

Sygn. akt VI Kz 116/10

W sprawie

oskarżonego Wiesława K.

o przestępstwo z art. 228§5kk, art. 12 kk

oskarżonego Jerzego H.

o przestępstwo z art. 228§5kk, art. 12 kk

oskarżonego Jacka W.

o przestępstwo z art. 229§4kk, art. 12 kk

PYTANIE PRAWNE

Czy pojęcie "pełnienia funkcji publicznej" stanowiące znamię przestępstwa z art. 228 § 5 kk w brzmieniu przed nowelą z dnia 13 czerwca 2003 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 111 poz. 1061) wprowadzającą definicję legalną osoby pełniącej funkcję publiczną w art. 115 § 19 k.k. ustalane być może wyłącznie w oparciu o kryterium środków publicznych oddanych w dyspozycję danej jednostki organizacyjnej, czy też konieczne jest nadto ustalenie, iż zachowanie danej osoby mające wypełniać znamię wskazanego przepisu stanowiło władcze dysponowanie środkami publicznymi oraz związane było z ustawowym umocowaniem zakresu uprawnień i obowiązków, które dana osoba miała realizować w sferze publicznej, a ponadto czy przez jednostkę organizacyjną dysponującą środkami publicznymi w rozumieniu art. 115 § 19 k.k. należy rozumieć wyłącznie jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu art. 4 ust 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z dnia 24 września 2009 r.) i inne podmioty którym powierzono administrowanie środkami publicznymi w rozumieniu tej ustawy, czy także podmioty gospodarcze powstałe w oparciu o majątek Skarbu Państwa?

Uzasadnienie

Zagadnienie prawne wyłoniło się na tle następującego układu procesowego:

Wiesław K. oskarżony został o to, że:

w nieustalonych dniach w okresie od 1 lipca 1994 roku do 30 kwietnia 1998 roku w R. działając w krótkich odstępach czasu, z góry powziętym zamiarem, w związku z pełnieniem funkcji publicznej - jako członek Zarządu "R. Spółki Węglowej" S.A. w R. realizując uprzednio zawarte nieformalne porozumienie w zakresie warunków nabycia węgla przez "Agencję Handlową B. K. i spółka" sp.j. z siedzibą w K., przyjął od Barbary K. korzyść majątkową znacznej wartości w kwocie co najmniej 420.000 zł, w ten sposób, że od wymienionej pobierał raz w miesiącu, pieniądze w wysokości uzależnionej od ilości dostarczonego węgla na rzecz "Agencji Handlowej B. K. i spółka" sp.

j., co łącznie stanowiło co najmniej 400.000 zł oraz pieniądze w kwocie stanowiącej procent wartości wierzytelności potrąconej w ramach zawartych porozumień kompensacyjnych, którego uczestnikami między innymi były "R. Spółka Węglowa" S.A. oraz "Agencja Handlowa B. K. i spółka" sp. j., co łącznie stanowiło co najmniej 20.000 zł, tj. o przestępstwo z art. 228 § 5 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Jerzy H. oskarżony został o to, że:

w nieustalonych dniach w okresie od 1 stycznia 1997 roku do 31 grudnia 1998 roku w T. działając w krótkich odstępach czasu, z góry powziętym zamiarem, w związku z pełnieniem funkcji publicznej - jako członek Zarządu "N. Spółki Węglowej" S.A. w T. realizując uprzednio zawarte nieformalne porozumienie w zakresie warunków nabycia węgla na rzecz "Agencji Handlowej B. K. i spółka" sp.j. z siedzibą w K., przyjął od Barbary K. korzyść majątkową znacznej wartości w kwocie co najmniej 150.000 zł, w ten sposób, że od wymienionej pobierał jeden raz w miesiącu, w okresie od stycznia do grudnia 1997 r. pieniądze w kwocie co najmniej 10.000 zł. oraz jeden raz w miesiącach od stycznia do grudnia 1998 r. pieniądze w wysokości co najmniej 5.000 zł, tj. o przestępstwo z art. 228 § 5 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Jacek W. oskarżony został o to, że:

w nieustalonych dniach w okresie od 1 lipca 1994 roku do 31 grudnia 1998 roku w R., T., działając wspólnie i w porozumieniu z Barbarą K., w krótkich odstępach czasu i z góry powziętym zamiarem, udzielił korzyści majątkowej znacznej wartości w łącznej kwocie 580.000 zł osobom pełniącym funkcje publiczne, w związku z wykonywaniem przez te osoby obowiązków członka Zarządu "R. Spółki Węglowej" S.A. w R. oraz "N. Spółki Węglowej" S.A. w T. realizując uprzednio zawarte nieformalne porozumienia umożliwiające nabycie węgla przez "Agencję Handlową B. K. i spółka" sp.j. z siedzibą w K., w ten sposób, że jako wspólnik "Agencji Handlowej B. K. i spółka" sp. j., pobierał z kasy Spółki zaliczki pieniężne na poczet wypracowanego zysku, a następnie przekazywał je Barbarze K. z zamiarem udzielania tych pieniędzy osobom pełniącym funkcje publiczne, a także sam przekazywał pobrane z kasy Spółki pieniądze, i tak:

- w okresie od 1 lipca 1994 roku do 30 kwietnia 1998 roku w R., udzielił Wiesławowi K. - pełniącemu funkcje członka Zarządu R. Spółki Węglowej S.A. - korzyść majątkową znacznej wartości w kwocie co najmniej 420.000 zł., w ten sposób, że samodzielnie bądź, za pośrednictwem innej ustalonej osoby, przekazał pieniądze w wysokości uzależnionej od ilości dostarczonego węgla na rzecz "Agencji Handlowej B. K. i spółka" sp. j., co łącznie stanowiło co najmniej 400.000 zł oraz pieniądze w kwocie stanowiącej procent wartości wierzytelności potrąconej w ramach zawartych porozumień kompensacyjnych, którego uczestnikami między innymi były "R. Spółka Węglowa" S.A. oraz "Agencja Handlowa B. K. i spółka" sp. j., co łącznie stanowiło co najmniej 20.000 zł,

- w okresie od 1 stycznia 1997 roku do 31 grudnia 1998 roku w T. udzielił Jerzemu H. - pełniącemu funkcje członka Zarządu "N. Spółki Węglowej" S.A. - korzyść majątkową znacznej wartości w kwocie co najmniej 150.000 zł, tj. o przestępstwo powyżej art. 229 § 4 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

Sąd Rejonowy w R. postanowieniem z dnia 8 lutego 2010 r, sygn. akt II K 153/09, na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., umorzył postępowanie karne przeciwko Wiesławowi K. i Jerzemu H. oskarżonym o przestępstwo z art. 228 § 5 kk w zw. z art. 12 kk oraz przeciwko Jackowi W. oskarżonemu o przestępstwo z art. 229 § 4 kk w zw. z art. 12 kk, z uwagi na to, że zarzucone oskarżonym czyny nie zawierają znamion czynu zabronionego.

Sąd wskazał w uzasadnieniu, iż zgodnie z art. 1 § 1 k.k. odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto popełnienia czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia, zaś zarzuty stawiane wszystkim trzem oskarżonym obejmują czyny ciągłe popełnione w okresie od 1 lipca 1994 r. do 30 kwietnia 1998 r. przez Wiesława K., w okresie od 1 stycznia 1997 r. do 31 grudnia 1998 r. przez Jerzego H. a oraz w okresie do 1 lipca 1994 r. do 31 grudnia 1998 r. przez Jacka W.ego. W ocenie Sądu zatem dla uznania oskarżonych Wiesława K. i Jerzego H. za osoby pełniące funkcje publiczną w rozumieniu art. 228 § 5 k.k. i art. 229 § 4 k.k. nie jest w ogóle możliwe korzystanie z definicji osoby pełniącej funkcję publiczną wprowadzonej do kodeksu karnego ustawą z dnia 13 czerwca 2003 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 111, poz 1061). Ponieważ do czasu wejścia w życie wspomnianej nowelizacji kodeksu karnego art. 115 k.k. nie zawierał definicji "funkcji publicznej" ani "osoby pełniącej funkcję publiczną", kwestię tę pozostawiono wykładni sądowej. Sąd Rejonowy podkreślił, że Sąd Najwyższy konsekwentnie w trzech uchwałach podjętych po wejściu w życie Kodeksu karnego z 1997 r.:

sygn. I KZP 5/01, (opubl. OSNKW 2001, z. 9-10, poz. 71) dotyczącej ordynatora w publicznym zakładzie opieki zdrowotnej odnośnie do świadczeń finansowanych ze środków publicznych,

sygn. I KZP 9/01, (opubl. OSNKW 2001, z. 11-12, poz. 87) dotyczącej dyrektora przedsiębiorstwa państwowego,

sygn. I KZP 35/01, (opubl. OSNKW, z. 5-6, poz. 29) dotyczącej prezesa zarządu spółdzielni mieszkaniowej - w zakresie dysponowanie środkami publicznymi,

wyróżnił dwa kryteria, którymi należy się kierować ustalając czy dana osoba może zostać uznana za osobę pełniącą funkcję publiczną. Po pierwsze, publiczny charakter funkcji może być określony tylko w ustawie, w tym przede wszystkim w Konstytucji jako ustawie zasadniczej. Po drugie o pełnieniu przez daną osobę funkcji publicznej winno decydować realizowanie tej funkcji z wykorzystaniem środków publicznych.

Sąd podkreślił, że w odniesieniu do członków zarządu spółek prawa handlowego brak jest tego typu uregulowań rangi ustawowej, pozwalających na uznanie, iż publiczny charakter ich funkcji jest określony w ustawie. W ocenie Sądu nie sposób także uznać, iż sam fakt, iż pracownicy jednoosobowych spółek Skarbu Państwa oraz spółek z udziałem Skarbu Państwa powyżej 50%, zajmujący stanowiska: prezesa, wiceprezesa i członka zarządu zostali wskazani w ustawie z dnia 5 czerwca 1992 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (Dz. U.Z 1992 r. nr 56 poz. 274 z późn. zmianami) jest wystarczający, by uznać oskarżonych za osoby pełniące funkcje publiczne w rozumieniu art. 228. k.k. Powołano również, że także Sąd Najwyższy dokonując zasadniczej wykładni ustawy zwrócił uwagę na problem rozdzielenia sfery publicznej i państwowej od prywatnej, co znajduje odzwierciedlenie także w systematyce aktualnego kodeksu karnego (uchwała sygn. akt. I KZP 9/01). Zaznaczył Sąd ponadto, że uzasadnieniu do projektu ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 111 poza 1061) wyraźnie podkreślono, iż "propozycja zmierzająca do dodania w art. 115 nowego § 19 ma na celu wypełnienie dotychczasowej luki prawnej polegającej na braku kodeksowego objaśnienia terminu "osoba pełniąca funkcję publiczną".

W ocenie Sądu drugie kryterium wymienione przez Sąd Najwyższy wskazujące, iż o pełnieniu przez daną osobę funkcji publicznej winno decydować realizowanie tej funkcji z wykorzystaniem środków publicznych w przypadku obu oskarżonych także nie jest spełnione. Definicję "środków publicznych" zawiera art. 3 ustawy z 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2003 r. Nr 15, poz. 148 z późn. zm.), zaś ustawa ta wyłącza wprost z sektora finansów publicznych przedsiębiorstwa, banki i spółki prawa handlowego.

Zażalenie na to postanowienie wniósł oskarżyciel publiczny wskazując, zarzut obrazy przepisów art. 228 § 5 k.k. i art. 229 § 4 k.k. poprzez błędną interpretację znamienia kwalifikującego podmiot czynu zabronionego sankcjonowanego przepisem art. 228 § 5 k.k. i jednocześnie kwalifikującego osobę, stanowiącą przedmiot oddziaływania przestępstwa opisanego w art. 229 § 4 k.k., to jest pojęcia osoby pełniącej funkcję publiczną, i w konsekwencji wyrażenie błędnego poglądu, że oskarżeni Wiesław K. i Jerzy H. pełniąc funkcje członków zarządu w jednoosobowych spółkach Skarbu Państwa, nie byli osobami pełniącymi funkcję publiczną w rozumieniu powołanych przepisów.

W uzasadnieniu zażalenia skarżący podniósł, że to właśnie ukształtowana wykładnia w doktrynie i orzecznictwie znalazła odzwierciedlenie w regulacji przepisu art. 115 § 19 k.k., co podkreślił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 kwietnia 2007 r, sygn. II KK 298/06, wskazując, że "jakkolwiek w poprzednim stanie prawnym, w którym ta regulacja nie obowiązywała, pojęcie pełnienia funkcji publicznej było wykładane w sposób wieloraki (a przy tym szeroki), to przytoczona definicja stanowi właśnie zbiorcze odbicie dotychczasowego dorobku judykatury w zakresie interpretacji tego pojęcia." / Prok i Pr. wkł. 2007/12/5 /.

Wskazał oskarżyciel publiczny, iż szczególne znaczenie w aspekcie rozstrzygnięcia, czy konkretna osoba nie będąca funkcjonariuszem publicznym jest podmiotem przestępstwa z art. 228 § 1 k.k. przypisać należy ustawie z dnia 21 sierpnia 1997r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne. Ponadto odnosząc się do kwestii rozdziału sfery gospodarczej i publicznej wskazał na pojęcie przedsiębiorcy publicznego zdefiniowane przepisem art. 2 ust. 1 pkt. 4 ustawy z dnia z dnia 22 września 2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi oraz o przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorców. Skarżący ponadto podkreślił pogląd wyrażony w wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 6 października 2005r. II AKa 195/05 (OSA 22006/1/2/), gdzie wskazano, że "środki publiczne, którymi dysponuje przedsiębiorstwo państwowe, to przede wszystkim ta immanentna część majątku narodowego, która przekazywana jest przedsiębiorstwu przez organ założycielski i mienie nabyte w trakcie działania przedsiębiorstwa, ale także środki publiczne, z których przedsiębiorstwo to korzysta z różnych innych tytułów. Osoba pełniąca funkcję publiczną natomiast to (poza funkcjonariuszem publicznym i pozostałymi podmiotami wskazanymi w § 19 art. 115 k.k.) także taka osoba, która jest zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, w tym zwłaszcza takiej, która zarządza majątkiem publicznym".

W uzasadnieniu zażalenia znalazł się ponadto pogląd, iż przepis art. 115 § 19 k.k. wprowadził zdecydowanie szersze rozumienie pojęcia "osoby pełniącej funkcję publiczną" niż wypracowane w piśmiennictwie i praktyce przed wejściem w życie wskazanego przepisu.

Wskazał ponadto prokurator, iż spółki, w których pracowali oskarżeni, otrzymywały dofinansowanie na restrukturyzację oraz naprawę szkód górniczych.

Sąd Okręgowy rozpoznając zażalenie uznał, iż wyłoniło się zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy, opisane w treści postanowienia.

W realiach niniejszej sprawy zakres pojęciowy znamienia „w związku z pełnieniem funkcji publicznej” należy rozpatrywać w dwóch ramach czasowych. W piśmiennictwie wskazuje się bowiem, że o istnieniu normatywnych podstaw odpowiedzialności karnej w chwili czynu przesądza ustalenie, jaka była wykładnia ustawy karnej w chwili czynu według aktualnego wówczas kontekstu normatywnego, aksjologicznego i faktycznego (W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Kraków 2003, s. 448).

Problem, czy tylko funkcjonariusz publiczny może pełnić funkcję publiczną, stanowił podstawę sporu na gruncie doktryny i orzecznictwa polskiego o wzajemny zakres tych dwóch pojęć i ich ewentualne relacje już na gruncie art. 239 d.k.k. Pogląd o tożsamości tych pojęć reprezentował W. Wolter (*Odpowiedzialność karna osób pełniących funkcje publiczne*, PiP nr 6 z 1969 r., s. 965 i następne; *tenże*, *Dwie wykładnie podmiotu przestępstw służbowych (w:) Problemy Prawa Karnego (1), Prace naukowe Uniwersytetu Śląskiego nr 113, Katowice 1975, s. 44 i następne*), zaś na gruncie art. 228 nowego k.k. A. Zoll (*patrz: K. Buchała, A. Zoll, Kodeks karny. Część ogólną Komentarz t. 1, Zakamycze 1998, s. 637-638*). Pogląd, wedle którego podmiotem przestępstwa łapownictwa biernego może być nie tylko funkcjonariusz publiczny, lecz i inna osoba pełniąca funkcję publiczną, reprezentowany był w orzecznictwie i takie stanowisko zajął Sąd Najwyższy już w roku 1970 (VI KZP 27/70; OSNKW 1970, z. 9, poz. 98) i można je w zasadzie uznać za ugruntowane w orzecznictwie polskim.

Przez wiele lat na gruncie art. 239 k.k. z 1969 r., następnie zaś art. 228 k.k. z 1997 r., dominował pogląd, iż pojęcie funkcji publicznej należy łączyć z charakterem czynności wykonywanych przez daną osobę, a które powinny mieć władczy, decyzyjny i publicznoprawny charakter, tj. dany podmiot powinien posiadać taki zakres uprawnień, które mogą kształtować treść wykonywanych zadań w sferze publicznej. Pełnienie funkcji publicznej utożsamiano z realizacją kompetencji władczych, polegających na sprawowaniu zarządu podejmowanego w sferze publicznej i wykonywaniu powinności ciążących na władzach publicznych. Za osoby pełniące funkcję publiczną uznawano więc osoby, które wykonują powierzone im przez instytucje państwowe lub samorządowe zadania, służące władczej działalności tych instytucji (*tak wyrok Sądu Najwyższego z 14 grudnia 1982 r. III KR 182/82 OSNKW 1983 z. 9 poz. 73; uchwała Sądu Najwyższego z 20 czerwca 2001 r., I KZP*

5/01; J. Karaźniewicz, *Glosa do uchwały składu siedmiu sędziów SN z 28 marca 2002 L, I KZP 35/01, Prokuratura i Prawo nr 12, 2002, s. 103*; M. Filar, *Zakres pojęciowy znamienia pełnienie funkcji publicznej na gruncie art. 228 k.k., „Palestra” 2003, nr 7-8, s. 61*).

Analizę zakresu pojęciowego „pełnienia funkcji publicznej” na gruncie kodeksu karnego z 1997r. należałoby poprzedzić niekwestionowanym w doktrynie stwierdzeniem, że w kodeksie tym znalazły odbicie zmiany ustrojowe dotyczące gospodarki. Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego z 1997r. wprost stwierdza, że „zmiany ustrojowe muszą prowadzić do istotnej zmiany pojęcia funkcjonariusza publicznego. Z zakresu tego pojęcia kodeks wyłącza osoby sprawujące funkcje w gospodarce społecznej, spółdzielczości lub organizacjach społecznych,” (*Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997*). Podobne stanowisko zajęła również doktryna - „nie ma natomiast powodu, ażeby na równi z instytucjami państwowymi chronić przedsiębiorstwa państwowe, spółdzielnie lub organizacje społeczne. Kodeks wyraźnie oddziela od siebie sferę władzy publicznej i sferę gospodarczą” (*A. Zoll w: Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do k.k., t. 2, Wyd. Zakamycze, Kraków 1999, s.706*).

I. zakres pojęciowy znamienia „w związku z pełnieniem funkcji publicznej” w okresie od 1 września 1998r. do 30 czerwca 2003r.

Najbardziej istotne dla ustalenia zakresu pojęcia „w związku z pełnieniem funkcji publicznej” stanowi kilka orzeczeń Sądu Najwyższego, zawierających wskazówki interpretacyjne, co do kryteriów wyznaczających zakres pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”.

Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 czerwca 2001r. sygn. I KZP 5/01 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 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 publiczne.

W uchwale z dnia 18 października 2001r. sygn. I KZP 9/01, Sąd Najwyższy stwierdził, że brak kompetencji władczych w pełnieniu funkcji nie pozbawia jej publicznego charakteru, 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, Sąd

Najwyższy stwierdził, że funkcja dyrektora takiego przedsiębiorstwa służy celowi publicznemu - tj. optymalnemu zarządzaniu działalnością gospodarczą, opartą na mieniu państwowym - uwzględniającemu zadania określone 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, Sąd Najwyższy 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.

W uchwale z dnia 28 marca 2002r. sygn. I KZP 35/01 Sąd Najwyższy 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 Sąd Najwyższy 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.

Uwzględniając chronologię powołanych wyżej uchwał Sądu Najwyższego, stwierdzić można, że pojęcie „osoba pełniąca funkcję publiczną” pierwotnie determinowane było poprzez element władztwa publicznego, pozostającego w dyspozycji konkretnej osoby, aby stopniowo ewoluować w kierunku elementu finansowania określonej działalności ze środków publicznych i dysponowania takimi środkami przez jednostkę, w ramach której funkcjonuje dana osoba.

Wskazać zatem w oparciu o wzmiankowane uchwały 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 ustawowej. Kryterium to ulega zmianie w uchwale z dnia 18 października 2001r. sygn. I KZP 9/01, która w miejsce wymogu dysponowania środkami publicznymi wprowadza element zarządzania działalnością gospodarczą, opartą na mieniu państwowym.

Wypada podkreślić przy tym, iż mimo wprowadzenia w wymienionych uchwałach wymogu dysponowania środkami publicznymi, pojęcie to nie było analizowane na gruncie ustawy z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych, choć w art. 3 tejże ustawy zawarto definicję legalną tychże środków publicznych, ani też na gruncie ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. z dnia 4 lipca 1994 r.), która w art. 2 ust 7 także tym pojęciem się posługuje. W tym

przepisie ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych wskazano, że przez środki publiczne należy rozumieć środki pochodzące z budżetu państwa lub budżetów jednostek samorządu terytorialnego, przeznaczone na działalność bieżącą i inwestycyjną, środki pozostające w dyspozycji państwowych funduszy celowych oraz środki kredytowe, na które Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego udzieliły poręczeń, gwarancji albo dofinansowały koszty obsługi kredytu, a także przyznane na podstawie umów międzynarodowych środki pomocy zagranicznej, chyba że umowy te określają odmienne procedury wykorzystania tych środków.

W konsekwencji należy stwierdzić, że pełnienie funkcji publicznej, w świetle powołanych wyżej orzeczeń Sądu Najwyższego, 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 władztwo publiczne nie polega na dysponowaniu imperium przysługującym państwu, lecz ogranicza się - zdaniem Sądu Najwyższego - do realizacji władczych przedsięwzięć organu państwowego, który powołał przedsiębiorstwo, określił przedmiot jego działalności i wyposażył je w środki stanowiące mienie państwowe.

Istotnym także jest, że w żadnym z powołanych orzeczeń Sąd Najwyższy 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. sygn. I KZP 9/01 Sąd Najwyższy wprost odwołał się do tytułu rozdz. XXIX k.k., w którym zamieszczony jest przepis art. 228 k.k., w pozostałych uchwałach natomiast niejako pośrednio, poprzez uwagi dotyczące wykładni zwrotu „funkcja publiczna”, nawiązywał do zakresu kryminalizacji dookreślanego przez tytuł tego rozdziału.

W piśmiennictwie wskazuje się, 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 instytucjom (*M. Filar, Zakres pojęciowy...*, s. 62-63). 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 publiczne (*J. Karaźniewicz, Glosa do uchwały ...*, s. 105-106).

W świetle wymienionych judykatów Sądu Najwyższego poświęconych kryteriom definicyjnym pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” z perspektywy kryterium tego ujętego jako funkcjonowanie danej osoby w ramach jednostki organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, stwierdzić należy, że za jednostkę organizacyjną dysponującą środkami publicznymi możnaby 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 publicznymi (*P. Kardas, Zatrudnienie w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi jako ustawowe kryterium wyznaczające zakres znaczeniowy pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2005, nr 1, s. 41*).

Odnosząc powyżej wskazane poglądy do spółek prawa handlowego należy zauważyć, że powstająca w wyniku komercjalizacji 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 realizując żadnych celów lub kompetencji władczych, przysługujących pierwotnie instytucjom państwowym lub samorządowym. Spółka taka nie realizuje także celu sprowadzającego się do optymalnego zarządzania działalnością gospodarczą z uwzględnieniem zadań o charakterze publicznym, określonych w akcie założycielskim takiej spółki, o których mowa w uchwale z dnia 18 października 2001r. sygn. I KZP 9/01.

Zdaje się to przesądzać, że spółka z udziałem Skarbu Państwa, 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 Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 28 marca 2002 r. sygn. I KZP 35/01, dotyczącej prezesa spółdzielni mieszkaniowej.

Podkreślenia także wymaga, iż żadne przepisy w odniesieniu do spółek prawa handlowego z udziałem Skarbu Państwa nie zawierają regulacji chociażby zbliżonych do rozwiązań zawartych w ustawie o przedsiębiorstwie państwowym, a zatem wykluczyć należy, iż „ustawa określająca jej uprawnienia powierza jej pełnienie funkcji publicznej”, jak określono to w uzasadnieniu uchwały z dnia 18 października 2001r. sygn. I KZP 9/01.

Należy także wskazać na uregulowania zawarte w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (Dz. U.Z 1992 r. nr 56 poz. 274 z późn. zmianami). Ustawa ta nie

zawiera jednak definicji pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, nie precyzuje także kryteriów mogących stanowić podstawę sprecyzowania zakresu znaczeniowego tego pojęcia, zawierając jedynie wyliczenie kategorii osób, których dotyczy zakres przedmiotowy jej regulacji. Trudno zatem uznać, iż specyficzne kryteria dotyczące dyrektora przedsiębiorstwa państwowego wynikające z uchwały z dnia 18 października 2001r. sygn. I KZP 9/01 należałoby transponować na członków zarządu spółek z udziałem Skarbu Państwa.

Reasumując przytoczone poglądy doktryny i dorobek orzecznictwa należy zauważyć, że wyłania się problem kryteriów służących do oceny pojęcia „pełnienia funkcji publicznej”, a mianowicie czy decyduje tylko kryterium środków publicznych oddanych w dyspozycję danej jednostki organizacyjnej, czy też konieczne nadto jest ustalenie, iż zachowanie danej osoby związane z pełnieniem funkcji publicznej stanowiło władcze dysponowanie środkami publicznymi oraz związane było z ustawowym umocowaniem zakresu uprawnień i obowiązków, które dana osoba miała realizować w sferze publicznej.

Przyjęcie drugiego z warunków definiowania pojęcia „pełnienia funkcji publicznej” powodowałoby, że uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 października 2001r. sygn. I KZP 9/01, gdzie wskazano, że funkcja publiczna przejawiać się może także administrowaniem lub rozporządzaniem majątkiem publicznym, podejmowaniem decyzji w sferze publicznej lub ich przygotowywaniem, byłaby ściśle związana wyłącznie z działalnością przedsiębiorstw państwowych z uwagi na specyficzne regulacje prawne określające zasady funkcjonowania tych przedsiębiorstw, a nie mogłaby być odczytywana jako odnosząca się także do innych podmiotów gospodarczych powstałych w oparciu o majątek Skarbu Państwa.

Konsekwencją byłaby konstatacja, iż w okresie od dnia 1 września 1998r. do dnia 30 czerwca 2003r., członek zarządu spółki handlowej z udziałem Skarbu Państwa 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 Sąd Najwyższy szerokiej wykładni sformułowania „w związku z pełnieniem funkcji publicznej” w kontekście ustawowej charakterystyki podmiotu przestępstwa określonego w art. 228 k.k., nie spełniał kryteriów określonych w uchwałach Sądu Najwyższego, przesądzających o pełnieniu funkcji publicznej.

Kwestia ta – sporna w świetle orzecznictwa i wypowiedzi doktryny – wymaga zasadniczej wykładni ustawy.

II. zakres pojęciowy znamienia „w związku z pełnieniem funkcji publicznej” w okresie od 1 lipca 2003r.

Wprowadzenie nowelą z dnia 13 czerwca 2003r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 28 czerwca 2003r. Nr 111 poz. 1061) w art. 115 § 19 k.k. definicji ustawowej pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” spowodować musiało ponowne określenie kręgu podmiotów przestępstwa z art. 228 k.k.

W piśmiennictwie wskazywano, iż wprowadzenie definicji ustawowej w sposób poważny rozszerza sferę osób mogących być pomiotem łapownictwa biernego. Wprost wskazywano również, iż przyjęte kryteria definicyjne określają bardzo obszerny krąg podmiotów przestępstwa z art. 228 k.k. prowadzący w zakresie wykładni językowej do często absurdalnych wniosków (*M. Filar, Zakres pojęciowy ...*, s. 66). Wskazywano przy tym, iż wprowadzenie definicji nie wiązało się ze zmianą tytułu rozdziału XXIX kodeksu karnego, choć takie propozycje padały (projekt obywatelski – druk sejmowy nr 775). Brak zmiany tytułu rozdziału XXIX kodeksu karnego wiązany był przeto z celowym zabiegiem ustawodawcy jako pozostawieniem dotychczasowego rodzajowego przedmiotu ochrony, tym bardziej, iż wskazaną nowelą wprowadzono również nowy przepis art. 296a k.k. dotyczący łapownictwa biernego związanego z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Oceniając normatywny skutek wprowadzenia definicji ustawowej pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” należy zwrócić uwagę na trzy elementy.

Po pierwsze, zamieszczenie w tzw. słowniczku wyrażeń ustawowych obowiązującej w obszarze prawa karnego definicji tego pojęcia sprawia, że odrywa się ona od regulacji i sformułowań zawartych w innych ustawach, a tym samym

dezaktualizować się muszą stwierdzenia odnoszące się do katalogu podmiotów wymienionych w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne, i katalog ten obecnie nie może stanowić 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 w świetle art. 115 § 19 k.k. zatrudnienie w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, nie zaś zarządzanie działalnością gospodarczą opartą na mieniu państwowym.

Po trzecie, definicja zawarta w art. 115 § 19 k.k. dotyczy osoby pełniącej funkcję publiczną i nie definiuje 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 publicznych (*P. Kardas, Zatrudnienie ...*, s. 48).

W świetle wprowadzonej definicji dysponowanie środkami publicznymi rozumieć należałoby jako wykonywanie uprawnień publicznoprawnych w odniesieniu do środków publicznych służących realizacji celów publicznych. 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, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Kraków 2004, s. 1482.*)

Kluczowym dla ustalenia zakresu definicji z art. 115 § 19 k.k. jest pojęcie „środków publicznych”, posiadające jednakże swoją ustawową definicję początkowo w art. 3 ustawy z dnia 26 listopada 1998r. o finansach publicznych, a następnie w art. 5 ustawy z dnia 30 czerwca 2005r. o finansach publicznych (Dz. U. z dnia 20 grudnia 2005r.) i art. 5 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z dnia 24 września 2009r.). W doktrynie wskazuje się, iż pojęcie „środków publicznych” w zwrocie „jednostka organizacyjna dysponująca środkami publicznymi” winno być rozumiane zgodnie z definicją legalną, zawartą w kolejnych ustawach o finansach publicznych, skoro ustawa o finansach publicznych jest podstawowym aktem prawnym w tym zakresie (*J. Majewski, w: G. Bogdan i in., Kodeks karny. Część ogólna...*, s. 1481-1482), choć nie brak głosów przeciwnych (*O. Górniok w: M. Bojarski, M. Filar, W. Filipkowski, O. Górniok, P. Hofmański, M. Kalitowski, A. Kamiński, L.K. Paprzycki, E. Pływaczewski W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwik, R.A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2004, s. 393.*)

Wskazane ustawy o finansach publicznych praktycznie jednorodnie określają środki i dochody zaliczane do środków publicznych. Ponadto przepisy ustawy o finansach publicznych wskazują jednostki zaliczane do sektora finansów publicznych,

wymieniając również inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, jednostek badawczo-rozwojowych, banków i spółek prawa handlowego.

W doktrynie wskazuje się, iż dysponowanie środkami publicznymi obejmuje zarządzanie, rozporządzanie oraz gospodarowanie tymi środkami - 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.

Ponadto z brzmienia ustawy o finansach publicznych wywodzi się, 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. Odwołując się do ustawowego ujęcia środków publicznych zawartego w ustawie o finansach publicznych, konkludowano, że dysponowanie mieniem wniesionym jako aport (kapitał) do spółek 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. (*P. Kardas, Zatrudnienie ...,s.50*).

Odniesienie pojęcia „środków publicznych” do definicji ustawowej z ustawy o finansach publicznych powoduje, iż po wejściu w życie noweli z dnia 13 czerwca 2003r., 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. Wskazywano zatem, że uznanie dyrektora przedsiębiorstwa państwowego za osobę pełniącą funkcję publiczną po 1 lipca 2003r. stanowiłoby wykładnię dokonaną z naruszeniem prawa materialnego.

Wypada wskazać na jeszcze jeden powód, dla którego 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. Nowela z dnia 13 czerwca 2003 r. wprowadziła bowiem nowy typ czynu zabronionego, określony w art. 296a k.k., który to wprowadza szczególny typ łapownictwa biernego, związanego z prowadzeniem działalności gospodarczej,

odnoszący się do wszystkich podmiotów prowadzących taką działalność. Wydaje się zatem, iż *ratio legis* wprowadzenia tego przepisu było stworzenie podstaw kryminalizacji korupcji w sferze obrotu gospodarczego - stąd wniosek, iż przed dniem 1 lipca 2003 r., tego rodzaju zachowania pozostawały poza zakresem prawnokarnej reakcji. Przyjmuje się, 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 terytorialnego (*R. Zawłocki, w: Kodeks karny... s. 1026-1027*). Gdyby zatem uznać, że zakres pojęciowy zwrotu „osoba pełniąca funkcję publiczną” w kontekście znamion charakteryzujących podmiot przestępstwa z art. 228 k.k. przed nowelą z dnia 13 czerwca 2003 r. obejmował każdą osobę dysponującą mieniem publicznym na jakiegokolwiek podstawie, także wówczas, gdy prowadzi działalność gospodarczą pozbawioną elementów władztwa publicznego związanego z dysponowaniem środkami publicznymi przeznaczonymi na finansowanie zadań publicznych, to powstaje zasadnicze pytanie, w jakim celu ustawodawca wprowadził do systemu tak szeroko określony typ czynu zabronionego w art. 296a k.k., skoro 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 itd.

Wprowadzenie art. 296a k.k. rozumieć należy jako stworzenia podstaw do kryminalizacji zachowań korupcyjnych w sferze obrotu gospodarczego, które do tej pory pozostawały poza sferą prawnokarnej ochrony. Tym samym jednostki dysponujące mieniem publicznym przekazany w celu prowadzenia działalności gospodarczej, lecz pozbawione elementów dysponowania środkami publicznymi, uzyskanymi na podstawie przepisów prawa publicznego, a przeznaczonymi 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 przydanie podmiotom gospodarczym dysponującym mieniem publicznym, tj. z udziałem kapitałowym Skarbu Państwa lub samorządu terytorialnego, szczególnej prawnokarnej ochrony.

W doktrynie – z uwagi na zasadę oddzielenia prawnokarnej ochrony władzy publicznej i sfery obrotu gospodarczego - wskazywana jest konieczność takiej interpretacji pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, która w oparciu o art. 228 i art. 229 k.k. prowadziłaby do kryminalizacji tylko 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.

Podnoszone jest, iż samo formalne zatrudnienie w jednostce dysponującej środkami publicznymi w świetle rodzajowego przedmiotu ochrony rozdziału XXIX kodeksu karnego nie może stanowić wystarczającej podstawy dla uznania za podmiot

odpowiedzialności karnej z art. 228 k.k. Niezbędnym w ocenie komentatorów byłoby, aby osoba taka nie tylko była formalnie zatrudniona w takiej jednostce na stanowisku "nie wyłącznie usługowym", ale na mocy konkretnej ustawy lub na mocy indywidualnego aktu administracyjnego wydanego w oparciu o taką ustawę dysponowała środkami publicznymi i by środki te trafiły do mającej ustawowe podstawy prawne dyspozycji tej osoby na mocy konkretnej regulacji ustawowej. Osoba taka dokonując takiej redystrybucji w warunkach opisanych w art. 228 k.k. narusza więc rodzajowy przedmiot ochrony rozdziału XXIX kodeksu karnego, jakim jest - mówiąc najogólniej - prawidłowość publicznego obrotu w państwie i prawidłowość decyzji publicznoprawnych. (M. Filar, *Zakres pojęciowy ...*, s. 67). Wskazuje się także na problemy dotyczące zdefiniowania samego „dysponowania” w aspekcie samego zarządzania takimi środkami na własne potrzeby, czy też niezbędnym jest by dochodziło w ramach działalności danej jednostki organizacyjnej do redystrybucji tychże środków publicznych (M. Filar, *Zakres pojęciowys. 68*).

W realiach niniejszej sprawy przytoczone wyżej poglądy doktryny dotyczące interpretacji pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, wskazywałyby, iż 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. Jednakże w orzecznictwie zaistniałym już po wprowadzeniu art. 115 § 19 k.k. nowelą z dnia 13 czerwca 2003r. wskazywane są zupełnie odmienne zakresy pojęciowe znamienia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, szczególnie w odniesieniu do jednostek dysponujących mieniem publicznym przekazanym w celu prowadzenia działalności gospodarczej.

- 1) Sąd Apelacyjny w K. w wyroku z dnia 12 marca 2008r. sygn. II Aka 356/07 badając czyny popełnione w okresie od grudnia 1991 r. do sierpnia 1992 r. polegające na przyjęciu przez naczelnika wydziału kredytów, a następnie zastępcę dyrektora banku – spółki akcyjnej, korzyści majątkowych w zamian za udzielenie i ułatwienie późniejszego spłacenia kredytów przyznanych przez ten bank, zakwalifikowane z art. 228 § 1 k.k., wskazał iż *„nie ma więc najmniejszych przeszkód do tego, aby uznać za osobę pełniącą funkcje publiczne, bankowca zatrudnionego w prywatnym banku (...) który w ramach swojej działalności kredytowej dysponuje w istocie rzeczy środkami publicznymi, a to z tego powodu, że większościovym udziałowcem tego banku jest państwowa osoba prawna.”* (LEX nr 447045, Biul.SAKa 2008/3/8, KZS 2008/9/54, Prok.i Pr.-wkł. 2009/2/28).

W wymienionym wyroku jako kwantyfikatory funkcji publicznej wskazano:

- dysponowanie środkami publicznymi, a to z tego powodu, że większościovym udziałowcem tego banku jest państwowa osoba prawna, a choć bank ten jest bankiem prywatnym, to jednak jest spółką akcyjną, której udziałowcem był i jest obecnie i to większościovym Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej - państwowa osoba prawna;

- pełnienie kierowniczego stanowiska mającego istotny wpływ na dysponowanie środkami publicznymi („stanowiska, które kolejno pełniła oskarżona Maria N., były kierownicze. (...) Wiązało się z nimi określone władztwo, imperium. To ona przygotowywała umowy kredytowe i od niej zależało to, czy osoba ubiegająca się o kredy otrzyma go. Miała więc istotny wpływ na dysponowanie środkami publicznymi.”).

Ponadto w uzasadnieniu wyroku wskazano na pogląd prawny wyrażony w orzecznictwie, zgodnie z którym spółki kapitałowe akcyjne, w których udziałowcem jest państwo, są instytucjami państwowymi w rozumieniu art. 120 § 12 d.k.k., a ich mienie korzysta z ochrony prawnej jako mienie społeczne, z powołaniem uchwały Sądu Najwyższego z 17 listopada 1993 r., I KZP 18/93, przyjmując, że użyte w tej uchwale określenie państwo oznacza zarówno mienie Skarbu Państwa, jak i mienie państwowych osób prawnych.

Sąd Apelacyjny odwołując się w argumentacji także do treści wprowadzonego art. 296a k.k. skonstatował, że oskarżona „niewątpliwie pełniła więc funkcje publiczne w rozumieniu art. 228 § 1 k.k. i to zarówno przed dodaniem do Kodeksu karnego z 1997 r., § 19 art. 115 k.k., jak i po wejściu w życie noweli wprowadzającej legalną definicję tego pojęcia”.

Sąd Apelacyjny z jednej zatem strony wskazywał, że spółki kapitałowe akcyjne, w których udziałowcem jest państwo są instytucjami państwowymi, definiując ponadto dysponowanie środkami publicznymi jako dysponowanie mieniem publicznym przekazanym spółce prawa handlowego w celu prowadzenia działalności gospodarczej, przy czym równocześnie, wbrew jak się wydaje wykładni językowej art. 115 § 19 k.k., wiązał pełnienie funkcji publicznej z pełnieniem kierowniczego stanowiska mającego istotny wpływ na dysponowanie środkami publicznymi.

- 2) Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 6 października 2005 r. sygn. II AKa 195/05, wyraził pogląd, że *„środki publiczne, którymi dysponuje przedsiębiorstwo państwowe, to przede wszystkim ta immanentna część majątku narodowego, która przekazywana jest przedsiębiorstwu przez organ założycielski i mienie nabyte w trakcie działania przedsiębiorstwa, ale*

także środki publiczne, z których przedsiębiorstwo to korzysta z różnych innych tytułów. Osoba pełniąca funkcję publiczną natomiast to (poza funkcjonariuszem publicznym i pozostałymi podmiotami wskazanymi w § 19 art. 115 k.k.) także taka osoba, która jest zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, w tym zwłaszcza takiej, która zarządza majątkiem publicznym, z wyjątkiem tych osób, które w takiej jednostce pełnią czynności wyłącznie usługowe” (OSA 2006/1/2, KZS 2006/3/41).

Sąd Apelacyjny wzmiankowany pogląd wyraził, badając czyny popełnione w okresie od dnia 19 kwietnia 1991 r. do dnia 10 stycznia 1992 r. polegające na przyjęciu korzyści majątkowej przez dyrektora centrali nasiennej w związku z pełnieniem tej funkcji publicznej w zamian za prowadzenie współpracy gospodarczej z inną firmą, zakwalifikowane jako przestępstwo z art. 228 § 1 k.k.

Należy także wskazać, iż Sąd Apelacyjny nie podzielając wykładni przepisu § 19 art. 115 k.k., wyłączającej dyrektora przedsiębiorstwa państwowego z grona osób pełniących funkcję publiczną, wcześniej uwzględnił zażalenie prokuratora na postanowienie Sądu Okręgowego, umarzające postępowanie na podstawie art. 17 § 1 pkt. 1 k.p.k., uchylając to postanowienie.

Odnosząc się zaś do kwestii pełnienia przez dyrektora przedsiębiorstwa państwowego funkcji publicznej Sąd Apelacyjny określił jako zaskakujący wniosek oparty na analizie ustawy o finansach publicznych, iż przedsiębiorstwo państwowe nie jest podmiotem dysponującym środkami publicznymi, wskazując, że taka interpretacja, mimo swoistej oryginalności, pozostaje w całkowitym oderwaniu od realiów obowiązującego systemu prawa i zasad wykładni jego norm. Odnosząc się do pojęcia środków publicznych wskazał, że brak jest podstaw, aby zawarte w tej ustawie pojęcie środków publicznych „...nie mogło być w kontekście prawa karnego modyfikowane ze względu na odmienne zadania, jakie w nim spełnia”, odnosząc się do poglądu O. Górniok (Kodeks karny. Komentarz, pod red. O. Górniok, Warszawa 2004, s. 393), wskazując, iż „za środki publiczne uznać (...) można nie tylko środki wchodzące w skład majątku danej jednostki, lecz także wszelkie środki publiczne, z których jednostka z mocy różnych tytułów korzysta”.

Sąd Apelacyjny określił wręcz jako pozbawioną racji prawnych i logicznych tezę, jakoby z chwilą przekazania mienia przez organ założycielski przedsiębiorstwu państwowemu traciło ono charakter mienia ogólnonarodowego i przestawało być mieniem publicznym.

Wypada podkreślić, iż w przytoczonej tezie wprost określono, że osoba pełniąca funkcję publiczną to (poza funkcjonariuszem publicznym i pozostałymi podmiotami wskazanymi w § 19 art. 115 k.k.) także taka osoba, która jest zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, w tym zwłaszcza takiej, która zarządza majątkiem publicznym. Takie stwierdzenie zdaniem sądu pytającego może budzić zastrzeżenia ze względu na jego zgodność z definicją ustawową.

- 3) Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 listopada 2009 r. sygn. IV KK 141/09 wskazał iż *„W literaturze przedmiotu dostrzec można przynajmniej dwa przeciwstawne stanowiska, co do zakresu znaczeniowego zwrotu "osoba pełniąca funkcję publiczną", a za każdym z nich stoją poważne argumenty. Niestety definicja legalna wprowadzona w § 19 art. 115 k.k. rozbieżności tych nie usunęła, w szczególności właśnie w odniesieniu do osób sprawujących kierownicze stanowiska w jednostkach gospodarczych opartych na mieniu Skarbu Państwa.”* (LEX nr 55395).

Rozpatrywana sprawa dotyczyła czynu popełnionego w okresie lipca do września 2002 r. polegającego na przyjęciu korzyści majątkowej w związku z pełnieniem funkcji publicznej, to jest działając na stanowisku zastępcy dyrektora PKS S.A., w zamian za obietnicę terminowego regulowania należności za paliwo a zakwalifikowanego jako występki wyczerpujący znamiona art. 228 § 1 k.k.

W uzasadnieniu wyroku uchylającego wyrok sądu odwoławczego, który uniewinnił oskarżonego, stwierdzając, iż mienie spółki PKS S.A. było mieniem prywatnym, Sąd Najwyższy wskazał, że - jak wynika z uzasadnienia projektu ustawy, co do wprowadzenia § 19 do art. 115 k.k. - przepis ten nie miał na celu stworzenia nowej jakości w definiowaniu "osoby pełniącej funkcję publiczną", ale definicja legalna miała uwzględniać "dotychczasowy dorobek orzecznictwa" i zmierzać do usunięcia trudności interpretacyjnych (strony internetowe Sejmu IV kadencji, druk 869 z odesłaniami).

Sąd Najwyższy odnosząc się do przedstawionych w toku postępowania argumentów podniósł, że niewątpliwie niezwykle doniosłe znaczenie dla oceny funkcji pełnionej przez zastępcę dyrektora PKS S.A. przez pryzmat art. 228 § 1 k.k., ma ocena charakteru mienia podmiotu gospodarczego go zatrudniającego - czy stanowiło ono mienie publiczne, czy też pozostaje poza nim. Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na argumenty sądu rejonowego, który zagadnienie to szczegółowo rozważał, przytaczając liczne argumenty, w tym wyprowadzane z treści ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji, z treści aktu notarialnego powołującego spółką akcyjną wraz z

zakresem jej działania, z treści przepisów ustawy o działach administracji rządowej, ustawy o prawie przewozowym, odwołując się do stanowiska wyrażonego w uzasadnieniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 maja 2001 r., do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 6 października 2005 r., sygn. II AKa 195/05, do wielu orzeczeń Sądu Najwyższego, nie tracąc z pola widzenia także zapisów ustawy o finansach publicznych czy ustawy o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne. Ponadto zwrócono uwagę na fakt otrzymywania przez PKS "refundacji dopłat do biletów ulgowych" przez Urząd Marszałkowski Województwa. Sąd Najwyższy wskazał, iż argumenty te zostały przez sąd odwoławczy potraktowane arbitralnie stwierdzeniem, iż mienie spółki PKS S.A. było mieniem prywatnym, zaś braki uzasadnienia spowodowały uchylenie wyroku sądu odwoławczego.

W uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego wskazano także, iż sąd rejonowy, stwierdził, że również w ramach art. 115 § 19 k.k. oskarżony, będąc zastępcą dyrektora spółki prawa handlowego, spełniał kryteria osoby pełniącej funkcję publiczną, jednocześnie wskazując na możliwy inny zakres oceny tejże definicji zawarty w literaturze przedmiotu.

Choć zatem wprost w wyroku tym nie wyrażono stanowiska co do zakresu definicyjnego znamienia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, to jednak wyraźnie nie zanegowano poglądu, iż osobą taką może być członek zarządu spółki z udziałem Skarbu Państwa, dysponującej mieniem publicznym przekazanym w celu prowadzenia działalności gospodarczej.

Reasumując poglądy wyrażone w wymienionych judykatach w kontekście funkcjonowania spółek prawa handlowego możnaby stwierdzić, iż już sam fakt uzyskania przez taką spółkę majątku Skarbu Państwa w postaci aportu prowadziłby do odpowiedzialności osób zatrudnionych w takiej jednostce organizacyjnej w przypadku przestępstwa łapownictwa biernego jako osób pełniących funkcje publiczne. Odpowiedzialność taka byłaby tym samym niezależna od definicji środków publicznych wynikającej z ustawy o finansach publicznych, a dla odpowiedzialności osób zatrudnionych w podmiotach gospodarczych wystarczałoby już samo powstanie tego podmiotu w oparciu o majątek Skarbu Państwa. W doktrynie wszakże zaznaczano, że taki zakres definicyjny wydaje się jednak być sprzecznym z rodzajowym przedmiotem ochrony wskazanym w tytule rozdziału XXIX kodeksu karnego, prowadząc niejako do "renacjonalizacji" przestępczości gospodarczej, na co słusznie zwracano już uwagę w piśmiennictwie (*R. Zawłocki, Osoba pełniąca funkcję publiczną jako sprawca przestępstwa łapownictwa biernego z art. 228 § 1 k.k.*,

Monitor Prawniczy nr 10, 2002, s. 472-474). Nadto przyjęcie samego kryterium zatrudnienia w takiej jednostce powstałej w oparciu o majątek Skarbu Państwa, bez konieczności ustalenia jakichkolwiek czynności związanych z faktycznym dysponowaniem tym majątkiem, czy jakichkolwiek kompetencji władczych prowadziłyby do dualizmu w zakresie odpowiedzialności osób zatrudnionych spółkach prawa handlowego, nie mającego, zdaje się, żadnego uzasadnienia w ochronie działalności instytucji państwowych i samorządowych. W przypadku przestępstwa z art. 228 k.k. każda osoba zatrudniona w spółce prawa handlowego, w której Skarb Państwa miałby udziały, nawet nie pełniąc funkcji kierowniczej (aczkolwiek równocześnie nie wykonując wyłącznie czynności usługowych), stawałaby się podmiotem tego przestępstwa przyjmując jakąkolwiek korzyść majątkową lub osobistą. W przypadku zaś osób zatrudnionych w spółce prawa handlowego, w której Skarb Państwa nie miałby udziałów, ponosiłyby one odpowiedzialność z art. 296a k.k., tylko pełniąc funkcję kierowniczą. Ponadto taki zakres definicyjny stałby w sprzeczności z dyrektywą interpretacyjną, jaką była wola ustawodawcy, by w kodeksie karnym z 1997 r. radykalnie ograniczyć krąg osób, które mogłyby być uznane za osoby pełniące funkcję publiczną. W uzasadnieniu projektu kodeksu karnego z 1997 r. wprost wskazano, iż „zmiany ustrojowe muszą prowadzić do istotnej zmiany pojęcia funkcjonariusza publicznego. Z zakresu tego pojęcia kodeks wyłącza osoby sprawujące funkcje w gospodarce społecznej, spółdzielczości lub organizacjach społecznych. W stosunku do dotychczasowego prawa zmienia się zakres przedmiotu ochrony. Rezygnuje on ze szczególnej ochrony instytucji społecznych. Ochroną są objęte tylko instytucje państwowe i samorządu terytorialnego” (*Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 176 i 198-199*).

Przy przyjęciu wskazanego kierunku interpretacyjnego zupełnie obojętnym byłoby, czy dana jednostka organizacyjna (spółka prawa handlowego) uzyskuje środki publiczne w rozumieniu ustawy o finansach publicznych, w postaci subwencji czy dotacji, a zatem pominięty zostałby wymóg publicznoprawnego źródła finansowania, a wystarczającym byłoby posiadanie przez Skarb Państwa jakichkolwiek udziałów w danej jednostce organizacyjnej (nawet jeżeli byłyby to udziały w minimalnej wysokości), z pełnym oderwaniem od kryterium „władczo – publicznoprawnego” charakteru działalności tej jednostki, co jako prowadzące do absurdalnych wniosków było krytykowane w piśmiennictwie (*M. Filar, Zakres pojęciowy ..., s. 62-63*).

Niezależnie od powyższych uwag należy zauważyć, iż wskazany w wymienionych judykatach zakres pojęciowy „osoby pełniące funkcję publiczną” może być oceniony jako rozszerzający definicję z art. 115 § 19 k.k. i odrywałby się od pojęcia środków publicznych w rozumieniu art. 5 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych (jak też i wcześniejszych ustaw), a więc podążałby w zupełnie

odmiennym kierunku niż postulowane w doktrynie zawężenie definicji (*M. Filar, Zakres pojęciowy ...*, s. 67; *R. Zawłocki, Osoba pełniąca ...*, s. 472-474; *P. Kardas, Zatrudnienie...*; *J. Majewski, w: Kodeks karny. Część ogólna. ...*, s. 1480-1482.).

Wskazać ponadto należy, iż takie przyjęcie kręgu podmiotów osób pełniących funkcje publiczne byłoby szersze w zakresie spółek z udziałem Skarbu Państwa niż krąg osób wymienionych w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne, gdzie wymienieni byli wyłącznie prezesi, wiceprezesi i członkowie zarządu spółek Skarbu Państwa oraz spółek, w których udział Skarbu Państwa przekracza 50 % kapitału zakładowego lub 50 % liczby akcji.

Paradoksalnie zatem osoby pozostające poza katalogiem osób wymienionych w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne, z uwagi na mniejszy niż 50% kapitału zakładowego (lub 50 % liczby akcji) udział Skarbu Państwa w spółce prawa handlowego, w tym ujęciu interpretacyjnym ponosiłyby obecnie odpowiedzialność za łapownictwo bierne na podstawie art. 228 k.k., mimo wprowadzenia nowego art. 296a k.k., mającego stworzyć podstawy kryminalizacji korupcji w sferze obrotu gospodarczego. Natomiast w okresie przed nowelą z dnia 13 czerwca 2003r. zachowania tych osób nie podlegałyby represji karnej, skoro pozostawały one poza katalogiem osób wymienionych w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne.

Powyżej przedstawione różnice interpretacyjne dotyczące zakresu definicyjnego znamienia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, oparte na rezultatach wykładni językowej i funkcjonalnej uzasadniały wystąpienie przez sąd odwoławczy do Sądu Najwyższego o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego.

Na potrzebę dookreślenia pojęć użytych w definicji art. 115 § 19 k.k. w drodze rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego dotyczącego ich znaczenia w kontekście przepisów karnych wskazywano zresztą w doktrynie od dawna (*O. Górniok w: Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2004r. s. 62*).

W realiach rozpatrywanej sprawy w zależności od przyjętego kryterium oceny zakresu pojęciowego „pełnienia funkcji publicznej” zgoła odmiennie prezentuje się odpowiedzialność oskarżonych.

W okresie przed nowelą z dnia 13 czerwca 2003r. nawet w przypadku uznania, iż spółki prawa handlowego z udziałem Skarbu Państwa spełniają kryterium dysponowania środkami publicznymi powstaje pytanie dotyczące kryterium władztwa publicznego. Przyjęcie interpretacji wskazanej w uchwale z dnia 28 marca 2002r. sygn. I KZP 35/01, gdzie powiązано wprost wykonywanie funkcji prezesa spółdzielni mieszkaniowej jako oznaczające pełnienie funkcji publicznej tylko z zakresem, w jakim jego czynności wiążą się z dysponowaniem środkami publicznymi, powoduje, iż tylko zachowania wprost wiążące się z dysponowaniem środkami publicznymi, a nie szeroko pojęte podejmowanie decyzji gospodarczych, mogłoby powodować odpowiedzialność za przestępstwo łapownictwa biernego.

Po wprowadzeniu zaś definicji legalnej osoby pełniącej funkcję publiczną w art. 115 § 19 k.k. powstaje pytanie, czy przez jednostkę organizacyjną dysponującą środkami publicznymi należy rozumieć także spółki prawa handlowego z udziałem Skarbu Państwa, czy też osoby zatrudnione w takich spółkach będą ponosić odpowiedzialność za łapownictwo bierne z art. 228 k.k. tylko w przypadku gdy jednostka taka dysponowała środkami publicznymi w postaci subwencji czy dotacji, zaś w pozostałym zakresie podejmowanych decyzji gospodarczych odpowiedzialność osób pełniących stanowiska kierownicze rozpatrywana być może wyłącznie w oparciu o art. 296a k.k.

W zależności od przyjętego kryterium definicyjnego dotyczącego czy to władztwa publicznoprawnego, czy tylko i wyłącznie kryterium środków publicznych w rozumieniu ustawy o finansach publicznych zachowania oskarżonych stają się bądź prawnokarnie relewante bądź irrelewatne.

/tp/