



Sygn. akt IV KK 92/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 lipca 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Wiesław Kozielowicz (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Zbigniew Puzkarski

SSN Eugeniusz Wildowicz

Protokolant Danuta Bratkrajc

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Krzysztofa Parchimowicza

w sprawie **M. M.**

skazanego z art. 228 § 5 k.k.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 10 lipca 2013 r.,

kasacji, wniesionej przez obrońcę skazanego

od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...]

z dnia 6 lipca 2012 r.,

zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w K.

z dnia 11 lipca 2011 r.,

**uchyła zaskarżony wyrok i sprawę M. M. przekazuje Sądowi
Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania w postępowaniu
odwoławczym.**

UZASADNIENIE

Sąd Okręgowy w K., po rozpoznaniu sprawy trzech oskarżonych, wyrokiem z dnia 11 lipca 2011 r., [...] uznał M. M. za winnego tego, że w okresie od czerwca do końca sierpnia 1999 r. w [...] pełniąc funkcję wiceprezesa zarządu T. sp. z o.o. - firmy zarządzającej [...] Narodowym Funduszem Inwestycyjnym oraz działając w imieniu banku [...] i prowadząc negocjacje w sprawie zbycia należących do tegoż banku oraz NFI S.A. akcji spółki C. S.A. zażądał od J. O. wręczenia kwoty 1 miliona dolarów amerykańskich w zamian za wybranie spośród innych podmiotów oferty sp. z o.o. „A.” na kupno pakietu akcji C. S.A., a następnie przyjął od tegoż J. O. i R. S. pieniądze w kwocie co najmniej 2 mln. 300 tys. zł stanowiących równowartość około 500 tys. dolarów amerykańskich jako pierwszą część uprzednio żądanej kwoty - tj. popełnienia przestępstwa z art. 228 § 5 k.k. i za to z mocy art. 228 § 5 k.k. i 33 § 2 i 3 k.k. skazał go na karę 3 lat pozbawienia wolności oraz grzywnę w wysokości 300 stawek dziennych ustalając wysokość stawki dziennej na kwotę 500 zł;

na zasadzie art. 63 § 1 k.k. zaliczył M. M. na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności okres rzeczywistego pozbawienia wolności w postaci tymczasowego aresztowania od dnia 13 stycznia 2003 r. do 8 kwietnia 2004 r.;

na zasadzie art. 41 § 1 k.k. orzekł wobec niego środek karny w postaci zakazu zajmowania stanowisk kierowniczych w spółkach prawa handlowego na okres lat 5;

zasądził od niego na rzecz Skarbu Państwa kwotę 30 400 złotych z tytułu przypadających na niego kosztów sądowych poniesionych w sprawie.

Adwokat P. K. - obrońca M. M. w apelacji złożonej od tego wyroku zarzucił:

1. obrazę przepisów prawa materialnego, mającą wpływ na treść orzeczenia, w postaci błędnej wykładni i niewłaściwego zastosowania art. 228 § 5 k.k. w zw. z art. 115 § 19 k.k. w brzmieniu obowiązującym w czasie wyrokowania, polegającej na bezpodstawnym przyjęciu, iż w chwili popełnienia zarzuconego aktem oskarżenia czynu oskarżony M. M., działając jako Wiceprezes Zarządu T. Sp. z o.o. - firmy zarządzającej [...] Narodowym Funduszem Inwestycyjnym oraz pełnomocnik Banku [...] był osobą pełniącą funkcję publiczną, co stanowiło konsekwencję przyjęcia w realiach przedmiotowej sprawy błędnego poglądu prawnego, wedle którego

stanowiący element aktualnie obowiązującej definicji legalnej znamienia „osoba pełniąca funkcję publiczną” zwrot „osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi” obejmował również osoby zarządzające mieniem w ramach prowadzonej działalności gospodarczej przez jednostkę wyposażoną na etapie jej tworzenia w składniki majątkowe przekazane przez podmioty publiczne, w tym w szczególności Skarb Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, w okresie poprzedzającym wprowadzenie do systemu prawa karnego zmiany normatywnej polegającej na uzupełnieniu regulacji zawartej w art. 115 k.k. o dodatkowy przepis oznaczony jako § 19 zawierający ustawową definicję pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, podczas gdy prawidłowa wykładnia art. 228 § 5 k.k. w brzmieniu poprzedzającym wprowadzenie ustawowej definicji pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” zamieszczonej w aktualnie obowiązującym stanie prawnym w przepisie art. 115 § 19 k.k. prowadzi do wniosku, że oskarżony M. M. na gruncie stanu prawnego obowiązującego w czasie popełnienia zarzuconego mu w akcie oskarżenia czynu nie był podmiotem zdolnym do przypisania mu odpowiedzialności karnej za przestępstwo indywidualne korupcji biernej, gdyż nie należał do kręgu „osób pełniących funkcję publiczną” ze względu na to, że prawidłowa wykładnia ustawowego zwrotu „w związku z pełnieniem funkcji publicznej” charakteryzującego podmiot sprawczy przestępstwa indywidualnego sprzedajności określonego w art. 228 § 5 k.k. w brzmieniu sprzed wprowadzenia zmiany normatywnej polegającej na dodaniu do art. 115 k.k. przepisu oznaczonego jako § 19 zawierającego definicję ustawowego pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, a więc w czasie, kiedy zawarta w kodeksie karnym regulacja nie łączyła tego pojęcia z „zatrudnieniem w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi” wskazuje na to, że o publicznym charakterze funkcji nie przesądza samoistnie charakter składników majątkowych, jakimi dysponuje lub w jakie wyposażona jest dana jednostka organizacyjna, lecz rodzaj prowadzonej przez nią działalności - a konkretnie prowadzenie przez daną

jednostkę organizacyjną działalności w celu realizacji zadań odnoszących się do ogółu, która wywiera lub może wywierać wpływ w sferze publicznej;

2. obrazę przepisów prawa materialnego, mającą wpływ na treść orzeczenia, poprzez błędną wykładnię i zastosowanie art. 228 § 5 k.k., a jednocześnie przez błędną wykładnię i niezastosowanie art. 4 § 1 k.k. i art. 1 § 1 k.k., polegającą na bezpodstawnym przyjęciu, iż oskarżony M. M., jako pełniący funkcję Wiceprezesa Zarządu T. Sp. z o.o. - firmy zarządzającej [...] Narodowym Funduszem Inwestycyjnym oraz działający w imieniu Banku [...], w dacie czynu mógł zostać uznany za osobę pełniącą funkcję publiczną w rozumieniu art. 228 § 5 k.k., co było konsekwencją przyjęcia w realiach przedmiotowej sprawy błędnego poglądu prawnego, wynikającego z zastosowania dla odtworzenia zakresu znaczeniowego znamienia „osoba pełniąca funkcję publiczną” przepisów prawa nieobowiązujących w dacie popełnienia czynu oraz dokonania wykładni tego znamienia sprzecznej z przyjmowaną w chwili popełnienia czynu linią orzecniczą definiującą to znamie, poprzez przyjęcie, że w dacie popełnienia przypisanego na mocy zaskarżonego wyroku czynu, to jest od czerwca 1999 r. do końca sierpnia 1999 r., oskarżony należał do kategorii osób zdolnych do popełnienia przestępstwa indywidualnego korupcji biernej, będąc osobą pełniącą funkcję publiczną, gdyż jako zarządzający [...] NFI dysponował środkami publicznymi w ten sposób, iż podejmował decyzje gospodarcze dotyczące składników majątku Skarbu Państwa, to jest spółek prawa handlowego włączonych do Programu Powszechnej Prywatyzacji, w których Skarb Państwa był udziałowcem lub akcjonariuszem, a nadto z tego względu, że wynagrodzenie stałe za zarząd [...] NFI przysługujące T. Sp. z o.o. pochodziło ze środków pożyczki pochodzącej z Międzynarodowego Banku Odbudowy i Rozwoju zaciągniętej i gwarantowanej przez Skarb Państwa, natomiast wynagrodzenie za tzw. wynik finansowy (seccess fee) wypłacane było z 15 % pakietu akcji, jaki pozostawał w rezerwie prywatyzacyjnej Skarbu Państwa w każdym NFI, podczas gdy prawidłowa wykładnia art. 228 § 5 k.k. w brzmieniu pierwotnym (to jest nadanym temu przepisowi przed wejściem w życie z dniem 1 lipca 2003 r. ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o

zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2003, Nr 111, poz. 1061) przy zastosowaniu art. 4 § 1 k.k. i art. 1 § 1 k.k., prowadzi do wniosku, że oskarżony M. M. w dacie popełnienia przypisanego mu czynu nie był podmiotem zdolnym do przypisania mu odpowiedzialności karnej za przestępstwo indywidualne korupcji biernej, gdyż nie należał do kręgu osób pełniących funkcję publiczną ze względu na to, że:

- a) w dacie przypisanego oskarżonemu czynu obowiązujące przepisy prawne, jak i aprobowana w judykaturze linia orzecznicza, stanowiące podstawę do odtworzenia zakresu znaczeniowego znamienia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, nie dawały oparcia dla poglądu, że dla uznania podmiotu za osobę pełniącą funkcję publiczną wystarczające jest przyjęcie wyłącznie, że jest ona odpowiedzialna za dysponowanie środkami publicznymi, gdyż podstawową przesłanką uznania osoby za pełniącą funkcję publiczną było wskazanie na przysługiwanie jej, znajdującej oparcie w przepisach prawa, kompetencji w sferze władztwa publicznoprawnego, a w szczególności w dacie przypisanego oskarżonemu czynu nie obowiązywał przepis art. 115 § 19 k.k., wprowadzający definicję legalną „osoby pełniącej funkcję publiczną”, który uniezależnił wykładnię tego znamienia od wykazania istnienia władztwa publicznego jako konstytutywnego dla pełnienia funkcji publicznej, co - w perspektywie wypracowanych w doktrynie i orzecznictwie przed 1 lipca 2003 r. kryteriów definiowania tego pojęcia - stanowiło rozszerzenie kręgu osób pełniących funkcje publiczne, której przyjęcie za podstawę rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie oznaczało naruszenie art. 228 § 5 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. i art. 1 § 1 k.k. ze względu na przełamanie zasady *lex severior retro non agit*;
- b) w dacie przypisanego oskarżonemu czynu obowiązujące przepisy prawne, stanowiące podstawę dla odtworzenia zakresu znaczeniowego pojęcia „środki publiczne”, nie dawały oparcia dla poglądu przyjmującego szerokie rozumienie tego terminu w oparciu o art. 2 ust 1 pkt 7 w zw. z pkt 4 ustawy z dnia 22 września 2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi oraz o przejrzystości niektórych przedsiębiorstw (Dz. U. 2006, Nr 191, poz. 1411), w świetle których to przepisów przez środki publiczne można uznać również środki znajdujące

się w dyspozycji przedsiębiorcy publicznego, a więc każdego podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą, bez względu na sposób działania oraz formę organizacyjno - prawną, na którego działalność organ publiczny wywiera decydujący wpływ, niezależnie od wpływu wywieranego na niego przez inne podmioty, ze względu na fakt, że w dacie popełnienia czynu przez oskarżonego nie obowiązywały przepisy wskazanej ustawy, czego konsekwencją jest brak możliwości wykorzystania ich dla odtworzenia kręgu adresatów normy sankcjonowanej zakazującej przyjmowania korzyści majątkowej dekodowanej na podstawie art. 228 § 5 k.k., a wykorzystanie tych przepisów dla określenia zakresu pojęcia osoba pełniąca funkcję publiczną musi zostać uznane za przyjęcie wykładni rozszerzającej to pojęcie w dacie orzekania o czynie w porównaniu ze sposobem rozumienia tego znamienia w dacie popełnienia czynu, co uznać należy za naruszenie zasady *lex severior retro non agit*, a zatem naruszenie art. 228 § 5 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k.;

3. obrazę przepisów prawa materialnego, mającą wpływ na treść orzeczenia, poprzez błędną wykładnię i w konsekwencji niezastosowanie art. 30 k.k. poprzez nieuwzględnienie tego, że w dacie przypisanego oskarżonemu czynu, to jest od czerwca 1999 r. do końca sierpnia 1999 r. obowiązywała zasada zaufania do ustabilizowanej linii orzeczniczej w zakresie wykładni znamienia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, wypracowanej w judykaturze na gruncie k.k. z 1969 r. i w początkowym okresie obowiązywania k.k. z 1997 r. zgodnie z którą za „osobę pełniącą funkcję publiczną” mogła zostać uznana wyłącznie osoba, której przysługiwały znajdujące oparcie w przepisach prawa, kompetencje w sferze władztwa publicznoprawnego, w związku z czym w dacie popełnienia zarzucanego czynu istniały podstawy do usprawiedliwionego obowiązującym paradygmatem wykładniczym przyjęcia, iż osoba zarządzająca działalnością gospodarczą opartą na składnikach mienia przekazanego przez Skarb Państwa nie zalicza się do kręgu podmiotów mogących ponosić odpowiedzialność karną za przestępstwo indywidualne korupcji bierniej z art. 228 § 5 k.k., a tym samym, do usprawiedliwionego przekonania, że ewentualne zachowania polegające na żądaniu, a następnie przyjęciu przez osobę pełniącą funkcję Wiceprezesa Zarządu T. Sp. z o.o. - firmy zarządzającej [...] Narodowym Funduszem Inwestycyjnym oraz

działającą jako pełnomocnik w imieniu Banku [...] korzyści majątkowej w zamian za dokonanie wyboru określonego podmiotu jako nabywcy pakietu akcji spółki C. S.A., pozostawało poza zakresem kryminalizacji przewidzianej w art. 228 § 5 k.k. w brzmieniu sprzed nowelizacji art. 115 k.k. polegającej na dodaniu do wskazanego przepisu § 19 zawierającego ustawową definicję pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, podczas gdy prawidłowe zastosowanie w realiach przedmiotowej sprawy przepisów prawa materialnego powinna prowadzić do wyłączenia odpowiedzialności karnej oskarżonego za czyn zabroniony z art. 228 § 5 k.k. z uwagi na brak podstaw do przypisania mu winy ze względu na pozostawanie przez oskarżonego w usprawiedliwionym błędzie co do prawa (art. 30 k.k.);

4. obrazę przepisów prawa materialnego, mającą wpływ na treść orzeczenia, tj. przepisu art. 228 § 5 k.k. poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż oskarżony M. M. - jeśli nawet uznać, że był osobą pełniącą funkcję publiczną (co jest przez obronę kwestionowane) dopuścił się zachowania sprawczego, polegającego na żądaniu, a następnie przyjęciu korzyści majątkowej w związku z pełnieniem funkcji publicznej skoro przedmiotem jego wpływu na proces decyzyjny związany z wyborem oferty A. sp. z o.o. na zakup akcji C. S.A. były akcje prawa handlowego, w stosunku do której Skarb Państwa nie posiadał żadnych uprawnień właścicielskich (nie był jej akcjonariuszem), a więc była to spółka, w której w żaden sposób nie dysponowano środkami publicznymi, natomiast [...] Narodowy Fundusz Inwestycyjny zakupił jej akcje na rynku wtórnym, gdyż nie była to spółka zaangażowana w Program Powszechnej Prywatyzacji, w celu uzyskania zysku z jej późniejszej odsprzedaży w ramach obrotu gospodarczego, podczas gdy prawidłowa wykładnia art. 228 § 5 k.k. prowadzi do wniosku, że przypisanie odpowiedzialności karnej osobie pełniącej funkcję publiczną za zachowanie polegające na żądaniu, a następnie przyjęciu korzyści majątkowej jest możliwe tylko wówczas, jeśli do żądania lub przyjęcia korzyści majątkowej dochodzi w związku z pełnieniem funkcji publicznej, to jest w związku z podejmowaniem zachowań, których przedmiotem jest realizacja funkcji władczych w sferze publicznej, do której nie sposób zaliczyć działań związanych z decyzjami podejmowanymi w związku ze sprzedażą pakietu akcji C. S.A. - spółki w której Skarb Państwa nie był w żaden sposób kapitałowo zaangażowany, spółki, która nie

została przekazana do NFI jako element pierwotnego Programu Powszechnej Prywatyzacji, a działalność inwestycyjna [...] Narodowego Funduszu Inwestycyjnego, jako akcjonariusza tej spółki nie miała w żadnym wymiarze charakteru działań stanowiących realizację celów publicznych, związanych z Programem Powszechnej Prywatyzacji lecz była działalnością czysto komercyjną nakierowaną na osiągnięcie przez [...] NFI zysku w związku z prowadzoną działalnością inwestycyjną;

5. obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, polegającą na naruszeniu art. 424 § 1 pkt 2 i § 2 k.p.k. w związku z niewyjaśnieniem podstawy prawnej zaskarżonego wyroku przez brak odniesienia się w części uzasadnienia wyroku poświęconej materialnoprawnym podstawom przypisania oskarżonemu M. M. czynu zabronionego z art. 228 § 5 k.k. do kluczowych dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy zagadnień związanych z wykładnią przepisów prawa materialnego, sprowadzających się do:

1) braku odniesienia się w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku do zagadnień związanych ze stosowaniem przepisów prawa intertemporalnego, polegającego na niewyjaśnieniu na jakim stanie prawnym Sąd *a quo* oparł swoje rozstrzygnięcie, a konkretnie wskazania, czy podstawą rozstrzygnięcia Sądu *a quo* był stan prawny obowiązujący w czasie popełnienia czynu zabronionego, stan prawny obowiązujący w czasie orzekania o czynie, czy też któryś ze stanów prawnych obowiązujących w okresie między czasem popełnienia czynu zabronionego a czasem orzekania o tym czynie, co ma zasadnicze znaczenie dla możliwości skontrolowania zasadności zapadłego orzeczenia w perspektywie zmiany normatywnej związanej z:

a) wprowadzeniem od dnia 1 lipca 2003 r. ustawą z dnia 13 czerwca 2003 r. o zmianie ustawy - kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 111, poz. 1061) do porządku prawnego art. 115 § 19 k.k. zawierającego definicję legalną znamienia „osoba pełniąca funkcję publiczną” i wiążącej się z tym zmiany rozumienia zakresu tego pojęcia w orzecznictwie sądowym,

b) wprowadzeniem od dnia 21 kwietnia 2007 r. w art. 2 ust. 1 pkt 7 w zw. z pkt 4 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. 2006, Nr 191, poz. 1411) do porządku prawnego definicji „środków publicznych” i „przedsiębiorcy publicznego”,

c) obowiązującą od 6 czerwca 2010 r. zmianą zawartą w art. 115 § 5 k.k. definicji legalnej znamienia „mienie znacznej wartości” dokonaną na mocy art. 1 pkt 22 lit. a) ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy - Kodeks postępowania karnego, ustawy - Kodeks karny wykonawczy, ustawy - Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2009, Nr 206, poz. 1589),

- 2) braku odniesienia się w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku do zagadnień związanych z wykładnią i subsumcją w realiach przedmiotowej sprawy wszystkich znamion przedmiotowych i podmiotowych koniecznych do przypisania odpowiedzialności karnej z art. 228 § 5 k.k., co przejawiało się przez ograniczenie przez Sąd I instancji dokonanej analizy prawnej w uzasadnieniu podstawy prawnej skazania wyłącznie do kwestii związanych z wyjaśnieniem, czy oskarżony M. M. może być uznany za osobę pełniącą funkcję publiczną, a zarazem łączyło się z całkowitym pominięciem wyjaśnienia w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku dlaczego Sąd przyjął realizację pozostałych znamion art. 228 § 5 k.k., w szczególności przez brak wyjaśnienia z jakich powodów Sąd *a quo* przyjął, iż uznany za osobę pełniącą funkcję publiczną oskarżony w realiach przedmiotowej sprawy miał żądać, a następnie przyjąć korzyść majątkową znacznej wartości w związku z pełnieniem funkcji publicznej, w sytuacji gdy wpływ na podejmowanie decyzji w sprawie sprzedaży A. sp. z o.o. akcji C. S.A. nie łączył się z jego strony w żaden sposób z podejmowaniem decyzji w zakresie dysponowania środkami publicznymi, gdyż Skarb Państwa nie dysponował w tej spółce żadnymi uprawnieniami właścicielskimi (nie był w tej spółce akcjonariuszem), zaś spółka C. S.A. nie była elementem Powszechnej Prywatyzacji;
- 3) braku przytoczenia w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku okoliczności, które Sąd *a quo* miał na względzie przy wymiarze oskarżonemu kary, a w szczególności brak wyjaśnienia w uzasadnieniu wyroku:

a) jakimi przesłankami kierował się Sąd wymierzając oskarżonemu karę w wysokości 3 lat pozbawienia wolności oraz kumulatywnie z nią karę grzywny w wysokości 300 stawek dziennych w wysokości 500 zł każda,

b) dlaczego Sąd nie zdecydował się na wymierzenie oskarżonemu kary w granicach umożliwiających zastosowanie instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary,

c) jakimi przesłankami kierował się Sąd orzekając środek karny zakazu zajmowania stanowisk kierowniczych w spółkach prawa handlowego na okres 5 lat.

Skarżący podnosząc te zarzuty wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie M. M. od dokonania zarzucanego mu czynu, ewentualnie o uchylenie tego wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Z kolei Prokurator Apelacyjny zaskarżył w/w wyrok Sądu Okręgowego w K. w części dotyczącej orzeczenia kary pozbawienia wolności na niekorzyść M. M.

Zarzucił w apelacji rażąco niewspółmierność kary pozbawienia wolności orzeczonej za czyn wyczerpujący dyspozycję art. 228 § 5 k.k. w wymiarze 3 lat jako rażąco łagodnej i wynikającej z nienależytego uwzględnienie stopnia społecznej szkodliwości zarzucanego czynu, motywacji i sposobu działania oskarżonego oraz celów zapobiegawczych i wychowawczych jakie kara ma osiągnąć wobec oskarżonego, a także potrzeb kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. Wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w części dotyczącej kary pozbawienia wolności i wymierzenie M. M. kary 5 lat pozbawienia wolności.

Po rozpoznaniu tych apelacji Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 6 lipca 2012 r., utrzymał zaskarżony wyrok w mocy w części dotyczącej M. M.

Od w/w wyroku Sądu Apelacyjnego kasację złożył adwokat P. K. – obrońca skazanego M. M. **W kasacji zarzucił:**

I. rażące naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 457 § 3 k.p.k., które miało istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, polegające na niewyjaśnieniu lub niedostatecznym, jedynie zdawkowym, niepopartym pogłębioną analizą prawną wyjaśnieniu w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku jego podstawy prawnej w odniesieniu do czynu przypisanego oskarżonemu M.M., co było wynikiem ograniczenia przez Sąd Apelacyjny rozważań dotyczących

przedstawionych w skardze apelacyjnej zarzutów do odwołania się i podzielenia argumentacji jurydycznej wyrażonej w uzasadnieniu zaskarżonego apelacją wyroku Sądu Okręgowego, a przez to do niepopartego wymaganą w świetle przepisów prawa procesowego analizą zaakceptowania przedstawionej w nim błędnej wykładni przepisów prawa materialnego i zaakceptowaniu błędów proceduralnych związanych z wadliwym sporządzeniem wyroku Sądu I instancji, bez przedstawienia przez Sąd Apelacyjny argumentów przemawiających za niezasadnością podniesionych w skardze apelacyjnej zarzutów, w szczególności braku odniesienia się do podnoszonych w skardze apelacyjnej zarzutów dotyczących zagadnień prawnych - w przekonaniu skarżącego - błędnie wyłożonych lub niebędących w ogóle przedmiotem analizy w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego, a wymagających pogłębionej wykładni przepisów prawa relewantnych dla rozstrzygnięcia o odpowiedzialności karnej oskarżonego M. M., które zostały podniesione przez skarżącego w punktach I - V *petitum* apelacji, czego konsekwencją a zarazem wyrazem było sporządzenie uzasadnienia wyroku Sądu Odwoławczego w sposób niepozwalający, ani skarżącemu, ani rozpoznającemu kasację Sądowi Najwyższemu, na zweryfikowanie czym kierował się Sąd Apelacyjny wydając wyrok oraz dlaczego zarzuty i wnioski apelacji uznał za niezasadne,

podczas gdy

w świetle sformułowanego na tle wykładni art. 457 § 3 k.p.k. minimalnego standardu uzasadnienia wyroku sądu odwoławczego Sąd Apelacyjny był zobligowany do przekonującego i skrupulatnego ustosunkowania się w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku do argumentacji prawnej podniesionej w skardze apelacyjnej, a w szczególności - w realiach przedmiotowej sprawy - adekwatnego do treści obowiązującego w tym względzie porządku prawnego wyjaśnienia dlaczego Sąd II instancji nie uznał, że orzeczenie Sądu I instancji, nie jest obarczone wskazywanymi przez skarżącego błędami w zakresie wykładni prawa materialnego oraz błędami procesowymi, które skutkować powinny uznaniem wyroku Sądu Okręgowego za rozstrzygnięcie merytorycznie wadliwe, a w konsekwencji wymagające uchylecia i przekazania sprawy w tym zakresie do ponownego rozpoznania;

II. rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, polegające na błędnej wykładni znamienia przedmiotowego określającego podmiot czynu zabronionego z art. 228 § 5 k.k., to jest znamienia „osoba pełniąca funkcję publiczną”, poprzez przyjęcie poglądu prawnego, nieznajdującego uzasadnienia w świetle prawidłowej wykładni definicji legalnej z art. 115 § 19 k.k., uznającego że w zakresie - stanowiącego immanentną część wskazanej definicji ustawowej - zwrotu „*osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi*” mieszczą się osoby zarządzające mieniem w ramach prowadzonej działalności gospodarczej przez jednostkę wyposażoną na etapie jej tworzenia w składniki majątkowe przekazane przez podmioty publiczne, w tym w szczególności Skarb Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, lub jednostki, w których podmioty publiczne są kapitałowo zaangażowane w dany podmiot gospodarczy, niezależnie od tego, czy przekazane składniki majątkowe są, czy też nie są przeznaczone na realizację celów publicznych, oraz niezależnie od tego, czy w zakresie uprawnień i obowiązków osób zatrudnionych w jednostkach organizacyjnych dysponujących środkami publicznymi pozostaje podejmowanie decyzji co do wydatkowania lub rozporządzania tymi składnikami majątkowymi w celu publicznym;

podczas gdy

prawidłowa wykładnia art. 228 § 5 k.k. w zw. z art. 115 § 19 k.k. powinna prowadzić do przyjęcia poglądu prawnego, że ustawowa definicja znamienia „*osoba pełniąca funkcję publiczną*” w tej części, w której pozwala uznać za pełniące funkcje publiczne „*osoby zatrudnione w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi*” wymaga ustalenia, po pierwsze, że przekazane przez podmioty publiczne, w tym w szczególności Skarb Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, składniki majątkowe są wydatkowane w celu publicznym, co oznacza, że nie jest wystarczające ustalenie w tym zakresie, że środki te pochodzą ze składników majątkowych przekazanych przez podmioty publiczne lub tylko ustalenie, że podmioty publiczne są kapitałowo zaangażowane w dany podmiot gospodarczy, a po drugie, że w zakresie uprawnień i obowiązków osoby zatrudnionej w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi pozostaje podejmowanie decyzji co do wydatkowania lub rozporządzania

publicznymi składnikami majątkowymi w celu publicznym, a nie jedynie podejmowanie decyzji odnoszących się do sfery gospodarowania majątkiem publicznym w celu jego pomnażania lub zachowania jego substancji;

III. rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, polegające na błędnej wykładni znamienia przedmiotowego typu czynu zabronionego z art. 228 § 5 k.k., to jest znamienia „osoba pełniąca funkcję publiczną” w perspektywie intertemporalnej poprzez niezastosowanie art. 4 § 1 k.k. i art. 1 § 1 k.k. i związane z tym:

1) bezzasadne przyjęcie, że stanowisko wyrażone przez SN w postanowieniu z dnia 30 września 2010 r. (I KZP 16/10) wedle którego „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” przesądza o tożsamości zakresu kryminalizacji na gruncie stanu prawnego sprzed dnia 1 lipca 2003 r. oraz stanu prawnego ukształtowanego po tej dacie w wyniku wprowadzenia do systemu prawa legalnej definicji pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” zawartej w art. 115 § 19 k.k., czego konsekwencją było przyjęcie, że osoba spełniając przesłanki określone w art. 115 § 19 k.k. automatycznie może zostać uznana za pełniącą funkcję publiczną na gruncie stanu prawnego sprzed dnia 1 lipca 2003 r.

podczas gdy,

„wypracowany w orzecznictwie na gruncie stanu prawnego sprzed dnia 1 lipca 2003 r.” sposób interpretacji ustawowego sformułowania „w związku z pełnieniem funkcji publicznej” użytego w treści art. 228 § 5 k.k. w odniesieniu do konkretnych stanów faktycznych stanowiących podstawę wypowiedzi interpretacyjnych Sądu Najwyższego oraz Sądów Apelacyjnych nie może być uznany za generalno-abstrakcyjne ujęcie cech i przesłanek zaliczenia danej osoby do kręgu podmiotów „pełniących funkcje publiczne” a tym samym nie może stanowić podstawy twierdzenia, że „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”, z uwagi na fakt, iż w systemie prawa stanowionego stanowisko

prezentowane w jednostkowych sprawach rozstrzyganych przez Sąd Najwyższy lub sądy powszechne nie może zostać uznane za wyraz zgeneralizowanych przesłanek konstruujących tworzoną w orzecznictwie definicję pojęcia ustawowego stanowiącego element znamion typu czynu zabronionego, lecz jedynie za wyraz oceny prawnej dotyczącej uznania konkretnego podmiotu w kontekście konkretnych okoliczności faktycznych za zdatny podmiot odpowiedzialności karnej przestępstwa indywidualnego, czego konsekwencją jest konieczność precyzyjnego ustalenia w każdym przypadku okoliczności uzasadniających przyjęcie, że w konkretnym układzie okoliczności faktycznych dana osoba może zostać uznana za „*pełniącą funkcję publiczną*” przy ewentualnym uwzględnieniu sposobu rekonstruowania przesłanek uzasadniających takie twierdzenie przyjmowanych wcześniej w orzecznictwie i jednoczesnym wykazaniu identyczności układu okoliczności faktycznych uzasadniających taką kwalifikację, czego z powodów zupełnie oczywistych nie może zastępować pozbawione dostatecznej podstawy konstytucyjnej i ustawowej twierdzenie, o istnieniu elementów składających się na definicję „*osoby pełniącej funkcję publiczną*” dekodowaną z orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów powszechnych, oznaczałoby to bowiem, że orzeczenia konkretyzujące kryteria „*osoby pełniącej funkcję publiczną*” miały charakter prawotwórczy, tworzący ogólne, podlegające wykładni przesłanki zaliczenia konkretnych podmiotów do kręgu spełniających kryteria ustawowe w sytuacji braku ustawowego ich określenia w formie definicji ukształtowanej przez prawodawcę,

2) bezzasadne uznanie, że w czasie popełnienia przypisanego oskarżonemu M. M. czynu zabronionego, to jest w okresie od czerwca do końca sierpnia 1999 r., dopuścił się on sprawstwa przestępstwa indywidualnego z art. 228 § 5 k.k. w zw. z art. 115 § 19 k.k., to jest mógł zostać uznany za osobę należącą do kategorii „*osób pełniących funkcję publiczną*” w oparciu o obowiązującą od dnia 1 lipca 2003 r. normatywną definicję wskazanego znamienia, określającego podmiot czynu zabronionego korupcji bierniej, w tej części, w której pozwala ona uznać za pełniące funkcje publiczne „*osoby zatrudnione w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi*” a więc w oparciu o model wykładni znamienia „*osoba pełniąca funkcję publiczną*”, zakładający, że w czasie pełnienia przypisanego oskarżonemu czynu zabronionego za „*osobą pełniącą funkcję publiczną*” można

było uznać osoby spełniające wyłącznie kryterium zarządzania mieniem w ramach prowadzonej działalności gospodarczej przez jednostkę wyposażoną na etapie jej tworzenia w składniki majątkowe przekazane przez podmioty publiczne, w tym w szczególności Skarb Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, lub jednostki, w których podmioty publiczne są kapitałowo zaangażowane w dany podmiot gospodarczy,

podczas gdy

prawidłowa wykładnia przepisu prawa materialnego art. 228 § 5 k.k. w świetle zasad prawa karnego intertemporalnego wyrażonych w art. 4 § 1 k.k. i art. 1 § 1 k.k. powinna prowadzić do uznania, że w czasie popełnienia przypisanego sprawcy czynu zabronionego, to jest w okresie od czerwca do końca sierpnia 1999 r., powszechnie przyjmowany w doktrynie i orzecznictwie sądowym model wykładni znamienia „*osoba pełniąca funkcję publiczną*” zakładał, iż za sprawcę przestępstwa z art. 228 § 5 k.k. uznana mogła zostać tylko osoba spełniająca warunek, polegający na przyjęciu korzyści majątkowej lub osobistej w związku z podejmowaniem zachowań mieszczących się w zakresie kompetencji o charakterze władczym związanych z pełnioną przez nią funkcją, względnie za sprawcę przestępstwa z art. 228 § 5 k.k. uznana mogła zostać tylko osoba spełniająca dwa kumulatywnie określone warunki, polegające na przyjęciu korzyści majątkowej lub osobistej w związku z wykonywaniem zachowań w ramach przysługujących jej kompetencji o charakterze władczym związanych z pełnioną przez nią funkcją, a jednocześnie osoba zarządzająca mieniem w ramach prowadzonej działalności gospodarczej przez jednostkę wyposażoną na etapie jej tworzenia w składniki majątkowe przekazane przez podmioty publiczne, w tym w szczególności Skarb Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, lub jednostkę, w której podmioty publiczne są kapitałowo zaangażowane w dany podmiot gospodarczy; natomiast w czasie popełnienia przypisanego oskarżonemu czynu zabronionego, wykluczone było przyjęcie modelu wykładni znamienia „*osoba pełniąca funkcję publiczną*”, opierającego się na założeniu, że jedynym kryterium interpretacyjnym wyznaczającym istotę tego znamienia jest zarządzanie mieniem w ramach prowadzonej działalności gospodarczej przez jednostkę wyposażoną na etapie jej tworzenia w składniki majątkowe przekazane przez podmioty publiczne, w tym w

szczególności Skarb Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, lub jednostkę, w której podmioty publiczne są tylko kapitałowo zaangażowane w dany podmiot gospodarczy, gdyż taki model interpretacyjny pojawił się dopiero po wejściu w życie definicji legalnej z art. 115 § 19 k.k., to jest prawie cztery lata później niż miał miejsce czyn zabroniony przypisany oskarżonemu,

3) bezzasadne uznanie, że w czasie popełnienia przypisanego oskarżonemu M.M. czynu zabronionego, to jest w okresie od czerwca do końca sierpnia 1999 r., dopuścił się on sprawstwa przestępstwa indywidualnego z art. 228 § 5 k.k. w zw. z art. 115 § 19 k.k., to jest mógł zostać uznany za osobę należącą do kategorii „osób pełniących funkcję publiczną” w oparciu o obowiązującą od dnia 1 lipca 2003 r. normatywną definicję wskazanego znamienia, w tej części, w której pozwala uznać za pełniące funkcje publiczne „osoby zatrudnione w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi”, w szczególności w zakresie w jakim dla odtworzenia zakresu znaczeniowego zwrotu „dysponowanie środkami publicznymi” wykorzystano art. 2 ust. 1 pkt 7 w zw. z pkt 4 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. 2006, Nr 191, poz. 1411), w świetle których to przepisów przez środki publiczne można uznać również środki znajdujące się w dyspozycji przedsiębiorcy publicznego, a więc każdego podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą, bez względu na sposób działania oraz formę organizacyjno-prawną, na którego działalność organ publiczny wywiera decydujący wpływ, niezależnie od wpływu wywieranego na niego przez inne podmioty,

podczas gdy

w świetle fundamentalnej w prawie karnym zasady gwarancyjnej, zakazującej retroaktywnego stosowania przepisów prawa, których skutkiem byłoby rozszerzenie zakresu odpowiedzialności karnej, uznać należało za zabieg niedopuszczalny zdefiniowanie pojęcia „dysponowanie środkami publicznymi” w oparciu o art. 2 ust. 1 pkt 7 w zw. z pkt 4 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. 2006, Nr 191, poz. 1411), albowiem prowadziło to do

rozszerzenia definicji legalnej „osoby pełniącej funkcję publiczną” w aspekcie w jakim chodzi o „osoby zatrudnione w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi” w oparciu o przepisy prawa nieobowiązujące w chwili popełnienia czynu zabronionego,

4) bezzasadne przyjęcie, że osoba niezatrudniona bezpośrednio w jednostce wyposażonej w składniki majątkowe przez Skarb Państwa pełni funkcję publiczną w sytuacji, gdy jednostka, w której jest zatrudniona wykonuje instytucjonalnie czynności związane z zarządzaniem podmiotem wyposażonym w środki majątkowe przekazane przez Skarb Państwa, co opiera się na treści art. 115 § 19 k.k. wskazującej, że „osobą pełniącą funkcję publiczną” jest „osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi” z czego wynika, że jednostką dysponującą środkami publicznymi jest zarówno jednostka, która sama została wyposażona w środki przez Skarb Państwa, jak i jednostka niewyposażona w takie środki, jednak wykonująca na podstawie umowy czynności związane z zarządzaniem jednostką wyposażoną w te środki,

podczas gdy

z wypracowanego w orzecznictwie na gruncie stanu prawnego sprzed nowelizacji, która weszła w życie w dniu 1 lipca 2003 r. stanowiska wykładniczego wynika, że za „osobę pełniącą funkcję publiczną” uznawano jedynie osoby bezpośrednio związane węzłem prawnym z jednostką wyposażoną w składniki majątkowe przez Skarb Państwa, co określano w orzecznictwie w niektórych judykatach syntetycznym zwrotem „jednostka dysponująca środkami publicznymi”, zaś możliwość zaliczenia danej osoby do kręgu zdalnych podmiotów sprawczych w sytuacji zatrudnienia w jednostce bezpośrednio niewyposażonej w składniki majątkowe przez Skarb Państwa pojawiła się dopiero z chwilą wejścia w życie ustawowej definicji pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” zawartej w art. 115 § 19 k.k., w którym posłużono się na gruncie ustawy zwrotem „jednostka dysponująca środkami publicznymi”, umożliwiając tym samym wykładnię terminu „dysponuje”, nieznanego na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego, i otwierającym drogę do zaliczenia do kręgu zdalnych podmiotów sprawczych także osób niezwiązanych bezpośrednio z jednostką wyposażoną w składniki majątkowe przez Skarb Państwa, lecz zatrudnioną w jednostce zarządzającej takim podmiotem,

które na gruncie stanu prawnego sprzed nowelizacji z dnia 1 lipca 2003 r. pozostawały poza kręgiem zdatnych podmiotów sprawczych przestępstwa sprzedajności,

5) bezzasadne przyjęcie, że za „osobę pełniącą funkcję publiczną” na gruncie stanu prawnego sprzed dnia 1 lipca 2003 r. można uznać osobę pozbawioną, wynikających z odpowiednich źródeł prawa kompetencji do zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą jednostki wyposażonej w składniki majątkowe przez Skarb Państwa, a tym samym pozbawioną kompetencji do administrowania, zarządzania, rozporządzania lub prowadzenia spraw majątkowych lub działalności gospodarczej tego podmiotu w zakresie charakteryzującym się odpowiednim kwantum samodzielności kompetencyjnej,

podczas gdy

na gruncie stanu prawnego sprzed dnia 1 lipca 2003 r. w świetle stanowiska prezentowanego w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych za „osobę pełniącą funkcję publiczną” można było uznać wyłącznie osobę posiadającą samodzielne, wynikające z określonego źródła prawnego kompetencje do zajmowania się sprawami majątkowymi i działalnością gospodarczą podmiotu wyposażonego w składniki majątkowe przez Skarb Państwa, z uwagi na fakt, iż przyjmowano, że pełnienie funkcji publicznej związane było z „zarządzaniem państwowym podmiotem gospodarczym, służąc celowi publicznemu poprzez optymalne zarządzanie działalnością gospodarczą opartą na mieniu państwowym”, zaś we wszystkich przypadkach uznania danej osoby za zdatny podmiot odpowiedzialności karnej przestępstwa z art. 228 k.k. zarówno Sąd Najwyższy jak i sądy powszechne wskazywały jako konstytutywną przesłankę, umożliwiającą zaliczenie takiej osoby do kręgu podmiotów kompetencje do „zajmowania się sprawami majątkowymi lub działalnością gospodarczą” podmiotu działającego w oparciu o mienie publiczne, w żadnym zaś judykacie nie wskazano, że za zdatny podmiot przestępstwa sprzedajności może zostać uznana osoba związana z taką jednostką węzłem pełnomocnictwa, pozbawiona z uwagi na charakter umocowania odpowiedniej dozy samodzielności decyzyjnej, zaś możliwość zaliczenia takich osób do kręgu zdatnych podmiotów sprawczych tego przestępstwa związana jest z

treścią definicji ustawowej wprowadzonej do systemu prawa w dniu 1 lipca 2003 r., w którym jako konstytutywną przesłankę wskazano kryterium zatrudnienia, niewykorzystywane na gruncie stanu prawnego sprzed dnia 1 lipca 2003 r. ani w orzecznictwie sądowym ani w doktrynie prawa karnego, w stosunku do którego ustawodawca wprowadził autonomiczne kryterium wyłączające oparte na „*wyłącznie usługowym charakterze czynności wykonywanych przez osobę zatrudnioną*”;

IV. rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, polegające na niezastosowaniu w realiach przedmiotowej sprawy okoliczności wyłączającej winę, wynikającej z faktu pozostawania oskarżonego M. M. w błędzie co do prawa z art. 30 k.k., w związku z faktem, iż nawet gdyby zaakceptować model wykładni znamienia „*osoba pełniąca funkcję publiczną*”, przyjęty za podstawę rozstrzygnięcia przez Sąd Okręgowy, a zaakceptowany w całej rozciągłości w zaskarżonym orzeczeniu przez Sąd Apelacyjny (który to model wykładni jest przez skarżącego co do zasady kwestionowany - zob. punkt II i III *petitum* kasacji), to należałoby przyjąć, że oskarżony M. M. podejmując zachowanie sprawcze opisane w art. 228 § 5 k.k. działał w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu, że nie jest podmiotem zdolnym do przypisania mu odpowiedzialności karnej za przestępstwo łapownictwa biernego ze względu na fakt, iż w czasie popełnienia czynu zabronionego, to jest w okresie między czerwcem a sierpniem 1999 r., powszechnie aprobowany w doktrynie i orzecznictwie sądowym był model wykładni znamienia „*osoba pełniąca funkcję publiczną*” uznający za bezwzględną przesłankę przypisania odpowiedzialności karnej za przestępstwo indywidualne z art. 228 § 5 k.k. stwierdzenie, że za sprawcę tego przestępstwa uznana być może wyłącznie osoba posiadająca kompetencje władcze w sferze publicznoprawnej, a takiej cechy nie posiadał oskarżony, jako osoba pełniąca funkcję Wiceprezesa Zarządu „T.” Sp. z o.o. - firmy zarządzającej [...] Narodowym Funduszem Inwestycyjnym, a jednocześnie osoba działająca w imieniu Banku [...],

V. rażące naruszenie przepisów prawa materialnego, mające istotny wpływ na treść orzeczenia, polegające na błędnej wykładni art. 228 § 5 k.k. w zakresie znamienia modalnego „*w związku z pełnieniem funkcji publicznej*”, a w

konsekwencji uznaniu w procesie subsumcji do realiów przedmiotowej sprawy, iż doszło do realizacji znamion przedmiotowych tego typu, poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż istnieje związek pomiędzy wykonywaniem przez M. M. funkcji Wiceprezesa Zarządu „T. Sp. z o.o. - firmy zarządzającej [...] Narodowym Funduszem Inwestycyjnym, i jednocześnie pełnomocnika Banku [...], to jest podmiotów gospodarczych wyposażonych na etapie ich tworzenia w składniki majątkowe przekazane przez Skarb Państwa, a zakresem jego kompetencji, jako osoby pełniącej te funkcje publiczne, poprzez nieznajdujące podstawy faktycznej uznanie, że żądanie, a następnie przyjęcie korzyści majątkowej w zamian za wywarcie wpływu na zbycie „A.” sp. z o.o. akcji C. S.A. było zachowaniem mieszczącym się w zakresie jego kompetencji o charakterze publicznym, jakie wiązały się z - jak to przyjęły Sądy orzekające w sprawie - pełnionymi funkcjami publicznymi,

podczas gdy

prawidłowa wykładnia znamienia modalnego „w związku z *pełnieniem funkcji publicznej*” powinna prowadzić w realiach przedmiotowej sprawy do uznania, że nawet, jeśli przyjąć, że oskarżony M. M. może zostać uznany za „osobę pełniącą funkcję publiczną” (co jest przez skarżącego co do zasady kwestionowane - zob. punkt II i III *petitum* kasacji), w oparciu o twierdzenie, iż pełnił on funkcję Wiceprezesa Zarządu „T.” Sp. z o.o. - firmy zarządzającej [...] Narodowym Funduszem Inwestycyjnym, i pełnomocnika Banku [...], co - przy przyjęciu poglądu prawnego przedstawionego w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego i zaakceptowanego w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego - dawałoby podstawy do uznawania go za osobę zatrudnioną w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi w rozumieniu art. 115 § 19 k.k., wykluczone jest przyjęcie, że zachowanie sprawcze nastąpiło w związku z pełnieniem przez niego tych funkcji, albowiem żądanie, a następnie przyjęcie korzyści majątkowej nastąpiło w zamian za wywarcie wpływu na proces decyzyjny związany z wyborem oferty „A.” sp. z o.o. na zakup akcji C. S.A., a więc zachowanie sprawcze nastąpiło w zamian za działanie, polegające na umożliwieniu „A.” sp. z o.o. zakupu akcji spółki prawa handlowego, nabytej przez [...] Narodowy Fundusz Inwestycyjny poza Program Powszechnej Prywatyzacji, co do której Skarb

Państwa nie posiadał żadnych uprawnień właścicielskich (nie był jej akcjonariuszem), co powinno prowadzić do uznania, że żądanie, a następnie przyjęcie korzyści majątkowej nastąpiło w zamian za zachowanie niezwiązane z podejmowaniem decyzji, polegających na dysponowaniu środkami publicznymi, a więc za zachowanie nie związane z zakresem kompetencji, jakie zostały powierzone M. M. jako osobie pełniącej funkcję publiczną.

W konkluzji kasacji skarżący wniósł o uznanie skazania za oczywiście niesłuszne i uniewinnienie skazanego M. M., względnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi drugiej instancji do ponownego rozpoznania.

Prokurator Apelacyjny w pisemnej odpowiedzi na kasację wniósł o oddalenie kasacji obrońcy skazanego jako oczywiście bezzasadnej. Takie też stanowisko zajęł Prokurator Prokuratury Generalnej obecny na rozprawie kasacyjnej.

Sąd Najwyższy zważył co następuje.

Wbrew odmiennemu pogładowi oskarżyciela publicznego wyrażonemu zarówno w pisemnej odpowiedzi na kasację jak i w trakcie rozprawy kasacyjnej, należy podzielić zarzut z kasacji obrońcy skazanego M. M., iż w sprawie doszło do naruszenia przez Sąd Apelacyjny przepisów art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k., cyt. „w zakresie minimalnego standardu wymaganego od uzasadnienia sądu odwoławczego ... w perspektywie zarzutów podniesionych w apelacji obrońcy M, M.” (cytat ze str. 18 kasacji obrońcy skazanego).

Nie budzi wątpliwości w orzecznictwie Sądu Najwyższego że tak jak uzasadnienie wyroku sądu pierwszej instancji jest w zasadzie jedynym sposobem na ustalenie i skontrolowanie, na podstawie jakich faktów, dowodów i okoliczności oraz w drodze jakiego rozumowania sąd orzekający wyprowadził wnioski skutkujące konkretnym rozstrzygnięciem, a także czy orzeczenie to poprzedzone zostało wnikliwą i wyczerpującą analizą mających znaczenie dla rozstrzygnięcia okoliczności oraz czy sposób rozumowania sądu uwzględniał reguły logiki i doświadczenia życiowego, czy nie ma w nim luk i uproszczeń, to z kolei uzasadnienie wyroku sądu drugiej instancji jest jedynym sposobem sprawdzenia, czy sąd odwoławczy rozważył wszystkie zarzuty podniesione w środku

odwoławczym oraz, czy uczynił to dostatecznie wnikliwie i wyczerpująco, innymi słowami czy wypełnił wymóg o jakim mowa w art. 433 § 2 k.p.k.

Zarówno treść art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k., jak i jednolita, ugruntowana ich wykładnia prezentowana od wielu lat w orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. np. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 10 lipca 1973 r., V KRN 173/73, OSNKW 1974, z. 1, poz. 19, z dnia 22 września 2003 r., IV KK 269/03, z dnia 6 czerwca 2006 r., V KK 413/05, OSNKW 2006, z. 7-8, poz. 76, z dnia 12 października 2006 r., IV KK 247/06, R-OSNKW 2006, poz. 1961, z dnia 28 listopada 2007 r., II KK 172/07, R-OSNKW 2007, poz. 2687 z dnia 27 sierpnia 2008 r., IV KK 64/08, R-OSNKW 2008, poz. 1703) dowodzą, że obowiązkiem Sądu odwoławczego jest rzetelne rozpoznanie wszystkich zarzutów sformułowanych mniej lub bardziej poprawnie w rozpoznawanej apelacji, a następnie wykazanie w uzasadnieniu wyroku podstaw wyrażonego w nim stanowiska oraz zasadności lub niezasadności zarzutów i wniosków apelacji.

Podkreśla się przy tym, że prawidłowe wypełnienie swoich zadań przez sąd odwoławczy ma zasadnicze znaczenie nie tylko z punktu widzenia realizacji uprawnień strony wnoszącej zwyczajny środek odwoławczy, która z motywów sądu *ad quem* powinna dowiedzieć się, dlaczego jej zarzuty, argumenty i wnioski nie zostały uwzględnione, ale także w aspekcie kontroli kasacyjnej, która w wypadku niedokładnego sporządzenia uzasadnienia wyroku sądu odwoławczego najczęściej, nie jest w zasadzie możliwa (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 sierpnia 2008 r., III KK 68/08, R-OSNKW 2008, poz. 1582). Ponadto należy pamiętać, że skoro sąd odwoławczy obowiązany jest rozważyć wszystkie zarzuty apelacji (przy czym powinien szczegółowo, poprawnie pod względem logicznym, bez sprzeczności, niekonsekwencji przedstawić swój tok rozumowania), to obraza przepisów art. 433 § 2 k.p.k. w zw. z art. 457 § 3 k.p.k. ma miejsce nie tylko wtedy, gdy sąd pomija zupełnie w swych rozważaniach zarzuty zawarte w środku odwoławczym, ale także i wtedy, gdy analizuje je w sposób odbiegający od wymogu rzetelnej ich oceny (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 października 2007 r., II KK 212/07, R-OSNKW 2007, poz. 2251).

W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się bowiem, iż niedostatki uzasadnienia wyroku sądu odwoławczego świadczyć mogą, że także sama kontrola

instancyjna przebiegała w sposób nieprawidłowy, nie obejmując swym zakresem wszystkich zgłoszonych zarzutów. Wywodzi się bowiem, że skoro uchybienie polega na tym, iż sąd odwoławczy nie określa swojego stosunku do zasadności zarzutu stawianego przez stronę skarżącą wyrokowi sądu pierwszej instancji, to daje zarazem asumpt do wysunięcia kolejnego zarzutu, że postępowanie odwoławcze nie przebiegało w sposób wypełniający zakres zaskarżenia wyroku. Jeśli z uzasadnienia sądu odwoławczego dokumentującego wyniki narady nad wyrokiem nie wynika, że określony zarzut apelacji był przedmiotem rozważań sądu, to nie można wykluczyć, iż pozostał on poza zakresem rozpoznania. Przy takiej natomiast ewentualności, mającej podstawy w zawartości uzasadnienia zaskarżonego wyroku, twierdzenie autora kasacji o możliwym wpływie uchybień obciążających wyrok sądu odwoławczego na treść rozstrzygnięcia, uznać należy za należycie wykazane (por. np. wyroki Sadu Najwyższego: z dnia 5 czerwca 2000 r., IV KKN 238/99, Lex Nr 51115, z dnia 28 listopada 2001 r., V KKN 565/99, Lex Nr 51620, z dnia 11 lutego 2002 r., IV KKN 246/98, Lex Nr 53040).

Przyznać trzeba, że obszerność apelacji obrońcy skazanego (liczy 84 strony), a także zawarta w niej wielość wątków argumentacyjnych, nieraz nakładających się na siebie, nie ułatwiła Sądowi Apelacyjnemu zadania które sprowadzało się do przeprowadzenia rzetelnej kontroli odwoławczej wyroku Sądu Okręgowego z dnia 11 lipca 2011 r. W argumentacji apelacji wskazano na szereg szczegółowych kwestii prawnych, w tym odmienną, od zaprezentowanej przez Sąd Okręgowy, ocenę prawną zachowania M. M. Analizując uzasadnienie zaskarżonego kasacją wyroku Sądu Apelacyjnego nie można zasadnie wywodzić, iż ten Sąd przedstawił w nim swoje rozumowanie w sposób pozwalający stwierdzić, że poddał kontroli odwoławczej wyrok Sądu Okręgowego z dnia 11 lipca 2011 r., jak trafnie zauważa skarżący, cyt. „ w perspektywie zarzutów podniesionych w apelacji”. Nie można, mówiąc innymi słowami, w realiach niniejszej sprawy stwierdzić, iż Sąd Apelacyjny dokonał analizy wyroku zaskarżonego apelacją obrońcy przez pryzmat wszystkich podniesionych w niej zarzutów, gdyż w uzasadnieniu zaskarżonego kasacją wyroku brakuje zajęcia uargumentowanego stanowiska co do niektórych problemów prawnych wyartykułowanych w apelacji obrońcy M. M.

Sąd Apelacyjny w uzasadnieniu swojego wyroku podkreślił, że, „Szczególnie dużo miejsca w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd Okręgowy poświęcił zagadnieniu stanowiącemu ośnowę pierwszego z zarzutów apelacyjnych, a mianowicie, czy ocenę posiadania przez oskarżonego M. M. przymiotu „osoby pełniącej funkcję publiczną” należy dokonywać tylko w oparciu o przyjęty dotychczas dorobek orzeczniczy i przyjętą w tym zakresie linię orzecniczą SN odnoszącą się do pojęcia pełnienia funkcji publicznej i ukształtowaną na gruncie rozwiązań kodeksowych poczynawszy od Kodeksu karnego z 1969r. do czasu wprowadzenia § 19 art. 115 k.k., czy też można i należy posłużyć się wprost treścią wyżej wskazanego artykułu (k. 87- 92). W tym zakresie Sąd Okręgowy przeprowadził przekonującą i szczegółową (jak na potrzeby sporządzanego uzasadnienia wyroku) analizę stanu prawnego badanego zagadnienia, obowiązującego do 1 lipca 2003 roku. Analiza ta doprowadziła Sąd do wniosku, że przy braku definicji ustawowej zakres pojęcia „pełnienie funkcji publicznej” był szeroki i obejmował osoby uznawane za funkcjonariuszy publicznych oraz i te osoby, co do których publiczny charakter ich funkcji wynikał w konkretnym stanie faktycznym z umocowania normatywnego, a po drugie zaś z działania w oparciu o środki publiczne, przy czym kryteria te nie musiały występować łącznie i nie wiązały się z dysponowaniem instrumentami władztwa publicznego. Stanowisko to zostało przez Sąd Okręgowy wyprowadzone również przy uwzględnieniu dwóch istotnych orzeczeń Sądu Najwyższego - tj. wyroku z dnia 18 kwietnia 2007 r. - sygn. III KK 298/06 oraz postanowienia z dnia 30 września 2010 r. - sygn. I KZP 16/10, w których Sąd Najwyższy w sposób jednoznaczny przesądził, że ustawowa definicja osoby pełniącej funkcję publiczną, określona w art. 115 § 19 k.k., swoim zakresem stanowi zbiorcze odbicie dotychczasowego dorobku judykatury, przystając do takiego jego rozumienia jak to, które zostało wypracowane w orzecznictwie w okresie, gdy definicja ta nie obowiązywała. W powołanym wyżej postanowieniu Sąd Najwyższy odnosząc się do zagadnienia zakazu retroaktywności stosowania przepisu, który nie obowiązywał w czasie, który objęty został zarzutami, stwierdził, że: „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 poprzez 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. 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 1 lipca 2003 r. oraz wynikający z obowiązującej po tej dacie definicji ustawowej pokrywają się”. Powyższe stanowisko w postanowieniu tym zostało bardzo bogato i przekonująco uzasadnione, z czego szereg argumentów zaczerpnął sąd orzekający. Aczkolwiek z treści złożonej apelacji wynika, że orzeczenia te są skarżącemu doskonale znane, a jedynie nie zgadza się z przedstawioną tam argumentacją, sąd odwoławczy postanowił je przytoczyć, **albowiem orzeczenia te właściwie zawierają odpowiedzi na dwa pierwsze zarzuty postawione w złożonej apelacji, dotyczące obrazy prawa materialnego i zastosowanie art. 228 § 5 k.k. w zw. z art. 115 § 19 k.k. w brzmieniu obowiązującym w czasie wyrokowania, oraz w związku powyższym błędną wykładnię i niezastosowanie art. 4 § 1 k.k. i art. 1 § 1 k.k. (podkreślenie Sądu Najwyższego).**

W tym zakresie, jak już wyżej pokreślono, Sąd Apelacyjny w całości aprobejuje rozważania i wyciągnięte następnie wnioski przez Sąd Okręgowy, a tym samym uznanie, że” w chwili popełnienia przypisanego czynu, oskarżony M. M. był osobą pełniącą funkcję publiczną. Powtarzanie zawartej w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku argumentacji wydaje się być zbędne i stanowiłoby jedynie dalszą polemikę ze skarżącym” (cytat z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 6 lipca 2012 r.).

W tym zacytowanym fragmencie znajdujemy odniesienie się przez Sąd Apelacyjny do głównego zarzutu apelacji obrońcy M. M., który sprowadza się do oceny ustalenia, czy elementy przesądzające o uznaniu M. M. za osobę pełniącą funkcję publiczną związane były z kryteriami „publiczności funkcji” przyjmowanymi w orzecznictwie i doktrynie w okresie przed zmianą normatywną z dnia 1 lipca 2003 r., wynikały z automatycznego uznania, iż z uwagi na tożsamość zakresową definicji pojęcia „osoba pełniącą funkcję publiczną” na gruncie orzecznictwa sprzed dnia 1 lipca 2003 r. oraz ustawowej definicji wprowadzonej do systemu prawa w dniu 1 lipca 2003 r., jakiegokolwiek powiązanie z jednostką wyposażoną w majątek publiczny przesądza o publiczności funkcji bez konieczności pogłębionej analizy, czy wreszcie elementy przesądzające o „publiczności funkcji” M. M. wynikały z treści ustawowej definicji wprowadzonej do k.k. w dniu 1 lipca 2003 r., stosowanej retrospektywnie do oceny zdarzenia faktycznego mającego miejsce przed wejściem w życie przepisu art. 115 § 19 k.k. Słusznie autor kasacji wskazuje, że ocena zasadności lub niezasadności zarzutów zawartych w apelacji wymagała rozstrzygnięcia w oparciu o pogłębioną analizę dotyczącą wskazanych w niej płaszczyzn argumentacyjnych, tego czy uznanie przez Sąd Okręgowy M. M. za zdatny podmiot do przypisania odpowiedzialności karnej za przestępstwo określone w art. 228 k.k. nastąpiło w związku z dekodowaniem zakresu znaczeniowego pojęcia „osoba pełniącą funkcję publiczną” przy uwzględnieniu treści art. 115 § 19 k.k., a jeżeli tak, to na podstawie których elementów *definiensa*, w dalszej zaś perspektywie szczegółowego rozważenia zagadnień intertemporalnych, w tym w szczególności rozstrzygnięcia, czy na gruncie stanu prawnego sprzed dnia 1 lipca 2003 r. M. M. zostałby uznany za zdatny podmiot sprawczy przestępstwa z art. 228 k.k. oraz wykazania przesłanek uzasadniających takie rozstrzygnięcie, a także wyjaśnienia z jakich powodów, do przyjętego w tej sprawie rozwiązania nie znajdują zastosowania dyrektywy wyrażone w art. 1 § 1 k.k. (w formie zasady *nullum crimen sine lege poenali anteriori* oraz zasady *lex severior retro non agit* powiązanej z regułą *lex mitior retro agit*). Zgodzić się należy z autorem kasacji, że skoro apelacja opierała się na stwierdzeniu, iż orzeczenia wskazujące, że osobą pełniącą funkcję publiczną jest osoba zarządzająca działalnością gospodarczą prowadzoną na mieniu publicznym miały charakter prawotwórczy, to w związku z

tym konieczne było rozstrzygnięcie sposobu rozwiązywania ujawniających się zagadnień intertemporalnych.

Wprawdzie w orzecznictwie sądowym powszechnie przyjmuje się, że wykładnia prawa stanowi jedynie „odkodowanie” normy prawnej zawartej w przepisie i dlatego ma charakter deklaratoryjny, a w związku z tym skutek wsteczny (w tym ujęciu, że ustalone znaczenie przepisu dotyczy całego okresu jego obowiązywania). W doktrynie zauważa się, iż w praktyce orzeczniczej zdarzają się sytuacje, w których wykładnia przepisu ma charakter twórczy lub też że ze względu na rozbieżności w orzecznictwie sądowym czy doktrynie, jej rezultat jest trudny do przewidzenia. Te okoliczności, jak wskazuje się w doktrynie, mogą zostać wzięte pod uwagę przez sąd orzekający, który może inaczej określić datę od której ustalenie interpretacyjne będzie wywierać skutki (por. L. Morawski, Wykładnia w orzecznictwie sądowym. Komentarz, Toruń 2002, s. 30). W. Wróbel zauważa, że instytucją chroniącą sprawcę przed retroaktywnym zastosowaniem wobec niego wykładni opartej o wiedzę i doświadczenie niedostępne w chwili czynu jest warunek obiektywnej przewidywalności realizacji znamion typu czynu zabronionego (w tym skutku), której brak wyłącza możliwość przypisania sprawcy odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne (a tym bardziej umyślne), a w konsekwencji dekompletuje zespół znamion lub winę sprawcy (w przypadku przestępstwa nieumyślnego). Jak wywodzi ten autor „konstrukcję przewidywalności realizacji znamion typu czynu zabronionego buduje się w oparciu o model wzorca normatywnego. W powszechnie przyjętej interpretacji owego wzorca podkreśla się, iż chodzi w tym przypadku o przewidywalność realizacji znamion typu czynu zabronionego ustalaną na chwilę jego popełnienia, a więc *ex ante*. To samo kryterium wprowadza się do warunków przypisywalności skutku w koncepcjach obiektywnego przypisania, czy też poziomu wymagalności realizacji obowiązku przy odpowiedzialności za materialne przestępstwo zaniechania. Ów powtarzający się we wszystkich tych konstrukcjach dogmatycznych motyw ustalania określonych ocen *ex ante* pozwala przyjąć, iż chodzi o wiedzę i rozumienie określonych znamion wyznaczających hipotezę normy sankcjonującej, które były aktualne w chwili czynu, choćby post factum okazały się błędne” (W. Wróbel, Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym, Kraków 2003, s. 459-460).

Przypomnieć należy że pojęcie „osoba pełniąca funkcję publiczną” zostało wprowadzone do porządku prawnego w k.k. z 1969 r. Art. 239 § 1 tego Kodeksu stanowił: „Kto w związku z pełnieniem funkcji publicznej przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą albo ich obietnice, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5”. Przepis art. 239 § 2 k.k. z 1969 r. stwierdzał: „Kto pełniąc funkcję publiczną, uzależnia czynność służbową od otrzymania korzyści lub takiej korzyść żąda, podlega karze pozbawienia wolności do lat 10”. Artykuł 239 § 3 zaś stanowił: „Karze przewidzianej w § 2 podlega także ten, kto pełniąc funkcję publiczną przyjmuje korzyść lub jej obietnicę za czynność stanowiącą naruszenie przepisu prawa.”

W okresie obowiązywania k.k. z 1969 r. w zakresie wykładni pojęcia „osoby pełniącej funkcję publiczną” ugruntował się pogląd, iż podmiotem przestępstwa określonego w art. 239 k.k. z 1969 r., poza funkcjonariuszem publicznym, o którym była mowa w art. 120 § 11 k.k. z 1969 r., pomimo wątpliwości wyrażanych w tym przedmiocie w doktrynie (por. W. Wolter: Odpowiedzialność karna osób pełniących funkcje publiczne, Pi P 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 (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 3 lipca 1970 r., VI KZP 27/70, OSNKW 1970, z. 9, poz. 98). W ówczesnym orzecznictwie 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. Dominował w orzecznictwie 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 tym poglądem, 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 (por. uchwała składu 7 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 z dnia 26 kwietnia 1995 r., I KZP 6/95, OSNKW 1995, z. 7-8, poz. 41).

Taki sposób interpretacji zwrotu „osoba pełniąca funkcję publiczną” utrzymano w początkowym okresie obowiązywania Kodeksu karnego z 1997 r. „przyjmując, że z pojęciem „pełnienia funkcji publicznej” wiąże się szerszy zakres desygnatów niż z pojęciem „funkcjonariusz publiczny”. W orzecznictwie sądowym „funkcję publiczną wiązano z działalnością zinstytucjonalizowaną, urzędową, dotyczącą ogółu”, przeciwstawiając ją działalności prywatnej. Istoty funkcji publicznej doszukiwano się w dysponowaniu uprawnieniami mogącymi kształtować treść, zakres i charakter wykonywanych przez daną osobę zadań poprzez nadanie im władczego charakteru, objawiającego się czynnościami zarządu, administrowania, wydawania lub istotnego wpływania na wydawane decyzje. Za konstytutywne cechy funkcji publicznej uznawano pełnienie zadań „powierzonych przez instytucje państwowe lub samorządu terytorialnego, z którym związany był znaczny wpływ na treść decyzji o charakterze ogólnospołecznym wynikający z określonego zakresu uprawomocnień, umożliwiających kształtowanie treści wykonywanych zadań w sferze publicznej (por. P. Kardas, Kontrowersje wokół pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną”. Rzecz o kreatywnej wykładni przyjmowanej w orzecznictwie oraz granicach zakresowych typu czynu zabronionego określonych w ustawie, Cz.PKiNP, 2011, z. 2, s. 83-84).

Przełomowe znaczenie w zakresie wykładni omawianego pojęcia miała uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2001 r., I KZP 5/2001, OSNKW 2001, z. 9-10, poz. 71. W tej uchwale Sąd Najwyższy stwierdził, że pełnienie funkcji publicznej, o której mowa w art. 228 § 1 k.k., obejmuje

czynności ordynatora w publicznym zespole opieki zdrowotnej, zarówno związane z administrowaniem, jak i udzielaniem świadczeń zdrowotnych wymienionych w art. 2 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 roku o zawodzie lekarza (Dz. U. z 1997 r., Nr 28, poz. 152 ze zm.) oraz w art. 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz. U. Nr 91, poz. 408 ze zm.) - finansowanych ze środków publicznych. W uzasadnieniu uchwały Sąd Najwyższy podkreślił, że dla określenia publicznego charakteru danej funkcji konieczne jest łączne spełnienie dwóch warunków. Po pierwsze źródłem istnienia i działania określonej instytucji (państwowej, czy samorządowej) jest przepis prawa publicznego. Innymi słowy zakres działania tych instytucji wynika wprost z przepisu ustawy, albo z indywidualnych aktów władz administracyjnych wydanych na podstawie ustawy. W nauce administracji używa się pojęcia pozostawania w tzw. „zarządzie publiczno-prawnym”. Po drugie pełnienie funkcji w sferze publicznej wymaga, aby do realizacji tej funkcji w ramach danej instytucji wykorzystywane były środki publiczne.

Również w tym samym roku pojawiła się inicjatywa ustawodawcza zmierzająca do wprowadzenia do k.k. definicji ustawowej pojęcia „osoby pełniącej funkcję publiczną”. Otóż we wniesionym w dniu 20 grudnia 2001 r. przez Prezydenta R.P. projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk nr 181, IV kadencja Sejmu RP) znajdujemy propozycję dodania § 19 w art. 115 k.k. w brzmieniu: „§ 19. Osobą pełniącą funkcję publiczną jest funkcjonariusz publiczny, członek organu samorządowego, osoba zatrudniona w instytucji dysponującej środkami publicznymi, chyba że wykonuje wyłącznie czynności usługowe, a także inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez ustawę lub wiążące Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowe”. W uzasadnieniu tego projektu podkreślono, że cyt. „brak kodeksowego objaśnienia terminu „funkcja publiczna” prowadzi do istotnych wątpliwości interpretacyjnych co do treści i zakresu tego terminu. Skutkowało to znaczną rozbieżnością orzecznictwa sądowego, szczególnie w sprawach dotyczących łapownictwa. Podnoszone są w doktrynie i publicystyce prawniczej słuszne postulaty szerokiego określenia podmiotu łapownictwa biernego co miałyby odpowiadać współczesnym wymogom polityki kryminalnej. Jednocześnie należało

mieć na uwadze postulat ustawowej określoności typu czynu zabronionego (zasada *nullum crimen sine lege*). Proponowana definicja uwzględnia dotychczasowy dorobek orzecznictwa Sądu Najwyższego, np. w sprawach korupcji lekarzy i dyrektorów przedsiębiorstw państwowych. Sejm RP IV kadencji nie zakończył pracy nad tym projektem.

Propozycja ustawowej definicji pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” znalazła się również w przedstawionym w dniu 10 września 2002 r. przez Radę Ministrów projekcie ustawy o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy - Kodeks postępowania karnego, ustawy Kodeks karny wykonawczy, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy - Prawo bankowe (druk nr 869, IV Kadencja Sejmu RP).

W projekcie zaproponowano dodanie § 19 w art. 115 k.k. w brzmieniu: „§ 19. Osobą pełniącą funkcję publiczną jest funkcjonariusz publiczny, członek organu samorządowego, osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, chyba że wykonuje wyłącznie czynności usługowe, a także inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową”. Uzasadniając tę propozycję Rząd RP wskazał, że cyt.: „Propozycja zmierzająca do dodania w art. 115 nowego § 19 ma na celu wypełnienie dotychczasowej luki prawnej polegającej na braku kodeksowego objaśnienia terminu „osoba pełniąca funkcję publiczną”. Luka ta powodowała istotne rozbieżności orzecznictwa sądowego, szczególnie w sprawach dotyczących łapownictwa. Podnoszone są w doktrynie i publicystyce prawniczej słuszne postulaty szerokiego określenia podmiotu łapownictwa biernego, co miałyby odpowiadać współczesnym wymogom polityki kryminalnej. Jednocześnie należałoby mieć na uwadze postulat ustawowej określoności typu czynu zabronionego (zasada *nullum crimen sine lege*). Proponowana definicja uwzględnia dotychczasowy dorobek orzecznictwa Sądu Najwyższego, np. w sprawach korupcji lekarzy i dyrektorów przedsiębiorstw, a z drugiej strony również zobowiązania międzynarodowe Rzeczypospolitej Polskiej. W szczególności wypada odnotować, że wprowadzenie do polskiego systemu prawnego definicji „osoby pełniącej funkcję publiczną” stanowi realizację zobowiązania wynikającego z ratyfikowanej przez

Rzeczpospolitą Polską Konwencji OECD o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych”.

Pracując nad tym projektem Sejm RP przyjął w ustawie z dnia 23 kwietnia 2003 r. § 19 art. 115 k.k. w brzmieniu: „§ 19. Osobą pełniącą funkcję publiczną jest funkcjonariusz publiczny, członek organu samorządowego, osoba dysponująca środkami publicznymi z racji zajmowanego stanowiska lub pełnionej funkcji, a także inna osoba podejmująca na podstawie ustawy lub wiążącej Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowej czynności o znaczeniu publicznym”.

Senat RP zgłosił poprawki do uchwalonej ustawy (uchwała Senatu RP z dnia 29 maja 2003 r.). Między innymi zaproponował nadanie § 19 art. 115 k.k. brzmienia:

„19. Osobą pełniącą funkcję publiczną jest funkcjonariusz publiczny, członek organu samorządowego, osoba zatrudniona w jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, chyba że wykonuje wyłącznie czynności usługowe, a także inna osoba, której uprawnienia i obowiązki w zakresie działalności publicznej są określone lub uznane przez ustawę lub wiążącą Rzeczpospolitą Polską umowę międzynarodową”.

W takim też brzmieniu § 19 art. 115 k.k. 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 czynu zarzuconego M. M. przez oskarżyciela publicznego.

Patrząc na historię wykładni pojęcia „osoba pełniąca funkcję publiczną” za trafne uznać należy spostrzeżenie P. K., że, cyt. „o ile w początkowym okresie nacisk kładziono na publiczność funkcji, o tyle na przestrzeni lat modyfikowano optykę tak, by ostatecznie proces interpretacji koncentrować na niegdyś pozaustawowym, obecnie zaś stanowiącym element *definiensa* złożonym zwrocie „jednostka organizacyjna dysponująca środkami publicznymi”. Poszukując adekwatnej z punktu widzenia przyjmowanych intuicji sprawiedliwościowych podstawy kwalifikacji prawnej za łapownictwo w orzecznictwie stopniowo modyfikowano kryteria wykorzystywane do konkretyzacji sformułowania „osoba pełniąca funkcję publiczną” i wyznaczania jego zakresu znaczeniowego, konsekwentnie poszerzając zakres odpowiedzialności karnej. Przenosząc punkt ciężkości z

„publiczności funkcji” na „dysponowanie środkami publicznymi” dokonano zarazem specyficznego zabiegu odmiennego rozłożenia akcentów. Czyniąc podstawowym przedmiotem wykładni sformułowanie „dysponuje środkami publicznymi” - traktowane pierwotnie jako jedno z kryteriów publiczności funkcji - odwrócono zależność. Aktualnie bowiem element dysponowania środkami publicznymi samoistnie i niejako automatycznie przesądza o publiczności funkcji” (P. K., op. cit., s. 109).

W uzasadnieniu postanowienia z dnia 30 września 2010 r., I KZP 16/10, Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że „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). „Taki też pogląd wyraził Sąd Najwyższy w wyrokach z dnia 18 kwietnia 2007 r., III KK 298/06, zm. R-OSNKW 2007, poz. 145 CD, oraz z dnia 26 listopada 2009 r., IV KK 141/09, R-OSNKW 2009, poz. 2408. Krytycznie odnosząc się do zauważanej w orzecznictwie tendencji do stałego poszerzania zakresu odpowiedzialności karnej za sprzedajność i przekupstwo, odwołującej się wyłącznie do kryterium „dysponowania środkami publicznymi” przez jednostkę, w której zatrudniona jest dana osoba, P. K. zauważa, że ignoruje się przez to rolę i znaczenie dobra prawnego w procesie rekonstrukcji znamion oraz prowadzi do konsekwencji skutkujących objęciem zakresem kryminalizacji przewidzianej w

przepisach art. 228 i art. 229 k.k. sytuacji, wykraczających poza granice zakresowe typu czynu zabronionego określone w ustawie. Te są, jego zdaniem, współwyznaczone przez dobro prawne określone w znamionach konkretnego typu czynu zabronionego, którego ochronie służyć ma dana konstrukcja ustawowa. Wyznaczanie zaś zakresu kryminalizacji typów charakteryzujących przestępstwo sprzedajności i przekupstwa wyłącznie w oparciu o ustawową formułę definiującą pojęcie „osoba pełniąca funkcję publiczną”, oparte na szerokim rozumieniu terminu „środki publiczne” oraz pomijające znaczenie dobra prawnego dla określenia kręgu zachowań karalnych, prowadzi do sytuacji, w której niezależnie od pełnionych przez daną jednostkę organizacyjną zadań (które mogą mieć publiczny lub niepubliczny charakter), każdy zatrudniony w takiej jednostce, o ile nie pełni wyłącznie czynności usługowych, uznawany jest za zdatny podmiot łapownictwa. Zarazem przesądzenie tej podmiotowej okoliczności oznacza w tym modelu wykładniczym stwierdzenie wszystkich ustawowych przesłanek odpowiedzialności karnej za sprzedajność lub przekupstwo (P. Kardas, op. cit. s. 127-128).

Zasadnie w kasacji jej autor wywodzi, iż nie spełnia również standardu wynikającego z treści art. 433 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. sposób odniesienia się w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku do zarzutu z pkt IV apelacji. Jak podnosi skarżący, Sąd Apelacyjny, cyt. *„zarzucił argumentacji z apelacji nieadekwatność do realiów przedmiotowej sprawy twierdząc, że: „Tak sprecyzowany zarzut z pewnością byłby zasadny, gdyby oskarżony działał w imieniu spółki C. S.A. i w jej imieniu prowadził negocjacje dotyczące zbycia należących do spółki akcji. Natomiast w niniejszej sprawie oskarżony działał nie w imieniu i z umocowania spółki C., tylko jako wiceprezes zarządu T. sp. z o.o. - firmy zarządzającej [...] Narodowym Funduszem Inwestycyjnym oraz w imieniu banku [...] prowadząc negocjacje w sprawie zbycia należących do tych podmiotów akcji C.”* Dalej Sąd *ad quem* stwierdza kategorycznie, że istotna dla rozstrzyganego problemu jest struktura własnościowa [...] NFI i Banku [...], a nie spółki C. Tak sformułowane uzasadnienie braku merytorycznych podstaw zarzutu z punktu IV *petitum* apelacji świadczy o całkowitym niezrozumieniu przez Sąd Apelacyjny podniesionej w tym zakresie argumentacji skarżącego. Wskazany zarzut apelacyjny nie odnosił się do problematyki związanej z definiowaniem znamienia „osoba pełniąca funkcję

publiczną" (w tym tylko zakresie wskazanie przez Sąd *ad quem* na brak możliwości uznania C. S.A. za jednostkę dysponującą środkami publicznymi w rozumieniu art. 115 § 19 k.k. mogłoby bowiem cokolwiek tłumaczyć), ale zmierzał do wykazania, że brak było w realiach przedmiotowej sprawy związku pomiędzy pełnieniem przez oskarżonego funkcji publicznej, a wywieraniem przez niego wpływu na decyzję o zbyciu akcji C. S.A. na rzecz „A.” sp. z o.o., skoro „prywatny” status akcji C. S.A. spółki pozostającej poza Programem Powszechnej Prywatyzacji, przesądzał o tym, że w zakresie w jakim oskarżony ten wpływ wywoływał nie oddziaływał on na proces dysponowania środkami publicznymi w celach publicznych, nawet jeśli uznać za trafną - co do zasady kwestionowaną przez skarżącego tezę - że zarówno [...] NFI, jak i Bank [...] miały status jednostek dysponujących środkami publicznymi w rozumieniu art. 115 § 19 k.k. Podkreślenie statusu akcji C. S.A., jako akcji podmiotu prywatnego znajdującego się w obrocie rynkowym, było w perspektywie zarzutu podniesionego w punkcie IV *petitum* apelacji dla skarżącego istotne, aby unaocznić, że była to spółka pozostająca poza Programem Powszechnej Prywatyzacji, a więc spółka której nabycie a następnie zbycie akcji nie stanowiło elementu realizacji jakiegokolwiek celu publicznego, ale stanowiło przykład nakierowanej na zysk inwestycji kapitałowej. Wywieranie wpływu na decyzję o zbyciu akcji o takim statusie nie leżało więc w zakresie kompetencji oskarżonego, jako osoby pełniącej funkcję publiczną związaną z zarządzaniem [...] NFI, gdyż w związku z jego kompetencjami w tym zakresie leżało co najwyżej zbywanie akcji spółek prywatyzowanych w Programie Powszechnej Prywatyzacji” (cyt. za strony 34 kasacji).

Nie można odmówić też racji stanowisku z kasacji, iż nadmiernym uproszczeniem jest takie „odczytanie” zaprezentowanego wyżej poglądu prawnego Sądu Najwyższego wyrażonego w uzasadnieniu postanowienia z dnia 30 września 2010 r., I KZP 16/10, z którego ma wynikać teza, iż zakres kryminalizacji przestępstwa określonego w art. 228 k.k. po wprowadzeniu z dniem 1 czerwca 2003 r. definicji ustawowej zawartej w art. 115 § 19 k.k., nie uległ zmianie, co w konsekwencji pozwalało przyjąć, że osoba która spełnia kryteria określone w art. 115 § 19 k.k. niejako automatycznie jest „zaliczana” do kręgu zdolnych podmiotów

sprawczych przestępstwa z art. 228 k.k. na gruncie stanu prawnego sprzed dnia 1 lipca 2003 r.

Definicja ustawowa z art. 115 § 19 k.k. w części jest bowiem zakresowo „szersza” niż wynikająca z wykładni tego pojęcia jaka występowała w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych przed dniem 1 lipca 2003 r., w pewnym zaś obszarze jest zakresowo „węższa”.

Kierując się przedstawionymi wyżej motywami Sąd Najwyższy na podstawie art. 537 § 2 k.p.k. orzekł jak w wyroku.