

POSTANOWIENIE Z DNIA 30 WRZEŚNIA 2010 R.

I KZP 16/10

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 ze 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 uprawnień i zadaniach gmin górniczych (Dz. U. Nr 162, poz. 1112 ze zm.), w zakresie zarządzania tą spółką i reprezentowania jej na zewnątrz, pełni funkcję publiczną w rozumieniu przepisów art. 228 k.k. i art. 229 k.k.

Przewodniczący: sędzia SN R. Malarski.

Sędziowie SN: T. Artymiuk (sprawozdawca), M. Laskowski.

Prokurator Prokuratury Generalnej: B. Mik.

Sąd Najwyższy w sprawie Wiesława K., Jerzego H. i Jacka W., po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu w dniu 30 września 2010 r. przekazanego na podstawie art. 441 § 1 k.p.k., postanowieniem Sądu Okręgowego w G. z dnia 24 czerwca 2010 r., zagadnienia prawnego wymagającego zasadniczej wykładni ustawy:

„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., ustalane być może wyłącznie w oparciu o kryterium środków publicznych oddanych w dyspozycję danej jednostki organizacyjnej, czy też konieczne jest nadto ustalenie, iż zachowanie danej osoby 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 ponadto czy przez jednostkę organizacyjną dysponującą środkami publicznymi w rozumieniu art. 115 § 19 k.k. należy rozumieć wyłącznie jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z dnia 24 września 2009 r.) i inne podmioty, którym powierzono administrowanie środkami publicznymi w rozumieniu tej ustawy, czy także podmioty gospodarcze powstałe w oparciu o majątek Skarbu Państwa?”

p o s t a n o w i ł odmówić podjęcia uchwały.

UZASADNIENIE

Przedstawione Sądowi Najwyższemu zagadnienie prawne wyłoniło się w następującym układzie procesowym.

Postanowieniem z dnia 8 lutego 2010 r., Sąd Rejonowy w R. umorzył – na mocy art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. – postępowanie karne przeciwko:

I. Wiesławowi K., oskarżonemu o to, że: „w nieustalonych dniach, w okresie od 1 lipca 1994 r. do 30 kwietnia 1998 r. w R., działając w krótkich odstępach czasu, z góry powziętym zamiarem, w związku z pełnieniem funkcji publicznej – jako członek zarządu „Spółki Węglowej” S.A. w R.

– realizując uprzednio zawarte, nieformalne porozumienie w zakresie warunków nabycia węgla przez „Agencję Handlową B. K. i spółka” sp. j., przyjął od Barbary K. korzyść majątkową znacznej wartości w kwocie co najmniej 420 000 zł. w ten sposób, że od wymienionej pobierał raz w miesiącu pieniądze w wysokości uzależnionej od ilości dostarczonego węgla na rzecz „Agencji Handlowej B. K. i spółka” sp. j., co łącznie stanowiło co najmniej 400 000 zł oraz pieniądze w kwocie stanowiącej procent wartości wierzytelności potrąconej w ramach zawartych porozumień kompensacyjnych, którego uczestnikami między innymi były „Spółka Węglowa” S.A. oraz „Agencja Handlowa B. K. i spółka” sp. j., co łącznie stanowiło co najmniej 20 000 zł” – tj. o popełnienie przestępstwa określonego w art. 228 § 5 k.k. w zw. z art. 12 k.k.;

II. Jerzemu H., oskarżonemu o to, że: „w nieustalonych dniach, w okresie od dnia 1 stycznia 1997 r. do dnia 31 grudnia 1998 r., działając w krótkich odstępach czasu, z góry powziętym zamiarem, w związku z pełnieniem funkcji publicznej – jako członek zarządu „Spółki Węglowej” S.A. w G. – realizując uprzednio zawarte, nieformalne porozumienie w zakresie warunków nabycia węgla na rzecz „Agencji Handlowej B. K. i spółka” sp. j., przyjął od Barbary K. korzyść majątkową znacznej wartości w kwocie co najmniej 150 000 zł, w ten sposób, że od wymienionej pobierał jeden raz w miesiącu w okresie do stycznia do grudnia 1997 r. pieniądze w kwocie co najmniej 10 000 zł oraz jeden raz w miesiącach od stycznia do grudnia 1998 r. pieniądze w wysokości co najmniej 5 000 zł” – tj. o popełnienie przestępstwa określonego w art. 228 § 5 k.k. w zw. z art. 12 k.k.;

III. Jackowi W., oskarżonemu o to, że: „w nieustalonych dniach, w okresie od 1 lipca 1994 r. do 31 grudnia 1998 r. w R., działając wspólnie i w porozumieniu z Barbarą K., w krótkich odstępach czasu i z góry powziętym zamiarem, udzielił korzyści majątkowej znacznej wartości w łącznej kwocie 580 000 zł osobom pełniącym funkcje publiczne w związku z wykonywa-

niem przez te osoby obowiązków członka zarządu „Spółki Węglowej” S.A. w R. oraz „Spółki Węglowej” S.A. w T. – realizując uprzednio zawarte, nieformalne porozumienia umożliwiające nabycie węgla przez „Agencję Handlową B. K. i spółka” sp. j., w ten sposób, że jako wspólnik „Agencji Handlowej B. K. i spółka” sp. j. pobierał z kasy spółki zaliczki pieniężne na poczet wypracowanego zysku, następnie przekazywał je Barbarze K. z zamiarem udzielenia tych pieniędzy osobom pełniącym funkcje publiczne, a także sam przekazywał pobrane z kasy spółki pieniądze, i tak:

- w okresie od 1 lipca 1994 r. do 30 kwietnia 1998 r., udzielił Wiesławowi K. – pełniącemu funkcję członka zarządu „Spółki Węglowej” S.A. – korzyść majątkową znacznej wartości w kwocie co najmniej 420 000 zł w ten sposób, że samodzielnie bądź za pośrednictwem innej ustalonej osoby, przekazał pieniądze w wysokości uzależnionej od ilości dostarczonego węgla na rzecz „Agencji Handlowej B. K. i spółka” sp. j., co łącznie stanowiło co najmniej 400 000 zł oraz pieniądze w kwocie stanowiącej procent wartości wierzytelności potrąconej w ramach zawartych porozumień kompensacyjnych, których uczestnikami między innymi były „Spółka Węglowa” S.A. oraz „Agencja Handlowa B. K.” sp. j., co łącznie stanowiło co najmniej 20 000 zł,

- w okresie od 1 stycznia 1997 r. do 31 grudnia 1998 r., udzielił Jerzemu H. – pełniącemu funkcję członka zarządu „Spółki Węglowej” S.A. – korzyść majątkową znacznej wartości w kwocie co najmniej 150 000 zł” – tj. o popełnienie przestępstwa określonego w art. 229 § 4 k.k. w zw. z art. 12 k.k.,

z uwagi na to, że zarzucone im czyny nie zawierają znamion czynu zabronionego.

Podstawą wydania – na posiedzeniu wyznaczonym w trybie art. 339 § 3 pkt 1 k.p.k. – wskazanego wyżej rozstrzygnięcia był wyrażony przez sąd *meriti* pogląd, według którego funkcja członka zarządu jednoosobowej

spółki Skarbu Państwa, a więc taka, jaką w inkryminowanym czasie pełnili Wiesław K. oraz Jerzy H., nie była funkcją publiczną w rozumieniu art. 228 § 5 k.k. Odwołując się szeroko w warstwie motywacyjnej do judykatów Sądu Najwyższego oraz stanowiska prezentowanego w tym przedmiocie przez niektórych przedstawicieli doktryny, Sąd Rejonowy wywiódł, że w wypadku oskarżonych nie zostały spełnione kryteria, wypracowane w orzecznictwie na gruncie stanu prawnego sprzed dnia 1 lipca 2003 r., pozwalające na uznanie danej osoby za podmiot przestępstwa łapownictwa biernego, stypizowanego w art. 228 k.k. W ocenie sądu *a quo* brak jest aktu normatywnego określającego publiczny charakter funkcji pełnionej przez Wiesława K. i Jerzego H., a nadto w odniesieniu do obu oskarżonych nie może być również mowy o realizowaniu tej funkcji z wykorzystaniem środków publicznych w rozumieniu art. 3 ustawy z dnia 26 lipca 1998 r. o finansach publicznych (Dz. U. 2003, Nr 15, poz. 148 ze zm.). Konsekwencją powyższego, stało się uznanie, że również czyn zarzucony Jackowi W. nie zawierał znamion czynu zabronionego z art. 229 § 4 k.k., gdyż nie zostało spełnione znamię określające czynność sprawczą, ze względu na brak u wskazanych w zarzucie osób stanowiących przedmiot oddziaływania, określonej przepisem art. 229 k.k. cechy – pełnienia funkcji publicznej. Wreszcie, odwołując się do wyrażonych w art. 1 § 1 k.k. zasad *nullum crimen, nulla poena sine lege* oraz *lex retro (severior) non agit*, Sąd Rejonowy odrzucił sugerowaną w uzasadnieniu aktu oskarżenia możliwość interpretacji znamienia „osoba pełniąca funkcję publiczną” przy uwzględnieniu definicji legalnej tego pojęcia zawartej w art. 115 § 19 k.k., który to przepis wszedł w życie w dniu 1 lipca 2003 r. na podstawie art. 1 pkt 3 lit. b ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 111, poz. 1061), a więc po dacie popełnienia przez oskarżonych zarzuconych im przez oskarżyciela publicznego czynów.

Postanowienie to w całości, na niekorzyść oskarżonych, zaskarżył Prokurator Okręgowy w K. Podnosząc zarzut obrazy prawa materialnego – art. 228 § 5 k.k. i art. 229 § 4 k.k. – polegający, jego zdaniem, na błędnej interpretacji znamienia kwalifikującego podmiot czynu zabronionego sankcjonowanego przepisem art. 228 § 5 k.k. oraz jednocześnie kwalifikującego osobę, stanowiącą przedmiot oddziaływania przestępstwa opisanego w art. 229 § 4 k.k., tj. pojęcia „osoby pełniącej funkcję publiczną”, i w konsekwencji wyrażenie nietrafnego poglądu, że oskarżeni Wiesław K. oraz Jerzy H. pełniąc funkcje członków zarządu w jednoosobowych spółkach Skarbu Państwa, nie byli osobami pełniącymi funkcję publiczną w rozumieniu powołanych przepisów, wniósł o uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu w R. do ponownego rozpoznania. W ocenie prokuratora, zarówno powołane w uzasadnieniu zażalenia orzecznictwo sądowe, jak i piśmiennictwo prawnicze, dostarczają argumentów świadczących o tym, że przyjęta w zaskarżonym postanowieniu wykładnia sformułowania „osoba pełniąca funkcję publiczną” jest nietrafna. Skarżący odwołał się m.in. do ustawowej definicji tego pojęcia zawartej obecnie w art. 115 § 19 k.p.k., konkludując, że oskarżeni posiadają przymiot osób pełniących funkcję publiczną już z racji samego zatrudnienia ich w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, do których należą nie tylko środki publiczne *sensu stricto*, w rozumieniu ustawy o finansach publicznych, ale również majątek jednoosobowych spółek Skarbu Państwa. Uzasadniając możliwość posiłkowania się, przy interpretacji art. 228 k.k. i art. 229 k.k., treścią art. 115 § 19 k.p.k. autor zażalenia powołał się z kolei na pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 kwietnia 2007 r., III KK 298/06, OSPiPr 2007, nr 12, poz. 5, zgodnie z którym definicja legalna zawarta w tym ostatnim przepisie, chociaż nieobowiązująca w poprzednim stanie prawnym, stanowi zbiorcze odbicie dotychczasowego dorobku judykatury w zakresie interpretacji spornego pojęcia. Skarżący

podjął wreszcie próbę naświetlenia szczególnej roli spółek górniczych, która wynika z faktu, że zajmują się one wydobywaniem kopaliny ze złóż zaliczanych do strategicznych zasobów naturalnych kraju, które z mocy art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. – Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. 2005, Nr 228, poz. 1947 ze zm.) stanowią własność Skarbu Państwa i stosownie do art. 2 ustawy z dnia 6 lipca 2001 r. o zachowaniu narodowego charakteru strategicznych zasobów naturalnych kraju (Dz. U. Nr 97, poz. 1051 ze zm.), nie podlegają przekształceniom własnościowym.

W odpowiedzi na zażalenie obrońca oskarżonego Jerzego H. (wcześniej przed rozpoznaniem sprawy przez Sąd Rejonowy na posiedzeniu w dniu 8 lutego 2010 r. obrońcy tego oskarżonego wnioskowali o umorzenie postępowania w oparciu o przepis art. 339 § 3 pkt 2 k.p.k. z uwagi na to, że Jerzy H. nie zajmował kierowniczego stanowiska w innej instytucji państwowej, nie był więc funkcjonariuszem publicznym w rozumieniu art. 115 § 13 pkt 6 k.k.) wniósł o utrzymanie w mocy zaskarżonego postanowienia. W ocenie autora przedmiotowego pisma słuszne jest stanowisko Sądu *a quo* odrzucające możliwość stosowania przy interpretacji pojęcia „osoby pełniącej funkcję publiczną”, nieobowiązującego – w okresie objętym zarzutami aktu oskarżenia – art. 115 § 19 k.k. Nadto, zdaniem obrony, środki wniesione przez Skarb Państwa do spółki handlowej tytułem pokrycia kapitału zakładowego tracą swój publiczny charakter, stając się majątkiem spółki, w związku z czym nie mogą być traktowane jako środki publiczne, zaś gospodarowanie tymi środkami – pozostającymi w dyspozycji spółki – nie ma miejsca na obszarze działalności publicznej i w celach publicznych, co przesądza o niepublicznym charakterze członka jej zarządu. Co więcej, uznanie członka zarządu jednoosobowej spółki Skarbu Państwa za osobę pełniącą funkcję publiczną nie jest, w jego ocenie, możliwe przez posłużenie się analogią do sytuacji dyrektora przedsiębiorstwa państwowego (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 października 2001 r., I KZP 9/01,

OSNKW 2001, z. 11-12, poz. 87), jako że w wypadku tego ostatniego publicznego charakter jego funkcji wynika z regulacji ustawowej określającej publiczny cel jego działania – tj. optymalne zarządzanie działalnością gospodarczą opartą o mienie państwowe – uwzględniający zadania określone w akcie o utworzeniu przedsiębiorstwa, bądź nałożone przez organ założycielski już w czasie działania przedsiębiorstwa. Autor odpowiedzi na zażalenie wykluczył również możliwość posiłkowania się, przy definiowaniu pojęcia „osoby pełniącej funkcję publiczną”, przepisami ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcję publiczną (Dz. U. Nr 106, poz. 679), jak również dopuszczalność ewentualnego zakwalifikowania czynu oskarżonego jako przestępstwa określonego w art. 296a § 1 k.k., a to ze względu na brak w opisie czynu wymaganych – *verba auctoris* – znamion kwalifikacyjnych.

Rozpoznając zażalenie oskarżyciela publicznego, Sąd Okręgowy w G. uznał, że w sprawie wyłoniło się zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy, które zawarł w pytaniu prawnym przytoczonym *in extenso* w części dyspozytywnej niniejszego postanowienia. Motywując, oparte o przepis art. 441 § 1 k.p.k., wystąpienie do Sądu Najwyższego sąd ten skoncentrował się w pierwszym rzędzie na przytoczeniu i skomentowaniu szeregu wypowiedzi judykatury i nauki prawa karnego, dotyczących interpretowanego wyrażenia. Nie ujawniając własnych zapatrywań w tym przedmiocie, sąd pytający ograniczył się do konstatacji, że przedstawione w uzasadnieniu postanowienia różnice interpretacyjne dotyczące zakresu definicyjnego znamienia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, oparte na rezultatach wykładni językowej i funkcjonalnej, stanowią wystarczający powód zwrócenia się o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego, co zresztą, jak zauważa, było już wcześniej – w kontekście konieczności dookreślenia pojęć użytych w definicji art. 115 § 19 k.k. – postulowane również w literaturze

przedmiotu (O. Górniok: Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2004, s. 394). W ocenie sądu, w zależności od przyjętego kryterium definicyjnego dotyczącego czy to władztwa publicznoprawnego, czy tylko i wyłącznie kryterium środków publicznych w rozumieniu ustawy o finansach publicznych, zachowania oskarżonych stają się prawnokarnie bądź relewantne, bądź irrelewantne.

Prokurator Prokuratury Generalnej w pisemnym wniosku wyraził stanowisko, że odniesienie się do wskazanej w postanowieniu Sądu Okręgowego w G. kwestii prawnej nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia przez Sąd odwoławczy poddanego kontroli instancyjnej środka odwoławczego, gdyż wydane w niniejszej sprawie orzeczenie sądu *meriti* dotknięte jest oczywistą obrazą prawa, w szczególności z uwagi na to, że nie uwzględnia realiów sprawy, co powoduje, iż sformułowane zagadnienie nabiera cech pytania o charakterze abstrakcyjnym, z którym wystąpić mogą jedynie podmioty wymienione w art. 60 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz. U. 2002, Nr 240, poz. 2052 ze zm.). Co więcej, możliwość skorzystania z instytucji określonej w art. 441 § 1 k.p.k. nie zwalnia – jak to wywodzi prokurator – sądu pytającego z obowiązku samodzielnej oceny realiów sprawy, w której wniesiono środek odwoławczy, czego w niniejszej sprawie zaniechano i w czym Sąd Najwyższy nie może sądu odwoławczego wyręczać. W tej sytuacji prokurator wniósł o odmowę podjęcia uchwały.

Rozpoznając przedstawione pytanie prawne, Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Nie można odmówić słuszności prokuratorowi Prokuratury Generalnej, który wskazał, że w niniejszej sprawie nie wystąpiły warunki do podjęcia uchwały.

Zgodnie z dyspozycją art. 441 § 1 k.p.k., sąd odwoławczy może wystąpić do Sądu Najwyższego o rozstrzygnięcie zagadnienia prawnego

wówczas, gdy wyłoni się ono przy rozpoznawaniu środka odwoławczego i wymaga zasadniczej wykładni ustawy.

W orzecznictwie konsekwentnie wskazuje się, że dla skutecznego wystąpienia z pytaniem – w oparciu o przepis art. 441 k.p.k. – konieczne jest, aby zagadnienie, którego dotyczy wystąpienie, nie tylko miało charakter „prawny” (a więc dotyczyło istotnego problemu interpretacyjnego, tj. takiego, który odnosi się do „przepisu rozbieżnie interpretowanego w praktyce sądowej lub przepisu o oczywiście wadliwej redakcji lub niejasno sformułowanego, umożliwiającego przeciwstawne interpretacje” – zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 1998 r., I KZP 16/98, OSNKW 1998, z. 11-12, poz. 48) oraz wymagało „zasadniczej wykładni ustawy” (wykładni dotyczącej „zagadnień ważnych, mających podstawowe znaczenie dla prawidłowego rozumienia i stosowania prawa” – zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 29 marca 2006 r., I KZP 58/05, Prok. i Pr. 2006, nr 6, poz. 4), lecz także by wyłoniło się "przy rozpoznawaniu środka odwoławczego". To ostatnie unormowanie determinuje nie tylko niezbędną istnienia związku takiego zagadnienia z konkretną sprawą, ale oznacza także i to, że rozstrzygnięcie zagadnienia musi mieć znaczenie dla samej sprawy pozostającej w gestii sądu odwoławczego, czyli – dla rozstrzygnięcia środka odwoławczego. Przedstawienie zagadnienia prawnego jest zatem ściśle związane z zakresem rozpoznania sprawy przez sąd odwoławczy, a ten ostatni wyznaczają realia procesowe konkretnej sprawy. *A contrario*, sąd odwoławczy rozpoznający środek odwoławczy, nie jest uprawniony do kierowania pytań o charakterze hipotetycznym, choćby nawet przedstawiane wątpliwości prawne były zasadne i dotyczyły istotnych problemów wykładni prawa, bowiem jego „wątpliwość” musi mieć przede wszystkim „zakotwiczenie” w ustaleniach faktycznych dokonanych w konkretnej sprawie, co w szczególności oznacza niedopuszczalność rozwiązywania w omawianym trybie abstrakcyjnych problemów interpretacyjnych,

jakie nasuwają się w związku z rozpoznawanym środkiem odwoławczym i tylko mogą, chociaż wcale nie muszą, przesądzać o treści orzeczenia sądu *ad quem* (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 września 2006 r., I KZP 20/06, OSNKW 2006, z. 10, poz. 89). Każdorazowo też u podstaw decyzji sądu odwoławczego o skorzystaniu z instytucji określonej w art. 441 § 1 k.p.k. muszą leżeć wątpliwości, których sąd ten samodzielnie nie potrafi wyjaśnić, ponieważ unormowanie to nie pozwala na występowanie do Sądu Najwyższego przez sąd odwoławczy z pytaniem o charakterze abstrakcyjnym, tak jak jest to możliwe w oparciu o art. 60 § 1 ustawy o Sądzie Najwyższym (por. m.in. postanowienia Sądu Najwyższego z 17 października 1996 r., I KZP 24/96, OSNKW 1997, z. 1-2, poz. 7 i z dnia 30 czerwca 2008 r., I KZP 14/08, LEX nr 398511) oraz nie służy zastępowaniu sądu odwoławczego przez Sąd Najwyższy w rozstrzyganiu kwestii natury faktycznej.

Ostatnia z wymienionych wyżej przesłanek, umożliwiających sądowi odwoławczemu zwrócenie się do Sądu Najwyższego w trybie art. 441 § 1 k.p.k., w niniejszej sprawie nie została spełniona, bowiem udzielenie odpowiedzi na pytanie, które wprawdzie sformułowane zostało przez sąd *ad quem* w związku z wniesionym zażaleniem, nie ma wszelako znaczenia dla rozstrzygnięcia tego środka odwoławczego i na obecnym etapie postępowania jest co najmniej przedwczesne. Pytanie to zatem, chociaż związane z samym zarzutem zażalenia prokuratora, oderwane wszelako od materii, która *in concreto* jest, a w zasadzie powinna być, przedmiotem rozpoznania w ramach prowadzonego postępowania odwoławczego, powoduje, że staje się ono pytaniem o charakterze abstrakcyjnym, a więc takim, które nie może być zadane w trybie art. 441 k.p.k.

Wątpliwość, której rozwiania spodziewa się Sąd Okręgowy w G., niewątpliwie nie pozostaje w związku ze sferą ustalonych w niniejszej sprawie faktów. Rzecz bowiem w tym, co trafnie zasygnalizowano w pi-

semnym wniosku prokuratora Prokuratury Generalnej, że Sąd *a quo*, którego orzeczenie poddane zostało kontroli instancyjnej, przeszedł nad tą sferą do porządku, ograniczając się do przytoczenia zarzutów aktu oskarżenia (nie dostrzegając nawet zawartych w nich błędów) i – pomimo obszerności wywodu – w rzeczywistości zdawkowego odniesienia swoich ocen prawnych do członków zarządu jednoosobowej spółki Skarbu Państwa *in genere*, których czyny nie wiązały się z dysponowaniem środkami publicznymi. Sąd ten wspomniał o faktach opisanych w akcie oskarżenia, a dotyczących czynów zarzuconych Wiesławowi K. i Jerzemu H. tylko marginalnie, przecząc przy tym możliwości przyjęcia, aby „w zakresie, jaki został objęty stawianymi obu oskarżonym zarzutami, dysponowali oni środkami pochodzącymi właśnie z tych dotacji” (uzasadnienie Sądu Rejonowego). Stanowi to oczywistą polemikę z tezami aktu oskarżenia, przy czym z treści uzasadnienia wydanego w trybie art. 339 § 3 pkt 1 k.p.k. postanowienia nie wynika, w oparciu o jakie to dowody, wobec nieprzeprowadzenia postępowania dowodowego, sąd *meriti* doszedł do powyższej konkluzji. Cechy i okoliczności indywidualizujące zarówno podmioty, pod których szyldem występowali oskarżeni Wiesław K. i Jerzy H., jak i konkretyzujące zachowania wszystkich sprawców, pozostały więc poza zakresem zainteresowania Sądu pierwszej instancji, zaś wymownym przykładem pobieżnego traktowania przez ten sąd faktów jest przyjęcie w pisemnych motywach jego rozstrzygnięcia, że czyn zarzucony Wiesławowi K. popełniony został pod rządami Kodeksu karnego z 1997 r., mimo że z samego zarzutu aktu oskarżenia wynika, iż czyn ten zakończył się w dniu 30 kwietnia 1998 r., a więc w czasie, gdy obowiązywał jeszcze Kodeks karny z 1969 r., czy też przeoczenie błędnego wskazania – w zarzucie II aktu oskarżenia – G., jako siedziby „Spółki Węglowej” S.A., w sytuacji gdy siedzibą tej spółki były bez wątplenia T., zaś w zarzucie III kwoty udzielonej korzyści majątkowej (jest 580 000 zł, gdy z prostego rachunku wynika, że było to 570 000 zł), acz-

kolwiek te dwie ostatnie kwestie, w kontekście orzeczenia merytorycznego w przedmiocie odpowiedzialności karnej oskarżonych, są na tym etapie postępowania, rzecz jasna, irrelewantne.

Trudno w tym stanie rzeczy odmówić racji prokuratorowi Prokuratury Generalnej, gdy w pisemnym stanowisku zauważa, że przy tak ustalonych przez sąd *a quo* – a więc w sposób błędny – faktach, nie istnieje możliwość rzetelnego odniesienia się przez Sąd odwoławczy, do zarzutu podniesionego w zażaleniu oskarżyciela publicznego i przesądzenia o odpowiedzialności karnej oskarżonych lub jej braku, skoro nie ma podstaw faktycznych do oceny, czy zachowanie oskarżonych wyczerpywało, czy też nie wyczerpywało znamion zarzuconych im w akcie oskarżenia przestępstw. Poza sporem pozostaje, że oparcia w faktach uznanych przez sąd *meriti* za udowodnione nie znajduje również sam zarzut stawiany w środku odwoławczym wniesionym przez prokuratora, a jednocześnie nie istnieje możliwość dokonania niezbędnych ustaleń faktycznych przez Sąd drugiej instancji w postępowaniu, w którym orzeczenie pierwszoinstancyjne zapadło bez przeprowadzenia dowodów, przeciwko czemu skarżący nie oponuje, chociaż powinien to uczynić.

Zaistniała więc sytuacja, w której postanowienie Sądu Rejonowego w R. dotknięte jest tak istotnymi wadami, m.in. w postaci naruszenia art. 92 k.p.k. i art. 94 § 1 pkt 3 k.p.k. (w konsekwencji tego również art. 339 § 3 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.), że w rezultacie uniemożliwia to w chwili obecnej przesądzenie przez sąd odwoławczy o odpowiedzialności karnej oskarżonych, w szczególności w kontekście podniesionego w zażaleniu zarzutu.

Sąd Najwyższy podziela także w całej rozciągłości stanowisko prokuratora Prokuratury Generalnej, o nadużyciu przez Sąd *a quo* trybu wstępnej kontroli oskarżenia, przewidzianego w art. 339 § 3 pkt 1 k.p.k. Umorzenie postępowania w tym trybie przed rozprawą, w oparciu o przepis art. 17

§ 1 pkt 2 k.p.k., może mieć miejsce jedynie wtedy, gdy z zebranego w postępowaniu przygotowawczym materiału dowodowego w sposób oczywisty wynika, że zarzucany oskarżonemu czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego. Takie orzeczenie opierać się więc musi na niebudzących wątpliwości materiałach postępowania przygotowawczego, zaś w sytuacji gdy zebrane dowody nie mają jednoznacznego wyrazu, gdy dokonanie trafnych ustaleń faktycznych, co do istotnych okoliczności czynu, wymaga gruntownego zbadania i wieloaspektowej krytycznej oceny materiału dowodowego, to oczywiste jest, że umorzenie postępowania na posiedzeniu przed rozprawą jest niedopuszczalne (por. postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 13 września 2005 r., V KK 143/05, R-OSNKW 2005, poz. 1650 i z dnia 14 czerwca 2010 r., IV KK 109/10, niepubl.). Co więcej, w ramach „wstępnej kontroli aktu oskarżenia” nie może być dokonywana w żadnej mierze ocena wiarygodności dowodów przedstawionych przez prokuratora na poparcie zarzutów aktu oskarżenia, gdyż wykracza to poza tryb przewidziany w przepisie art. 339 § 3 pkt 1 k.p.k.. Ocena taka może być wyrażona po przeprowadzeniu „pełnego postępowania” z konsekwencjami wskazanymi w art. 414 § 1 k.p.k. (zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 stycznia 2006 r., III KK 96/05, LEX nr 172192).

Tymczasem Sąd Rejonowy w R. nie tylko pominął, że fakty istotne z punktu widzenia odpowiedzialności karnej oskarżonych, nie są jednoznaczne, lecz wręcz podjął się oceny niektórych z nich (choćby w kwestii wykorzystywania dotacji udzielanych przez Skarb Państwa spółkom, w których funkcje członków zarządów pełnili Wiesław K. i Jerzy H.), wdając się w polemikę z motywami aktu oskarżenia.

Wszystko to sprawia, że dotknięte tego rodzaju obrazą prawa orzeczenie nie powinno się ostać, co – wobec błędnego sformułowania zarzutu przez oskarżyciela publicznego (w zażaleniu podniesiono wyłącznie obrazę prawa materialnego, w sytuacji gdy z zarzutem takim można wystąpić je-

dynie przy niespornych ustaleniach faktycznych) – obliguje Sąd *ad quem* do kontroli zaskarżonego orzeczenia pod kątem szerszym niż granice środka odwoławczego (art. 433 § 1 *in fine* k.p.k.), a w szczególności zbadania, czy w sprawie nie wystąpiła bezwzględna przyczyna odwoławcza określona w art. 440 k.p.k. w zw. z art. 434 § 1 zd. 2 *in fine* k.p.k. Z uwagi na kierunek środka odwoławczego (na niekorzyść) jest to możliwe (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 1 lutego 2008 r., V KK 244/07, LEX nr 376585; z dnia 15 października 2008 r., II KK 220/08, OPr i Pr 2009, nr 2, poz. 17; z dnia 19 sierpnia 2009 r., V KK 157/09, LEX nr 519634), zaś w realiach niniejszej sprawy wręcz konieczne, co zwalnia sąd odwoławczy od badania – jako bezprzedmiotowych – pozostałych jej aspektów, w szczególności zarzutu podniesionego w zażaleniu (art. 436 k.p.k.). Nie wydaje się też w tym wypadku konieczna dodatkowa wykładnia art. 440 k.p.k., a tylko ona *in concreto* mogłaby się stać przedmiotem wystąpienia Sądu Okręgowego w G. opartego o przepis art. 441 § 1 k.p.k.

W efekcie, konieczność wyjaśnienia wszystkich okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia o przedmiocie postępowania (czego Sąd Rejonowy zaniechał), może całkowicie zdezaktualizować potrzebę wykładni prawa materialnego, czyniąc wystąpienie w tej sprawie przez Sąd odwoławczy z pytaniem prawnym co najmniej przedwczesnym, o ile nie w ogóle bezprzedmiotowym (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2001 r., I KZP 6/01, LEX nr 47719).

Niezależnie od tego, że w świetle przeprowadzonych wyżej rozważań w niniejszej sprawie nie zaistniały warunki do podjęcia uchwały, w ocenie Sądu Najwyższego zachodzi jednak konieczność sformułowania, niejako na marginesie, kilku uwag dotyczących problematyki poruszonej przez Sąd *ad quem*, w szczególności w kontekście wskazań, jakich sąd ten powinien udzielić Sądowi pierwszej instancji co do dalszego toku postępowania (art. 442 § 3 k.p.k.). W wypadku uznania, że poddane kontroli instancyjnej orze-

czenie jest rażąco niesprawiedliwe i wymaga uchylenia w trybie art. 440 k.p.k., powstanie bowiem konieczność ukierunkowania sądu *meriti* na najistotniejsze kwestie dowodowe, które – po rozpoznaniu sprawy na rozprawie głównej – winny się stać elementem rozważań w przedmiocie odpowiedzialności karnej oskarżonych w zakresie czynów zarzuconych im w akcie oskarżenia.

Na wstępie tej części motywów niniejszego postanowienia zwrócić należy uwagę, że czyny, których popełnienie zarzucił oskarżyciel publiczny wszystkim oskarżonym, miały mieć miejsce przed dniem 1 lipca 2003 r., a więc przed datą wprowadzenia do porządku prawnego legalnej definicji „osoby pełniącej funkcję publiczną” – art. 115 § 19 k.k. (art. 1 pkt 3 lit. b oraz art. 6 powołanej ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r.). Co więcej, czyn zarzucony oskarżonemu Wiesławowi K., według aktu oskarżenia, popełniony został przed dniem 1 września 1998 r., a więc przed wejściem w życie ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (art. 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Przepisy wprowadzające Kodeks karny – Dz. U. Nr 88, poz. 554 ze zm.), co w pierwszym rzędzie wymaga poczynienia rozważań przez pryzmat art. 4 § 1 k.k.

Truizmem byłoby stwierdzenie, że w czasie obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 r., jak również w okresie poprzedzającym dodanie do art. 115 k.k. § 19, interpretacja pojęcia, które wzbudziło wątpliwość Sądu Okręgowego w G., pozostawiona została judykaturze i przechodziła stopniową ewolucję. Godzi się w tym miejscu zauważyć, że o ile w orzecznictwie ugruntował się pogląd, iż podmiotem przestępstwa stypizowanego w art. 239 d.k.k., a obecnie w art. 228 k.k., poza funkcjonariuszem publicznym, o którym była mowa w art. 120 § 11 d.k.k. (aktualnie w art. 115 § 13 k.k. przy zmienionym katalogu desygnatów) – pomimo wątpliwości wyrażanych w tym przedmiocie w piśmiennictwie na gruncie obu kodeksów (zob. W. Wolter: Odpowiedzialność karna osób pełniących funkcje publiczne, PiP 1969,

nr 6, s. 961 i nast.; tenże: Dwie wykładnie podmiotu przestępstw służbowych (w:) Problemy Prawa Karnego I, Prace naukowe Uniwersytetu Śląskiego nr 113, Katowice 1975, s. 43 i nast.; A. Zoll (w:) K. Buchała, A. Zoll: Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Kraków 1998, t. I, s. 637-638) – mogła być również inna osoba nie będąca funkcjonariuszem publicznym, gdy pełniła funkcję publiczną (zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 3 lipca 1970 r., VI KZP 27/70, OSNKW 1970, z. 9, poz. 98), o tyle w tymże orzecznictwie (również Sądu Najwyższego) nie wypracowano uniwersalnych kryteriów pozwalających na zaliczenie do tego ostatniego kręgu osób, które nie zostały *expressis verbis* wymienione w przepisach zawierających ustawowy katalog funkcjonariuszy publicznych, rozstrzygając pojawiające się problemy interpretacyjne w sposób kazuistyczny.

Nie zmienia to postaci rzeczy, że przez wiele lat na gruncie art. 239 d.k.k., dominował pogląd, iż pojęcie funkcji publicznej łączyć należy z charakterem czynności wykonywanych przez daną osobę, które powinny mieć władczy, decyzyjny i publiczny charakter. Pełnienie funkcji publicznej utożsamiano więc z realizacją tego rodzaju kompetencji, które polegały na sprawowaniu zarządu podejmowanego w sferze publicznej i wykonywaniu powinności ciążących na władzach publicznych. Zgodnie z powyższym założeniem, za osoby pełniące funkcje publiczne uznawano osoby, które – na podstawie przepisu ustawy lub decyzji uprawnionego organu – wykonywały zadania z zakresu administracji publicznej (rządowej lub samorządowej) lub też zostały desygnowane (choćby okresowo) do wykonywania określonych zadań przez organy władzy państwowej, administracyjnej lub samorządowej (zob.: uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 1976 r., VI KZP 32/75, OSNKW 1976, z. 6, poz. 72; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 grudnia 1982 r., III KR 182/82, OSNKW 1983, z. 9, poz. 73; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 grudnia 1985 r., VI KZP 48/85, LEX nr 22028; uchwała Sądu Najwyższego 26 kwietnia 1995 r.,

I KZP 6/95, OSNKW 1995, z. 7-8, poz. 41; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 1999 r., II KKN 346/97, OSNKW 2000, z. 1-2, poz. 10; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 14 lutego 2001 r., II AKa 252/00, Prok. i Pr. 2000, nr 1-2, poz. 10).

Również po wejściu w życie Kodeksu karnego z 1997 r., w którym art. 228 § 1 k.k. nadano identyczną treść jak poprzednio obowiązującemu art. 239 § 1 k.k., jako przesłankę niezbędną do stwierdzenia cechy pełnienia funkcji publicznej, zgodnie wskazywano na normatywne umocowanie takiej funkcji, zawarte w aktach prawnych rangi ustawowej, a nawet Konstytucji. Kryterium powyższe stało się więc podstawą uznania za osobę pełniącą funkcję publiczną:

1) ordynatora w publicznym zespole opieki zdrowotnej, w zakresie czynności związanych zarówno z administrowaniem, jak i udzielaniem świadczeń zdrowotnych wymienionych w art. 2 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza (Dz. U. 1997, Nr 28, poz. 152 ze zm.) oraz art. 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz. U. Nr 91, poz. 408 ze zm.) – uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2001 r., I KZP 5/01, OSNKW 2001, z. 9-10, poz. 71,

2) dyrektora przedsiębiorstwa państwowego, w zakresie zarządzania przedsiębiorstwem i reprezentowania go na zewnątrz (art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych – Dz. U. 1991, Nr 18, poz. 80 ze zm.) – powołana już uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 października 2001 r., I KZP 9/01,

3) prezesa zarządu spółdzielni mieszkaniowej, co do czynności wykonywanych na podstawie art. 55 § 1 ustawy z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze (Dz. U. 1995, Nr 54, poz. 288 ze zm.), które wiążą się z dysponowaniem środkami publicznymi, zdefiniowanymi w art. 2 pkt 7 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. 1998, Nr 119, poz. 773 ze zm.) w zw. z art. 3 ustawy z dnia 26 listopada 1998 r. o

finansach publicznych (Dz. U. Nr 155, poz. 1014 ze zm.) – uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2002 r., I KZP 35/01, OSNKW 2002, z. 5-6, poz. 29.

Ten kierunek interpretacyjny kontynuowany był – co do czynów popełnionych przed dniem 1 lipca 2003 r. – w kolejnych judykatach wydanych zarówno przed tą datą (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2002 r., IV KKN 570/99, OSNKW 2003, z. 1-2, poz. 10, w którym za osobę pełniącą funkcję publiczną uznano pracowników zakładu energetycznego, którzy dokonują kontroli legalności poboru energii bądź podejmują decyzje zmierzające do ściągnięcia należności od odbiorcy z mocy art. 57 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne – Dz. U. Nr 54, poz. 348 ze zm.), jak i po niej:

- postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2003 r., IV KK 265/02, OSNKW 2004, z. 2, poz. 17 – w odniesieniu do osoby dokonującej z upoważnienia przewoźnika, na podstawie art. 33a ustawy z dnia 15 listopada 1984 r. – Prawo przewozowe (Dz. U. 2000, Nr 50, poz. 601 ze zm.), kontroli dokumentów przewozu osób lub bagażu w środkach komunikacji publicznej należących do tego przewoźnika, utworzonego przez jednostkę samorządu terytorialnego w ramach prowadzonej gospodarki komunalnej w formie spółki prawa handlowego ze środków publicznych (środków, którymi jednostka ta pokryła udziały),

- postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 czerwca 2004 r., V KK 74/04, OSNKW 2004, z. 7-8, poz. 79 – co do zachowania nauczyciela akademickiego, związanego z wykonywaniem przez niego obowiązków, o jakich mowa w art. 99 ustawy z dnia 12 września 1990 r. o szkolnictwie wyższym (Dz. U. Nr 65, poz. 385 ze zm.) w zw. z art. 70 ust. 1 Konstytucji RP, z zauważeniem, że znaczna część rozważań zawartych w uzasadnieniu tego orzeczenia może mieć zastosowanie także w odniesieniu do nauczy-

cieli akademickich wyższych uczelni niemających statusu uczelni państwowych.

Lektura powołanych orzeczeń (a także wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 2002 r., V KKN 195/00, LEX nr 54415 – dotyczącego prezesa spółdzielni mieszkaniowej) nie pozostawia wątpliwości, że poza umocowaniem normatywnym pojawiła się w nich kolejna przesłanka określająca publiczny charakter pełnionej funkcji, jaką było działanie w oparciu o środki publiczne, przy różnym rozumieniu tego pojęcia. Dla orzekających w tych sprawach składów Sądu Najwyższego możliwość ustalenia, czy określona osoba pełni funkcję publiczną, wiązało się więc z koniecznością rozstrzygnięcia z jednej strony kwestii normatywnych podstaw działalności takiej osoby, zaś z drugiej stwierdzenia dysponowania przez nią – dla realizowania statutowych zadań – środkami publicznymi. Dopuszczono wszelako również możliwość przyjęcia publicznego charakteru pełnionej funkcji w wypadku braku po stronie określonego podmiotu kompetencji władczych (zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 października 2001 r., I KZP 9/01). Wspierając wywód argumentami natury systemowej i celowościowej, płynącymi z faktu zaliczenia dyrektora przedsiębiorstwa państwowego do kategorii osób pełniących funkcję publiczną przez art. 2 pkt 8 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (Dz. U. Nr 106, poz. 679 ze zm.), do czego doszło już po uchwaleniu nowego Kodeksu karnego, Sąd Najwyższy w powołanej uchwale uznał, że cecha publiczna funkcji dyrektora przedsiębiorstwa państwowego (pomimo tego, że nie dysponuje instrumentami władztwa publicznego) zawiera się w realizacji – poprzez zarządzanie przedsiębiorstwem w formach właściwych dla działalności gospodarczej – przedsięwzięć władczych organu założycielskiego.

Podsumowując tę część wyводу stwierdzić więc należy, że na gruncie stanu prawnego obowiązującego przed dniem 1 lipca 2003 r., określony

w orzecznictwie (wobec braku definicji ustawowej) zakres podmiotowy pojęcia „pełnienia funkcji publicznej”, o której mowa w art. 228 § 1 k.k. (do dnia 1 września 1998 r. w art. 239 § 1 k.k.), był szeroki i obejmował – poza osobami uznanymi z mocy przepisu ustawy (art. 120 § 11 k.k., a następnie art. 115 § 13 k.k. w brzmieniu przed nowelą z dnia 13 czerwca 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw) za funkcjonariuszy publicznych także osoby, co do których publiczny charakter ich funkcji wynikał, w konkretnym stanie faktycznym, po pierwsze z umocowania normatywnego, a po drugie zaś z działania w oparciu o środki publiczne, przy czym kryteria powyższe nie musiały występować łącznie, i nie wiązała się z dysponowaniem instrumentami władztwa publicznego.

Nie można przy tym nie zauważyć i tego, że również wśród zdefiniowanych funkcjonariuszy publicznych, z których każdy pełni przecież swoją funkcję z mocy ustawy lub Konstytucji i mógł być podmiotem przestępstwa określonego w art. 228 § 1 k.k. (art. 239 § 1 d.k.k.), zarówno w stanie prawnym przed, jak i po dniu 1 lipca 2003 r., nie wszyscy wyposażeni zostali w kompetencje władcze w określonym zakresie działalności publicznej, a jednocześnie w tym gronie znaleźć można także osoby, które w swojej działalności publicznej nie korzystają z jakichkolwiek środków publicznych, np.:

- funkcjonariusz publiczny w osobie urzędnika zatrudnionego w sądzie powszechnym lub wojskowym, czy też w powszechnej albo wojskowej jednostce prokuratury w oparciu o przepisy ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o pracownikach sądów i prokuratury (Dz. U. Nr 162, poz. 1125 ze zm.), który nie dysponuje kompetencjami władczymi, chociaż sądy i jednostki prokuratury są „innymi organami państwowymi” w ujęciu art. 115 § 13 pkt 4 k.k., i to funkcjonującymi na bazie środków publicznych,

- notariusz (art. 115 § 13 pkt 3 k.k.), którego *sui generis* władcza działalność (art. 1 § 1 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie

– Dz. U. 2008, Nr 189, poz. 1158 ze zm.) jest prowadzona poza strukturą organów władzy państwowej i opiera się wyłącznie na środkach własnych,

- adwokat, orzekający w przedmiocie odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokatów i aplikantów jako członek sądu dyscyplinarnego (art. 115 § 13 pkt 3 *in fine* k.k.), w granicach zakreślonych przepisami działu VIII ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz. U. 2009, Nr 146, poz. 1188 ze zm.),

- syndyk i zarządca, pomimo braku kompetencji władczych i jakiegokolwiek powiązania z dysponowaniem środkami publicznymi, stosownie do przepisów ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. 2009, Nr 175, poz. 1361 ze zm.), które to osoby figurują w katalogu funkcjonariuszy publicznych w związku z nowelizacją art. 115 § 13 pkt 3 k.k. dokonaną przepisem art. 22 ustawy z dnia 15 czerwca 2007 r. o licencji syndyka (Dz. U. Nr 123, poz. 850).

Powyższe zestawienie z jednej strony uzmysławia więc pokrewieństwo pomiędzy funkcją, jaką pełni funkcjonariusz publiczny, a tą jaką sprawuje inna osoba nie będąca takim funkcjonariuszem, która może ponieść odpowiedzialność karną za przestępstwo łapownictwa biernego lub być przedmiotem czynności łapownictwa czynnego, z drugiej zaś pozwala wykluczyć pogląd o niejednolitości w tym zakresie dotychczasowego orzecznictwa Sądu Najwyższego. Każda z powołanych wypowiedzi najwyższej instancji sądowej odnosiła się przecież do innego rodzaju aktywności w sferze publicznej, uwzględniającej stan faktyczny konkretnej sprawy, co nie pozwalało na sformułowanie jednej uniwersalnej definicji „osoby pełniącej funkcję publiczną”.

Ponadto, zestawienie to daje podstawę do odrzucenia tych wyartykułowanych w piśmiennictwie propozycji, aby wyrażenie „osoba pełniąca funkcję publiczną” odczytywać przez pryzmat definicji funkcjonariusza publicznego i w konsekwencji tego uznawać, że sprawcą przestępstwa

sprzedajności może być osoba wskazana w treści art. 115 § 13 k.k. oraz każda inna osoba wykazująca wspólną cechę podmiotów z powołanego przepisu, którą to cechą miałyby być pełnienie doniosłych społecznie funkcji w instytucjach państwowych lub samorządu terytorialnego, a więc działalność o charakterze władczym (R. Zawłocki: Osoba pełniąca funkcję publiczną jako sprawca przestępstwa łapownictwa biernego z art. 228 § 1 k.k., Mon. Praw. 2002, nr 10, s. 472 i nast.). Ten tok rozumowania nie uwzględnia wszakże, że tej wspólnej cechy nie da się przypisać chociażby notariuszowi i niektórym osobom orzekającym w organach dyscyplinarnych działających na podstawie ustawy – a więc podmiotom wymienionym w art. 115 § 13 k.k., a nadto opiera się na nieuzasadnionym przyznaniu normatywnego i przesądzającego znaczenia tytułowi rozdziału XXIX Kodeksu karnego, który to pogląd wypowiedziany został również w innych publikacjach (zob. M. Filar: Zakres pojęciowy znamienia pełnienie funkcji publicznej na gruncie art. 228 k.k., Palestra 2003, nr 7-8, s. 62 – 63; 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 orzecznictwie Sądu Najwyższego, CzPKiNP 2005, z. 1, s. 37 – 38). Stanowisko to spotkało się z zasadną i podzieloną przez ten skład Sądu Najwyższego, krytyką opartą na argumentacji generalizującej, wspartej wymownymi i bezdyskusyjnymi przykładami funkcji publicznych nie mających związku ani z funkcjonowaniem aparatu państwowego, ani samorządu terytorialnego (na marginesie nie wiążącymi się również z dysponowaniem środkami publicznymi), jakimi są funkcje: duchownego katolickiego (podobnie zresztą jak i duchownych innych, uznanych przez państwo polskie, kościołów), przed którym małżeństwo zawarte w formie przewidzianej przez prawo kanoniczne wywiera, zgodnie z art. 15a ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o sto-

sunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 29, poz. 154 ze zm.), takie same skutki, jak małżeństwo zawarte przed urzędnikiem stanu cywilnego, jeżeli spełnione zostały wymagania określone w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym (zob. A. Barczak-Oplustil (w:) A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiąkalski, P. Kardas, J. Raglewski, W. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll: Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Warszawa 2008, t. II, s. 965, 967 – 968), arbitra sądu polubownego (według przepisów Części piątej Kodeksu postępowania cywilnego dodanej przez art. 1 pkt 8 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego – Dz. U. Nr 178, poz. 1478), czy wreszcie biegłego sądowego działającego we własnym zakresie (zob. J. Majewski (w:) G. Bogdan, Z. Cwiąkalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll: Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Warszawa 2007, t. I, s. 1242).

Niejednorodność pojęcia „osoby pełniącej funkcję publiczną” znalazła swój wyraz również w definicji tego wyrażenia wprowadzonej do zawartego w art. 115 k.k. słownika wyrażeń ustawowych poprzez dodanie § 19 (powołany wcześniej art. 1 pkt 3 lit. b ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r.).

Na wstępie tego fragmentu rozważań odnieść należy się do zasygnalizowanej w postanowieniu Sądu Rejonowego w R. kwestii zakazu retroaktywności stosowania przepisu, który nie obowiązywał w czasie, który objęty został zarzutami postawionymi oskarżonym przez oskarżyciela publicznego. Prawdą jest, że w sytuacji, gdy konkretne zachowanie w określonym układzie faktycznym, normatywnym i aksjologicznym uznawane było, w związku z dokonywaną w takim układzie wykładnią regulacji prawnych, za zachowanie niepodlegające sankcji karnej, to zmiana tego kontekstu, w szczególności przez wprowadzenie nowego unormowania i związaną z tym unormowaniem nową wykładnią, uaktywnia zakaz wynikający z zasady konstytucyjnej określonej w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP, jak i z przepisu

art. 1 § 1 k.k., w takim zakresie, w jakim ten nowy kontekst faktyczny, normatywny i aksjologiczny spowodować może dla sprawcy negatywne skutki prawne, umożliwiając pociągnięcie go do odpowiedzialności karnej za coś, co sankcjonowane karnie nie było (W. Wróbel: Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym, Kraków 2003, s. 448 i nast.). Inaczej rzecz się ma jednak wówczas, gdy określone zachowanie jest penalizowane zarówno przez poprzednio, jak i aktualnie obowiązujące przepisy. W takim wypadku zakaz retroaktywnego działania przepisu oraz jego wykładni dotyczy wyłącznie tej sfery, w jakiej poszerzeniu uległby zakres penalizacji.

W przypadku art. 115 § 19 k.k. ta ostatnia sytuacja nie ma jednak miejsca. Zakres definicji „osoby pełniącej funkcję publiczną” wypracowany w orzecznictwie na gruncie stanu prawnego sprzed dnia 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, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy – Prawo bankowe, której towarzyszyła deklaracja projektodawców, że wprowadzie „propozycja zmierzająca do dodania w art. 115 k.k. nowego § 19 ma na celu wypełnienie dotychczasowej 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” (druk sejmowy nr 869, s. 18 – 19). Takie też stanowisko co do zakresu definicji zawartej w art. 115 § 19 k.k. wyraził już Sąd Najwyższy w powołanym, we wstępnej części niniejszego uzasadnienia, wyroku z dnia 18

kwietnia 2007 r., III KK 298/06, uznając, że stanowi ona 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. Pogląd ten należy podzielić.

W efekcie definicja ta (zawarta w art. 115 § 19 k.k.) potwierdziła, że „osobą pełniącą funkcję publiczną” jest nie tylko funkcjonariusz publiczny oraz członek organu samorządowego, a także osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznym (niewykonywająca wyłącznie czynności usługowych), lecz również – *lege non distiguate* – każda inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową.

Stylizacja tej definicji pozwala skonstatować, że ustawowe kryteria poczytania danej funkcji, pełnionej przez inną osobę niż funkcjonariusz publiczny, za publiczną – pomimo różnorodności kryteriów zaliczenia do kręgu definicyjnego funkcjonariusza publicznego lub osoby pełniacej funkcję publiczną – nie tylko nie oznaczają ich całkowitej rozbieżności, lecz wręcz przemawia za przyjęciem, że w obu wypadkach kryteria te mają podobny charakter. Ich cechą wspólną jest to, że umiejscawiają one wykonywanie danej funkcji nie w sferze prywatnej, lecz w szeroko rozumianej sferze publicznej (zob. L. Gardocki: Prawo karne, Warszawa 2006, s. 276).

Przenosząc poczynione wyżej uwagi na grunt niniejszej sprawy, zważyć należy, co następuje.

W dotychczas zapadłych orzeczeniach Sąd Najwyższy nie wypowiedział się *expressis verbis* w kwestii uznania za osobę pełniącą funkcję publiczną członka zarządu jednoosobowej spółki Skarbu Państwa, możliwości takiej jednak również nie zanegował. W szeregu judykatów wydanych na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat uznano m.in., że nowe warunki ustrojowe

we 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 (wskazana już wcześniej uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 1995 r., I KZP 6/95). Również, w powołanym w niniejszym uzasadnieniu postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2003 r., IV KK 265/02, charakter funkcji publicznej przyznano osobie zatrudnionej u przewoźnika, utworzonego w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, której jedynym udziałowcem była jednostka samorządu terytorialnego. Ewentualności uznania za osobę pełniącą funkcję publiczną zastępcy dyrektora do spraw ekonomicznych – głównego księgowego w przedsiębiorstwie komunikacyjnym będącym spółką akcyjną, nie wykluczył Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 listopada 2009 r., IV KK 141/09, LEX nr 553959. Wreszcie w wyroku z dnia 7 października 2009 r., IV KK 174/09, OSNKW 2010, z. 1, poz. 5, uchylając z innych powodów wyrok, którym uniewinniono oskarżonego od popełnienia czynu z art. 230 § 1 k.k., wskazano na konieczność rozważenia przy ponownym rozpoznaniu sprawy, czy konkretna kopalnia węgla kamiennego jest jednostką dysponującą środkami publicznymi w rozumieniu ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 ze zm.) oraz ustawy z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (Dz. U. 2007, Nr 59, poz. 404), a także czy przepisy art. 115 § 19 k.k. oraz art. 230 § 1 k.k. dotyczą wszelkich jednostek, które w swojej działalności wykorzystują środki publiczne, niezależnie od sposobu ich pozyskania.

Bardziej kategoryczne w swoich wypowiedziach okazały się sądy apelacyjne.

I tak, Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 6 października 2005 r., II AKa 195/05, OSA 2006, nr 1, poz. 2, 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”. W konsekwencji sąd ten uznał więc, 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 czynności wyłącznie usługowe.

Natomiast Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 12 marca 2008 r., II AKa 356/07, LEX nr 447045, odwołując się do pojęcia osoby pełniącej funkcję publiczną w rozumieniu art. 115 § 19 k.k., którą to cechę – zgodnie z zawartą w tym przepisie definicją – posiada osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, wyraził pogląd, iż „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 tego banku jest państwowa osoba prawna”.

Na odmiennym biegunie stanęło natomiast piśmiennictwo, w którym przeważały głosy sprzeciwiające się zaliczeniu do katalogu osób pełniących funkcję publiczną nie tylko członka zarządu jednoosobowej spółki Skarbu Państwa, lecz również dyrektora przedsiębiorstwa państwowego (zob. P. Kardas: *op. cit.*, s. 41 – 47, A. Barczak-Oplustil: *op. cit.*, s. 959 – 963, J. Majewski: *op. cit.*, s. 1241, J. Giezek (w:) J. Giezek, N. Kłaczyńska, G. Łabuda: Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, LEX 2007, teza 9 i nast.), aczkolwiek wyrażone zostały w nim również poglądy przeciwne

(zob. J. Skorupka: Ochrona interesów majątkowych Skarbu Państwa, Wrocław 2004, s. 71 i nast.).

Głównymi argumentami dla oponentów przyjętego w orzecznictwie stanowiska była i jest okoliczność, że mienie Skarbu Państwa przekazane do dyspozycji przedsiębiorstwa państwowego oraz stanowiące kapitał zakładowy spółki handlowej z udziałem Skarbu Państwa nie wchodzi w zakres definicji legalnej „środki publiczne” określonej w ustawach o finansach publicznych (art. 3 ustawy z dnia 26 listopada 1998 r. – Dz. U. 2003, Nr 15, poz. 148 ze zm., art. 5 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. – Dz. U. 2005, Nr 249, poz. 2104 ze zm., art. 5 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. – Dz. U. Nr 157, poz. 1240 ze zm.), a także wyłączenie z sektora finansów publicznych przepisami powołanych wyżej ustaw – odpowiednio: art. 5 pkt 11 *in fine*, art. 4 ust. 1 pkt 12 *in fine* i art. 9 pkt 14 *in fine* – przedsiębiorstw, banków i spółek prawa handlowego.

Z argumentacją tą nie można się jednak zgodzić. Słusznie zauważa bowiem w swoim stanowisku prokurator Prokuratury Generalnej, odwołując się m.in. do poglądów wyrażanych w literaturze przedmiotu (zob. O. Górniok (w:) M. Bojarski, M. Filar, W. Filipkowski, O. Górniok, S. Hoc, P. Hofmański, M. Katlinowski, 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 – 534; J. Bojarski, T. Oczkowski: Penalizacja korupcji gospodarczej w polskim prawie karnym, Prok. i Pr. 2004, nr 4, s. 86 – 88), że żadna z kolejno obowiązujących ustaw o finansach publicznych nie pretendowała do zdefiniowania wszystkich środków stanowiących własność Skarbu Państwa albo jednostek samorządu terytorialnego ani do unormowania każdego sposobu dysponowania tymi środkami, czego dowodzi chociażby całkowicie odrębna ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. 2010, Nr 102, poz. 651 ze zm.), określająca między innymi zasady gospodarowania

nieruchomościami stanowiącymi własność Skarbu Państwa oraz własność jednostek samorządu terytorialnego. Pominięcie wskazanej regulacji w ustawach o finansach publicznych nie skutkuje przecież, że poddane jej nieruchomości nie należą do szeroko rozumianych środków publicznych. Godzi się również przypomnieć, że przywołane definicje środków publicznych i sektora finansów publicznych zostały wprowadzone i pomyślane na użytek reżimu, który do dnia 31 grudnia 1998 r. (a w tym czasie zakończyły się już działania oskarżonych określone zarzutami aktu oskarżenia) był reżimem normatywnym noszącym nazwę prawa budżetowego, podlegającego unormowaniom ustawy z dnia 5 stycznia 1991 r. – Prawo budżetowe (Dz. U. 1993, Nr 72, poz. 344 ze zm.). Z powołanych względów przypisywanie tym definicjom uniwersalnego znaczenia nie jest możliwe, zaś stają się one zupełnie bezużyteczne dla oceny prawnej zachowań mających miejsce przed dniem wejścia w życie pierwszej w wymienionych ustaw o finansach publicznych, a więc przed dniem 1 stycznia 1999 r. (art. 204 tej ustawy). W tym kontekście (braku podstaw do uznania, że ustawy o finansach publicznych zawierają wyłączną i uniwersalną definicję „środków publicznych”) nie można pominąć chociażby unormowań zawartych w przepisach ustawy z dnia 22 września 2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi oraz o przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorstw (Dz. U. Nr 191, poz. 1411), która, z uwagi na przedmiot zawartej w niej regulacji, wydaje się zresztą bardziej przydatna dla zdekodowania omawianego pojęcia na gruncie prawa karnego. Ustawa ta w art. 2 ust. 1 pkt 4 wprowadza m.in. definicję przedsiębiorcy publicznego, przez co należy rozumieć każdy podmiot prowadzący działalność gospodarczą, bez względu na sposób działania oraz formę organizacyjno-prawną, w szczególności spółkę handlową, spółdzielnię, przedsiębiorstwo państwowe, towarzystwo ubezpieczeń wzajemnych oraz bank państwowy, na którego działalność organ pu-

bliczny wywiera decydujący wpływ, niezależnie od wpływu wywieranego na niego przez inne podmioty, zaś w pkt 7 tego przepisu wskazuje, że przez „środki publiczne” rozumieć należy również środki przedsiębiorcy publicznego. W tym stanie rzeczy uznać należy, że pojęcie „środków publicznych”, 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 (Dz. U. 2002, Nr 72, poz. 664 ze zm.) i art. 2 pkt 9 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010, Nr 113, poz. 759), 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.

Niezależnie od powyższego, uznaniu członka zarządu jednoosobowej spółki akcyjnej Skarbu Państwa za osobę pełniącą funkcję publiczną, a to w związku z zatrudnieniem w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, i bezspornie nie wykonującego w niej czynności wyłącznie usługowych, nie sprzeciwia się również akcentowana w piśmiennictwie (zob. P. Kardas: *op. cit.*, s. 41 – 45) różnica między przedsiębiorstwem państwowym działającym na podstawie ustawy z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych (Dz. U. 2002, Nr 112, poz. 981 ze zm. – dalej określana jako u.p.p.) a spółką handlową. Podnieść należy, że z chwilą wpisania przedsiębiorstwa państwowego do Krajowego Rejestru Sądowego (art. 14 u.p.p.) i uzyskania przezeń osobowości prawnej (art. 16 u.p.p.) środki przekazane mu przez organ założycielski (art. 46 ust. 1 u.p.p.) oraz mienie później nabyte (art. 46 ust. 2 u.p.p.) również stają się jego mieniem, którym podmiot ten dysponuje we własnym imieniu i na własny rachunek (art. 47 u.p.p.). Oba te podmioty zbliża ponadto akt kreacji, zarówno w świetle ustawy z dnia 13 lipca 1990 r. o prywatyzacji przedsię-

biorstw państwowych (Dz. U. Nr 51, poz. 298 ze zm. – dalej w skrócie: u.p.), jak i ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji (Dz. U. 2002, Nr 171, poz. 1397 ze zm. – dalej w skrócie: u.k.p.). W obu stanach prawnych chodzi o akt właściwego organu administracji publicznej (art. 5 i 6 u.p. oraz art. 3 i 4 u.k.p.), przy czym w tym drugim wypadku, w akcie komercjalizacji, ustaleniu podlegają m.in. statut spółki oraz imiona i nazwiska członków organów pierwszej kadencji (art. 9 ust. 2 pkt 1 i 3 u.k.p.). Dopiero do powstałego w ten sposób bytu prawnego, nazwanego w tym stadium po prostu spółką, znajdowały i znajdują zastosowanie przepisy Kodeksu handlowego, a następnie Kodeksu spółek handlowych, o ile ustawa nie stanowi inaczej (art. 7 u.p. oraz art. 5 ust. 1 u.k.p.). Ustawą wyłączającą stosowanie regulacji o spółkach handlowych może być przy tym zarówno ustawa macierzysta, jak i inny akt prawny rangi ustawowej, chociażby powołana już wcześniej ustawa z dnia 22 września 2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi..., która w art. 3 nakłada na przedsiębiorcę publicznego szereg obowiązków, zaś w art. 5 i 6 przyznaje organowi nadzorującemu, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 2 tej ustawy, ściśle określone uprawnienia, czy też obowiązująca już w inkryminowanym okresie ustawa z dnia 8 sierpnia 1996 r. o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa (Dz. U. Nr 106, poz. 493 ze zm.). Zgodnie z art. 2 pkt 5 tej ostatniej ustawy reprezentantowi jedyne go akcjonariusza spółki z udziałem Skarbu Państwa przysługują w szczególności wszystkie uprawnienia wynikające z praw majątkowych Skarbu Państwa, w tym w zakresie praw z akcji, łącznie ze związanymi z nimi prawami osobistymi oraz w stosunku do mienia przypadającego Skarbowi Państwa w wyniku likwidacji spółki. Porównywalny jest wreszcie wpływ organów reprezentujących Skarb Państwa na obsadę zarządu w następnych kadencjach statutowych władz spółki oraz na samo funkcjonowanie spółki (w myśl art. 303 § 1 k.s.h.

w jednoosobowej spółce akcyjnej wszystkie uprawnienia walnego zgromadzenia wykonuje jedyny akcjonariusz).

Wszystko to uświadamia z jednej strony bliskość obu bytów prawnych, jakimi są przedsiębiorstwo państwowe i jednoosobowa spółka Skarbu Państwa utworzona aktem komercjalizacji, pod względem charakteru prawnego majątku, sposobu powstania i nadzoru nad działalnością organu zarządzającego, z drugiej zaś nakazuje odrzucić te poglądy, które umiejscawiają tego rodzaju spółkę, poprzez odwołanie się do konstytucyjnej zasady „wolności działalności gospodarczej” (art. 20 Konstytucji RP), w systemie prawa prywatnego.

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, nie wyposażone w odrębną osobowość prawną, zaś status 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, określania i modyfikowania ich struktur organizacyjnych. Konsekwencją tego, w przypadku spó-

łek prawa handlowego, jest więc i to, że to państwo (Skarb Państwa) ma decydujący 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 (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 maja 2001 r., K 19/00, OTK 2001, nr 4, poz. 82).

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, zaś dalsza działalność podpada równocześnie pod reżim prawa prywatnego i prawa publicznego. Te właśnie elementy sprawiły, że członkowie organu zarządzającego takiej spółki poddani zostali w art. 2 pkt 9 regulacjom ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (Dz. U. 2006, Nr 216, poz. 1584 ze zm.) – na marginesie: w tekście tym, w przedmiocie związanym z niniejszymi rozważaniami, nie dokonano zmian również po dniu 1 lipca 2003 r., czy też ustawy z dnia 3 marca 2000 r. o wynagradzaniu osób kierujących niektórymi podmiotami prawnymi (Dz. U. Nr 26, poz. 306 ze zm. – art. 2 pkt 3 w zw. z art. 1 pkt 7), których publiczny charakter, w świetle powołanego wyżej orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, nie może budzić wątpliwości.

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 i 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.).

Nie można również pominąć i tego, że w wypadku oskarżonych w niniejszej sprawie członków zarządów obu wskazanych w akcie oskarżenia spółek chodzi o podmioty prawne szczególnego rodzaju i z tego powodu, że zarówno „Spółka Węglowa” S.A. w T., jak i „Spółka Węglowa” S.A. w R. zaliczone zostały do jednoosobowych spółek Skarbu Państwa przedstawiających wyjątkowo doniosłe znaczenie dla całej gospodarki państwa [pkt 44 i 54 Załącznika Nr 2 do – wydanego z upoważnienia ustawowego (art. 2a ust. 1 u.p.) – rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 1996 r. w sprawie określenia przedsiębiorstw państwowych oraz jednoosobowych spółek Skarbu Państwa o szczególnym znaczeniu dla gospodarki państwa (Dz. U. Nr 157, poz. 792 ze zm.) oraz pkt 44 i 54 Załącznika Nr 2 do – wydanego z upoważnienia ustawowego (art. 1a ust. 1 u.k.p.) – rozporządzenia Rady Ministrów o tym samym tytule z dnia 25 września 1997 r. (Dz. U. Nr 126, poz. 806 ze zm.)]. Co więcej, działalność gospodarcza tego rodzaju spółek podlegała dodatkowej regulacji ustawowej związanej z przeprowadzaną przez państwo restrukturyzacją górnictwa węgla kamiennego i jego dostosowaniem do funkcjonowania w warunkach gospodarki rynkowej, co znalazło swoje odzwierciedlenie w przepisach ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o restrukturyzacji finansowej jednostek górnictwa węgla kamiennego oraz wprowadzeniu opłaty węglowej (Dz. U. Nr 113, poz. 735 ze zm.) oraz 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. 1112 ze zm.). Oba powołane wyżej akty prawne przewidywały umorzenie, zawieszenie lub odroczenie spłaty szeregu zobowiązań – wobec wierzycieli publiczno, jak i prywatnoprawnych – jednostek górnictwa węglowego, a następnie spółek węglowych, którymi były między innymi jednoosobowe spółki Skarbu Państwa (art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 25 września 1997 r. oraz art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 26 listopada 1998 r.), a także udzielanie tym podmiotom gospodarczym dotacji z budżetu państwa na ściśle określone w tych aktach prawnych cele o charakterze publicznym. Już choćby ta ostatnia okoliczność, a więc otrzymanie przez spółkę, i to na podstawie przepisów ustawowych z zakresu prawa publicznego lub znajdujących oparcie w takich przepisach indywidualnych decyzji administracyjnych, dotacji lub subwencji, których zasady wykorzystywania – określone w ustawach – związane były z realizacją celów publicznych i dokonywane pod nadzorem instytucji państwowych przekazujących te środki, pozwala uznać członka zarządu takiej spółki handlowej (z udziałem Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego), za osobę pełniącą funkcję publiczną w rozumieniu art. 228 k.k., co przyznają nawet przeciwnicy zaliczenia *in genere* członków zarządów spółek prawa handlowego do podmiotów łapownictwa biernego (zob. P. Kardas: *op. cit.*, s. 46).

Sygnalizowane implikacje systemowe, ale też celowościowe, uprawniają więc do postrzegania skomercjalizowanych przedsiębiorstw państwowych, a przynajmniej niektórych z nich, nie tylko jako spółek kapitałowych z całościowym udziałem Skarbu Państwa, których prawną podstawą działania w sferze gospodarczej są wyłącznie przepisy Kodeksu handlowego (Kodeksu spółek handlowych), lecz jako podmiotów prawa publicznego o ściśle określonej roli w działalności samego państwa.

Podsumowanie całości przeprowadzonych wyżej rozważań daje, w ocenie Sądu Najwyższego, podstawę do wyrażenia konkluzji, 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 ze 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. 1112 ze zm.), w zakresie zarządzania tą spółką i reprezentowania jej na zewnątrz, pełni funkcję publiczną w rozumieniu przepisów art. 228 k.k. i art. 229 k.k.

Na zakończenie zwrócić należy uwagę na sygnalizowaną w niniejszej sprawie dopuszczalność zastosowania – do czynów oskarżonych – kwalifikacji z art. 228 § 5 k.k., w sytuacji, gdy od dnia 1 lipca 2003 r. przyjęcie przez niektóre osoby korzyści majątkowej w związku z działalnością gospodarczą określonej jednostki organizacyjnej znalazło się w polu kryminalizacji art. 296a k.k. Ta zmiana stanu prawnego w przypadku, gdy korupcji dopuściła się osoba pełniąca funkcję publiczną w związku z pełnieniem tej funkcji, jest wszelako irrelevantna. Wynika to nie tylko z innego przedmiotu ochrony obu przepisów, lecz również z ich odmiennego zakresu podmiotowego, właśnie z uwagi na charakteryzującą sprawcę przestępstwa z art. 228 k.k. cechę, jaką jest pełnienie funkcji publicznej, chociażby czyn ten wiązał się z działalnością w ramach obrotu gospodarczego. Dokonanie subsumpcji zachowania oskarżonych pod określony przepis ustawy karnej wymaga wszelako poczynienia wcześniej ustaleń co do istotnych okoliczności zarzuconych im przez oskarżyciela publicznego czynów, począwszy od wskazania statusu prawnego tych konkretnych spółek prawa handlowego, w których pełnili funkcje członków zarządu, przedmiotu działalności każdej z nich, ustalonego zarówno statutem, jak i normami ustawowymi, w tym określenie zakresu i celu udzielanych tym spółkom przez Skarb Pań-

stwa dotacji, a wreszcie uprawnień i obowiązków osób poddanych w tej sprawie osądowi, a jest to możliwe wyłącznie po przeprowadzeniu pełnego postępowania sądowego.

Z powołanych względów postanowiono jak na wstępie.