

Dr hab. Celina Nowak, prof. INP PAN

Polska Akademia Nauk

ORCID: 0000-0001-5230-1057

e-mail: cnowak@inp.pan.pl

O potrzebie rzeczywistej kryminalizacji korupcji w sektorze prywatnym¹

On the need to really criminalize corruption in the private sector

Streszczenie

Artykuł poświęcony jest zagadnieniu kryminalizacji zachowań korupcyjnych w sektorze prywatnym. Postawiono w nim tezę, że art. 296a k.k. nie realizuje zaleceń wynikających z prawa międzynarodowego i prawa UE, bowiem odnosi się do korupcji w obrocie gospodarczym, obejmującej zachowania podejmowane zarówno w sektorze prywatnym, jak i publicznym. Celem artykułu jest krytyczna analiza aktualnie obowiązującego kształtu art. 296a k.k. w świetle prawa międzynarodowego i prawa UE oraz sformułowanie propozycji *de lege ferenda* nowego brzmienia tego przepisu, które umożliwiłoby w końcu penalizację wszystkich zachowań korupcyjnych mających miejsce w sektorze prywatnym oraz jednocześnie pełne dostosowanie polskiego prawa do wymogów międzynarodowych.

Słowa kluczowe: korupcja gospodarcza, kryminalizacja, korupcja w sektorze prywatnym

JEL: K24

Abstract

The article refers to the criminalization of corruptive behaviours in the private sector. It contains a thesis that Art. 296a of the Penal Code does not fulfil the requirements set forth in the international and EU law, as it constitutes an offence of economic corruption, covering corruptive behaviours undertaken both in the private and the public sectors. The aim of the article is to critically analyse the current wording of Art. 296a PC in the light of the international and EU law, as well as to formulate a *de lege ferenda* proposition of a new wording of this provision, which would finally penalize all corruptive behaviours in the private sector and at the same time put the Polish law in compliance with the international standards.

Keywords: economic corruption, criminalization, corruption in the private sector

Wstęp

Pojęcie korupcji gospodarczej często pojawia się w debacie publicznej oraz w piśmiennictwie prawniczym. Jego zakres znaczeniowy nie jest jednak wyraźnie ustalony. Właściwie każdy polski autor piszący na ten temat w obszarze prawa karnego odwołuje się do pochodzących z połowy lat 90. XX w. rozważań O. Górniok, która już wtedy wskazała na odrębności między kryminologicznym i dogmatycznym rozumieniem korupcji gospodarczej (Górniok, 1995b, s. 61 i n.) oraz zaproponowała, aby terminem „korupcja gospodarcza” określać akty przekupstwa i sprzedajności zmierzające do wywarcia wpływu na wydarzenia gospodarcze (zob. Górniok, 1995b, s. 6).

Najbardziej udaną próbę zdefiniowania pojęcia „korupcja gospodarcza” podjął J. Bojarski, który proponuje, aby terminu tego używać na opisanie „nieuczciwości w procesie podejmowania decyzji dotyczących działalności gospodarczej,

podczas którego podejmujący decyzję (w przedsiębiorstwie prywatnym lub służbie publicznej) zgadza się na odejście lub żąda odejścia od kryteriów, jakimi powinien kierować się przy podejmowaniu decyzji, w zamian za korzyść lub jej obietnicę, albo oczekuje korzyści, kiedy motywy wpływające na podjęcie decyzji nie mogą być elementem jej uzasadnienia” (Bojarski, 2015, s. 16). Co prawda, nasuwa się natychmiast pytanie, jak z kolei rozumieć pojęcie „decyzji dotyczących działalności gospodarczej”, ale ze względu na to, że działalność gospodarcza jest zdefiniowana w ustawie², można uznać, że sformułowanie „decyzje dotyczące” tego rodzaju działalności jest wystarczająco jasne. Nie ulega w każdym razie wątpliwości, że pojęcie korupcji gospodarczej dotyczy szerokiego spektrum zachowań korupcyjnych zachodzących zarówno w sektorze prywatnym, jak i publicznym (por. Kunicka-Michalska, 2004, s. 57).

Odnosząc te rozważania do przepisów Kodeksu karnego, można zauważyć, że mianem korupcji gospodarczej czy też łapownictwa gospodarczego obejmuje się obecnie typy przestępstw określone w art. 296a k.k. (począwszy od artykułu R.A. Stefańskiego — Stefański, 2004, s. 50 i n.), wcześniej zwane także łapownictwem czy przekupstwem menedżerskim (tak Zawłocki, 2004, s. 1025; tak samo np. Matusiak, 2013, s. 86 i n.).

Art. 296a k.k. został wprowadzony do polskiego porządku prawnego w 2003 r.³ w ramach procesu dostosowywania polskiego prawa karnego do wymogów płynących z prawa Unii Europejskiej i prawa międzynarodowego. Przyjmując go, nie implementowano jednak w pełni postanowień międzynarodowego antykorupcyjnego prawa karnego⁴, co wskazywano w literaturze (Nowak, 2008a, s. 389 i n.). W związku z tym w 2008 r. uchwalona została nowela do kodeksu karnego⁵, zmieniająca art. 296a k.k. Jak wynika z uzasadnienia do projektu tej ustawy, proponując uzupełnienie treści art. 296a § 1 k.k., projektodawcy powoływali się jedynie na konieczność pełniejszego dostosowania art. 296a k.k. do wymogów prawa Unii Europejskiej, a konkretnie do decyzji ramowej Rady UE 2003/568/WSiSW z 22.07.2003 r. w sprawie zwalczania korupcji w sektorze prywatnym. W rezultacie rozszerzono zakres podmiotowy kryminalizacji art. 296a k.k. o osoby pozostające w stosunku pracy, umowy zlecenia lub umowy o dzieło z jednostką organizacyjną wykonującą działalność gospodarczą, a także zakres znamion czynnościowych o znamię żądania, jak również dodano znamiona strony przedmiotowej odnoszące się do nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków. Od tego czasu przepis art. 296a k.k. obowiązuje w niezmiennym kształcie.

Do przepisu art. 296a k.k. można mieć wiele uwag szczegółowych⁶. Niemniej wydaje się, że krytyka odnosząca się do poszczególnych rozwiązań w ramach opisu czynów stypizowanych w art. 296a k.k. nie dotyka istoty problemu związanego z tym typem przestępstwa. Zasadniczą kwestią związaną z art. 296a k.k. jest bowiem, w moim przekonaniu, *ratio* tej kryminalizacji, ściśle łączące się z problemem dobra prawnego, ochronie którego ma służyć analizowany przepis. W moim przekonaniu krytyka art. 296a k.k. powinna mieć daleko bardziej fundamentalny wymiar — należy bowiem postulować usunięcie wskazanego przepisu jako bezcelowego. Temu zagadnieniu poświęcone jest niniejsze opracowanie.

Kryminalizacja korupcji w sektorze prywatnym w świetle prawa międzynarodowego i UE

Przystępując do analizy *ratio* przepisu art. 296a k.k., należy zauważyć, że spoczywający na polskim ustawodawcy obowiązek implementacji przepisów prawa międzynarodowego i unijnego, na który powoływano się przy okazji wprowadzania art. 296a k.k. do polskiej ustawy karnej, odnosi się do kryminalizacji zachowań korupcyjnych w sektorze prywatnym.

Wynika to z faktu, że w antykorupcyjnych instrumentach międzynarodowych i UE przeprowadzono bardzo jasny, dychotomiczny podział kryminalizowanych zachowań korupcyjnych — na zachowania korupcyjne podejmowane w sektorze

publicznym, odnoszące się do urzędnika czy funkcjonariusza publicznego, oraz na zachowania korupcyjne podejmowane w sektorze prywatnym, które dotyczą każdej osoby zarządzającej lub pracującej w jednostce sektora prywatnego. Samo pojęcie sektora prywatnego nie zostało co prawda wyjaśnione w aktach prawnych przyjmowanych przez te organizacje, niemniej w myśl art. 1 unijnej decyzji ramowej z 2003 r. wyrażenie „podmiot należący do sektora prywatnego” odnosi się do przedsiębiorstw, korporacji i wszelkich innych podmiotów, w tym także nieposiadających osobowości prawnej, pod warunkiem, że nie są własnością państwa.

Chronologicznie pierwszym wiążącym aktem prawa międzynarodowego przewidującym obowiązek kryminalizacji korupcji w sektorze prywatnym jest Prawnokarna konwencja Rady Europy o korupcji z 27.01.1999 r.⁷, ratyfikowana przez Polskę 11.12.2002 r.⁸, ze skutkiem od 1.04.2003 r.⁹ W art. 7 i 8 Konwencji nałożono na państwa-strony obowiązek kryminalizacji w prawie wewnętrznym umyślnych czynów popełnianych w toku działalności gospodarczej „polegających na obiecywaniu, proponowaniu lub wręczaniu, bezpośrednio lub pośrednio, każdej osobie kierującej lub pracującej w jakimkolwiek charakterze, na rzecz jakiegokolwiek podmiotu należącego do sektora prywatnego, jakichkolwiek nienależnych korzyści, dla niej samej lub na rzecz jakiegokolwiek innej osoby, w zamian za działanie lub zaniechanie działania, które narusza jej obowiązki” (łapownictwo czynne) oraz „polegających na żądaniu lub przyjmowaniu bezpośrednio lub pośrednio przez każdą osobę kierującą lub pracującą w jakimkolwiek charakterze na rzecz jakiegokolwiek podmiotu należącego do sektora prywatnego, jakichkolwiek nienależnych korzyści, lub akceptowaniu propozycji lub obietnicy takich korzyści w zamian za działanie lub zaniechanie działania, które narusza jej obowiązki” (łapownictwo bierne). Z komentarza do Konwencji wynika jasno, że kryminalizacja korupcji w sektorze prywatnym stanowiła dla Rady Europy krok „pionierski, lecz niezbędny dla uniknięcia luk w kompleksowej strategii zwalczania korupcji” (Rada Europy, 1999, pkt 52). Jednocześnie, uznając za celowe skupienie się na najbardziej dotkniętej korupcją sferze, Rada Europy ograniczyła zobowiązanie kryminalizacyjne do „działalności gospodarczej” (*business activity*, *activité commerciale*), wykluczając działalność non-profit i przypominając, że państwa mogą wprowadzić wyższy standard w prawie krajowym. Samo pojęcie „działalności gospodarczej” na gruncie Konwencji RE należy jednak rozumieć jak najszerszej, jako obejmujące wszelką działalność handlową i świadczenie usług, w tym usług o charakterze powszechnym (takich jak transport, dostarczanie elektryczności itp.) (Rada Europy, 1999, pkt 53).

Warto zwrócić w tym miejscu uwagę, że korzystając z możliwości przewidzianej w art. 37 Konwencji Polska zgłosiła zastrzeżenie do Konwencji ze względu na brak kryminalizacji korupcji w sektorze prywatnym w chwili wejścia Konwencji w życie wobec Polski. Zastrzeżenie to zostało wycofane w 2006 r. w związku z tym, że obowiązywał już wówczas art. 296a k.k. Moc obowiązująca zastrzeżenia wygasła w 2009 r., nie zostało ono odnowione. Polskie prawo karne powinno zatem wypełniać wszystkie zobowiązania wynikające z Konwencji Rady Europy w zakresie jej art. 7–8.

Drugim wiążącym Polskę instrumentem wprowadzającym obowiązek kryminalizacji w prawie krajowym korupcji w sektorze prywatnym jest przywołana już wyżej decyzja ramowa Rady UE 2003/568/WSiSW z 22.07.2003 w sprawie zwalczania korupcji w sektorze prywatnym. Jak wskazano w pkt 9 preambuły do decyzji ramowej, „państwa członkowskie przywiązują szczególną wagę do zwalczania korupcji zarówno w sektorze publicznym, jak i prywatnym, uznając, że w obu tych sektorach korupcja stanowi zagrożenie dla praworządnego społeczeństwa, a także zakłóca konkurencję w odniesieniu do kupna towarów lub usług oraz hamuje rozwój gospodarczy. W tym kontekście państwa członkowskie, które jeszcze nie ratyfikowały Konwencji Rady Europy z dnia 27 stycznia 1999 r. rozważą, w jaki sposób uczynić to jak najszybciej”.

Zachowanie, które państwa członkowskie mają obowiązek skryminalizować w prawie krajowym, opisano w art. 2 decyzji ramowej jako umyślne „obiecywanie, oferowanie lub przekazywanie, bezpośrednio lub przez pośrednika, osobie, która sprawuje jakąkolwiek funkcję kierowniczą w podmiocie działającym w sektorze prywatnym lub w nim pracuje, nienależnej korzyści jakiegokolwiek rodzaju, z przeznaczeniem dla tej osoby lub dla strony trzeciej, w takim celu, aby ta osoba podjęła działania lub powstrzymała się od podjęcia działań, z naruszeniem obowiązków tej osoby” (łapownictwo czynne) oraz umyślne „żądanie lub otrzymywanie — bezpośrednio lub przez pośrednika — nienależnej korzyści jakiegokolwiek rodzaju, lub też przyjmowanie obietnicy takiej korzyści, z przeznaczeniem dla siebie lub strony trzeciej, przy zarządzaniu podmiotem w sektorze prywatnym lub wykonywaniu w nim pracy na jakimkolwiek stanowisku, w celu podjęcia działań lub powstrzymania się od podjęcia działań, z naruszeniem obowiązków tej osoby” (łapownictwo bierne), jeżeli mają miejsce w toku działań gospodarczych. Dodatkowo wskazano, że przepisy te stosuje się do działań gospodarczych zarówno w podmiotach nastawionych na zysk, jak i w podmiotach nienastawionych na zysk.

Warto podkreślić, że w myśl art. 2 ust. 3 decyzji ramowej państwa mogły oświadczyć, że kryminalizacja korupcji w sektorze prywatnym będzie odnosiła się jedynie do „takich działań, które oznaczają lub mogą oznaczać zakłócenie konkurencji w odniesieniu do kupna towarów lub usług”. Z tej możliwości skorzystały cztery państwa, w tym Polska. Deklaracje te były ważne jedynie przez pięć lat od 22.07.2005 r. Rada nie podjęła decyzji o przedłużeniu ich ważności, w związku z czym Komisja Europejska uważa, że już nie obowiązują (Komisja Europejska, 2019), co oznacza, że możliwość ograniczenia kryminalizacji do zachowań godzących w uczciwą konkurencję została zniesiona.

Trzecim wiążącym aktem prawnym, w którym mowa jest o kryminalizacji korupcji w sektorze prywatnym, jest Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko korupcji, przyjęta 31.10.2003 r. przez Zgromadzenie Ogólne ONZ. Art. 21 Konwencji nie nakłada jednak na państwa-strony obowiązku wprowadzenia takiej kryminalizacji do prawa krajowego, a jedynie obowiązek rozważenia przyjęcia takiej kryminalizacji, nie ma on zatem charakteru bezwzględnego. Niemniej

i w tym przepisie mowa jest o podmiocie sektora prywatnego i zachowaniu umyślnym podjętym w ramach działalności gospodarczej, finansowej lub komercyjnej.

Analiza wskazanych przepisów prawa międzynarodowego i UE pozwala stwierdzić, że w antykorupcyjnych przepisach przyjętych przez organizacje międzynarodowe istotę omawianego przestępstwa, a tym samym *ratio* jego kryminalizacji, upatruje się w pierwszej kolejności w korupcyjnym naruszeniu zasad lojalności przez pracowników danej jednostki i z tej perspektywy rozpatruje się szkodliwość takich zachowań dla podmiotu sektora prywatnego. Twórcy międzynarodowych antykorupcyjnych aktów prawnych, wzorując się najwyraźniej na prawie francuskim (por. szerzej Nowak, 2008a, s. 116 i n.), uznali bowiem, że w sektorze prywatnym najważniejsza jest więź lojalności łącząca pracownika i pracodawcę, wynikająca z zawartej pomiędzy nimi umowy. Zakłócenia funkcjonowania wolnego rynku jako przedmiot ochrony, które były w początkowym okresie obowiązywania tych przepisów brane pod uwagę, choć drugoplanowo, obecnie nie mają już znaczenia jako przedmiot ochrony przy tej kryminalizacji.

Tak określony przedmiot ochrony wpłynął na konstrukcję znamion omawianego czynu w prawie UE i międzynarodowym. Otóż sprawcą łapownictwa czynnego w sektorze prywatnym, tak jak łapownictwa w sektorze publicznym, może być każda osoba. Odmiennie jednak niż przy korupcji w sektorze publicznym kształtuje się krąg sprawców w odniesieniu do łapownictwa biernego w sektorze prywatnym. Nie występuje tu bowiem funkcjonariusz publiczny, a osoba „sprawująca jakąkolwiek funkcję kierowniczą w podmiocie działającym w sektorze prywatnym lub w nim pracująca” (art. 2 ust. 1 decyzji ramowej z 2003 r.). Pojęcie to, w najszerszym ujęciu zaprezentowanym w Konwencji Rady Europy z 1999 r., obejmuje członków kierownictwa danego przedsiębiorstwa, szeregowych pracowników oraz osoby, które z danym podmiotem łączą stosunki innego rodzaju niż umowa o pracę (chodzi tu o umowy cywilnoprawne, łączące przykładowo przedsiębiorstwo z zewnętrznymi prawnikami, konsultantami, przedstawicielami) (Rada Europy, 1999, pkt 54).

W ujęciu przepisów międzynarodowych i unijnych również zachowanie osoby przyjmującej korzyść w ramach relacji korupcyjnej w sektorze prywatnym przedstawia się odmiennie niż przy korupcji w sektorze publicznym. Podczas gdy dla stwierdzenia bytu przestępstwa łapownictwa w sektorze publicznym wystarczające jest ustalenie, że nastąpiło przyjęcie korzyści lub przyjęcie obietnicy bądź propozycji korzyści w zamian za działanie lub zaniechanie działania w wykonywaniu funkcji, w ujęciu prawnomiędzynarodowym przestępstwo łapownictwa w sektorze prywatnym jest przestępstwem, do znamion którego należy naruszenie obowiązków przez osobę kierującą lub pracującą na rzecz podmiotu sektora prywatnego. Naruszenie obowiązków należy rozumieć szeroko, co najmniej jako każde niełojalne zachowanie, stanowiące naruszenie obowiązku ustawowego lub, w zależności od przypadku, naruszenie zawodowych zasad lub nakazów, mających zastosowanie w działalności osoby, która sprawuje jakąkolwiek funkcję kierowniczą w podmiocie działającym w sektorze prywatnym lub w nim pracuje (art. 1 decyzji ramowej), a nawet

jako naruszenie ogólnego obowiązku nieszkodzenia interesom pracodawcy, wynikającego ze specyfiki funkcjonowania w sektorze prywatnym (Rada Europy, 1999, pkt 55).

Implementacja unormowań międzynarodowych i unijnych do polskiego k.k.

W art. 296a k.k. polski ustawodawca stypizował sprzedajność (łapownictwo bierne — § 1) i przekupstwo (łapownictwo czynne — § 2) w obrocie gospodarczym w typie podstawowym oraz typ kwalifikowany sprzedajności (§ 4), wraz z wypadkiem mniejszej wagi odnoszącym się do obu postaw łapownictwa w obrocie gospodarczym (§ 3). Przepis art. 296a w § 5 zawiera także klauzulę bezkarności odnoszącą się do sprawców przekupstwa w obrocie gospodarczym.

Powszechnie uznaje się w doktrynie, że rodzajowym przedmiotem ochrony tych typów przestępstw jest obrót gospodarczy rozumiany jako „prawidłowość funkcjonowania obrotu gospodarczego oraz zasady uczciwego obrotu w warunkach gospodarki rynkowej” (Kardas, 2011, s. 493). Większy kłopot nastręcza określenie indywidualnego przedmiotu ochrony typów czynów zabronionych z art. 296a. R. Zawłocki pisał, że „indywidualnym przedmiotem ochrony omawianych przepisów są interesy gospodarcze przedsiębiorcy, którego menedżer przyjmuje nieuprawnioną korzyść w zamian za, określone w ustawie, nieuczciwe zachowanie w zarządzaniu mieniem przedsiębiorstwa” (Zawłocki, 2012, s. 8). Podobnie P. Kardas stwierdza, że indywidualnym przedmiotem ochrony jest „prawidłowe funkcjonowanie jednostek gospodarczych oraz szeroko rozumiane interesy przedsiębiorców, a także w pewnym zakresie interesy nabywców towarów i usług oferowanych przez jednostki organizacyjne wykonujące działalność gospodarczą”, jak również zasady „uczciwej, wolnej i opartej na dobrych obyczajach konkurencji” (Kardas, 2011, s. 493).

Tak szeroka konstrukcja przedmiotu ochrony wynika z bardzo szeroko ujętych znamion typów przestępstw z art. 296a k.k., w szczególności ze znamion modalnych strony przedmiotowej, zgodnie z którymi zachowanie korupcyjne musi wiązać się z nadużyciem udzielonych uprawnień lub niedopełnieniem ciążącego obowiązku „mogących wyrządzić tej jednostce szkodę majątkową albo stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji lub niedopuszczalną czynność preferencyjną na rzecz nabywcy lub odbiorcy towaru, usługi lub świadczenia” (szczegółowo o tych znamionach zob. Kardas, 2011, s. 465 i n.). Znamiona te, trzeba to jasno stwierdzić, są sprzeczne z zakresem kryminalizacji wymaganym przez przepisy międzynarodowe oraz UE. Dwa z nich czynią z typów przestępstw z art. 296a k.k. przestępstwa przeciwko zasadom uczciwej konkurencji (zob. A. Golonka, 2013, s. 51 i n.), a trzecie zawęża zakres kryminalizacji do czynów „mogących wyrządzić szkodę majątkową”, co jest niezgodne z minimalnym standardem kryminalizacyjnym w prawie międzynarodowym i UE¹⁰.

Docenić trzeba wysiłek niektórych autorów, którzy próbują zrationalizować zakres kryminalizacji czynów z art. 296a

k.k., interpretując ich znamiona w perspektywie międzynarodowej i unijnej. W szczególności na uznanie zasługuje M. Iwański, który konstruuje złożony indywidualny przedmiot ochrony przestępstw z art. 296a k.k., uznając, że obejmuje on: „lojalność osób zajmujących stanowiska kierownicze w jednostkach organizacyjnych prowadzących działalność gospodarczą lub zatrudnionych w nich na podstawie stosunku pracy, umowy zlecenia lub umowy o dzieło, wobec zatrudniających je podmiotów (lub patrząc na sprawę z odwrotnej perspektywy — zaufanie tych podmiotów do takich osób)” (Iwański, 2016, s. 427), a także „interesy majątkowe podmiotów wykonujących działalność gospodarczą” (Iwański, 2016, s. 427) oraz zasady uczciwej konkurencji (Iwański, 2016, s. 428), a ponadto „interesy gospodarcze innych podmiotów działających na rynku (konkurentów), a także interesy konsumentów, rozwój gospodarczy jako taki oraz zaufanie społeczne do obrotu gospodarczego” (Iwański, 2016, s. 431).

Ten sam autor próbuje rozgraniczyć korupcję w sektorze publicznym od korupcji w sektorze prywatnym, stawiając tezę, zgodnie z którą działalność publiczna nie obejmuje działalności gospodarczej (Iwański, 2016, s. 437 i rozdział V). Jego wywód jest interesujący, niemniej prowadzony *contra legem*, bowiem ustawodawca takich rozróżnień nie przeprowadza. Wręcz przeciwnie, w art. 296a k.k. stypizowano przestępstwo łapownictwa obejmujące zachowania korupcyjne związane z działalnością gospodarczą, zachodzące zarówno w sektorze prywatnym, jak i publicznym, co wynika z szerokiego zakresu pojęcia „jednostka organizacyjna wykonująca działalność gospodarczą” (Kardas, 2011, s. 503 i n.). Zrównane zostały w tym względzie sytuacja prawna i zasady odpowiedzialności karnej menedżerów, którzy nie mają statusu osoby pełniącej funkcję publiczną i zarządzają mieniem prywatnym, z tymi, którzy taki status mają (zob. Zawłocki, 2004, s. 1027). Oznacza to jednocześnie, że możliwy jest kumulatywny zbieg przepisów art. 296a k.k. i art. 228 oraz 229 k.k. w sytuacji, gdy sprawca, który otrzymuje korzyść lub jej obietnicę, wypełnia przesłanki definicji osoby pełniącej funkcję publiczną¹¹.

Polski ustawodawca próbował dostosować znamiona typów przestępstw z art. 296a k.k. do tych wymogów, wprowadzając przy okazji noweli z 2008 r. do ich opisu znamiona „nadużycia uprawnień lub niedopełnienia obowiązku”. Niestety, ponieważ znamiona te są zaczerpnięte z opisu czynu z art. 296 k.k., doktryna pogrążyła się w rozważaniach na temat podobieństw między art. 296 a 296a k.k. (zob. Kardas, 2011, s. 499 i n.), zamiast zauważyć, że w istocie ustawodawcy chodziło o naruszenie obowiązku lojalności łączącego sprawcę z podmiotem sektora prywatnego.

Wnioski de lege ferenda

Ponieważ organizacje międzynarodowe uznają korupcję za zjawisko naruszające zasady uczciwości i lojalności w każdej sferze życia społecznego, czy to w sektorze publicznym, czy prywatnym, z przepisów międzynarodowych i unijnych wynika, że przed ustawodawcą krajowym stoi wyzwanie zbudowa-

nia kompleksowej strategii antykorupcyjnej, w ramach której ochrona prawna ma objąć zarówno sektor publiczny, jak i sektor prywatny¹².

Aktualne brzmienie przepisu art. 296a k.k. sprawia, że przepis ten nie stanowi elementu takiej strategii — przede wszystkim dlatego, że ustawodawca polski zamiast skonstruować typ przestępstwa korupcji w sektorze prywatnym, błędnie stypizował w art. 296a k.k. przestępstwo korupcji w obrocie gospodarczym, w istocie będące *superfluum* ustawowym, w dużej mierze przecież, jak wykazano, przewidujące kryminalizację tych samych czynów co w art. 228 i 229 k.k., przy czym łagodniej karanych¹³. Z tych względów praktyczne znaczenie art. 296a k.k. jest marginalne, na co wskazywał słusznie M. Iwański (Iwański, 2009, s. 73 i n.) i co odzwierciedlają dostępne dane statystyczne¹⁴. W konsekwencji uważam, że utrzymywanie omawianego przepisu w obecnym kształcie w ustawie nie jest celowe.

Chronionym dobrem prawnym w kontekście zachowań korupcyjnych w sektorze prywatnym powinien być interes społeczeństwa, a w szczególności podmiotów sektora prywatnego, polegający na wolności od zachowań korupcyjnych w ramach sektora prywatnego oraz na lojalności między pracodawcą a pracownikiem w ramach tego sektora. Ustawodawca powinien zatem skonstruować nowy typ przestępstwa, odnoszący się wyłącznie do korupcji w sektorze prywatnym. Analizy z tej perspektywy wymagają, po pierwsze, zakres podmiotowy i, po drugie, zakres przedmiotowy kryminalizacji przewidzianej w art. 296a k.k.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zakresu podmiotowego, można stwierdzić, że ustalenie, iż przedmiotem ochrony jest zasada zaufania i lojalności w ramach sektora prywatnego oraz wolne od korupcji funkcjonowanie podmiotów w tym sektorze, powinno przemawiać za utrzymaniem obecnego zakresu podmiotowego kryminalizacji z art. 296a k.k. M. Iwański krytycznie stwierdza, że obecny zakres podmiotowy typu przestępstwa z art. 296a § 1 k.k. jest za szeroki, gdy porównać go z zakresem podmiotowym przestępstw łapowniczych w sektorze publicznym. Autor ten wskazuje na występujące w sektorze publicznym ograniczenie odpowiedzialności do osób, które wykonują czynności inne niż tylko usługowe, proponując wprowadzenie podobnego ograniczenia do kryminalizacji zachowań korupcyjnych w sektorze prywatnym (por. Iwański, 2009, s. 72). Nie jest to jednak stanowisko trafne. Po pierwsze, należy stwierdzić, że każdy pracownik, także wykonujący czynności usługowe, może godzić w chronione dobro prawne, każdy może bowiem dopuścić się zachowania sprzecznego z zasadami uczciwej konkurencji lub też sprzeniewierzyć się lojalności łączącej go z pracodawcą. Po drugie, różnice między ujęciem zakresu podmiotowego przestępstw korupcyjnych w sektorze publicznym i przestępstw korupcyjnych w sektorze prywatnym odnoszące się do pełnienia czynności usługowych wynikają z bardzo szerokiego kręgu osób podlegających odpowiedzialności za łapownictwo w sektorze publicznym. Utrzymanie pochodzących z orzecznictwa z lat 50. XX w. klauzul odnoszących się do wykonywania czynności usługowych miało na celu zawężenie podmiotowego zakresu stosowania przepisów o łapownictwie w sektorze publicznym, by zachować choćby pozory racjonalności po wpro-

wadzeniu w 2003 r. do k.k. tak szerokiej definicji jak definicja osoby pełniącej funkcję publiczną przewidziana w art. 115 § 19 k.k.¹⁵ Wydaje się, że zamiast ograniczać zakres podmiotowy kryminalizacji korupcji w sektorze prywatnym (co byłoby sprzeczne z normami UE i międzynarodowymi), należałoby raczej podjąć systemową analizę całości przepisów polskiego prawa karnego wprowadzających odpowiedzialność za zachowania korupcyjne, w tym podmiotowego zakresu kryminalizacji przewidzianego w art. 228 i 229 k.k., w perspektywie ich modyfikacji i racjonalizowania.

Odnosząc się natomiast do zakresu przedmiotowego kryminalizacji z art. 296a k.k., wydaje się, że opis czynu powinien w większym stopniu odpowiadać znamionom czynów korupcyjnych w sektorze publicznym. Należy postulować usunięcie z opisu czynu następujących znamion: „czyn nieuczciwej konkurencji”, „niedopuszczalna czynność preferencyjna na rzecz nabywcy lub odbiorcy towaru, usługi lub świadczenia”, „możliwość wyrządzenia szkody majątkowej”.

Można proponować przyjęcie nowego brzmienia art. 296a k.k., na przykład w tej formie: „§ 1. Kto, nie będąc osobą pełniącą funkcję publiczną, kierując jednostką organizacyjną sektora prywatnego wykonującą działalność gospodarczą lub pozostając z nią w stosunku pracy, umowy zlecenia lub umowy o dzieło, żąda lub przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą albo jej obietnicę, w zamian za nadużycie udzielonych mu uprawnień lub niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku, podlega karze... § 2. Tej samej karze podlega, kto w wypadkach określonych w § 1 udziela albo obiecuje udzielić korzyści majątkowej lub osobistej”¹⁶. Brzmienie nowego przepisu może i powinno podlegać dyskusji, niemniej zasadniczym celem kryminalizacji musi być wyraźne oddzielenie czynów korupcyjnych, które zachodzą w sektorze prywatnym, od czynów zachodzących w sektorze publicznym, i zbudowanie takich typów przestępstw, na podstawie których można by penalizować zachowania korupcyjne zachodzące jedynie między podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą w sektorze prywatnym. Umożliwi to dostosowanie polskich przepisów do wymogów międzynarodowych, a jednocześnie kryminalizację pełnego spektrum zachowań korupcyjnych zachodzących w sektorze prywatnym.

Pełne dostosowanie przepisów polskiego k.k. do zakresu kryminalizacji, jaki wynika z dokumentów unijnych i międzynarodowych, pozwoli w końcu na pociąganie do odpowiedzialności karnej sprawców wszystkich rodzajów czynów korupcyjnych. Rzeczywista kryminalizacja zachowań korupcyjnych godzących w jednostki prywatne prowadzące działalność gospodarczą prowadziłaby do rozszerzenia pola walki z korupcją na sektor prywatny już bez wskazanych wyżej ograniczeń wynikających aktualnie z art. 296a k.k.¹⁷. Pełniejsza niż obecnie kryminalizacja czynów korupcyjnych w sektorze prywatnym miałaby także walor odstraszający wobec potencjalnych sprawców i stanowiłaby jasny wyraz przekonania ustawodawcy o konieczności objęcia ochroną prawną przed korupcją także sektora prywatnego.

W moim przekonaniu nie ma potrzeby dodatkowo i w szczególny sposób kryminalizować zachowań korupcyjnych, które zawierają element gospodarczy. Wyróżnienie ich nie jest celowe przede wszystkim dlatego, że nie jest ja-

sne, jak można by sformułować różnicujące kryterium „gospodarczości” tych zachowań, według którego czyny te miałyby być odróżniane od innego rodzaju niegospodarczych czynów korupcyjnych¹⁸. W tym sensie jestem zdania, że pojawiające się w piśmiennictwie pojęcie „korupcja gospodarcza” powinno stanowić jedynie kategorię opisową, a nie kategorię prawną.

Rozważania odnoszące się do typu przestępstwa z art. 296a k.k. powinny ponadto skłaniać do szerszej refleksji na temat mechanizmów implementacji do polskiego prawa karnego

przepisów wprowadzających konieczność kryminalizacji określonych rodzajów zachowań. Oczywiście, najczęściej jedynym — i jak wskazuje praktyka — wystarczającym uzasadnieniem przyjęcia takich kryminalizacji jest *ratio europensis*, czy szerzej *ratio internationalis* (por. Gardocki, 1990, s. 73). Konieczność implementacji przepisów prawa międzynarodowego nie może jednak zwalniać ustawodawcy krajowego od dokonania bardziej pogłębionej analizy założeń kryminalizacyjnych na płaszczyźnie prawa międzynarodowego i prawa UE.

Przypisy/Notes

¹ Artykuł opracowany w ramach realizacji projektu badawczego o nr 2016/21/B/HS5/02051 pt. *Compliance jako narzędzie zapobiegania korupcji*, finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki.

² Por. art. 3 ustawy z 6.03.2018 r. — Prawo przedsiębiorców, t.j. Dz.U. 2019, poz. 1292 ze zm.

³ Ustawa z 13.06.2003 r. o zmianie ustawy — Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. nr 111, poz. 1061.

⁴ Używam tego pojęcia w znaczeniu, jakie mu nadałam w pracy: Nowak, 2008a, s. 133.

⁵ Ustawa z 24.10.2008 r. o zmianie ustawy — Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. nr 214, poz. 1344.

⁶ Uwagi te wyrażano w piśmiennictwie, zob. zwłaszcza: Iwański, 2009, s. 71 i n.; Iwański, 2016, s. 421 i n.

⁷ Tekst polski opublikowany w Dz.U. z 2005 r., nr 29, poz. 249.

⁸ Ustawa z 5.06.2002 r. o ratyfikacji Prawnokarnej konwencji o korupcji, sporządzonej w Strasburgu dnia 27 stycznia 1999 r., Dz.U. nr 126, poz. 1066.

⁹ Por. oświadczenie rządowe z 23.08.2004 r. w sprawie mocy obowiązującej Prawnokarnej konwencji o korupcji, sporządzonej w Strasburgu dnia 27 stycznia 1999 r., Dz.U. z 2005 r., nr 29, poz. 250.

¹⁰ To ostatnie znamię stanowi echo rozwiązania przewidzianego jeszcze we wspólnym działaniu Rady UE z 22.12.1998 r. o korupcji w sektorze prywatnym. Zgodnie z art. 2 ust. 2 i art. 3 ust. 2 tego dokumentu, zakres kryminalizacji czynów korupcyjnych w sektorze prywatnym mógł zostać przez państwa członkowskie UE ograniczony do czynów, które naruszały lub mogły naruszyć zasady uczciwej konkurencji albo powodowały lub mogły spowodować wyrządzenie szkody gospodarczej innym podmiotom poprzez nienależne przyznanie lub niewłaściwe wykonanie umowy. Od możliwości odwołania się w znamionach strony przedmiotowej do pojęcia „szkody” odstąpiła sama UE w decyzji ramowej z 2003 r., polski ustawodawca przeoczył jednak tę zmianę, co dodatkowo, w sposób nieuzasadniony, zawężyło pole kryminalizacji czynów stypizowanych w art. 296a k.k.

¹¹ Tak trafnie zauważa P. Kardas (2016, art. 296a). Tak samo twierdzą J. Bojarski i T. Oczkowski (2004, s. 88); nie zauważa tej możliwości R. A. Stefański (2004).

¹² Por. np. przepisy rozdziału II Konwencji NZ przeciwko korupcji w 2003 r., nakazujące państwom wprowadzenie w życie lub utrzymanie istniejącej skoordynowanej polityki antykorupcyjnej, obejmującej działalność sektora publicznego, prywatnego oraz trzeciego sektora (organizacji pozarządowych, społeczeństwa obywatelskiego).

¹³ W art. 228 i 229 k.k. w typie podstawowym przewidziana sankcja to pozbawienie wolności od 6 miesięcy do lat 8, zaś w art. 296a — pozbawienie wolności od 3 miesięcy do lat 5.

¹⁴ Jak wynika z Informatora Statystycznego Wymiaru Sprawiedliwości, liczba osób prawomocnie skazanych z art. 296a k.k. wynosiła w 2018 r.: § 1 — 10 osób, § 2 — 6 osób; w 2017 r. — odpowiednio 11 i 8 osób; w 2016 r. — 20 i 6; w 2015 r. — 9, 7 i § 4 — 1 osoba; w 2014 r. — 7 i 7 osób; w 2013 r. — 9 i 3 osoby, § 3 w zw. z § 1 — 1 osoba; w 2012 r. — 10, 5, § 3 — 2 osoby; w 2011 r. — 9, 1, § 3 — 1 osoba; w 2010 r. — 6 i 7; w 2009 r. — 6 i 5; w 2008 r. — 8, 5, § 3 w zw. z § 1 — 1 osoba, § 3 w zw. z § 2 — 1 osoba; [https://isws.ms.gov.pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/\(01.02.2021\)](https://isws.ms.gov.pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/(01.02.2021)).

¹⁵ Krytykowałam tę definicję w innym miejscu: zob. Nowak, 2008b.

¹⁶ Proponowałam już w innym miejscu zmianę redakcji art. 296a k.k. Por. Nowak, 2008a, s. 393.

¹⁷ Poza nawiasem prawa karnego pozostalyby wówczas tylko czyny korupcyjne dokonywane wobec podmiotów sektora non-profit, które nie prowadzą działalności gospodarczej, ale celowość ich kryminalizacji rodzi wątpliwości z punktu widzenia polityki kryminalnej.

¹⁸ Ponadto nie byłoby to celowe, gdyby grożąca za nie sankcja miała być niższa niż sankcja grożąca za czyny korupcyjne inne niż gospodarcze, jak to ma miejsce obecnie.

Bibliografia/References

- Bojarski, J. (2015). *Korupcja gospodarcza. Studium z dziedziny polityki kryminalnej*. Toruń: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika.
- Bojarski, J., Oczkowski, T. (2004). Penalizacja korupcji gospodarczej w polskim prawie karnym. *Prokuratura i Prawo*, (4).
- Gardocki, L. (1990). *Zagadnienia teorii kryminalizacji*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Golonka, A. (2013). Korupcja gospodarcza jako przestępstwo przeciwko zasadom uczciwej konkurencji. *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, (3).
- Górniok, O. (1995a). O korupcji gospodarczej i niektórych sposobach jej zwalczania. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, (2–3).
- Górniok, O. (1995b). O korupcji gospodarczej w warunkach gospodarki rynkowej. *Problemy Prawa Karnego*, 21.
- Iwański, M. (2009). Nowa postać łapownictwa gospodarczego (po nowelizacji art. 296a § 1 k.k.). *Państwo i Prawo*, (10).
- Iwański, M. (2016). *Odpowiedzialność karna za przestępstwa korupcyjne*. Kraków: Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja.
- Kardas, P. (2011). Przestępstwo łapownictwa gospodarczego. W: R. Zawłocki (red.), *System prawa karnego. Tom 9. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarce*. Warszawa: C.H. Beck.
- Kardas, P. (2016). W: A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363 k.k.*, wyd. IV. Warszawa.
- Komisja Europejska (2019). Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady oceniające, w jakim zakresie państwa członkowskie podjęły środki niezbędne do zapewnienia zgodności z decyzją ramową Rady 2003/568/WSIW z dnia 22 lipca 2003 r. w sprawie zwalczania korupcji w sektorze prywatnym, 26.7.2019, COM(2019) 355 final. Bruksela.
- Kunicka-Michalska, B. (2004). Polityka kryminalna w dziedzinie korupcji w sektorze prywatnym w Polsce. W: J. C. Ferré Olivé, E. Musco, B. Kunicka-Michalska, J. A. Cabral i in., *Korupcja prywatna. Corrupción en el sector privado. Corruzione nel settore privato. Corrupção no sector privado. Program Grotius II Penal*. Materiały z konferencji w Krakowie, 10–13.07.2003 r., INP PAN, Warszawa.

Matusiak, A. (2013). Przekupstwa menadżerskie. *Ius Novum*, 7(3).

Nowak, C. (2008a). *Korupcja w polskim prawie karnym na tle rozwiązań międzynarodowych*. Warszawa: C.H. Beck.

Nowak, C. (2008b). O pojęciu „osoba pełniąca funkcję publiczną”. W: J. Jakubowska-Hara, C. Nowak, J. Skupiński (red.), *Reforma prawa karnego*.

Propozycje i komentarze. Księga pamiątkowa Profesor B. Kunickiej-Michalskiej. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.

Rada Europy (1999). Explanatory Report to the Criminal Law Convention on Corruption, Strasbourg.

Stefański, R. A. (2004). Przestępstwo korupcji gospodarczej (art. 296a k.k.). *Prokuratura i Prawo*, 3.

Zawłocki, R. (2004). W: A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Zawłocki, R. (2012). Przestępstwo korupcji menedżerskiej (analiza dogmatyczna przepisu art. 296a § 1 k.k.). *Przegląd Antykorupcyjny*, (2).

Dr hab. Celina Nowak, prof. INP PAN

Jest absolwentką WPiA UW oraz studiów podyplomowych na Université de Paris I — Panthéon-Sorbonne. W 2007 r. uzyskała stopień doktora nauk prawnych, zaś w 2015 r. stopień doktora habilitowanego. Obecnie pełni funkcję dyrektora Instytutu Nauk Prawnych PAN. Jej zainteresowania badawcze koncentrują się na prawie karnym, prawie karnym porównawczym, międzynarodowym i transnarodowym prawie karnym oraz prawie karnym UE. Opublikowała liczne artykuły i rozdziały w książkach w jęz. polskim, angielskim i francuskim. Jest autorką dwóch monografii i redaktorką naukową kolejnych dziesięciu. Kierowała i brała udział w licznych komparatystycznych projektach badawczych w Polsce i za granicą.

Dr hab. Celina Nowak, prof. INP PAN

Associate Professor, holds a Masters' degree of the Warsaw University and a postgraduate diploma of the Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne. She received her PhD in 2007 and her habilitation in law in 2015. She currently holds a position of Director of the Institute of Law Studies of the Polish Academy of Sciences. Prof. Nowak's research interests focus in particular on criminal law, comparative criminal law, international & transnational criminal law, European criminal law. She has published various articles and chapters in edited books in Polish, English and French. She is also the author of two monographs and editor and co-editor of ten more. She has been a leader and participant of many comparative law research projects in Poland and abroad.

PWE poleca

Warto przeczytać!



Książka przedstawia wielopłaszczyznowe ujęcie zarządzania projektami współfinansowanymi z funduszy strukturalnych Unii Europejskiej w kontekście rozwoju regionalnego. W obliczu bieżącej debaty o przyszłości polityki spójności UE i formułowanych argumentów o nowych kierunkach interwencji strukturalnej, które implikują zmiany na wszystkich poziomach rozwoju regionalnego, problem podjęty w pracy należy uznać za aktualny i ważny dla dyscypliny nauk o zarządzaniu.

Publikacja może być przydatna zwłaszcza dla pracowników urzędów centralnych i regionalnych w Polsce ubiegających się o projekty finansowane z funduszy Unii Europejskiej. Jest ona adresowana również do pracowników naukowych, doktorantów oraz studentów i słuchaczy szkół menedżerskich i programów MBA. Zalecić ją można również do wykorzystania przez środowisko biznesu jako pomoc w określaniu kierunków rozwoju przedsiębiorstw w kontekście możliwości uzyskania finansowania zgodnie z priorytetami wspieranymi w strategicznych programach Unii Europejskiej i Polski.

www.pwe.com.pl