

Osoba pełniąca funkcję publiczną jako podmiot przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu

1. Zarys problematyki

Przyznanie określonej klasie podmiotów statusu osób pełniących funkcję publiczną w płaszczyźnie prawa karnego implikuje doniosłe konsekwencje prawne. Od treści nazwy „osoba pełniąca funkcję publiczną”, a także zakresowo węższej – „funkcjonariusz publiczny” oraz „związane z nimi kompetencje”, stanowiące znamiona niemal wszystkich przestępstw zawartych w rozdziale XXIX Kodeksu karnego, zależy bowiem zakres ochrony karnej udzielanej jego przepisami działalności instytucji państwowych i samorządu terytorialnego. Wyraźne sprecyzowanie zakresu znaczeniowego tej kategorii podmiotów ma także doniosłe znaczenie dla określenia sprawcy przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu. Co prawda, samo sformułowanie „osoba pełniąca funkcję publiczną” nie pojawia się *explicite* w treści odpowiednich przepisów rozdziału XXXVI k.k., to jednak w rzeczywistości gospodarce panującej w Polsce trzeba być świadomy fakt, że stosunkowo liczni przedstawiciele szeroko rozumianych jednostek organizacyjnych państwa lub samorządu terytorialnego reprezentują ich interesy, jako podmiotów gospodarczych, uprawiających zarobkową działalność gospodarczą – często obok wykonywanych funkcji władczych.

Uznanie ich za osoby pełniące funkcję publiczną stwarza otwarte pole dla konkurencji między przepisami art. 231 k.k. (nadużycie władzy przez funkcjonariusza publicznego) a art. 296 k.k. (nadużycie zaufania) oraz art. 228 k.k. (sprzedajność osoby pełniącej funkcję publiczną) a art. 296a k.k. (sprzedajność menedżera).

W tej sytuacji wydaje się konieczne przedstawienie reguły, na podstawie której możliwe byłoby uznanie, czy określony czyn zabroniony stanowi zamach na prawidłowe funkcjonowanie i autorytet instytucji o charakterze publicznym, czy też godzi w zasady prawidłowego obrotu gospodarczego. Należy też poddać pod rozagę możliwość kumulatywnej kwalifikacji prawnej. Na płaszczyźnie dogmatyczno-karnoprawnej chodziłoby tutaj o rekonstrukcję realizacji przez sprawcę, któremu przysługuje przymiot osoby pełniącej funkcję publiczną, znamion przedmiotu ochrony – tj. stwierdzenie, jakie dobro prawne naruszył swoim zachowaniem. Jest to o tyle istotne, iż z reguły szczególnie złożona treść przepisów określających przestępstwa gospodarcze sprawia, że wyjaśnienie ich znaczenia nie jest możliwe wyłącznie na podstawie wykładni językowej. Zachodzi tutaj konieczność stosowania wykładni funkcjonalnej, której zasady bezpośrednio opierają się na charakterze karnoprawnie chronionego dobra¹. Próba rekonstrukcji wskazanej reguły powinna być połączona z dogłębną analizą pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” oraz wykładnią znamion konstruujących poszczególne typy przestępstw przeciw obrotowi gospodarczemu dokonaną z uwzględnieniem okoliczności, że osoba pełniącą funkcję publiczną może wykonywać swoje kompetencje w różnych sferach (publicznej, gospodarczej) działalności państwa lub jednostki samorządu terytorialnego.

2. Pojęcie osoby pełniącej funkcję publiczną

Dla sprecyzowania podmiotów, które mogą być określane jako „osoba pełniąca funkcję publiczną”, należy skupić się na treści art. 115 § 19 k.k., który zawiera definicję legalną tego terminu. Jest to definicja zakresowa (nieklasyczna). Jest to jednocześnie z założenia – o czym przesądza jej stylizacja – definicja pełna, gdyż w jej definiensie wymienia się wszystkie elementy zakresu definiowanego pojęcia. Oznacza to, że osobami pełniącymi funkcję publiczną są w rozumieniu przepisów kodeksu tylko te, które należą do którejsz z czterech grup podmiotów

¹ I. Adrejew (*Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa 1959, s. 91–95) wskazuje, że przedmiot ochrony wskazuje ideę przewodnią przepisu karnego.

wymienionych w art. 115 § 19. Nie jest to natomiast definicja jasna, gdyż określenia użyte na oznaczenie poszczególnych elementów zakresu definiowanego pojęcia dają podstawy do różnorodnych interpretacji². Wątpliwości pojawiają się zwłaszcza przy wymienieniu osób przynależnych do kategorii zatrudnionych w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi oraz tych, którym przysługuje status funkcjonariusza publicznego na podstawie art. 115 § 13 pkt 4 i 6.

Z pewnym niepokojem można zaobserwować stosunkowo spójną linię orzeczniczą, polegającą na rozszerzeniu sfery osób zakwalifikowanych do kategorii pełniących funkcję publiczną na członka zarządu spółki z udziałem Skarbu Państwa oraz na dyrektora przedsiębiorstwa państwowego. W szeregu judykatów wydanych na przestrzeni kilkunastu lat Sąd Najwyższy stwierdził m.in., że „nowe warunki ustrojowe państwa polskiego nie stoją na przeszkodzie uznania za osobę pełniącą funkcję publiczną prezesa zarządu banku w formie spółki akcyjnej, w której Skarb Państwa miał jakiegokolwiek udziały”³ oraz że charakter funkcji publicznej przyznać należy osobie zatrudnionej u przewoźnika, utworzonego w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, której jedynym udziałowcem była jednostka samorządu terytorialnego⁴.

Równie kategoryczne w swoich wypowiedziach okazały się sądy apelacyjne. I tak Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 12 marca 2008 r. wskazał, iż „nie ma najmniejszych przeszkód do tego, aby uznać za osobę pełniącą funkcje publiczne bankowca zatrudnionego w prywatnym banku (...) który w ramach swojej działalności kredytowej dysponuje w istocie rzeczy środkami publicznymi, a to z tego powodu, że większościovym udziałowcem tego banku jest państwowa osoba prawna”⁵. W wymienionym wyroku jako kwantyfikatory funkcji publicznej wskazano:

² M. Filar, *Zakres pojęciowy znamienia pełnienie funkcji publicznej na gruncie art. 228 k.k.*, Palestra 2003, z. 7–8.

³ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 1995 r., I KZP 6/95, OSNKW 1995, z. 7–8, poz. 41.

⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2003 r., IV KK 265/02, OSNKW 2004, z. 2, poz. 17.

⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 12 marca 2008 r., II Aka 356/07, Prokuratura i Prawo 2009, nr 2, s. 28.

- dysponowanie środkami publicznymi, a to z tego powodu, że większościami udziałowcem tego banku jest państwowa osoba prawna, a choć bank ten jest bankiem prywatnym, to jednak stanowi spółkę akcyjną, której udziałowcem był i jest obecnie Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej – państwowa osoba prawna;
- pełnienie kierowniczego stanowiska mającego istotny wpływ na dysponowanie środkami publicznymi.

Ponadto w uzasadnieniu wyroku powołano się na pogląd prawny wyrażony w orzecznictwie, zgodnie z którym spółki kapitałowe akcyjne, w których udziałowcem jest państwo, są instytucjami państwowymi w rozumieniu art. 120 § 12 d.k.k., a ich mienie korzysta z ochrony prawnej jako mienie społeczne⁶. Jednocześnie w omawianym judykacie przyjęto, że użyte w w/w uchwale określenie „państwo” oznacza zarówno mienie Skarbu Państwa, jak i mienie państwowych osób prawnych. Sąd Apelacyjny zatem uznał, że spółki kapitałowe akcyjne, w których udziałowcem jest państwo, są instytucjami państwowymi, a przy tym zdefiniował dysponowanie środkami publicznymi jako dysponowanie mieniem publicznym przekazanym spółce prawa handlowego w celu prowadzenia działalności gospodarczej.

Z kolei Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z 6 października 2005 r. wywiódł, że „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 innych tytułów”⁷. W konsekwencji sąd ten stwierdził, że osoba pełniąca funkcję publiczną to – poza funkcjonariuszem publicznym i pozostałymi podmiotami wskazanymi w § 19 art. 115 k.k. – także taka osoba, która jest zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, w tym zwłaszcza takiej, która zarządza majątkiem publicznym, z wyjątkiem tych osób, które w takiej jednostce pełnią wyłącznie czynności usługowe.

⁶ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 listopada 1993 r., I KZP 18/93.

⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 6 października 2005 r., II Aka 195/05, OSA 2006, nr 1, poz. 2.

Na odmiennym biegunie stanęła natomiast doktryna, gdzie przeważają głosy sprzeciwiające się zaliczeniu *in genere* do katalogu osób pełniących funkcje publiczną nie tylko członka zarządu jednoosobowej Spółki Skarbu Państwa, lecz również dyrektora przedsiębiorstwa państwowego⁸. Głównym argumentem dla oponentów przyjętego w orzecznictwie stanowiska jest okoliczność, że mienie Skarbu Państwa przekazane do dyspozycji przedsiębiorstwa państwowego oraz mienie Skarbu Państwa stanowiące kapitał zakładowy spółki z udziałem Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego nie wchodzi w zakres definicji legalnej „środki publiczne” określonej w ustawach o finansach publicznych (art. 3 ustawy z 26 listopada 1998 r., art. 5 ustawy z 30 czerwca 2005 r., art. 5 ustawy z 27 sierpnia 2009 r.). Ponadto z kategorii jednostek sektora finansów publicznych wyłączone są przedsiębiorstwa, banki i spółki prawa handlowego.

Ze stanowiskiem wyżej zaprezentowanym zgadzają się autorzy niniejszego opracowania. Oceniając normatywny skutek wprowadzenia nowelą z 13 czerwca 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 28 czerwca 2003 r. Nr 111 poz. 1061) w art. 115 § 19 definicji ustawowej pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” należy zwrócić uwagę na dwa elementy.

Po pierwsze, zamieszczenie w tzw. słowniczku wyrażeń ustawowych obowiązującej w obszarze prawa karnego definicji tego terminu sprawia, że odrywa się ona od regulacji i sformułowań zawartych w innych ustawach, a tym samym dezaktualizować się muszą stwierdzenia odwołujące się do katalogu podmiotów wymienionych w ustawie z 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne. Możliwość powołania uregulowań innych aktów prawnych dla interpretacji analizowanego pojęcia pojawia się jedynie wobec konieczności bliższego sprecyzowania sformułowania „dysponowanie środkami publicznymi”.

⁸ Zob. P. Kardas, *Zatrudnienie w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi jako ustawowe kryterium wyznaczające zakres znaczeniowy pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”*. Rozważania na tle modeli interpretacyjnych prezentowanych w piśmiennictwie karnistycznym oraz w orzecznictwie Sądu Najwyższego, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, 2005, z. 1, s. 37–38; J. Majewski, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2008.

W tym zakresie konieczne staje się odwołanie do ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, jako aktu podstawowego w tej materii. Jedna z dyrektyw wykładni językowej przyjmuje bowiem, że jeśli jakieś pojęcie jest zdefiniowane w przepisach prawnych to wówczas ustawodawca posługuje się nim konsekwentnie we wszystkich gałęziach prawa w tym właśnie znaczeniu⁹. Przepis art. 5 u.f.p. zawiera definicję legalną pojęcia „środki publiczne”. W jej zakresie nie mieści się mienie Skarbu Państwa przekazane do dyspozycji przedsiębiorstwa państwowego oraz stanowiące kapitał zakładowy spółki handlowej z udziałem Skarbu Państwa. Nie można zatem podzielić poglądu wyrażonego przez O. Górniok, która stwierdziła, że termin „środki publiczne” może być w kontekście prawa karnego modyfikowany ze względu na zadania, jakie w nim pełni, oraz że obejmuje on zarówno środki o takim charakterze wchodzące w skład majątku danej jednostki, jak i wszelkie inne środki publiczne, z których jednostka ta z różnych tytułów korzysta¹⁰. Taka interpretacja, pomimo swojej oryginalności, pozostaje w całkowitym oderwaniu od realiów obowiązującego prawa i zasad wykładni jego norm. Za nadaniem pojęciu „środki publiczne” na gruncie prawa karnego rozumienia zgodnego z definicją zawartą w u.f.p. przemawia argument o konieczności zapewnienia spójności całemu systemowi prawnemu. Kodeks karny nie wypracował własnej definicji w tym zakresie. Należy zatem poszukać jej w innych aktach prawnych. Biorąc pod uwagę fakt, że zarówno kodeks karny, jak i ustawa o finansach publicznych należą do prawa publicznego, powołanie tej ostatniej dla wyjaśnienia terminu „środki publiczne” wydaje się tym bardziej uzasadnione. Ponadto cechą prawa karnego jest jego subsydiarność wobec innych gałęzi prawa. Stosowanie zatem definicji zawartych w przepisach prawa finansowego jest nie tylko możliwe, ale z uwagi na powołaną zasadę wręcz konieczne. Należy przy tym zwrócić uwagę, że rozszerzająca wykładnia zaproponowana przez O. Górniok pozostaje w opozycji do założeń, na których opiera się Kodeks karny. A. Zoll wyjaśnia, iż „ich zmiana w stosunku do okresu poprze-

⁹ L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów*, Toruń 2002, s. 116.

¹⁰ O. Górniok, [w:] O. Górniok (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 393.

dzającego 1989 r. polega w dużym stopniu na zmianie postrzegania państwa i jego agend. Na pierwszy plan wysunięta została służebna funkcja państwa w stosunku do jego obywateli (...) Nie ma powodu, ażeby na równi z instytucjami państwowymi chronić przedsiębiorstwa państwowe, spółdzielnie lub organizacje społeczne. Kodeks wyraźnie oddziela od siebie sferę władzy publicznej i sferę gospodarczą”¹¹.

Po drugie, elementem konstytutywnym pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” jest w świetle art. 115 § 19 zatrudnienie w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, nie zaś zarządzanie działalnością gospodarczą opartą na mieniu państwowym. Dysponowanie środkami publicznymi należy przy tym rozumieć jako możliwość decydowania o przeznaczeniu tych środków oraz sposobie ich wykorzystywaniu 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. Zatem brak jest – co do zasady – podstaw do uznania, że osoba zatrudniona w spółce handlowej z udziałem Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego albo też w przedsiębiorstwie państwowym spełnia kryteria umożliwiające uznanie ją za osobę pełniącą funkcję publiczną w rozumieniu art. 115 § 19 k.k. Wymogi te są spełnione natomiast w wypadkach, gdy taka spółka lub przedsiębiorstwo otrzymuje dotacje pochodzące ze środków publicznych i służące do realizacji celu publicznego określonego w przepisach prawa publicznego.

Należy w tym miejscu nadmienić, że osoby pełniące funkcję kierowniczą w podmiotach, za których pośrednictwem państwo (jako Skarb Państwa) lub jednostka samorządu terytorialnego prowadzi działalność gospodarczą nie mogą być również traktowane jako funkcjonariusze publiczni na podstawie art. 115 § 13 pkt 4 i 6 k.k.¹² Przepisy te wiążą status funkcjonariusza publicznego z: zatrudnieniem w organie administracji rządowej, innym organie państwowym lub samorządu terytorialnego oraz zajmowaniem stanowiska kierowniczego w innej

¹¹ A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do kodeksu karnego*, t. 2, Kraków 1999, s. 706.

¹² Odmienne M. Surkont, *Łapownictwo*, Sopot 1999, s. 46; skoro zalicza on do kręgu funkcjonariuszy publicznych dyrektora przedsiębiorstwa państwowego.

instytucji państwowej. O ile dwa pierwszy zwrot nie budzi większych wątpliwości interpretacyjnych, o tyle już wyjaśnienie pozostałych wymaga uczynienia kilku uwag. Po pierwsze, pojęcie „organ państwowy” jest zakresowo węższe od pojęcia „instytucja państwowa”, jak i od pojęcia „państwowa jednostka organizacyjna”¹³. Stwierdzenie to wymaga zdecydowanego podkreślenia, gdyż w niektórych orzeczeniach sądów powszechnych, a nawet Sądu Najwyższego można dostrzec skłonność do nieuprawnionego „poszerzenia” zakresu wspomnianego terminu. Dla przykładu w uzasadnieniu wyroku z 18 maja 2004 r. Sąd Najwyższy założył, iż Polskie Koleje Państwowe są organem, o którym mowa w art. 115 § 13 pkt 4¹⁴. Organem państwowym, najogólniej określając, są osoby albo grupy osób powoływane na mocy prawa publicznego do wykonywania w danym państwie działań o charakterze władczym. Podstawą działań o takim charakterze jest stosunek zależności, podporządkowania państwu, na podstawie prawa publicznego, podmiotów do których odnosi się jego władza. Po drugie, termin „instytucja państwowa” jest węższy od terminu „państwowa jednostka organizacyjna”. Nie obejmuje on bowiem podmiotów, za których pośrednictwem państwo lub jednostki samorządu terytorialnego wykonują działalność gospodarczą. Warunkiem potraktowania danego podmiotu za instytucję państwową jest to, by realizowała ona określone funkcje władcze państwa.

W kontekście przedstawionych powyżej uwag można dojść do wniosku, że ustawowe kryteria przyjęte dla sprecyzowania kręgu desygnatów pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” nie są na tyle ostre, aby zagwarantować założone przez ustawodawcę cele – w szczególności zaś te, które związane są z wprowadzeniem na tyle precyzyjnej definicji, aby można było jednoznacznie określić sytuacje, w których dochodzi do naruszenia norm z rozdziału XIX k.k. J. Skorupka słusznie zwrócił uwagę, że owo pojęcie „nie łączy terminu »osoba pełniąca funkcję publiczną« z charakterem czynności wykonywanych przez daną osobę

¹³ J. Majewski, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, s. 1218.

¹⁴ WK 10/04, OSNKW 2004, z. 7–8, poz. 71.

i nie wymaga, aby czynności te miały charakter władczy”¹⁵. Taka konstrukcja normatywna powoduje, że odniesienie definicji z § 19 art. 115 do konkretnych przypadków pojawiających w praktyce niesie za sobą wiele wątpliwości. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której osoba zatrudniona na stanowisku kierowniczym w spółce dysponującej środkami publicznymi i prowadzącej działalność gospodarczą przyjmuje korzyść osobistą lub majątkową albo jej obietnicę w zamian za zachowanie mogące wyrządzić tej spółce szkodę albo za niedopuszczalną czynność preferencyjną. Niewątpliwie zachowanie to może być kwalifikowane jako podpadające pod przepis art. 228 § 1 k.k. (przyjęcie łapówki w związku z pełnieniem funkcji publicznej polegającej na dysponowaniu środkami publicznymi) oraz pod przepis art. 296a k.k. (penalizujący tzw. korupcję gospodarczą). Jak już bowiem zostało dostrzeżone, art. 115 § 19 pozwala na przyjęcie, że dla uzyskania przynależności publiczności funkcji wystarczy jedynie samo zatrudnienie w jednostce dysponującej środkami publicznymi. Nieistotna jest przy tym forma czy rodzaj działalności jednostki organizacyjnej, w której funkcje publiczne są pełnione. Może nią być nie tylko organ czy instytucja, ale wszystkie jednostki organizacyjne w tym uprawiające wyłącznie działalność gospodarczą, jeśli tylko dysponują środkami publicznymi. Z drugiej strony art. 296a k.k. nie zawęża zakresu jednostek organizacyjnych, prowadzących działalność gospodarczą z uwagi na źródło pochodzenia kapitału zakładowego (majątek prywatny, samorządowy czy też państwowy).

Podobne trudności rodzi sytuacja, w której funkcjonariusz publiczny zatrudniony w jednostce organizacyjnej, która oprócz realizowania zadań publicznych wykonuje także działalność na podstawie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, przekracza swoje uprawnienia lub nie dopełnia obowiązku. Tym razem w grę wchodzi przepisy art. 231 k.k. (nadużycie władzy przez funkcjonariusza publicznego) i 296 k.k. (nadużycie zaufania).

Konieczne zatem – z teoretycznego i praktycznego punktu widzenia – staje się rozgraniczenie ich zakresu zastosowania.

¹⁵ J. Skorupka, *Glosa do uchwały SN z dnia 28 marca 2002 r., I KZP 35/01*, OSP 2003, nr 1, poz. 7 K.

3. Przepięstwo nadużycia zaufania

Przepięstwo nadużycia zaufania naleŹy do grupy przepięstw gospodarczych. Zawarte jest ono w XXXVI rozdziale Kodeksu karnego, zatytułowanym „Przepięstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu”. Tytuł tego rozdziału moŹe wskazywać, Źe dobrem chronionym jest tutaj obrót gospodarczy. JednakŹe „obróć gospodarczy” to pojęcie ogólne i niebędać wartością samą w sobie¹⁶. Dlatego uznać naleŹy, Źe art. 296 k.k. chroni zasady prawidłowego obrotu gospodarczego, nadajac prawnokarną ochronę ponadindywidualnym interesom gospodarczym społeczeństwa¹⁷.

Określajac indywidualny przedmiot ochrony art. 296 k.k. naleŹy zwrócić uwagę na jego ściśle powiązanie z treścią przepisu. Kryminalizuje on wyrządzenie znacznej szkody majątkowej w związku z nadużyciem uprawnień lub niedopełnieniem obowiązków w zakresie zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą podmiotu gospodarczego, którym moŹe być „osoba fizyczna, prawna albo jednostka organizacyjna”. Dobrem prawnym, w zakresie indywidualnej ochrony są zatem majątkowe interesy podmiotu gospodarczego, w tym także podmiotów publicznych, jeŹeli występują one w takiej roli. Skupienie uwagi na przedmiocie ochrony jest uzasadnione faktem, Źe pełni on funkcję reguły interpretacyjnej, na podstawie której dokonywana jest wykładnia pozostałych znamion analizowanego przepięstwa. Dzięki niemu uzyskują one specyficzną cechę, pozwalającą na powiązanie ich z obrotem gospodarczym w taki sposób, Źe z jednej strony chronią ten obrót, a z drugiej zachowują zasadę określoności przepisu karnego (*nullum crimen sine lege certa*)¹⁸. W dalszej konsekwencji wyraŹne sprecyzowanie przedmiotu ochrony umoŹliwia rozpatrywanie zachowania się sprawcy w kontekście właściwego przepisu, to jest takiego, którego znamiona zostały faktycznie wyczerpane.

¹⁶ R. Zawłocki, *Przepięstwo niegospodarności. Przesłanki i elementy odpowiedzialności karnej z art. 296 k.k.*, Monitor Prawniczy, 2002, nr 21, s. 983.

¹⁷ P. Kardas, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2008.

¹⁸ R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 983.

Zakres ochrony, jaki statuuje analizowane uregulowanie, nie jest jednak tak oczywisty, jak to się może *prima facie* wydawać. W art. 296 k.k. posłużono się bowiem pojęciem „zajmowanie się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą”. Fragment ten dla przedstawicieli prawa karnego jest źródłem odmiennych interpretacji. Wskazuje się bowiem, że użycie spójnika „lub” może wskazywać na szerszy zakres ochrony na podstawie tego przepisu, nieograniczony wyłącznie do zapewnienia ochrony interesom przedsiębiorstw oraz ich właścicieli. Z drugiej zaś strony fakt umieszczenia art. 296 k.k. wśród przepisów grupujących przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu może sugerować ograniczenie jego zakresu zastosowania wyłącznie do ochrony interesów majątkowych profesjonalnych podmiotów, tzn. takich, które w ogólnym ujęciu prowadzą działalność gospodarczą. Ten ostatni pogląd wspiera dodatkowo fakt, że w poprzednich kodeksach karnych przestępstwo nadużycia zaufania znajdowało się w rozdziale „Przestępstwa przeciwko mieniu”, a obecny przepis znajduje się w rozdziale „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu”. Ponadto istnienie specjalnej regulacji karnoprawnej, stawiającej sobie za cel zapewnienie prawidłowych relacji między menedżerami (osobami zajmującymi się zawodowo zarządzaniem przedsiębiorstwem lub jego częścią), a właścicielami wymusza rzeczywistość gospodarczą. Częściej bowiem można zaobserwować zjawisko polegające na tym, że w związku z koniecznością profesjonalnego zarządzania właściciel przedsiębiorstwa jest zastępowany przez menedżera. Sam funktor „lub” może być natomiast traktowany jako odnoszący się do treści obowiązku sprawcy, a nie do typu podmiotu pokrzywdzonego. Obowiązek ten dotyczy przede wszystkim „zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą”. W świetle powyższego między zakresami pojęć „sprawy majątkowe” i „działalność gospodarcza” zachodzi stosunek zawierania się. Sprawy majątkowe podmiotu gospodarczego nie muszą bowiem odnosić się do czynności gospodarczych *sensu stricto*. Ich przedmiotem są dowolne czynności, które dotyczą majątku pokrzywdzonego. Zajmowanie się sprawami majątkowymi będzie obejmowało cały wachlarz działań faktycznych i prawnych dotyczących majątku mandanta, wyrażający się przede wszystkim w: wydawaniu dyspozycji związanych z bieżącym wykonywaniem praw

majątkowych przysługujących mocodawcy, podejmowaniem decyzji majątkowych, których skutki mogą lub mają wystąpić w przyszłości, zawieraniu odpowiednich czynności prawnych w imieniu mocodawcy¹⁹, wpływaniu na rozstrzygnięcie lub udzieleniu rady²⁰.

Powszechnie przyjmuje się, że na pojęcie „zajmowanie się sprawami majątkowymi” składają się dwa elementy, które muszą wstąpić łącznie: statyczny – przejawiający się w dbałości o zachowanie mienia oraz ochronie przed uszczerbkiem, oraz dynamiczny, który oznacza takie gospodarowanie, aby wartość powierzonego mienia wzrosła²¹. Dlatego też osoba, która ma za zadanie jedynie dbać o to, aby stan powierzonego jej mienia nie uległ pogorszeniu, nie jest osobą posiadającą walor osoby zajmującej się sprawami majątkowymi.

Obok zajmowania się sprawami majątkowymi przedmiotem kompetencji sprawcy przestępstwa z art. 296 k.k. może być jeszcze zajmowanie się działalnością gospodarczą innych podmiotów. Zgodnie z dominującym w piśmiennictwie stanowiskiem pojęcie „działalności gospodarczej” rozumiane jest zgodnie z definicją zawartą w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej²². W jej ujęciu immanentną cechą działalności gospodarczej jest wykonywanie jej w sposób zorganizowany i ciągły. Ciągłość jest rozumiana jako pewna powtarzalność, regularność aktów gospodarczych²³. Natomiast zorganizowanie działalności gospodarczej będzie się przejawiało w dwóch płaszczyznach: podjęcia czynności legalizujących działalność poprzez dokonanie zgłoszeń do odpowiednich organów oraz z drugiej strony, na prowadzeniu jej przy wykorzystaniu przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 55¹ k.c.²⁴

¹⁹ J. Skorupka, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 27 kwietnia 2001 r.*, I KZP 7/01, OSP 2002, z. 1, poz. 23.

²⁰ L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1936, s. 580.

²¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2001 r., I KZP 7/01, OSNKW 2001, nr 7–8, poz. 55.

²² Por. J. Skorupka, *Prawo...*, s. 77; J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2002, s. 551–552.

²³ M. Szydło, *Pojęcie działalności gospodarczej na tle nowej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, Przegląd Sądowy, 2005, nr 2, s. 56.

²⁴ *Ibidem*, s. 48–49.

Ponadto konieczne jest, aby działalność ta miała charakter zarobkowy. Pojęcie to należy rozumieć nie jako uzyskiwanie zarobku w rzeczywistości, ale jako towarzyszący prowadzącemu działalność zamiar, aby zysk wystąpił²⁵. Parokrotnie Sąd Najwyższy na tle przepisów prawa cywilnego wyrażał jednak pogląd, że działalność gospodarcza nie musi być nastawiona na osiągnięcie zysku, wystarczy bowiem, że jest ona oparta na zasadzie racjonalnego gospodarowania. W uchwale z 6 grudnia 1991 r.²⁶ stwierdzono, że „podstawową zasadą, której powinna być podporządkowana wszelka działalność gospodarcza, jest zasada racjonalnego gospodarowania, nazywana w skrócie zasadą gospodarności. W myśl tej zasady maksymalny stopień realizacji celu (tzw. zasada największego efektu) osiąga się postępując tak, aby przy danym stopniu realizacji celu użyć minimalnego nakładu środków (tzw. zasada najmniejszego nakładu środków, czyli oszczędność środków). W praktyce oznacza to, że wszelka działalność gospodarcza powinna być prowadzona »w sposób właściwy dobremu gospodarzowi«, a więc racjonalnie. Kwestia, czy podmioty prowadzące działalność gospodarczą zakładają osiąganie zysku, czyli nadwyżki wpływów nad wydatkami, czy tylko pokrywanie kosztów swojej działalności własnymi dochodami, łączy się z rodzajem realizowanych przez nie zadań i statutowo określonym celem prowadzonej działalności. Większość podmiotów gospodarczych prowadzi działalność obliczoną na osiągnięcie zysku, a więc w celach zarobkowych”. Interpretacja zaproponowana przez Sąd Najwyższy prowadzi do uznania, że działalność jednostek samorządu terytorialnego w sferze gospodarki komunalnej ma charakter działalności gospodarczej. Pogląd ten nie znalazł jednak szerszej aprobaty w doktrynie i orzecznictwie. Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 19 stycznia 2003 r.²⁷ uznał, że „zasadnicza odmienność między gospodarką komunalną a działalnością gospodarczą polega głównie na tym, że gospodarka komunalna nie ma celu zarobkowego. Musi się ona mieścić w ramach działalności komunalnej, a jej obligatoryjnym celem pozostaje wykonywanie zadań własnych gminy,

²⁵ M. Tarnawski, *Działalność gospodarcza w rozumieniu przepisów prawa cywilnego na tle orzecznictwa*, Glosa 2006, nr 2, poz. 38.

²⁶ III CZP 117/91, OSNC 1992, nr 5, poz. 65.

²⁷ SA/Gd 1968/02, OSS 2003, nr 4, poz. 105.

w tym zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty (zadań użyteczności publicznej). Gmina jest przede wszystkim organem władzy publicznej, przez co siłą rzeczy musi przejąć określone funkcje interwencyjne w gospodarce. Chodzi tu zwłaszcza o dziedziny działalności społecznie niezbędnej, w których podmioty prywatne nie są zainteresowane podjęciem działalności (np. brak opłacalności), o tworzenie nowych miejsc pracy, o podtrzymywanie lokalnych tradycji i lokalnych ośrodków aktywności gospodarczej i kulturalnej”. Komentując przytoczony wyrok należy zważyć, iż wykonywanie przez jednostki samorządowe zadań własnych może przybrać postać działalności o bardzo różnym charakterze. Z jednej strony może to być działalność o charakterze typowo gospodarczym, polegająca na uczestnictwie danej jednostki w rynkowej wymianie dóbr i usług, realizowana w formach prawa prywatnego. Z drugiej zaś strony wykonywanie przez gminę, powiat czy województwo zadań własnych również może przyjąć postać działalności o charakterze *stricte* administracyjnym, dokonywanej w formach prawa administracyjnego i niezwiązanej w żadnym wypadku z występowaniem w obrocie gospodarczym. Ponadto należy zważyć na fakt, iż to, że gminy muszą wykonywać wszelką swoją działalność w celu zaspokajania potrzeb wspólnoty samorządowej, nie wyklucza wcale możliwości równoczesnego prowadzenia tej działalności – tak jak wymaga tego definicja z ustawy swobodzie działalności gospodarczej – w celu zarobkowym.

Również państwo uczestniczy nadal w sposób bezpośredni w gospodarce rynkowej, tworząc podmioty gospodarcze i wyposażając je w majątek, stanowiący własność Skarbu Państwa. Ich podstawową formą prawną są przedsiębiorstwa państwowe oraz spółki z udziałem Skarbu Państwa.

Zatem o działalności gospodarczej na gruncie art. 296 k.k. można mówić w przypadku czynności podejmowanych przez osoby pełniące funkcje publiczną, reprezentujących interesy państwa lub instytucji komunalnych, jeżeli występują one jako podmioty gospodarcze, równoprawne z innymi uczestnikami obrotu gospodarczego.

W kontekście wyżej poczynionych uwag należy stwierdzić, że do kręgu podmiotów chronionych przez art. 296 k.k. należą także Skarb Państwa i jednostki samorządu terytorialnego (jako osoby

prawne). Jak już to zostało dostrzeżone, w sytuacji, kiedy spółka z udziałem Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego albo też przedsiębiorstwo państwowe uzyskują środki publiczne w rozumieniu ustawy o finansach publicznych, w postaci subwencji lub dotacji, to osoby zatrudnione w takich podmiotach (z wyjątkiem pełniących wyłącznie funkcje wyłącznie usługowe) posiadają przymiot osób pełniących funkcje publiczne. W razie, gdy do ich kompetencji należy zajmowanie się prowadzeniem spraw majątkowych lub działalnością gospodarczą wskazanych podmiotów gospodarczych i dopuszczają się przy tym nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków, czym zostaje wyrządzona znaczna szkoda majątkowa podmiotowi reprezentowanemu, ich zachowania kwalifikowane zostają na podstawie art. 296 k.k. Nie zawsze będzie to jednak zabieg prawidłowy. Istnieją bowiem przypadki, gdy zamach dotyczyć będzie środków publicznych lub szerzej: zasad prawidłowego gospodarowania tymi środkami. W konsekwencji zachowanie sprawcy godzić będzie w zasady prawidłowego funkcjonowania instytucji państwowych lub samorządowych, które realizują określone cele publiczne, za pośrednictwem jednostek, którym przekazywane są środki publiczne. Dzieje się tak, gdy osoba mająca cechę podmiotu przestępstwa nadużycia zaufania, na mocy konkretnej ustawy lub indywidualnego aktu administracyjnego wydanego na podstawie takiej ustawy dysponuje środkami publicznymi. Dokonując określonej ich redystrybucji, wykonuje w tym właśnie zakresie władcze publicznoprawne uprawnienia poniekąd „w imieniu” i „w umocowanym zastępstwie” organów instytucji państwowej lub samorządu terytorialnego. Dokonując zatem takiej redystrybucji w okolicznościach kwalifikowanych jako nadużycie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków, narusza dobro prawne, jakim jest – posługując się ogólnym sformułowaniem – prawidłowość publicznego obrotu w państwie i „czystość” decyzji publicznoprawnych. Takie zachowanie nie podpada pod przepis art. 231 k.k., penalizujący nadużycie władzy, gdyż ma on zastosowanie wyłącznie wtedy, gdy podmiotem sprawczym jest funkcjonariusz publiczny. Niewątpliwie jednak w analizowanym przypadku wchodzi w grę odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Analizując zagadnienie odpowiedzialności osób pełniących funkcje publiczną za przestępstwo nadużycia zaufania nie można pominąć bardzo doniosłego teoretycznie i praktycznie problemu relacji między art. 296 k.k. a wspomnianym już art. 231 k.k. Częste okazje do konkurowania między powołanymi przepisami wywołuje głównie fakt, że instytucje państwowe lub samorządu terytorialnego występują obecnie często jako podmioty gospodarcze. Przykładem może być działalność wojewódzkich ośrodków ruchu drogowego. Mają one status wojewódzkich samorządowych osób prawnych, powołanych do realizacji zadań publicznych, określonych m.in. ustawą Prawo o ruchu drogowym. WORD-y prowadzą również działalność komercyjną, organizując szkolenia i kursy doszkalać. W tym zakresie działa jako jeden z konkurencyjnych ośrodków szkolenia kierowców, występujących na rynku gospodarczym. Jeżeli dyrektor WORD-u, pozostający w prawnej kategorii osób pełniących funkcje publiczną, a mówiąc ściślej: funkcjonariuszy publicznych, przekroczy swoje uprawnienia lub nie dopełni obowiązków – jego zachowanie można na wstępie rozważać na podstawie art. 231 i 296 k.k. Zaproponowana wykładnia poszczególnych znamion przestępstwa karalnej niegospodarności, przy uwzględnieniu przedmiotu ochrony każdego z wchodzących w grę przepisów, prowadzi jednak do wykluczenia stosunku krzyżowania się ich zakresów zastosowania, a zatem także do ich ewentualnego, chociażby niewłaściwego zbiegu.

Wniosek taki znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Najwyższego z 2 czerwca 2009 r.²⁸, w którym stwierdzono, 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 przez funkcjonariusza publicznego w innej sferze działalności instytucji państwowych 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. naduży-

²⁸ IV KK 11/09, LEX nr 512109.

cia władzy i podstawą penalizacji są wyłącznie przepisy art. 231 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 działalności gospodarczej jako podmiotów gospodarczych, wyrządzenie szkody majątkowej na skute nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków, stanowi przestępstwo tzw. nadużycia zaufania w obrocie gospodarczym z art. 296 k.k.” Stanowisko zajęte przez Sąd Najwyższy oparte jest na dwóch założeniach. Pierwsze sprowadza się do twierdzenia, że sfera *imperium* nie może obejmować decyzji dotyczących zajmowania się sprawami majątkowymi podmiotu gospodarczego. Drugie natomiast założenie jest takie, że dla rozróżnienia obu sfer konieczne staje się ustalenie, czy uprawnienia i obowiązki funkcjonariusza publicznego, a zatem także podejmowane przez niego decyzje, obejmują przysporzenie korzyści podmiotowi, w imieniu i na rzecz którego funkcjonariusz ten występował, czy też jedynie zachowanie majątku w stanie niepogorszonym. W ten sposób zakres zastosowania art. 296 k.k. ograniczony jest do funkcjonariuszy publicznych, podejmujących decyzje w imieniu i na rzecz podmiotu publicznego występującego w roli podmiotu gospodarczego. Natomiast art. 231 k.k. dotyczy wyłącznie sfery stosunków publicznoprawnych.

Takie rozumowanie pozostaje w zgodzie z założeniami aksjologicznymi, na których opiera się Kodeks karny. Sprowadzają się one do ograniczenia przedmiotu ochrony rozdziału XIX k.k. do działalności władzy publicznej i pozostawienia poza tymi granicami tej sfery aktywności jednostek organizacyjnych państwowych i samorządowych, która dotyczy działalności gospodarczej. Prawidłowość obrotu gospodarczego, opartego na zasadach wolnego rynku, chroniona jest przepisami zawartymi w rozdziale XXXVI k.k.

4. Korupcja w obrocie gospodarczym

Nowelą z 13 czerwca 2003 r. został dodany do Kodeksu karnego art. 296a, określający tzw. korupcję gospodarczą. Tym samym zainte-

resowaniem ustawodawcy zostały objęte wszelkie akty przekupstwa i sprzedajności, których celem jest osiągnięcie przewagi konkurencyjnej²⁹. Korupcja gospodarcza godzi zatem w podstawową zasadę wolnego rynku, którą jest wolna konkurencja, a w dalszej kolejności powstrzymuje rozwój gospodarczy oraz zagraża właściwemu funkcjonowaniu mechanizmów rynkowych³⁰.

Sama konstrukcja art. 296a k.k. nie stanowi powtórzenia konstrukcji przepisów art. 228–229 k.k. Klasyczny schemat przekupstwa został tutaj zmodyfikowany w dwóch kierunkach. Po pierwsze, przez ograniczenie podmiotowo-przedmiotowe, indywidualizujące podmiot łapownictwa biernego, a jednocześnie uzależniające karalność przyjęcia przez ten podmiot korzyści albo jej obietnicy od uczynienia tego w zamian za zachowanie sprzeczne z interesem firmy lub obowiązującymi normami gospodarczymi. Po drugie, poprzez rozszerzenie kryminalizacji na stosunki „zewnątrzne” między wskazanym podmiotem i konsumentem, w których tzw. łapówka jest niedopuszczalną gratyfikacją³¹. Wskazane cechy różnicujące poszczególne postacie korupcji odzwierciedlają się w poszczególnych znamionach przestępstwa z art. 296a § 1 k.k.

Ustawa wymaga, aby podmiotem omawianego typu czynu zabronionego była osoba pełniąca funkcję kierowniczą w jednostce organizacyjnej wykonującej działalność gospodarczą lub pozostająca z taką jednostką w stosunku pracy, umowy zlecenia lub umowy o dzieło. Analiza znamion strony przedmiotowej pozwala na wyciągnięcie wniosku, że sprawcę musi charakteryzować posiadanie faktycznego wpływu na działalność jednostki organizacyjnej. Tylko wtedy będzie on bowiem mógł zrealizować czynność sprawczą, polegającą na żądaniu korzyści majątkowej lub osobistej, przyjęciu takiej korzyści czy też przyjęciu obietnicy korzyści majątkowej lub osobistej „w zamian” za ekwiwalentne zachowanie sprowadzające się do nadużycia udzielonych mu

²⁹ O. Górniok, *O korupcji gospodarczej i niektórych sposobach jej zwalczania*, PUG, 1995, nr 1, s. 6.

³⁰ J. Skorupka, *Przestępstwo korupcji gospodarczej z art. 296a k.k.*, Palestra, 2005, nr 5, s. 47.

³¹ R. Zawłocki, [w:] A. Wąsek R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 222–316*, t. 2, Warszawa 2010, s. 1331.

uprawnień lub niedopełnienia ciążącego na nim obowiązku, mogące wyrządzić szkodę majątkową jednostce gospodarczej lub też przyjmujące postać czynu nieuczciwej konkurencji czy niedopuszczalnej czynności preferencyjnej na rzecz odbiorcy towaru, usługi lub świadczenia. Wszystkie wskazane okoliczności realizacji czynności sprawczej nadają łąpówce specyficzne znaczenie, związane są z działaniem sprzecznym z interesem przedsiębiorstwa³². Przy czym art. 296a § 1 k.k. nie wymaga, aby sprawca rzeczywiście zrealizował którąkolwiek z czynności stanowiących ekwiwalent łąpówki. Do popełnienia przestępstwa dojdzie już w momencie przyjęcia łąpówki lub jej obietnicy.

Potencjalne nadużycie udzielonych sprawcy uprawnień lub niedopełnienie obowiązków musi mieć charakter potencjalnie szkodliwy majątkowo dla jednostki gospodarczej. Oceny, czy zachowanie mogło wyrządzić szkodę, dokonuje się według kryteriów obiektywnych³³.

Dwa kolejne rodzaje zachowania sprawcy przestępstwa z art. 296a § 1 k.k. (czyn nieuczciwej konkurencji, niedopuszczalna czynność preferencyjna na rzecz nabywcy lub odbiorcy towaru, usługi lub świadczenia) nie wymagają następstw w postaci możliwości wyrządzenia szkody. Do poniesienia odpowiedzialności karnej w tych przypadkach wystarczy samo przyjęcie łąpówki lub jej obietnicy w zamian za zachowanie stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji lub niedopuszczalną czynność preferencyjną odnoszącą się do podmiotów „zewnętrznych”, w stosunku do przedsiębiorstwa sprawcy.

Czyn nieuczciwej konkurencji należy rozumieć ściśle jako jedno z zachowań wskazanych w art. 3 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wylczenie tych czynów nie jest wyczerpujące, na co wskazuje użyty we wskazanym uregulowaniu zwrot „w szczególności”.

Wobec braku normatywnych kryteriów wyznaczających kolejny przedmiot czynności wykonawczej – niedopuszczalną czynność preferencyjną – należy poświęcić jej więcej uwagi. Wydaje się, że niedopuszczalną czynnością preferencyjną będzie jakiegokolwiek zachowanie

³² *Ibidem*.

³³ R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji gospodarczej*, Prokuratura i Prawo, 2004, nr 3, s. 50.

niedozwolone, a zatem takie, które można określić jako nieuczciwe, nierzetelne, przynoszące korzyść dla innego podmiotu kosztem przedsiębiorstwa reprezentowanego przez menedżera. Tytułem przykładu można powołać wybór niekorzystnej oferty czy też sprzedaż towarów handlowych z odroczonym terminem płatności dla kontrahenta, który jest niewypłacalny.

Tak określone znamiona konstruujące typ przestępstwa wyraźnie korespondują z jego przedmiotem ochrony. Przepis art. 296a k.k. udziela ochrony prawnej temu samemu rodzajowemu i indywidualnemu dobru prawnemu. Rodzajowym przedmiotem ochrony jest prawidłowe, a zatem niezakłócone nieuczciwymi i nierzetelnymi działaniami ze strony menedżerów funkcjonowanie obrotu gospodarczego³⁴. Podstawy prawidłowego obrotu gospodarczego odnoszą się do wolnej i równej działalności gospodarczej opartej na uczciwej konkurencji, dobrych obyczajach oraz słusznym interesach konsumentów. Natomiast indywidualnym (bezpośrednim) przedmiotem ochrony jest interes przedsiębiorstwa kierowanego przez menedżera.

Wydaje się, że wyżej ustalony przedmiot ochrony może odgrywać rolę reguły, na podstawie której dokonywane będzie rozgraniczenie sytuacji mieszczących się w dyspozycji przepisów art. 228 i 296a, które penalizują poszczególne rodzaje korupcji.

Autorzy niniejszego opracowania nie podzielają zatem poglądu wyrażonego przez J. Skorupkę, który uważa, że dla rozstrzygnięcia zasygnalizowanego problemu nie wystarcza interpretacja zorientowana na rodzajowy przedmiot ochrony powołanych uregulowań, albowiem „tytuł rozdziału XXIX k.k. nie jest dostosowany do treści art. 228 i 229 k.k., a art. 296a k.k. nie zawęża przedmiotu ochrony wyłącznie do obrotu gospodarczego”³⁵. Autor ten proponuje dla wyeliminowania wspomnianego problemu odmienną interpretację podmiotu przestępstwa art. 228 k.k., a zatem terminu „osoba pełniąca funkcję publiczną”, niż przedstawiona na początku artykułu. Według niego pożądanym byłby taki kierunek wykładni art. 115 § 19 k.k., który przyjmowałby, że dla uzyskania przynajmniej osoby pełniącej funkcję publiczną nie wystarcza

³⁴ *Ibidem*, s. 1333.

³⁵ J. Skorupka, *Prawo karne gospodarcze. Zarys wykładu*, Warszawa 2005, s. 89.

samo zatrudnienie w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi. Niezbędne jest spełnienie dalszej przesłanki w postaci treści czynności, w związku z którą korzyść lub jej obietnica została przyjęta. Czynność ta musi mieć związek z wydatkowaniem środków publicznych. W konsekwencji w tych sytuacjach, w których mamy do czynienia z dysponowaniem środkami publicznymi albo w których decyzje administracyjne są przesłanką legalnego prowadzenia działalności gospodarczej, zachowania korupcyjne należy poddać ocenie na podstawie art. 228 k.k. Natomiast gdy zachowanie danego sprawcy nie będzie miało związku z wydatkowaniem środków publicznych, należy dla jego oceny posłużyć się art. 296a § 1 k.k.³⁶ O ile sam wniosek sprowadzający się do twierdzenia, że wszelkie przejawy korupcji mające związek z czynnościami, których istotą jest wydatkowanie środków publicznych, powinny podlegać prawnej kwalifikacji na podstawie art. 228 k.k. zasługuje na akceptację, o tyle już przesłanki, które do niego doprowadziły, budzą wątpliwości. Nie można bowiem różnicować terminu „osoba pełniąca funkcję publiczną” w zależności od typu przestępstwa, w jakim pojawia takie określenie podmiotu sprawczego. Ustawodawca konstruując definicję legalną tego pojęcia przesądził o konieczności jednolitego posługiwania się nim na gruncie prawa karnego. Dla uzyskania przymiotu „osoby pełniącej funkcję publiczną” wystarczy – zgodnie z wykładnią literalną – sam formalny fakt zatrudnienia w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi.

Wydaje się, że posłużenie się dyrektywą interpretacyjną zorientowaną na przedmiot ochrony każdego z wchodzących w grę na tle konkretnego stanu faktycznego przepisów pozwala na ściśle wyznaczenie granicy między sferą stosunków publicznoprawnych a sferą prywatną, która jest związana z działalnością gospodarczą. Można przyjąć, że intencją ustawodawcy przy wprowadzeniu do polskiego porządku prawnego nowego typu przestępstwa było objęcie zakresem art. 296a k.k. wszystkich przejawów korupcji w obrocie gospodarczym. Osoby pełniące funkcję publiczną przyjmujące łapówkę powinny odpowiadać na podstawie tego przepisu, o ile czyn ten ma bezpośredni związek

³⁶ *Ibidem*, s. 90.

z prowadzoną działalnością gospodarczą, a zatem godzi przede wszystkim w zasady wolnej konkurencji. Dla bytu tego przestępstwa nie ma zaś znaczenia, czy działalność danego podmiotu oparta jest na kapitale prywatnym, czy też majątku państwowym lub samorządowym. Wszelkie inne przejawy korupcji, związane z dysponowaniem środkami publicznymi i tym samym stanowiące zamach na zasady prawidłowego funkcjonowania sfery publicznej, powinny podlegać ocenie prawnej na podstawie art. 228 k.k.

Reasumując, należy przyjąć, że zakresy zastosowania art. 228 i 296 nie pozostają w stosunku krzyżowania (wobec czego wykluczona jest kumulatywna kwalifikacja prawna), gdyż przyjęcie przez osobę pełniącą funkcję publiczną „łapówki” w związku z realizacją funkcji publicznej nie obejmuje zachowań naruszających ład gospodarczy. Korupcja w obrocie gospodarczym a korupcja urzędnicza to dwa odrębne przestępstwa, o odmiennych czynnościach wykonawczych (przyjęcie korzyści majątkowej w związku z pełnieniem funkcji publicznej, przyjęcie korzyści majątkowej w zamian za ekwiwalentne zachowanie szkodliwe majątkowo dla jednostki gospodarczej) i różnych przedmiotach ochrony.

5. Podsumowanie

W naszych warunkach gospodarczych stosunkowo często osoby należące do kategorii pełniących funkcje publiczne reprezentują interesy państwa lub samorządu terytorialnego jako podmiotów gospodarczych, równoprawnych z innymi uczestnikami obrotu gospodarczego. Osoba pełniąca funkcję publiczną występuje też w innych rolach państwa, wykonując określone ustawą zadania publiczne.

Skoro przedmiotem ochrony poszczególnych przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu są interesy majątkowe i działalność gospodarcza, to nie mieszczą się w ich zakresie funkcje władcze państwa lub innych instytucji publicznych.

Osoba pełniąca funkcję publiczną, która zajmując się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą państwa czy innej insty-

tucji publicznej jako podmiotu gospodarczego (np. kierujący przedsiębiorstwem państwowym) dopuści się przestępstwa nadużycia zaufania lub też sprzedajności, powinna ponosić odpowiedzialność tak jak każda inna osoba, której powierzono tego rodzaju cudze sprawy. Natomiast w sytuacji, gdy realizuje zadania publiczne, uczestnicząc tym samym w sprawowaniu imperium funkcji władczych przysługujących podmiotom państwowym lub samorządowym, podstawą penalizacji jej zachowania będą odpowiednie przepisy z rozdziału XXIX k.k.

Nie zasługują zatem na aprobatę te poglądy przedstawicieli doktryny, które przyjmują, że zakresy zastosowania art. 231 i 296 k.k. oraz 228 i 296a k.k. krzyżują się i wobec tego mamy do czynienia z właściwym zbiegiem przepisów ustawy, co oznacza, że kwalifikacja prawna czynu osoby pełniącej funkcję publiczną, który wypełnia jednocześnie znamiona powołanych przepisów powinna być kumulatywna³⁷. Taka interpretacja opiera się na nieporozumieniu, że zachowanie sprawcy podpadające pod wskazane wyżej przepisy zawsze będzie stanowiło zamach na dwa, odmienne przedmioty ochrony.

Zaproponowane rozwiązanie problemu rozgraniczenia zakresu zastosowania art. 231 i 296 k.k. oraz 228 i 296a k.k. zapobiega niebezpieczeństwu renacjonalizacji przestępczości gospodarczej poprzez nadanie zasadom prawidłowego obrotu gospodarczego ochrony karnej właściwej wyłącznie dla instytucji państwowych i samorządowych. Stosownie do podstawowych zasad gospodarki rynkowej interesy wszystkich uczestników obrotu gospodarczego powinny mieć równorzędną wartość i podlegać jednakowej ochronie.

³⁷ Por. R. Zawłocki, [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *op. cit.*, s. 1325 i 1347.