

prof. nadzw. dr hab. Piotr Kardas  
Katedra Prawa Karnego  
Uniwersytetu Jagiellońskiego  
31-007 Kraków, ul. K. Olszewskiego 2  
<http://www.law.uj.edu.pl/karne>

## **Kontrowersje wokół pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”.**

### **Rzecz o kreatywnej wykładni przyjmowanej w orzecznictwie oraz granicach zakresowych typu czynu zabronionego określonych w ustawie.**

1. Kwestia wykładni ustawowego sformułowania charakteryzującego podmiot przestępstwa łapownictwa biernego (sprzedajności) oraz podmiot bezpośredniego oddziaływania w przypadku łapownictwa czynnego (przekupstwa<sup>1</sup>) ma swoją długą historię<sup>2</sup>. Wprowadzenie do treści art. 239 k.k. z 1969 r. złożonego zwrotu „kto w związku z pełnieniem funkcji publicznej”<sup>3</sup> służącego do

<sup>1</sup> Co do wykorzystywanych w doktrynie określeń w odniesieniu do typów przewidzianych obecnie w art. 228 i art. 299 k.k. z 1997 r. zob. szerzej A. Spotowski [w:] System prawa karnego. T. IV. O przestępstwach w szczególności. § 105. Łapownictwo, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1989, s. 583.

<sup>2</sup> Kryminalizujący łapownictwo art. 290 § 1 k.k. z 1932 r. dla charakterystyki podmiotu przestępstwa posługiwał się pojęciem „urzędnik”, stanowiąc: „Urzędnik, który w związku z urzędowaniem przyjmuje dla siebie lub innej osoby korzyść majątkową lub osobistą, albo ich obietnice, bądź też takiej korzyści żąda, podlega karze więzienia do lat 5”. Trzeba od razu dodać, że zakres znaczeniowy pojęcia „urzędnik” na gruncie art. 290 modyfikowała treść art. 292 k.k., zgodnie z którym „Karom, przewidzianym w rozdziale niniejszym, podlegają, oprócz urzędników pozostających w służbie Państwa lub samorządu, nadto osoby wykonywające zlecone czynności w zakresie zarządu państwowego lub samorządowego, tudzież funkcjonariusze wszelkich instytucji prawa publicznego”. Stanowiący jego odpowiednik w k.k. z 1969 r. art. 239 stanowił: „kto w związku z pełnieniem funkcji publicznej przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą albo ich obietnice, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5”. Przepis art. 239 § 2 k.k. z 1969 r. stanowił: „Kto pełniąc funkcję publiczną, uzależnia czynność służbową od otrzymania korzyści lub takiej korzyści żąda, podlega karze pozbawienia wolności do lat 10”. Art. 239 § 3 k.k. z 1969 r. stanowił: „Karze przewidzianej w § 2 podlega także ten, kto pełniąc funkcję publiczną przyjmuje korzyść lub jej obietnicę za czynność stanowiącą naruszenie przepisu prawa”. Aktualnie obowiązujący art. 228 § 1 k.k. z 1997 r., stanowi: „Kto, w związku z pełnieniem funkcji publicznej przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą albo jej obietnicę, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8”. Z perspektywy prezentowanych w doktrynie modeli wykładni wymienionych sformułowań zob. w szczególności: L. Peiper: Komentarz do kodeksu karnego, Kraków 1933, s. 799-804; J. Makarewicz: Kodeks karny z komentarzem, wyd. IV, Lwów 1935, s. 495 i n.; A. Spotowski [w:] System Prawa Karnego. T. IV. O przestępstwach w szczególności, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Łódź 1989, s. 583 i n.; A. Spotowski: Pojęcie funkcjonariusza publicznego w projekcie kodeksu karnego a pojęcie urzędnika w obowiązujących przepisach, PiP 1968, Nr 8-9, s. 309 i n.; A. Spotowski: Pojęcie funkcji związanej ze szczególną odpowiedzialnością w kodeksie karnym, PiP 1975, Nr 11, s. 71 i n.; L. Gardocki: O podmiocie łapownictwa, PiP 1971, Nr 5, s. 810 i n.; W. Wolter [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter: Kodeks karny z komentarzem, Warszawa 1973, s. 752 i n.; 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. 23 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo. Zob. też uwagi A. Barczak-Oplustil: Glosa do postanowienia SN z dnia 30 września 2010 r., I KZP 16/10, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2010, Nr 4, s. 126 i n.

<sup>3</sup> Warto zaznaczyć, że wraz z wejściem w życie kodeksu karnego z 1969 r. doszło do istotnej zmiany ustawowej charakterystyki podmiotu przestępstwa łapownictwa biernego, bowiem w miejsce funkcjonującego na gruncie art. 134, art. 135, art. 290 k.k. i art. 292 z 1932 r. sformułowania „urzędnik” wprowadzono stanowiące przedmiot sygnalizowanych wyżej kontrowersji wykładniczych pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”. Tym samym doszło do nieco innego rozłożenia akcentów, nazwowe określenie podmiotu sprawczego tego przestępstwa zastąpiono ujęciem funkcjonalnym, odwołującym się nie tyle do formalnego statusu danej osoby, co łączącej status sprawcy przestępstwa łapownictwa z istotą pełnionej przez daną osobę funkcji, o publicznym charakterze.

charakterystyki podmiotu przestępstwa indywidualnego - bez klarownego wyjaśnienia zamysłu prawodawcy posługującego się formułą językową różniącą się od zdefiniowanego w tzw. słowniczku wyrażeń ustawowych zwrotu „funkcjonariusz publiczny”<sup>4</sup> - od wejścia w życie tej ustawy stanowiło przedmiot rozbieżności wykładniczych. Ich istota w początkowym okresie sprowadzała się do pytania, czy zakres znaczeniowy tego terminu jest tożsamy z zakresem pojęcia funkcjonariusz publiczny<sup>5</sup>, czy też pojęcie „osoba pełniąca funkcję publiczną” obejmuje także inne, nie posiadające statusu funkcjonariusza publicznego osoby, wtedy „gdy pełnią funkcje publiczne”. Z punktu widzenia stanowiska judykatury, w szczególności zaś koncepcji wykładniczych przyjmowanych przez Sąd Najwyższy, sprawa została dość szybko i stanowczo przesądzona, bowiem już pół roku po wejściu w życie k.k. z 1969 r. w uchwale rozstrzygającej wątpliwości interpretacyjne wymagające zasadniczej wykładni ustawy przedstawiono pogląd, wedle którego podmiotem przestępstwa łapownictwa biernego mógł być - z powodów oczywistych - funkcjonariusz publiczny, a także inna osoba, jeżeli pełniła funkcję publiczną<sup>6</sup>. Kierując się szeregiem argumentów wykładniczych, w tym m. in. na poziomie wykładni językowej zakazem wykładni synonimicznej oraz względami celowościowymi wykorzystywanymi do dekodowania zakresu kryminalizacji przestępstwa łapownictwa biernego, w orzecznictwie przyjęto szerszy niż postulowany przez część przedstawicieli doktryny zakres znaczeniowy zwrotu „w związku z pełnieniem funkcji publicznej” a w istocie pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, wykraczający poza granice pojęcia „funkcjonariusz publiczny”. Nie zmieniło to jednak stanowiska tych teoretyków prawa karnego, zdaniem których odmienna formuła językowa wykorzystana w treści art. 239 k.k. z 1969 r. podyktowana była przede wszystkim względami stylistycznymi, niewpływającymi na zakres kryminalizacji wyznaczany w perspektywie podmiotu sprawczego przestępstwa indywidualnego<sup>7</sup>. Stanowisko to, prezentowane konsekwentnie w szczególności przez W. Woltera, miało tak wielką siłę oddziaływania, że tuż po wejściu w życie kodeksu karnego z 1997 r, który w zakresie regulacji charakteryzującej podmiot przestępstwa łapownictwa nie zawierał żadnych odmienności w porównaniu do rozwiązania funkcjonującego w k.k. z 1969 r., w literaturze przedstawiono po raz kolejny pogląd wskazujący na tożsamość znaczeniową

<sup>4</sup> Kwestia zmodyfikowanego ujęcia podmiotu sprawczego przestępstwa łapownictwa nie stanowiła przedmiotu szerzej wypowiedzi w uzasadnieniu projektu kodeksu karnego z 1969 r. Zob. także uwagi W. Woltera [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter: Kodeks karny z komentarzem, Warszawa 1973, s. 751 oraz powoływane w tym komentarzu stosowne fragmenty z uzasadnienia projektu kodeksu karnego.

<sup>5</sup> Zob. w szczególności konsekwentnie prezentowane stanowisko W. Woltera: Odpowiedzialność karna osób pełniących funkcje publiczne, PiP 1969, Nr 6, s. 961 i n.; W. Wolter: Dwie wykładnie podmiotu przestępstw służbowych [w:] Problemy Prawa Karnego I, Prace naukowe Uniwersytetu Śląskiego Nr 113, Katowice 1975, s. 43 i n.; W. Wolter: Glosa do uchwały SN z dnia 3.07.1970 r., VI KZP 27/70, PiP 1970, Nr 10, s. 630 i n..

<sup>6</sup> Por. uchwała SN z dnia 3 lipca 1970 r., VI KZP 27/70, OSNKW 1970, Nr 9, poz. 98. Zob. też konsekwentnie podtrzymujące to stanowisko wypowiedzi Sądu Najwyższego zawarte w: uchwale SN z dnia 15 kwietnia 1976 r., VI KZP 32/75, OSNKW 1976, Nr 6, poz. 72; wyrok SN z dnia 14 grudnia 1982 r., III KR 182/82, OSNKW 1983, Nr 9, poz. 73; postanowienie SN z dnia 20 grudnia 1985 r., VI KZP 48/85, Lex Nr 22028; uchwała SN z dnia 26 kwietnia 1995 r., I KZP 6/95, OSNKW 1995, Nr 7-8, poz. 41.

<sup>7</sup> Por. w szczególności stanowisko W. Woltera: Odpowiedzialność karna osób pełniących funkcje publiczne..., s. 965 i n. Zob. też krytyczne uwagi A. Spotowskiego [w:] System prawa karnego. T. IV. O przestępstwach w szczególności..., s. 591 i n.

sformułowań „funkcjonariusz publiczny” oraz „osoba pełniąca funkcję publiczną”<sup>8</sup>. Ponowna, podejmowana na gruncie nowej regulacji prawnej, próba dogmatycznego ograniczenia zakresu kryminalizacji przestępstwa łapownictwa tylko do przypadków przyjmowania korzyści majątkowej przez osobę posiadającą status funkcjonariusza publicznego nie doprowadziła jednak do zmiany koncepcji wykładniczej przyjmowanej w orzecznictwie, w którym w zasadzie bez większych wątpliwości kontynuowano na gruncie nowych regulacji sposób interpretacji wypracowany w okresie obowiązywania k.k. z 1969 r.<sup>9</sup> Nie wnikając głębiej w argumenty przedstawiane przez zwolenników obu przeciwstawnych koncepcji trzeba jednak zaznaczyć, że ujmując szerzej niż w przypadku funkcjonariusza publicznego zakres znaczeniowy pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”<sup>10</sup>, kryteriów wyznaczających granice zakresowe drugiego z wymienionych zwrotów poszukiwano w pojęciu i istocie „funkcji publicznej”<sup>11</sup>, przyjmując, że osoba nie posiadająca statusu funkcjonariusza publicznego spełnia ustawowe cechy podmiotu sprawczego przestępstwa łapownictwa biernego wówczas, gdy wykonywane przez nią na podstawie stosownego umocowania czynności w sferze publicznej mają charakter władczy, przy czym istoty władztwa upatrywano w kompetencjach

<sup>8</sup> Zob. A. Zoll [w:] K. Buchała, A. Zoll: Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Kraków 1998, T. I, s. 637-638; J. Wojciechowski: Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo, Warszawa 2000, s. 434 i n.

<sup>9</sup> Por. uchwałę składu 7 sędziów SN z dnia 20.06.2001 r., I KZP 5/01, Wokanda 2001, Nr 9, poz. 9; wyrok SN z dnia 22.11.1999 r., II KKN 346/97, OSNKW 2000, Nr 1-2, poz. 10; uchwałę składu 7 sędziów SN z dnia 18.10.2001 r., I KZP 9/01, OSNKW 2001, Nr 11-12, poz. 87; uchwałę składu 7 sędziów SN z dnia 28.03.2002 r., I KZP 35/01, OSNKW 2002, Nr 5-6, poz. 29.; wyrok z dnia 19 czerwca 2002 r., V KKN 195/00, niepublikowany.

<sup>10</sup> Kwestia ta jest aktualnie jednoznacznie rozstrzygana w orzecznictwie, w którym zdecydowanie dominuje ujęcie, wedle którego „z pojęciem „pełnienia funkcji publicznej” wiąże się szerszy zakres desygnatów niż z pojęciem „funkcjonariusz publiczny”. Zob. m. in. Wyrok SA w Łodzi z dnia 14 lutego 2001 r., II Aka 252/00, Prok. i Pr. 2002, Nr 7-8, poz. 22; KZS 2002, Nr 9, poz. 24.

<sup>11</sup> Zob. szerzej 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.; tejże: 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 obowiązywania [w:] Racjonalna reforma prawa karnego, red. A. Zoll, Warszawa 2001, s. 45 i n.; tenże: 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 2001, nr 1, s. 99 i n.; P. Kardas, W. Wróbel: Opinia o rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy - kodeks karny (druk nr 2510), Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2001, Nr 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, Prok. i Pr. 2003, Nr 7-8, s. 38 i n.; B. Mik: Nowela antykorupcyjna z dnia 13 czerwca 2003 r. Wprowadzenie. Rys historyczny. Podstawowe problemy interpretacyjne, Kraków 2003, s. 142 i n.; J. Skorupka: Ochrona interesów majątkowych Skarbu Państwa w kodeksie karnym, Wrocław 2004, s. 71 i n.; A. Marek: Zakres pojęciowy znamienia pełnienie funkcji publicznej na gruncie art. 228 k.k., „Palestra” 2003, Nr 7-8, s. 64 i n.; A. Barczak-Oplustil: Gosa do postanowienia SN z dnia 30 września 2010 r., I KZP 16/10, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2010, Nr 4, s. 126 i n. oraz uchwałę składu 7 sędziów SN z dnia 20.06.2001 r., I KZP 5/01, Wokanda 2001, Nr 9, poz. 9; wyrok SN z dnia 22.11.1999 r., II KKN 346/97, OSNKW 2000, Nr 1-2, poz. 10; uchwałę składu 7 sędziów SN z dnia 18.10.2001 r., I KZP 9/01, OSNKW 2001, Nr 11-12, poz. 87; uchwałę składu 7 sędziów SN z dnia 28.03.2002 r., I KZP 35/01, OSNKW 2002, Nr 5-6, poz. 29.

decyzyjnych. Konkretyzując na poziomie jednostkowym, dotyczącym rozpatrywanych przez sądy przypadków, kryteria wyznaczające zakres pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” w orzecznictwie wskazywano, że decydującą przesłanką jest wykonywanie zadań z zakresu administracji publicznej (rządowej lub samorządowej) na podstawie upoważnienia wynikającego wprost z przepisu ustawy lub określonego w formie konkretno-indywidualnego aktu prawnego wydanego przez uprawniony organ władzy publicznej<sup>12</sup>. Taki sposób interpretacji zwrotu „osoba pełniąca funkcję publiczną” utrzymano konsekwentnie w początkowym okresie obowiązywania k.k. z 1997 r. Przyjmując, że „z pojęciem „pełnienia funkcji publicznej” wiąże się szerszy zakres desygnatów niż z pojęciem „funkcjonariusz publiczny”<sup>13</sup> w orzecznictwie Sądu Najwyższego oraz sądów apelacyjnych „(...) funkcję publiczną wiązano z działalnością zinstytucjonalizowaną, urzędową, dotyczącą ogółu” przeciwstawiając ją działalności prywatnej. Istoty funkcji publicznej doszukiwano się w dysponowaniu uprawnieniami mogącymi kształtować treść, zakres i charakter wykonywanych przez daną osobę zadań poprzez nadanie im władczy charakteru, objawiającego się czynnościami zarządu, administrowania, wydawania lub istotnego wpływania na wydawane decyzje. Za konstytutywne cechy funkcji publicznej uznawano pełnienie zadań „powierzonych przez instytucje państwowe lub samorządu terytorialnego, z którymi związany był znaczny wpływ na treść decyzji o charakterze ogólnospołecznym wynikający z określonego zakresu uprawnień, umożliwiających kształtowanie treści wykonywanych zadań w sferze publicznej”<sup>14</sup>. Kierując się przede wszystkim wskazanymi wyżej przesłankami Sąd Najwyższy w 1999 r. uznał, że „z uregulowanego ustawowo uprawnienia diagnosty do wpisywania w dowodzie rejestracyjnym pojazdu terminu kolejnego badania technicznego, a tym samym przedłużenia okresu dopuszczenia pojazdu do ruchu, wynika, że w zakresie wykonywania tej czynności pełni on funkcję publiczną przekazaną imiennym upoważnieniem wojewody”<sup>15</sup>. Zasadniczym elementem uzasadniającym zaliczenie diagnosty do kategorii zdalnych podmiotów łapownictwa było dysponowanie uprawnieniami służącymi do realizacji zadań publicznych kształtowanymi imiennym upoważnieniem wojewody, przekazującym określone kompetencje ze sfery władztwa publicznego, i tym samym przesądzającym, że diagnosta działa w przekazanym mu zakresie w imieniu i na rzecz organu administracji publicznej realizując zadania o ogólnospołecznym

<sup>12</sup> Zob. m. in. Stanowisko wykładnicze SN przedstawione w: uchwale z dnia 15 kwietnia 1976 r., VI KZP 32/75, OSNKW 1976, Nr 6, poz. 72; wyroku z dnia 14 grudnia 1985 r., III KR 182/82, OSNKW 1983, Nr 9, poz. 73; postanowieniu z dnia 20 grudnia 1985 r., VI KZP 48/85, Lex Nr 22028; uchwale z dnia 26 kwietnia 1995 r., I KZP 6/95, OSNKW 1995, Nr 7-8, poz. 41.

<sup>13</sup> Zob. w szczególności stanowisko SA w Łodzi przedstawione w wyroku z dnia 14 lutego 2001 r., II Aka 252/00, Prok. i Pr. 2002, Nr 7-8, poz. 22; KZS 2002, Nr 9, poz. 24.

<sup>14</sup> Takie ujęcie „funkcji publicznej” przedstawione zostało w powoływanym już wyżej wyroku SA w Łodzi z dnia 14 lutego 2001 r., II Aka 252/00, Prok. i Pr. 2002, Nr 7-8, poz. 22; KZS 2002, Nr 9, poz. 24. W podobny sposób, prowadzący jednak do odmiennie zakreślonego kręgu desygnatów pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” wypowiedział się SA w Krakowie wskazując, że „podmiotem występku sprzedajności (art. 228 k.k.), a odpowiednio – przekupstwa (art. 229 k.k.) może być nie tylko funkcjonariusz publiczny, ale także inna osoba pełniąca funkcję publiczną. Sąd Apelacyjny nie podziela poglądów zdejmujących odpowiedzialność za korupcję z osób podejmujących decyzje w sferze publicznej, zobowiązanych do bezstronności (jak pracownicy banków), dlatego tylko, że ich stanowiska zostały pominięte w katalogu funkcjonariuszy publicznych” – wyrok SA w Krakowie z dnia 18 listopada 1999 r., II Aka 191/99, KZS 1999, Nr 12, poz. 23; Pro. i Pr. 2000, Nr 4, poz. 21.

<sup>15</sup> Wyrok SN z dnia 22 listopada 1999 r., II KKN 346/97, OSNKW 2000, Nr 1-2, poz. 10; Biuletyn SN 2000, Nr 1, poz. 19; Prok. i Pr. 2000, Nr 6, poz. 5; OSP 2000, Nr 6, poz. 98.

charakterze. Ostatni ze wskazanych elementów przesądzał o publicznym charakterze wykonywanej funkcji. Kształtując w sposób nieco bardziej uniwersalny cechy konstytutywne „funkcji publicznej” w orzecznictwie sądów niższych instancji podkreślano, że „funkcję publiczną (...) pełnią osoby, które wykonują powierzone im przez instytucje państwowe lub samorządu terytorialnego zadania i przez to uzyskują znaczny wpływ na treść decyzji o charakterze ogólnospołecznym”, akcentując, że „cechą wyróżniającą funkcję publiczną jest posiadanie określonego zakresu uprawnień, pozwalających na kształtowanie treści wykonywanych zadań w sferze publicznej”<sup>16</sup>. Definiując funkcję publiczną jako podstawowy składnik wyznaczający granice zakresowe złożonego zwrotu „osoba pełniąca funkcję publiczną” w orzecznictwie i tej części doktryny, która aprobując odnosiła się do przyjmowanych w praktyce modeli wykładni, nie wypracowano jednak „(...) uniwersalnych kryteriów pozwalających na zaliczenie do kategorii osób pełniących funkcję publiczną”, zaś ujawniające się na gruncie konkretnych przypadków problemy wykładnicze orzecznictwo rozstrzygało w sposób kazuistyczny<sup>17</sup>. Istotne jest także podkreślenie, że konkretyzując pojęcie „instytucja państwowa” po odrzuceniu przez ustawodawcę w 1997 r. definicji tego pojęcia wskazywano, że za taką instytucję uznać należy „jednostkę organizacyjną, której funkcje społeczne można przyrównać do funkcji organów administracji rządowej, organu państwowego lub samorządowego”<sup>18</sup>. Postrzegając zwrot „osoba pełniąca funkcję publiczną” jako formułę dopełniającą ustawową charakterystykę przestępstwa łapownictwa zarówno na gruncie regulacji zawartej w k.k. z 1969 r., jak i w początkowym okresie funkcjonowania k.k. z 1997 r. zasadnicze znaczenie przywiązywano do elementów „publiczności” funkcji, przyjmując, iż poszerzenie zakresu ustawowego określenia służącego do charakterystyki podmiotu sprawczego łapownictwa biernego oraz podmiotu bezpośredniego oddziaływania łapownictwa czynnego służyć ma adekwatnemu zakreśleniu granic odpowiedzialności za łapownictwo w sferze publicznej<sup>19</sup>, gdzie czynności o władczym charakterze wykonywane są nie tylko przez funkcjonariuszy publicznych, lecz także inne osoby dysponujące kompetencjami i władztwem wynikającym z regulacji zaliczanych do sfery publicznej, co uzasadnia poszerzenie na ten obszar prawnokarnej ochrony<sup>20</sup>. Zasadnie przyjmowano, iż nie ma wątpliwości, że w prawidłowe

<sup>16</sup> Wyrok SA w Łodzi z dnia 14 lutego 2001 r., II Aka 252/00, KZS 2002, Nr 9, poz. 24.

<sup>17</sup> Por. uzasadnienie postanowienia SN z dnia 30 września 2010 r., I KZP 16/10, OSNKW 2010, Nr 11, poz. 96; Biuletyn SN 2010, Nr 12, poz. 23.

<sup>18</sup> Wyrok SA w Łodzi z dnia 14 lutego 2001 r., II Aka 252/00, KZS 2002, Nr 7-8, poz. 10.

<sup>19</sup> Względy kryminalnopolityczne, w tym w szczególności dążenie do ukształtowania adekwatnego zakresu kryminalizacji przejawów sprzedajności i przekupstwa, wyraźnie sygnalizowane są w powoływanym już wyżej wyroku SA w Krakowie z dnia 18 listopada 1999 r., II Aka 191/99, KZS 1999, Nr 12, poz. 23; Pro. i Pr. 2000, Nr 4, poz. 21.

<sup>20</sup> Jak się wydaje bez ryzyka popełnienia większego błędu można przyjąć, że zrekonstruowane wyżej modele wykładnicze o ile nie wprost nawiązywały to z pewnością nie pozostawały w sprzeczności z wykorzystaną przez prawodawcę w art. 292 k.k. z 1932 r. formułą rozszerzającą zakres odpowiedzialności za łapownictwo poza osobę posiadającą status urzędnika. Także na gruncie art. 292 k.k. z 1932 r. wskazywano, że podmiotem łapownictwa może być inna niż urzędnik osoba, o ile pełni czynności związane z władztwem o publicznym charakterze, wynikającym z przepisów zaliczanych do sfery prawa publicznego. Przepis art. 292 k.k. z 1932 r. stanowił wszakże, że odpowiedzialności za łapownictwo podlegają, oprócz urzędników pozostających w służbie Państwa lub samorządu, nadto osoby wykonywające zlecone czynności w zakresie zarządu państwowego lub samorządowego, tudzież funkcjonariusze wszelkich instytucji prawa publicznego”. Warte podkreślenia jest to, że poszerzenie zakresu kryminalizacji w sferze podmiotu sprawczego oparte było na istocie pełnionej przez osobę nie posiadającą statusu urzędnika funkcji, sprowadzającej się albo do realizacji czynności zleconych w zakresie zarządu państwowego lub samorządowego (a więc zadań par excellence władczych i publicznych), albo pełnienie funkcji w

funkcjonowanie instytucji publicznych godzi zarówno zachowanie funkcjonariusza publicznego przyjmującego korzyść majątkową, osobistą lub ich obietnice w związku z realizacją powierzonych mu zadań publicznych, jak i zachowanie innej, nieposiadającej statusu funkcjonariusza publicznego osoby, wykonującej z mocy tych samych przepisów tego samego typu zdania i przyjmującej w związku z pełnieniem powierzonej jej „publicznej” roli korzyść majątkową, osobistą lub ich obietnice<sup>21</sup>. Przy czym twierdzenie powyższe oparte było na identyczności roli, zadań, statusu i znaczenia funkcjonariusza publicznego i innej osoby w zakresie realizacji zadań publicznych, określonych przez przepisy prawa zaliczane do sfery prawa publicznego. Definiując funkcje publiczne jako związane z interesem ogółu, dostrzegając w nich ogólnospołeczny wymiar oraz łącząc je z realizacją zadań Państwa, zupełnie naturalnym było akcentowanie przesłanki związanej z dysponowaniem przez daną osobę uprawnieniami w sferze publicznej, o władczym charakterze, zbliżonymi co do zakresu i charakteru kompetencji do tych, w jakie wyposażeni się funkcjonariusze publiczni reprezentujący organy administracji rządowej i samorządowej. Lokując cechy konstytutywne funkcji publicznej we władczym charakterze uprawnień pozostawiano poza kręgiem podmiotów sprawczych przestępstwa łapownictwa te osoby, które co prawda wykonywały określone czynności w jednostkach wyposażonych w składniki majątkowe stanowiące własność Państwa lub samorządu terytorialnego, pozbawione były jednak charakterystycznych dla sfery publicznej uprawnień władczych. To sprawiało, że zarówno w okresie obowiązywania k.k. z 1969 r., jak i w początkowym okresie obowiązywania k.k. z 1997 r. co do zasady poza zakresem pojęcia „osoba pełniąca funkcje publiczne” pozostawały te osoby, które „gospodarując” lub „zarządzając” majątkiem, w sensie ekonomicznym stanowiącym własność Państwa lub samorządu terytorialnego, wykonywały zadania związane z uczestniczeniem podmiotów wyposażonych w takie składniki majątkowe w działalności gospodarczej (obrocie gospodarczym), na zasadach wolności gospodarczej oraz w oparciu o regulacje zaliczane do sfery prawa prywatnego. W tym bowiem obszarze samo funkcjonowanie w jednostce wyposażonej w składniki majątkowe zaliczane do kategorii mienia publicznego nie przesądzało jeszcze o publiczności funkcji, zaś wykonywanie czynności związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej, której cechą konstytutywną jest osiągnięcie zysku sprawiało, że zadania te stanowiły element „obrotu prywatnego”<sup>22</sup>. W powyższym kontekście można konstatować, że jednym z zasadniczych elementów uzasadniających zaliczenie danej osoby do kategorii podmiotów „pełniących funkcje publiczne” był w omawianym okresie charakter uprawnień i obowiązków, przesądzający o charakterze pełnionej funkcji. Jeżeli określające zakres kompetencji uprawnienia i obowiązki miały władczy charakter, a zwłaszcza gdy łączyły się ze sferą imperium,

instytucjach prawa publicznego, co także wskazuje na ich władczy i ogólnospołeczny, a przeto to właśnie publiczny charakter.

<sup>21</sup> To założenie nie jest bynajmniej wyjątkowe. W oparciu o podobny mechanizm ustawodawca kształtował zakres odpowiedzialności za sprzedajność oraz przekupstwo w kodeksie karnym z 1932 r., gdzie podmiot sprzedajności oraz podmiot bezpośredniego oddziaływania przekupstwa określony został za pomocą rzeczownika „urzędnik”, zarazem jednak w odniesieniu do przestępstwa sprzedajności wprowadzono szczególną regulację umożliwiającą pociąganie do odpowiedzialności karnej osób nie posiadających statusu urzędnika, jednak „pozostających w służbie Państwa lub samorządu” oraz „osoby wykonywające zlecone czynności w zakresie zarządu państwowego lub samorządowego”, a także „funkcjonariuszy wszelkich instytucji prawa publicznego”. (por. treść art. 292 k.k. z 1932 r.).

<sup>22</sup> Zob. też w tej kwestii stanowisko SN przedstawione w wyroku SN z dnia 2 czerwca 2009 r., IV KK 11/09, Lex Nr 512109; wyroku SN z dnia 7 lipca 2009 r., V KK 82/09, Lex Nr 512075.

wówczas brak było przeszkód do przyjęcia, iż wykonywana funkcja ma charakter publiczny<sup>23</sup>. Wtedy zaś, gdy uprawnienia i obowiązki związane były ze sferą dominium, a przez to pozbawione były elementów władczych, przyjmowano brak podstaw do kwalifikowania pełnionej roli do kategorii funkcji publicznych. Takiemu ujęciu wykładniczemu na gruncie rozwiązań przyjętych w kodeksie karnym z 1997 r. towarzyszyła realizowana konsekwentnie zasada ujednoczenia reguł ochrony „mienia publicznego” oraz „mienia prywatnego” a także zerwanie z charakterystyczną dla modelu gospodarki socjalistycznej zasadą uprzywilejowania mienia publicznego<sup>24</sup>, którego przejawem była wyraźnie obostrzona, oparta na odmiennych zasadach kryminalizacja zamachów na to mienie<sup>25</sup>. Bez wątplenia przyjęta jako jedno z podstawowych założeń kodyfikacji karnej z 1997 r. zasada jednolitej ochrony mienia oparta była na dostrzeżeniu braku podstaw do surowszej kryminalizacji zachowań godzących w składniki majątkowe o charakterze publicznym związane ze sferą dominium.

2. Z biegiem czasu w orzecznictwie Sądu Najwyższego zaczęły wyraźnie ujawniać się tendencje do dalszego poszerzenia zakresu kryminalizacji łapownictwa poprzez objęcie zakresem odpowiedzialności także tych osób, które nie posiadając statusu funkcjonariusza publicznego oraz nie dysponując władztwem o publicznym charakterze, wykonywały jednak czynności w strukturach (jednostkach organizacyjnych) wyposażonych w składniki majątkowe pochodzące ze sfery mienia publicznego. Takie podejście, początkowo sprowadzające się do uzupełnienia kryterium dysponowania władztwem publicznym o dodatkową przesłankę w postaci funkcjonowania w

<sup>23</sup> Taki też, jak można przypuszczać, był sens wprowadzenia odmiennego od ustawowo zdefiniowanego pojęcia funkcjonariusz publiczny określenia podmiotu sprawczego przestępstwa łapownictwa w art. 239 k.k. z 1969 r. Wykorzystane w tym przepisie sformułowanie „w związku z pełnieniem funkcji publicznej” w powiązaniu z chronionym przez ten przepis dobrem prawnym wskazywało, że podstawą odpowiedzialności za łapownictwo bierne jest zamach na prawidłowość wykonywania funkcji publicznych pełnionych nie tylko przez funkcjonariusza publicznego, lecz także każdą inną osobę, o ile z mocy stosownych przepisów prawa lub decyzji indywidualnych opartych na określonej ustawowo kompetencji, dysponowała władztwem w zakresie wykonywania zadań o charakterze publicznym tj. takich, które związane były z funkcjonowaniem instytucji państwowych i społecznych. Taki bowiem rodzajowy przedmiot ochrony konkretyzował tytuł rozdziału XXXII kodeksu karnego z 1969 r. i w taki też sposób powszechnie charakteryzowano przedmiot ochrony typu przewidzianego w art. 239 k.k. Jest zupełnie oczywiste, że pojęcie „w związku z pełnieniem funkcji publicznej”, przy braku w kodeksie karnym z 1969 r. odpowiednika art. 292 k.k. z 1932 r., obejmowało zakresem znaczeniowym zarówno krąg desygnatów wyznaczanych przez ustawowo zdefiniowane pojęcie „funkcjonariusz publiczny”, jak i wszelkie inne osoby, które nie mając takiego statusu, wykonywały czynności związane z realizacją zadań instytucji państwowych lub społecznych, także wówczas, gdy ich realizacja wynikała z powierzenia tych zadań do wykonania na mocy regulacji zawartej w przepisach prawa lub w wyniku konkretno-indywidualnego, wydawanego na podstawie ustawowego upoważnienia rozstrzygnięcia.

<sup>24</sup> Warto podkreślić, że w okresie obowiązywania k.k. z 1969 r. przed transformacją ustrojową w piśmiennictwie karnistycznym podkreślano, że konstrukcja przestępstwa sprzedajności obejmuje w warunkach regulacji prawa karnego państwa socjalistycznego znaczenie szerszy krąg niż podobne regulacje funkcjonujące w innych warunkach ustrojowych. Odnosząc tę ogólną tezę do zagadnienia odpowiedzialności za sprzedajność w związku z działalnością gospodarczą A. Spotowski wskazywał, że „obecnie większość spraw, zwłaszcza w dziedzinie gospodarczej, które w innych warunkach ustrojowych pozostawałyby poza sferą działalności instytucji państwowych lub społecznych, jest skupiona w tych instytucjach, a więc występuje wiele okazji do łapownictwa” – System prawa karnego. T. IV. O przestępstwa w szczególności..., s. 583.

<sup>25</sup> Zob. szerzej w tej kwestii M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas: Uwag wprowadzające do rozdziału XXXV kodeksu karnego z 1997 r. [w:] A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiąkański, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll: Kodeks karny. Część szczególna. T. III, wyd. 3, Warszawa 2008, s. 22 i n. oraz powołana tam literatura przedmiot wraz z orzecznictwem; A. Barczak-Oplustil: Glosa do postanowienia SN z dnia 30 września 2010 r., I KZP 16/10, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2010, Nr 4, s. 126 i n.

strukturze organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi wykorzystywanymi dla realizacji celów publicznych (przy założeniu, że przesłanki te ujmowane były kumulatywnie)<sup>26</sup>, z czasem doprowadziło do przyjęcia w orzecznictwie Sądu Najwyższego alternatywnie – nie zaś kumulatywnie – ujętych kryteriów pełnienia funkcji publicznej<sup>27</sup>, którą wiązano albo z elementami władztwa publicznego, w jakie wyposażona została dana osoba na mocy przepisów prawa publicznego lub konkretno-indywidualnego aktu prawnego przenoszącego część uprawnień władczych na daną osobę, albo z charakterem wykorzystywanych przez jednostkę z którą związana była dana osoba środków, służących do realizacji powierzonych jej zadań<sup>28</sup>. W ten sposób ujęcie kryteriów służących do wyznaczenia zakresu znaczeniowego ustawowego pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” stopniowo ewoluowało, by ostatecznie przyjąć formułę związania elementu „publiczności” pełnionej funkcji z działalnością w strukturach podmiotu wykorzystującego dla swej działalności środki publiczne przekazane jako elementy (składniki) majątkowe podmiotowi gospodarczemu funkcjonującemu w jednej z form przewidzianych w przepisach prawa prywatnego (co do zasady w postaci spółki prawa handlowego) i prowadzącego określonego rodzaju działalność gospodarczą<sup>29</sup>. Warto podkreślić, że w początkowym okresie owo rozszerzające ujęcie definicyjne służyło do uzasadnienia podstaw odpowiedzialności tych osób nie posiadających statusu funkcjonariusza publicznego, które wykonywały powierzone im zadania w sferze publicznej, stanowiące wyraz podstawowych funkcji Państwa, realizowane poza strukturą organów władzy państwowej lub

<sup>26</sup> Zob. szerzej P. Kardas: *Zatrudnienie w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi jako ustawowe kryterium wyznaczające zakres znaczeniowy pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”*..., s. 26 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo.

<sup>27</sup> Na stopniową i konsekwentną tendencję do poszerzania zakresu znaczeniowego sformułowania „osoba pełniąca funkcję publiczną”, przejawiającą się modyfikacją kryteriów wyznaczających zakres tego pojęcia wskazuje się w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Zob. szerzej uzasadnienie wyroku SN z dnia 26 listopada 2009 r., IV KK 141/09, Lex Nr 553959 oraz uzasadnienie postanowienia SN z dnia 30 września 2010 r., I KZP 16/10, OSNKW 2010, Nr 11, poz. 96. Modyfikacja kryteriów stanowi w tych judykatach jeden z filarów argumentacyjnych uzasadniających coraz to szerzej zakreślany krąg zdalnych podmiotów przestępstwa sprzedajności.

<sup>28</sup> 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 dnia 13 czerwca 2003 r. „dysponowanie środkami publicznymi” jako element wyznaczający publiczność funkcji. Podkreślić należy, że rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego w tym zakresie miały charakter daleko wykraczający poza wykładnię wywołujących wątpliwości przepisów ustawy. Tym samym utrwalenie się linii orzecniczej, 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, iż 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 orzecniczej naraża się na zarzut naruszenia prawa materialnego przez dokonanie wykładni przepisu sprzecznego z obowiązującym modelem wykładni. Co do prawotwórczej roli orzeczeń Sądu Najwyższego 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 dnia 9 stycznia 1996 r.*, II KRN 159/95, *Paestra* 1997, Nr 1-2, s. 246 i n.; A. Barczak-Oplustil: *Glosa do postanowienia SN z dnia 30 września 2010 r.*, I KZP 16/10, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2010, Nr 4, s. 126 i n. Zob. m. in. uchwałę SN z dnia 28 marca 2002 r., I KZP 35/01, OSNKW 2002, Nr 5-6, poz. 29.

<sup>29</sup> Zob. szerzej P. Kardas: *Zatrudnienie w jednostce organizacyjnej dysponujące środkami publicznymi jako ustawowe kryterium wyznaczające zakres znaczeniowy pojęcia „osoba pełniąca funkcje publiczne”*..., s. 28 i in.



samorządowej przez inne podmioty działające niejako w zastępstwie organów Państwa lub samorządu<sup>30</sup>. Przy czym elementem uzasadniającym objęcie tych osób zakresem kryminalizacji za sprzedajność lub przekupstwo było finansowanie realizowanej przez pozostające poza strukturą organów państwowych lub jednostek samorządowych działalności ze środków publicznych rozumianych jako środki przekazywane tym jednostkom z przeznaczeniem na bezpośrednie finansowanie ich działalności z tych środków lub poprzez przekazanie dotacji, subwencji lub innych form wsparcia finansowego. Dodatkowo w początkowym okresie przyjmowano, że za takie jednostki uznać można tylko te, których działalność, jako służąca realizacji zadań publicznych jest niejako z założenia finansowana ze środków publicznych lub jednostki, których zadaniem jest administrowanie środkami publicznymi, w tym dokonywanie ich redystrybucji<sup>31</sup>. Stąd też osoby funkcjonujące w strukturach organizacyjnych finansowanych ze środków publicznych (np. w jednostkach służby zdrowia, szkolnictwie, w tym szkolnictwie wyższym<sup>32</sup>), zaliczone zostały do kręgu zdalnych podmiotów łapownictwa. Przy czym podstawą argumentacyjną było wskazanie na realizowanie przez te jednostki konstytucyjnych funkcji i zadań Państwa, finansowanych ze środków państwowych lub samorządowych, o publicznej proweniencji. Istotą publiczności funkcji pełnionych przez osoby związane z tymi jednostkami, nieposiadającymi statusu organów administracji państwowej lub samorządowej, nie będących również instytucjami państwowymi, było właśnie wykonywanie zadań przynależnych do sfery publicznej finansowanych ze środków publicznych, nie zaś samo zarządzanie lub gospodarowanie określonymi składnikami majątkowymi. Specyficznym rozumiano także warunek „dysponowania środkami publicznymi”, uznając, że dysponowanie oznacza kompetencje do finansowania prowadzonej przez daną jednostkę działalności o ogólnospołecznym, zinstytucjonalizowanym charakterze z tych właśnie środków. Można przyjąć, że także na tym etapie poszerzenia w orzecznictwie zakresu znaczeniowego pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” przeciwstawiano zadania publiczne, ogólnospołeczne, finansowane ze środków publicznych, działalności opartej na powszechnie przyjmowanych w sferze prawa prywatnego zasadach, polegającej na zarządzaniu lub administrowaniu składnikami szeroko rozumianego majątku publicznego, w szczególności zaś rozróżniano realizację zadań publicznych, o niekomercyjnym charakterze, od wykonywania czynności zarządczych, polegających na uczestnictwie w obrocie gospodarczym. Pełnienie funkcji publicznej nie rozciągało się na zarządzanie składnikami majątkowymi stanowiącymi bezpośrednio lub pośrednio własność podmiotów publicznych. Omawiane wyżej ujęcie niewiele jednak dzieliło już od kolejnego kroku w kierunku poszerzenia zakresu znaczeniowego pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, który Sąd Najwyższy wykonał stosunkowo szybko. Śledząc losy ewolucji poglądów Sądu Najwyższego co do kręgu konstytucyjnych

<sup>30</sup> Zob. w szczególności uwagi dotyczącej konstytucyjnych zadań Państwa w sferze edukacji i szkolnictwa przedstawione w uzasadnieniu judykatu SN z dnia 25 czerwca 2004 r., V KK 74/04, OSNKW 2004, Nr 7-8, poz. 13.

<sup>31</sup> Zob. J. Majewski [w:] G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll: Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, T. I, Warszawa 2007, s. 1240 i n.

<sup>32</sup> Prowadzona przez te jednostki działalność jest bezpośrednio finansowana ze środków publicznych o charakterze budżetowym lub finansowana „pośrednio” przez przekazywanie na finansowanie prowadzonej przez tę jednostkę działalności publicznej dotacji, subwencji lub innych form publicznego wsparcia finansowego z założeniem, że źródłem środków przekazywanych w formie dotacji, subwencji etc. jest budżet centralny lub budżet jednostek samorządu terytorialnego lub budżety jednostek zajmujących się redystrybucją środków publicznych np. dawniej kas chorych aktualnie zaś Narodowego Funduszu Zdrowia.

okoliczności wyznaczających zakres pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” dostrzec można, że w uchwale z dnia 28 marca 2002 r.<sup>33</sup> Sąd Najwyższy podkreślając, że publiczny charakter funkcji może być określony tylko w ustawie, w tym przede wszystkim w Konstytucji 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. Nieco wcześniej w uchwale z dnia 18 października 2001 r.<sup>34</sup> Sąd Najwyższy stwierdził, że brak kompetencji władczych w pełnieniu funkcji nie wyklucza jej publicznego charakteru<sup>35</sup>, 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 akcentował, 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 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. Zarówno w odniesieniu do dyrektora przedsiębiorstwa państwowego, jak i prezesa spółdzielni mieszkaniowej, zasadniczym trzonem 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**. W konsekwencji przyjęto, że stanowiące podstawowym wyznacznik „publiczności funkcji” dysponowanie środkami publicznymi obejmuje także zarządzanie, rozporządzanie oraz gospodarowanie tymi środkami, w tym zarządzanie środkami w związku z prowadzoną przez podmiot wyposażony w składniki majątkowej przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego działalnością gospodarczą. Takie ujęcie wykraczało już bardzo daleko poza przyjmowaną uprzednio formułę, wedle której przez

<sup>33</sup> Por. uchwała SN z dnia 28 marca 2002 r., I KZP 35/01OSNKW 2002, Nr 5-6, poz. 29.

<sup>34</sup> Por. uchwała SN z dnia 18 października 2001 r., I KZP 9/01, OSNKW 2001, Nr 11-12, poz. 87.

<sup>35</sup> Odmienne stanowisko prezentował SN w wyroku z dnia 14 grudnia 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.

dysponowanie środkami publicznymi rozumieć należało 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. W zakresie zarządzania mieniem w sferze obrotu gospodarczego bez ogródek wskazano, że kryminalizacja łapownictwa w tej sferze służyć ma zapewnieniu optymalnego zarządzania działalnością gospodarczą, a więc bez wątpienia stanowić ma karnistyczną podstawę „wymuszania” maksymalnej efektywności, będącej wszakże niczym innym jako znaną z okresu poprzedzającego zmianę systemową w 1989 r. formułą szczególnej prawnokarnej ochrony mienia publicznego. Jedynym elementem uzasadniającym zaliczenie osób zarządzających działalnością gospodarczą do kategorii podmiotów pełniących funkcje publiczne był bowiem charakter mienia, w jakie wyposażone została jednostka organizacyjna prowadząca działalność gospodarczą.

3. Stopniowe poszerzanie kryteriów służących do wyznaczenia zakresu znaczeniowego ustawowego sformułowania służącego do charakterystyki podmiotu sprawczego łapownictwa z naturalnych zupełnie względów spotykało się z różnorodną reakcją przedstawicieli doktryny prawa karnego<sup>36</sup>. Z tego też powodu dążąc do rozstrzygnięcia ujawniających się w orzecznictwie i doktrynie wątpliwości i rozbieżności w 2003 r. ustawodawca zdecydował o wprowadzeniu przepisu zawierającego ustawową definicję pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”. Konstruując przepis zawierający definicję tego pojęcia wykorzystano zarówno dorobek doktryny prawa karnego, jak i doświadczenia w zakresie kształtowania kazuistycznie ujmowanych kryteriów w orzecznictwie, w tym w szczególności orzecznictwie Sądu Najwyższego. W konsekwencji w ustawie karnej pojawił się dodatkowy element konstrukcji przepisu zawierającego zbiór definicji ustawowych, w którym stwierdzono, że „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”. Zmierzając do uporządkowania kryteriów wyznaczających zakres znaczeniowy tego pojęcia, prawodawca wykorzystywał ujęcia przedstawiane w obu sferach, w żadnym jednak zakresie nie zmierzał do „usankcjonowania”, czy też „unormatywnienia ustawowego” wszystkich koncepcji prezentowanych w orzecznictwie<sup>37</sup>. Trudno przeto zasadnie twierdzić, że

<sup>36</sup> Zob. w szczególności M. Filar: Zakres pojęciowy znamienia „pełnienie funkcji publicznej” na gruncie art. 228 k.k., *Paestra* 2003, Nr 7-8, s. 57 i n.; J. Bojarski, T. Oczkowski: Penalizacja korupcji gospodarczej w polskim prawie karnym, *Prok. i Pr.* 2004, Nr 4, s. 80 i n.; O. Górniok [w:] M. Bojarski, M. Filar, W. Filipkowski, O. Górniok, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L. K. Paprzycki, E. Pływaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwek, R. A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek: *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 533 i n.; A. Barczak-Oplustil: Glosa do postanowienia SN z dnia 30 września 2010 r., I KZP 16/10, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2010, Nr 4, s. 126 i n.

<sup>37</sup> Identyczne stanowisko zajmuje A. Barczak-Oplustil podkreślając, że „sam fakt, iż projektowana definicja w zamierzeniu jej twórców miała uwzględnić dorobek orzecznicy SN nie oznacza jeszcze, że zakres desygnatów wyznaczonych przez nią pokrywa się z zakresem desygnatów wynikających z dotychczas przyjmowanej wykładni terminu „osoba pełniąca funkcję publiczną”. Po drugie, to są tylko zamierzenia projektodawców, które – jeśli nie znajdą potwierdzenia w treści projektowanej definicji – nie mają dużego znaczenia prawnego” – Glosa do postanowienia SN z dnia 30 września 201 r., I KZP 16/10, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2010, Nr 4, s. 126 i n.

podstawowym lub też zasadniczym celem nowelizacji art. 115 k.k. przejawiającej się dodaniem do tego przepisu § 19 było wprowadzenie do ustawy kryteriów przyjmowanych dla definiowania pojęcia „osoba pełniąca funkcje publiczne” w orzecznictwie, a tym samym ustawowe usankcjonowanie szerokiej formuły interpretacji złożonego zwrotu „osoba pełniąca funkcje publiczne” przyjmowane w orzecznictwie<sup>38</sup>. Nawet jednak gdyby przyjąć takie założenie, to z chwilą wprowadzenia do ustawy określonej regulacji zawierającej elementy definiujące pojęcie „osoba pełniąca funkcję publiczną” stała się ono elementem pozytywnego porządku prawnego, poddawanym wykładni zgodnie z powszechnie przyjmowanymi dyrektywami oraz obowiązującym paradygmatem interpretacyjnym. Tym samym niezależnie od deklarowanych np. w uzasadnieniu projektu nowelizacji intencji prawodawcy, co do których można prezentować różnorodne stanowisko<sup>39</sup>, treść przepisu definiującego sporne pojęcie podlega standardowym procedurom wykładniczym, co oznacza, że w odniesieniu do rozwiązania zawartego w art. 115 § 19 k.k. występuje dokładnie taka sama sytuacja, która ujawniała się po wejściu w życie art. 239 k.k. z 1969 r., który wykładany był zgodnie z przyjmowanym paradygmatem bez skrępowania deklaracjami prawodawcy lub najwybitniejszych nawet teoretyków co do zamierzeń oraz normatywnego znaczenia określonej regulacji. Nie ma wątpliwości, 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 k.k. posługujących się tym zwrotem oraz na potrzeby tzw. pozakodeksowych przepisów karnych, w których treści występuje to pojęcie<sup>40</sup>. Tym samym można bez ryzyka popełnienia poważniejszego błędu stwierdzić, że

<sup>38</sup> W taki sposób interpretowane są podstawowe cele i założenia nowelizacji wprowadzającej ustawową definicję pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” w orzecznictwie. W wyroku SN z dnia 26 listopada 2009 r., IV KK 141/09 (Lex Nr 553959), podkreślono, że „trzeba wskazać, 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”. Podobne stanowisko przedstawił w tej kwestii SN w postanowieniu z dnia 30 września 2010 r., I KZP 16/10 (OSNKW 2010, Nr 11, poz. 196), akcentując, że „w przypadku art. 115 § 19 k.k. (...) zakres definicji „osoby pełniącej funkcję publiczną” wpracowany w orzecznictwie na gruncie stanu prawnego sprzed 1 lipca 2003 r. oraz wynikający z obowiązującej po tej dacie definicji ustawowej pokrywają się. Znajduje to wprost potwierdzenie w zaakceptowaniu przez ustawodawcę propozycji treści tego przepisu zawartej w rządowym projekcie ustawy – o zmianie ustawy – Kodeks karny (...), której towarzyszyła deklaracja projektodawców, że wprawdzie „propozycja zmierzająca do dodania w art. 115 nowego § 19 ma na celu wypełnienie luki prawnej polegającej na braku kodeksowego objaśnienia terminu „osoba pełniąca funkcję publiczną” i ma na uwadze postulat ustawowej określoności czynu zabronionego (nullum crimen sine lege), wszelako zaproponowana definicja „(...) uwzględnia dotychczasowy dorobek orzecznictwa Sądu Najwyższego, np. w sprawach korupcji lekarzy i dyrektorów przedsiębiorstw, a z drugiej strony również zobowiązania międzynarodowe Rzeczypospolitej Polskiej”. Identycznie SN w wyroku z dnia 18 kwietnia 2007 r. (III KK 298/06), wskazując, że definicja zawarta w art. 115 § 19 k.k. stanowi zbiorcze odbicie dotychczasowego dorobku judykatury w zakresie interpretacji przedmiotowego wyrażenia, przystając do takiego jego rozumienia jak to, które wypracowane zostało w orzecznictwie w okresie, gdy definicja ta nie obowiązywała”.

<sup>39</sup> W pewnym zakresie intencje projektodawcy oddaje stanowisko B. Mik: Nowela antykorupcyjna z 13 czerwca 2003 r. Wprowadzenie. Rys historyczny. Podstawowe problemy interpretacyjne, Kraków 2003, s. 23 i n.

<sup>40</sup> Jedynie tytułem przykładu wskazać wypada, 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, Z. Cwiąkowski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll: Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Kraków 2004, s. 1378-1381 i s. 1480 i n.

wprowadzenie ustawowej definicji pojęcia "osoba pełniąca funkcję publiczną" ma znaczenie ogólniejsze, znacznie wykraczające poza obszar wyznaczony granicami znamion przestępstwa łapownictwa<sup>41</sup>. 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.<sup>42</sup>. Tym samym dokonując wykładni tego pojęcia nie sposób uwzględniać wyłącznie kontekst normatywny związany z konstrukcjami służącymi do kryminalizacji różnorodnych form łapownictwa, lecz należy również mieć w polu widzenia wszelkie inne konstrukcje normatywne określające podstawy odpowiedzialności karnej, dla których zasadnicze znaczenie mają elementy publiczności pełnionej przez daną osobę roli oraz rozróżnienie związane z uprawnieniami i obowiązkami zaliczanymi z jednej strony do sfery imperium z drugiej zaś do sfery dominium<sup>43</sup>. W procesie wykładni tego spornego sformułowania należy także uwzględniać konsekwencje wynikające z określonej formuły interpretacyjnej innych przepisów, mając na uwadze potrzebę zachowania spójności systemu prawa karnego oraz możliwie najdalej idącej jednolitości podejścia.

4. Przedstawione wyżej uwagi – odnoszące się do historii ustawowej regulacji podmiotu przestępstwa łapownictwa oraz przyjmowanych w orzecznictwie sposobów jej interpretacji - stwarzają właściwą perspektywę do próby oceny dominującego we współczesnym orzecznictwie stanowiska odnoszącego się do problemu statusu osoby zarządzającej mieniem w ramach

<sup>41</sup> 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 znamienia pełnienie funkcji publicznej na gruncie art. 228 k.k...., s. 57 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. 472 i n.; P. Kardas: Odpowiedzialność karna za łapownictwo (rozważania na tle projektowanych nowelizacji kodeksu karnego)...., s. 6 i n.; A. Barczak-Oplustil: Glosa do postanowienia SN z dnia 30 września 2010 r., I KZP 16/10, *Czasopismo Prawo Karnego i Nauk Penalnych* 2010, Nr 4, s. 126 i n.

<sup>42</sup> Zob. M. Zieliński: *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 203 i n.; J. Majewski [w:] G. Bogdan, Z. Cwiąkański, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll: *Kodeks karny. Cześć ogólna. Komentarz...*, s. 1379-1380.

<sup>43</sup> Rozróżnienie na sferę imperium i dominium odgrywa w nowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego niezwykle istotną, wręcz konstytucyjną rolę przy rozróżnianiu statusu podmiotu w kontekście ustawowej charakterystyki przestępstwa nadużycia zaufania oraz przestępstwa nadużycia władzy publicznej. Zob. szerzej wyrok SN z dnia 2 czerwca 2009 r., IV KK 11/09, *Lex* Nr 512109; wyrok SN z dnia 7 lipca 2009 r., V KK 82/09, *Lex* Nr 512075.

prowadzonej działalności gospodarczej przez jednostkę wyposażoną na etapie jej tworzenia w składniki majątkowe przekazane przez podmioty publiczne, w tym w szczególności Skarb Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego. Kwestia ta była wielokrotnie sygnalizowana w orzecznictwie Sądu Najwyższego, w którym przez długi okres trudno było odnaleźć klarowne rozwiązanie tego problemu wykładniczego. Znamienna jest w tym kontekście wypowiedź przedstawiona w uzasadnieniu wyroku SN z 26 listopada 2009 r., w którym podkreślono, że „w literaturze przedmiotu dostrzec można przynajmniej dwa przeciwstawne stanowiska, co do zakresu znaczeniowego zwrotu „osoba pełniąca funkcje 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”<sup>44</sup>. W powołanym orzeczeniu nie rozstrzygnięto jednoznacznie omawianego zagadnienia wykładniczego, wyraźnie jednak sygnalizowano zakres okoliczności, których szczegółowa analiza okazać się może pomocna przy rozwiązywaniu tego problemu, nie wykluczając zarazem, że możliwe jest przyjęcie, iż osobą pełniącą funkcję publiczną jest także ten, kto zarządza podmiotem gospodarczym (spółką prawa handlowego) wyposażonym w składniki majątkowe przez Skarb Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego. Nie powinno przeto dziwić, że po takim stanowisku SN przy wyraźnej opozycji wobec tego poglądu części przedstawicieli doktryny prawa karnego<sup>45</sup>, wkrótce zagadnienie zakresu znaczeniowego ustawowego pojęcia „osoba pełniąca funkcje publiczną” pojawiło się w formie pytania prawnego sformułowanego w trybie art. 441 k.p.k. odnoszącego się już wprost do istoty problemu „publiczności” funkcji pełnionych w sferze działalności gospodarczej. Przedstawiony Sądowi Najwyższemu wymagający zasadniczego rozstrzygnięcia problem wykładniczy ujęty został precyzyjnie w formie klarownej alternatywy: „czy pojęcie „pełnienia funkcji publicznej” stanowiące znamię przestępstwa z art. 228 § 5 k.k. 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. ustalone być może wyłącznie w oparciu o kryterium środków publicznych oddanych do dyspozycji danej jednostki organizacyjnej, czy też konieczne jest nadto ustalenie, iż zachowanie danej osoby mającej 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 nadto 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

<sup>44</sup> Zob. wyrok SN z dnia 26 listopada 2009 r., IV KK 141/09, Lex Nr 553959.

<sup>45</sup> Zob. w szczególności R. Zawłocki: Osoba pełniąca funkcję publiczną jako sprawca przestępstwa łapownictwa biernego z art. 228 § 1 k.k., *Monitor Prawniczy* 2002, Nr 10, s. 472 i n.; 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. 23 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu i orzecznictwo.

Skarbu Państwa<sup>46</sup>. Jakkolwiek tak sformułowane pytanie nie odczekało się bezpośredniego rozstrzygnięcia przez Sąd Najwyższy, który odwołując się przede wszystkim do przesłanek proceduralnych, „postanowił odmówić podjęcia uchwały”, to jednak w wyczerpującym uzasadnieniu wyrażonego w sentencji – jak się wydaje – klarownego stanowiska, SN wskazał, że „członek zarządu jednoosobowej spółki Skarbu Państwa, mającej postać jednostki górnictwa węglowego w rozumieniu art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 25 września 1997 r. o restrukturyzacji finansowej jednostek górnictwa węgla kamiennego oraz wprowadzeniu opłaty węglowej (Dz. U. Nr 113, poz. 735 z późn. zm.) i spółki węglowej w rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy 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. 112 z późn. zm.), w zakresie zarządzania tą spółką i reprezentowania jej na zewnątrz, pełni funkcję publiczną w rozumieniu przepisów art. 228 i art. 229 k.k.”<sup>47</sup>. W uzasadnieniu przytoczonego rozstrzygnięcia kwestionując prezentowane w piśmiennictwie stanowisko wskazujące na konieczność interpretacji znamion określonych w art. 228 i art. 299 k.k. w kontekście rodzajowego przedmiotu ochrony (dobra prawne) określonego w tytule rozdziału XXIX kodeksu karnego, które zdaniem SN „(...) opiera się na nieuzasadnionym przyznaniu normatywnego i przesądzającego znaczenia tytułowi rozdziału XXIX (...)”, zaakcentował, że „jakkolwiek wcześniej „(...) SN nie wypowiedział się *expressis verbis* w kwestii uznania za osobę pełniącą funkcję publiczną członka zarządu jednoosobowej spółki Skarbu Państwa, możliwości takiej również nie zanegował”. Nawiązując do judykatów SN omówionych w pierwszej części niniejszego opracowania podkreślono, że zdecydowanie bardziej kategoryczne były w analizowanej kwestii poglądy prezentowane w orzecznictwie sądów apelacyjnych. Ilustrując tę generalną ocenę dwoma przykładami wskazano na pogląd SA we Wrocławiu, zdaniem którego „środki publiczne, którymi dysponuje przedsiębiorstwo państwowe, to przede wszystkim ta immanentna część majątku narodowego, która przekazana jest przedsiębiorstwu przez organ założycielski i mienie nabyte w trakcie działania przedsiębiorstwa, ale także środki publiczne, z których przedsiębiorstwo to korzysta z różnych tytułów”, co przesądziło, że osoba zatrudniona w przedsiębiorstwie państwowym spełnia ustawowe przesłanki pełnienia funkcji publicznej<sup>48</sup> oraz stanowisko SA w Katowicach, który bez szerszego uzasadnienia kategorycznie konstatawał, że „nie ma najmniejszych przeszkód do tego, aby uznać za osobę pełniącą funkcję publiczną bankowca zatrudnionego w prywatnym banku na stanowisku Naczelnika Wydziału Kredytów czy zastępcę Dyrektora Oddziału takiego banku, który w ramach swojej działalności kredytowej dysponuje w istocie rzeczy środkami publicznymi, a to z tego powodu, że większościovym udziałowcem banku jest państwowa osoba prawna”<sup>49</sup>. Konkretyzując pojęcie „środki publiczne” odwołano się do regulacji

<sup>46</sup> Postanowienie SN z dnia 30 września 2010 r., I KZP 16/10, OSNKW 2010, Nr 11, poz. 96. Zob. też uwagi krytycznego tego judykatu A. Barczak-Oplustil: Glosa do postanowienia SN z dnia 30 września 2010 r., I KZP 16/10, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2010, Nr 4, s. 126 i n.

<sup>47</sup> Postanowienie SN z dnia 30 września 2010 r., I KZP 16/10, OSNKW 2010, Nr 11, poz. 96.

<sup>48</sup> Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 6 października 2005 r., II Aka 195/05, OSA 2006, Nr 1, poz. 2.

<sup>49</sup> Wyrok SA w Katowicach z dnia 12 marca 2008 r., II Aka 356/07, Lex Nr 447045. W uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia SA w Katowicach po wskazaniu, że na gruncie regulacji zawartej w art. 239 k.k. z 1969 r. istniał spór o wzajemne relacje między pojęciem „osoba pełniująca funkcję publiczną” a pojęciem „funkcjonariusz publiczny” oraz powołaniu opracowań teoretycznych aprobujących stanowisko wykładnicze wypracowane przez SN w okresie obowiązywania k.k. z 1969 r. konstatawał, że „obecnie problem ten się zdezaktualizował, albowiem sam ustawodawca przesądził tę kwestię nowelą z

zawartej w ustawie z dnia 22 września 2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami władzy publicznej a przedsiębiorcami publicznymi oraz o przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorstw<sup>50</sup>, która zawiera zarówno definicję przedsiębiorcy publicznego, jak i przesądza o rozumieniu pojęcia „środki publiczne”, przez które na gruncie tej ustawy rozumieć należy także środki przedsiębiorcy publicznego. Ostatecznie przyjęto, że ustawowe pojęcie „środki publiczne”, pomimo jego zdefiniowania w przepisach prawa o finansach publicznych oraz inkorporowania jego definicji przez art. 2 ust. 1 pkt 7 lit. a ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych<sup>51</sup> i art. 2 pkt 9 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych<sup>52</sup>, może być w kontekście prawa karnego modyfikowane ze względu na zadania, jakie w nim spełnia, oraz że obejmuje ono zarówno środki o takim charakterze wchodzące w skład majątku danej jednostki, jak też wszelkie inne środki publiczne, z których jednostka ta, z różnych tytułów, korzysta”<sup>53</sup>. Dostrzegając, że jednostki organizacyjne działające w formie spółek prawa handlowego są podmiotami uczestniczącymi w obrocie gospodarczym, do których stosują się wszystkie regulacje prawne określające zasady wykonywania działalności gospodarczej podniesiono, iż „z użycia w Konstytucji (art. 20 i 22) zwrotu „wolność gospodarcza” wynika, że chodzi o działalność jednostek (osób fizycznych) oraz instytucji „niepaństwowych (szerzej niepublicznych), które mają prawo samodzielnie decydować o udziale w życiu gospodarczym, zakresie i formach tego udziału, w tym możliwości swobodnego podejmowania różnych działań faktycznych i prawnych, mieszczących się w ramach prowadzenia działalności gospodarczej. Konstytucyjna zasada wolności działalności gospodarczej nie ma więc zasadniczo zastosowania do działań państwa podejmowanych w formie bezpośredniego lub pośredniego prowadzenia takiej działalności. Oznacza to, że państwo może wybrać funkcjonujące w systemie prawnym instytucje właściwe dla prawa prywatnego (np. spółki), czy też stworzyć nowe formy organizacyjne, wyposażając je w odrębną od państwa osobowość prawną (np. przedsiębiorstwa państwowe) albo też zezwolić na prowadzenie takiej działalności bezpośrednio przez jednostki budżetowe, niewyposażone w odrębną osobowość prawną, status zaś tych jednostek (publicznych podmiotów gospodarczych) z istoty rzeczy różni się od podmiotów prywatnych, bowiem to państwo ma możliwość ich tworzenia i likwidacji, określenia zakresu i form ich działalności, określenia i modyfikowania ich struktur organizacyjnych. Konsekwencją tego, w przypadku spółek prawa handlowego, jest więc i to, że to państwo (Skarb Państwa) ma decydujący

dnia 13 czerwca 2003 r. (Dz. U. Nr 111, poz. 1061). Uzupełniła ona art. 115 o nowy § 19, w którym zawarto definicję osoby pełniącej funkcję publiczną”. Po przytoczeniu in extenso tej definicji SA w Katowicach konstatował, że „obecnie nie ma najmniejszych przeszkód do tego by uznać za osobę pełniącą funkcje publiczne bankowca zatrudnionego w prywatnym banku”. Trudno oprzeć się wrażeniu, że stanowisko to – bez wątplenia kategoryczne i jednoznaczne – nie zostało poparte nie tylko przekonywającą, lecz wręcz żadną argumentacją. W powyższym kontekście musi wywoływać zdziwienie odwołanie się przez SN w charakterze wsparcia argumentacyjnego to tego rozstrzygnięcia. Trudno za uzasadnienie przedstawionego poglądu uznać powołanie się na wyrażone w 1993 r. przez SN stanowisko, 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 jak mienie społeczne” (uchwała SN z dnia 17 listopada 1993 r., I KZP 18/93).

<sup>50</sup> Dz. U. Nr 191, poz. 1411.

<sup>51</sup> Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 664 z późn. zm.

<sup>52</sup> Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759.

<sup>53</sup> Uzasadnienie postanowienia SN z dnia 30 września 2010 r., I KZP 16/10, OSNKW 2010, Nr 11, poz. 96.



wpływ na funkcjonowanie takich podmiotów gospodarczych, a tym samym może wyznaczać granice swobody działania osób i organów wykonujących w nich szeroko rozumiany zarząd majątkiem publicznym, czy to w drodze odpowiednich regulacji ustawowych, czy też poprzez udzielanie im na podstawie obowiązujących przepisów poleceń i wytycznych, byle tylko nie stawiało to podmiotów sektora publicznego w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do podmiotów sektora prywatnego w gospodarce”. „Wszystko to sprawia, że zarówno przedsiębiorstwo państwowe, jak i powstała w oparciu o majątek państwowy spółka, nie są takimi samymi uczestnikami obrotu gospodarczego, jak pozostałe biorące w nim udział podmioty. Tryb ich powstania regulowany jest wyłącznie przepisami prawa publicznego, dalsza działalność zaś podpada równocześnie pod reżim prawa prywatnego i publicznego. (...) W efekcie niezależnie od zastosowanego kryterium, czy to zatrudnienia w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, czy działalności publicznej opartej – w zakresie praw i obowiązków – o przepisy ustawy, należy przyjąć, że członkowie jednoosobowych spółek Skarbu Państwa z uwagi na charakter pełnionej przez siebie funkcji, wykonywanej w sferze publicznej polegającej na administrowaniu, rozporządzaniu majątkiem publicznym, podejmowaniu w tej sferze decyzji lub ich przygotowywaniu, pełnią w tym zakresie funkcję publiczną, a więc mogą być podmiotem przestępstwa łapownictwa biernego (art. 228 k.k.), jak i obiektem oddziaływania w przestępstwie łapownictwa czynnego (art. 229 k.k.)”<sup>54</sup>.

Przytoczone powyżej fragmenty uzasadnienia judykatu rozstrzygającego w sposób jednoznaczny kwestię statusu osób zarządzających spółkami Skarbu Państwa oraz reprezentującymi je na zewnątrz wskazują, że SN oparł swoje stanowisko na dwóch, ujętych komplementarnie, w pewnej jednak części niezależnych, argumentach. Pierwszy związany jest z interpretacją pojęcia „środki publiczne”, drugi z normatywnym warunkiem dysponowania uprawnieniami i obowiązkami przewidzianymi w przepisach prawa publicznego. W uzasadnieniu analizowanego judykatu pominięto natomiast, jako pozbawiony już dzisiaj - jak można domniemywać - znaczenia problem charakteru uprawnień i obowiązków, w tym zwłaszcza odgrywającą niegdyś konstytutywną rolę kwestię władczego charakteru uprawnień i obowiązków oraz powiązania ich z zadaniami ogólnospołecznymi.

5. Przyjmując, że członkowie zarządu jednoosobowej spółki Skarbu Państwa z uwagi na posiadane uprawnienia i obowiązki w zakresie zarządzania tą spółką i reprezentowania jej na zewnątrz pełnią funkcję publiczną uznano, że owe uprawnienia i obowiązki określone zostały w przepisach prawa publicznego, stwarzających podstawy do istotnego, decydującego wręcz wpływu Państwa na sposób funkcjonowania podmiotu gospodarczego wyposażonego w składniki majątkowe przekazane przez podmioty publiczne (Skarb Państwa). Zarazem nie zanegowano, że także jednoosobowe spółki Skarbu Państwa, jakkolwiek powstały w oparciu o majątek przekazany przez jednostki dysponujące mieniem publicznym, są przede wszystkim uczestnikami obrotu gospodarczego, zaś niezależnie od możliwych sposobów oddziaływania Państwa na ich funkcjonowanie, pozostają takimi samymi strukturami korporacyjnymi jak wszelkie inne spółki prawa handlowego, zaś ich podstawowym celem jest prowadzenie działalności ukierunkowanej na osiągnięcie zysku przy założeniu konstytucyjnego braku możliwości uprzywilejowania takich podmiotów w stosunku do pozostałych uczestników obrotu gospodarczego. Funkcje publiczne realizowane są zatem przez te podmioty poprzez prowadzenie działalności gospodarczej w oparciu o powszechnie obowiązujące i równe dla wszystkich podmiotów

<sup>54</sup> Uzasadnienie postanowienia SN z dnia 30 września 2010 r., I KZP 16/10, OSNKW 2010, Nr 11, poz. 96.

reguły. Interes publiczny jest w przypadku tych podmiotów realizowany właśnie poprzez prowadzenie działalności gospodarczej nastawionej na zysk, w oparciu o wynikające z obowiązujących regulacji prawnych zasady, przy założeniu, że właśnie oparcie funkcjonowania tych podmiotów na zasadach wolnorynkowych stanowi może podstawę efektywnego gospodarowania, prowadzącego do osiągnięcia przychodów, a w konsekwencji poprzez wykorzystywanie uzyskiwanych w ten sposób środków dla realizacji założonych celów. Wbrew twierdzeniom Sądu Najwyższego podstawowe znaczenie w sferze funkcjonowania tych podmiotów ma zasada wolności gospodarczej oraz związana z gospodarką wolnorynkową reguła efektywności gospodarowania, nie zaś interpretowana w kontekście bliżej nieokreślonego i enigmatycznego interesu publicznego zasada maksymalnie efektywnego zarządzania majątkiem publicznym. Co więcej utworzenie na bazie składników majątku publicznego podmiotów gospodarczych, w tym, jednoosobowych spółek Skarbu Państwa, miało na celu zerwanie z nieefektywnym a tym samym dysfunkcyjnym z punktu widzenia interesu ogólnospołecznego sposobem realizowania określonych celów w istocie gospodarczych poprzez administracyjne, oparte na elementach władczych „zarządzanie, administrowanie i rozdysponowywanie składnikami majątku publicznego”. Sygnalizowana wyżej możliwość oddziaływania podmiotów publicznych na funkcjonowanie jednoosobowych spółek Skarbu Państwa sprowadza się wyłącznie do relacji wewnątrz korporacyjnych, nigdy zaś do modyfikacji obowiązujących reguł gospodarowania. Podstawą prowadzonej przez jednoosobową spółkę Skarbu Państwa działalności gospodarczej jest w istocie majątek przekazany ze sfery publicznej, jednak wykonywanie funkcji zarządczych w tych spółkach nie polega bynajmniej na administrowaniu lub rozdysponowywaniu tym majątkiem, lecz na efektywnym, zmierzającym do osiągnięcia zysku zarządzaniu prowadzoną na bazie tego majątku działalnością gospodarczą. Nie należy tracić z pola widzenia, że takie podmioty prowadzą działalność gospodarczą, nie wykonują natomiast bezpośrednio żadnych zadań ze sfery publicznej, przynależnych do Państwa lub samorządu terytorialnego i realizowanych przez zinstytucjonalizowane podmioty w interesie ogólnospołecznym<sup>55</sup>. W szczególności zaś jednoosobowe spółki Skarbu Państwa co do zasady nie wykonują zadań zleconych administracji państwowej lub samorządowej, nie realizują także innych zadań przynależnych do sfery organów państwowych lub samorządowych. *De iure* mienie jednoosobowej spółki Skarbu Państwa – co wielokrotnie podkreślano także w orzecznictwie Sądu Najwyższego – stanowi składnik majątkowy tego podmiotu. Podstawowym założeniem na jakim oparte jest funkcjonowanie spółek Skarbu Państwa jako podmiotów gospodarczych jest uczynienie z nich równoprawnych uczestników obrotu gospodarczego. Funkcje publiczne realizowane są przez jednoosobowe spółki Skarbu Państwa w takim samym zakresie i w taki sam sposób, jak przez inne podmioty gospodarcze, a więc poprzez prowadzenie działalności mającej na celu osiągnięcie zysku, a następnie przeznaczanie tego zysku na określone cele. W interesie ogólnospołecznym jest bowiem wykonywanie działalności gospodarczej zgodnie z obowiązującymi regułami w sposób efektywny. Tyle tylko, że efektywność prowadzonej działalności gospodarczej – jeśli postrzegać ją jako interes publiczny, czy też z innej perspektywy twierdzić, że prowadzenie w sposób efektywny działalności

<sup>55</sup> W tym też kontekście jednoosobowe spółki Skarbu Państwa nie mogą zostać zaliczone ani do kategorii podmiotów instytucjonalnych sprawujących władztwo publiczne, a więc organów państwowych lub samorządowych, ani też jednostek nie posiadających statusu takich organów, lecz wykonujących zadania publiczne z założenia finansowane ze środków publicznych ani wreszcie do jednostek, do których zadań należy administrowanie środkami publicznymi, w tym w szczególności ich redystrybucja.

gospodarczej nastawionej na osiągnięcie zysku jest realizacją funkcji publicznej – stanowi zasadniczy element obowiązujących w obrocie gospodarczym reguł i zasad, i jako takie dobro podlega prawnocarnej ochronie na równych i identycznych zasadach w odniesieniu do każdego podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą. Status składników majątkowych w jakie wyposażony został dany podmiot gospodarczy nie ma w powyższym kontekście żadnego znaczenia, w tym w szczególności nie stanowi kryterium decydującego od odmiennym zakresie i zasadach prawnocarnej ochrony.

6. Stanowisko uznające, że członek zarządu jednoosobowej spółki Skarbu Państwa w zakresie zarządzania spółką i reprezentowania jej na zewnątrz, a więc w sferze prowadzenia działalności podmiotu gospodarczego, pełni funkcję publiczną warto zestawzić z innymi wypowiedziami Sądu Najwyższego dotyczącymi kryteriów rozgraniczających przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków, o których mowa w przypadku przestępstwa nadużycia władzy publicznej stypizowanego w art. 231 k.k. od nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków w rozumieniu przestępstwa nadużycia zaufania określonego w art. 296 k.k. Odnosząc się do tej kwestii SN wskazał, że „podstawowe kryterium rozgraniczające przestępstwo nadużycia zaufania, o którym mowa w art. 296 § 1-4 k.k., od przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, penalizowanego w art. 231 § 1-3 k.k. wynika z naruszenia kompetencji funkcjonariusza publicznego w innej sferze działalności instytucji publicznych lub samorządu terytorialnego. W zależności od różnych sfer ich działalności, funkcjonariusz publiczny występuje też w różnych rolach. Jeżeli więc przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków przez niego nastąpiło w sferze imperium funkcji władczych przysługujących tym instytucjom, wówczas dopuszcza się on przestępstwa tzw. nadużycia władzy i podstawą penalizacji są wyłącznie przepisy art. 231 § 1-3 k.k. Natomiast, gdy funkcjonariusz publiczny zajmuje się z mocy ustawy czy decyzji odpowiedniego organu sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego w sferze uprawianej przez nie działalności gospodarczej jako podmiotów gospodarczych, wyrządzenie szkody majątkowej na skutek nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków, stanowi przestępstwo tzw. nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym z art. 296 k.k.”<sup>56</sup>. Odnosząc się do tego samego problemu w innym judykacie SN podkreślił, że „pogląd, jakoby funkcjonariusz publiczny przekraczający uprawnienia lub niedopełniający obowiązków w sferze majątkowej instytucji publicznej, odpowiada karnie tylko na podstawie art. 296 k.k. jest niezasadny. Warunkiem zaliczenia konkretnej osoby do kręgu podmiotów przestępstwa nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym jest zatem ustalenie, że do jej obowiązków należy nie tylko dbałość o stan powierzonego mienia ale także przysparzanie mienia w procesie gospodarowania”<sup>57</sup>.

W obu judykatach wyraźnie przeciwstawiono sferę działalności gospodarczej prowadzonej przez instytucje państwowe lub samorządowe, a więc funkcjonowanie tych instytucji jako podmiotów gospodarczych w sferze dominium, działalności służącej realizacji funkcji władczych przysługujących tym jednostkom w sferze imperium. Przy czym z punktu widzenia powierzonych tym instytucjom składników majątkowych istotą funkcjonowania w sferze imperium jest realizacja zadań publicznych

<sup>56</sup> Wyrok SN z dnia 2 czerwca 2009 r., IV KK 11/09, Lex Nr 512109. Zob. też krytyczną głosę do tego judykatu autorstwa A. Liszewskiej: LEX/el.2010.

<sup>57</sup> Wyrok SN z dnia 7 lipca 2009 r., V KK 82/09, Lex Nr 512075.

przy wykorzystaniu powierzonego majątku powiązana z obowiązkiem dbałości o zachowanie ich w stanie niepogorszonym oraz racjonalnego wykorzystywania tego majątku oraz przekazanych środków finansowych dla wykonywania zadań publicznych, zaś w sferze dominium wykonywanie działalności gospodarczej jako podmiot gospodarczy, nastawionej na osiąganie zysku, co implikuje, że w zakresie obowiązków odnoszonych do składników majątkowych istotny jest nie tylko sygnalizowany wyżej aspekt statyczny, polegający na dbałości o zachowanie substancji, lecz przede wszystkim aspekt dynamiczny, sprowadzający się do powinności dążenia do pomnażania majątku i osiągania zysków. Rozróżniając odmienny charakter zadań wynikających z posiadanych przez funkcjonariusza publicznego uprawnień i obowiązków w obu sferach wskazano, że sfera gospodarowania (dominium), także wówczas gdy w obrocie gospodarczym uczestniczą podmioty dysponujące majątkiem stanowiącym w sensie ekonomicznym własność Skarbu Państwa lub samorządu terytorialnego, pozbawiona jest elementów władztwa i nie polega na uczestniczeniu w sprawowaniu władzy publicznej, lecz ukierunkowana jest na osiąganie zysków. Z kolei realizacja zadań w sferze imperium polega na sprawowaniu władzy publicznej, wykonywaniu zadań publicznych we własnym imieniu i na własną odpowiedzialność. Przy czym o ile w sferze dominium składniki majątkowe stanowią podstawę prowadzenia nastawionej na zysk działalności gospodarczej, o tyle w sferze imperium składniki majątkowe stanowią podstawę realizacji zadań publicznych. W tym obszarze jednostki państwowe lub samorządowe dysponują przy realizacji powierzonych im zadań środkami finansowymi na cele publiczne, które powinny być użyte w określony sposób<sup>58</sup>. Z punktu widzenia zasad gospodarowania składnikami majątkowymi pozostającymi w dyspozycji jednostek państwowych odmiennie ukształtowane są reguły ochrony prawidłowego ich funkcjonowania. W zakresie, w którym jednostki państwowe lub samorządowe występują jako podmioty gospodarcze prowadząc nastawioną na osiąganie zysku działalność gospodarczą w sferze dominium, niezależnie od przewidzianych w przepisach prawa publicznego możliwości oddziaływania i wpływania na sposób wykonywania tej działalności przez inne jednostki lub instytucje państwowe lub samorządowe, ochronie podlegają reguły obrotu gospodarczego oraz przyjmowane zasady gospodarowania. Z kolei w sferze dominium ochronie podlega prawidłowość ich funkcjonowania w zakresie sprawowanej władzy publicznej i realizacji celów publicznych. W zależności zatem od tego, czym zajmuje się dana jednostka tj. działalnością gospodarczą czy też wykonywaniem celów publicznych (działalnością publiczną) w granicach powierzonego władztwa publicznego, odmiennie przedstawia się kwestia prawnokarnej ochrony prawidłowości jej funkcjonowania. W sytuacji realizacji funkcji publicznej i wykonywania określonych celów publicznych w oparciu o przekazane danej jednostce składniki majątkowe ochronie podlega prawidłowość realizowania funkcji publicznych przez te jednostki, a więc zasady ich funkcjonowania. Z kolei w przypadku wykonywania działalności gospodarczej ochronie polegają reguły i zasady obrotu gospodarczego. Stąd też trafnie przyjęto, że w zależności od przedmiotu zamachu relewantnego z punktu widzenia określonych konstrukcji prawa karnego, a

<sup>58</sup> W odniesieniu do omawianego wyżej aspektu w pełni trafnie wskazuje SN, że „jest oczywiste, że Urząd Miasta i Gminy, jako instytucja samorządu terytorialnego, nie prowadzi działalności gospodarczej ukierunkowanej na powiększenie powierzonego jej majątku publicznego. W myśl art. 16 ust. 2 Konstytucji RP samorząd terytorialny uczestniczy w sprawowaniu władzy publicznej, a przysługującą mu w ramach ustaw istotną część zadań publicznych wykonuje w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność. Dysponuje przy realizacji tych zadań środkami finansowymi na cele publiczne, które powinny być użyte w sposób określony w ustawie (art. 216 ust. 1 Konstytucji RP), tj. w okresie objętym oskarżeniem w ustawie z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 203 r., Nr 15, poz. 148)”. Por. uzasadnienie wyroku SN z dnia 7 lipca 2009 r., V KK 82/09, Lex Nr 512075.

innymi słowy „w zależności od różnych sfer ich działalności, funkcjonariusz publiczny występuje też w różnych rolach. Jeżeli więc przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków nastąpiło w sferze imperium funkcji władczych przysługujących tym instytucjom, wówczas dopuszcza się on przestępstwa tzw. nadużycia władzy i podstawą penalizacji są wyłącznie przepisy art. 231 § 1-3 k.k. Natomiast, gdy funkcjonariusz publiczny zajmuje się z mocy ustawy czy decyzji odpowiedniego organu sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego w sferze uprawianej przez nie działalności gospodarczej jako podmiotów gospodarczych, wyrządzenie szkody majątkowej na skutek nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków stanowi przestępstwo tzw. nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym z art. 296 k.k.”<sup>59</sup>. Zasadnicze znaczenie w procesie wyboru podstawy kwalifikacji prawnej ma zatem rodzaj realizowanych przez daną jednostkę funkcji oraz charakter wykonywanej działalności. Te dwa czynniki determinują bowiem wartości (dobra), do naruszenia których dochodzić może w związku z wadliwym wykonywaniem obowiązków lub uprawnień przez osoby funkcjonujące w strukturach tych jednostek. Bez wątpliwości w przypadku prowadzenia działalności gospodarczej naruszaniem dobrem są reguły obrotu gospodarczego, zaś konsekwencją ich naruszenia jest ingerencja w mienie, zaś w przypadku prowadzenia działalności w sferze imperium zasady funkcjonowania instytucji państwowych i samorządu terytorialnego. W odniesieniu do czynności polegających na wykonywaniu przez jednostki państwowe lub samorządowe działalności gospodarczej SN nie dostrzegł żadnej podstawy by przyjmować, iż nadużycie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków wykraczałoby poza zamach na reguły obrotu gospodarczego, a w konsekwencji na mienie pozostające w dyspozycji tych podmiotów. Zarazem w sferze imperium wskazując na naruszenie zasad funkcjonowania instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego całkowicie pominął kwestię ewentualnego naruszenia zasad obowiązujących w obrocie gospodarczym. Odrzucając zasadnie jako nietrafne twierdzenie, że przepis art. 296 k.k. w zakresie, w jakim obejmuje funkcjonariuszy publicznych stanowi *lex specialis* wobec art. 231 k.k. i z tego powodu nie ma podstaw do dowolnego, zamiennego kwalifikowania czynu jako przestępstwa z art. 296 k.k. czy z art. 231 k.k., zarazem wskazano, że kryterium rozstrzygającym o wyborze podstawy kwalifikacji jest rodzaj narażonego na niebezpieczeństwo lub naruszonego dobra prawnego determinowany rodzajem i charakterem wykonywanej przez daną jednostkę działalności przesądzającej o rodzaju i charakterze uprawnień i obowiązków w jakie wyposażone są osoby „zatrudnione w tej jednostce”. Bez znaczenia pozostaje natomiast charakter środków, w jakie wyposażona jest lub jakimi dysponuje dana jednostka organizacyjna.

7. W zarysowanej wyżej perspektywie łatwo zauważyć odmienną postawę do zagadnienia podstawy kwalifikacji prawnej zachowania funkcjonariusza publicznego w sytuacji nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków wywołującego określone konsekwencje w sferze majątkowej oraz wypadków przyjęcia przez osobę zatrudnioną w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi korzyści majątkowej. O ile bowiem nie rodzi żadnych problemów odpowiedzialność funkcjonariusza publicznego w zakresie nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków prowadzącego do konsekwencji majątkowych, która uzależniona jest od rodzaju działalności prowadzonej przez jednostkę w strukturze której wykonuje swoje czynności funkcjonariusz publiczny a w konsekwencji od rodzaju i zakresu przekazanych mu na mocy

<sup>59</sup> Uzasadnienie wyroku SN z dnia 2 czerwca 2009 r., IV KK 11/09, Lex Nr 512109.

stosownych przepisów uprawnień i obowiązków, o tyle nad wyraz skomplikowana i kontrowersyjna jest odpowiedzialność za łapownictwo. Jej zakres podmiotowy wyznaczany jest bowiem przede wszystkim w drodze interpretacji ustawowego sformułowania „jednostka dysponująca środkami publicznymi”, za którą uznaje się z jednej strony taką jednostkę, która wykonuje zadania publiczne o charakterze władczym na bazie środków publicznych przekazanych dla ich realizacji lub jednostkę nie wykonującą administracyjnych funkcji władczych jednak realizującą zadania publiczne w oparciu i na podstawie przekazanych jej w tym celu środków publicznych, z drugiej zaś wszelkie jednostki dysponujące w jakiegokolwiek postaci i w jakimkolwiek celu środkami publicznymi, przez które z kolei rozumie się środki publiczne w ujęciu ustawy o finansach publicznych oraz środki przekazane z majątku Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego innym podmiotom utworzonym w celu prowadzenia działalności gospodarczej i wykorzystujących te składniki majątkowe do prowadzenia tej działalności. Analizując historię wykładni pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” łatwo dostrzec, że o ile w początkowym okresie nacisk kładziono na publiczność funkcji, o tyle na przestrzeni lat modyfikowano optykę tak, by ostatecznie proces interpretacji koncentrować na niegdyś pozaustawowym, obecnie zaś stanowiącym element definiensu złożonym zwrocie „jednostka organizacyjna dysponująca środkami publicznymi”. Poszukując adekwatnej z punktu widzenia przyjmowanych intuicji sprawiedliwościowych podstawy kwalifikacji prawnej za łapownictwo w orzecznictwie stopniowo modyfikowano kryteria wykorzystywane do konkretyzacji sformułowania „osoba pełniąca funkcję publiczną” i wyznaczania jego zakresu znaczeniowego, konsekwentnie poszerzając zakres odpowiedzialności karnej. Przenosząc punkt ciężkości z „publiczności funkcji” na „dysponowanie środkami publicznymi” dokonano zarazem specyficznego zabiegu odmiennego rozłożenia akcentów. Czyniąc podstawowym przedmiotem wykładni sformułowanie „dysponuje środkami publicznymi” – traktowane pierwotnie jako jedno z kryteriów publiczności funkcji – odwrócono zależność. Aktualnie bowiem element dysponowania środkami publicznymi samoistnie i niejako automatycznie przesądza o publiczności funkcji<sup>60</sup>. Innymi słowy to nie tyle „publiczność” realizowanych zadań, co charakter wykorzystywanych, lub też pozostających w dyspozycji danej jednostki środków, przesądza o publiczności funkcji. Centralnym staje się przeto pojęcie „środki publiczne”. Element definiensu traktowany jest zatem jako definiendum.

8. Zestawiając ze sobą stanowisko Sądu Najwyższego przedstawione w odniesieniu do zakresu zastosowania typów nadużycia: władzy publicznej z art. 231 k.k. oraz zaufania z art. 296 k.k. z jednej strony, oraz z drugiej zakresu kryminalizacji sprzedajności i przekupstwa w kontekście ustawowego określania podmiotu sprawczego pierwszego z nich oraz podmiotu bezpośredniego oddziaływania w przypadku drugiego, interesująca okazać się może analiza konsekwencji wynikających z przyjętych modeli wykładniczych. Przyjęcie, że jednostką dysponującą środkami publicznymi jest jednoosobowa spółka Skarbu Państwa stwarzało podstawy do kryminalizacji zachowania polegającego na przyjęciu korzyści majątkowej przez osoby zarządzające działalnością gospodarczą i sprawami majątkowymi tej spółki, w sytuacji gdy pogląd alternatywny skutkowałby uniewinnieniem z uwagi na brak komponenty

<sup>60</sup> Taki sposób podejścia do wyznaczania zakresu znaczeniowego pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” dobrze oddaje stanowisko A. Marka wskazującego, że „oprócz dysponowania środkami publicznymi za przesądzające o pełnieniu funkcji publicznej uznano w doktrynie również podejmowanie działań lub udział w podejmowaniu decyzji o znaczeniu publicznym, w szczególności decyzji wywołujących skutki w zakresie praw osób, których dotyczą” – A. Marek: Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2004. Przywołane wyżej stanowisko opiera się na założeniu, że o pełnieniu funkcji publicznej przesądza automatycznie i samoistnie wykonywane czynności w jednostce dysponującej środkami publicznymi.

wymaganej dla podmiotu sprawczego<sup>61</sup>. Z drugiej strony wskazanie przez Sąd Najwyższy w kontekście analizy zagadnienia odpowiedzialności karnej za nadużycie zaufania w sytuacji niespełnienia przesłanki związanej z ustawową charakterystyką skutku, że zajmowanie się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą należy przeciwstawić realizacji funkcji władczych, przy jednoczesnym podkreśleniu, że w pierwszym z wymienionych przypadków nie dochodzi do naruszenia dobra prawnego jakim jest prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego, w drugim zaś z oczywistych powodów to naruszenie ma miejsce, służyło ostatecznie uzasadnieniu możliwości wykorzystania jako podstawy kwalifikacji art. 231 k.k., w sytuacji, gdy z uwagi na wartość wyrządzonej szkody podstawą odpowiedzialności karnej nie mógłby być przepis art. 296 k.k.<sup>62</sup> Warte odnotowania jest spostrzeżenie, że odwołanie się do kryterium dobra prawnego w przypadku ustalania relacji między przepisami art. 231 i art. 296 k.k., oraz pominięcie tego elementu przy wykładni znamion określających podmiot sprawczy przestępstwa z art. 228 k.k. służyło temu samemu celowi, tj. uzasadnieniu podstawy odpowiedzialności karnej. Trzeba jednak pamiętać, że wskazanie na charakter oraz rodzaj uprawnień i obowiązków jako kryterium przesądzające o wyborze podstawy kwalifikacji prawnej powiązane z akcentowaniem znaczenia dobra prawnego jako elementu współrozstrzygającego o tej kwalifikacji przesądza zarazem, że naruszenie zasad, reguł, uprawnień i obowiązków w sferze dominium (w sferze działalności gospodarczej) z istoty rzeczy nie stanowi naruszenia zasad funkcjonowania instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego, bowiem wynika z wykonywania przez funkcjonariusza publicznego kompetencji w obszarze zajmowania się sprawami majątkowymi i działalnością gospodarczą, nie polegającego na sprawowaniu władzy publicznej. Tym samym nie może zostać uznane za realizację zadań lub też funkcji publicznych, bowiem zajmując się sprawami majątkowymi i działalnością gospodarczą nie „wykonywał władzy publicznej” „w sferze imperium funkcji władczych przysługujących instytucjom państwowym lub samorządu terytorialnego”. Trafnie podkreśla SN, że „podstawowe kryterium rozgraniczające przestępstwo nadużycia zaufania, o którym owa w art. 296 § 1-4 k.k., od przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków na szkodę interesu publicznego lub prywatnego, penalizowanego w art. 231 § 1-3 k.k. wynika z naruszenia kompetencji przez funkcjonariusza publicznego w innej sferze działalności instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego. W zależności od różnych sfer działalności, funkcjonariusz publiczny występuje też w różnych rolach”<sup>63</sup>. Stąd też poszukując adekwatnej podstawy kwalifikacji prawnej „należy mieć na uwadze również specyfikę danego rodzaju przestępstwa szczególnie, gdy przestępstwo należy, tak jak ma to miejsce w przypadku art. 231 k.k., do kategorii przestępstw indywidualnych i sprawcą jego może być jedynie osoba o szczególnych cechach wskazanych w danym przepisie, a przestępstwo

<sup>61</sup> Zob. szerzej uwagi dotyczące stanu faktycznego na kanwie którego przedstawione zostało przez SN stanowisko wykładnicze zawarte w uzasadnieniu uchwały SN z dnia 30 września 2010 r., I KZP 16/10, OSNKW 2010, Nr 11, poz. 96.

<sup>62</sup> Na znaczenie dobra prawnego w procesie rekonstrukcji zakresu zastosowania poszczególnych typów czynu zabronionego wskazał SN w wyroku z dnia 7 lipca 2009 r., (V KK 82/09, Lex Nr 512075), podkreślając, że „pogląd, jakoby funkcjonariusz publiczny przekraczający uprawnienia lub niedopełniający obowiązków w sferze majątkowej instytucji publicznej, odpowiada karne tylko na podstawie art. 296 k.k. jest niezasadny. Zauważyć należy, że **przepis ten jest zamieszczony w rozdziale XXXVI kodeksu karnego, w którym stypizowano przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu, a więc odnoszące się do dziedziny, która nie jest przecież domeną działalności instytucji państwowych i samorządu terytorialnego**”.

<sup>63</sup> Por. uzasadnienie wyroku SN z dnia 2 czerwca 2009 r., IV KK 11/09, Lex Nr 512109.

polega na nadużyciu uprawnień lub niedopełnieniu ciężących obowiązków. Każdorazowo konieczne jest też ustalenie, czy dokonana przez funkcjonariusza publicznego czynność pozostawała w formalnym lub merytorycznym związku z jego działalnością w granicach, w których zawarte są jego uprawnienia”<sup>64</sup>. Jeśli przeto zajmowanie się przez funkcjonariusza publicznego działalnością gospodarczą jednostki wyposażonej w składniki majątkowe zaczerpnięte z mienia publicznego nie stanowi naruszenia zasad funkcjonowania instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego, i z tego powodu nie stanowi realizacji znamion typu określonego w art. 231 k.k. lecz wypełnia przesłanki karalności przewidziane w art. 296 k.k., to tym samym nie może stanowić realizacji znamion typu określonego w art. 228 k.k.<sup>65</sup> Do istoty opisanego w tym przepisie zachowania należy bowiem przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków w sferze działalności instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego<sup>66</sup>, zaś pominięcie w kwalifikacji art. 231 k.k. obejmującego właśnie ten element wynikać może jedynie z wprowadzonej przez ustawodawcę do art. 228 k.k. ustawowej klauzuli subsydiarności<sup>67</sup>. Rozstrzyga ona jednak na poziomie ustawowym rzeczywisty (uwzględnialny) zbieg przepisów ustawy, którego istotą jest jednoczynowa realizacji znamion określonych w dwóch przepisach. Oznacza to – a twierdzenie to może wydać się *prima facie* paradoksalne – że funkcjonariusz publiczny, zajmujący się prowadzeniem działalności gospodarczej w jednostce wyposażonej w składniki majątkowe przekazane przez Skarb Państwa lub jednostkę samorządu terytorialnego, nie pełni funkcji publicznych, zaś przyjęcie przez niego korzyści majątkowej lub osobistej albo ich obietnicy w związku z wykonywaniem działalności gospodarczej stanowi realizację znamion typu czynu zabronionego przewidzianego w art. 296a k.k.<sup>68</sup> Przy czym

<sup>64</sup> Por. uzasadnienie wyroku SN z dnia 2 czerwca 2009 r., IV KK 11/09, Lex Nr 512109.

<sup>65</sup> Trafnie podkreśla A. Marek, że „najdalej idącą zmianę, w zakresie omawianej problematyki, jaką wprowadził k.k. z 1997 r., jest ograniczenie przewidzianej w art. 231 § 4 klauzuli subsydiarności jedynie do określonego w art. 228 przestępstwa sprzedajności osoby pełniącej funkcję publiczną. Oznacza to, że wszelkie inne nadużycia ze strony funkcjonariusza, które wypełniają znamiona art. 231 § 1, 2 lub 3 i zarazem znamiona innego przestępstwa, powinny prowadzić do kumulatywnej kwalifikacji prawnej na podstawie odpowiedniego przepisu art. 231 oraz przepisu dotyczącego czynu karalnego, popełnionego w związku z przekroczeniem uprawnień lub niedopełnieniem obowiązków” – A. Marek: Kodeks karny. Komentarz..., s. 504. Zob. też M. Kulik [w:] M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa: Kodeks karny. Praktyczny komentarz. 2. Wydanie, Warszawa 2007, s. 461.

<sup>66</sup> Trafnie podkreślał W. Wolter, że przestępstwo przekupstwa biernego stanowi „klasyczną odmianę przestępstwa z art. 246 k.k. o ogólnym charakterze – W. Wolter: Odpowiedzialność..., s. 965. Zob. też A. Spotowski [w:] System Prawa Karnego. O przestępstwach w szczególności. T. IV..., s. 592; M. Kulik [w:] M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa: Kodeks karny. Praktyczny komentarz, Warszawa 2008, s. 452-453.

<sup>67</sup> Pominięcie w podstawie kwalifikacji prawnej przepisu art. 231 k.k. opierać się może wyłącznie na treści art. 231 § 4 k.k., zgodnie z którym „przepisu § 2 nie stosuje się, jeżeli czyn wyczerpuje znamiona czynu zabronionego określonego w art. 228”. Należy podkreślić, że ustawowa klauzula subsydiarności została ujęta nad wyraz wąsko, i obejmuje jedynie sytuacje, gdy do nadużycia władzy publicznej dochodzi w związku z działaniem funkcjonariusza publicznego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Zob. szerzej w kwestii konstrukcji klauzuli subsydiarności w przypadku przestępstwa nadużycia władzy publicznej A. Spotowski [w:] System Prawa Karnego. O przestępstwach w szczególności. T. IV..., s. 580-581 oraz s. 592 i n.

<sup>68</sup> Jakkolwiek funkcjonariusz publiczny z mocy definicji zawartej w art. 115 § 19 k.k. zaliczony został do kategorii osób pełniących funkcje publiczne, to jednak z samego faktu, iż spełnia on przesłanki podmiotu sprawczego typu określonego w art. 228 k.k. nie wynika jeszcze, iż tym samym realizuje pozostałe znamiona strony przedmiotowej tego typu czynu zabronionego. Jeżeli przyjmuje się, że omawiany typ czynu zabronionego chroni prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwowych, samorządu, instytucji publicznych w państwach obcych oraz organizacji międzynarodowych realizujących działalność publiczną, to sam fakt spełnienia przesłanek podmiotowych nie przesądza o odpowiedzialności za sprzedajność,



twierdzenie to nie ma nic wspólnego z rodzajem środków, w jakie wyposażony został podmiot prowadzący działalność gospodarczą, lecz z charakterem wykonywanych przez ten podmiot zadań oraz rodzajem prowadzonej działalności, a w konsekwencji z charakterem uprawnień i obowiązków w jakie został wyposażony by realizować powierzone mu funkcje. W opisanym powyżej przypadku funkcjonariusz publiczny spełniając przesłanki charakteryzujące podmiot sprawczy typu opisanego w art. 228 oraz typu określonego w art. 231 k.k., nie realizuje jednak przewidzianych w nich znamion strony przedmiotowej z uwagi na charakter wykonywanych zadań nie mieszczących się w sferze działalności publicznej (funkcji publicznej), czego konsekwencją jest charakter i rodzaj posiadanych przez niego uprawnień i obowiązków. W przypadku funkcjonariusza publicznego odpowiedzialność za sprzedajność zasadzać się musi się na jednoczesnym wypełnieniu znamion określonych w art. 231 k.k., bowiem przyjęcie korzyści majątkowej lub osobistej albo ich obietnicy oznacza przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków określających zasady wykonywania funkcji publicznych przez funkcjonariusza publicznego. Stwierdzenie tego rodzaju przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków w sytuacji zajmowania się przez funkcjonariusza publicznego sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą podmiotu „(...) w sferze uprawniającej przez niego działalności gospodarczej jako podmiotu gospodarczego” Sąd Najwyższy w wypowiedziach dotyczących odpowiedzialności za uszczerbek majątkowy zasadnie wyklucza. Przy czym podstawą owego wykluczenia jest odwołanie się do rodzajowego dobra prawnego chronionego przez przepis art. 231 k.k., które w kontekście przyjętego przez SN sposobu rekonstrukcji konstytutywnych dla strony przedmiotowej elementów charakteryzujących zakres uprawnień i obowiązków ma zasadnicze znaczenie. W powyższym kontekście łatwo dostrzec odmienną w podejściu przez Sąd Najwyższy do znaczenia dobra prawnego w procesie wykładni znamion typu czynu zabronionego<sup>69</sup>. W orzeczeniach rozstrzygających o granicach zakresowych odpowiedzialności funkcjonariusza publicznego za przestępstwo nadużycia władzy publicznej oraz przestępstwo nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym dobro prawne odgrywa centralną, wręcz zasadniczą rolę. W judykatach mających na celu wyznaczenie zakresu znaczeniowego pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” jako znamienia podmiotu przestępstwa łapownictwa biernego oraz podmiotu bezpośredniego oddziaływania łapownictwa czynnego, dobro prawne nie tyle nie stanowi elementu rozstrzygającego wątpliwości wykładnicze, lecz jest wręcz marginalizowane. Wskazując, że koncepcje wykładnicze uwzględniające dobro prawne w procesie interpretacji znamion dotyczących podmiotu przestępstwa indywidualnego opierają się na „nieuzasadnionym przyznaniu normatywnego i przesądzającego znaczenia tytułowi rozdziału”, nie przedstawiono jednak argumentów uzasadniających tak radykalne stanowisko, nie odwołano się także do innych wypowiedzi Sądu Najwyższego traktujących dobro prawne jako jedno z podstawowych kryteriów wyznaczających zakres kryminalizacji. Takie podejście musi wywoływać zdziwienie, zwłaszcza że w szeregu innych wypowiedzi rozstrzygających kontrowersje wykładnicze,

konieczne jest bowiem nadto wykazanie, że konkretne działania lub zaniechania funkcjonariusza publicznego godziły w chronione przez art. 228 k.k. dobro prawne. Jeżeli zatem funkcjonariusz realizuje zadania pozostające poza sferą działalności publicznej, to tym samym nie spełnia przesłanek odpowiedzialności za sprzedajność. Zob. też uwagi J. Majewskiego [w:] kodeks karny. Część ogólna. Komentarz..., s. 1242 i n. oraz A. Barczak-Oplustil [w:] Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, T. III..., s. 955 oraz s. 862 i n.

<sup>69</sup> Przy czym chodzi tutaj zarówno o tzw. rodzajowy przedmiot ochrony (określany co do zasady w tytule rozdziału, w którym zamieszczony jest stanowiący przedmiot wykładni typ czynu zabronionego), jak i dobra poboczne, określone już bezpośrednio w treści typizującego dane przestępstwo przepisu.

nie tylko tych, które powołane zostały powyżej, Sąd Najwyższy czynił z określonego w tytule rozdziału dobra prawnego podstawę uzasadniającą określone rozstrzygnięcie. Jedynie tytułem przykładu warto przywołać jednoznaczne i nad wyraz kategoryczne stanowisko przedstawione w uzasadnieniu uchwały SN z dnia 30 września 2003 r., w którym nawiązując do tytułu rozdziału 6 kodeksu karnego skarbowego stwierdzono, że „skoro rodzajowym przedmiotem ochrony przepisów zawartych w rozdziale 6 kodeksu karnego skarbowego jest obowiązek podatkowy, to stypizowane tu czyny stanowią jedynie takie zachowania, które godzą w ten obowiązek<sup>70</sup>”, by w innym judykacie postawić przysłowiową „kropkę nad i” wskazując, że „skoro zaś ustawodawca w kodeksie karnym skarbowym wyraźnie zaznaczył, iż czyny wskazane w rozdziale 6 tej ustawy, to zachowania „przeciwko obowiązkowi podatkowemu”, **interpretacja przepisów tego rozdziału musi uwzględniać dobro rodzajowe chronione przez te normy**”<sup>71</sup>. Identyczne stanowisko SN przedstawił w uchwale wykładniczej dotyczącej zagadnienia podstaw odpowiedzialności karnej za odmowę składania zeznań, w której odnosząc się do dobra prawnego chronionego przez przepis art. 233 k.k., a konkretnie dobra określonego w tytule rozdziału XXX k.k., przesądził, iż w sytuacji nie przestąpienia do składnia zeznań nie dochodzi do naruszenia chronionej przez art. 233 k.k. wartości jaką jest prawidłowość ustaleń dowodowych postrzegana w kontekście wartości jaką jest prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości. Brak naruszenia chronionego dobra prawnego także na gruncie tego judykatu przesądzał o dekompletacji znamion<sup>72</sup>. Pojęcie dobra prawnego i jego funkcja w procesie rekonstrukcji znamion typu czynu zabronionego jest zatem niejednorodnie postrzegana w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Dostrzegając pilną potrzebę ujednoczenia stanowiska najwyższej instancji sądowej w kwestii roli i znaczenia dobra prawnego w procesie rekonstrukcji znamion typu czynu zabronionego, warto rozważyć, czy uwzględnienie wartości wskazanych w tytule rozdziału XXIX k.k. w procesie wykładni znamienia charakteryzującego podmiot łapownictwa biernego oraz podmiot oddziaływania łapownictwa czynnego doprowadziłoby do zmiany zakresu zastosowania obu typów przestępstw.

W powyższym kontekście nie należy tracić z pola widzenia, że zgrupowane w rozdziale XXIX k.k. typy służą ochronie prawidłowości funkcjonowania instytucji państwowych i samorządu terytorialnego oraz organizacji międzynarodowych, a także bezinteresowności osób pełniących funkcje publiczne oraz zaufania do rzetelności działań instytucji państwowych, samorządu terytorialnego, instytucji publicznych w państwach obcych oraz organizacji międzynarodowych. Temu też celowi służy bez wątpienia przepis art. 228 i art. 229 k.k.<sup>73</sup> Wedle przyjmowanego w doktrynie poglądu, wskazane przez prawodawcę w tytule rozdziału dobro prawne odgrywa zasadniczą rolę w

<sup>70</sup> Por. uzasadnienie uchwały SN z dnia 30 września 2003 r., I KZP 22/03, OSNKW 2003, Nr 9-10, poz. 75, s. 18-19.

<sup>71</sup> Por. uzasadnienie uchwały SN z dnia 30 września 2003 r., I KZP 16/03, OSNKW 2003, Nr 9-10, poz. 77, s. 33.

<sup>72</sup> Zob. szerzej uzasadnienie uchwały SN z dnia 22 stycznia 2003 r., I KZP 39/02, OSNKW 2003, Nr 1-2, poz. 1.

<sup>73</sup> Trafnie i w zasadzie jednolicie wskazuje się w piśmiennictwie, że „przedmiotem ochrony, jak powszechnie się przyjmuje w doktrynie, jest nie tylko prawidłowość funkcjonowania instytucji publicznych (po noweli czerwcowej także tych działających w państwach obcych oraz organizacji międzynarodowych), ale i bezinteresowność osób pełniących funkcję publiczną oraz zaufanie społeczne do rzetelności działań instytucji państwowych, samorządu (nie tylko terytorialnego, instytucji publicznych w państwach obcych oraz organizacji międzynarodowych)” – A. Barczak-Oplustil [w:] Kodeks karny. Cześć szczególna. Komentarz, T. II, Warszawa 2008, s. 954. Por. też O. Górniok [w:] Kodeks karny. Komentarz, T. III, Warszawa 2005, s. 52; J. Skorupka: Ochrona interesów..., s. 63-64.

procesie zakreślania granic kryminalizacji<sup>74</sup>. W taki też sposób postrzegano na przestrzeni lat w piśmiennictwie i orzecznictwie kwestię wykładni znamion charakteryzujących podmiot łapownictwa. Dostrzegając, iż przestępstwa sprzedajności dopuścić się może nie tylko urzędnik, lecz także inna osoba realizująca funkcje publiczne nacisk kładziono na znaczenie określonego zachowania z punktu widzenia zasady prawidłowego funkcjonowania instytucji publicznych. Poszerzenie kręgu podmiotów sprawczych na podstawie art. 292 k.k. z 1932 r. oparte było na realizacji przez wymienione w tym przepisie osoby zadań zaliczanych do sfery publicznej, a tym samym na możliwości naruszenia zasad prawidłowego funkcjonowania instytucji publicznych<sup>75</sup>. Identycznie na gruncie regulacji zawartej w art. 239 k.k. z 1969 r. krąg podmiotów sprawczych wyznaczano nie tyle i nie tylko przez pryzmat formalnego statusu, lecz przede wszystkim na podstawie charakteru wykonywanych zadań, które w sferze publicznej mogły być wykonywane przez inne niż funkcjonariusz publiczny osoby co nie wykluczało zamachu na dobro jakim było na gruncie tamtej ustawy karnej prawidłowe funkcjonowanie instytucji publicznych i społecznych. To właśnie z tego powodu, że nie tylko funkcjonariusz publiczny, lecz także inna osoba, jeżeli tylko pełniła funkcje publiczne, mogła wykonując powierzone jej zadania godzić w prawidłowość funkcjonowania instytucji publicznych lub społecznych, przy braku jednoznacznego wskazania w treści art. 239 k.k. na funkcjonariusza publicznego jako sprawcę przestępstwa sprzedajności dokonywano takiej interpretacji funkcjonalnie ujętego zwrotu służącego do charakterystyki sprawcy, która zapewniała właściwą ochronę zasad funkcjonowania instytucji publicznych<sup>76</sup>. Wreszcie podobne argumenty wykorzystywano w początkowym okresie obowiązywania k.k. z 1997 r., kiedy SN po raz kolejny musiał zmierzyć się z poglądem postulującym ograniczenie zakresu podmiotowego odpowiedzialności za łapownictwo wyłącznie do funkcjonariusza publicznego. Zdaje się również nie budzić wątpliwości, że wprowadzone pierwotnie do orzecznictwa, następnie zaś wykorzystywane w doktrynie i ustawodawstwie powiązanie funkcji publicznej z dysponowaniem środkami publicznymi, wywodzone było właśnie z analizy rodzajowego przedmiotu ochrony przestępstwa łapownictwa, stanowiącego podstawę do poszukiwania takich elementów charakteryzujących funkcję publiczną, które stanowiłoby sprawne i użyteczne kryterium w praktyce stosowania prawa służące do rozstrzygania, czy prowadzona przez daną jednostkę działalność ma charakter publiczny, czy też pozbawiona jest tej cechy. Wykorzystanie określonego w tytule rozdziału dobra prawnego w procesie interpretacji ustawowego sformułowania

<sup>74</sup> Zob. A. Zoll odnosząc się do tego zagadnienia podkreśla, że „sprzeczny z normą sankcjonowaną będzie tylko taki czyn, który naraża na niebezpieczeństwo dobro prawne lub je narusza i jednocześnie narusza wykształconą przez wiedzę i doświadczenie regułę postępowania z tym dobrem prawnym”. W kontekście znamion typu czynu zabronionego zaś dodaje, że „do rekonstrukcji typu czynu zabronionego służą również te właściwości czynu, które przesądzają o jego sprzeczności z normą sankcjonowaną (narażenie na niebezpieczeństwo lub naruszenie dobra prawnego oraz naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym” – A. Zoll [w:] G. Bogdan, Z. Cwiągalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll: Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2007, .s. 26 i s. 28

<sup>75</sup> Zob. uwagi J. Makarewicza: Kodeks karny z komentarze, wyd. IV, Lwów 1935, s. 495 i n. oraz powołane tam orzecznictwo SN z okresu międzywojennego.

<sup>76</sup> Zob. w tym kontekście w szczególności stanowisko W. Woltera, który co prawda konsekwentnie obstawał przy tezie, iż podmiotem przestępstwa sprzedajności może być jedynie funkcjonariusz publiczny, wskazując zarazem – w pełni trafnie – że „dobrem chronionym jest normalna, prawidłowa działalność instytucji państwowej lub społecznej, tak jak przy wszystkich przestępstwach tego rozdziału. Ewentualnie relutum za funkcje publiczne, które nie są świadczone bezpłatnie, przysługuje jedynie Skarbowi Państwa, a nie funkcjonariuszowi publicznemu” – W. Wolter [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter: Kodeks karny z komentarzem, Warszawa 1973, s. 751.

służącego do charakterystyki podmiotu sprawczego przestępstwa łapownictwa sprawia, iż elementem funkcji publicznej stają się zasady i prawidłowość funkcjonowania instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego. Działalność instytucji państwowych i samorządu terytorialnego służy realizacji zadań zinstytucjonalizowanych, ogólnospołecznych, stanowiących esencję działalności Państwa. Działalność ta realizowana jest w różnych formach, czasami także przez podmioty pozostające formalnie poza strukturą instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego, jednak wykonujące zadania ogólnospołeczne, przynależne ze swej istoty do kompetencji i zadań Państwa, a jedynie z uwagi na różnorodne uwarunkowania, wykonywane przez inne, wyposażone w odpowiednie kompetencje i środki podmioty. Stąd też poszukując kryteriów wyznaczających granice tych publicznych zadań odwoływano się subsydiarnie do przesłanki dysponowania środkami publicznymi, rozumianymi jako środki służące do realizacji tych zadań albo jako środki, które podlegają dalszej redystrybucji z przeznaczeniem na finansowanie takich zadań. W powyższym kontekście wydaje się uprawnionym twierdzenie, że odwołanie się do wskazanego w tytule rozdziału rodzajowego dobra prawnego stanowić winno jedno z istotnych, wręcz zasadniczych kryteriów wykładni znamion typu określonego w art. 228 k.k. także w kontekście elementów charakteryzujących jego podmiot sprawczy<sup>77</sup>, w tym w szczególności adekwatne kryterium przesądzające o sposobie rozumienia użytego w ustawowej definicji pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” sformułowania „zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi”<sup>78</sup>. Konkretyzując to sformułowanie w kontekście systemowo związanej wykładni<sup>79</sup> Sąd

<sup>77</sup> Jakkolwiek trafnie podnosi się w doktrynie, że „dobro prawne, stanowiąc odrębne znamię typu czynu zabronionego, nie doprecyzowuje znamienia podmiotu tylko określa zakres zachowań podjętych przez sprawcę, które – jako atakujące konkretne dobro prawne – mogą realizować znamiona konkretnego typu czynu zabronionego lub też nie”, to jednak trudno nie dostrzec, że charakterystyka podmiotu sprawczego w przypadku przestępstwa przewidzianego w art. 228 k.k. oparta jest na swoistej formule odwołującej się do charakterystyki pełnionej przez sprawcę funkcji w określonej strukturze. Stąd też elementy strony przedmiotowej typu czynu zabronionego mają znaczenie dla charakterystyki podmiotu sprawczego, bowiem sprawcą przestępstwa sprzedajności może być tylko osoba pełniąca funkcję publiczną, to zaś sprawia, iż zasadnicze znaczenie ma wyznaczenie zakresu owych „publicznych funkcji”, to zaś wiąże się bezpośrednio z chronioną przez typ określony w art. 228 k.k. wartością. Skoro przeto sprawcą przestępstwa może być tylko osoba pełniąca funkcję publiczną, zaś tej funkcji ustawodawca nie definiuje wprost, zarazem wykorzystuje to sformułowanie dla charakterystyki podmiotu sprawczego, to zdaje się to przesądzać, że precyzując krąg podmiotów sprawczych nie sposób abstrahować od publiczności funkcji, a tym samym od elementów to pojęcie konkretyzujących. W tym zaś obszarze publiczność funkcji winna być interpretowana z uwzględnieniem przedmiotu ochrony, przesądza on bowiem w pewnym co najmniej zakresie o tym, co stanowi realizację funkcji publicznej. W tym też sensie za trafne uznać należy stanowisko J. Majewskiego wskazującego, co prawda w kontekście treści art. 115 § 19 k.k. in fine, że przez działalność publiczną rozumieć należy „działalność w jakimś sensie zinstytucjonalizowaną, służącą realizacji zadań publicznych (a więc odnoszących się do ogółu) i wywierająca lub przynajmniej mogącą wywierać skutki w sferze publicznej” – J. Majewski [w:] Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz..., s. 1242. Takie stanowisko koresponduje z syntetycznym ujęciem przedmiotu ochrony typu określonego w art. 228 k.k. traktowanego jako „prawidłowość sprawowania funkcji publicznych” – zob. szerzej O. Górniok [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S. M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek: Kodeks karny. Komentarz, T. II, Gdańsk 2005, s. 50.

<sup>78</sup> Na znaczenie rodzajowego dobra prawnego określonego w tytule rozdziału, w którym zamieszczone są przepisy statuuące przestępstwa sprzedajności i przekupstwa, także w kontekście specyficznych trudności, jakie związane są z wprowadzeniem do kodeksu karnego legalnej definicji pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” wskazuje A. Barczak-Oplustil, zdaniem której „wprowadzona definicja osoby pełniącej funkcję publiczną oraz związana z tym rezygnacja z łączenia tego pojęcia z charakterem czynności wykonywanych przez osobę (mających mieć władczy, decyzyjny i publicznoprawny charakter) zdaje się rodzić konieczność rozszerzenia zakresu dóbr prawnych chronionych przepisami komentowanego artykułu. Można jednak przyjąć też, iż fakt, że komentowane przepisy zawarte są w rozdziale „przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych i samorządu terytorialnego” będzie mieć zasadniczy wpływ na

Najwyższy wskazał, że jakkolwiek pojęcie „środki publiczne” zostało zdefiniowane w ustawie o finansach publicznych oraz w innych aktach prawnych zaliczanych do sfery prawa budżetowego „może być w kontekście prawa karnego modyfikowane ze względu na zadania, jakie w nim spełnia (...)”. Odwołując się do „zadań, jakie spełnia” w prawie karnym pojęcie „środki publiczne” odstąpiono od wąskiej, związanej ze sferą zadań publicznych finansowanych ze środków publicznych formuły znaczeniowej tego terminu i odwołano się do ustawy z dnia 22 września 2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi oraz o przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorstw<sup>80</sup> uznając zawartą w tej ustawie formułę definicyjną „za bardziej przydatną dla zdekodowania omawianego pojęcia na gruncie prawa karnego”. Nie wyjaśniono zarazem, jakie wyglądy sprawiają, że właśnie to ujęcie ustawowe jest bardziej przydatne dla prawa karnego, poza oczywistym w realiach analizowanego przez Sąd Najwyższy stanu faktycznego szerszym zakresem znaczeniowym, czego konsekwencją było uzasadnienie szerszego zakresu kryminalizacji za sprzedajność. Trzeba jednak zaznaczyć, że już wykorzystywane w powołanej wyżej ustawie pojęcia wskazują, że odnosi się ona raczej do sfery obrotu gospodarczego, niż działalności publicznej, co zdaje się wskazywać, że zawartej w niej regulacje mogą okazać się przydatne dla zakreślenia sfery kryminalizacji typów zgrupowanych w rozdziale XXXVI k.k., chroniącym zasady obrotu gospodarczego. Uwzględnienie chronionego przez przepis art. 228 k.k. dobra prawnego wskazuje, że podstawowe znaczenie przy wykładni systemowej winna mieć ta regulacja, która zawiera określenie pojęcia „środki publiczne” w kontekście zasad wydatkowania środków publicznych, zarządzania środkami publicznymi oraz wykorzystywania lub dysponowania środkami publicznymi, do czego odnosi się w kontekście art. 3 i art. 4 ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych<sup>81</sup>. Z punktu widzenia ochrony prawidłowego funkcjonowania instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego oraz zasad prawidłowego sprawowania funkcji publicznych zdecydowanie mniejsze znaczenie ma natomiast ta ustawowa regulacja, które dotyczy przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami władzy publicznej a przedsiębiorcami publicznymi. Regulacje zawarte w tej ustawie mogą być pomocne przy wykładni

wykładnię znamion typów czynów zabronionych zawartych w tym rozdziale (tak M. Filar: Zakres..., s. 62). Jednoznaczne w tym zakresie brzmienie art. 115 § 19 k.k., który to przepis został wprowadzony do porządku prawnego celem doprecyzowania znamion typów związanych z przestępstwami korupcyjnymi (łapownictwem czynnym oraz biernym) nakazywałby uznać za dobra prawne chronione prawem funkcjonowanie instytucji dysponujących środkami publicznymi lub (pośrednio) zatrudniających osoby, których prawa i uprawnienia w zakresie działalności publicznej określają ustawy lub umowy międzynarodowe. Nie sposób jednak nie zauważyć, iż każda próba dookreślenia przedmiotu ochrony komentowanego przepisu poprzez odwołanie się do art. 115 § 19 k.k. osłabia zasadność tezy wskazującej na znaczenie – w zakresie wykładni znamion – umiejscowienia komentowanego przepisu w tym konkretnym rozdziale kodeksu karnego” – A. Barczak-Oplustil [w:] Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, T. II, Warszawa 2008, s. 955.

<sup>79</sup> SN przyjął, powołując się w tym zakresie na prezentowane w doktrynie stanowisko, że wykładnia zwrotu „jednostka dysponująca środkami publicznymi” winna opierać się do wyznaczeniu zakresu znaczeniowego pojęcia „środki publiczne” poprzez odwołanie się stosownych regulacji ustawowych ze sfery prawa publicznego. Tym samym odrzucono możliwość wykładni tego pojęcia, a w konsekwencji całego złożonego sformułowania zamieszczonego w definiendum w oparciu o reguły znaczeniowego języka potocznego. Stąd też przyjęty przez SN model wykładni określany jest jako wykładnia związana, wykorzystująca elementy charakteryzujące wykładnię systemową.

<sup>80</sup> Ustawa z dnia 22 września 2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi oraz o przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorców (Dz. U. 2006, Nr 191, poz. 1411).

<sup>81</sup> Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r., o finansach publicznych (Dz. U. 2009, Nr 157, poz. 1240).

zakresu kryminalizacji przewidzianego w treści art. 228 k.k. wtedy, gdy odnoszą się do konsekwencji wynikających z „przysporzenia ze środków publicznych polegającego na: pokryciu strat wynikających z prowadzenia działalności gospodarczej lub nieuczestniczeniu w zyskach, dokapitalizowaniu przedsiębiorcy, w tym przez nabycie akcji i udziałów w podwyższonym kapitale zakładowym, udzieleniu dotacji, udzieleniu pożyczki lub kredytu na warunkach korzystniejszych od oferowanych na rynku, udzieleniu poręczenia i gwarancji przedsiębiorcy lub za zobowiązania przedsiębiorcy – na warunkach korzystniejszych od oferowanych na rynku, umorzeniu należności, innym zwolnieniu z obowiązku zapłaty należności lub zaniechaniu dochodzenia jej zapłaty, zrzeczeniu się zwykłego zwrotu z zainwestowanych środków publicznych wreszcie rekompensacie z tytułu nałożonych przez organy publiczne obciążeń finansowych<sup>82</sup>. We wskazanym zakresie chodzi bowiem o szczególne formy wsparcia ze środków publicznych w rozumieniu ustawy o finansach publicznych, lub środków publicznych przekazanych innym podmiotom, traktowanych w tym zakresie z mocy art. 2 ust. 1 pkt. 7 ustawy z dnia 22 września 2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi oraz o przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorców jako środki publiczne w rozumieniu ustawy o finansach publicznych<sup>83</sup>, które służyć mają umożliwieniu realizacji szczególnych celów o publicznym charakterze realizowanych przez przedsiębiorcę publicznego<sup>84</sup>. W istocie przysporzenie ze środków publicznych na rzecz przedsiębiorcy publicznego, rozumiane jako „przysporzenie dokonane na rzecz określonego

<sup>82</sup> Por. art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 22 września 2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi oraz o przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorców (Dz. U. 2006, Nr 245, poz. 1775).

<sup>83</sup> Wynika to jednoznacznie z treści art. 2 ust. 1 pkt. 7 ustawy, zgodnie z którym „ilekroć w ustawie jest mowa o (...) „środka publicznych – należy przez to rozumieć również środki przedsiębiorcy publicznego”. Użyte w powołanym przepisie sformułowanie „rozumieć również” wskazuje, że co do zasady pojęcie środków publicznych rozumieć należy zgodnie z definicją ustawową zawartą w art. 5 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. 2009, Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.), a nadto w kontekście „instytucji przysporzenia ze środków publicznych”, o której mowa w ustawie z dnia 22 września 2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi oraz o przejrzystości niektórych przedsiębiorców, także środki przedsiębiorcy publicznego. Takie rozwiązanie służy koherentnemu wyjaśnieniu pojęcia środki publiczne, mające znaczenie z perspektywy możliwych na gruncie tej ustawy form „przysporzenia ze środków publicznych”, przez które rozumie się przysporzenie dokonane na rzecz określonego przedsiębiorcy „realizowane bezpośrednio ze środków publicznych lub z takich środków przekazanych innym podmiotom”.

<sup>84</sup> Zakres regulacji ustawy z dnia 22 września 2006 r. obejmuje bowiem przede wszystkim zasady prowadzenia ksiąg rachunkowych i dokumentacji dotyczącej sytuacji prawnej oraz ekonomiczno-finansowej przedsiębiorcy publicznego, który korzysta z praw wyłączonych – rozumianych jako „przysługujące z mocy prawa lub przyznane przez organy publiczne prawa, które zastrzegają na rzecz danego przedsiębiorcy wyłączność na wykonywanie określonego rodzaju działalności na wyznaczonym obszarze geograficznym”; praw specjalnych – rozumianych jako „przysługujące z mocy prawa lub przyznane przez organy publiczne niezgodnie z zasadą obiektywizmu, proporcjonalności i niedyskryminacji, określonej liczbie przedsiębiorców, prawa, które na wyznaczonym obszarze geograficznym: ograniczają do co najmniej dwóch liczbę przedsiębiorców, jako uprawnionych do wykonywania określonego rodzaju działalności lub wyznaczają co najmniej dwóch konkurujących ze sobą przedsiębiorców, jako uprawnionych do wykonywania określonego rodzaju działalności lub przez szczególne uprzywilejowanie co najmniej jednego przedsiębiorcy, skutkują powstanie na tym obszarze geograficznym zróżnicowanych warunków konkurencji dla tego przedsiębiorcy oraz jego konkurentów” lub korzysta z przysporzenia ze środków publicznych w związku z powierzeniem przez organ publiczny realizacji usług o ogólnym interesie gospodarczym”. Por. art. 2 ust. 1 pkt. 6, 10, 11 i 12 oraz art. 3 ust. 2 i art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 22 września 2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi oraz o przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorców.

przedsiębiorcy w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej, jeżeli jest realizowane bezpośrednio ze środków publicznych lub z takich środków przekazanych innym podmiotom, albo przysporzenie, które pomniejsza lub może pomniejszyć środki publiczne należne od tego przedsiębiorcy” stanowi formę finansowania zadań publicznych ze środków publicznych realizowanych przez przedsiębiorcę publicznego a nałożonych na przedsiębiorcę publicznego przez organ publiczny. Zgodnie z regulacjami zawartymi w ustawie z dnia 22 września 2006 r. przedsiębiorca uzyskiwać może przysporzenie publiczne jedynie w związku z realizacją powierzonych przez organ publiczny usług w ogólnym interesie gospodarczym<sup>85</sup>. Tym samym wykorzystana w ustawie o przejrzystości (...) formuła nakazująca, ilekroć jest w niej mowa o środkach publicznych, rozumieć przez to także „środki przedsiębiorcy publicznego” nie tyle stanowi podstawę do uznania, że w każdym przypadku, gdy na podmiot prowadzący działalność gospodarczą organ publiczny wywiera decydujący wpływ, niezależnie od wpływu wywieranego przez inne podmioty jest podmiotem realizującym funkcje publiczne z uwagi na zaliczenie środków takiego przedsiębiorcy na gruncie ustawy z dnia 22 września 2006 r. do kategorii środków publicznych, co podstawę do określenia przypadków, w których przedsiębiorca publiczny, który korzysta z jednej z form przysporzenia ze środków publicznych służących finansowaniu usług o ogólnym interesie gospodarczym, realizuje funkcje publiczne<sup>86</sup>. W konsekwencji można stwierdzić, że obok instytucji państwowych i samorządu terytorialnego, instytucji publicznych w państwach obcych oraz organizacji międzynarodowych funkcje publiczne realizowane są także przez podmioty zewnętrzne działające w formie przedsiębiorcy publicznego, który korzysta z praw wyłącznych, praw specjalnych lub przysporzenia ze środków publicznych w celu realizacji usług o ogólnym interesie gospodarczym.

W powyższym kontekście uzasadnionym jest twierdzenie, że ustawa z dnia 22 września o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi oraz o przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorców nie tyle stanowić może podstawę do wyznaczenia zakresu znaczeniowego pojęcia „środki publiczne” na gruncie art. 115 § 19 k.k. jako elementu definiensa ustawowego zwrotu „osoba pełniąca funkcję publiczną”, co raczej podstawę do konkretyzowania pojęcia „funkcja publiczna” w kontekście zadań realizowanych przez przedsiębiorców publicznych w zakresie, w jakim korzystają z praw wyłącznych, praw specjalnych lub przysporzenia ze środków publicznych w celu finansowania usług o ogólnym interesie gospodarczym.

<sup>85</sup> Stanowisko to znajduje potwierdzenie w treści art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 22 września 2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy przedsiębiorcami a przedsiębiorcami publicznymi, zgodnie z którym „w celu zapewnienia przejrzystości finansowej, przedsiębiorca korzystający z praw specjalnych lub praw wyłącznych oraz przedsiębiorca realizujący usługi o ogólnym interesie gospodarczym, który w związku z realizacją tych usług uzyskuje przysporzenie ze środków publicznych – jeżeli prowadzi również inny rodzaj działalności gospodarczej niż działalność, które dotyczą te prawa lub usługi – jest obowiązany (...)”.

<sup>86</sup> To, że pełnienie funkcji publicznej przez osobę zatrudnioną przez przedsiębiorcę publicznego w kontekście regulacji zawartej w ustawie z dnia 22 września 2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi (...) ograniczone jest jedynie do sfery realizowanych przez przedsiębiorcę publicznego usług o ogólnym interesie gospodarczym wynika m. in. z treści art. 14 tej ustawy, zgodnie z którym „w przypadku gdy z mocy prawa przysługują przedsiębiorcy prawa specjalne lub prawa wyłączne lub następuje powierzenie przedsiębiorcy realizacji usług w ogólnym interesie gospodarczym albo innych zadań związanej z dokonywanym przysporzeniem ze środków publicznych, a przedsiębiorca ten prowadzi lub może prowadzić również inny rodzaj działalności gospodarczej niż działalność, której dotyczą te prawa lub usługi albo zadania, kompetencje i obowiązki organu publicznego, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 3 oraz art. 11 wykonuje organ, do właściwości którego należą sprawy z zakresu realizacji tych praw lub usług albo zadań”.

Regulacje zawarte w tej ustawie stanowiąc mogą przeto podstawę do określania zakresu zadań publicznych o ogólnospołecznym charakterze, realizowanych przez przedsiębiorców publicznych w formie specyficznych zadań zleconych przez organy publiczne i finansowanych poprzez przysporzenia ze środków publicznych w związku z realizacją usług w ogólnym interesie gospodarczym. Jakkolwiek zadania wykonywane przez przedsiębiorców publicznych w zakresie finansowanym przez przysporzenie ze środków publicznych nie są realizowane w formie zinstytucjonalizowanej, to jednak mają charakter „zadań szczególnych” wykonywanych „w ogólnym interesie gospodarczym”. W sferze realizacji tych zadań, postrzeganych jako publiczne, możliwe jest na mocy Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską wyłączenie reguł konkurencji, jeżeli wymaga tego wykonywanie tych zadań. O publicznym charakterze zadań realizowanych przez przedsiębiorców publicznych w zakresie związanym z przysporzeniem ze środków publicznych przesądzają wyinterpretowane przez Trybunał Sprawiedliwości warunki, wśród których wymienia się: świadczenie przez przedsiębiorcę usług o ogólnym interesie gospodarczym, istnienie obowiązku nałożonego przez państwo na świadczenie takich usług; wykazanie, że zachowanie reguł konkurencji stanowiłoby przeszkodę w realizacji tego obowiązku oraz brak naruszenia jednolitego rynku w rozmiarze, który byłby sprzeczny z ogólnymi interesami Wspólnoty<sup>87</sup>. W konsekwencji uprawnionym wydaje się twierdzenie, że regulacje zawarte w ustawie z dnia 22 września 2006 r. nie stwarzają podstawy do uznania, że każda osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej mającej status przedsiębiorcy publicznego pełni funkcję publiczną w rozumieniu przepisów art. 228 i art. 229 k.k., lecz podstawę do przyjęcia, że przedsiębiorstwo publiczne w zakresie, w którym realizuje zadania korzystając z praw wyłącznych, praw specjalnych lub przysporzenia ze środków publicznych służących realizacji usług o ogólnym interesie gospodarczym, wypełnia funkcje publiczne, w ostatnim z wymienionych wypadków nałożone przez organ publiczny. Przesądzenie tej kwestii w kontekście ustawowej definicji „osoby pełniącej funkcję publiczną”, przesądzającego, że taki status podmiotowy posiada osoba zatrudniona w jednostce dysponującej środkami publicznymi, pozwala dopiero przy koniunktywnym spełnieniu obu wskazanych wyżej warunków przyjąć, że osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej mającej status przedsiębiorcy publicznego korzystającego z praw wyłącznych, praw specjalnych lub przysporzenia ze środków publicznych, w tej części działalności tego przedsiębiorcy, jeżeli nie wykonuje wyłącznie czynności usługowych, pełni funkcję publiczną w rozumieniu art. 228 i art. 229 k.k.

9. Konkludując przedstawione wyżej rozważania można stwierdzić, iż mimo niezbyt fortunnego ujęcia ustawowej definicji pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” w tej części, w której pozwala uznać za pełniące funkcje publiczne osoby zatrudnione w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, najistotniejszym elementem charakteryzującym szczególny status takiej osoby jest „publiczność” wykonywanych przez nią zadań. Publiczność w powyższym ujęciu wynika z dwóch zasadniczych podstaw: charakteru zadań realizowanych przez jednostkę organizacyjną, w której zatrudniona jest dana osoba oraz stanowiącego konsekwencję tych zadań zakresu posiadanych przez taką osobę uprawnień i obowiązków. O publiczności funkcji nie przesądza zatem samoistnie charakter składników majątkowych, jakimi dysponuje dana jednostka organizacyjna, lecz rodzaj prowadzonej przez nią działalności. Jednostka dysponująca środkami publicznymi w rozumieniu ustawy z dnia 22 września 2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami

<sup>87</sup> Zob. szerzej Z. Brodecki, S. Majkowska, M. Tomaszewska, D. Pyć, M. Drobysz, I. Zużewicz: *Traktat o Unii Europejskiej. Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 867.



publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi oraz o przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorców, jeżeli realizuje zadania związane z prawami wyłącznymi, prawami specjalnymi lub realizuje usługi o ogólnym interesie gospodarczym z którymi związane jest przysporzenie ze środków publicznych może być zaliczona do podmiotów realizujących działalność publiczną (funkcje publiczne), zaś w sytuacji, gdy nie korzysta z praw wyłącznych, specjalnych lub przysporzenia ze środków publicznych w części służącej realizacji usług o ogólnym interesie gospodarczym nie może zostać uznana za podmiot realizujący zadania publiczne. W konsekwencji o publiczności realizowanych przez daną jednostkę zadań, a zatem także o publiczności pełnionej przez osobę zatrudnioną w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi funkcji przesądza właśnie charakter zadań wykonywanych przez tę jednostkę, nie zaś charakter majątku, jakim taka jednostka dysponuje. Pełnienie funkcji publicznej związane jest zatem w każdym przypadku z działalnością służącą realizacji zadań odnoszących się do ogółu i wywierającą lub mogącą wywierać wpływ w sferze publicznej. Ze swej istoty nie jest samoistnie i automatycznie realizacją działalności (funkcji) publicznych samo funkcjonowanie (zatrudnienie) w strukturze jednostki organizacyjnej wyposażonej w środki publiczne rozumianych jako elementy pozostających w jej dyspozycji składników majątkowych, jeżeli jednostka ta prowadzi na zasadach ogólnych działalność gospodarczą, opartą na powszechnie obowiązujących regułach obrotu gospodarczego, nastawioną na osiąganie zysku, nie korzystając z żadnej formy wsparcia finansowego, nie też nie będąc zobowiązaną z mocy decyzji organu publicznego do realizowania określonych zadań i jednocześnie nie korzystając z przysporzenia ze środków publicznych w związku z nałożeniem obowiązku ich wykonywania. Także uwzględniając treść regulacji zawartych w ustawie z dnia 22 września 2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi oraz o przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorców nie jest zasadnym twierdzenie, że działalność polegająca na administrowaniu, rozporządzaniu majątkiem publicznym podejmowaniu w tej sferze decyzji lub ich przygotowywaniu, a więc innymi słowy działalność polegająca na zarządzaniu podmiotami wyposażonymi w składniki majątkowe przekazane przez podmioty publiczne (Skarb Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego) i reprezentowania ich na zewnątrz, jest w tym zakresie pełnieniem funkcji publicznej w rozumieniu art. 288 i art. 229 k.k. **Optymalne zarządzanie działalnością gospodarczą, prowadzoną na zasadach ogólnych przez podmiot oparty (wyposażony w składniki) na mieniu państwowym**, nie stanowi realizacji celu publicznego, zaś wykonywanie czynności zarządzania nie jest realizacją funkcji publicznych w rozumieniu przepisów art. 228 i art. 229 k.k. Zarazem wszelkie przejawy naruszenia obowiązujących w obrocie gospodarczym standardów stanowić mogą w zależności od charakteru i konsekwencji podstawę odpowiedzialności osób zarządzających podmiotem prowadzącym taką działalność albo za nadużycie zaufania, jeżeli ich skutkiem będzie wyrządzenie szkody majątkowej o odpowiednich rozmiarach, albo za korupcję w obrocie gospodarczym, jeżeli w związku z wykonywaniem funkcji zarządczych dojdzie do żądania przyjęcia przez osobę pełniącą funkcję kierowniczą w jednostce wykonującej działalność gospodarczą lub pozostającą z taką jednostką w stosunku pracy, umowy zlecenia lub umowy o dzieło, korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy, w zamian za nadużycie udzielonych uprawnień lub niedopełnienie obowiązku mogące wyrządzić tej jednostce szkodę majątkową albo mogące stanowić czyn nieuczciwej konkurencji lub niedopuszczalną czynności preferencyjną na rzecz nabywcy lub odbiorcy towaru.

10. Granice zakresu kryminalizacji przewidzianej w przepisach art. 228 i art. 229 k.k. wyznaczone są przy uwzględnieniu wszystkich elementów treściowych wyrażonych w ustawie, w tym także przez chronione na gruncie danego typu czynu zabronionego dobro prawne. Dobro prawne dookreśla bowiem zakres zachowań karalnych, pozostawiając poza sferą kryminalizacji wszystkie te przejawy aktywności lub pasywności sprawcy, które nie naruszają lub nie narażają na niebezpieczeństwo dobra prawnego<sup>88</sup>. Z uwagi na specyficzny sposób określenia podmiotu sprawczego przestępstwa przewidzianego w art. 228 k.k. oraz analogiczny sposób charakterystyki podmiotu oddziaływania w przypadku przestępstwa z art. 229 k.k., mający funkcjonalny charakter, ustawodawca przesądził, że sprawcą tego przestępstwa może być jedynie osoba, która dopuszcza się określonych w nim zachowań „w związku z pełnieniem funkcji publicznej”. Zasadniczym elementem decydującym o możliwości ponoszenia odpowiedzialności karnej jest wypełnianie funkcji publicznych przez daną jednostkę, z którą związany jest sprawca, z czym wiąże się dysponowanie przez daną osobę funkcjonującą w strukturze tej jednostki i nie wykonującą jedynie czynności usługowych uprawnieniami i obowiązkami o publicznym charakterze, określonymi w przepisach zaliczanych do sfery prawa publicznego. Dysponowanie przez jednostkę organizacyjną środkami publicznymi samoistnie i automatycznie nie przesądza o prowadzeniu przez ten podmiot działalności publicznej, a tym samym nie uzasadnia przyjęcia, że zatrudnione w tej jednostce osoby pełnią funkcje publiczne. Oznacza to, że w stosunku do funkcjonariuszy publicznych oraz osób zatrudnionych w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi nie jest wystarczające ograniczenie się do wykazania, iż dana osoba posiada cechy wymagane przez ustawę, lecz ponadto konieczne jest ustalenie, że z uwagi na realizowane zadania związane z zakresem działalności instytucji lub jednostki organizacyjnej z którą są związane, funkcjonariusz publiczny lub inna osoba posiadają uprawnienia i obowiązki w zakresie wypełniania przez te instytucje lub jednostki działalności publicznej. W sytuacji, gdy instytucja lub jednostka organizacyjna dysponująca środkami publicznymi nie realizuje działalności publicznej, lecz prowadzi działalność gospodarczą opartą na zasadach ogólnych, zatrudnione w tej jednostce osoby lub zajmujący się jej sprawami majątkowymi i działalnością gospodarczą funkcjonariusze publiczni, nie pełnią funkcji publicznych i z tego powodu nie mogą ponosić odpowiedzialności karnej za sprzedajność lub przekupstwo. W powyższym kontekście można stwierdzić, że wyraźnie obserwowalna w orzecznictwie sądowym tendencja do stałego poszerzania zakresu odpowiedzialności karnej za sprzedajność i przekupstwo odwołująca się wyłącznie do kryterium „dysponowania środkami publicznymi” przez jednostkę, w której zatrudniona jest dana osoba, ignorując rolę i znaczenie dobra prawnego w procesie rekonstrukcji znamion, prowadzi do konsekwencji skutkujących objęciem zakresem kryminalizacji przewidzianej w przepisach art. 228 i art. 229 k.k. sytuacji, wykraczających poza granice zakresowe typu czynu zabronionego określone w ustawie. Te bowiem współwyznaczone są przez dobro prawne określone w znamionach konkretnego typu czynu zabronionego, którego ochronie służyć ma dana konstrukcja ustawowa. Wyznaczanie zakresu kryminalizacji typów charakteryzujących przestępstwo sprzedajności i przekupstwa wyłącznie w oparciu o ustawową formułę definiującą pojęcie „osoba pełniąca funkcję publiczną”, oparte na szerokim rozumieniu terminu „środki publiczne”<sup>89</sup> oraz pomijające znaczenie dobra prawnego dla

<sup>88</sup> Zob. szerzej w tej kwestii L. Gardocki: *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, *passim*.

<sup>89</sup> Szerokie rozumienie tego pojęcia przyjął SN w uchwale z dnia 30 września 2010 r. , I KZP 16/10, OSNKW 2010, Nr 11, poz. 96.

określenia kręgu zachowań karalnych<sup>90</sup>, prowadzi do sytuacji, w której niezależnie od pełnionych przez daną jednostkę organizacyjną zadań (które mogą mieć publiczny lub niepubliczny charakter), każdy zatrudniony w takiej jednostce, o ile nie pełni wyłącznie czynności usługowych, uznawany jest za zdalny podmiot łapownictwa. Zarazem przesądzenie tej podmiotowej okoliczności oznacza w tym modelu wykładniczym stwierdzenie wszystkich ustawowych przesłanek odpowiedzialności karnej za sprzedajność lub przekupstwo. Takie podejście całkowicie pomija „istotę” kryminalizacji określonej w przepisach art. 228 i art. 229 k.k., umieszczonych w rozdziale grupującym przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych i samorządu terytorialnego, służących ochronie dobra, jakim jest prawidłowość funkcjonowania tych instytucji, bezstronność osób pełniących funkcje publiczne oraz zaufanie do organów i instytucji realizujących takie funkcje. Stwarza tym samym podstawy do wykorzystywania jako podstawy odpowiedzialności typów sprzedajności i przekupstwa, także w sytuacjach, gdy zachowanie osoby – spełniającej formalnie cechy wymagane dla sprawcy – nie godzi w żaden sposób w chronione na podstawie art. 228 i art. 229 k.k. dobro prawne. Ten sposób wykładni uznać należy za kreatywny, prowadzący do wyznaczenia zakresu kryminalizacji ponad granice określone przez ustawodawcę<sup>91</sup>. Uwzględnienie w procesie wykładni chronionego przez dany typ czynu zabronionego dobra prawnego prowadzi do odczytania zakresu kryminalizacji typów określonych w art. 228 i art. 229 k.k. w sposób zgodny z treścią regulacji ustawowej. Jego konsekwencją jest zarazem konstatacja, że w pewnych sytuacjach, gdy instytucja lub jednostka organizacyjna nie wykonuje działalności publicznej, nie sposób przyjąć, że zatrudniony w tej jednostce funkcjonariusz publiczny lub inna osoba zajmująca się jej sprawami lub działalnością, pełni funkcje publiczne<sup>92</sup>. To zaś przesądza, iż niezależnie od statusu podmiotowego, wyznaczanego także przy uwzględnieniu treści ustawowej definicji pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, w takim przypadku nie istnieją podstawy do odpowiedzialności karnej za sprzedajność lub przekupstwo. Zarazem właśnie z uwagi na niepubliczny charakter wykonywanych przez instytucję lub jednostkę organizacyjną funkcji, osoby w nich zatrudnione, jeżeli dopuszczają się będą zachowań polegających na przyjmowaniu korzyści majątkowej lub osobistej albo ich obietnicy, mogą ponosić odpowiedzialność za szczególny typ przestępstwa łapownictwa przewidziany w art. 296 a k.k., wtedy,

<sup>90</sup> Pominiecie w procesie wykładni znaczenia chronionego przez dany typ czynu zabronionego dobra prawnego uznać należy za wadliwe. Niczego w powyższym kontekście nie zmienia zasadnie podnoszone w doktrynie twierdzenie, że posługiwanie się w interpretacji znamion typu czynu zabronionego pojęciem „dobra prawnego”, czasem prowadzi do efektu w postaci zawężenia zakresu kryminalizacji, a czasem jej rozszerzenia. Por. W. Wróbel: *Prawotwórcze tendencje w orzecznictwie Sądu Najwyższego w sprawach karnych. Mity czy rzeczywistość?* [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 394.

<sup>91</sup> W piśmiennictwie karnistycznym wykorzystywane są różne określenia. Oceniając krytycznie niektóre wypowiedzi wykładnicze Sądu Najwyższego wskazuje się na „kreowanie prawa w drodze orzecznictwa sądowego”, „korygowanie przez sąd treści ustawy”, „poprawianie ustawodawcy”, „wykładnię contra legem”, „tworzenie nowych norm prawnych”, wreszcie „kreatywną wykładnię”. Zob. w tej kwestii interesujące uwagi W. Wróbla: *Prawotwórcze tendencje w orzecznictwie Sądu Najwyższego w sprawach karnych. Mity czy rzeczywistość?...*, s. 393 i n. Por. też S. Majcher: *W kwestii tzw. prawotwórstwa sądowego (na przykładzie orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach karnych)*, PiP 2004, Nr 2, s. 69 i n.

<sup>92</sup> Takie stanowisko przyjął zresztą Sąd Najwyższy w dwóch omówionych powyżej judykatach dotyczących kwestii kryteriów rozgraniczających podstawy odpowiedzialności karnej za nadużycie władzy publicznej oraz nadużycie zaufania.

gdy działalność instytucji lub jednostki organizacyjnej polega na wykonywaniu działalności gospodarczej, zaś przyjęcie korzyści lub jej obietnicy godzi w dobro, jakim są zasady prowadzenia tej działalności. Pozwala to konstatować, że system prawnokarnej ochrony przed zamachami związanymi z zachowaniami polegającymi na przyjmowaniu lub wręczaniu korzyści albo jej obietnicy, nie zawiera luk w zakresie kryminalizacji. W zależności od sfery życia społecznego, w jakiej mają miejsce zachowania polegające na przyjęciu lub wręczeniu korzyści albo jej obietnicy, podstawą odpowiedzialności za łapownictwo będą przepisy art. 228 i art. 229 k.k., jeżeli zachowania związane są z realizowaniem przez instytucje lub jednostkę, w której zatrudniona jest dana osoba, działalności publicznej, albo przepis art. 296a k.k., jeżeli instytucja lub jednostka organizacyjna prowadzi działalność gospodarczą.

W zakończeniu trzeba zaznaczyć, że ustawowa definicja pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” została wadliwie skonstruowana. W zasadzie wszystkie jej elementy wywołują poważne wątpliwości, zaś wyznaczenie zakresu znaczeniowego tego pojęcia jest na gruncie aktualnego ujęcia ustawowego nad wyraz kłopotliwe<sup>93</sup>. Zarazem w wielu sytuacjach pojęcie „osoba pełniąca funkcję publiczną” obejmuje osoby, w stosunku do których trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie, by przyjąć, że w istocie wykonują one czynności o publicznym charakterze. Definicja zawarta w art. 115 § 19 k.k. nie spełnia także celu, który stanowił zasadniczą przesłankę wprowadzenia tej regulacji do kodeksu karnego, nie rozstrzyga bowiem w sposób klarowny i racjonalny wątpliwości, jakie występowały na gruncie orzecznictwa i doktryny przed wprowadzeniem tej regulacji w zakresie podstaw odpowiedzialności za sprzedajność i przekupstwo. Zarazem posługując się kryterium „zatrudnienia w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi” oraz kryterium „uprawnień i obowiązków w zakresie działalności publicznej określonych lub uznanych przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową” stwarza podstawy do niezwykle szerokiej interpretacji, skutkując tendencją do poszerzania zakresu kryminalizacji za sprzedajność lub przekupstwo. Stanowi też punkt oparcia dla niepokojących propozycji modyfikacji dobra prawnego chronionego przez przepisy art. 228 i art. 229 k.k. sprowadzających się do wskazania, że przepisy te, poza prawidłowością funkcjonowania instytucji publicznych, bezinteresownością osób pełniących funkcje publiczne oraz zaufania do rzetelności działań instytucji państwowych, samorządu terytorialnego, instytucji publicznych państw obcych oraz organizacji międzynarodowych, chronią także „funkcjonowanie instytucji dysponujących środkami publicznymi lub (pośrednio) zatrudniających osoby, których prawa i uprawnienia w zakresie działalności publicznej określają ustawy lub umowy międzynarodowe”. Co prawda takie ujęcie jest opatrywane zastrzeżeniem, że „każda próba dookreślenia przedmiotu ochrony art. 228 k.k. przez odwołanie się do art. 115 § 19 k.k. osłabia zasadność tezy wskazującej na znaczenie – w zakresie wykładni znamion – umiejscowienia przepisu w konkretnym rozdziale kodeksu karnego”<sup>94</sup>, to jednak nie zmienia to zasadniczo negatywnej oceny tej konstrukcji ustawowej<sup>95</sup>. Wszystko to sprawia, iż na gruncie aktualnego stanu

<sup>93</sup> Zob. szerzej uwagi J. Majewskiego [w:] G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll: Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz..., s. 1236 i n.

<sup>94</sup> Zob. A. Barczak-Oplustil [w:] A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll: Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, T. II..., s. 954-955.

<sup>95</sup> Trafnie podkreśla W. Wróbel, że „podobnie jak w przypadku zwrotów niedookreślonych także posługiwanie się kryterium dobra prawnego dla reinterpretacji znamion określonego typu czynu zabronionego nie może być

prawnego, w tym w szczególności przy uwzględnieniu funkcjonowania w kodeksie karnym konstrukcji określonych w art. 228 i art. 229 k.k. oraz regulacji zawartej w art. 296a k.k., zasadnym wydaje się postulat modyfikacji ustawowego ujęcia definicji „osoby pełniącej funkcję publiczną”, uwzględniającej rolę i znaczenie dobra prawnego, a w konsekwencji kształtującej zakres znaczeniowy tego terminu w sposób umożliwiający jednoznaczną kwalifikację zachowań związanych z przyjmowaniem lub wręczaniem korzyści albo jej obietnicy w zależności od tego, w jakie dobro zachowania te godzą. Bez przeprowadzenia tego zabiegu, korekta błędnej tendencji wykładniczej sukcesywnie poszerzającej bez dostatecznego uzasadnienia zakres znaczeniowy tego pojęcia, a w konsekwencji zakres kryminalizacji za sprzedajność lub przekupstwo ponad granice określone w ustawie, wymagać będzie skomplikowanych zabiegów wykładniczych, co z punktu widzenia w szczególności praktyki stosowania prawa przez sądy powszechne, może okazać się niezwykle trudne, zwłaszcza, że wsparcie dla szerokiej wykładni odnaleźć można bez trudu w orzecnictwie Sądu Najwyższego. Nie można bowiem tracić z pola widzenia tego, że w sytuacji sporu wykładniczego stanowisko – nawet błędne – znajdujące jednak instytucjonalne wsparcie w judykacie Sądu Najwyższego – ma właśnie ową instytucjonalną przewagę na poglądami prezentowanymi przez przedstawicieli doktryny.

w pełni dowolne i uzależnione od chwilowych potrzeb kryminalnopolitycznych. W szczególności z samego faktu, iż w danym rozdziale znajdują się przepisy, których przedmiotem ochrony może być także inne dobro prawne niż to wymienione w jego tytule, nie można wyprowadzać jeszcze wniosku o możliwości dowolnego rozszerzania katalogu chronionych przepisami danego rozdziału dóbr prawnych” – Prawotwórcze tendencje w orzecnictwie Sądu Najwyższego w sprawach karnych. Mity czy rzeczywistość?..., s. 394.