnieniu przesłanek określonych w uchwale z dnia 18 października 2001 r. oraz wypełnieniu znamion przewidzianych w art. 296a k.k., wystąpi sytuacja

najmniej niektóre orzeczenia SN mają charakter orzeczeń prawotwórczych. Warto przytoczyć w tym miejscu znamienne wypowiedź W. Wróbla, co do zasady sprzeciwiającego się przydawaniu orzeczeniom SN charakteru prawotwórczego, który podkreśla, że „sądowe rozumienie określonych regulacji prawnych, zwłaszcza to ukształtowane w orzecznictwie Sądu Najwyższego może pełnić podobne do ustawy funkcje, zwłaszcza w perspektywie jednostki, która chciałaby uniknąć podejmowania działań zagrożonych określoną sankcją karną”. Zob. szerzej W. Wróbel, *Zmiana normatywna...*, s. 126 i n., 443 i n. oraz powołaną tam literaturę.

⁶⁹ W piśmiennictwie wskazuje się, że o istnieniu normatywnych podstaw odpowiedzialności karnej w chwili czynu przesądza także ustalenie, jaka była wykładnia ustawy karnej w chwili czynu według aktualnego wówczas kontekstu normatywnego, aksjologicznego i faktycznego. Por. W. Wróbel, *Zmiana normatywna...*, s. 448 i n.

⁷⁰ W takim wypadku dochodzić będzie do realnego zbiegu przepisów, którego konsekwencją będzie kumulatywna kwalifikacja na podstawie art. 228 § 1 i art. 296a § 1 k.k. Por. R. Zawłocki, w: *Kodeks karny...*, s. 1042.

⁷¹ W kwestii znaczenia zakazu retroakcji oraz niewyrażonych wprost zmianach normatywnych zob. szerzej W. Wróbel, *Zmiana normatywna...*, s. 443 i n.

modyfikacji penalizacji, przybierającej postać zmiany ustawowych określeń definiujących znamiona typu czynu zabronionego. W takim wypadku podstawą odpowiedzialności będzie przepis art. 296a k.k.

Zgoła odmiennie przedstawia się kwestia odpowiedzialności za działania o charakterze korupcyjnym członka zarządu spółki z udziałem Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego. Z uwagi na fakt, iż członek zarządu nie spełniał kryteriów określających podmiot przestępstwa łapownictwa biernego przed dniem 1 lipca 2003 r., zachowania polegające na przyjmowaniu korzyści majątkowych, popełnione przed tą datą, pozostają poza zakresem prawnokarnej relewancji z uwagi na zasadę *nullum crimen sine lege* oraz zasadę *lex retro severior non agit*. Wprowadzenie typu oszustwa gospodarczego nie ma zatem znaczenia dla oceny takich zachowań. Jednocześnie, w odniesieniu do działań członka zarządu spółki z udziałem Skarbu Państwa popełnionych po dniu 1 lipca 2003 r. i mających postać działań korupcyjnych w gospodarce, podstawę odpowiedzialności karnej stanowić może przepis art. 296a k.k.