

Prokuratura i Prawo

NR 6/czerwiec 2021



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa

RADA NAUKOWA

Przewodniczący – **Bogdan ŚWIĘCZKOWSKI**
Członkowie: Janina BŁACHUT, Władysław CZAPLIŃSKI, Romuald KMIECIK, Małgorzata MANOWSKA, Lech K. PAPRZYCKI, Emil PLYWACZEWSKI, Zygfryd SIWIK, Sławomir STEINBORN, Bogusław SYGIT, Zbigniew SZCZĄSKA, Włodzimierz WRÓBEL, Andrzej ZYBERTOWICZ

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodniczący – **Marek SADOWSKI**
Członkowie: Beata HŁAWACZ, Małgorzata KOZŁOWSKA, Jacek MOTAWSKI, Tomasz SZAFRAŃSKI, Anna WDOWIARZ-PELC, Marek WOŹNIAK, Adam ZBIERANEK

REDAKCJA

Redaktor Naczelny – **Marek SADOWSKI**
Z-ca Redaktora Naczelnego – Anna WDOWIARZ-PELC
Sekretarz Redakcji – Wojciech KOTOWSKI

Współpraca: Justyna KRAKOWIAK

WYDAJE
PROKURATURA KRAJOWA
Adres Redakcji:
02-676 Warszawa, ul. Postępu 3
Tel. 22 12 51 549
e-mail: redakcja@pk.gov.pl

Projekt okładki
Studio Karandasz

Skład i korekta:
Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych
31-033 Kraków, ul. Westerplatte 9
tel. 12 422 87 55, fax 12 422 38 50
e-mail: wydawnictwo@ies.krakow.pl
www.ies.krakow.pl/wydawnictwo/prokuratura/index.php

Druk i dystrybucja:
Wydawnictwo Diecezjalne i Drukarnia w Sandomierzu
27-600 Sandomierz, ul. Żeromskiego 4
tel. 15 649 97 00
e-mail: marketing@wds.com.pl
www.wds.pl

ISSN 1233-2577 nakład 2000 egz.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

Spis treści
Table of contents

Artykuły/*Articles*

dr Paweł Falenta, wykładowca Uniwersytetu Wrocławskiego	
Nowy art. 52a k.p.k. jako realizacja praw pokrzywdzonego	5
<i>New Article 52a of the Code of Criminal Procedure: the exercise of victims' rights</i>	17
dr Janusz Kanarek, adwokat, Okręgowa Rada Adwokacka w Bydgoszczy	
Istota zewnętrznego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym skarbowym, jego geneza oraz uzasadnienie zastosowania	18
<i>Penal fiscal law: essence, origin, and applicability of external concurrence of provisions</i>	44
dr Maciej Aleksander Kędzierski, radca prawny Okręgowej Izby Radców Prawnych w Warszawie	
Obowiązki i odpowiedzialność oficera AML (AMLO) w instytucji obowiązaney (część 2)	45
<i>Duties and responsibilities of the AML officer (AMLO) in the obligated institution (part 2)</i>	72
Michał Makowski, prokurator Prokuratury Rejonowej Warszawa Śródmieście-Północ w Warszawie	
Depenalizacja przestępstwa oszustwa w zakresie zamówienia publicznego? Analiza płaszczyzny bezprawności i karalności zachowania dezinformacyjnego w świetle nowej ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 297 § 1 k.k. (część 2)	73
<i>Depenalisation of public procurement fraud? Analysis of a plane of unlawfulness and punishability of disinformation spreading behaviours in the light of the new Public Procurement Law and Art. 297 (1) of the Penal Code (Part 2)</i>	108

Materiały szkoleniowe/*Training material*

dr Bolesław Kurzępa, adiunkt Politechniki Rzeszowskiej	
Prawnkarne aspekty procesu budowlanego	109
<i>Building law: criminal-law aspects of a construction process</i>	134

Glosy/Commentaries

do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20 września 2019 r., sygn. II GSK 1408/18 (dot. uprawnień Komisji Nadzoru Finansowego) – oprac. prof. dr hab. Robert Stefanicki	135
<i>to the judgment issued by the Supreme Administrative Court on 20 September 2019, ref. no. II GSK 1408/18 (concerns powers of the Financial Supervision Authority) – by prof. Robert Stefanicki</i>	149

Z historii Prokuratury/Prosecutor's office: historical overview

Mjr aud. Henryk Piotr Florjan Urbański wiceprokurator Wojskowej Prokuratury Okręgowej Nr VI we Lwowie	151
---	-----

ARTYKUŁY

Paweł Falenta

Nowy art. 52a k.p.k. jako realizacja praw pokrzywdzonego

Streszczenie

Niniejszy artykuł ukazuje zakres i ryzyka związane z wprowadzeniem do Kodeksu postępowania karnego¹ art. 52a wdrażającego unijne dyrektywy dotyczące ochrony pokrzywdzonego. W artykule tym zostaną pokazane unijne podstawy do implementacji ww. przepisu do krajowego porządku prawnego z odniesieniem do ich celu i formy stosowania. W kolejnej części autor omówił szczegółowe uregulowania dotyczące czynności procesowych z art. 52a k.p.k., ze zwróceniem uwagi na ich istotność i zastosowanie w procedurze karnej. Całość kończą syntetyczne wnioski dotyczące wdrażanego przepisu. Jako główne tezy artykułu należy wywieść: 1) Wprowadzony przepis stanowi niezbędny element porządku prawnego w zakresie praw pokrzywdzonego, 2) Zakres oceny indywidualnej przez zastosowaniem określonych środków jest procesem złożonym i wymagającym aktualizacji na różnych etapach postępowania, 3) Implementowany przepis niesie za sobą wiele ryzyk dotyczących jego stosowania w praktyce.

1. Wprowadzenie

Art. 52a k.p.k. został ujęty w projekcie ustawy w druku nr 732 z dnia 5 listopada 2020 r.² Wprowadzony został ustawą z dnia 16 grudnia 2020 r.³

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 30 z późn. zm.).

² [Http://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=732](http://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=732), data dostępu: 16 marca 2021 r.

Ustanowiony przepis wymuszony został pełną i zarazem dalszą implementacją dwóch dyrektyw: dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiającej normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępującej decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW⁴ oraz dyrektywy Parlamentu i Rady 2011/93/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępującej decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW⁵. Choć polski ustawodawca wdrożył już do polskiego porządku prawnego większość uregulowań wskazanych dyrektyw, m.in. do Kodeksu postępowania karnego, Kodeksu karnego wykonawczego⁶, ustawy o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka⁷, ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie⁸, to art. 52a k.p.k. stanowi kolejny element wdrożenia, tym razem art. 22 dyrektywy 2012/29 i art. 19 ust. 3 dyrektywy 2011/93. Wprowadzenie art. 52a k.p.k. stanowi zarazem realizację jednej z zasadniczych zasad postępowania karnego dotyczących uwzględnienia w nim prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego (art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k.). Ostateczny kształt art. 52a k.p.k. przyjął treść: Mając na względzie potrzebę zastosowania wobec pokrzywdzonego art. 147 § 1 w odniesieniu do czynności, o której mowa w art. 143 § 1 pkt 2, a także art. 177 § 1a, art. 184–185c, art. 299a § 1, art. 360 § 1 pkt 1 lit. d oraz pkt 3, art. 390 § 2 i 3 oraz art. 10 ust. 2 ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka (Dz. U. z 2015 r., poz. 21), organ prowadzący postępowanie karne ustala okoliczności sprawy, w szczególności dotyczące właściwości i warunków osobistych pokrzywdzonego, a także rodzaju i rozmiaru

³ Ustawa z dnia 16 grudnia 2020 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 2021 r., poz. 155); ustawa weszła w życie 9 lutego 2021 r.

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępująca decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW z dnia 25 października 2012 r. (Dz. Urz. UE. L Nr 315, s. 57).

⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/93/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępująca decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW z dnia 13 grudnia 2011 r. (Dz. Urz. UE. L Nr 335, s. 1).

⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 53 z późn. zm.).

⁷ Ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 21 z późn. zm.).

⁸ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 218 z późn. zm.).

ujemnych następstw przestępstwa. Przed rozpoczęciem czynności wskazanych w przepisach wymienionych w zdaniu pierwszym organ odbiera od pokrzywdzonego oświadczenie, czy chce zastosowania przewidzianych w nich środków, chyba że odebranie oświadczenia jest niemożliwe, zastosowanie określonego środka jest obowiązkowe lub organ prowadzący postępowanie działa na wniosek pokrzywdzonego. Organ bierze pod uwagę oświadczenie pokrzywdzonego.

2. Wprowadzone regulacje na tle dyrektyw

Na wstępie należy wskazać, że środki ochrony zawarte w dyrektywie 2012/29 to m.in. ochrona prywatności przez nieujawnianie lub ograniczone ujawnianie informacji dotyczących tożsamości pokrzywdzonego lub miejsca jego pobytu, ochrona godności podczas przesłuchania, przesłuchanie bez zbędnej zwłoki po złożeniu przez pokrzywdzonego zawiadomienia o przestępstwie, ograniczenie liczby przesłuchań do minimum. Środki te znalazły już odzwierciedlenie we wcześniejszych przepisach k.p.k., m.in. art. 156a, art. 184, art. 185a, art. 191 § 1–1b, art. 253 § 3, art. 299a § 1, art. 171 § 6, art. 304a, art. 325a § 2 czy też w art. 5 ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka, dotyczącym ochrony osobistej. W dyrektywie 2011/93 zaś nie określono wyrażnego katalogu środków pomocy i wsparcia, zakłada się jednak że środki stosowane na gruncie obydwu dyrektyw winny być takie same.

Art. 22 dyrektywy 2012/29 ustala szczegółowe reguły dotyczące ochrony pokrzywdzonego dotyczącego jego potrzeb i indywidualizacji w tym zakresie. Indywidualizacja odnosi się do zdiagnozowania, czy pokrzywdzony chce i w jakim zakresie skorzystać ze środków wynikających z art. 23⁹ i 24¹⁰ tejże dyrektywy. Indywidualna ocena w tym zakresie po-

⁹ Zgodnie z art. 23 ofiarom o szczególnych potrzebach w zakresie ochrony określonym zgodnie z art. 22 ust. 1 udostępnia się podczas postępowania przygotowawczego następujące środki: a) przesłuchania ofiar odbywają się w zaprojektowanych lub przystosowanych do tego celu pomieszczeniach; b) przesłuchania ofiar są prowadzone przez lub z udziałem specjalistów, odpowiednio przeszkolonych do tego celu; c) wszelkie przesłuchania ofiar są prowadzone przez te same osoby, chyba że jest to sprzeczne z właściwym funkcjonowaniem wymiaru sprawiedliwości; d) wszelkie przesłuchania ofiar przemocy seksualnej, przemocy na tle płciowym lub przemocy w bliskich związkach – jeżeli nie są prowadzone przez prokuratora ani sędziego – prowadzą osoby tej samej płci co ofiara, o ile takie jest życzenie ofiary i o ile nie stanowi to uszczerbku dla przebiegu postępowania karnego. Ponadto ofiarom o szczególnych potrzebach w zakresie ochrony określonym zgodnie z art. 22 ust. 1 udostępnia się podczas postępowania sądowego: a) środki zapewniające unikanie kontaktu wzrokowego między ofiarami

winna uwzględniać w szczególności: a) cechy osobowe ofiary, b) rodzaj lub charakter przestępstwa, c) okoliczności przestępstwa, d) zwrócenie uwagi na pewną kategorię ofiar, które doznały znacznej szkody ze względu na powagę przestępstwa, ofiary przestępstw popełnionych z powodu uprzedzeń lub dyskryminacji – co mogło być w szczególności powiązane z ich cechami osobowymi – oraz ofiary, których szczególne narażenie jest skutkiem związku ze sprawcą lub zależności od niego, e) zwrócenie uwagi na ofiary terroryzmu, przestępczości zorganizowanej, handlu ludźmi, przemocy na tle płciowym, przemocy w bliskich związkach, przemocy seksualnej lub wykorzystywania seksualnego lub przestępstw z nienawiści oraz ofiary będące osobami niepełnosprawnymi. Dyrektywa zwraca również uwagę na konieczność objęcia szczególną ochroną dzieci, gdyż narażone są one na wtórną i ponowną wiktymizację, zastraszanie oraz odwet. Dyrektywa ukierunkowuje zarazem, że zakres indywidualnej oceny może być dostosowany odpowiednio do wagi przestępstwa oraz stopnia widocznej szkody, którą poniosła ofiara, a przy dokonywaniu indywidualnej oceny ściśle angażuje się ofiary i uwzględnia się ich wolę, w tym życzenie niekorzystania przez nie ze środków specjalnych przewidzianych w art. 23 i 24.

a sprawcami, również w trakcie składania zeznań, dzięki zastosowaniu odpowiednich środków, w tym technologii komunikacyjnych; b) środki służące temu, by ofiara mogła zostać przesłuchana pod jej nieobecność na sali sądowej, w szczególności dzięki wykorzystaniu odpowiednich technologii komunikacyjnych; c) środki pozwalające uniknąć zbędnych pytań dotyczących życia prywatnego ofiary, niezwiązanych z przestępstwem; oraz d) środki umożliwiające przeprowadzenie przesłuchania bez obecności publiczności.

¹⁰ Zgodnie z art. 24 te same dyrektywy jeżeli ofiarą jest dziecko, państwa członkowskie – w uzupełnieniu środków przewidzianych w art. 23 – zapewniają, by: a) w toku postępowania przygotowawczego wszystkie przesłuchania dziecka będącego ofiarą mogły być utrwalane audiowizualnie, a te utrwalone audiowizualnie przesłuchania mogły zostać wykorzystane jako dowód w postępowaniu karnym; b) w toku postępowania przygotowawczego i postępowania sądowego, zgodnie z rolą ofiar w danym systemie wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych, właściwe organy wyznaczają specjalnego przedstawiciela dla dziecka będącego ofiarą, jeżeli – zgodnie z prawem krajowym – osoby, które sprawują władzę rodzicielską, nie mogą reprezentować dziecka będącego ofiarą ze względu na konflikt interesów między nimi a ofiarą lub jeżeli dziecko będące ofiarą nie ma opieki albo jest odłączone od rodziny; c) w przypadku gdy dziecko będące ofiarą ma prawo do doradztwa prawnego, ma ono prawo do własnego doradztwa prawnego i zastępstwa procesowego, we własnym imieniu, w postępowaniach, w których istnieje lub może zaistnieć konflikt interesów między dzieckiem będącym ofiarą a osobami sprawującymi władzę rodzicielską. Ponadto w ust. 2 tego artykułu wskazano, że w przypadku gdy niemożliwe jest ustalenie wieku ofiary, a istnieją powody, by sądzić, że ofiarą jest dziecko, ofiarę tę do celów niniejszej dyrektywy uznaje się za dziecko. Znalazło to ujęcie w art. 49b k.p.k. wprowadzonym tą samą nowelizacją.

Z kolei art. 19 ust. 3 dyrektywy 2011/93 zwraca uwagę, by podjąć konkretne działania w celu zapewnienia pokrzywdzonym dzieciom pomocy i wsparcia, które umożliwią im korzystanie z praw wynikających z tejże dyrektywy, jednakże po przeprowadzeniu indywidualnej oceny szczególnej sytuacji każdego pokrzywdzonego dziecka, z należnym uwzględnieniem opinii, potrzeb i obaw dziecka.

Jak wskazuje E. Bieńkowska, przy dokonywaniu indywidualnej oceny należy brać pod uwagę takie cechy osobowe ofiary, jak: wiek, płeć, tożsamość i ekspresja płciowa, orientacja seksualna, pochodzenie etniczne, rasa, religia, stan zdrowia, niepełnosprawność, prawo do pobytu, problemy z komunikowaniem się, związek lub zależność od sprawcy, jak też uprzednie doświadczenie przestępstwa, a przy ocenie przestępstwa, czy jest to przestępstwo motywowane nienawiścią, wynikające z uprzedzeń lub dyskryminacji, czy w grę wchodzi przemoc seksualna, przemoc w bliskich związkach bądź też wykorzystanie stosunku zależności, jak i to, czy ofiara zamieszkuje na obszarze o wysokim wskaźniku przestępczości¹¹. Wskazuje również, że ocena jest procesem dwuetapowym, w którym etap pierwszy służy ustaleniu, czy ofiara – stosownie do kryteriów wymienionych w art. 22 ust. 2 dyrektywy – ma szczególne potrzeby, jeśli zaś ma, to w drugim etapie należy wskazać, które spośród środków ochrony wymienionych w jej art. 23 i 24 są niezbędne w tym konkretnym przypadku; dyrektywa nie wprowadza w odniesieniu do dokonywania indywidualnej oceny ani priorytetowych kategorii ofiar, ani ich hierarchii, ale wymienia pewne ich kategorie jako te, które zwykle są bardziej niż inne narażone na dalszą wiktymizację (m.in. dzieci)¹².

3. Analiza art. 52a k.p.k. na tle wskazanych w nim odniesień

Mając na uwadze konstrukcję przepisu art. 52a k.p.k. organ procesowy w toku prowadzenia postępowania musi dokonać analizy kilku elementów składających się na indywidualną ocenę potrzeb pokrzywdzonego.

Ustala, czy w konkretnym postępowaniu mogą zajść elementy procesowe wymienione w treści przedmiotowego przepisu i aktualizuje je w trakcie postępowania.

¹¹ E. Bieńkowska, Indywidualna ocena szczególnych potrzeb ofiary w zakresie ochrony, *Prok. i Pr.* 2015, nr 5.

¹² *Ibidem*.

Jeśli odpowiedź jest pozytywna, ustala okoliczności sprawy, w szczególności te dotyczące właściwości i warunków osobistych pokrzywdzonego, a także rodzaju i rozmiaru ujemnych następstw przestępstwa.

Przed rozpoczęciem czynności wskazanych w przepisach wymienionych w zdaniu pierwszym organ odbiera od pokrzywdzonego oświadczenie, czy chce zastosowania przewidzianych w nich środków, chyba że odebranie oświadczenia jest niemożliwe, zastosowanie określonego środka jest obowiązkowe lub organ prowadzący postępowanie działa na wniosek pokrzywdzonego.

W przypadku pozytywnej odpowiedzi w oświadczeniu pokrzywdzonego lub obligatoryjności zastosowania danej czynności lub innego wniosku pokrzywdzonego, organ przeprowadza czynności określone w pkt. I lub w przeciwnym wypadku odstępuje od tych czynności.

W celu dokonania analizy pod kątem zastosowania wobec pokrzywdzonego określonych rozwiązań wynikających z procedury karnej (ujętych w treści art. 52a k.p.k.), należy dokonać ich podstawowej charakterystyki. Art. 147 § 1 k.p.k. przebieg czynności protokolowanych może być utrwalony ponadto za pomocą urządzenia rejestrującego obraz lub dźwięk, o czym należy przed uruchomieniem urządzenia uprzedzić osoby uczestniczące w czynności (w tym przypadku obowiązek spisania protokołu w stosunku do przesłuchania oskarżonego, świadka, biegłego i kuratora wynika z art. 143 § 1 pkt 2 k.p.k.). W orzecznictwie trafnie podkreśla się, że: „wartość mechanicznego zapisu na taśmie magnetofonowej (przyp. obecnie obrazu i dźwięku) wyjaśnień oskarżonego polega na tym, że w tej formie zapisu utrwalane są własne sformułowania i wypowiedzi oskarżonego, niewystylizowane przez inną osobę (protokołującą). Pozwala to na gruntowniejszą ocenę spontaniczności składanych wyjaśnień” (zob. wyrok SN z dnia 21 lutego 1980 r., sygn. II KR 8/80, OSNKW 1980, nr 5–6, poz. 52)¹³. W innym orzeczeniu podkreśla się, że w razie zaistnienia sytuacji, że z czynności tych nie mógł być sporządzony protokół, np. z przesłuchania w charakterze świadka pokrzywdzonego, gdyż stan jego zdrowia w tym czasie na to nie pozwalał, bądź innej czynności niecierpiącej zwłoki, to nie ma przeszkód, aby niektóre zapisy taśmy magnetofonowej (a także obrazu – przyp. autora) przesłuchań pokrzywdzonego mogły być uznane jako dowód w sprawie (wyrok SN z dnia 29 kwietnia 1981 r., sygn. II KR 101/81, OSNPG 1983, nr 2, poz. 20). Warto zwrócić uwagę, że w § 1 art. 147 k.p.k. mowa jest o fakultatywności rejestracji obrazu i dźwięku, jednak ustawa w niektórych przy-

¹³ G. Krysztofiuk, Komentarz do art. 147 k.p.k. (w:) D. Drajewicz, Kodeks postępowania karnego. Komentarz Tom I, art. 1–424, Teza 3, Legalis 2020.

padkach nakłada obowiązek zarejestrowania obrazu i dźwięku z czynności przesłuchania pokrzywdzonego, o których mowa w art. 185a k.p.k. i art. 185c k.p.k. oraz z przesłuchania świadka, o którym mowa w art. 185b k.p.k. (art. 147 § 2a k.p.k.)¹⁴.

Kolejną regulacją wymienioną w art. 52a k.p.k. jest art. 177 § 1a k.p.k. stanowiący, że przesłuchanie świadka może nastąpić przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie tej czynności na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku. W postępowaniu przed sądem w czynności w miejscu przebywania świadka bierze udział referendarz sądowy, asystent sędziego lub urzędnik zatrudniony w sądzie, w którego okręgu świadek przebywa. Przepis odnosi się co prawda do świadka, jednakże kumulacja roli świadka i innej roli procesowej jest dopuszczalna m.in. w odniesieniu do oskarżyciela posiłkowego, prywatnego, powoda cywilnego, czy też właśnie pokrzywdzonego¹⁵. Jako przesłanki skorzystania ze sposobu przesłuchania unormowanego w art. 177 § 1a k.p.k. wskazuje się przede wszystkim względy ekonomii procesowej, np. poniesienie znacznych kosztów podróży świadka, jak również trudności związane z odległością dzielącą miejsce pobytu świadka od siedziby organu procesowego i inne względy. Pamiętać również należy, że zgodnie z art. 185b § 2 k.p.k. w sprawach o przestępstwa popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej, jak i przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności oraz przeciwko rodzinie i opiece, niebędącego pokrzywdzonym małoletniego świadka, który w chwili przesłuchania ukończył już 15 lat, przesłuchuje się w trybie określonym w art. 177 § 1a k.p.k., gdy zachodzi uzasadniona obawa, że bezpośrednia obecność oskarżonego przy przesłuchaniu mogłaby oddziaływać krępująco na zeznania świadka lub wywierać negatywny wpływ na jego stan psychiczny oraz że zaistnienie tego samego rodzaju obawy nakłada obowiązek przeprowadzenia przesłuchania stosownie do § 1a art. 177 k.p.k., gdy wnosi o to dorosły pokrzywdzony przestępstwem z art. 197–199 k.k., w sytuacji, w której zachodzi konieczność jego ponownego przesłuchania w charakterze świadka¹⁶.

Mając na względzie wymienione w art. 52a k.p.k. art. 184–185c k.p.k., należy odnieść go do regulacji w zakresie świadka anonimowego, zwolnienia z obowiązku zeznawania, przesłuchania pokrzywdzonego mało-

¹⁴ Z. Pachowicz, Komentarz do art. 147 k.p.k., (w:) J. Skorupka, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, ak. 4, Legalis 2020.

¹⁵ Za D. Gruszecka, Komentarz do art. 177 k.p.k., (w:) J. Skorupka, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, teza A.1, Legalis 2020.

¹⁶ *Ibidem*, teza D.7.

letniego i małoletniego świadka oraz pokrzywdzonych przy przestępstwie z art. 197–199 k.k. Szczególnie istotne są w tym przypadku regulacje dotyczące małoletniego pokrzywdzonego oraz pokrzywdzonych przestępstwami z art. 197–199 k.k. W przypadku przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego stosuje się kilka istotnych zasad: 1) powinno się przesłuchiwać w charakterze świadka tylko raz i tylko wówczas, gdy jego zeznania mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy¹⁷, 2) podczas przesłuchania może być obecny przedstawiciel ustawowy albo osoba, pod której stałą pieczęć pokrzywdzony pozostaje, pod warunkiem, że nie ogranicza to swobody wypowiedzi przesłuchiwanego, a udział biegłego psychologa podczas przesłuchania jest obligatoryjny (ponadto w przesłuchaniu mogą wziąć udział prokurator, obrońca oraz pełnomocnik pokrzywdzonego, o czym należy ich powiadomić, 3) oceny zaistnienia przesłanki negatywnego wpływu na stan psychiczny pokrzywdzonego (§ 4 art. 185a) dokonuje organ procesowy na tle okoliczności konkretnej sprawy, przy czym wydaje się, że zasadą powinno być uzyskanie opinii biegłego psychologa na tę okoliczność¹⁸. Art. 185c k.p.k. przewiduje procesowe wymogi w zakresie przesłuchania świadka (niekoniecznie małoletniego), będącego pokrzywdzonym przestępstwem zgwałcenia, wymuszenia czynności seksualnej (art. 197 k.k.), seksualnego wykorzystania niepełnoletniego lub bezradności (art. 198 k.k.) bądź seksualnego wykorzystania zależności (art. 199 k.k.)¹⁹. W tym przypadku przesłuchanie pokrzywdzonego cechuje się: 1) ograniczeniem do wskazania najważniejszych faktów i dowodów, 2) gdy jego zeznania mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, 3) przesłuchania dokonuje się w obecności psychologa nie później niż w ciągu 14 dni od wpływu wniosku, a prawo w nim ma wziąć udział także prokurator, obrońca oraz pełnomocnik pokrzywdzonego, 4) na wniosek pokrzywdzonego biegły psycholog powinien być tej samej płci co pokrzywdzony.

Kolejny przepis określony w art. 299a § 1 k.p.k. stanowi, że podczas czynności z udziałem pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowaw-

¹⁷ Podkreślić należy, że złożenie żądania ponownego przesłuchania małoletniego świadka pokrzywdzonego, o którym mowa w komentowanym przepisie, nie oznacza konieczności ponownego przesłuchania pokrzywdzonego, albowiem to żądanie podlega ocenie – jak każdy wniosek dowodowy – z punktu widzenia dyrektyw wyrażonych w art. 170 (zob. postanowienie SN z dnia 7 maja 2013 r., sygn. III KK 380/12, OSNKW 2013, nr 9, poz. 74).

¹⁸ T. Boratyńska, Komentarz do art. 185a k.p.k. (w:) A. Sakowicz, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, teza 1, 5 i 7, Legalis 2020.

¹⁹ M. Nawrocki, Komentarz do art. 185c k.p.k. (w:) K. Flaga-Gieruszyńska, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, teza 1, Legalis 2020.

czym może być obecna osoba przez niego wskazana, jeżeli nie uniemożliwia to przeprowadzenia czynności albo nie utrudnia jej w istotny sposób. Przepis stanowi implementację art. 3 ust. 3 i art. 20 lit. c dyrektywy 2012/29, która przewiduje prawo udziału osoby trzeciej wskazanej przez ofiarę w złożeniu zawiadomienia o przestępstwie oraz przesłuchaniu. Ponadto w doktrynie podkreśla się, że udział pokrzywdzonego w czynnościach procesowych może stanowić dla niego źródło dodatkowych, nowych uciążliwości i negatywnych przeżyć wewnętrznych określanych mianem wtórnej „wiktyimizacji” i obecność osoby przybranej będzie dla niego rękojmą zniwelowania tych ujemnych przeżyć i niedogodności, zwłaszcza, że to właśnie pokrzywdzony samodzielnie decyduje o wyborze osoby przybranej, a sam przepis nie ogranicza kręgu osób, które mogą być obecne podczas czynności i dlatego przyjąć należy, że chodzi nie tylko o osoby najbliższe, ale też o inne osoby wskazane przez pokrzywdzonego²⁰.

Kolejna czynność dotyczy jawności rozprawy, w której uczestniczy pokrzywdzony, a która powinna zostać wyłączona w przypadku gdy jawność mogłaby naruszać ważny interes prywatny lub wnioskowanie o jej wyłączenie następuje na żądanie osoby, która złożyła wniosek o ściganie (art. 360 § 1 pkt 1 lit. d oraz pkt 3 k.p.k.). W literaturze przyjmuje się, że wskazana w § 1 pkt 1 lit. d przesłanka w postaci ważnego interesu prywatnego²¹ odnosi się do sfery życia intymnego lub sfery prywatności, które mogą być ujawnione w toku rozprawy, a które wymagają ochrony jako dobra osobiste człowieka, nie wskazuje się jednocześnie, o czyj interes chodzi, a zatem oznacza to, że obejmuje swym zakresem każdego uczestnika postępowania, a także inną osobę, przy czym podkreśla się jednak, że życie prywatne oskarżonego nie korzysta z ochrony w zakresie faktów związanych z przestępstwem²². Sąd może wyłączyć jawność rozprawy w całości lub w części także na żądanie osoby, która złożyła

²⁰ Z. Brodzisz, Komentarz do art. 299a k.p.k., (w:) J. Skorupka, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, teza 1 i 2, Legalis 2020.

²¹ Ważny interes prywatny, który uzasadniałby wyłączenie jawności dotyczy sytuacji odnoszących się do sfery prywatnej uczestnika procesu, w tym oskarżonego, których publiczne ujawnienie mogłoby realnie, a dodatkowo zbędnie wyrządzić krzywdę temu uczestnikowi albo innym osobom, pod warunkiem, że nie dotyczy to okoliczności objętych opisem czynu lub wskazujących na motywację oskarżonego/oskarżonej. Istotne jest przy tym zawsze rozważenie, czy publiczne ich ujawnienie nie jest jednak niezbędne do zapewnienia opinii publicznej rzetelnej informacji o danej sprawie, dla zrozumienia przesłanek, na jakich oparto wydane orzeczenie (zob. Wyrok SA w Gdańsku z dnia 8 kwietnia 2015 r., sygn. II AKa 79/15, LEX nr 1927698).

²² D. Świącki, Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz aktualizowany, teza 10, Lex 2021.

wniosek o ściganie przestępstwa, o które toczy się sprawa (art. 360 § 1 pkt 3). Wniosek o wyłączenie może złożyć tylko osoba, która złożyła wcześniej w sprawie wniosek o ściganie, zaś sąd podejmuje decyzję w przedmiocie wyłączenia jawności rozprawy na podstawie okoliczności konkretnej sprawy i jak się wydaje, nie jest związany rodzajem przestępstwa i charakterem czynu zabronionego, o który toczy się postępowanie²³.

Ostatnia regulacja z k.p.k. to art. 390 § 2 i 3 k.p.k. W doktrynie przyjmuje się zasadę, że oskarżony ma prawo być obecny przy wszystkich czynnościach postępowania dowodowego (art. 390 § 1 k.p.k.); przepis ten w kolejnych paragrafach podkreśla, że zarządzenie opuszczenia sali przez oskarżonego ma nastąpić wyjątkowo. Powinno być zatem ograniczone do niezbędnej konieczności i być zawsze poprzedzone ostrożną oceną, czy rzeczywiście powstała konieczność do wydania takiej decyzji, zarządzenia opuszczenia przez oskarżonego sali rozprawy jest konieczne wtedy, gdy obecność oskarżonego może doprowadzić do odmowy złożenia zeznań przez świadka, złożenia zeznań niezgodnych z prawdą (choćaby co do niektórych szczegółów) lub też zatajenia niektórych faktów o istotnym w sprawie znaczeniu²⁴. Jednocześnie na przewodniczącym spoczywa obowiązek poinformowania oskarżonego o przebiegu rozprawy w czasie jego nieobecności oraz umożliwienia mu złożenia wyjaśnień co do przeprowadzonych w czasie jego nieobecności dowodów; oskarżony czasowo wydany z sali rozpraw w trybie art. 390 § 2 k.p.k., choć pozbawiony prawa bezpośredniego uczestnictwa w przesłuchiwanie danego świadka lub biegłego, może jednak, poprzez swą aktywność procesową po zapoznaniu się z treścią zeznań złożonych w czasie jego nieobecności (art. 375 § 2 w zw. z art. 390 § 2 k.p.k.), spowodować złożenie dodatkowych zeznań w odpowiedzi na istotne dla sprawy swe pytania²⁵. Paragraf 3 tegoż przepisu pozwala z kolei przewodniczącemu w wypadku, gdy należy się obawiać, że obecność oskarżonego mogłaby oddziaływać krępująco na wyjaśnienia współoskarżonego albo na zeznania świadka lub biegłego, na przeprowadzenie przesłuchania w drodze tzw. telekonferencji, a więc przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie tej czynności na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku; takie rozwiązanie pozwala uniknąć skrępowania osoby przesłuchiwanej spowodowanego strachem

²³ K. D u d k a, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, wyd. II, Teza 11, Lex 2020.

²⁴ D. D r a j e w i c z, Czasowe usunięcie oskarżonego z sali rozpraw w postępowaniu karnym, PS 2014, nr 7–8, s. 125–131.

²⁵ *Ibidem*.

przed oskarżonym lub wstydem wobec niego, a z drugiej zapewnia oskarżonemu bieżący udział w przesłuchaniu²⁶.

Ostatnią regulacją wymienioną w art. 52a k.p.k. jest art. 10 ust. 2 ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka. W świetle tego uregulowania organ albo sąd, na wniosek pokrzywdzonego lub świadka, wzywa podmiot, który otrzymał dotację z Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej, do udzielenia pomocy psychologicznej w terminie 14 dni od dnia wezwania. Jak wskazuje K. Dudka, konstrukcja przepisu tego budzi wątpliwości, jeśli patrzeć przez pryzmat skuteczności pomocy psychologicznej, która ma być udzielona osobie chronionej, gdyż istotą takiej pomocy psychologicznej jest jej niezwłoczność, a tymczasem najpierw właściwy organ musi stwierdzić istnienie potrzeby udzielenia pomocy psychologicznej, potem poinformować osobę chronioną o takiej możliwości i wskazać jej listę²⁷. Następnie musi przyjąć wniosek od pokrzywdzonego lub świadka, a gdy wniosek zostanie złożony, wezwać podmiot udzielający pomocy do jej udzielenia, zaś organ ten ma 14 dni na udzielenie pomocy; w najlepszym razie pomoc psychologiczna zostanie udzielona nie wcześniej niż po upływie trzech lub więcej tygodni, co może znacząco pogorszyć stan psychiczny osoby podlegającej ochronie²⁸.

Dokonana analiza poszczególnych elementów składowych art. 52a k.p.k. pokazuje całe spektrum różnego rodzaju czynności procesowych w związku z którymi powinno dokonywać się indywidualnej oceny w stosunku do pokrzywdzonego i poddawać procesowi decyzyjnemu ich ewentualne zastosowanie. Ocena ta jest wielowątkowa i wymaga odpowiedniego przygotowania, co stawia obawy co do wdrożenia tego przepisu w praktyce.

4. Wnioski końcowe

Wejście w życie art. 52a k.p.k. wymuszone zostało dyrektywami Parlamentu Europejskiego i Rady i stanowiło implementację dotyczącą kolejnych regulacji w zakresie ochrony pokrzywdzonego w postępowaniu karnym. Jak wskazano w uzasadnieniu do ustawy nowelizującej art. 52a

²⁶ K. Wytrykowski, Komentarz do art. 390 k.p.k., (w:) D. Drajewicz, Kodeks postępowania karnego. Komentarz Tom I, art. 1–424, Teza III.1, Legalis 2020.

²⁷ K. Dudka, Zagrożenia dla praktycznego stosowania ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka, (w:) L. Mazowiecka, Nowe środki ochrony i pomocy dla ofiar, Warszawa 2016, LEX.

²⁸ *Ibidem*.

k.p.k. uwypukla wagę przeprowadzenia indywidualnej oceny, odnosi się jedynie do tych środków, które mają zastosowanie w uzasadnionych sytuacjach, nie wymienia środków powszechnie stosowanych wobec wszystkich, gdyż dyrektywy do tego nie zobowiązują. Ponadto przepis nie określa, w jakim momencie ma być dokonana ta ocena, jednak zasada celowości wskazuje na konieczność jego aktualizacji w przypadku zaistnienia każdej czynności w tym przepisie wymienionej.

Poza powyższymi kwestiami pojawia się wiele wątpliwości, będących zarazem odpowiedziami na postawione tezy, w praktycznym stosowaniu tego przepisu. Po pierwsze, pokrzywdzony może nie mieć wystarczającego rozeznania co do znaczenia poszczególnych czynności procesowych, co może powodować trudności w podjęciu decyzji co do potrzeby ich zastosowania. Po drugie, należy zważyć, że wdrożony przepis powinien mieć zastosowanie od pierwszego kontaktu z organem procesowym, tymczasem w tych pierwszych czynnościach trudno przewidzieć, jakie czynności w danej sprawie wystąpią i co dla pokrzywdzonego ma szczególne znaczenie. Po trzecie, zastosowanie przepisu do ogólnej grupy ofiar oprócz dzieci musi spowodować, że ocena musi najpierw dowieść, że mają one szczególne potrzeby, a dopiero potem wskazać, jakie środki ochrony powinny zostać im udostępnione (dwuetapowość). Po czwarte, istotne jest, aby ocena obejmowała sytuacje pomiędzy pokrzywdzonym a sprawcą (np. wywieranie wpływu na zeznania) zarówno sprzed zdarzenia jak i pod kątem ich ewentualnego zaistnienia w przyszłości. Po piąte, organizacje finansowane ze środków Ministerstwa Sprawiedliwości mające wspierać ofiary przestępstw, mają często wyspecjalizowany obszar działania (np. adresowane są do kobiet) i ograniczony zasięg terytorialny, co rodzi obawy o faktyczną dostępność do takiej pomocy. Po szóste, powstaje problem kosztów i czasu przeprowadzenia takiej oceny, w szczególności pod kątem czy organy procesowe są na takie elementy przygotowane i zabezpieczone finansowo, jak również czy w określonych przypadkach nie jest konieczny udział biegłego, aby prawidłowo dokonać takiej oceny. Po siódme wreszcie, brak jest jednolitych standardów w zakresie przeprowadzenia takiej oceny, w tym zasad, zestandaryzowanych formularzy/wzorów ocen, wzorów oświadczeń, odpowiednich szkoleń w zakresie identyfikowania ich potrzeb i postępowania z nimi. Sam przepis jest dobrym i koniecznym kierunkiem, jednak jego wdrożenie i zastosowanie w praktyce pozwoli dopiero dokonać odpowiedniej oceny w zakresie jego prawidłowości i praktyczności.

New Article 52a of the Code of Criminal Procedure: the exercise of victims' rights

Abstract

This paper presents a scope of Article 52a that implements EU directives on the protection of victims, as well risks associated with adding Article 52a to the Code of Criminal Procedure. The EU's legal basis for the implementation of the above provision at the national level, with reference to the purpose and applicability of such basis, is presented. Detailed regulations concerning procedural steps under Article 52a of the Code of Criminal Procedure are discussed with due consideration given to their relevance for, and applicability to the criminal procedure. The following synthetic conclusions concerning the implemented provision are offered: 1) The implemented provision is an indispensable element of the legal order in terms of victims' rights; 2) An individual evaluation performed before certain measures are used is a complex process that requires revision at various stages of proceedings, 3) The implemented provision poses many risks associated with its practical interpretation.

Janusz Kanarek¹

Istota zewnętrznego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym skarbowym, jego geneza oraz uzasadnienie zastosowania

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest zbieg przepisów ustawy. Rozważania Autor opiera na literaturze przedmiotu oraz orzecznictwie sądów powszechnych, dochodząc do wniosku, że brak jest przekonujących podstaw do dalszego utrzymywania w systemie polskiego prawa karnego dualizmu w rozwiązywaniu problemu tzw. właściwego zbiegu przepisów ustawy. Jego zdaniem należy opowiedzieć się za zastąpieniem dotychczasowej regulacji art. 7 i 8 k.k.s. jednolitym kumulatywnym zbiegiem przepisów ustawy, co w pełni będzie oddawało charakter przypisanego sprawcy czynu, a pozbawione będzie zastrzeżeń pojawiających się w nauce prawa, a dotyczących zbiegu idealnego.

W piśmiennictwie podnosi się, że z pojęciem „zbieg przepisów” mamy do czynienia wówczas, gdy do tego samego czynu, tego samego przedmiotu oceny konkurują dwa lub więcej ustawowych wzorców wartościowania². Zbieg przepisów ustawy jest bowiem wynikiem tego, że kilka przepisów opisuje ten sam fragment zachowania się człowieka pod innym kątem widzenia, a co za tym idzie konkurują one ze sobą przy ocenie tego fragmentu zachowania się. Jest to niejako zbieg ocen prawnych tego samego zdarzenia faktycznego³. Warunkiem zastosowania tejże instytucji jest więc ten sam czyn, jako zjawisko ontologiczne.

Odmienne od zbiegu przepisów instytucją jest tzw. zbieg przestępstw. Z wielością przestępstw (*concursum delictorum*) mamy do czynienia

¹ Janusz Kanarek, doktor nauk prawnych, adwokat, ORA w Bydgoszczy; ORCID: 0000-0003-1229-6753.

² P. Kardas, Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna, Warszawa 2011, s. 109.

³ A. Spółowski, Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw, Warszawa 1976, s. 40.

wówczas, gdy nie zachodzi identyczność czynu, co tym samym prowadzi do przyjęcia wielości czynów za podstawę tego zbiegu⁴.

Reasumując uznać należy, że co do zasady jeden czyn prowadzi do jednego przestępstwa, wielość czynów z zasady do wielości przestępstw⁵. Autorem bardzo obszernego uzasadnienia teorii jedności przestępstwa jest w polskiej karnistyce W. Wolter. Zdaniem tego autora, „kto twierdzi, że do przestępstwa tylko wchodzi czyn, dla tego czyn przestaje być podstawą przestępstwa, punkt ciężkości przesuwają się z czynu na te jego właściwości, które decydują o jego przestępności, wobec czego o ilości przestępstw decyduje ilość zawartych w czynie kompleksów znamion. W konsekwencji w teorii konkurencyjnej wobec teorii jedności przestępstwa, tj. teorii wielości przestępstw sprawa sprowadza się do tego, że ilość przestępstw zależy od ilości możliwych prawnokarnych ocen. Kto jednak tak rozumuje, ten musi przyjąć i konsekwencje tego rozumowania, Jeżeli ilość przestępstw zależy od ilości ocen, to przestępstwo jest oceną, a nie ocenianym czynem”⁶.

Wyraz „czyn” nie ma definicji legalnej. Jak zauważa P. Kardas chociaż polski system prawny w wielu przepisach posługuje się pojęciem „czyn”, to żadna regulacja prawna nie precyzuje bliżej tego terminu, gdyż zakres znaczeniowy pojęcia „czyn” nie został zdefiniowany ani przez konstytucyjnego, ani też przez zwykłego prawodawcę⁷. Jest to wprawdzie – jak konstatuje J. Majewski – termin specjalistycznego języka prawniczego, zwłaszcza karnistycznego, ale niepodobna twierdzić, że w języku prawniczym ustaliło się jakieś powszechnie przyjęte jego znaczenie jako terminem języka prawnego. Wynika stąd – zdaniem tego autora – że w procesie wykładni przepisów prawa karnego za miarodajne przyjąć należy znaczenie przypisywane wyrazowi „czyn” w tzw. ogólnym (powszechnym) języku polskim. Według zaś słowników ogólnego języka polskiego „czyn” to tyle, co – „to, co zostało uczynione, zrobione; postępek, uczynek”, a z kolei „uczynek” i „postępek” – odpowiednio, „to, co się czyni lub zostało uczynione, rzecz przez kogoś dokonana; czyn, postępek” oraz „po-

⁴ Ł. Pohl, Zbieg przepisów ustawy i zbieg przestępstw – próba uporządkowania pojęć, RPEiS 2005, nr 1, s. 93 i nast.

⁵ Zob. m.in. T. Bojarski, Kilka uwag w kwestii zbiegu przestępstw i zbiegu przepisów, (w:) A. Dębiński, M. Gałązka, R. G. Hałas, K. Wiak (red.), *Homnium causa omne ius constitutum est*. Księga jubileuszowa ku czci Profesor Alicji Grześkowiak, Lublin 2006, s. 81 i nast.

⁶ W. Wolter, Kumulatywny zbieg przepisów ustawy, Warszawa 1960, s. 21–22 oraz s. 25.

⁷ P. Kardas, Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna, Warszawa 2011, s. 37.

stępowanie w jakiś sposób, czyn przez kogoś dokonany, zwykle zły; uczynek”⁸.

W nauce prawa karnego funkcjonują różne koncepcje pojęcia czynu, tj. naturalistyczne (kauzalne), celowościowe (finalne) i socjologiczne.

W ujęciu naturalistycznym, którego początki odnajdujemy w niemieckiej nauce na przełomie XIX i XX w., czyn to sterowany wolą człowieka „kompleks ruchów” wywołujących określoną zmianę w świecie zewnętrznym⁹. Twórcami tej koncepcji byli F. v. Liszt, E. Beling oraz G. Radbruch. Twórca szkoły socjologicznej prawa karnego, tj. F. v. Liszt definiował czyn, jako fakt (*Tatsache*) polegający na ludzkiej woli, zmiana w świecie zewnętrznym, mająca swoje źródło w ludzkiej dowolności (*menschliche Willkür*)¹⁰. Jak trafnie zwraca się w piśmiennictwie uwagę koncepcja naturalistyczna nie jest w stanie objaśnić zaniechania, a co za tym idzie prowadzi do konieczności rozróżnienia czynu w znaczeniu naturalistycznym i prawnym (czynem może być kilka kompleksów ruchów czy „zachowań”, także zaniechanie podjęcia działania wbrew obowiązкови¹¹. Zwolennikiem koncepcji naturalistycznej czynu w polskiej nauce prawa karnego był m.in. W. Wolter, który definiował czyn, jako psychicznie kierowaną aktywność woli człowieka w postaci albo kompleksu ruchów fizycznych, albo w postaci zahamowanych ruchów zewnętrznych¹².

Według koncepcji finalnej teorii czynu zachowanie się człowieka jest zawsze celowe, a procesy psychiczne (zamiar sprawcy i jego motywacja) wchodzi w obręb pojęcia czynu. Finalna teoria czynu, będąca antytezą w stosunku do kauzalnego ujmowania czynu, którego głównym przedstawicielem był H. Welzel definiuje czyn ludzki jako wykonywanie działalności celowej. Dlatego też czyn jest finalnym, a nie tylko kauzalnym zdarzeniem. „Finalność” albo celowość czynu polega na tym, że człowiek na podstawie swej wiedzy o przyczynowości, a więc powiązaniach kauzalnych, potrafi przewidywać w pewnym zakresie możliwe następstwa swojej działalności i dlatego może stawiać sobie różne cele oraz planowo

⁸ J. Majewski, „Ten sam czyn” jako jedna z przesłanek kumulatywnej kwalifikacji, (w:) J. Majewski (red.), Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie. Materiały II Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego, Toruń 2006.

⁹ Bliżej na ten temat zob. m.in. W. Wolter, Nauka o przestępstwie, Warszawa 1973, s. 50 i nast.

¹⁰ Podaję za W. Mąciór, Czyn ludzki i jego znaczenie w prawie karnym. Zagadnienia podstawowe, Warszawa 1990, s. 17.

¹¹ Zob. m.in. A. Marek, V. Konarska-Wrzošek, Prawo karne, Warszawa 2016, s. 96.

¹² W. Wolter, Nauka o przestępstwie, Warszawa 1973, s. 50 oraz tenże, O czynie jako działaniu lub zaniechaniu przestępnym, PiP 1956, nr 7–8, s. 879 i nast.

ukierunkowywać swoją działalność na osiągnięcie tych celów¹³. Oparta na celowości działania i zaniechania koncepcja finalna teorii czynu ma jednak problemy z wyjaśnieniem przestępstw popełnionych nieumyślnie. Zdaniem przedstawicieli finalnej teorii czynu również zaniechanie nie jest czynem. Prowadzi to ich reprezentantów do wyrażenia opinii, jakoby dla zachowania spójności systemu prawa karnego konieczne było dokonanie zmiany założenia, według którego każde przestępstwo musi być czynem¹⁴.

Szeroką akceptację zdobyła socjologiczna koncepcja czynu, która kładzie nacisk nie tylko na powiązania kauzalne (zmiana w świecie zewnętrznym) i subiektywne (celowość zachowania), ale również na aspekt społeczny czynu. Tylko takie zachowanie człowieka ma bowiem znaczenie w prawie karnym, które jest relewantne (istotne) społecznie, tj. podlega ocenie (ma wartość dodatnią albo ujemną)¹⁵. Jak trafnie zauważa A. Zoll czyn może być rozpatrywany tylko z punktu widzenia jego społecznej oceny jako kontakt sprawcy z otaczającym go życiem społecznym. Czynem jest bowiem tylko społecznie istotne zachowanie się człowieka. Pojęcie czynu w tym ujęciu obejmuje zaś wszystkie typy reakcji człowieka, które mogą zawierać element społecznej szkodliwości, a więc zarówno reakcje aktywne wobec określonej wartości społecznej (umyślne i nieumyślne), jak i pasywne (zaniechanie). Przez niepominięcie elementów psychicznych socjologiczne ujęcie czynu spełnia funkcję gwarancyjną, wyłączając z zakresu czynu te wszystkie wypadki, kiedy reakcja była wynikiem nieopanowanego zakłócenia procesu sterowania, czy to przez czynniki egzogenne, czy też endogenne¹⁶.

Za A. Markiem i V. Konarską-Wrzosek przyjąć tym samym należy, że istota czynu polega na takim zachowaniu człowieka (działaniu lub zaniechaniu), które zależne jest od jego woli, a zarazem ma znaczenie w układzie społecznym. To, czy sprawca wykonuje określone ruchy (działanie), czy też ich nie wykonuje (zaniechanie), jest jedynie odmianą prawnie relewantnego zachowania. Autorzy ci dodają, że na takie zachowanie składa się aspekt psychologiczny, w tym bogata warstwa motywacyjna, która wyzwala aktywność człowieka (chęć osiągnięcia korzyści majątko-

¹³ W. Maćcio, Czyn ludzki i jego znaczenie w prawie karnym. Zagadnienia podstawowe, Warszawa 1990, s. 26. Ujęcie finalistyczne czynu przyjmowane jest w literaturze polskiej również przez P. Konieczniaka, Czyn ludzki jako podstawa odpowiedzialności w prawie karnym, Kraków 2002, s. 400.

¹⁴ W. Maćcio, *ibidem*, s. 116.

¹⁵ W nauce polskiego prawa karnego głównym reprezentantem socjologicznej koncepcji czynu jest L. Kubicki; zob. pracę tegoż autor Przesłanie popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe, Warszawa 1975, *passim*.

¹⁶ A. Zoll, Okoliczności wyłączające bezprawność czynu, Warszawa 1982, s. 18–21.

wej, motyw zemsty, bycia akceptowanym przez grupę społeczną itd.) oraz aspekt socjologiczny. W tym drugim aspekcie czyn zawsze ma jakąś wartość (dodatnią, ujemną), przy czym czyn przestępny to zachowanie o ujemnym ładunku treści społecznej (szkodliwości społecznej)¹⁷.

A. Spotowski zauważał, że nie ma „naturalnych” jednostek czynu jako stałych wielkości, które może wziąć za podstawę prawo karne. Toteż nie można, jak dalej podnosi tenże autor, przyjąć założenia, iż ustawa, posługując się terminem „jeden czyn”, wychodzi od ustalonej wielkości¹⁸. Wiadomo jednak, że chodzi o pewien wyodrębniony przejaw egzystencji człowieka. To, jak wyznaczymy granice tego fragmentu, zależy od punktu widzenia i naszych potrzeb. Najbardziej obrazowo ujął to M. Cieślak, który zauważył, że: „...w rzeczywistości obiektywnej nie ma czynów w postaci jakichś odrębnych, oddzielonych od siebie aktów. Istnieją tylko tak czy inaczej zachowujący się ludzie, i to ich zachowanie się, będące przecież wyrazem ich nieprzerwanej egzystencji, jest pewną ciągłością, złożoną z najprzeróżniejszych zlewających się ze sobą przejawów aktywności i bierności („działań” i „zaniechań”). W tej ciągłości, którą można by przyrównać do rzeki lub taśmy filmowej, dopiero obserwator (...) wyróżnia interesujące go fragmenty (wycinki) tak, jakby wycinał klatki w taśmie filmowej, i nazywa je „czynami”¹⁹. Czynem jest bowiem całościowe zachowanie się człowieka zespolone teleologiczną jednością działania. Chodzi o realizację jednej decyzji woli (zespoły czynności w zachowaniu człowieka tworzą jeden czyn, bowiem wszystkie one są nakierowane na realizację jednej decyzji woli) oraz o zwartość czasową poszczególnych fragmentów ludzkiego działania²⁰.

W. Mąciór trafnie zwraca uwagę, że całe zagadnienie „jedności czynu” oraz „wielości czynów” rozważać można tylko i wyłącznie na gruncie relatywnym, skoro w zależności od przyjętego punktu widzenia różne czynniki mogą uzasadniać jedność czynu. Czyn ludzki bowiem w swoim ilościowym charakterze oceniany być może w aspekcie fizykalno-fizjologicznym, społeczno-humanistycznym, finalistycznym oraz normatywnym. Ten relatywizm wymierności czynu – zdaniem tego autora – sprawia, że to, co z jednego punktu widzenia stanowi „jedność”, z dru-

¹⁷ A. Marek, V. Konarska-Wrzosek, *ibidem*, s. 97.

¹⁸ A. Spotowski, Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw, Warszawa 1976, s. 24.

¹⁹ M. Cieślak, Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia, Warszawa 1994, s. 149.

²⁰ T. Bojarski, Kilka uwag w kwestii zbiegu przestępstw i zbiegu przepisów, (w:) *Hominum causa omne ius constitutum est*. księga jubileuszowa ku czci Profesor Alicji Grześkowiak, Lublin 2006, s. 84.

giego przedstawić się może jako „wielość”, i na odwrót. Tym samym W. Mąciór dochodzi do wniosku, że czyn relewantny prawnokarnie jest kategorią ontologiczno-normatywną, a co za tym idzie obydwa te elementy muszą być uwzględnione w jego ocenie²¹.

Popelniony przez sprawcę czyn może wyczerpywać znamiona jednego tylko przepisu prawa karnego bądź też wyczerpywać znamiona określone w dwóch lub więcej przepisach ustawy karnej, aktualizując tym samym problem tzw. zbiegu przepisów ustawy. Z punktu widzenia wzajemnych relacji między przepisami, których jednoczynowy zbieg jest przedmiotem wartościowania, wyodrębnić można trzy następujące sytuacje: 1) tym samym czynem sprawca realizuje znamiona określone w dwóch co najmniej przepisach, z których żaden nie oddaje w pełni całej zawartości kryminalnej popelnionego czynu, co powoduje, że konieczne staje się ich łączne (kumulatywne) uwzględnienie przy kwalifikacji prawnej (tzw. zbieg właściwy); 2) tym samym czynem sprawca realizuje znamiona określone co najmniej w dwóch przepisach, lecz ze względu na zachodzące między nimi relacje (w szczególności zaś z uwagi na fakt, że jeden ze zbiegających się przepisów oddaje całą zawartość kryminalną popelnionego czynu) zbyteczne jest ich łączne (kumulatywne) uwzględnienie przy kwalifikacji prawnej (tzw. zbieg niewłaściwy); 3) tym samym czynem sprawca wyczerpuje znamiona określone w jednym tylko przepisie, lecz odnosi się wrażenie, że nieuniknione było również zrealizowanie znamion innego przepisu, *prima facie* ujętego bardziej ogólnie (tzw. zbieg pozorny)²².

Z właściwym zbiegiem przepisów ustawy mamy więc do czynienia wówczas, gdy zakresy zbiegających się przepisów pozostają w logicznym stosunku krzyżowania. Żaden wzięty z osobna przepis prawa karnego nie wyczerpuje bowiem całej naganności kryminalnej konkretnego czynu, a dla oddania całej jego ujemności niezbędne jest odwołanie do norm sankcjonowanych wyinterpretowanych z dwóch lub więcej przepisów ustawy. W odniesieniu do właściwego zbiegu przepisów ustawy przyjęto w prawie karnym powszechnym (art. 11 § 2 k.k.) oraz w prawie karnym skarbowym (art. 7 § 1 k.k.s.) tzw. kumulatywny zbieg przepisów ustawy, a kwalifikację prawną ujawniającą ten zbieg przyjęto nazywać kwalifikacją kumulatywną. Konstrukcja kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy jest oryginalnym osiągnięciem polskiej doktryny prawa karnego,

²¹ W. Mąciór, Z problematyki zbiegu przestępstw i przepisów ustawy (W sprawie pozornego zbiegu realnego przestępstwa), PiP 1965, nr 1, s. 72.

²² J. Giezek, (w:) M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz (red.), Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna, Warszawa 2015, s. 262–262.

której autorem jest W. Wolter²³. Zgodnie z dyrektywą wyrażoną w przepisie art. 7 § 1 k.k.s., jeżeli ten sam czyn wyczerpuje znamiona określone w dwóch albo więcej przepisach kodeksu karnego skarbowego, przypisuje się tylko jedno przestępstwo skarbowe lub tylko jedno wykroczenie skarbowe na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów. Tym samym podstawą kwalifikacji prawnej jest specjalnie skonstruowana dla potrzeb konkretnego stanu faktycznego norma, składająca się z elementów wyrażonych we wszystkich zbiegających się przepisach. Zgodnie zaś z przepisem art. 7 § 2 k.k.s. sankcja tej nowej normy przyjęta zostaje z przepisu przewidującego karę najsurowszą. Jeżeli natomiast zbiegające się przepisy przewidują sankcje o takiej samej wysokości, ustawodawca nakazuje zastosować sankcję określoną w tym przepisie, który najpełniej charakteryzuje czyn sprawcy. Nie stoi to na przeszkodzie orzeczeniu także innych środków przewidzianych w kodeksie karnym skarbowym na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów²⁴. Kumulatywny zbieg przepisów ustawy w prawie karnym skarbowym, o którym mowa w treści przepisu art. 7 § 1 k.k.s., nazwać można tym samym „wewnętrznym zbiegiem przepisów ustawy”, gdyż ma on zastosowanie wyłącznie w razie właściwego zbiegu zakresów normowania i zastosowania norm prawnych wyinterpretowanych z przepisów znajdujących się w jednym akcie prawnym, tj. kodeksie karnym skarbowym.

Niewłaściwy zbieg przepisów ustawy, zwanym również zbiegiem pomijalnym, ma miejsce wówczas, gdy sprawca tym samym czynem realizuje znamiona co najmniej dwóch różnych przepisów, przy czym przyjęcie w kwalifikacji prawnej jednego z nich oddaje całą zawartość kryminalną popełnionego bezprawia, pozwalając na wyeliminowanie pozostałych. Występująca w takich przypadkach (faktycznie, a nie pozornie) wielość możliwych ocen redukowana jest przy zastosowaniu dwóch wypracowanych w nauce prawa karnego reguł teleologicznych (celowościowych), a mianowicie: subsydiarności (*lex prymaria derogat legi subsidariae*) oraz konsumpcji (*lex consumens derogat legi consumptae*). Zgodnie z regułą subsydiarności przepis pierwotny wyłącza stosowanie przepisu dopełniającego (pomocniczego). O tym, że przepis ma charakter dopełniający, może zdecydować sam ustawodawca (subsidiarność ustawowa) bądź też wynikać to może z relacji, w jakiej zbiegające się przepisy z natury rzeczy wzajemnie pozostają (tzw. subsydiarność milcząca).

²³ Zob. W. Wolter, Kumulatywny zbieg przepisów ustawy, Warszawa 1960, *passim*.

²⁴ Bliżej na ten temat zob. P. Kardas, G. Łabuda, Kumulatywny zbieg przepisów ustawy w prawie karnym skarbowym (cz. 1), Prok. i Pr. 2001, nr 9, s. 76 i nast. oraz (cz. 2), Prok. i Pr. 2001, nr 10, s. 23 i nast.

Zgodnie zaś z regułą konsumpcji przepis konsumujący wyłącza stosowanie przepisu konsumowanego²⁵. W przypadku reguły konsumpcji nie zachodzi tym samym potrzeba powołania przepisu pochłoniętego obok przepisu pochłaniającego. Należy przy tym pamiętać, że w istocie kolizja dwóch norm sankcjonujących w prawie karnym nie ma charakteru faktycznego, lecz ma podłoże aksjologiczne, wynikające z powszechnie akceptowalnej zasady, że za ten sam czyn tylko raz można pociągnąć sprawcę do odpowiedzialności²⁶. Zauważyć w tym miejscu również wypada, że brak jest wyraźnych kryteriów delimitacji pomiędzy zasadą subsydiarności i zasadą konsumpcji. Jak trafnie bowiem zauważa W. Wolter „Stosunek między zasadą subsydiarności a zasadą konsumpcji jest problematyczny właśnie dlatego, iż obie zasady należą do tej samej sfery teleologicznej. Mimo to wydaje się, iż zasada subsydiarności uwypukla ten stosunek ocenny, jaki zachodzi między zakazami karnymi jako regułami ogólnymi, a zakazami w wyniku rozszerzania karalności, czy to ze względu na stadia drogi przestępnej, czy też ze względu na krąg podmiotów przestępstwa, grupujących się około ogniskowego czynu sprawczego, wyrażonego w samej normie karnej, czy wreszcie ze względu na pewne szczególne odcinki życia społecznego, wymagające uzupełniającej ochrony. Inaczej sprawa przedstawia się przy konsumpcji, która dochodzi do skutku między przepisami, które jako takie nie mogą być zrelacjonowane elementem zasadniczości i posiłkowości, ale które w konkretnym zastosowaniu nie mogą być kumulatywnie uwzględnione; to zaś dlatego, że społeczne niebezpieczeństwo, którego są nosicielami, jest tego rodzaju, iż ujemna ocena związana z jednym przepisem bierze już w rachubę z reguły i społeczne niebezpieczeństwo związane z drugim przepisem. Jeżeli przy subsydiarności wątpliwym jest, do jakiego stopnia jednemu przepisowi przypisać charakter posiłkowy, to przy konsumpcji wątpliwym jest, czy i w jakiej mierze uwzględnione zostało to społeczne niebezpieczeństwo, w danym konkretnym przypadku drugoplanowego przepisu”²⁷. Mechanizm redukcyjny *lex consumens derogat legi consumptae* pozwala bowiem uznać za współukarane czyny uprzednie i następne, przez które rozumie się takie działania poprzedzające główny czyn prze-

²⁵ J. Giezek, M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2015, s. 263–264.

²⁶ W. Wróbel, *Z problematyki tak zwanego pozornego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym*, (w:) J. Majewski (red.), *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym. Materiały II Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2006, s. 73.

²⁷ W. Wolter, *Reguły wyłączania wielości ocen w prawie karnym*, Warszawa 1961, s. 118–119.

stępny lub po nim następujące, które oceniane z osobna mogłyby być uznane za odrębne przestępstwa, jednakże właśnie przy całościowej ocenie zdarzenia uznać je należałoby za skwitowane przez wymierzenie kary za przestępstwo główne²⁸.

Z pozornym zbiegiem przepisów ustawy mamy do czynienia wówczas, gdy w odniesieniu do konkretnego przypadku zachodzi pozorna wielość ocen. Reguła specjalności opiera się na podstawie logicznej, wyrażającej się w przyjęciu, że pomiędzy przepisem szczególnym a ogólnym zachodzi logiczny stosunek wykluczania się przepisów. Tak jak pozostałe reguły wyłączania wielości ocen prawnych, nie ma ona umocowania normatywnego, a ma charakter wyłącznie dogmatyczny. W. Wolter wskazał, iż w przypadku posługiwania się regułą *lex specialis*, w istocie pomiędzy typem ogólnym a typem szczególnym nie zachodzi stosunek zawierania, ale wykluczania, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że typy te nie posiadają zakresów wspólnych, a tym samym nie mogą pozostawać w zbiegu. Stąd też uzasadnione jest w ich przypadku posługiwanie się określeniem „zbiegu pozornego”, w odróżnieniu od pozostałych sytuacji, w których również dochodzi do redukcji ocen prawnych, a które mają jednak postać realnego zbiegu przepisów (zasada konsumpcji czy zasada subsydiarności)²⁹.

W przypadku rzeczywistego zbiegu przepisów ustawy ustawodawca karzy obok rozwiązania, które znalazło swoje odzwierciedlenie w treści przepisów art. 7 § 1 k.k.s. oraz art. 11 § 2 k.k., wyrażającego konstrukcję tzw. kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy, przyjmuje również dwa inne rozwiązania, tj. eliminacyjny zbieg przepisów oraz idealny zbieg przestępstw lub/i wykroczeń.

Konstrukcję eliminacyjnego zbiegu przepisów ustawy zastosowano w kodeksie karnym z 1932 r.³⁰ W przypadku podpadania jednego czynu pod kilka przepisów ustawy karnej ustawodawca nakazywał stosowanie przepisu przewidującego najsurowszą karę, pozwalając jednak na sto-

²⁸ Uchwała połączonych Izb Karnej i Wojskowej SN z dnia 26 czerwca 1964 r., sygn. VI KO 57/63, OSNKW 1964, poz. 142; zob. również A. Marek, Czyny współukarane na tle prawnej jedności przestępstwa, (w:) J. Majewski (red.), Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym. Materiały II Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego, Toruń 2006, s. 11 i nast.

²⁹ W. Wolter, *ibidem*, s. 32 i nast.; zob. również W. Wróbel, Z problematyki tak zwanego pozornego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym, (w:) J. Majewski (red.), Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym. Materiały II Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego, Toruń 2006, s. 67 i nast.

³⁰ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 60, poz. 571 z późn. zm.).

sowanie kar dodatkowych lub środków zabezpieczających, przewidzianych w innych przepisach (art. 36 k.k. z 1932 r.). Rozwiązanie, o którym mowa powyżej, zasadzało się na przekonaniu, choć niewyrażonym *expressis verbis* w treści przepisu art. 36 k.k. z 1932 r., iż jeden czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo³¹. Jak trafnie zwracają uwagę P. Kardas oraz J. Majewski koncepcja ta ma jednak kilka słabych punktów. Przede wszystkim – zdaniem powyższych autorów – dyrektywa interpretacyjna *prioritatis legis severioris* czasem okazuje się zawodna. Nie wystarcza bowiem do rozwiązania np. kwestii dotyczącej wyboru jednego z konkurencyjnych przepisów zawierających identyczną sankcję karną, tj. przepisów równie surowych. Poza tym aplikacja konstrukcji eliminacyjnego zbiegu przepisów nie oddaje całej zawartości bezprawia, gdyż pomija w opisie zachowania stanowiące normy sankcjonowane przepisów przewidujących łagodniejszą sankcję³². W rezultacie ocena sądu, zawarta w wyroku wydanym w oparciu o art. 36 k.k. z 1932 r., nie oddawała faktycznego stanu rzeczy, a tym samym w pewnym sensie fałszowała rzeczywistość, co prowadziło do ujemnych następstw w związku ze stosowaniem przepisów o recydywie³³. Jedynie *in margine* zauważyć wypada, że konstrukcja eliminacyjnego zbiegu przepisów ustawy ma i obecnie zastosowanie w polskim systemie prawnym, a to w wypadkach, gdy jeden czyn wyczerpuje znamiona wykroczeń określonych w dwóch lub więcej przepisach. W myśl bowiem przepisu art. 9 § 1 k.w.³⁴ jeżeli jeden czyn wyczerpuje znamiona wykroczeń określonych w dwóch lub więcej przepisach ustawy, stosuje się przepis przewidujący najsurowszą karę, co nie stoi na przeszkodzie orzeczeniu środków karnych na podstawie innych naruszonych przepisów.

Trzecim rozwiązaniem rzeczywistego zbiegu przepisów ustawy, obok kumulatywnego i eliminacyjnego zbiegu przepisów, jest tzw. idealny zbieg przestępstw lub/i wykroczeń. Przyjmuje się, że sprawca który jed-

³¹ Tak m.in. J. Makarewicz, Kodeks karny z komentarzem, Lwów 1938, s. 160; zob. również L. Peiper, Komentarz do Kodeksu karnego, Prawa o wykroczeniach, przepisów wprowadzających obie te ustawy oraz do rozporządzenia Prezydenta R.P. o niektórych przestępstwach przeciwko bezpieczeństwu państwa, Kraków 1936, s. 126 i nast.

³² P. Kardas, J. Majewski, Kilka uwag w kwestii tzw. rzeczywistego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym i sposobach jej rozstrzygnięcia, (w:) Z. Ćwiąkański, M. Szewczyk, S. Waltoś, A. Zoll (red.), Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały, Kraków 1994, s. 183–185.

³³ J. Kostarczyk-Gryszka, Z problematyki kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy, KSP 1972, s. 49.

³⁴ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 618 ze zm.).

nym czynem realizuje znamiona typów czynów karalnych zawartych w kilku przepisach ustawy karnej, dopuszcza się kilku przestępstw lub/i wykroczeń. Multiplikacja ocen prawnokarnych prowadzi tym samym do multiplikacji przestępstw lub/i wykroczeń. Czy wartościowany czyn stanowi jedno przestępstwo (wykroczenie) czy więcej decyduje bowiem liczba norm sankcjonujących mających *in casu* zastosowanie. Powyższe rozwiązanie zrywa więc z tezą, że dla wielości przestępstw (wykroczeń) konieczna jest wielość czynów. Przyjmuje ona, jak zauważył W. Wolter fikcję, że jeden czyn może być rozczepiony na kilka rzeczywistości³⁵. P. Kardas i J. Majewski podejmując polemikę z powyższym stanowiskiem, uznają zasadność zaprezentowanego poglądu pod warunkiem jednak, że przyjmuje się aprioryczne założenie, iż jeden czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo (wykroczenie), co zdaniem tychże przedstawicieli nauki prawa karnego, nie jest tak bardzo bezdyskusyjne jak mogłoby się to *prima facie* wydawać. Jak bowiem zauważają wymienieni Autorzy istotę przestępstwa cechują dwie równie istotne właściwości. Z jednej strony jest ono czymś obiektywnym, mającym swój substrat w rzeczywistości przyrodniczej – w aktywności człowieka. Z drugiej zaś strony jest ono czymś relatywnym względem dóbr (nośników uznanych wartości), chronionych przepisami ustawy karnej. Wszak – jak podnoszą P. Kardas i J. Majewski – żadna aktywność ludzka nie jest sama przez się przestępna, staje się dopiero taką z uwagi na dobra prawne, w które godzi. Założyć, że jeden czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo, to zaakcentować wyłącznie tę pierwszą właściwość. Dopuścić możliwość wielości przestępstw przy jednym czynie, to podkreślić właściwość drugą i skierować uwagę na naruszone czy zagrożone przez sprawcę dobra chronione prawem. Innymi słowy, to raz uwypuklić znaczenie przedmiotu oceny, raz położyć nacisk na samą ocenę (oceny). Choć to pierwsze podejście, jak zauważają wskazani autorzy, wydawać się może trafniejsze i bardziej przekonujące, drugiego nie można *a priori*, jak chciał tego W. Wolter, a *limine* dyskwalifikować³⁶.

Należy wyróżnić cztery cechy konstytutywne, które umożliwiają określenie danej konstrukcji jako zbiegu idealnego. Konieczne jest zatem, aby: (a) ten sam fragment zachowania się (b) tego samego sprawcy (c) mieścił się w zakresie zastosowania więcej niż jednej normy sankcjonu-

³⁵ W. Wolter, *Przestępstwa o kumulatywnej kwalifikacji*, Kraków 1955, s. 38.

³⁶ P. Kardas, J. Majewski, *Kilka uwag o kwestii tzw. rzeczywistego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym i sposobach jej rozstrzygania*, (w:) Z. Cwiąkałski, M. Szewczyk, S. Waltoś, A. Zoll (red.), *Problemy odpowiedzialności karnej*. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały, Kraków 1994, s. 182.

jącej, (d) czego następstwem z woli ustawodawcy jest przypisanie danemu sprawcy co najmniej dwóch czynów relewantnych prawnokarnie³⁷. Pierwsze trzy z wymienionych cech zbiegu idealnego, charakterystyczne również dla zbiegu eliminacyjnego oraz zbiegu kumulatywnego, stanowią jednocześnie przesłanki zastosowania tej konstrukcji. Tym samym są one w ogóle konieczne dla stwierdzenia zaistnienia zjawiska zbiegu właściwego, niezależnie od decyzji ustawodawcy co do wyboru którejkolwiek z konstrukcji. Tym samym wola ustawodawcy sprowadza się wyłącznie do określenia następstw zbiegu właściwego, tzn. czy należy przypisać jeden czyn zabroniony, czy też większą ich ilość.

J. Majewski wyraził pogląd, że najsłabszą stroną konstrukcji idealnego zbiegu czynów zabronionych, często w ogóle niedostrzeganą, jest wpisana w nią immanentnie konieczność sztucznego rozdzielenia pewnej integralnej całości, jaką stanowi kwantum społecznej szkodliwości wartościowanego (ocenianego) czynu, na kilka części w celu przypisania określonych ładunków społecznej szkodliwości poszczególnym „idealnie” zbiegającym się przestępstwom, a następnie oznaczenia stopnia winy w odniesieniu do każdego z tych przestępstw. Jak trafnie zauważa tenże autor jest to nieodzowne dla prawidłowego wymiaru kary za te przestępstwa, która przecież limitowana jest stopniem winy³⁸. J. Majewski podnosi dalej, że przyjęcie koncepcji idealnego zbiegu przestępstw czyni dokonanie takiej oceny (tj. oceny stopnia karygodności) zadaniem bardzo trudnym. Organ orzekający musi bowiem fragment aktywności człowieka rozciąć myślowo („idealnie”) według poszczególnych przepisów na kilka części, po czym z osobna ocenić stopień społecznej szkodliwości każdej z nich. A że najczęściej, jeśli nie zawsze, uzyskane tak części będą się wzajemnie zazębiać i na siebie zachodzić, istnieje realne ryzyko, iż ten sam faktor współwyznaczający społeczną szkodliwość ocenianego zachowania się sprawcy zostanie uwzględniony więcej niż jeden raz. W konsekwencji, jak zauważa dalej J. Majewski, dojdzie do zafałszowa-

³⁷ G. J. Artymiak, O konstrukcji zbiegu idealnego – uwagi na tle uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. I KZP 19/12, WPP 2015, nr 1, s. 10.

³⁸ Autor aprobuje pogląd, że to właśnie społeczna szkodliwość czynu współwyznacza (wraz ze stopniem zawinienia) winę, tak m.in. J. Majewski, P. Kardas, O dwóch znaczeniach winy w prawie karnym, PiP 1993, nr 10, s. 78–79. Ostatnio w literaturze wyrażony został pogląd odmienny, a mianowicie, że ocena karygodności jako taka nie ma wpływu na ocenę winy, a ocena winy nie ma wpływu na ocenę karygodności; to nie miara subiektywnie przypisanej jednostce społecznej szkodliwości decyduje bowiem – zdaniem tego autora – o dolegliwości reakcji karnej, tak P. Zakrzewski, Stopniowanie winy w prawie karnym, Warszawa 2016, s. 239.

nia obrazu substratu oceny przez zwielokrotnienie stopnia jego społecznej szkodliwości, a następnie także przez to, że zamiast jednej kompleksowej oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu podlegającego prawnokarnemu wartościowaniu każe sądowi dokonać kilku częściowych ocen poszczególnych jego aspektów. Z istoty społecznej szkodliwości, jako kategorii niedającej się ująć matematycznie, wynika, że każda próba oceny jego stopnia musi być obarczona pewnym ryzykiem błędu. Prawdopodobieństwo błędu i ewentualna jego wielkość – przy kilku ocenach musi ulec zwielokrotnieniu³⁹.

Nie sposób obok powyższego zarzutu przejść obojętnie. Ma on bowiem charakter wręcz rudymenarny biorąc pod uwagę gwarancyjną funkcję prawa karnego powszechnego oraz prawa karnego skarbowego. Limitująca funkcja winy, wyartykułowana w treści przepisu art. 53 § 1 k.k. oraz art. 12 § 2 k.k.s., stanowi bowiem, że sąd wymierza karę według swego uznania, w granicach przewidzianych przez ustawę, bacząc, by jej dolegliwość nie przekroczyła stopnia winy, uwzględniając stopień społecznej szkodliwości czynu oraz biorąc pod uwagę cele zapobiegawcze i wychowawcze, które ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. Jak zauważa V. Konarska-Wrżosek stopień społecznej szkodliwości czynu oraz stopień winy sprawcy są wyznacznikami sprawiedliwej represji karnej, przy czym stopień winy pełni także funkcję limitującą sumę zadawanych dolegliwości, która nie może przekraczać stopnia winy⁴⁰. Stosowanie zasady prawa karnego opartego na czynie (prawa karnego czynu) polega bowiem właśnie na tym, że wina legitymizuje i limituje dolegliwość karną za czyn w ten sposób, że albo sankcjonuje, albo zawęża dolegliwość wyznaczoną uprzednio przez granice ustawy i stopień społecznej szkodliwości. Tym samym w sytuacji, gdy pojawiają się jakiegokolwiek problemy z prawidłowym wyznaczeniem stopnia karygodności czynu przypisanego sprawcy, muszą one mieć również negatywny wpływ na możliwość dokonania prawidłowej oceny zawinienia i jego stopnia. Stąd też konstrukcja idealnego zbiegu czynów zabronionych, przyjmując za trafne uwagi poczynione przez J. Majewskiego, obarczona byłaby ryzykiem

³⁹ J. Majewski, Zbieg przepisów ustawy. Zagadnienia węzłowe, (w:) R. Dębski (red.), System Prawa Karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności, Warszawa 2013, s. 1006; zob. również P. Kardas, J. Majewski, Kilka uwag o kwestii tzw. rzeczywistego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym i sposobach jego rozstrzygania, (w:) Z. Cwiąkański, M. Szewczyk, S. Waltoś, A. Zoll (red.), Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały, Kraków 1994, s. 182–183.

⁴⁰ V. Konarska-Wrżosek, I. Zgoliński (red.), Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2018, s. 92.

przełamania funkcji limitującej winy, co stanowiłoby niewątpliwie istotny zarzut dla tejże konstrukcji prawnej.

Ostatnio polemikę ze stanowiskiem J. Majewskiego podjął Ł. Pohl. Według tego autora opinia J. Majewskiego bazuje na stosunkowo swobodnym odrzuceniu założenia o konieczności ustalenia stopnia społecznej szkodliwości naruszenia każdej prawnokarnej normy sankcjonowanej. W jej świetle społeczna szkodliwość nie jest bowiem elementem odrębnie relatywizowanym do każdej naruszonej przez sprawcę prawnokarnej normy sankcjonowanej, lecz elementem jednokrotnie relatywizowanym do zachowania, którym przekroczono więcej niż jedną normę tego typu i tym samym wypełniono znamiona więcej niż jednego typu czynu zabronionego. Ł. Pohl uważa, że stanowisko takie może wywoływać zastrzeżenia z perspektywy rozwiązań przyjętych w obecnie obowiązujących ustawach karnych. Wszak – zdaniem tego autora – w art. 1 § 2 k.k. oraz odpowiednio art. 1 § 2 k.k.s. postanowiono, iż nie stanowi przestępstwa czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość jest znikoma, przesądzając tym samym o konieczności ustalania stopnia karygodności zachowania się człowieka w odniesieniu do każdej naruszonej tym zachowaniem się prawnokarnej normy sankcjonowanej, a więc oddzielnie dla każdej realizacji znamion typu czynu zabronionego. Grzech teorii wielości przestępstw, jak zauważa Ł. Pohl, mający polegać na rzekomej możliwości zafałszowania obrazu substratu oceny przez zwielokrotnienie stopnia jego społecznej szkodliwości, okazuje się dużo mniejszy od znamionującego konstrukcję kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy karnej grzechu teorii jedności przestępstwa, polegającego na stworzeniu możliwości pociągania do odpowiedzialności karnej za niekarygodną realizację znamion typu czynu zabronionego⁴¹.

Jak się wydaje, chociaż uwagi Ł. Pohla *prima facie* można byłoby uznać za trafne, to nie podważają one *per se* krytyki konstrukcji idealnego zbiegu czynów zabronionych dokonanej przez J. Majewskiego. Z przedstawionego stanowiska Ł. Pohla wynika bowiem tylko to, że również konstrukcja kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy dotknięta jest trudnościami w ustaleniu społecznej szkodliwości zachowania sprawcy wyczerpującego zespoły znamion kilku różnych typów czynów zabronionych. Konstatacja ta nie podważa tym samym zasadności twierdzenia, że konstrukcja idealnego zbiegu czynów zabronionych może prowadzić do przełamania funkcji limitującej winy, będącej przecież fundamentem

⁴¹ Ł. Pohl, O rezerwę wobec teorii jedności przestępstwa, (w:) Problemy współczesnego prawa karnego i polityki kryminalnej. Księga Jubileuszowa Profesor Zofii Sienkiewicz, Wrocław 2015, s. 318–319.

sprawiedliwej reakcji karnej na popełnienie czynu relewantnego prawnokarnie. Poza tym, jak się wydaje, istnieje fundamentalna różnica w dokonywaniu oceny karygodności zachowania sprawcy przy przyjęciu kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy a zbiegu idealnego. W razie właściwego zbiegu przepisów, o którym mowa odpowiednio w art. 11 § 2 k.k. i art. 7 § 1 k.k.s., wartościujemy bowiem czyn tylko jeden raz, aplikując do tej oceny faktory społecznej szkodliwości czynu, o których mowa odpowiednio w art. 115 § 2 k.k. i art. 53 § 7 k.k.s. W razie zaś zbiegu idealnego czynność ta dokonywana jest co najmniej dwukrotnie, co implikuje właśnie konieczność, jak określa to J. Majewski, rozcięcia myślowego poszczególnych fragmentów aktywności człowieka wedle poszczególnych przepisów na kilka części, po czym z osobna dokonania oceny stopnia społecznej szkodliwości każdej z nich. Poczyniona powyżej uwaga pozwala tym samym – jak się wydaje – na wyrażenie poglądu pozostającego w opozycji do stanowiska Ł. Pohla. Nie ulega bowiem – moim zdaniem – wątpliwości, że w razie kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy operacja myślowa, o której mowa w wypowiedzi J. Majewskiego nie ma zastosowania, a co za tym idzie jedynie konstrukcja idealnego zbiegu dotknięta jest ryzykiem przełamania limitującej funkcji winy poprzez kilkukrotne skwantyfikowanie karygodności ocenianego czynu przez zespoły znamion różnych typów czynów zabronionych.

Zauważyć jednak wypada, że dla sprawcy czynu relewantnego prawnokarnie przyjęcie idealnego zbiegu przepisów ustawy jest z kolei korzystniejsze od zbiegu kumulatywnego przy dokonywaniu oceny zaistnienia negatywnej przesłanki procesowej w postaci przedawnienia karalności. Przyjmując bowiem, że model kumulatywnej kwalifikacji odzwierciedla zasadę pełnej adekwatności podstawy przypisania do zawartości bezprawia, przy przestrzeganiu w tym wypadku zakazu multiplikacji przestępstw przez multiplikację ocen, uznać należy, że dochodzi w tym przypadku do stwierdzenia nowego, zespolonego typu czynu zabronionego którego treść określona jest przez znamiona zaczerpnięte ze wszystkich zbiegających się przepisów. Utworzony w ten sposób typ czynu zabronionego umożliwia dokonanie jednokrotnej i zarazem kumulatywnej kwalifikacji samego czynu. Dochodzi bowiem w tym miejscu do powstania przestępstwa kwalifikowanego na podstawie kilku przepisów pozostających w zbiegu, a nie powstania kilku przestępstw. Tym samym czyn taki może mieć tylko jeden termin przedawnienia karalności. Termin ten odnosi się bowiem do przestępstwa w jego integralnej całości, mimo że różne są terminy przedawnienia poszczególnych typów przestępstw, które obejmuje kumulatywna kwalifikacja. Czyn taki ma własne ustawowe

zagrożenie karą, które jest w danym wypadku odkodowane z tego spośród pozostających w zbiegu przepisów, który przewiduje karę najsurowszą. W judykaturze, jak i piśmiennictwie, powszechnie przyjmuje się tym samym, że brak jest normatywnych podstaw do przyjęcia, aby kwestię przedawnienia odnosić do poszczególnych fragmentów jednego czynu⁴².

Powyższe może mieć zaś wpływ na stopień społecznej szkodliwości czynu sprawcy, ale nie w kontekście zastrzeżeń podawanych przez Ł. Pohla. W doktrynie oraz w orzecznictwie dominuje bowiem pogląd, że w przypadku kumulatywnej kwalifikacji prawnej popełnionego czynu fakt ten z reguły wpływa na wyższy stopień jego karygodności, a co za tym idzie przekładając się także na wyższy stopień winy i możliwość wymierzenia surowszej sankcji karnej⁴³. Zachowanie takie godzi bowiem z reguły w większą liczbę prawnokarnie chronionych dóbr prawnych aniżeli czyn kwalifikowany w sposób prosty z jednego przepisu. Tym samym, pomimo tego, że w razie przyjęcia konstrukcji zbiegu idealnego nastąpiłoby przedawnienie karalności jednego z czynów w znaczeniu normatywnym, co implikowałoby konieczność odmowy wszczęcia postępowania karnego lub też jego umorzenia, w sytuacji gdyby powyższa negatywna przesłanka procesowa zaistniała dopiero w trakcie wszczętego już postępowania, to w sytuacji zaistnienia podstaw do zastosowania konstrukcji zbiegu kumulatywnego fakt przedawnienia jednego z typów czynów zabronionych wchodzących w skład tej konstrukcji pozbawiony zostałby jakiegokolwiek doniosłości prawnej. W tym też przypadku sprawca mógłby rzeczywiście ponieść surowszą odpowiedzialność prawnokarną, aniżeli w razie przyjęcia zbiegu idealnego. Może rodzić to tym samym poważne wątpliwości w płaszczyźnie sprawiedliwej reakcji państwa na czyn doniosły prawnokarnie. Ten sam bowiem czyn może skutkować różnym stopniem odpowiedzialności karnej wyłącznie w zależności od tego, która z konstrukcji zbiegu przepisów będzie miała *in concreto* zastosowanie.

Konstrukcja idealnego zbiegu czynów zabronionych może prowadzić także do naruszenia zasady *ne bis in idem*. W świadomości społecznej

⁴² Tak m.in. postanowienie SN z dnia 30 października 2014 r., sygn. I KZP 19/14, OSNKW 2015, nr 1, poz. 1; wyrok SN z dnia 14 stycznia 2010 r., sygn. V KK 235/10, OSNKW 2010, nr 6, poz. 50; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 6 maja 2015 r., sygn. II AKa 88/15, niepubl.; zob. również M. Kulik, Przedawnienie karalności i przedawnienie wykonania kary w polskim prawie karnym, Warszawa 2014, s. 231 i nast.

⁴³ Zob. m.in. J. Giezek, (w:) J. Giezek (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2012, s. 90, Ł. Pohl, (w:) R. A. Stefański (red.) Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, s. 186, A. Zoll, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom 1. Komentarz do art. 1–52, Warszawa 2016, s. 205, a także m.in. wyrok SN z dnia 3 listopada 2004 r., sygn. V KK 1/03, Prok. i Pr. 2005, nr 11, poz. 1.

zakorzenione jest bowiem przeświadczenie, że ten sam czyn nie może stanowić podstawy kilku skazań, że za jeden czyn nie powinno się być karanym więcej niż jeden raz. Pogląd ten wydaje się najtrafniejszy w sytuacji, gdy do multiplikacji ocen prawno-karnych dochodzi w kilku postępowaniach karnych czy też karnych skarbowych. Mniejsze zastrzeżenia natury gwarancyjnej, jak się *prima facie* wydaje, może budzić zastosowanie instytucji zbiegu idealnego w razie, gdy do wartościowania czynów relewantnych prawno-karnie dochodzi w jednym postępowaniu. Anonsując jedynie rozważania, które będą poczynione w rozdziale dotyczącym oceny zgodności instytucji idealnego zbiegu czynów zabronionych z Konstytucją oraz aktami prawa międzynarodowego, tj. Konwencją o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Międzynarodowym Paktem Praw Obywatelskich i Politycznych, a także z Kartą Praw Podstawowych Unii Europejskiej, autor pozwala sobie już w tym miejscu wyrazić pogląd, że instytucja idealnego zbiegu narusza jeden z fundamentalnych zakazów dopuszczalności procesu, wyrażony łacińską paremią *ne bis in idem*⁴⁴.

Najwybitniejszy dogmatyk i filozof prawa karnego oraz genialny kodyfikator polskiego prawa karnego materialnego J. Makarewicz bardzo stanowczo wypowiadał się przeciwko „dziwacznej”, jak to określał, instytucji idealnego zbiegu przestępstw, a co za tym idzie przeciwko traktowaniu na równi albo podobnie przypadków, gdy zachodzi wielość czynów (i w związku z tym zbieg przestępstw właściwy – wieloczynowy) z przypadkami, gdy jeden czyn zawiera znamiona kilku przestępstw⁴⁵.

⁴⁴ W glosie do uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. I KZP 19/12 wyraziłem pogląd, że pomimo zakodowanej w przepisie art. 8 § 1 k.k.s. zasady multiplikacji przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych z przestępstwami i wykroczeniami powszechnymi istnieje taka możliwość interpretacji przepisu, która zgodna będzie zarówno z normami prawa międzynarodowego, jak i Konstytucją RP. Zgodna bowiem będzie wówczas, gdy aplikować będziemy w jego egzegezie reguły wyłączenia wielości ocen również w razie idealnego zbiegu czynów zabronionych (tak J. Kanarek, Glosa do uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. I KZP 19/12, Pal. 2013, nr 7–8, s. 175). J. Majewski uznał powyższe stanowisko za zdecydowanie nazbyt optymistyczne (tak J. Majewski, Reguły wyłączenia wielości ocen a konstrukcja idealnego zbiegu czynów zabronionych (przestępstw lub wykroczeń), Pal. 2015, nr 11–12, s. 77). Obecnie chciałabym zweryfikować swoje stanowisko, czyniąc je tożsamym z tym, które wypowiedziane zostało przez J. Majewskiego. Uważam bowiem, że konstrukcja zbiegu idealnego, nawet przy zastosowaniu reguł wyłączenia wielości ocen, prowadzi do naruszenia norm konwencyjnych i konstytucyjnych, zakazujących dwukrotne karanie za ten sam czyn.

⁴⁵ Por. Uzasadnienie części ogólnej projektu k.k., Warszawa 1930, s. 52; zob. również I. Andrejew, Czy zmienić zasady art. 36 k.k.?, NP 1958, nr 7–8, s. 135 i nast.

Zgodzić się należy z M. Tarnawskim, autorem bardzo wartościowej pracy dotyczącej zagadnienia jedności i wielości przestępstw, że temat tzw. idealnego zbiegu czynów zabronionych jest zadaniem wyjątkowo trudnym. Odwołując się bowiem do poglądów reprezentantów nauki niemieckiej autor ten przywołuje określenia, zgodnie z którymi „idealny zbieg jest drażliwym tematem”, czy wręcz, jak zauważają inni przedstawiciele niemieckojęzycznego obszaru prawnego jest „prawdziwym dziwołagiem, błędną konstrukcją naukową”⁴⁶.

Do czasu wejścia w życie kodeksu karnego z 1932 r. na ziemiach byłego zaboru pruskiego obowiązywał kodeks karny Rzeszy Niemieckiej z 1871 r., na ziemiach byłego zaboru austriackiego ustawa karna o zbrodniach i występkach z 1852 r., zaś na ziemiach byłego zaboru rosyjskiego kodeks karny rosyjski z 1903 r.

Jak zauważył M. Tarnawski, jeśli chodzi o ustawodawstwo niemieckie, to sporne było, czy § 73 k.k. kodeksu karnego niemieckiego przewidywał idealny zbieg czynów zabronionych, czy też rzeczywisty zbieg przepisów ustawy. Na gruncie tego przepisu konstrukcję idealnego zbiegu czynów zabronionych przyjmowali m.in. Binding, Frank, Merkel, Maurach, Schmidhäuser oraz Welzel, natomiast przeciwko wypowiadali się m.in. Heinemann i Liszt. Również wśród autorów polskich znaleźć można było takich, którzy odczytywali w treści § 73 k.k. niemieckiego kodeksu karnego konstrukcję tzw. idealnego zbiegu czynów zabronionych (np. J. Rosenblatt, E. Krzymuski, S. Glaser) oraz jedynie idealnego zbiegu przepisów ustawy (tak m.in. W. Makowski oraz J. Makarewicz)⁴⁷.

Kodeks karny rosyjski z roku 1903 w ogóle nie zawierał przepisu regulującego zbieg przepisów ustawy. Na tej podstawie wyciągano wniosek, że kodeksowi temu znany był tylko tzw. wieloczynowy (realny) zbieg przestępstw (§ 60)⁴⁸.

W ustawie karnej austriackiej z 1852 r. problem jedności i wielości przestępstw regulował przepis § 34, który doktryna interpretowała niejednolicie. Na przykład zdaniem E. Krzymuskiego i J. Rosenblatha ustawie karnej austriackiej znane było pojęcie tzw. idealnego zbiegu czynów zabronionych. Na całkowicie odmiennym stanowisku stał natomiast J. Makarewicz, który w jednej ze swoich prac poświęconej idealnemu

⁴⁶ M. Tarnawski, *Zagadnienia jedności i wielości przestępstw*, Poznań 1977, s. 124.

⁴⁷ M. Tarnawski, *ibidem*, s. 124–125.

⁴⁸ M. Tarnawski, *ibidem*, s. 125.

zbiegowi przestępstw⁴⁹ wyraził stanowczy pogląd, że ustawie karnej z 1852 r. nie jest znane pojęcie tzw. idealnego zbiegu⁵⁰.

Jak już to powyżej powiedziano w kodeksie karnym z 1932 r. przyjęto tzw. eliminacyjny zbieg przepisów ustawy, a co za tym idzie odrzucono koncepcję tzw. zbiegu idealnego, opierając się w tej mierze przede wszystkim na krytycznej ocenie powyższej konstrukcji prawnej dokonanej przez głównego architekta kodeksu karnego z 1932 r.

W literaturze polskiej widoczna jest duża rezerwa do konstrukcji idealnego zbiegu. Jest ona, jak zauważył to A. Spotowski, nieuniknioną konsekwencją stanowczo odrzuconej w polskiej nauce prawa karnego koncepcji tzw. idealistycznego ujęcia przestępstwa, wyznawanej w nauce niemieckiej m.in. przez R. Höniga, zgodnie z którą przestępstwo nie jest czynem, lecz jedynie oceną czynu⁵¹. Oprócz wspomnianego już W. Woltera krytycznie do powyższej koncepcji odnosili się również m.in. K. Buchała oraz J. Kostarczyk – Gryszka, a na gruncie procesowym S. Waltoś. Według K. Buchały przyjęcie koncepcji idealnego zbiegu czynów zabronionych oznacza, że prawo karne jest czynnikiem przestępczo-twórczym. Prawo karne jedynie typizuje ludzkie czyny, a nie tworzy naganne kryminalnie zachowania⁵². Przyjęcie zbiegu idealnego musi zaś nieuchronnie prowadzić do multiplikacji przestępstw jedynie w drodze dokonywania wielokrotnych wartościowań tego samego czynu w rozumieniu ontologicznym. J. Kostarczyk-Gryszka podniosła natomiast, że skoro przestępstwo jest realnym czynem (jeśli zatem jeden czyn realizuje znamiona wyszczególnione w kilku przepisach prawno-karnych), to nie zachodzi zbieg przestępstw (idealny), a jedynie zbieg przepisów⁵³. Z kolei S. Waltoś w trakcie prac nad kodyfikacją tzw. prawa karno-administracyjnego z 1971 r. zauważył, że brak jest możliwości rozsądnego wytłumaczenia laikowi przyczyny, dla której prowadzi się dwa różne postępowania o ten sam czyn, ażeby później, w razie wymierzenia kary w obydwóch postępowaniach zniweczyć sens jednego z nich przez zaliczenie jednej kary na poczet drugiej, albo dlaczego prowadzi się dwa postępowania w sprawie o ten sam czyn, dwukrotnie absorbując czas niektórych świadków, zobowiązując oskarżonego (obwinionego) do dwukrotnej obrony, czyniąc

⁴⁹ Zob. J. Makarewicz, *Idealny zbieg przestępstw w ustawie karnej austriackiej*, Kraków 1897.

⁵⁰ Por. M. Tarnawski, *op. cit.*, s. 125–126.

⁵¹ A. Spotowski, *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw*, Warszawa 1976, s. 161–162.

⁵² K. Buchała, *Przestępstwa w komunikacji drogowej*, Warszawa 1961, s. 165.

⁵³ J. Kostarczyk-Gryszka, *Problem granic realnego zbiegu przestępstw*, Kraków 1968, s. 13.

podwójne nakłady na pokrycie kosztów procesu, aby wymierzyć dwie kary zamiast jednej lub też doprowadzić do wydania dwóch orzeczeń zawierających być może sprzeczne ze sobą ustalenia faktyczne, co wcale nie przysporzy autorytetu organom procesowym⁵⁴.

Ostatnio wnikliwej i krytycznej oceny idealnego zbiegu, również w płaszczyźnie jego konfrontacji ze zbiegiem eliminacyjnym i zbiegiem kumulatywnym, dokonał P. Kardas, który z całą stanowczością zwraca uwagę, że „jakkolwiek nie sposób zanegować istotnej różnicy w charakterystyce podstawy przypisania ujawniającej się między konstrukcją eliminacyjnego i kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy, to bez wątpienia obie te koncepcje nie rodzą żadnych trudności w konfrontacji z powszechnie przyjmowaną we współczesnej teorii prawa oraz dogmatyce prawa karnego zasadą, wedle której za ten sam czyn sprawcę można pociągnąć do odpowiedzialności karnej tylko jeden raz, mocno zakorzonionej w filozoficznej refleksji nad istotą i podstawami odpowiedzialności, a także celami kary i aksjologicznymi ograniczeniami państwowej władzy karania”⁵⁵.

Zbieg idealny jest przewidziany przez szereg ustawodawstw karnych na całym świecie. Przykładowo można wskazać na regulacje zawarte w § 52 niemieckiego k.k., § 28 austriackiego k.k., art. 49 szwajcarskiego k.k., art. 81 włoskiego k.k., art. 77 hiszpańskiego k.k., art. 54 argentyńskiego k.k., art. 75 chilijskiego k.k., art. 48 peruwiańskiego k.k., art. 18 meksykańskiego federalnego k.k. oraz art. 30 portugalskiego k.k.⁵⁶ W systemie polskiego prawa karnego zbieg idealny występuje obecnie jedynie w art. 8 k.k.s. oraz w art. 10 k.w.

Jak zauważa P. Kardas w razie oparcia regulacji ustawowej na klasycznym modelu idealnego zbiegu czynów karalnych ustawodawca określa w ustawie karnej w szczególnym przepisie konsekwencje zbiegu przepisów, wskazując, iż w razie realizacji przez ten sam czyn znamion określonych w dwóch lub więcej przepisach ustawy, wszystkie zbiegają-

⁵⁴ S. Waltoś, Konsekwencje prawne zbiegu znamion przestępstwa i wykroczenia w czynie społecznie niebezpiecznym, PiP 1970, nr 11, s. 702.

⁵⁵ P. Kardas, Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna, Warszawa 2011, s. 527.

⁵⁶ Podaję za G. J. Artymiak, O konstrukcji zbiegu idealnego – uwagi na tle uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. I KZP 19/12, WPP 2015, nr 1, s. 6 i nast.; zob. również P. Kardas, Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna, Warszawa 2011, s. 181 i nast. oraz także Konstrukcja idealnego zbiegu przestępstw a konstytucyjna i konwencyjna zasada *ne bis in idem*. Rozważania o konstytucyjnych i konwencyjnych granicach władzy ustawodawczej, CzPKiNP 2010, nr 4, s. 21 i nast.

ce się przepisy znajdują zastosowanie w ten sposób, iż sprawcy przypisuje się popełnienie tylu przestępstw lub wykroczeń, ile znamion typów czynów zabronionych zrealizował swoim zachowaniem. Konsekwencją przypisania wielu przestępstw lub wykroczeń popełnionych tym samym czynem jest wymierzenie odrębnej kary za każde z nich, ostatecznie zaś powinno mieć miejsce wykonanie wszystkich wymierzonych kar. Autor ten zwraca jednak uwagę, że rozwiązanie to w zasadzie nie występuje we współczesnych systemach prawnych, z tym jedynie zastrzeżeniem, że pewną odmianę tego sposobu rozstrzygania zbiegu można odnaleźć w niektórych krajach opartych na systemie *common law*. Współczesne systemy prawa karnego inkorporując model nazywany powszechnie w nauce prawa karnego konstrukcją idealnego zbiegu przestępstw (czynów karalnych) zawierają elementy modyfikujące klasyczną konstrukcję zbiegu idealnego. W zależności od systemu prawa modyfikacje wprowadzane są na jednej z trzech płaszczyzn, tj. w odniesieniu do przypisania, podstawy wymiaru kary lub zasad wykonania kary⁵⁷. W systemie polskiego prawa karnego skarbowego, jak również prawa wykroczeń, ustawodawca przyjął modyfikację klasycznej konstrukcji idealnego zbiegu na płaszczyźnie zasad wykonania kary (art. 8 § 2 k.k.s. oraz uadekwatniającą ją normą prawną zawartą w przepisie art. 181 k.k.s. oraz art. 10 § 1 k.w.).

Materiałne prawo wykroczeń zostało skodyfikowane w Polsce po raz pierwszy w 1932 r.⁵⁸ i weszło w życie od 1 września 1932 r. wraz z Kodeksem karnym. Zgodnie z treścią przepisu art. 15 rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 11 lipca 1932 r. Prawo o wykroczeniach do przypadków zbiegu przestępstw i zbiegu przepisów stosowało się odpowiednio przepisy rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej o postępowaniu karno-administracyjnym z dnia 22 marca 1928 r. (Dz. U. R. P. Nr 38, poz. 365). Art. 10 drugiego z powyższych aktów prawnych wprowadzał zaś konstrukcję idealnego zbiegu przestępstwa i wykroczenia⁵⁹. Prawo o wy-

⁵⁷ P. Kardaś, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011, s. 182–184.

⁵⁸ Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 11 lipca 1932 r., Dz. U. RP Nr 60, poz. 572 ze zm.

⁵⁹ W myśl art. 10 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej o postępowaniu karno-administracyjnym z dnia 22 marca 1928 r. (Dz. U. R.P. Nr 38, poz. 365) „jeżeli ten sam czyn wykazuje cechy przestępstwa, ulegającego ukaraniu przez władzę administracyjną, a zarazem cechy przestępstwa, ulegającego ukaraniu przez władzę sądową, każda z tych władz orzeka w zakresie swej właściwości. W razie skazania tak w postępowaniu karno-administracyjnym, jak i w postępowaniu sądowym, z pośród orzeczonych kar pozbawienia wolności kara surowsza pochłania mniej surową, inne kary, orzeczone przez obie władze i skutki skazania, wynikające z obu orzeczeń, pozostają obok siebie w mocy...”

kroczeniach zostało później zastąpione przez Kodeks wykroczeń z dnia 20 maja 1971 r. (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 618 ze zm.), który ze zmianami obowiązuje również obecnie. Konstrukcja idealnego zbiegu wykroczenia i przestępstwa została wprowadzona również do aktualnie obowiązującego Kodeksu wykroczeń. Zgodnie z treścią art. 10 § 1 k.w. jeżeli czyn będący wykroczeniem wyczerpuje zarazem znamiona przestępstwa, orzeka się za przestępstwo i za wykroczenie, z tym że jeżeli orzeczono za przestępstwo i za wykroczenie karę lub środek karny tego samego rodzaju, wykonuje się surowszą karę lub środek karny. W razie uprzedniego wykonania łagodniejszej kary lub środka karnego zalicza się je na poczet surowszych.

W prawie karnym skarbowym tradycja sięgania przez ustawodawcę do konstrukcji idealnego zbiegu przestępstw skarbowych i przestępstw powszechnych oraz wykroczeń skarbowych i wykroczeń powszechnych widoczna jest już w pierwszym, po odzyskaniu przez nasz kraj niepodległości w 1918 r., akcie prawnym, regulującym odpowiedzialność karną za zachowania skierowane przeciwko interesom fiskalnym państwa. Konstrukcję tę regulował art. 22 ustawy karnej skarbowej z dnia 2 sierpnia 1926 r. (Dz. U. R.P. Nr 105, poz. 609)⁶⁰. Również art. 22 ustawy karnej skarbowej z dnia 18 marca 1932 r.⁶¹ odwoływał się do konstrukcji zbiegu idealnego. Zbieg idealny recypowały wszystkie następne akty prawne, których przedmiotem była odpowiedzialność karna za przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe. Z treści art. 7 § 2 dekretu Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 3 listopada 1936 r. Prawo karne skarbowe⁶² wy-

⁶⁰ Zgodnie z tymże przepisem: „W razie zbiegu przestępstw, ulegających ukaraniu według niniejszej ustawy, wymierza się karę pieniężną i konfiskatę przedmiotu za każde przestępstwo osobno niezależnie od kary pieniężnej i konfiskaty, wymierzonej za inne pozostające w zbiegu przestępstwa. To samo ma zastosowanie do przestępstw, ulegających ukaraniu według niniejszej ustawy, także w razie zbiegu z przestępstwami, ulegającymi ukaraniu według powszechnej lub innej ustawy karnej. Wymiar kary pieniężnej (grzywny) za przestępstwa, ulegające ukaraniu według niniejszej ustawy, nie ma wpływu na wymiar kary za pozostające w zbiegu przestępstwa, ulegające ukaraniu według powszechnej lub innej ustawy karnej. Postanowienia poprzedniego ustępu co do kary pieniężnej mają zastosowanie również w wypadku, gdy jednym działaniem popełniono dwa lub więcej przestępstw (zbieg jednoczynowy)”.

⁶¹ Dz. U. R.P. Nr 34, poz. 355. Zgodnie z treścią art. 22 tegoż aktu prawnego: (§ 1) „W razie zbiegu przestępstw, podlegających niniejszej ustawie, za każde z nich wymierza się karę pieniężną i konfiskatę osobno, tak, jakby zbieg nie zachodził. To samo stosuje się do przestępstw, podlegających niniejszej ustawie, w razie ich zbiegu z przestępstwami, ustawie tej nie podlegającymi. (§ 2) Postanowienia powyższe co do kary pieniężnej mają zastosowanie również w przypadku, jeżeli czyn zagrożony karą, podpada pod dwa lub więcej przepisów ustawowych”.

⁶² Dz. U. R.P. Nr 84, poz. 581.

nikało bowiem, że jeżeli czyn zagrożony karą podpadał pod przepisy tegoż aktu prawnego oraz innej ustawy, zastosować należało każdy z tych przepisów. W okresie PRL nie zrezygnowano z tradycji umieszczania w ustawach karnych skarbowych rozwiązania rzeczywistego (właściwego) zbiegu przepisów ustawy w oparciu o konstrukcję idealnego zbiegu. Odpowiednio regulowały to art. 8 § 2 dekretu z dnia 11 kwietnia 1947 r. Prawo karne skarbowe⁶³, art. 7 § 2 ustawy karnej skarbowej z dnia 13 kwietnia 1960 r.⁶⁴ oraz art. 6 § 1 ustawy karnej skarbowej z dnia 26 października 1971 r.⁶⁵ Również obowiązujący obecnie kodeks karny skarbowy rozwiązuje problem zbiegu przepisów różnych ustaw poprzez inkorporowanie konstrukcji idealnego zbiegu czynów zabronionych (art. 8 § 1 k.k.s.).

Zasadne jest poszukanie odpowiedzi na pytanie, dlaczego w prawie karnym powszechnym przyjmowano uprzednio konstrukcję eliminacyjnego zbiegu przepisów, a następnie kumulatywnego zbiegu przepisów, nie inkorporując tym samym rozwiązania zasadzającego się na konstrukcji idealnego zbiegu, podczas gdy w prawie wykroczeń, jak również w prawie karnym skarbowym, w sytuacji zajścia tzw. zewnętrznego zbiegu przepisów ustawy, powszechnie instytucja ta miała i ma obecnie zastosowanie. Już w tym miejscu pozwalam sobie wyrazić pogląd, że jakkolwiek wcześniej można było znaleźć dla tego rozwiązania uzasadnienie w szczególności aksjologiczne oraz pragmatyczne, jak i sprawiedliwościowe, to obecnie trudno doszukać się przekonujących argumentów za utrzymywaniem powyższego dualizmu.

Uzasadnienia dla aplikacji zbiegu idealnego do polskiego systemu prawa karnego doszukać się można w okoliczności, że zarówno w sprawach o wykroczenia, jak i przestępstwa skarbowe oraz wykroczenia skarbowe, już od wejścia w życie pierwszych po odzyskaniu przez Polskę niepodległości w 1918 r. aktów prawnych, regulujących te dziedziny prawa karnego, nie podlegały one kognicji niezawisłych sądów, ale organów administracyjnych. Organy administracyjne nie orzekały *prima vista* o odpowiedzialności karnej za przestępstwa powszechne. Tym samym w razie, gdy czyn wyczerpywał znamiona zarówno przestępstwa skarbowego, jak i przestępstwa powszechnego, to zasadnym było w celu oddania całej naganności kryminalnej zachowania sprawcy przypisać jemu sprawstwo zarówno przestępstwa skarbowego, jak i powszechnego. Biorąc pod uwagę okoliczność, że o odpowiedzialności karnej orzekały róż-

⁶³ Dz. U. Nr 32, poz. 140.

⁶⁴ Dz. U. Nr 21, poz. 123.

⁶⁵ Dz. U. Nr 28, poz. 260.

ne organy, to jedynie konstrukcja idealnego zbiegu mogła spełnić warunek, o którym mowa powyżej. Obecnie jednak, w sytuacji, gdy zarówno w przedmiocie odpowiedzialności karnej za przestępstwa powszechne i przestępstwa skarbowe, jak również wykroczenia skarbowe i wykroczenia powszechne orzekają niezawisłe sądy, to uzasadnienie stosowania konstrukcji zbiegu idealnego ze względu na dualizm organów orzekających nie jest już aktualny.

Zauważyć jednak należy, że w piśmiennictwie argument ten nadal pojawia się, jako uzasadnienie stosowania instytucji, o której mowa w art. 8 k.k.s. V. Konarska-Wrzosek, odwołując się do etapu postępowania przygotowawczego, do którego prowadzenia uprawnione są również organy, o których mowa w treści przepisu art. 118 k.k.s., zauważa, że instytucja idealnego zbiegu czynów zabronionych czyni ukaranie sprawcy w wyższym stopniu prawdopodobnym w sytuacji, gdy z powodu przynależności jego naganego zachowania do różnych działów prawa karnego jego ściganie należy do właściwości rzeczowej różnych organów, które na ogół funkcjonują niezależnie od siebie i nie ma między nimi przepływu informacji o ujawnionych naruszeniach prawa⁶⁶. Wydaje się jednak, że w sytuacji, gdy mamy do czynienia z postępującą informatyzacją organów ścigania i organów wymiaru sprawiedliwości również ten argument nie może stanowić dostatecznego uzasadnienia dla konstrukcji tzw. zewnętrznego zbiegu przepisów ustawy.

W piśmiennictwie uzasadnienia dla stosowania konstrukcji zbiegu idealnego poszukuje się ponadto w różnych przedmiotach ochrony prawa karnego powszechnego i prawa karnego skarbowego⁶⁷. Z. Siwik zauważa wręcz, że nie zawsze jest łatwo organom finansowym ocenić w postępowaniu karnym skarbowym, czy poza przestępstwem skarbowym dany czyn nie wyczerpuje także znamion innego przestępstwa, tj. pospolitego⁶⁸. Zasadne jest wyrażenie w tym miejscu poglądu, że braku w przygo-

⁶⁶ V. Konarska-Wrzosek, (w:) I. Zgoliński (red.), Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa s. 58. Na utylitarne względy utrzymywania konstrukcji art. 8 k.k.s. zwraca uwagę również G. Bogdan, Jedność i wielość zachowań i ocen prawnych w nowelizacji Kodeksu karnego skarbowego, CzePKiNP 2006, nr 1, s. 11.

⁶⁷ Tak m.in. V. Konarska-Wrzosek, *ibidem*, s. 58; podobnie T. Grzegorzczak, który wyraża wręcz pogląd, że jedynym uzasadnieniem konstrukcji idealnego zbiegu czynów zabronionych jest dobro prawne chronione w k.k.s., czyli interes finansowy państwa, zob. tenże Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2009, s. 61 oraz postanowienie SN z dnia 26 lutego 2007 r., sygn. IV KK 14/07, OSNKwSK 2007, nr 1, poz. 510, s. 305–306.

⁶⁸ Z. Siwik, Systematyczny komentarz do ustawy karnej skarbowej. Część ogólna, Wrocław 1993, s. 111. Podobny pogląd wyraża F. Prusak, zob. tenże, Ustawa karna skarbową z komentarzem, Warszawa 1992, s. 18.

towaniu merytorycznym podmiotów prowadzących postępowanie karne skarbowe nie może stanowić wystarczającej, a przede wszystkim przekonującej przesłanki dla stosowania tak kontrowersyjnej konstrukcji, jak zbieg idealny. Wraz z rozwojem uniwersalnych praw człowieka nie sposób bowiem zaaprobować tezy o możliwości przerzucania na obywatela konsekwencji niewydolności organów państwa. Możliwość dwukrotnego pociągnięcia sprawcy zachowania relewantnego prawnokarnie do odpowiedzialności karnej za ten sam jeden czyn, nawet przy zastosowaniu mechanizmów redukcyjnych, o których mowa w art. 8 § 2 k.k.s., tylko ze względu na możliwość pojawienia się trudności w interpretacji przepisów prawa przez funkcjonariuszy publicznych, nie wytrzymuje – moim zdaniem – jakiegokolwiek krytyki.

W literaturze doszukać się można uzasadnienia stosowania konstrukcji zbiegu idealnego odwołującego się również do argumentów sprawiedliwościowych. Zdaniem P. Kowalskiego dopuszczenie do sytuacji, w której sprawca czynu wyczerpującego jednocześnie znamiona przykładowo przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. i przestępstwa skarbowego z art. 76 § 1 k.k.s., w związku z zastosowaniem zasady specjalności, eliminującej zbieg idealny, podlegałby odpowiedzialności jedynie na gruncie drugiego z powołanych przepisów ustawy, musi budzić poważne wątpliwości natury moralnej, a także zmuszać do stawiania pytań o zdecydowanie słabszą ochronę prawnokarną interesów Skarbu Państwa względem interesów indywidualnych. Owa słabsza ochrona przejawiać się będzie przecież – zdaniem tegoż autora – nie tylko w niższej górnej granicy ustawowego zagrożenia, ale i znaczenie łagodniejszymi rygorami w zakresie przedawnienia karalności⁶⁹. Jak się wydaje również powyższy argument nie może być determinujący dla uzasadnienia stosowania zbiegu idealnego. Po pierwsze prawo karne powszechne i prawo karne skarbowe mają priorytetowe funkcje do spełnienia. Pierwszoplanową funkcją prawa karnego powszechnego jest bowiem funkcja represyjna, która *prima vista* musi znajdować przełożenie na ustawowe zagrożenie za przełamanie normy prawnokarnej, natomiast priorytetem dla prawa karnego skarbowego jest przede wszystkim realizacja funkcji egzekucyjno-kompensacyjnej, a co za tym idzie represja musi w tym wypadku ustąpić miejsca pragmatycznej zasadzie priorytetu egzekucji należności

⁶⁹ P. Kowalski, Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. I KZP 19/12, Prok. i Pr. 2014, nr 7–8, s. 218–220; zob. również J. Duży, Glosa do uchwały z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. I KZP 19/12, PiP 2014, nr 7, s. 136. Na powyższy argument zwraca również uwagę SN w uzasadnieniu uchwały z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. I KZP 19/12, OSNKW 2013, nr 2, poz. 13.

publicznoprawnych. Raz jeszcze z całą stanowczością podnieść należy, że priorytet ten stanowi *signum temporis* współczesnej polityki kryminalnej w prawie karnym skarbowym. Poza tym nie sposób uznać, nie chcąc oczywiście narazić się na zarzut dowolności, jakoby odpowiedzialność karna skarbową była łagodna w stosunku do odpowiedzialności za przestępstwa powszechne. Jak wykazano bowiem w rozdziale dotyczącym odpowiedzialności karnej skarbowej jako odpowiedzialności o charakterze w pełni homogenicznym w stosunku do odpowiedzialności opartej na zasadach kodeksu karnego, odpowiedzialność za przestępstwa skarbowe jest bardzo represyjna. Możliwość wymierzenia kary pozbawienia wolności za niektóre z przestępstw skarbowych nawet w wymiarze do 5 lat, a w razie zastosowania mechanizmów progresji karania nawet do lat 10, natomiast w przypadku wydania wyroku łącznego wymierzenia kary pozbawienia wolności w wymiarze 25 lat (art. 20 § 2 k.k.s. w zw. z art. 86a § 1 k.k.) nie świadczy *per se* o łagodności ustawodawcy w traktowaniu sprawców poważnych przestępstw skarbowych. Porównując zagrożenie karne w kodeksie karnym oraz w kodeksie karnym skarbowym dojść należy do wniosku o stosowaniu różnej polityki kryminalnej państwa w traktowaniu przestępstw powszechnych oraz skarbowych. Skoro sposób ochrony interesów majątkowych państwa jest przejawem wyłącznie jego polityki kryminalnej, to zasadne jest wyrażenie poglądu, że brak jest uzasadnionych podstaw zarówno teoretycznych, jak i innych, aby nie doszło do ujednolicenia sankcji za naruszenie interesów majątkowych państwa i interesów indywidualnych obywateli. Tym samym również argument sprawiedliwościowy nie może stanowić – moim zdaniem – determinującej podstawy dla uzasadnienia stosowania idealnego zbiegu czynów zabronionych.

Przedstawione powyżej rozważania upoważniają do wyrażenia poglądu, że brak jest przekonujących podstaw do dalszego utrzymywania w systemie polskiego prawa karnego dualizmu w rozwiązywaniu problemu tzw. właściwego zbiegu przepisów ustawy. Uważam, że należy opowiedzieć się za zastąpieniem dotychczasowej regulacji art. 7 i 8 k.k.s. jednolitym kumulatywnym zbiegiem przepisów ustawy, co w pełni będzie oddawało charakter przypisanego sprawcy czynu, a pozbawione będzie tych wszystkich zastrzeżeń, pojawiających się w nauce prawa, a dotyczących zbiegu idealnego.

Penal fiscal law: essence, origin, and applicability of external concurrence of provisions

Abstract

This paper looks into a concurrence of provisions of an act. Presented herein based on the literature on the subject and case law of common courts, considerations lead to the conclusion that there are no convincing grounds to further continue with a dual approach to solving the problem of real concurrence of provisions of an act. It is demanded that existing Articles 7 and 8 of the Penal Fiscal Code should be replaced with a uniform cumulative concurrence of provisions to fully reflect the nature of an act ascribed to a perpetrator, and avoid objections the science of law has against an ideal concurrence.

Maciej Aleksander Kędzierski¹

Obowiązki i odpowiedzialność oficera AML (AMLO) w instytucji obowiązanej² (część 2)

Streszczenie

Ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu wprowadziła instytucję oficera ds. przeciwdziałania praniu pieniędzy, który odpowiedzialny jest zarówno za przygotowanie i realizację polityki zgodności, jak i za raportowanie zawiadomień do jednostki analityki finansowej. Osoba ta posiada status pracownika zajmującego kierownicze stanowisko w instytucji obowiązanej. Cięży na nim szereg obowiązków wynikających z niniejszej ustawy, które mieszczą się w potrzebie zorganizowania, nadzorowania (monitorowania) systemu przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu w instytucji obowiązanej. Zarówno potrzeba jego wyznaczenia, jak i wymagania wynikające z ciążących na nim obowiązków obwarowane zostały karami administracyjnymi oraz przepisami karnymi zawartymi w samej ustawie – celem prawidłowego ich wykonywania. Ponadto osoba ta może podlegać innemu rodzajowi odpowiedzialności wynikającej z Kodeksu karnego lub przepisów prawa pracy.

Kluczowe słowa

Odpowiedzialność oficera AML, compliance, wyznaczenie pracownika, przekazywanie zawiadomień, Generalny Inspektor Informacji Finansowej.

¹ <https://orcid.org/0000-0003-3074-1355>.

² Oprócz określenia oficera AML wyróżnia się także określenia: MLRO – *Money Laundering Reporting Officer*, Deputy Money Laundering Reporting Officer (DMLRO), lub Anti-Money Laundering Compliance Officer (AMLCO). Na potrzeby przedmiotowego artykułu użyto skrótu: AMLO – *Anti-Money Laundering Officer*, tj. oficera ds. przeciwdziałania praniu pieniędzy.

1. Odpowiedzialność karna i administracyjna AMLO

1.1. Wprowadzenie

Przepis art. 154 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t. wprowadza do polskiego obrotu prawnego regulację wynikającą z art. 58 ust. 3 IVDAML, dotyczącą możliwości stosowania kar i środków wobec członków organu zarządzającego oraz innych osób fizycznych odpowiedzialnych za naruszenia przez instytucje obowiązane przepisów o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. W pierwotnym brzmieniu ustawy o p.p.p.f.t. (z dnia 1 marca 2018 r.) przewidziano możliwość nałożenia kary administracyjnej jedynie na osoby wyznaczone na podstawie art. 7 ustawy, pomijając możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności przedstawicieli kadry kierowniczej wyznaczonych na podstawie art. 6 oraz pracownika zajmującego kierownicze stanowisko z art. 8 ustawy. Jak wskazano, prawidłowa i pełna implementacja art. 58 ust. 3 IV DAML wymagała uzupełnienia art. 154 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t., o możliwość nałożenia kary także na osoby wymienione odpowiednio w art. 6 oraz art. 8 ustawy³. Wydaje się, że mimo iż AMLO należałoby potraktować po części jako *compliance oficera*, co wynika wprost z zapisu art. 8 ustawy o p.p.p.f.t. zd. pierwsze, to jednak odpowiedzialność CO a osoby „pracownika zajmującego kierownicze stanowisko odpowiedzialnego za zapewnienie zgodności działalności instytucji obowiązanej oraz jej pracowników i innych osób wykonujących czynności na rzecz tej instytucji obowiązanej z przepisami o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu” – różni się, posiadając jednocześnie także elementy wspólne. Po pierwsze zarówno odpowiedzialność CO jak i AMLO będzie mogła być zbudowana na zasadzie umowy. Ale nie występuje już zgodność odpowiedzialności na podstawie ustawy, której podlega AMLO, ale nie CO, ponieważ brak jest w polskim obrocie prawnym przepisów szczególnych, skonkretyzowanych w tym zakresie⁴. Przy czym, wydaje się, że w przypadku CO będzie to odpowiedzialność za naruszenie związane ze zorganizowaniem całościowego systemu zarządzania zgodno-

³ Uzasadnienie do zmiany ustawy o p.p.p.f.t. druk sejmowy nr 3761 Sejmu VIII kadencji, s. 4. Ustawa z dnia 16 października 2019 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2019 r., poz. 2088).

⁴ Zob. Rządowy projekt ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary Sejmu VIII Kadencji, (w:) <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/agent.xsp?symbol=RPL&Id=RM-10-190-18>.

ścią w firmie, a nie za poszczególne naruszenia⁵. W niektórych rodzajach instytucji obowiązanych, np. bankach funkcjonują dodatkowo generalne reguły prezentujące wzorce zgodnościowe. W obszarze tym wymieniana się również zakres AML/CFT. Dla przykładu są nimi przygotowane przez Komisję Nadzoru Finansowego Rekomendacje H dotyczące kontroli wewnętrznej⁶. W takim przypadku zakres weryfikacji bieżącej, pionowej oraz testowanie pionowe, dokonywane przez komórkę do spraw zgodności, powinny być odpowiednio dostosowane do specyfiki działalności banku. Zakres dokonywanej przez komórkę do spraw zgodności weryfikacji bieżącej pionowej może obejmować w szczególności weryfikację przestrzegania mechanizmów kontrolnych (np. procedur), przez pierwszą linię obrony w takich obszarach jak: przeciwdziałanie praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu oraz przestrzeganie sankcji międzynarodowych (stosowanie szczególnych środków ograniczających)⁷. Wewnątrz systemy organizacyjne w instytucji obowiązanej i podział zadań powinny doprecyzować, w zakresie jakiego obszaru organizacyjnego tego podmiotu aktywność AMLO czy CO będzie mieściła się odnośnie realizacji tych postanowień rekomendacyjnych. Odpowiedzialność CO może stać się również pochodną odpowiedzialności interesariuszy w podmiocie gospodarczym (np. wspólnika, akcjonariusza, członka rady nadzorczej)⁸. W konsekwencji rolę tych dwóch podmiotów można oceniać jako CO – odpowiedzialność ogólną za zgodność, a AMLO konkretną za całość tematyki AML/CFT. Zawód CO nie jest uregulowany w żadnej dziedzinie prawa, stąd też jako możliwe źródło jego prawnokarnego obowiązku działania wchodzi w rachubę przede wszystkim umowa (dobrowolne przejęcie funkcji gwaranta). Dlatego zakres odpowiedzialności CO będzie mógł być dowolnie regulowany, ale w takich granicach aby zapewniał on wykonywanie zgodności w danym podmiocie (zapewniając zgodność działalności tego podmiotu z prawem). Na gruncie polskiego prawa karnego obowiązek gwarancyjny CO może wynikać w zasadzie wyłącznie z umowy, o ile zawierać ona będzie wyraźne zobowią-

⁵ B. Makowicz – pionier interdyscyplinarnych nauk o zgodności, etyce i kulturze organizacyjnej na Europejskim Uniwersytecie Viadrina we Frankfurcie nad Odrą – rozmawia z Prawo.pl, (w:) <https://www.youtube.com/watch?v=xxS1rpbjrEg>.

⁶ Komisja Nadzoru Finansowego, Rekomendacje H dotycząca systemu kontroli wewnętrznej w bankach, Warszawa kwiecień 2017, (w:) https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/knf_170534_Rekomendacja_H_2017_50303.pdf.

⁷ *Ibidem*, Rekomendacja 13. Zapewnianie zgodności, w ramach funkcji, kontroli powinno obejmować stosowanie mechanizmów kontrolnych, niezależne monitorowanie ich przestrzegania oraz raportowanie.

⁸ Podobnie należałoby interpretować art. 7 ustawy o p.p.p.f.t.

zanie przynajmniej do podejmowania środków zmierzających do zapobiegania przestępstwom pracownika i zobowiązanie to zostanie jednocześnie faktycznie podjęte przez CO⁹. Wydaje się, że odpowiedzialność AMLO działającego w zakresie art. 8 zd. pierwsze (czyli jak AMLCO), powinna być podobna, co do zasady, do odpowiedzialności CO przy jednoczesnym jej wzmocnieniu poprzez umocowanie dla wykonywania obowiązków wynikających z ustawy o p.p.p.f.t. Obydwa te podmioty odpowiadają, w różnym zakresie, ale za ten sam odcinek tj. za „zgodność” funkcjonowania instytucji, w tym instytucji obowiązanej, z ustalonymi przepisami, regulaminami, zasadami itp. W tym zakresie należy brać także pod uwagę nie tylko funkcjonujące standardy na poziomie krajowym, ale również międzynarodowym. Niektórzy autorzy wymieniają dla CO, jako źródło obowiązku działania w rozumieniu art. 2 k.k. tj. fakt pełnienia określonej funkcji, bądź zajmowania określonego stanowiska¹⁰. Przytoczone powołanie się, spełnia jednak rolę wyłącznie uzupełniającą do podstawowych źródeł, jakimi są ustawa, umowa i uprzednie zachowanie się sprawcy¹¹. Kodeks karny nie wypowiada się na temat źródeł obowiązku gwaranta. W Uzasadnieniu projektu k.k. (s. 119) czytamy: „Obowiązek gwaranta przeszkodzenia skutkowi musi mieć charakter prawny, tzn. wynikać bądź wprost z normy prawnej, bądź z aktu mającego znaczenie prawne (umowy, nominacji). Obowiązek ten musi mieć też charakter szczególny, tzn. musi być adresowany do oznaczonej bliżej grupy osób”. Wydaje się, że projektodawcy opowiedzieli się tym samym za ograniczeniem katalogu źródeł obowiązku gwaranta do dwóch źródeł: ustawy i dobrowolnego podjęcia się zobowiązania¹². Tak więc, w polskim prawie karnym obowiązek taki może wynikać w zasadzie z wyraźnego zobowiązania umownego, które zostanie przez oficera *compliance* faktycznie podjęte. W relacji do CO, odpowiedzialność AMLCO może być także zbudowana na umowie (np. umowie o pracę), ustawie, w tym ustawie o p.p.p.f.t., która istotnie doprecyzowuje zakres obowiązków i zakres naruszenia obowiązków w świetle zarówno kar administracyjnych, jak i odpowiedzialności karnej. Głównym źródłem zatrudnienia AMLO (działającego jak AMLCO) jest ustawa o p.p.p.f.t. (jako gwarancja ogólna

⁹ M. Małolepszy, M. Pierzchlewicz, Odpowiedzialność karna oficera *compliance*, Prokuratura i Prawo 2019, nr 5, s. 5–29.

¹⁰ *Ibidem*, s. 27, z powołaniem się na: J. Giezek, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2012, s. 34.

¹¹ *Ibidem*, s. 22–23. Zob. także komentarz do art. 2 k.k. A. Wąsek, aktualizacja M. Kulik, (w:) M. Filar (red. nauk.), Kodeks karny. Komentarz, wydanie 4, Warszawa 2014, Wolters Kluwer, s. 24–26.

¹² A. Wąsek, aktualizacja M. Kulik, (w:) Kodeks karny. Komentarz, s. 24.

wypełniania obowiązków AML/CFT) w połączeniu z innymi przepisami. W grę będą tu wchodziły takie przepisy, jak: np. Kodeks pracy, Kodeks cywilny, które będą dodatkowo regulowały kwestie relacji pomiędzy pracownikiem i pracodawcą oraz sprawę „wyznaczenia” pracownika do realizacji określonych działań w zatrudniającym podmiocie (gwarancja szczegółowa). W tym zakresie ustawa o p.p.p.f.t. doprecyzowuje kwestie merytoryczne zakresu obowiązków i odpowiedzialności za ich niewłaściwe realizowanie (bądź nierealizowanie). Odmienne kwestią jest sprawa usytuowania komórki AML/CFT w instytucji obowiązanej. Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 6 marca 2017 r. w sprawie systemu zarządzania ryzykiem i systemu kontroli wewnętrznej, polityki wynagrodzeń oraz szczegółowego sposobu szacowania kapitału wewnętrznego w bankach¹³, czyli także jako w instytucjach obowiązanych, w § 43 stanowi, że w przypadku banku, o którym mowa w art. 70 ust. 2¹⁴ ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, w zakresie czynności, o których mowa w art. 70 ust. 2 tej ustawy system kontroli wewnętrznej poza obowiązkami określonymi w § 30–40 zapewnia między innymi skuteczność procedur dotyczących przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. Zapis wskazuje na to, że komórka AML/CFT powinna zostać uplasowana w pionie kontroli wewnętrznej. W szczególności, że w dalszej części § 43 w pkt 2 ww. rozporządzenia, mowa jest o komórce do spraw zgodności, jako odrębnej organizacyjnie, przed którą stawia się inne zadania. Przedstawione rozwiązanie posiada warstwę porządkującą organizacyjnie kwestię uplasowania komórki AML/CFT. Niemniej najważniejszą sprawą jest przyjęcie takiego rozwiązania nie tylko organizacyjnego, ale także decyzyjnego, uwzględniającego relacje z zarządem, możliwości zarządzania i egzekwowania poleceń, które umożliwi nie tylko zoptymalizowanie sfery AML/CFT ale także nie dopuści do wystąpienia i poszerzania się luki w systemie przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowania terroryzmu w instytucji obowiązanej. Jasny obraz wzajemnych relacji, a tym samym odpowiedzialności za akceptację i podejmowanie decyzji w obszarze zgodności ogólnej i AML/CFT, powinien być szczegółowo wyeksponowany w wewnętrznych przepisach organizacyjnych.

¹³ Dz. U. z 2017 r., poz. 637, (w:) <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU2017000637/O/D20170637.pdf>.

¹⁴ Bank z siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Należy zauważyć, że po nowelizacji przepisu art. 154 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t. na AMLO spoczywa także odpowiedzialność finansowa¹⁵. Przedmiotowa nowelizacja umożliwiła nałożenie kary do 1 000 000 zł, którą aktualnie można nałożyć nie tylko na członka zarządu instytucji obowiązanej (art. 7 ustawy o p.p.p.f.t.), odpowiedzialnego za wykonywanie obowiązków w zakresie AML, ale także na kadrę kierowniczą wyższego szczebla lub pracownika zajmującego kierownicze stanowisko odpowiedzialnego za zapewnienie zgodności działalności instytucji obowiązanej oraz jej pracowników z przepisami AML (art. 6 i 8 ustawy o p.p.p.f.t.). Zmiana ta oznacza, że za nieprzestrzeganie przepisów ustawy mogą zostać ukarani również pracownicy instytucji obowiązanych niebędący członkami zarządu. Ustawodawca wprowadził możliwość nałożenia na osobę fizyczną bardzo wysokiej kary finansowej, bez wskazania w ustawie żadnych przesłanek czy dyrektyw dotyczących jej wymiaru. Generalny Inspektor Informacji Finansowej będzie miał zatem niczym nieskrępowaną swobodę w wymierzaniu kary wobec osób fizycznych¹⁶. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na to, że jeśli całość obowiązków z ustawy o p.p.p.f.t. w zw. z odniesieniem się do całości treści art. 8 tejże ustawy, nie wykonuje jedna i ta sama osoba – AMLO, a odrębnie utworzono stanowiska AMLCO i MLRO, to każda z nich będzie podlegała, w zakresie swoich obowiązków, pod odpowiedzialność z art. 154 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t. Dlatego też ważnym jest szczegółowe powołanie się na art. 8 ustawy o p.p.p.f.t. w treści zakresu obowiązków na stanowisku, które realizuje dany pracownik i za nie odpowiada. Zapisy nie powinny odnosić się wyłącznie do ogólnych sformułowań mimo, że ustawodawca w art. 8 w zdaniu pierwszym wskazał ogólnie obowiązek dochowania zgodności, a w zdaniu drugim precyzyjnie sformułował obowiązki z powołaniem się na poszczególne artykuły przedmiotowej ustawy. Ponadto gdy zadania określone w art. 8 ustawy o p.p.p.f.t. zdanie drugie, wykonywałby wyłącznie pracownik, niezajmujący w instytucji obowiązanej stanowiska kierowniczego, to takie usytuowanie go w hierarchii instytucji nie powinno mieć wpływu na umniejszenie odpowiedzialności z art. 154 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t. Niemniej ograniczy to jego zdolność organizacyjną do dochowania obowiązkowi. W takim przypadku należy mieć na względzie oddzielenie odpowiedzialności za źle wykonane „powierzone zadanie” od

¹⁵ Ustawa z dnia 16 października 2019 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2019 r., poz. 2088).

¹⁶ M. Ajs, A. W i d z e w i c z, Rozszerzenie odpowiedzialności za naruszenie obowiązków dotyczących przeciwdziałania praniu pieniędzy, grudzień 2019, (w:) <https://www.prawo.pl/biznes/wieksza-odpowiedzialnosc-i-wyzsze-kary-za-naruszenie-obowiazkow,496338.html>.

odpowiedzialności za niezrealizowanie obowiązku „przekazywania w imieniu instytucji obowiązanej zawiadomień”. Taka sytuacja może zaistnieć wobec wyznaczenia osoby zastępującej AMLO, w przypadku jego nieobecności w pracy, czy rozdzieleniu tych ról w instytucjach, w związku z ich pionowo i poziomo rozbudowanymi ilościowo, wewnętrznymi komórkami organizacyjnymi. Oczwistym jest, że klasyczny i poprawny proces wyznaczenia powinien uwzględnić stanowisko uznane za kierownicze stanowisko pracownicze. Powyższe podyktowane jest głównie ustanowieniem właściwej pozycji wyjściowej dla takiego pracownika na potrzeby poprawnego realizowania obowiązków z ustawy o p.p.p.f.t.

Odpowiedzialność jaką może ponieść AMLO, może być więc, zgodnie z zapisami ustawy o p.p.p.f.t. odpowiedzialnością :

- 1) karną lub
- 2) administracyjną (delikt administracyjny).

1.2. Odpowiedzialność karna AMLO

Zgodnie z treścią jednego z dwóch przepisów karnych umieszczonych w ustawie o p.p.p.f.t., w art. 156 ust. 1, uznano, że kto, działając w imieniu lub na rzecz instytucji obowiązanej: nie dopełnia obowiązku przekazania Generalnemu Inspektorowi zawiadomienia o okolicznościach, które mogą wskazywać na podejrzenie popełnienia przestępstwa prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, lub obowiązku przekazania Generalnemu Inspektorowi zawiadomienia o powzięciu uzasadnionego podejrzenia, że określona transakcja lub wartości majątkowe będące przedmiotem tej transakcji mogą mieć związek z praniem pieniędzy lub finansowaniem terroryzmu, przekazuje Generalnemu Inspektorowi nieprawdziwe lub zataja prawdziwe dane dotyczące transakcji, rachunków lub osób, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Kolejno w ust. 2 wskazano, że: tej samej karze podlega, kto wbrew przepisom ustawy ujawnia osobom nieuprawnionym, posiadaczom rachunku lub osobom, których transakcja dotyczy, informacje zgromadzone zgodnie z ustawą lub wykorzystuje te informacje w sposób niezgodny z przepisami ustawy. Jeżeli sprawca czynu określonego w ust. 1 pkt 1 lub ust. 2 działa nieumyślnie, podlega grzywnie. Ze względu na umieszczenie w zapisie art. 156 ust. 1 zaimka „kto” w odniesieniu do treści (sensu) całokształtu ustawowego opisu zachowania zabronionego, uznać należy, że wskazane przestępstwo traktowane jest jako przestępstwo indywidualne dla tych, którzy „działają w imieniu lub na rzecz instytucji obowiązanej”. Do działania w imieniu instytucji obowiązanej jest uprawniony tylko ten, gdy ma do tego umocowanie. W tym zakresie plasuje się także AM-

LO. Daje do tego podstawę art. 8 (zadanie drugie) w zw. z art. 156 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t. Ustawodawca wprost obarczył odpowiedzialnością w art. 8 ustawy o p.p.p.f.t. AMLO do przekazywania „w imieniu instytucji obowiązanej” zawiadomień, o których mowa w art. 74 ust. 1, art. 86 ust. 1, art. 89 ust. 1 i art. 90. W tym zakresie przedmiotowym również mieści się penalizowany jako nierealizowany obowiązek przekazania Generalnemu Inspektorowi zawiadomienia o okolicznościach, które mogą wskazywać na podejrzenie popełnienia przestępstwa prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu (art. 74 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t.), jak i obowiązek zawiadomienia o powzięciu uzasadnionego podejrzenia, że określona transakcja lub wartości majątkowe będące przedmiotem tej transakcji mogą mieć związek z praniem pieniędzy lub finansowaniem terroryzmu (art. 86 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t.). Konsekwentnie penalizacją będzie objęte także takie zachowanie AMLO/AMLCO, które będzie polegało na przekazaniu Generalnemu Inspektorowi nieprawdziwych lub zatajaniu prawdziwych danych dotyczących transakcji, rachunków lub osób oraz ujawnianiu osobom nieuprawnionym, posiadaczom rachunku lub osobom, których transakcja dotyczy, informacji zgromadzonych zgodnie z ustawą lub wykorzystywaniu tych informacji w sposób niezgodny z przepisami ustawy. Wystawienie dokumentów zawierających nieprawdziwe dane może nastąpić na skutek świadomego działania lub rażącego niedbalstwa. Treść ustawy systemowej (p.p.p.f.t.) nie prowadzi do takiego wniosku. W przepisie karnym mowa jest tylko o przekazaniu nieprawdziwych danych, bez wyszczególnienia przyczyn ich przekazania¹⁷. Nieprawdziwe dane to dane niezgodne z rzeczywistością, niezgodne ze stanem faktycznym stwierdzonym w instytucji obowiązanej. Ustalanie prawdziwości danych w instytucji obowiązanej może być podejmowane na różne sposoby, także z pominięciem systemu AML/CFT. W proceder ustalania i oceny prawdziwości danych powinien być wprężnięty w etap identyfikacji i weryfikacji oraz monitoringu klienta realizowany w zakresie stosowania środków bezpieczeństwa finansowego. Stąd też nie będzie mógł odpowiadać AMLO za przekazanie do GIIF nieprawdziwych danych, gdy dostępne mu informacje i instrumenty nie pozwolą na ich weryfikację pod względem prawdziwości, przed ich przekazaniem do GIIF. W konsekwencji jednak może odpowiadać za złe zorganizowanie systemu przeciwdziałania, w tym niewłaściwe przygotowanie wewnętrznej procedury (art. 50 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t.) i niesprawdzalność (niesprawność) systemu zgodności. W takim przypadku (art. 8 ustawy

¹⁷ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 3 grudnia 2013 r., sygn. III AUa 297/13.

o p.p.p.f.t. zd. pierwsze) AMLO nie będzie odpowiadał karnie z art. 156 ust. 1 pkt 2 ustawy o p.p.p.f.t. chyba, że osobiście przyczynił się do takiego przestępczego działania (wygenerowania nieprawdziwych danych lub zatajenia prawdziwych i przekazania ich bezpośrednio lub pośrednio do GIIF). Wydaje się, że zapis art. 156 ust. 1 pkt 1 dotyczy przede wszystkim odpowiedzialności osoby określonej w art. 8 zd. drugiej ustawy o p.p.p.f.t. Natomiast zapis art. 156 ust. 2 wskazuje na odpowiedzialność osoby uplasowanej w „kierownictwie” instytucji (ale także określonej w art. 8 zd. pierwsze) i w zakresie jeszcze innych relacji podejmowanych z GIIF (np. na podstawie art. 76 ustawy o p.p.p.f.t.). W ostateczności istotna pozostaje kwestia wewnętrznego podziału obowiązków i podejmowana decyzji w instytucji obowiązanej, w tym, w zakresie relacji z GIIF. W rzeczywistości z przedmiotowego artykułu karnego odpowiada karnie sprawca wtedy, gdy nie przekazuje określonych informacji do GIIF, mimo że takie, jako okoliczności podejrzane, czy transakcje podejrzane w toku działań w instytucji obowiązanej, stwierdził i nie wykonał spoczywającego na nim obowiązku poinformowania jednostki analityki finansowej. Czyli wbrew przepisom nie nadał sprawie dalszego biegu, czym doprowadził do braku wiedzy w jednostce analityki finansowej uniemożliwiając jej podjęcie dalszych działań analitycznych, wraz ze złożeniem zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa z art. 299 lub 165a k.k. do jednostki prokuratury. Przy czym w takiej sytuacji możliwość skorzystania z art. 90 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t. nie może być nadużywana. Negatywnie w zakresie ustalania znamion przestępstwa z art. 156 ustawy o p.p.p.f.t., zwłaszcza w zakresie zatajania danych prawdziwych dotyczących transakcji, rachunków lub osób, należy patrzeć poprzez brak przygotowania i wprowadzenia w życie, przepisów wykonawczych na podstawie – z art. 79 ust. 3 ustawy o p.p.p.f.t. (rozporządzenie określające, sposób sporządzania i przekazywania zawiadomienia, o którym mowa w art. 74, oraz informacji i dokumentów, o których mowa w art. 76, jak również tryb ich przekazywania, mając na uwadze konieczność sprawnego, wiarygodnego i bezpiecznego ich przekazywania). W konsekwencji od ponad dwóch lat występuje stan braku szczegółowego określenia sposobu sporządzania i przekazywania zawiadomienia tzw. opisowego SAR (ang. *Suspicious Transaction Report*) do jednostki analityki finansowej przez instytucje obowiązane. Zawarte obwarowania, bez ustrukturyzowanej formy przekazu informacji umożliwiają jedynie dowolną i domniemaną formę przekazu treści informacji dla GIIF. Częściowo kwestia ta na bieżąco (ale tylko incydentalnie) jest regulowana Komunikatami GIIF umieszczanymi na stronie Ministra Finansów.

W przypadku art. 156 ust. 1 pkt 2 ustawy o p.p.p.f.t. penalizowana jest sytuacja, w której sprawca wykazał aktywną postawę przekazując informacje do GIIF, jednakże przekazane do GIIF informacje zawierały nieprawdziwe lub zatajone prawdziwe dane dotyczące transakcji, rachunków lub osób. Wydaje się, że przedmiot „zatajenia” jest tu potraktowany dość ogólne, co pozwala na stwierdzenie, że nieprawidłowe postępowanie sprawcy może dotyczyć każdego danych, do jakich przekazania został zobowiązany przedstawiciel instytucji obowiązanej (będzie nim więc także wyznaczony pracownik odpowiedzialny za przekazywanie w imieniu instytucji obowiązanej zawiadomień z art. 8 ustawy o p.p.p.f.t. zd. drugie). Przedmiotem przekazywania są dane (nieprawdziwe) „dotyczące transakcji, rachunków lub osób”, co może ale nie musi być łączone wyłącznie z dokonaną transakcją lub transferem, a może być wynikiem także innych działań wewnątrzinstytucjonalnych w zakresie AML/CFT oraz występującej poza tym zakresem merytorycznej aktywności instytucji. Może to także dotyczyć tych danych, które przekazał podmiot z własnej inicjatywy, a które miały (lub mogły) wprowadzić w błąd Generalnego Inspektora, ponieważ zawierały dane nieprawdziwe lub zatajone. Należy być jednak w tej ocenie ostrożnym, skupiając się jedynie na tych „danych”, które precyzują zapisy ustawy o p.p.p.f.t. oraz wydanych do niej przepisów wykonawczych. Oznacza to, że „dane” będą dotyczyły tych dokumentów, które pozostają w relacji pomiędzy instytucją obowiązaną a GIIF. Zatajenie prawdziwych danych polega na karalnym zaniechaniu podania w określonym dokumencie wymaganych danych prawdziwych, co może w szczególności polegać na pominięciu części danych prawdziwych w związku z przekazaniem innej części danych prawdziwych. W zakresie *stricto* językowego znaczenia zwrotu „zataja prawdziwe dane” możliwe jest uznanie, że określenie to oznacza zarówno podanie pewnych danych ale niepełnych, a więc z pominięciem niektórych, jak też i takie zachowanie, które polega na nieprzekazaniu określonych danych, które są wymagane¹⁸. Nie oznacza to natomiast zatajenia prawdziwych danych, które w niniejszym kontekście obejmuje swoim zakresem także zachowanie polegające na nieprzekazaniu wymaganych przepisem ustawy informacji niejawnych¹⁹. Kwestia ta może mieć znaczenie w przy-

¹⁸ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2016 r., sygn. IV KK 138/16. Odpowiedzialność syndyka za dezinformację w ofercie publicznej oraz za przestępstwo urzędnicze z art. 231 § 1 k.k.

¹⁹ Chociażby ze względu na to, że każda osoba uczestnicząca w systemie AML/CFT jest zobowiązana do zachowania tajemnicy informacji finansowej, GIIF korzysta z kancelarii tajnej w Ministerstwie Finansów, i posiada dopuszczenie do informacji niejawnych

padku złej lub nieprawidłowej oceny identyfikacji klienta znajdującego się na liście sankcyjnej, w związku z obowiązkiem zastosowania szczególnych środków ograniczających. Należy jednak zważyć na to, że głównie w przypadku określonym w art. 74 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t. mogą zachodzić zdarzenia takie, iż nie będzie możliwym do końca (a więc uzyskania wysokiego stopnia prawdopodobieństwa prawdziwości danych), ustalenie danych wskazujących na okoliczności, które mogą wskazywać na podejrzenie popełnienia przestępstwa prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu. Czym innym jednak jest mimo zastosowania reguł należytej staranności, procedur KYC²⁰ czy środków bezpieczeństwa finansowego – wyjaśnienie pewnych okoliczności co do ich prawdziwości, w tym towarzyszących im danych. Czym innym jest natomiast ich zmanipulowanie poprzez przekształcenie danych prawdziwych lub dodanie danych nieprawdziwych do tych, które uznano za prawdziwe (dane potwierdzone). Jeżeli przekazane informacje zawierały nieprawdziwe lub zatajone prawdziwe dane to trudno tu mówić o nieświadomym działaniu. Sprawca więc działa w świadomości swojego postępowania i powinien zdawać sobie sprawę z tego, że jego działanie może wywołać błędne przekonanie co do treści przekazanych informacji w GIIF. Przy czym do wypełnienia znamion przestępstwa nie jest potrzebne wywołanie błędu lub jakiejś innej istotnej negatywnej reakcji u odbiorcy tych informacji (w istotny sposób wpływają na treść postępowania GIIF). Niemniej, pozostający w niewiedzy co do tych manipulacji, GIIF będzie pracował na nieprawdziwych danych co w ostateczności może doprowadzić go do nieuzasadnionych wniosków i złożenia nieprawdziwego zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa. Do uznania winy nieważnym jest, czy informacje te zostały przekazane przez sprawcę wprost do Generalnego Inspektora, czy przekazane elektronicznie, z jego pominięciem, bezpośrednio do Departamentu Informacji Finansowej (dalej: DIF), prowadzącego obsługę tego organu. Generalny Inspektor realizuje zadania jednostki analityki finansowej w rozumieniu IVDAML (art. 12 ust 5 ustawy o p.p.p.f.t.). Jeżeli chodzi o możliwego sprawcę, którym może być AMLO to nie jest istotnym, czy działał on osobiście, czy poprzez inne osoby (np. zlecając techniczne przekazanie komunikatu innemu pracownikowi instytucji obowiązanej, przedkładając do podpisu członkowi zarządu dokument zawierający nieprawdziwe lub zatajone prawdziwe dane). W szczególności, iż jego uplasowanie w instytucji obowiązanej pozwala mu na wykorzysta-

o klauzuli „ściśle tajne” (art. 11 pkt 5 ustawy o p.p.p.f.t.). Patrz także art. 156, ust. 2 wskazanej ustawy.

²⁰ *Know Your Customer*, program „Poznaj swojego klienta”.

nie, w niewiedzy, innego pracownika – celem np. technicznego przekazania danych do GIIF. Istotnym natomiast będzie to, że w jego zakresie obowiązków zawiera się nie tylko współdziałanie z GIIF, ale także element dostępu, weryfikacji i monitoringu danych, które zmanipulował, wiedząc jakie dane odzwierciedlają rzeczywisty stan rzeczy. Wiedzę tę AM-LO może pozyskać zarówno w związku z wykonywaniem zadań w zakresie zgodności, jak i realizowaniem obowiązków wobec GIIF (art. 8 ustawy o p.p.p.f.t. zd. pierwsze i drugie). Można powiedzieć, że jest on najbardziej poinformowanym pracownikiem, który w instytucji obowiązanej z dostępnymi danymi powinien posiadać rzeczywistą i prawdziwą wiedzę na temat zarówno okoliczności, jak i transakcji będących przedmiotem przekazywania danych do GIIF. Należy zauważyć, że aby dokonać przekazania nieprawdziwych lub zataić prawdziwe dane, pierwotnie sprawca musi wiedzieć, w jednym i w drugim przypadku, jak wyglądają dane prawdziwe dotyczące transakcji, rachunków lub osób. W konsekwencji oceny informacji w nich zawartych albo dokonuje ich „zmanipulowania” lub po prostu ich nie przekazuje. Kwestię uniemożliwiającą współdziałanie jakiegokolwiek pracownika instytucji obowiązanej z GIIF ogranicza art. 77 ust. 2 pkt 6 (w razie zmiany ust. 3) ustawy o p.p.p.f.t. Niemniej DIF powinien weryfikować podmioty, które przekazują informacje, także pod względem posiadania uprawnienia do współdziałania z jednostką analityki finansowej. Jest to jeden ze sposobów weryfikacji uprawnień, drugim jest podejmowanie czynności kontrolnych w instytucji obowiązanej. Nie należy wykluczyć także, iż „przekazującym” będzie „informujący” sygnalista zatrudniony w instytucji obowiązanej. W tym zakresie jednak działają odpowiednie regulacje umieszczone na stronie GIIF²¹.

Jeżeli w trakcie wykonywania czynności kontrolnych zostaną ujawnione okoliczności wskazujące na uzasadnione podejrzenie przestępstwa lub wykroczenia, o których mowa w art. 156 i w art. 157 ustawy, kontroler po zakończeniu kontroli niezwłocznie informuje bezpośredniego przełożonego o ww. okolicznościach. Decyzję, co do przekazania zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa lub wykroczenia, organowi

²¹ Generalny Inspektor Informacji Finansowej przyjmuje zgłoszenia rzeczywistych lub potencjalnych naruszeń przepisów z zakresu przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu od pracowników, byłych pracowników instytucji obowiązanych lub innych osób, które wykonują lub wykonywały czynności na rzecz instytucji obowiązanych na innej podstawie niż stosunek pracy, (w:) <https://www.gov.pl/web/finanse/generalny-inspektor-informacji-finansowej>.

właściwemu do ścigania przestępstwa lub wykroczenia podejmuje Dyrektor Departamentu Informacji Finansowej MF²².

1.3. Odpowiedzialność AMLCO za delikt administracyjny

Odnosnie nakładania kary administracyjnej w art. 154 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t. wskazano, że w przypadku stwierdzenia naruszenia przez instytucję obowiązanych obowiązków, o których mowa w art. 147 lub art. 148, organy, o których mowa w art. 151 ust. 1, mogą nałożyć na osobę, o której mowa w art. 6–8, odpowiedzialną za wykonanie obowiązków określonych w ustawie w czasie, w którym naruszono te przepisy, karę pieniężną do wysokości 1 000 000 zł. Jest to niejako odrębna kara finansowa spoczywająca na osobie odpowiedzialnej za AML/CFT w instytucji obowiązanej, która także jako sama w sobie może ponieść konsekwencje finansowe i inne. Zapis ten odnosi się więc wprost między innymi do pracownika zajmującego kierownicze stanowisko (wskazanego w art. 8 ustawy o p.p.p.f.t.) odpowiedzialnego za zapewnienie zgodności działalności instytucji obowiązanej oraz jej pracowników i innych osób wykonujących czynności na rzecz tej instytucji obowiązanej z przepisami o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, czyli AMLO. Na wstępie należałoby zauważyć, że ustawodawca odniósł się dość szeroko do zakresu przedmiotowego naruszeń uplasowanych w art. 147 i 148 ustawy o p.p.p.f.t. Jest to konsekwencja równie szerokiego zakresu obowiązków w systemie przeciwdziałania ML/FT oraz ujęcie różnych podmiotów, które mogą ponieść konsekwencje finansowe, a o których mowa w odrębnych przepisach art. 6, 7 i 8 ustawy o p.p.p.f.t. Taki zabieg powoduje szerokie ujęcie odpowiedzialności, a zarazem nie uwzględnia różnicy zadań i obowiązków poszczególnych osób spełniających rolę wskazaną w art. 6, 7 i 8 ustawy o p.p.p.f.t. Tym samym możliwym będzie wyróżnienie jedynie określonych rodzajów naruszeń i przypisanie ich do poszczególnych różnych podmiotów, chyba, że wewnętrzne konstrukcje i regulacje w instytucji obowiązanej przewidują np. wspólną odpowiedzialność za określonego rodzaju naruszenia ujęte w art. 147, czy 148 ustawy o p.p.p.f.t. Nałożenie kary na osoby w związku ze stwierdzeniem

²² § 19 schematu Procedury kontroli GIIF, przygotowany na podstawie art. 47 ust. 3 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2021 r., poz. 162), dotyczącej wykonywania przez instytucje obowiązane obowiązków w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, określonych w ustawie z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2020 r., poz. 971, 1086, 2320; z 2021 r., poz. 187, 815), <https://www.gov.pl/web/finanse/schemat-procedury-kontroli-giif>.

naruszenia przez instytucję obowiązaną wskazanymi obowiązkami pozostaje fakultatywne (na co wskazuje zapis w art. 154 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t. – organy mogą nałożyć na osobę (...) karę). Tym samym podstawowym działaniem kontrolnym o najostrzejszym rygorze jest nałożenie kary administracyjnej na instytucję obowiązaną. Karę mogą nałożyć GIIF, prezes NBP oraz KNF zgodnie z art. 151 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t. „Stwierdzenie naruszenia” może więc nastąpić w wyniku dokonanej kontroli przez wskazane organy i w zakresie w jakim niniejsze organy mogą wykonywać czynności kontrolne. Przy czym, GIIF sprawuje generalną kontrolę wykonywania przez instytucje obowiązane obowiązków AML/CFT. Tym samym może zawsze nałożyć na AMLO karę, przy spełnieniu przesłanek ustawowych. Prezes NBP – zgodnie z ustawą z dnia 27 lipca 2002 r. – Prawo dewizowe²³, w odniesieniu do podmiotów prowadzących działalność kantorową w rozumieniu tej ustawy a KNF – w odniesieniu do instytucji obowiązanych przez nią nadzorowanych. W dwóch ostatnich przypadkach zostaje zawężony krąg AMLO, jedynie do tych instytucji obowiązanych, które wchodzi w zakres kompetencji Prezesa NBP i KNF. Generalny Inspektor może zwrócić się także do podmiotów, o których mowa w art. 130 ust. 2, o przeprowadzenie kontroli doraźnej w instytucjach obowiązanych, czyli również w innych podmiotach niż kontrolnych przez Prezesa NBP i KNF (art. 131 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t). Dlatego też, „stwierdzenie naruszeń” w działalności AMLO, może nastąpić także w wyniku kontroli innego organu niż wskazanego w art. 151 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t. W konsekwencji inny podmiot dokona stwierdzenia naruszeń, a inny – w tym przypadku GIIF, będzie uprawnionym do nałożenia kary na AMLO. W art. 154 ustawy o p.p.p.f.t. mowa jest jedynie o organie, który może nałożyć karę pieniężną, nie zaś o tym w wyniku jakiego rodzaju kontroli (planowanej, doraźnej, prowadzonej w imieniu GIIF) stwierdzono „naruszenie”, które stało się w dalszej kolejności podstawą do wymierzenia kary. Art. 154 w ust. 1 stanowi wyłącznie o „karze pieniężnej”, natomiast w ust. 2 odniesiono się do nakładania kary, o której mowa w ust. 1, w istocie odpowiedniego stosowania przepisów z art. 150 ust. 4 i 5 oraz art. 152. Przepisy art. 150 ust. 4 odnoszą się odpowiednio do ustalania wysokości kary (rodzaj kary jest znany, jest to kara pieniężna). Natomiast ust. 5 wskazuje na czynniki, które mogą zadecydować o odstąpieniu od nałożenia kary administracyjnej. Art. 152 ustawy o p.p.p.f.t. umożliwia natomiast dodatkowo podanie informacji

²³ Ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. Prawo dewizowe (Dz. U. z 2020 r., poz. 1708; z 2021 r., poz. 815.). Kwestia dotyczy np. przedsiębiorców prowadzących działalność kantorową, która jednocześnie jest objęta kategorią instytucji obowiązanej.

o wymierzeniu wysokości kary i ukaraniem do publicznej wiadomości. W konsekwencji, decyzja o ukaraniu (nałożeniu kary) AMLO zostanie opublikowana w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej urzędu obsługującego ministra właściwego do spraw finansów publicznych²⁴. W szczególności w przypadku określonym w art. 9 ustawy o p.p.p.f.t.

Ustawa we wskazanym przepisie dość szczegółowo podeszła do odpowiedzialności administracyjnej za naruszenie obowiązków wynikających z ustawy, w tym dla AMLO. W rzeczywistości kontrolujący stwierdza naruszenia obowiązków dokonane przez instytucję obowiązaną. Stąd też tylko niektóre z zapisów art. 147 lub art. 148 ustawy o p.p.p.f.t. będą dotyczyły wprost obowiązków, które ciążą na AMLO, jako działającym w imieniu instytucji obowiązanej oraz jako jej pracownik, za których nie-realizowanie może on być ukarany realną karą do wysokości 1 000 000 zł. Stąd też wydaje się, że AMLO będzie odpowiadał jedynie za naruszenie tych obowiązków, do których został zobowiązany w ustawie o p.p.p.f.t. a mieszczących się w katalogu określonym w art. 147 lub art. 148 ustawy o p.p.p.f.t. Zakres odpowiedzialności AMLO należy brać przede wszystkim w zakresie ustanowionym w art. 8 ustawy o p.p.p.f.t. i w kontekście naruszeń wskazanych w art. 147 i 148 ustawy o p.p.p.f.t.

Instytucja obowiązana, która nie dopełniła obowiązków określonych w art. 147 ustawy o p.p.p.f.t. podlega karze administracyjnej. Nie oznacza to, że w każdym przypadku naruszenia odpowiedzialnym pozostaje AMLO działający w imieniu instytucji obowiązanej. Mimo tego należy zauważyć, że AMLO zgodnie z treścią art. 8 ustawy o p.p.p.f.t. wskazano, że wyznaczony pracownik działa niejako osobiście ale w ramach świadczenia pracy w instytucji obowiązanej w zakresie zapewniania zgodności (zdanie pierwsze) oraz działa wprost w imieniu instytucji obowiązanej przekazując zawiadomienia właściwym organom (zdanie drugie). Będzie on więc odpowiadał jako pracownik instytucji obowiązanej oraz jako umocowany pracownik instytucji obowiązanej do wykonywania, w jej imieniu, czynności z podmiotami zewnętrznymi (GIIF, prokuraturą). Ścisła interpretacja zapisów art. 8 ustawy o p.p.p.f.t. może wskazywać na to, że AMLO w zakresie dochowania zgodności AML/CFT będzie mógł działać wyłącznie w ramach organizacji instytucji obowiązanej, nie występując poza tę organizację. Natomiast w przypadkach określonych w zdaniu drugim art. 8 ustawy o p.p.p.f.t. może występować na zewnątrz w relacjach z określonymi ustawowo podmiotami. Taka interpretacja zdecydowanie zawęży odpowiedzialność AMLO, ale także może powodować

²⁴ Strona: „Sankcje administracyjne:”, (w:) <https://www.gov.pl/web/finanse/sankcje-administracyjne>.

ograniczenia w zakresie wykonywania czynności w obszarze zapewnienia zgodności. Niemniej należy zauważyć, że AMLO może w tym zakresie być wsparty kompetencjami umocowanego przedstawiciela kadry kierowniczej wyższego szczebla, który będzie miał szersze kompetencje i umocowania do działania, także w relacjach zewnętrznych. Oznacza to, że w swoich działaniach istotnym pozostaje zachowanie pozytywnych relacji opartych na zaufaniu pomiędzy pracownikiem zajmującym kierownicze stanowisko i odpowiedzialnym za zapewnienie zgodności AML/CFT a przedstawicielem kadry kierowniczej wyższego szczebla odpowiedzialnym za wykonywanie obowiązków określonych w ustawie o p.p.p.f.t. Należy pamiętać, że przedstawiciel kadry kierowniczej wyższego szczebla ponosi znacznie szerszą odpowiedzialność za wykonywanie obowiązków określonych w ustawie o p.p.p.f.t., w tym za realizowanie nadzoru obowiązków zgodnościowych. O ile w przypadku art. 8 zdanie drugie można byłoby doszukiwać się indywidualnej odpowiedzialności AMLO (AMLRO), to w przypadku zdania pierwszego możliwym jest wystąpienie współodpowiedzialności AMLO wraz z przedstawicielem kadry kierowniczej wyższego szczebla. Współodpowiedzialność będzie także występowała, gdy oprócz AMLO (nadzorującego i zarządzającego), w instytucji obowiązanej, odrębnie zostanie powołany podległy mu: AMLCO i AMLRO.

Przystępując do analizy odpowiedzialności AMLO za naruszenie obowiązków z art. 147 ustawy o p.p.p.f.t. należy zauważyć, że nie wszystkie z nich będą dotyczyły obszaru odpowiedzialności pracownika wykonującego czynności oficera AML. Do obowiązków tych zaliczymy między innymi wyznaczenie osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązków określonych w ustawie, o którym mowa w art. 8 ustawy o p.p.p.f.t. Logicznym rozwiązaniem jest takie, iż pracownik sam się nie wyznacza na to stanowisko, a jest wyznaczony, a do jego zachowania należy jedynie wyrażenie woli, w postaci zgody na wykonywanie tej funkcji pracowniczej (poza wymogami formalnymi). Sytuacja automatycznego samowyznaczenia dotyczy tylko sytuacji z art. 9 ustawy o p.p.p.f.t. ale ta sytuacja nie jest ujęta w art. 147 pkt 1 niniejszej ustawy. Należałoby w tym przypadku raczej mówić o automatycznym ustanowieniu, a nie o wyznaczeniu, do którego potrzebna jest druga osoba decydenta. Stąd też odpowiedzialność za niewyznaczenie AMLO leży na tej osobie, która ma dokonać „aktu wyznaczenia” działając w imieniu instytucji obowiązanej. Z pewnością powinna to być osoba podlegająca zapisom art. 6 lub 7 ustawy o p.p.p.f.t. Odnośnie naruszenia obowiązku niesporządzenia oceny ryzyka oraz jej aktualizacji, o którym mowa w art. 27 ust. 3 ustawy o p.p.p.f.t. oraz nie-

przekazania na żądanie Generalnego Inspektora oceny ryzyka oraz innych informacji mogących mieć wpływ na krajową ocenę ryzyka, o którym mowa w art. 28 ustawy o p.p.p.f.t., można zauważyć, że za tego rodzaju naruszenie może być odpowiedzialny AMLO, który w ramach zakresu zadań na stanowisku będzie uprawniony do ich realizacji. Ale także odpowiedzialnym może być przedstawiciel kadry kierowniczej wyższego szczebla, który jest pracownikiem instytucji obowiązanej posiadającym wiedzę z zakresu ryzyka prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu związanego z działalnością instytucji obowiązanej oraz podejmującym decyzje mające wpływ na to ryzyko (art. 2 ust. 2 pkt 9). Zarówno art. 27, jak i art. 28 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t. nie precyzuje, kto ma być odpowiedzialny z ramienia instytucji obowiązanej za przekazywanie oceny ryzyka, mowa jest w nim jedynie o „instytucji obowiązanej”. Takie rozwiązanie obciąża wprost samą instytucję, GIIF nie interesuje w takim przypadku kwestia, kto przekaże personalnie te informacje. Upoważnioną osobą z ramienia instytucji obowiązanej do realizacji obowiązków i relacji z GIIF odnośnie analizy ryzyka, może być również AMLO. Musi być to po prostu osoba upoważniona do realizacji tego obowiązku w ramach instytucji obowiązanej. Niewłaściwym jest także „zasłanianie się” dotychczasowym niewyznaczeniem takiej osoby lub nieobecnością decydenta w instytucji obowiązanej. W tym drugim przypadku, tworzący wewnętrzne regulaminy powinni przewidzieć taką sytuację i wpisać tryb zastępstwa w przepisy zarządzania personelem w instytucji obowiązanej. Art. 28 ust. 2 ustawy o p.p.p.f.t. daje możliwość przekazania do GIIF oceny ryzyka oraz informacji, przygotowanej w zakresie swojej właściwości w instytucji obowiązanej za pośrednictwem organów samorządów zawodowych lub stowarzyszeń instytucji obowiązanych. W takim przypadku osoby upoważnionej do przekazania należy doszukiwać się w przedstawicielach (mowa jest tu o organach) samorządów zawodowych lub stowarzyszeń instytucji obowiązanych. Jeżeli tak, to scedowywanie tego zadania przez organ na np. pracownika należy uznać za nieuzasadniony i bez podstawy prawnej. W ustawie o p.p.p.f.t. mowa jest o „pośrednictwie organów”, dlatego też, gdy jest ich więcej niż jeden, kwestia który będzie i na jakich zasadach odpowiedzialny za przekazanie dokumentów powinna być szczegółowo uregulowana (regulacja powinna być zgodna z ustawami kompetencyjnymi regulującymi kwestie organów samorządów zawodowych lub stowarzyszeń). Wydaje się, że możliwym byłoby wykonanie tego obowiązku, gdy dany przedstawiciel posiadałby wyraźne upoważnienie i posługiwał się pieczęcią o treści „z upoważnienia (wymieniona nazwę organu)”. Sprawa ta dodatkowo wymaga regulacji pomiędzy instytucją obowiązaną

a organami samorządów zawodowych lub stowarzyszeń, do których ta instytucja obowiązana należy. Wydaje się, że w związku z tym, że analiza ryzyka dotyczy całej instytucji obowiązanej podmiotem upoważnionym do jej przekazania do GIIF powinien być przedstawiciel kadry kierowniczej wyższego szczebla. Natomiast stałą analizę ryzyka w instytucji obowiązanej dotyczącą czynników ryzyka odnoszących się do klientów, państw lub obszarów geograficznych, produktów, usług, transakcji lub kanałów ich dostaw może realizować AMLO w porozumieniu z innymi komórkami organizacyjnymi instytucji obowiązanej. W szczególności w dużych i rozbudowanych organizacyjnie instytucjach obowiązanych scedowywanie tego obowiązku wyłącznie na jednego pracownika, nawet poziomu kierowniczego jest niewykonalne. Stąd też AMLO powinien na potrzeby tego typu działań posiadać odpowiedni aparat wykonawczy i być uprawnionym do współpracy z innymi komórkami organizacyjnymi.

Z pewnością natomiast niektóre z obowiązków wymienionych w art. 147 będą dotyczyły osobiście AMLO. Do nich należy zaliczyć: obowiązek przekazania zawiadomień, o którym mowa w art. 74, art. 86 ust. 1 lub art. 90 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t. (pkt 13).

W kolejnych kwestiach powraca pytanie, czy odpowiedzialność AMLO (AMLCO), tak jak OC jest odpowiedzialnością za zorganizowanie systemu zarządzania zgodnością w firmie, czy też za poszczególne naruszenia? Należy zauważyć, że przepisy o karach administracyjnych skupiają się na nierealizowaniu obowiązków w relacji instytucja obowiązana – GIIF. Stąd też kara administracyjna dotyczy instytucji obowiązanej. Ma to też związek z tym, że ustawodawca nie przedstawił w ustawie o p.p.p.f.t. definicji, co należałoby rozumieć pod pojęciem: „zapewnienie zgodności działalności instytucji obowiązanej oraz jej pracowników i innych osób wykonujących czynności na rzecz tej instytucji obowiązanej z przepisami o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu”. Wydaje się niewystarczającym w tym zakresie stwierdzenie, iż chodzi tu wyłącznie o niedopuszczenie do wystąpienia naruszeń podlegających karze administracyjnej, dyscyplinarnej czy odpowiedzialności karnej. Istotną rolę odgrywa tu także sprawność i skuteczność przyjętych rozwiązań AML/CFT. Dlatego też obszar ten może być wewnętrznie i personalnie elastyczny, niemniej jego przykładowy (modelowy) zakres normuje sama ustawa, w której na poszczególnych etapach te obowiązki zostały wymienione i określone. Dlatego też oprócz obowiązków wskazanych w sposób skonkretyzowany w art. 8 zd. drugie ustawy o p.p.p.f.t. z powołaniem się na konkretne artykuły, w pozostałych przypadkach kwestia obszaru odpowiedzialności będzie mogła podlegać wewnątrzinstytucjo-

nalnej animacji w instytucji obowiązanej. Kierunki tego typu rozwiązań mogą być zależne od wielkości takiej instytucji i od zakresu działania. Równie możliwym jest uplasowanie AMLO (AMLCO) w pozycji osoby pracownika odpowiedzialnego za wszystkie obowiązki AML/CFT w instytucji obowiązanej, jak i jedynie za niektóre, szczegółowo wymienione w umowie. Pozostaje jedynie do spełnienia jeden nieusuwalny warunek. Zarówno przy wariacie pełniej odpowiedzialności AMLO, jak i przy wariacie wyłącznie wykonywania niektórych czynności osobiście, a powierzania pozostałych do bezpośredniego wykonywania przez innych pracowników i jedynie sprawowania nadzoru zgodnościowego (pośredniego), uprawnienia do realizacji tych czynności muszą obejmować wszystkie obowiązki określone ustawą o p.p.p.f.t. W ramach prowadzonych kontroli instytucja obowiązana jest rozliczana ze wszystkich wykonywanych obowiązków, a nie wyłącznie z niektórych. Dlatego też w przypadku stosowania środków bezpieczeństwa finansowego, o których mowa w: art. 33, art. 43 ustawy o p.p.p.f.t. – w przypadkach wyższego ryzyka prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu oraz w przypadkach, o których mowa w art. 44–46, dokumentowania zastosowanych środków bezpieczeństwa finansowego oraz wyników bieżącej analizy przeprowadzanych transakcji oraz wykazania na żądanie organów, o których mowa w art. 130, zastosowania odpowiednich środków bezpieczeństwa, o których mowa w art. 34 ust. 3 ustawy o p.p.p.f.t., a także w zakresie przechowywania dokumentacji, o którym mowa w art. 49 ust. 1 i 2 ustawy o p.p.p.f.t., AMLO musi wykonywać czynności zawierające się w procedurze zgodności, która zarówno może zawierać się w bezpośrednim wykonawstwie (nadzór bezpośredni), jak i stałym monitorowaniu i nadzorze nad prawidłowością wykonywania tych czynności (nadzór pośredni). Odnośnie kwestii związanych z wprowadzeniem wewnętrznej procedury instytucji obowiązanej, o którym mowa w art. 50 ustawy o p.p.p.f.t., wprowadzeniem procedury grupowej, o którym mowa w art. 51, zapewnieniem udziału osób wykonujących obowiązki związane z przeciwdziałaniem praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu w programach szkoleniowych, o którym mowa w art. 52, wdrożenia wewnętrznej procedury anonimowego zgłaszania naruszeń przepisów z zakresu przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, o którym mowa w art. 53 ustawy o p.p.p.f.t., sprawa bezpośredniego udziału AMLO w redagowaniu dokumentów w tym zakresie wydaje się być oczywistą. Aktywna postawa AMLO powinna być zachowana zarówno na etapie przygotowania dokumentów, ich modyfikacji, jak i stałego monitorowania działań wykonywanych na ich podstawie. Ponadto możliwym jest wykorzystanie (tak-

że ich uruchamianie) przez AMLO instrumentów kontrolnych, nadzoru na procedurami, czy działań audytowych. Procedura anonimowego zgłaszania naruszeń, o której mowa w art. 53 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t., wymaga wyznaczenia osoby odpowiedzialnej za odbieranie zgłoszeń od sygnalistów. Osobą tą może być również AMLO. Podobnie w zakresie przekazywania informacji i prowadzenia korespondencji z GIIF w zakresie pkt 12 art. 147 ustawy o p.p.p.f.t., tj. przekazania lub udostępnienia informacji, o którym mowa w art. 72 lub art. 76. AMLO dotyczy także generalna zasada zachowania w tajemnicy faktu przekazania Generalnemu Inspektorowi lub innym właściwym organom informacji, o którym mowa w art. 54 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t. Przy czym w zakresie powierzenia wykonywania tych zadań innym pracownikom, AMLO powinien mieć nadzór na ich pracę co do prawidłowości realizacji czynności pod względem merytorycznym, zachowania tajemnicy, czasowym i technicznym. Przy czym należy zauważyć, że w myśl przepisu art. 77 ustawy o p.p.p.f.t. – w celu realizacji po raz pierwszy obowiązków, o których mowa w art. 72, art. 74, art. 76, art. 86, art. 89 ust. 8 i art. 90, instytucja obowiązana przekazuje do Generalnego Inspektora formularz identyfikujący instytucję obowiązaną. Formularz ten powinien zawierać między innymi: imię, nazwisko, stanowisko, numer telefonu i adres elektronicznej skrzynki pocztowej pracownika, o którym mowa w art. 8 oraz imiona, nazwiska, stanowiska, numery telefonów i adresy elektronicznej skrzynki pocztowej innych pracowników odpowiedzialnych za realizację przepisów ustawy, których instytucja obowiązana chce wskazać do kontaktów z Generalnym Inspektorem (art. 77 ust. 2 pkt 5 i 6 ustawy o p.p.p.f.t.). W przypadku zmiany danych, instytucja obowiązana dokonuje niezwłocznie ich aktualizacji. Wydaje się, że poprzez dokonanie takich zapisów, ustawodawca umożliwił wielowariantowe relacje pomiędzy instytucją obowiązaną a GIIF. Warianty te mogą dotyczyć zarówno wyłącznie AMLO, jak i możliwym jest przyjęcie wariantu, w którym zadania w relacji z GIIF będą wykonywane przez AMLO i innych pracowników odpowiedzialnych za realizację przepisów ustawy (AMLRO lub ich zastępców). Stąd też odpowiedzialność AMLO może zostać zawężona jedynie do kwestii określonych w art. 8 zd. drugie ustawy o p.p.p.f.t. lub związana będzie ze skupieniem całości przekazywania informacji do GIIF w kompetencji AMLCO. Ponadto przedmiotowy przepis pozwala na wyznaczenie w instytucji obowiązanej zastępcy AMLO czyli Deputy *Money Laundering Officer* (DMLO), także np. w zakresie przekazywania raportów. Zapis „wskazanie do kontaktów”, może nie do końca fortunny, zdecydowanie wyodrębnia identyfikację pracownika z art. 8 w zw. z art. 77 ust. 2 pkt 5 ustawy o p.p.p.f.t. od

identyfikacji „innego pracownika” mogącego podejmować kontakty na podstawie art. 77 ust. 2 pkt 6 ustawy o p.p.p.f.t. Wola w tym zakresie pozostaje całkowicie w kompetencji samej instytucji obowiązanej. Tym samym to ona będzie odpowiedzialna za wyznaczenie i wskazanie pracowników i wewnętrzne regulacje uwzględniające podziały kompetencyjne w obszarze kontaktów z GIIF. Kwestia odpowiedzialności AMLO występującego „w roli” AMLCO, czy AMLRO działających jako osoby na podstawie art. 8 ustawy o p.p.p.f.t. – na podstawie art. 154 ust. 1 nie ulega wątpliwości. Zapis odnosi się wprost do całości treści art. 8 ustawy o p.p.p.f.t.

W związku z wynikającym z art. 17 ust. 1 rozporządzenia 2015/847 wymogiem zapewnienia, aby naruszenia przepisów tego rozporządzenia podlegały karom i środkom o charakterze skutecznym, proporcjonalnym i odstraszającym oraz spójnym z karami określonymi w rozdziale VI sekcji 4 dyrektywy 2015/849 w art. 147 określono podlegające sankcjonowaniu naruszenia przepisów rozporządzenia 2015/847²⁵. Tym samym w art. 148 ustawy o p.p.p.f.t. została umieszczona przez ustawodawcę regulacja zobowiązująca instytucje obowiązane do podjęcia określonych obowiązków, tj. zapewnienia, aby transferowi środków pieniężnych towarzyszyły informacje o płatniku lub odbiorcy, o którym mowa w art. 4–6 rozporządzenia 2015/847, wdrożenia skutecznych procedur pozwalających na wykrywanie brakujących informacji o płatniku lub odbiorcy, o których mowa w art. 7, art. 8, art. 11 i art. 12 rozporządzenia 2015/847, oraz informowania Generalnego Inspektora o nieprzekazywaniu wymaganych informacji o płatniku lub odbiorcy lub o podjętych działaniach, o którym mowa w art. 8 rozporządzenia 2015/847. Ponadto zachowania wszystkich otrzymanych informacji o płatniku i odbiorcy, które towarzyszą transferowi, o którym mowa w art. 10 rozporządzenia 2015/847, udzielania Generalnemu Inspektorowi informacji, o którym mowa w art. 14 rozporządzenia 2015/847 oraz przechowywania dokumentacji, o którym mowa w art. 16 rozporządzenia 2015/847. Wydaje się, że w tym zakresie szczególną rolę powinien odegrać AMLO. Dotyczy ona każdej z podanych kwestii na różnych etapach ich realizacji. Z pewnością zadanie to powinno być podejmowane przez AMLO przy współpracy z komórkami: kontroli wewnętrznej, prawną, techniczną, informatyczną, czy *compliance*. W szczególności działania zgodnościowe należałoby odnieść do

²⁵ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/847 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie informacji towarzyszących transferom środków pieniężnych i uchylenia rozporządzenia (WE) nr 1781/2006 (tekst mający znaczenie dla EOG), (w:) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pl/TXT/?uri=CELEX%3A32015R0847>.

wdrażania skutecznej procedury pozwalającej wykryć, czy pola dotyczące informacji o płatniku i odbiorcy w systemie przesyłania komunikatów lub systemie płatności i rozrachunku wykorzystywanym do realizacji transferu środków pieniężnych zostały podane z użyciem znaków lub danych wejściowych dopuszczalnych w ramach konwencji tego systemu oraz wdrażania skutecznej procedury opartej na analizie ryzyka, w celu umożliwienia stwierdzenia, czy należy wykonać, odrzucić lub wstrzymać transfer środków pieniężnych, w przypadku którego brakuje kompletnych wymaganych informacji o płatniku i odbiorcy, oraz w celu podjęcia stosownych dalszych kroków. Jednocześnie dostawcy usług płatniczych powinni upewnić się, że ich polityka i procedury zostały zaaprobowane przez kadrę kierowniczą wyższego szczebla dostawców, czy pośredników usług płatniczych, zdefiniowaną w art. 3 ust. 12 IVDAML, oraz aby były także dostępne wszystkim stosownym członkom personelu, w tym osobom odpowiedzialnym za przetwarzanie transferów środków pieniężnych oraz były poddawane regularnie przeglądowi, poprawie, jeśli było to konieczne, oraz aktualizacji²⁶. W przygotowaniu wewnętrznej polityki i procedur, w przedstawionym zakresie, powinien również czynnie uczestniczyć AMLO, po to aby posiadał on możliwość całościowego oglądu zagrożeń powstania ryzyka i niedoprowadzenia do sytuacji, w której będzie musiał być on odpowiedzialny za nierealizowanie obowiązków zgodności z polityką i procedurami (niepoprawność wewnątrzinstytucjonalna) lub nieprzekazywaniem informacji do GIIF (niepoprawność zewnętrzna²⁷).

2. Inne rodzaje odpowiedzialności AMLO

W zakresie odpowiedzialności AMLO możliwym jest także podanie innych podstaw prawnych niż określonych w ustawie o p.p.p.f.t. W przypadku podjęcia w banku, jako instytucji obowiązanej, decyzji co do wyznaczenia danego pracownika do wykonywania funkcji AMLO, to zgodnie

²⁶ Wspólne wytyczne wydane na mocy art. 25 rozporządzenia (UE) 2015/847 dotyczące środków, które dostawcy usług płatniczych powinni podjąć w celu wykrycia brakujących lub niekompletnych informacji o płatniku lub odbiorcy, oraz procedur, które powinni wprowadzić w celu zarządzania transferem środków pieniężnych, w przypadku którego brakuje wymaganych informacji, s. 9, (w:) https://esas-joint-committee.europa.eu/Publications/Guidelines/Joint%20Guidelines%20to%20prevent%20TF%20and%20ML%20in%20electronic%20fund%20transfers_PL_16-01-2018.pdf.

²⁷ Dotyczyć może także współdziałania z innymi dostawcami, czy pośrednikami usług płatniczych.

z treścią art. 107 Prawa bankowego²⁸, pracownik banku, który wbrew swoim obowiązkom nie zawiadamia o okolicznościach wymienionych w art. 106 ust. 1 (o tym, że działalności banku wykorzystywana jest dla celów mających związek z przestępstwem, o którym mowa w art. 165a lub art. 299 k.k.), ponosi odpowiedzialność porządkową, co nie wyłącza odpowiedzialności karnej, jeżeli czyn wypełnia znamiona przestępstwa. Kolejno wskazano, w art. 108, że bank nie ponosi odpowiedzialności za szkodę, która może wyniknąć z wykonania w dobrej wierze obowiązków określonych w art. 106 ust. 1. W takim przypadku, jeżeli okoliczności, o których mowa w art. 106 ust. 1, nie miały związku z przestępstwem lub ukrywaniem działań przestępczych, odpowiedzialność za szkodę wynikłą ze wstrzymania czynności bankowych ponosi Skarb Państwa. Należy zauważyć, że w zależności od rodzaju naruszenia, pracownik może być pociągnięty do odpowiedzialności karnej na podstawie ustawy o p.p.p.f.t., jak i np. Kodeksu karnego (sprawstwa, współsprawstwa w przestępstwie z art. 165a kk. lub 299 k.k., innym przestępstwie, niedopełnieniu obowiązków, przekroczeniu uprawnień, sfałszowania dokumentów). W przypadku odpowiedzialności porządkowej w grę będą wchodziły przepisy Kodeksu pracy, Rozdział VI Odpowiedzialność porządkowa pracowników. W art. 108 § 1 Kodeksu pracy stwierdza się, że za nieprzestrzeganie przez pracownika ustalonej organizacji i porządku w procesie pracy, przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy, przepisów przeciwpożarowych, a także przyjętego sposobu potwierdzania przybycia i obecności w pracy oraz usprawiedliwiania nieobecności w pracy, pracodawca może stosować: karę upomnienia lub karę nagany (kary niemajątkowe) oraz karę pieniężną (majątkową). Przy stosowaniu kary bierze się pod uwagę w szczególności rodzaj naruszenia obowiązków pracowniczych, stopień winy pracownika i jego dotychczasowy stosunek do pracy. Wyróżnia się dwie przesłanki, które muszą zostać spełnione, aby w danym przypadku możliwe było pociągnięcie pracownika do odpowiedzialności porządkowej. Przede wszystkim, musi dojść do naruszenia obowiązków pracowniczych np. zawartych w umowie o pracę (niewykonywanie lub nienależyte wykonywanie obowiązków) oraz naruszenie obowiązków pracowniczych musi być zawinione. Przepisy Prawa pracy stanowią ogólną przesłankę odpowiedzialności pracownika, tak więc naruszenie przepisów dotyczących niezawiadomienia o okolicznościach wymienionych w art. 106 ust. 1 Prawa bankowego wbrew ciążącemu obowiązkowi należy uznać za dodatkową uszczegóławiającą przesłankę odpowiedzialności pracownika.

²⁸ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2020 r., poz. 1896, 2320, 2419; z 2021 r., poz. 432, 680, 815).

Należy zauważyć, że na potrzeby przeciwdziałania banku wykorzystywania swojej działalności dla celów mających związek z przestępstwem, o którym mowa w art. 165a lub art. 299 k.k., obowiązek ten może, ale nie musi spoczywać wyłącznie na AMLO. Jego zadania posiadają głównie umocowanie w ustawie o p.p.p.f.t. Niemniej podobny obowiązek może być przypisany do innych pracowników i nie być związany z tą szczególną funkcją, a ogólnie z obowiązkiem przeciwdziałania określonym w art. 106 Prawa bankowego. Pojęcie „pracownika banku” jest znacznie szerszym niż określenie AMLO (poprzez określenie jego obowiązków). Dotyczyć to może zarówno pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, jak i na jakiegokolwiek innej podstawie np. umowy zlecenia. Na jednej i drugiej podstawie możliwym jest zatrudnienie AMLO w banku, ale mało prawdopodobnym będzie to, iż będzie to inna umowa niż umowa o pracę. Stąd też odpowiedzialność porządkową z art. 107 Prawa bankowego w zw. z art. 106 ust. 1 tej ustawy, będzie ponosił każdy pracownik banku, któremu ten obowiązek w zakresie wykonywanych czynności na stanowisku zostanie przypisany w określonym zakresie (należy zauważyć, że w art. 107 Prawa bankowego odnosi się wyłącznie do ust. 1 art. 106, co wskazywałoby na generalną zasadę potrzeby „zawiadamiania” o wskazanych nieprawidłowościach, kwestią wtórną jest w jakim trybie zawiadomienie może być realizowane²⁹). Zapis zawarty w art. 106 ust. 1 Prawa bankowego – o przeciwdziałaniu wykorzystywania swojej działalności dla celów mających związek z przestępstwem, o którym mowa w art. 165a lub art. 299 k.k. wskazuje na szersze potraktowanie tematyki odpowiedzialności niż wyłącznie związanej z samym dokonaniem wskazanych przestępstw³⁰. W takim przypadku widoczna jest także szczególna rola AMLO, który w ramach zadań zgodności powinien dbać o to, aby ten obowiązek (przeciwdziałania) innych pracowników banku był należycie wypełniany. Takie podejście nie zwalnia AMLO z obowiązku przeciwdziałania, a wręcz przeciwnie – stawia go w głównej roli do podejmowania takich czynności. W tym zakresie wsparciem dla AMLO lub CO powinna być wyodrębniona komórka w ramach systemu kontroli wewnętrznej mająca za zadanie identyfikację, ocenę, kontrolę i monito-

²⁹ Wydaje się, że kwestia zawiadamiania ma jeszcze szerszy wymiar i może także wynikać z aktywności pracownika, na którym nie spoczywa prawny obowiązek zawiadamiania wpisany w zakres obowiązków, w tym zakresie możliwym będzie uruchomienie trybu sygnalisty, jaki jest wymagany w instytucjach obowiązanych na podstawie art. 53 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t.

³⁰ Zob. A. Müller, Warunkowość odpowiedzialności karnej pracownika banku w świetle art. 107 Prawa bankowego, *Prokuratura i Prawo* 2017, nr 3, s. 75.

rowanie ryzyka braku zgodności działalności banku z przepisami prawa, regulacjami wewnętrznymi i standardami rynkowymi oraz przedstawianie raportów w tym zakresie (art. 9c ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo bankowe). Zgodność w tym zakresie wydaje się mieć szerszy wymiar niż to wynikałoby jedynie z rozporządzenia nr 575/2013³¹, i obejmuje także kwestie zgodności wynikające z AML/CFT. Wymiar odpowiedzialności z art. 107 ustawy Prawo bankowe w kontekście art. 106 ust 1 tejże ustawy i regulacji zawartych w przepisach ustawy o p.p.p.f.t. oraz Kodeksie karnym uznać należy raczej za pomocniczy i symboliczny.

Akty prawne

- 1) Ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2020 r., poz. 971, 1086, 2320; z 2021 r., poz. 187, 815).
- 2) Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. z 2020 r., poz. 1320).
- 3) Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe, (Dz. U. z 2020 r., poz. 1896, 2320, 2419; z 2021 r., poz. 432, 680, 815).
- 4) Ustawa z dnia 16 października 2019 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2019 r., poz. 2088).
- 5) Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców Dz. U. z 2021 r., poz. 162).
- 6) Ustawa z dnia 27 lipca 2002 r. Prawo dewizowe (Dz. U. z 2020 r., poz. 1708; z 2021 r., poz. 815).
- 7) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/843 z dnia 30 maja 2018 r. zmieniająca dyrektywę (UE) 2015/849 w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu oraz zmieniająca dyrektywy 2009/138/WE i 2013/36/UE (tekst mający znaczenie dla EOG), (w:) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A32018L0843>.
- 8) Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/847 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie informacji towarzyszących transfe-

³¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, zmieniające rozporządzenie (UE) nr 648/2012 (tekst mający znaczenie dla EOG), (w:) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=celex:32013R0575>.

rom środków pieniężnych i uchylenia rozporządzenia (WE) nr 1781/2006 (tekst mający znaczenie dla EOG), (w:) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pl/TXT/?uri=CELEX%3A32015R0847>.

- 9) Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, zmieniające rozporządzenie (UE) nr 648/2012 (tekst mający znaczenie dla EOG), (w:) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=celex:32013R0575>.
- 10) Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 6 marca 2017 r. w sprawie systemu zarządzania ryzykiem i systemu kontroli wewnętrznej, polityki wynagrodzeń oraz szczegółowego sposobu szacowania kapitału wewnętrznego w bankach (Dz. U. z 2017 r., poz. 637), (w:) <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU20170000637/O/D20170637.pdf>.

Bibliografia

- 1) M. Filar (red. nauk.), Kodeks karny. Komentarz, wydanie 4, Warszawa 2014, Wolters Kluwer.
- 2) M. Małolepszy, M. Pierzchlewicz, Odpowiedzialność karna oficera *compliance*, Prokuratura i Prawo 2019, nr 5.
- 3) A. Müller, Warunkowość odpowiedzialności karnej pracownika banku w świetle art. 107 Prawa bankowego, Prokuratura i Prawo 3, 2017.
- 4) J. Grynfelder, W. Kapica, W. Ługowski, T. Mierzwiński, R. Obczyński, A. Otto, E. Patsiotos, Z. Piotrowska, A. Rycerski, J. Stolarczyk, W. Kapica (red.), Przeciwdziałanie praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. Komentarz. Komentarze praktyczne, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.

Orzecznictwo

- 1) Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2016 r., sygn. IV KK 138/16 Odpowiedzialność syndyka za dezinformację w ofercie publicznej oraz za przestępstwo urzędnicze z art. 231 § 1 k.k.
- 2) Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 3 grudnia 2013 r., sygn. III AUa 297/13.

Źródła internetowe

- 1) M. Ajs, A. Widzewicz, Rozszerzenie odpowiedzialności za naruszenie obowiązków dotyczących przeciwdziałania praniu pieniędzy, grudzień 2019, (w:) <https://www.prawo.pl/biznes/wieksza-odpowiedzialnosc-i-wyzsze-kary-za-naruszenie-obowiazkow,496338.html>.
- 2) „Sankcje administracyjne”, (w:) <https://www.gov.pl/web/finanse/sankcje-administracyjne>.
- 3) Komisja Nadzoru Finansowego, Rekomendacja H dotycząca systemu kontroli wewnętrznej w bankach, Warszawa kwiecień 2017, (w:) https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/knf_170534_Rekomendacja_H_2017_50303.pdf.
- 4) Rządowy projekt ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary Sejmu VIII Kadencji, (w:) <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/agent.xsp?symbol=RPL&Id=RM-10-190-18>.
- 5) B. Makowicz – pionier interdyscyplinarnych nauk o zgodności, etyce i kulturze organizacyjnej na Europejskim Uniwersytecie Viadrina we Frankfurcie nad Odrą – rozmawia z Prawo.pl, (w:) <https://www.youtube.com/watch?v=xxS1rpbjrEg>.
- 6) P. Kuskowski, *Compliance officer* – zakres obowiązków, Coinfirm, 11/02/2020, (w:) <https://langas.pl/compliance-officer-zakres-obowiazkow>.
- 7) E. Nowak, Rośnie osobista odpowiedzialność za wykonanie obowiązków AML, (w:) https://www.ey.com/pl_pl/serwis-audytow-sledczych/2020/12/rosnie-osobista-odpowiedzialnosc-za-wykonanie-obowiazkow-aml.
- 8) Druk sejmowy nr 3761 Sejmu VIII kadencji, s. 4. Ustawa z dnia 16 października 2019 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2019 r., poz. 2088).
- 9) The Role of an Anti-Money Laundering Officer (AMLO), (w:) <https://fsra.co.sz/legal/aml/articles/Article%20On%20The%20role%20of%20an%20AMLOs%20and%20Perrsonal%20Liability.pdf>.
- 10) Międzynarodowe Standardy Przeciwdziałania Praniu Pieniędzy i Finansowaniu Terroryzmu oraz Proliferacji Rekomendacje FATF, Urząd Komisji Nadzoru Finansowego. Przetłumaczył: R. Obczyński (Departament Inspekcji Bankowych i Instytucji Płatniczych, Wydział Przeciwdziałania Praniu Pieniędzy), (w:) https://www.knf.gov.pl/knf/pl/komponenty/img/Rekomendacje_FATF_40223.pdf.
- 11) Recommendation 18: Internal controls and foreign branches and subsidiaries, (w:) <https://cfatf-gafic.org/index.php/documents/fatf->

40r/384–fatf–recommendation–18–internal–controls–and–foreign–branches–and–subsidiaries.

12) <https://www.gov.pl/web/finanse/komunikaty-giif>.

Duties and responsibilities of the AML officer (AMLO) in the obligated institution (part 2)

Abstract

The Act of March 1, 2018 on counteracting money laundering and terrorist financing introduced the institution of the anti-money laundering officer, who is responsible both for the preparation and implementation of the compliance policy and for reporting notifications to the financial intelligence unit. This person has the status of an employee holding a managerial position in the obligated institution. He has a number of obligations under this Act, which fall within the need to organize, supervise (monitor) the anti-money laundering and anti-terrorist financing system in the obligated institution. Both the need to designate it and the requirements arising from its obligations are subject to administrative penalties and penal provisions contained in the Act itself – for the purpose of their proper performance. In addition, this person may be subject to other types of liability under the Penal Code or labor law.

Key words

Responsibility of the AML officer, compliance, appointing an employee, submitting notifications, General Inspector of Financial Information.

Michał Makowski

Depenalizacja przestępstwa oszustwa w zakresie zamówienia publicznego? Analiza płaszczyzny bezprawności i karalności zachowania dezinformacyjnego w świetle nowej ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 297 § 1 k.k. (część 2)

1. Specyfika bezprawności w strukturze przestępstwa gospodarczego – zasada subsydiarności prawa karnego gospodarczego („sekwencyjne” ujęcie bezprawności)

W pierwszej części artykułu wskazano, że w doktrynie prawa i orzecznictwie pojęcie bezprawności czynu zabronionego jest rozumiane niejednolicie. Konieczne jest zatem przybliżenie specyfiki rozumienia bezprawności czynu zabronionego w strukturze przestępstwa gospodarczego z uwzględnieniem aspektu funkcjonowania zasady subsydiarności prawa karnego gospodarczego.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do monistycznego sposobu rozumienia bezprawności. W tym bowiem, ujęciu materializuje się zasada *ultima ratio* prawa karnego i stanowiąca jej przejaw zasada subsydiarności prawa karnego gospodarczego. Przedstawiciele doktryny prawa karnego gospodarczego podnoszą, że postulat subsydiarności prawa karnego pozwala stwierdzić, iż to normy prawne spoza prawa karnego decydują o tym, czy określone zachowanie jest bezprawne, czy też nie. Czyn zabroniony określa zachowanie zakazane (sprzeczne z normami społecznymi), jednakże przypisanie mu odrębnie ujmowanej cechy bezprawności ma wyeliminować konkretne sytuacje, w których zakaz karnoprawny nie jest poparty zakazem pozakarnoprawnym¹. Zachowanie bezprawne stanowiące o przestępstwie gospodarczym jest zachowaniem niezgodnym z określonymi normami gospodarczymi, a więc formalne ustalenie bezprawności rozważanego czynu w obrocie gospodarczym

¹ R. Zawłocki, (w:) R. Zawłocki (red.), *Prawo karne gospodarcze. System Prawa Handlowego*, Tom 10, Warszawa 2018, s. 185–186.

jest tyleż ułatwione, co w określony sposób zdeterminowane, ponieważ zawsze będzie się ono opierało na określonej i szczegółowej normie prawnej (zakazie/nakazie prawnym)². Prawidłowe stosowanie przepisu karnego gospodarczego wymaga więc uprzedniej rekonstrukcji takiej naruszonej normy gospodarczej. Treść tej normy określa treść normy sankcjonowanej w przepisie karnym gospodarczym. Wykładnia językowa zostaje tutaj wsparta wykładnią funkcjonalną. Treść tej ostatniej można sprowadzić do stwierdzenia, iż przepis karny opisuje naruszenie określonej normy gospodarczej³. Poglądy te zdają się zatem potwierdzać założenie, iż ze względu na brak pozakarnej normy sankcjonowanej określającej zakaz dezinformacji w ustawie PZP poprzez składanie fałszywych, nierzetelnych dokumentów, nie jest to zachowaniem bezprawnym warunkującym bezprawność czynu zabronionego z art. 297 § 1 k.k.

R. Zawłocki konsekwentnie wskazuje na wystąpienie szczególnej sytuacji, w której przepis karny gospodarczy zawiera zakaz nieznajdujący, co do zasady, odzwierciedlenia w porządku prawnym (zakazach gospodarczych). W rozważanym przypadku karnoprawnym zakaz naruszony przez sprawcę odnosi się do zachowania dozwolonego w obrocie gospodarczym, przy czym sprawca takiego czynu nie będzie podlegał odpowiedzialności karnej właśnie z uwagi na brak w swoim czynie zabronionym cechy bezprawności⁴. W tym miejscu należy zaakcentować, że nie chodzi tu o sprzeczność zachowania z normami prawa gospodarczego, a jedynie o zachowanie dozwolone, a więc niezakazane. Dla dalszych rozważań istotna jest teza, iż za niedopuszczalne należy uznać przyjęcie rozwiązań uproszczonych i przyjęcie, iż zachowanie sprawcy jest bezprawne, albowiem było sprzeczne z normami wynikającymi z samego przepisu karnego. Jak podkreśla R. Zawłocki „W przeciwnym razie odpowiedzialność karna sprawcy przestępstwa gospodarczego nie opierałaby się na zachowaniu bezprawnym, lecz tylko karnoprawnie zabronionym. Takie rozwiązanie nie jest dopuszczalne także z tego względu, iż jest sprzeczne z zasadą subsydiarności prawa karnego w obrocie gospodarczym. W konsekwencji zaś naruszałoby zasadę niesprzeczności systemu prawnego, zgodnie z którą to, co jest dozwolone przez prawo (obrotu gospodarczego), nie może być zarazem bezprawiem”⁵.

Z powyższymi twierdzeniami koresponduje także stanowisko J. Skorupki, który podnosi, że istota bezprawności w przestępstwach gospo-

² *Ibidem*.

³ R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 36–37.

⁴ R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 187.

⁵ R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 192.

darczych sprowadza się do zachowania sprzecznego z normami regulującymi obrót gospodarczy⁶, a także pogląd S. Żółtka, który stwierdza, że „(...) do stwierdzenia, iż zachowanie sprawcy jest bezprawne karnie, należy wykazać, że wypełnione zostały znamiona określonego typu przestępstwa, że naruszone zostały normy wynikające z prawa gospodarczego (publicznego lub prywatnego) oraz stwierdzić, że nie zachodzi okoliczność kontratypowa. W praktyce każde zachowanie wyczerpujące znamiona określonego typu przestępstwa musi stanowić naruszenie powinności (przekroczenie uprawnień, niedopełnienie obowiązków) gospodarczych. Naruszenie norm wynikających z prawa gospodarczego będzie zatem konstytutywną przesłanką do stwierdzenia odpowiedzialności karnej. Stąd logiczny wniosek, że na etapie wykładni przepisu karnego uwzględnić trzeba istniejące normy gospodarcze, a w procesie subsumcji fakt ich naruszenia”⁷. Jednocześnie podkreśla, iż w przypadku, gdy norma karna zakazuje zachowania, które jest wyraźnie dozwolone lub nakazane w innych gałęziach prawa, powstanie problem rozmiijania się zakresów bezprawności. O ile bowiem, przykładowo, prawo cywilne będzie postrzegało dane zachowanie jako zgodne z prawem, o tyle w ujęciu prawa karnego czyn sprawcy będzie „teoretycznie” bezprawny. W takiej sytuacji kolizyjnej podkreślając harmonię i niesprzeczność w ramach systemu prawa, wskazuje, że w przypadku kolizji nakazu, zakazu lub dozwolenia pomiędzy normą prawa karnego a normą innej gałęzi prawa „prawo karne musi automatycznie ustąpić”⁸.

Charakterystyka powyższych poglądów skłania do refleksji o rygorystycznym rozumieniu zasady subsydiarności (wtórności) prawa karnego gospodarczego, redukującego funkcję prawa karnego do *ultima ratio*, wtórnie chroniącej stosunki gospodarcze, a pozbawionej funkcji regulacyjnej. Poglądy wymienionych wyżej autorów korespondują z koncepcją A. Zolla, iż prawo karne nie odpowiada na pytanie, co jest zachowaniem bezprawnym, a jedynie karalnym. W tym ujęciu karnoprawna norma sankcjonująca jest sprzężona z pozakarną normą sankcjonowaną, a nie z prawnokarną normą sankcjonowaną. W przypadku braku pozakarnej

⁶ J. Skorupka, *Prawo karne gospodarcze. Zarys wykładu*, Warszawa 2005, s. 47.

⁷ S. Żółtek, *Subsydiarność systemowa*, (w:) *Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności*, Lex/el. 2009.

⁸ W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 172 za S. Żółtek, *Zasada wtórności prawa karnego gospodarczego i jej konsekwencje*, (w:) *Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności*, Lex/el. 2009, podobnie J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 120. Autor wskazuje, że „Przestępstwem nie może być czynność nakazana przez prawo lub wynikająca z wykonania obowiązku, a także czynność przez prawo dozwolona”.

prawnej normy sankcjonowanej oznacza to, że czyn odpowiadający opisowi znamion czynu zabronionego nie jest bezprawny. Bezprawność przestępstwa gospodarczego jest tu wyprowadzono zatem „sekwencyjnie” i „kaskadowo”, musi istnieć norma prawno-gospodarcza (prawno-gospodarcza norma sankcjonowana), która jest naruszona, aby przyjąć, że zachowanie jest prawnokarnie bezprawne i karalne. Dla wyróżnienia tego ujęcia bezprawności przestępstwa gospodarczego, przyjmuje skrót myślowy i określam to ujęcie mianem „bezprawności sekwencyjnej”. Wydaje się, że relewantną prawnokarną bezprawność czynu zabronionego uzyskuje z faktu, iż zakres zastosowania normy sankcjonującej zawiera się w szerszym zakresie normowania pozakarnej normy sankcjonowanej, która to zgodnie z koncepcją norm sprzężonych stanowi hipotezę normy sankcjonującej. Tak więc, o bezprawności czynu zabronionego nie wnioskujemy inferencyjnie z normy sankcjonującej wyznaczającej zachowanie karalne (z karalności o bezprawności), tylko wręcz przeciwnie wnioskujemy z szerszej bezprawności ujmowanej monistycznie o zawężająco ujętej karalności. Dopiero zatem czyn karalny staje się prawnokarnie bezprawny.

Przenosząc powyższe do analizowanego problemu należałoby uznać, że zachowanie wypełniające formalnie znamiona czynu zabronionego z art. 297 § 1 k.k., a polegające na złożeniu fałszywego, nierzetelnego dokumentu lub pisemnego, nierzetelnego oświadczenia dotyczącego okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania zamówienia publicznego, nie stanowi czynu zabronionego albowiem ze względu na fakultatywność podstawy wykluczenia, pierwotne zachowanie dezinformacyjne nie jest zakazane na gruncie regulacji gospodarczej, a jedynie zakazane na gruncie ustawy karnej. Jeszcze raz trzeba zaznaczyć, że skoro zamawiający nie korzysta z możliwości wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) i pkt 10) ustawy PZP, to pierwotne zachowanie dezinformacyjne (pierwsze złożenie fałszywych dokumentów lub nierzetelnych oświadczeń) staje nie tyle uprawnione, co warunkowo dozwolone w sensie tolerowane i prawnie obojętne, ponieważ nie skutkuje wykluczeniem na gruncie ustawy PZP.

Charakterystyka subsydiarnego rozumienia bezprawności przestępstwa gospodarczego prowadzi do wniosku, że osią powyższych rozważań jest posługiwanie się pojęciem „zachowanie dozwolone”, „zachowanie uprawnione”, „zachowanie zalegalizowane”, a na drugim biegunie sytuje się „zachowanie zakazane”, „zachowanie nakazane”, „zachowanie bezprawne”, „zachowanie niezgodne z prawem”. Dla prawidłowego wyznaczenia pola „gospodarczej” „cywilnej” bezprawności konieczna jest precyzyjna delimitacja tych pojęć, co dotyczy problemu tzw. prawnej indy-

ferencji czynu⁹. Przez „dozwolenie” rozumie się tzw. strefę prawnie indyferentną¹⁰. Prawo „milczy”, jest obojętne wobec sposobów zachowania jednostek w tej sferze. Nie musi być to jednak równoznaczne z dozwoleńcem moralnym lub obyczajowym¹¹. Zgodnie z regułami semantycznymi „dozwolony” to «taki, na który pozwolono, który zgodnie z prawem można mieć, robić itp.»¹², «dopuszczalny, akceptowalny, zgodny z obowiązującymi zasadami»¹³. Jednocześnie wskazuje się na szerszy zakres znaczeniowy tego zwrotu jako synonim „dopuszczalnego”, a ten zaś to „dozwolony, tolerowany w jakiejś sytuacji pod jakimś warunkiem”¹⁴. Odbiciem tej semantycznej dwuznaczności jest wyróżnianie tzw. dozwoleń „mocne”, czy dozwoleń „słabe”. W teorii prawa podnosi się, że w przypadku przepisów wyrażających dozwoleń słabe opisane w nich czyny są zarazem niezakazane i nienakazane w systemie prawnym, przepis wyrażający dozwoleń słabe nie stanowi bazy interpretacyjnej dla żadnej normy prawnej¹⁵. W rezultacie zamieszczenia takiego przepisu w tekście prawnym nie powstają żadne normy ustanawiające obowiązek prawny ani dla podmiotu indywidualnego (uprawnionego) realizującego czyn, ani dla jakichkolwiek innych podmiotów indywidualnych (są obojętne prawnie dla osób trzecich). Sytuacja jest taka sama, jak w przypadku braku jakichkolwiek przepisów prawnych¹⁶. Natomiast z przepisu wyrażającego dozwoleń mocne można w drodze wykładni uzyskać normę, która upoważnia podmiot indywidualny realizujący czyn do wystąpienia do innych osób z żądaniem określonego zachowania (zaniechania), zaś decyzje tego podmiotu powodują powstanie zobowiązań po stronie osób trzecich. W przeciwieństwie do dozwoleń słabego, dozwoleń mocne wywołuje określone skutki prawne dla osób trzecich w przypadku, gdy objęty dozwoleń mocnym podmiot indywidualny zdecyduje się z tego dozwoleń mocnego skorzystać¹⁷.

Wydaje się, że możliwość złożenia dokumentów w postępowaniu o zamówienie publiczne przez wykonawcę odpowiada dozwoleń mocnemu albo jest po prostu uprawnieniem, ponieważ zawsze kształtuje sytuację podmiotu trzeciego, tj. zamawiającego, który jest zobowiązany ocenić przedmiotowe dokumenty. Mając to na uwadze, przedłożenia do-

⁹ A. Malinowski, *Prawna indyferencja czynu*, Państwo i Prawo 2012, nr 5.

¹⁰ T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1999, s. 51.

¹¹ *Ibidem*.

¹² <https://sjp.pwn.pl/slowniki/dozwolony.html>.

¹³ <https://pl.wiktionary.org/wiki/dozwolony>.

¹⁴ <https://sjp.pl/dopuszczalny>.

¹⁵ A. Malinowski, *op. cit.*, s. 56.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

kumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie można uznać, za prawnie indyferentne w ramach stosunków prawno-gospodarczych, a tym samym powstaje pytanie dalsze, czy wykonawcy przysługuje kompetencja (dozwolenie, uprawnienie) do przedłożenia fałszywych lub nierzetelnych dokumentów ze względu na brak normy sankcjonowanej, zakazującej tego zachowania wyprowadzanej z przepisów ustawy PZP. Nasuwa się tu intuicyjnie odpowiedź negatywna, co jest jednak wynikiem ocen subiektywnych o podłożu moralnym, a nie rezultatem stosowania norm prawnym, to zaś wymaga dalszej weryfikacji tej hipotezy, w szczególności ustosunkowania się do zasady „co nie jest prawem zabronione, jest dozwolone”. Trzeba tu także przypomnieć, że wykonawcy przysługuje uprawnienie do uzupełnienia dokumentów lub ich poprawienia na podstawie art. 128 ustawy PZP, a więc następnie uprawnienie zdaje się być okolicznością usprawiedliwiającą pierwotne przedłożenie dokumentów zawierających nieprawdziwe informacje.

W ujęciu systemowym w ramach stosunków gospodarczych pojęcie dozwolone zachowania należy interpretować zgodnie z art. 8 ustawy Prawo przedsiębiorców¹⁸, który stanowi, że przedsiębiorca może podejmować wszelkie działania, z wyjątkiem tych, których zakazują przepisy prawa. Przedsiębiorca może być obowiązany do określonego zachowania tylko na podstawie przepisów prawa¹⁹. Aktualnie na gruncie prawa publicznego, w świetle ustawy Prawo przedsiębiorców, zasadę „co nie jest prawem zabronione, jest dozwolone” należy rozumieć jako powstrzymywanie się od nieuzasadnionej ingerencji w stosunki gospodarcze przez organy administracji publicznej²⁰. Zasada „co nie jest prawem zabronione, jest dozwolone” traktowana jest jako zasada polskiego porządku prawnego odnosząca się do stosunków zachodzących pomiędzy przedsiębiorcą a organem władzy publicznej. Odnosząc przedmiotową zasadę na grunt prawa karnego należy wbrew uproszczonemu poglądom uznać, że może być uznana za okoliczność wyłączającą bezprawność

¹⁸ Ustawa z dnia 6 maja 2018 r. Prawo przedsiębiorców, tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1292, dalej „p.p.”

¹⁹ Rządowy projekt ustawy – Prawo przedsiębiorców, VIII kadencja, druk sejm, nr 2051, s. 13. W uzasadnieniu projektu ustawy – Prawo przedsiębiorców podkreślono, że omawiany przepis nie jest rozwiązaniem nowym, stanowi jedynie „wyraźne przypomnienie (podkreślenie) normatywnej zasady: «co nie jest prawem zabronione, jest dozwolone»”. Uzasadnienie wskazuje też, że komentowany artykuł stanowi jedną z „podstawowych zasad wiążących przedsiębiorców oraz organy władzy publicznej w ich relacjach z przedsiębiorcami” (obok zasad formułowanych przez art. 2 oraz art. 9–15 p.p.).

²⁰ K. K o k o c i ń s k a, (w:) Konstytucja biznesu. Komentarz, komentarz do art. 3 ustawy – Prawo przedsiębiorców, teza 4, Lex/el. 2019.

w ramach rekonstrukcji normy sankcjonującej, albowiem ta adresowana jest do organów państwa. Z zasady «co nie jest prawem zabronione, jest dozwolone» można zatem „jedynie” wyprowadzić zakaz karalności zachowania, które nie jest wyraźnie zakazane przez przepisy prawa. Natomiast zasada ta nie odnosi się wprost do zachowania przedsiębiorcy w relacjach horyzontalnych, tj. w stosunkach gospodarczych i prawnych z innymi przedsiębiorcami (podmiotami prawa), w tym w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym zakresie przedsiębiorca jest zobowiązany zgodnie z art. 9 p.p. wykonywać działalność gospodarczą zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, poszanowania dobrych obyczajów oraz słusznym interesów innych przedsiębiorców i konsumentów, a także poszanowania oraz ochrony praw i wolności człowieka. Przedmiotowe klauzule generalne znajdują rozwinięcie i treściowe dookreślenie w ramach czynności w postępowaniu o zamówienie publiczne, a w szczególności dotyczą kwestii naruszenia obowiązku lojalności (art. 354 k.c.), naruszenia zasad współżycia społecznego (dobrych obyczajów) (art. 353 (1) k.c., art. 415 k.c.), a także kwestii nieważności czynności prawnej na podstawie art. 58 § 1 i 2 k.c. oraz zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 16 ustawy PZP. Należy tu wskazać, że przedmiotowe klauzule generalne stanowią samodzielne źródło do konstruowania cywilnoprawnej bezprawności, a więc bez konieczności naruszenia konkretnego przepisu prawa. Tytułem przykładu, na gruncie art. 415 k.c. w orzecznictwie Sądu Najwyższego ugruntował się już pogląd, zgodnie z którym w reżimie odpowiedzialności deliktowej bezprawnym jest zachowanie sprzeczne z obowiązującym porządkiem prawnym, przez który rozumie się powszechnie obowiązujące nakazy i zakazy wynikające z normy prawnej, jak również nakazy i zakazy wynikające z norm moralnych i obyczajowych, czyli zasad współżycia społecznego²¹. W tym kontekście przedkładanie nierzetelnego oświadczenia dotyczącego okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania zamówienia publicznego byłoby zachowaniem sprzecznym z zasadami współżycia społecznego (dobrymi obyczajami), a tym samym spełniającym cechę deliktowej bezprawności. Przyjmując zatem konsekwentnie monistyczne ujęcie bezprawności należałoby uznać, że zachowanie dezinformacyjne jest zachowaniem bezprawnym, a w konsekwencji warunek formalnej bezprawności czynu zabronionego jest spełniony otwierając obowiązek zastosowania normy sankcjonującej i pociągnięcia do odpowiedzialności

²¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2016 r., sygn. II CSK 528/15, LEX nr 2066004, zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 maja 2015 r., sygn. IV CSK 539/14 i powołane tam judykaty.

karnej sprawcy. Innymi słowy, nie można na gruncie ustawy PZP uznać, że działanie polegające na przedłożeniu fałszywych lub nierzetelnych dokumentów jest dozwolone, albowiem cecha bezprawności działania wynika z naruszenia zasad współżycia społecznego i dobrych obyczajów stanowiąc, iż czyn ten jest deliktem.

Zaprezentowane powyżej stanowisko może być jednak zakwestionowane w świetle dotychczasowych poglądów tej części przedstawicieli doktryny, co ciekawe, których stanowisko można zaliczyć do nurtu rygorystycznego stosowania zasady wtórności prawa karnego (subsidiarności). Otóż poglądy tej części doktryny zdają się zmierzać do ograniczenia cechy bezprawności gospodarczej do tylko tej, która ma źródło w przepisie prawa. W tym zakresie koreluje to ze stanowiskiem Z. Jędrzejewskiego, który zdaje się, także być przeciwnikiem dekodowania z art. 415 k.c. normy sankcjonowanej, skoro stwierdza, że „ze względu na niezwykle ogólną i elastyczną formułę deliktu z art. 415 k.c. nie można mówić o „wskazującej na bezprawność” funkcji wypełnienia stanu faktycznego deliktu, tak jak to ma miejsce w przypadku realizacji znamion typu czynu w prawie karnym, tak więc szeroko rozumiana „obiektywna niewłaściwość zachowania” (obejmująca również przekroczenie zasad współżycia społecznego) konkretyzuje zakres zachowań powodujących szkodę i zasługujących z tego powodu na ujemną ocenę”²². Wydaje się, że za tak ujętym wąskim rozumieniem „bezprawności” opowiada się R. Zawłocki, który pisze, że „zabronione (bezprawne) jest więc to, czego zakazuje konkretny przepis prawny. Bezprawność gospodarcza ma więc charakter obiektywny, albowiem opiera się na bezprawnym kryterium sprzeczności czynu sprawcy z normą prawną”²³. Pogląd ten podziela K. Patora, która podnosi, że bezprawność w sferze prawa gospodarczego winna obejmować sprzeczność z konkretnymi normami prawnymi, a nie tylko ogólnymi regułami²⁴. Autorka uzasadnia stanowisko wskazując, że należy odrzucić szerokie rozumienie bezprawności karnej gospodarczej jako wyznaczonej przy pomocy pozakarnych klauzul generalnych, w tym klauzuli społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa lub sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, albowiem jest to sprzeczne

²² Z. Jędrzejewski, Przekroczenie normy zachowania (sankcjonowanej) jako warunek ustalenia bezprawności czynu we współczesnej nauce polskiej, (w:) R. Dębski (red.), System prawa karnego, Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności, Warszawa 2013, s. 342.

²³ R. Zawłocki, Prawo karne gospodarcze, Warszawa 2007, s. 319.

²⁴ K. Patora, Pojęcie „bezprawności” w różnych gałęziach prawa, Prokuratura i Prawo 2018, nr 10, s. 92.

z zasadą określoności znamion czynu zabronionego²⁵. Bardziej zawile stanowisko reprezentuje S. Żółtek, który podnosi, że o bezprawności zachowania mieszczącego się w tej sferze obrotu zasadniczo decyduje więc naruszenie norm budowanych na podstawie przepisów stanowiących, choć nie można wykluczyć, że zostanie ona stwierdzona również na podstawie uchybienia wskazanym zasadom współżycia społecznego, jednakże w zakresie prawa prywatnego wynikać ona ma w pierwszej kolejności z przepisów stanowiących i aktów tworzonych na ich podstawie, a posłankowo również z zawartych w nich klauzul generalnych, które w rzeczywistości odwołują się do norm niesformalizowanych²⁶.

Konkludując, ze względu na szeroko ujmowaną bezprawność w rozumieniu prawa cywilnego nie można przyjąć, iż istnieje zgodne z prawem uprawnienie, czy mocne dozwoleństwo do pierwotnego składania fałszywych dokumentów i oświadczeń, co ma ten skutek, że nie można powoływać się na to „uprawnienie” jako okoliczność wyłączającą bezprawność zachowania. Jednakże, następstwem przyjęcia stanowiska o niedopuszczalności wykorzystania dla potrzeb ustalenia „bezprawności karnej gospodarczej” „szerokiego” rozumienia bezprawności cywilnej (gospodarczej) rozumianej jako zachowania sprzeczne tylko z zasadami współżycia społecznego, dobrymi obyczajami, czy też innymi klauzulami generalnymi, jest konstatacja, iż w ramach regulacji pozakarnej nie istnieje podstawa do zdekodowania prawokarnie użytecznej normy sankcjonowanej, która wprowadzałaby zakaz podejmowania karnie relewantnego bezprawnego działania polegającego na dezinformacji w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo, że ma ono charakter bezprawny w świetle szerszego ujęcia w prawie cywilnym. Ponadto trzeba tu wskazać, że uprawnienie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów stanowi podstawę do sanowania wcześniejszego bezprawnego zachowania. W konsekwencji ze względu na brak spełnienia warunku bezprawnego przekroczenie normy zachowania (sankcjonowanej) zgodnie z koncepcją bezprawności „sekwencyjnej” należałoby przyjąć, iż nie jest spełniony warunek ustalenia bezprawności czynu zabronionego z art. 297 § 1 k.k. Nie wyłącza to odpowiedzialności za czyn zabroniony z art. 270 § 1 k.k. i art. 273 k.k., ponieważ te przepisy stanowią źródło odrębnych norm sankcjonowanych, które dotyczą powszechnego obrotu prawnego.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ S. Żółtek, Zasada wtórności prawa karnego gospodarczego i jej konsekwencje, (w:) *Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności*, Lex/el. 2009.

2. Wyznaczenia płaszczyzny bezprawności czynu zabronionego z art. 297 § 1 k.k. w ramach koncepcji bezprawności „konstrukcyjnej” przestępstwa gospodarczego

Brak możliwości rekonstrukcji normy sankcjonowanej zawierającej zakaz zachowania dezinformacyjnego „zaczerpniętej” wyłącznie z przepisów pozakarnych powoduje, że możliwe, a nawet konieczne staje się dekodowanie norm charakteryzujących płaszczyznę bezprawności z przepisów typizujących czyn zabroniony, które stają jedynym źródłem rekonstrukcji norm zakazujących i nakazujących²⁷. Ujmując rzecz obrazowo pojawia się przestrzeń dla bezprawia karnego, właśnie ze względu na brak określenia bezprawnego zakazanego zachowania w przepisach innych niż karne. Dekodowanie normy wyłącznie z przepisów karnych jest jednak niemożliwe ze względu na specyficzną konstrukcję znamienia czynu zabronionego dotyczącego przedmiotu czynności wykonawczej – „oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania zamówienia”, a tym samym już wskazaną niezupełność logiczną przepisu zrębowego, która zakłada immanentne i nierozzerwalne powiązanie z regulacją gospodarczą (pierwotną). Nieodzowne staje się tu sięganie do przepisów regulacji pozakarnej, a skoro tak powinno to być dokonane także z uwzględnieniem nie tylko interpretacyjnej dyrektywy zależności znaczeniowej, ale z uwzględnieniem aksjologii i teleologii leżących u podstaw wprowadzenia przepisów regulacji gospodarczej. Próbując dekodować normę sankcjonowaną ze zrębowego przepisu wyrażającego znamię czasownikowe „przedkłada” nie jesteśmy w stanie wyinterpretować pełnej normy postępowania bez odwołania się do regulacji ustawy Prawo zamówień publicznych w celu sprecyzowania desygnatów „oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania zamówienia”. Oznacza to więc konieczność współokreślania treści normy sankcjonowanej na podstawie ustawy karnej i regulacji pozakarnej, bez czego nie można ustalić istoty zakazanego zachowania.

Pod wpływem argumentów przemawiających za upatrywaniem w ustawie karnej źródła norm sankcjonowanych określających samodzielnie bezprawne zakazane zachowanie, w doktrynie wypracowano

²⁷ W tym kierunku odczytuję i wykorzystuję tezy P. Kardasa, wyrażone w kwestii identyfikacji źródła norm sankcjonowanych określających sposoby postępowania dłużnika w sytuacji grożącej niewypłacalności lub upadłości – por. P. Kardas, Czy wierzyciel może odpowiadać za współdziałanie w popełnieniu przestępstwa na szkodę wierzyciela? Kilka uwag o funkcjach prawa karnego na płaszczyźnie wyznaczania bezprawności zachowania w sferze obrotu gospodarczego, *Prokuratura i Prawo* 2019, nr 11–12, s. 29–31.

stanowisko pośrednie, które przewartościowuje rygorystycznie, „kaskadowo” rozumianą zasadę subsydiarności prawa karnego gospodarczego. Zgodnie z koncepcją przedstawioną przez A. Muchę każda norma sankcjonowana jest wyrażona w przepisach prawa karnego, co najmniej w sposób zrębowy. Z przepisów prawa karnego możemy zawsze wyodrębnić co najmniej zręb normy sankcjonowanej, który następnie jest treściowo wypełniany przez regulacje pozakarne²⁸. W tym ujęciu pole bezprawności w ramach struktury przestępstwa jest współokreślane przez przepis prawa karnego i przepisy innej dziedziny prawa (regulacji gospodarczej). Prowadzi to do wyodrębnienia pojęcia tzw. bezprawności konstrukcyjnej, która podlega ustaleniu w procesie rekonstrukcji normy sankcjonowanej w ten sposób, że przepis prawa karnego może być także podstawą dla dekodowania z niego zrębowo określonej normy sankcjonowanej, która następnie w procesie jej pełnej rekonstrukcji jest treściowo wypełniana przez regulacje z obszaru innych dziedzin prawa, przy czym mogą to być regulacje o charakterze ustawowym, a także podustawowym²⁹. Istotą tak ujmowanej bezprawności konstrukcyjnej jest multisystemowe i jak się wydaje równoczesne, a nie „kaskadowe” korzystanie z uregulowań dwóch lub więcej gałęzi prawa, dla odtworzenia jednej normy sankcjonowanej. Istotą owej bezprawności konstrukcyjnej jest właśnie wielość i złożoność źródeł, z których dekodowana jest norma sankcjonowana³⁰. Zgodnie z koncepcją bezprawności konstrukcyjnej podnosi się, że wzajemne stosunki pomiędzy podmiotami uczestniczącymi w „grze gospodarczej” wyznaczane są i precyzowane (obok np. ogólnych regulacji ustawowych) przez wzajemne dwu- lub wielostronne umowy określające pulę zachowań nakazanych, zakazanych, dozwolonych i zabronionych³¹. W tym miejscu wskazać należy, iż odnosi się to zatem do wielostronnego stosunku przetargowego, charakteryzującego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego³².

²⁸ A. Mucha, Sposób „rozumienia” bezprawności. Uwagi porządkujące. Elementy konstytutywne tzw. przestępstwa gospodarczego, (w:) *Struktura przestępstwa gospodarczego oraz okoliczności wyłączające bezprawność czynu w prawie karnym gospodarczym*, LEX 2013.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² O stosunku przetargowym zob. zwłaszcza Z. Gordon, Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, *Prawo Zamówień Publicznych* 2012, nr 3, s. 39–40; R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienie konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 135 i n.; zob. także postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2007 r., sygn. II CZ 37/07.

Odnosząc koncepcję tzw. bezprawności konstrukcyjnej do analizowanego problemu należy uznać, że zachowanie opisane w znamieniu czasownikowym – „przedkłada”, a także zwrot opisujący przedmiot czynności wykonawczej w postaci „podrobiony, przerobiony, poświadczający nieprawdę dokument” mają charakter zrębowy i samodzielną prawnokarną konotację. Natomiast ustalenie zakresu znaczeniowego zwrotu „pisemne” oraz dopełnienie „dotyczący okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania wymienionego zamówienia” zostaje zaczerpnięte z regulacji pozakarnej, tj. ustawy Prawo zamówień publicznych. Także określenie zakresu rzetelności oświadczenia należy oceniać w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych. Wynika to z faktu, że cecha rzetelności odwołuje się do kompleksowości procesu przedstawiania faktów odnoszących się do przeszłości i przyszłości, co należy odróżnić od prawdziwości informacji, przez co należy rozumieć zgodność przedstawionych danych z ich rzeczywistym stanem³³. Niepełność informacji wyraża się w tym, że pominięto pewne prawdziwe okoliczności, które należało obowiązkowo zawrzeć w dokumencie lub oświadczeniu, co może sugerować odbiorcy stan rzeczy inny niż rzeczywisty³⁴. Zakres kompletności okoliczności przedstawionych w oświadczeniu jest zatem zdeterminowany przez wymagania skonkretyzowane przez zamawiającego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w ramach ustawowo wskazanych „brzegowo” warunków udziału w tym postępowaniu. Nie jest tym samym możliwe odczytanie pełnej i kompletnej normy sankcjonowanej tylko w oparciu o przepis prawa karnego.

W ujęciu bezprawności konstrukcyjnej odpada problem braku przepisów pozakarnych stanowiących o zakazie działania polegającego na „pierwotnym” przedkładaniu podrobionych, przerobionych oraz poświadczających nieprawdę dokumentów, a także składania nierzetelnego dokumentu i nierzetelnego oświadczenia. Źródłem elementu syntaktycznego – operatora deontycznego zakazu jest przepis art. 297 § 1 k.k., pomimo, że nie został zastosowany art. 109 ust. 1 pkt 8) i pkt 10) ustawy PZP. Ponadto przepis karny współokreśla zakres istotnych okoliczności dla uzyskania zamówienia publicznego od strony negatywnej, tj. okoliczności stanowiące treść oświadczenia lub dokumentu nie mogą być nieprawdziwe (fałszywe), w tym wprowadzające w błąd zamawiającego, co

³³ J. Skorupka, *op. cit.*, s. 99.

³⁴ Zob. szerzej L. Wilk, Pojęcie „nierzetelności” w odniesieniu do dokumentów w prawie karnym, *Palestra* 2013, nr 3–4, s. 128 i nast.; A. Wujastyk, *Przestępstwa tzw. oszustw kredytowych w ustawie oraz praktyce prokuratorskiej i sądowej*, Warszawa 2011, s. 147.

do pochodzenia dokumentu (oświadczenia) i autentyczności jego treści oraz w zakresie poświadczenia nieprawdy. Kwestia oceny okoliczności faktycznych, w kategoriach fałszu albo prawdy nie wymaga odwołania się do przepisów pozakarnych, ponieważ punktem odniesienia jest tu stan obiektywnej rzeczywistości. Natomiast przepis karny nie rozstrzyga, czy pominięto pewne okoliczności, które należało obowiązkowo zawrzeć w dokumencie lub oświadczeniu, co może sugerować odbiorcy stan rzeczy inny niż rzeczywisty, gdyż zakres wymaganych danych określa zamawiający na podstawie ustawy PZP. Przepisy ustawy PZP, także od strony pozytywnej dookreślają zakres istotnych okoliczności, który ma potwierdzać przedkładane, pisemne oświadczenie, w celu wykazania spełnienia warunków udziału sformułowanych przez zamawiającego. Dotyczy to zarówno sfery okoliczności faktycznych w celu wykazania spełnienia warunków kwalifikacji podmiotowej, jak i wymogów formalnych, np. formy oświadczenia woli, okresu ważności dokumentu.

Obrazując powyższą zależność przykładem, gdy wykonawca przedłożył oświadczenie w postaci wykazu robót budowlanych i wskazał w nim wymaganą wartość robót, to uznamy, że złożył oświadczenie w zakresie pozytywnego potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, a więc w zakresie okoliczności istotnych dla kwalifikacji podmiotowej, co warunkuje uzyskanie zamówienia publicznego. Jeżeli ustalimy, że wskazana wartość robót budowlanych była w rzeczywistości fałszywa, np. zamiast wymaganej wartości robót budowlanych 1 000 000 zł, w rzeczywistości wykonano roboty o wartości 500 000 zł, to ze względu na zrębowe współwyznaczenie pola bezprawności przez przepis art. 297 § 1 k.k., ten będzie określał, co należy rozumieć przez pojęcie nierzetelnego oświadczenia w zakresie wprost nieprawdziwych okoliczności, a zarazem wyrażał zakaz przedkładania tego rodzaju oświadczenia pomimo, że zakaz ten nie wynika z przepisu art. 109 ust. 1 pkt 8) czy pkt 10) ze względu na jego niezastosowanie przez danego zamawiającego. Przepisy prawa karnego wyznaczają zatem cechy negatywne oświadczenia, skutkując dyskwalifikacją nierzetelnych, fałszywych dokumentów i oświadczeń w aspekcie okoliczności wprost nieprawdziwych. Natomiast, gdy wykonawca przedłoży oświadczenie o zgodności z oryginałem kopii referencji stwierdzających należyte wykonanie robót budowlanych nie posiadając oryginału tego dokumentu w dacie złożenia oświadczenia o zgodności, to będzie to przykład oświadczenia nierzetelnego sugerującego odbiorcy stan rzeczy inny niż rzeczywisty, ponieważ nie rozstrzyga to wprost, czy oryginał referencji istniał w rzeczywistości albo był to dokument podro-

biony, a tym bardziej, czy okoliczności wynikające z treści referencji są prawdziwe.

Reasumując, można wyróżnić dwa zakresy nieprawdziwych informacji *sensu largo*. Pierwszy zakres informacji to okoliczności wprost sprzeczne z obiektywną rzeczywistością, a więc posiadające cechę fałszu materialnego i fałszu intelektualnego. W tym zakresie przedłożenie dokumentów i oświadczeń jest bezprawne zgodnie z normą sankcjonowaną odtwarzaną z przepisu art. 297 § 1 k.k. Natomiast w zakresie okoliczności posiadających cechę nierzetelności w zakresie informacji niepełnych, sugerujących inny stan niż rzeczywistych, oraz innych okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania zamówienia publicznego, w tym wymogów formalnych oświadczeń, na skutek zaniechania zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8) lub pkt 10) ustawy PZP okoliczności te są prawnie irrelewantne, a więc nie można uznać, że norma sankcjonowana dekodowana zrębowo z art. 297 § 1 k.k. obejmuje prawnokarnie istotny zakaz przedkładania nierzetelnych dokumentów lub oświadczeń we wskazanym powyżej zakresie.

3. Reguły postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako determinanta materialnego ujęcia bezprawności

Niezależnie od tego, czy przejmuje się monistyczne (jednolite), czy gałęziowe (pluralistyczne) ujęcie bezprawności za materialnie bezprawny czyn można uznać tylko ten, który naraża na niebezpieczeństwo (zagrożenie) dobro prawne lub je narusza i jednocześnie narusza regułę postępowania z tym dobrem³⁵. Nie może wystąpić taka sytuacja, że czyn realizujący znamiona typu czynu zabronionego zostanie pozbawiony w ogóle cechy społecznej szkodliwości, gdy dany czyn w ogóle nie naraża dobra prawnokarnie chronionego, to wówczas należy uznać, że nie zawiera znamion czynu zabronionego³⁶. Jednocześnie konsekwentnie podnosi się, że czyn obiektywnie zagrażający dobru lub naruszający dobro praw-

³⁵ A. Zoll, Komentarz do art. 1 Kodeksu karnego, teza 23, (w:) A. Zoll (red.), G. Bogdan, Z. Cwiąkański, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2004, s. 34.

³⁶ A. Zoll, Komentarz do art. 1 Kodeksu karnego, teza 7, (w:) A. Zoll (red.), G. Bogdan, Z. Cwiąkański, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2004, s. 26; J. Lachowski, Komentarz do art. 1 Kodeksu karnego, teza 17, Lex/el. 2020; E. Plebanek, Materialne określenie przestępstwa, Warszawa 2009, s. 177–185. Zob. też postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2016 r., sygn. III KK 265/15, OSP 2017, nr 11, poz. 113, uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 18 marca 2009 r., sygn. IV KK 469/08, Lex.

ne, jednakże zrealizowany zgodnie z regułami postępowania, nie może być uznany za naruszający normę sankcjonowaną³⁷.

Przyjmując sekwencyjność zabiegów interpretacyjnych po wyznaczeniu pola formalnej bezprawności należy zatem ustalić, czy doszło do naruszenia określonej reguły postępowania z dobrem prawnie chronionym. Przy odtworzeniu normy sankcjonowanej leżącej u podstaw klasycznego typu czynu zabronionego z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, a więc normy wyprowadzanej zrębowo z przepisu art. 297 § 1 k.k. należy dodać, że sprawca będzie realizował znamiona typu czynu zabronionego dopiero wtedy, gdy naruszy on w istocie normę postępowania, która miała na celu ochronę określonego dobra prawnego. Za bezprawne można uznać tylko to zachowanie, które mieściło się w tzw. celu ochronnym normy sankcjonowanej³⁸. Przenosząc zaprezentowane wskazania na grunt art. 297 § 1 k.k. należałoby zatem odpowiedzieć na pytanie, czy „pierwsze” przedłożenie fałszywych, nierzetelnych dokumentów lub pisemnych, nierzetelnych oświadczeń godzi w cel ochronny normy wyprowadzanej z art. 297 § 1 k.k., tym samym narusza reguły postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, następnie czy przekracza poziom akceptowanego ryzyka? Wymaga to uprzedniego ustalenia bezpośredniego, indywidualnego (szczególnego) oraz rodzajowego przedmiotu ochrony³⁹.

3.1. Indywidualny, rodzajowy przedmiot ochrony na podstawie art. 297 § 1 k.k. a cel ochronny normy sankcjonowanej

W doktrynie charakteryzując przedmiot ochrony wynikający z art. 297 § 1 k.k. podnosi się wręcz, że istota karnoprawnej ochrony na gruncie analizowanych przepisów polega na zabezpieczeniu rzetelnego i prawidłowego funkcjonowania wymienionych w przepisie instrumentów pod kątem celów, którym mają służyć⁴⁰. Szczególnym, bezpośrednim przedmiotem ochrony jest zatem postępowanie prowadzące do uzyskania zamówienia publicznego, procedura uzyskiwania zamówienia publicznego⁴¹ oraz same instytucje wymienione w przepisie, w tym zamówienie

³⁷ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2010, s. 167; L. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019, s. 150.

³⁸ S. Tarapata, *Znamiona normy sankcjonowanej leżącej u podstaw klasycznego typu abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo*, (w:) *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Lex/el. 2016.

³⁹ Odnosnie konwencji dotyczących ujęcia przedmiotu ochrony przyjmuję podział za Ł. Pohlem, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019, s. 182.

⁴⁰ M. Klubińska, *Przestępstwo oszustwa gospodarczego z art. 297 k.k.*, Warszawa 2014, s. 193–196 i cytowane tam poglądy przedstawicieli doktryny.

⁴¹ B. Kurzępa, *Oszustwo gospodarcze*, *Prokuratura i Prawo* 1998, nr 5, s. 44.

publiczne⁴². Celem ochrony jest zabezpieczenie prawidłowości i rzetelności w zakresie przyznawania zamówienia publicznego⁴³. Przedmiot bezpośredni ochrony stanowi zatem prawidłowość, rzetelność i uczciwość obrotu finansowego, będącego elementem obrotu gospodarczego, lecz jedynie w aspekcie związanym z rzetelnym pozyskiwaniem instrumentów finansowych lub zamówienia publicznego⁴⁴. Dobrem prawnie chronionym jest także interes majątkowy instytucji dysponujących środkami publicznymi i prawidłowość gospodarowania mieniem państwowym⁴⁵. Tak więc, dalszym przedmiotem ochrony jest mienie, interes majątkowy podmiotu udzielającego zamówienia publicznego⁴⁶.

W piśmiennictwie podkreśla się, że przepisy art. 297 § 1 i 2 k.k. chronią, również ponadindywidualne interesy społeczeństwa⁴⁷. Przenosi się to na ujęcie rodzajowego przedmiot ochrony, którym jest prawidłowość funkcjonowania obrotu gospodarczego, w szczególności indywidualne interesy uczestników tego obrotu, jak i ponadindywidualne interesy gospodarcze społeczeństwa, związane z prawidłowym jego funkcjonowaniem⁴⁸. W tym upatruje się też głównego przedmiotu ochrony, podkreśla-

⁴² M. Kulik, Komentarz aktualizowany do art. 297 Kodeksu karnego, teza 1, Lex/el. 2020.

⁴³ M. Bojarski, (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2010, s. 1220.

⁴⁴ J. Giezek, Komentarz do art. 297 Kodeksu karnego, teza 4, Lex/el. 2014.

⁴⁵ M. Kulik, *op. cit.*; M. Makowski, Przestępstwo oszustwa w zakresie zamówień publicznych, Prokuratura i Prawo 2009, nr 9, s. 89, J. Karaźniewicz, Bankowe oszustwo kredytowe. Aspekty normatywne, kryminologiczne i politycznokryminalne, Toruń 2005, s. 52.

⁴⁶ M. Klubińska, Przestępstwo oszustwa gospodarczego z art. 297 k.k., Warszawa 2014, s. 193–196, P. Kardas, Komentarz do art. 297 kodeksu karnego (Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553), (w:) A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiąkański, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks karny, Część szczegółowa, t. III: Komentarz do art. 278–363 k.k., teza 13, Kraków 2006, R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek (red.), Kodeks Karny. Część szczegółowa. Komentarz, Warszawa 2005, s. 1174.

⁴⁷ M. Klubińska, Przestępstwo oszustwa gospodarczego z art. 297 k.k., Warszawa 2014, s. 193–196 i cytowane tam poglądy przedstawicieli doktryny, J. Skorupka, Prawo karne gospodarcze. Zarys wykładu, Warszawa 2005, s. 89; O. Górniok, Prawo karne gospodarcze. Komentarz, Toruń 1997, s. 30.

⁴⁸ J. Giezek, Komentarz do art. 297 Kodeksu karnego, teza 4, Lex 2014, P. Kardas, Komentarz do art. 297 kodeksu karnego (Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553), (w:) A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiąkański, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks karny, Część szczegółowa, t. III: Komentarz do art. 278–363 k.k., teza 9, Kraków 2006.

jąc, że podstawowym dobrem chronionym przez art. 297 k.k. są ponadindywidualne interesy społeczeństwa, głównie o charakterze gospodarczym, co w wyraźny sposób oddziela tę grupę czynów od przestępstw przeciwko mieniu⁴⁹. W kontekście zamówień publicznych podkreśla się, że wyłudzone środki za pomocą zamówienia publicznego nie służą celom, na które powinny być przeznaczone, a to zagraża zarówno funkcjonowaniu obrotu gospodarczego, jak i samego systemu zamówień publicznych⁵⁰. Przepis art. 297 § 1 k.k. pośrednio chroni również prawidłowość obrotu dokumentami w obrocie gospodarczym, w aspekcie wiarygodności tego obrotu⁵¹, który należy zatem uznać za uboczny, dodatkowy przedmiot ochrony⁵².

Powyżej scharakteryzowane dobra dotyczą generalnego opisu typu czynu zabronionego *in abstracto*. Natomiast ustalenie, czy doszło do naruszenia celu normy sankcjonowanej wymaga rekonstrukcji dobra prawnego *in concreto*. A. Mucha słusznie wskazuje, że w pierwszej kolejności dokonujemy rekonstrukcji dobra prawnego *sensu largo* przy wykorzystaniu ustawowego zapisu określającego nazwę danego rozdziału części szczególnej kodeksu karnego. Następnie przechodzimy do oceny przedmiotu ochrony *in concreto*. Pełną funkcjonalność procesów rekonstrukcyjnych, których przedmiotem jest dobro prawne, uzyskujemy bowiem wyłącznie wówczas, gdy oceny przedmiotu ochrony dokonujemy również z pozycji *in concreto*, na potrzeby w danej chwili ocenianego stanu faktycznego⁵³. Ma to istotne znaczenie w kontekście problemów związanych ze wskazaniem źródła przepisów prawa do rekonstrukcji normy sankcjonowanej w celu ustalenia jej formalnej płaszczyzny bezprawności. Moim zdaniem, niezależnie od tego, czy źródeł normy sankcjonowanej upatrujemy tylko w przepisach karnych albo tylko pozakarnych, czy też współwyznaczają one normę sankcjonowaną, to zawsze rekonstrukcja dobra prawnie chronionego ma charakter wtórny do prze-

⁴⁹ J. Karaźniewicz, Bankowe oszustwo kredytowe. Aspekty normatywne, kryminologiczne i politycznokryminalne, Toruń 2005, s. 51; A. Marek, Komentarz. Kodeks karny, Warszawa 2005, s. 612.

⁵⁰ J. Skorupka, Przestępstwo dezinformacji instytucji finansowej w celu uzyskania zamówienia publicznego, (w:) R. Zawłocki (red.), System Prawa Karnego. Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze, Tom 9, Warszawa 2011, s. 695.

⁵¹ M. Klubińska, *op. cit.*; R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek (red.), Kodeks Karny. Część szczegółowa. Komentarz, Warszawa 2005, s. 1175.

⁵² Zob. także wyrok SN z dnia 17 października 2006 r., sygn. WA 28/06, Lex, wyrok SN z dnia 5 maja 2011 r., sygn. IV KK 57/11, Lex nr 848168.

⁵³ A. Mucha, Elementy precyzujące płaszczyznę bezprawności, (w:) Struktura przestępstwa gospodarczego oraz okoliczności wyłączające bezprawność czynu w prawie karnym gospodarczym, LEX 2013.

pisów gospodarczych. W mojej ocenie, o ile na płaszczyźnie bezprawności formalnej przepis karny może samodzielnie precyzować pole bezprawnego zakazanego zachowania, co jest czynione zwłaszcza przez opis znamienia czasownikowego, to już na płaszczyźnie bezprawności materialnej nie jest możliwe, aby przepis karny samodzielnie i pierwotnie kreował dobra prawne. Na płaszczyźnie bezprawności materialnej ujawnia się właśnie subsydiarna funkcja ochronna prawa karnego gospodarczego poprzez sankcjonowanie reguł postępowania określonych w innych gałęziach prawa⁵⁴. Koresponduje to ze stanowiskiem, że wtórny charakter wskazania dobra prawnego w przypadku przestępstw gospodarczych nie tylko determinuje charakter kryminalizacji określonej patologii gospodarczej, lecz także ma istotne znaczenie dla prawidłowej wykładni i stosowania przepisu karnego gospodarczego⁵⁵.

Analiza powyższych poglądów prowadzi do wniosku, że nie można uznać zachowania dezinformacyjnego *in concreto* za czyn bezprawny w ujęciu materialnym, jeżeli nie stanowi ono naruszenia reguł postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które wynikają z przepisów ustawy PZP (ujęcie dobra rodzajowego) oraz nie stanowi naruszenia skonkretyzowanych przez zamawiającego reguł postępowania w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, będą elementem treści wielostronnego stosunku przetargowego wyznaczającego treść powinności zamawiającego i wykonawców. W tym kontekście zachowanie dezinformujące polegające na przedłożeniu fałszywych, nierzetelnych dokumentów lub oświadczeń może naruszać cel ochronny normy wypracowanej z art. 297 § 1 k.k. w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP godząc *in concreto* zarówno w bezpośredni, indywidualny przedmiot ochrony, jak i w przedmiot rodzajowy, ale nie musi. Naruszenie reguł postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zapewniających zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców staje się szczególnie widoczne, gdy zamawiający nie wykryje faktu przedłożenia fałszywych, nierzetelnych dokumentów lub nierzetelnych oświadczeń, podejmie decyzję o pozytywnej kwalifikacji podmiotowej wykonawcy i finalnie udzieli mu zamówienia publicznego. W takiej sytuacji może dojść także do naruszenia dalszego przedmiotu ochrony, jakim jest mienie w związku z kwalifikacją tego zachowania jako odpowiadającego typowi czynu zabronionego z art. 286 § 1 k.k. Jednakże w sytuacji, gdy zamawiający wykryje złożenie fałszywych dokumentów, a po wezwaniu do ich uzupełnie-

⁵⁴ J. Skorupka, *op. cit.*, s. 19.

⁵⁵ R. Zawłocki, (w:) R. Zawłocki (red.), *Prawo karne gospodarcze. System Prawa Handlowego*, Tom 10, Warszawa 2018, s. 58–59.

nia lub poprawienia, wykonawca przedłoży rzetelne dokumenty już zawierające prawdziwe informacje i wykaże spełnienie warunków udziału w postępowaniu, nasuwa się wniosek, iż *in concreto* ustało jakikolwiek zagrożenie dla celu ochronnego normy wyprowadzanej z art. 297 § 1 k.k. w zakresie indywidualnego przedmiotu ochrony.

3.2. Uproszczona typizacja czynu zabronionego z art. 297 § 1 k.k. – wykroczenie poza cel ochrony danego wariantu normy sankcjonowanej

Stanowi to przyczynek do refleksji, że aktualnie ustawodawca na gruncie ustawy PZP ujmuje zagrożenie dla prawidłowego i uczciwego udzielenia zamówienia publicznego w sposób skonkretyzowany w ramach danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesuwając moment oceny narażenia na niebezpieczeństwo naruszenia prawidłowości i rzetelności danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na moment ponownego, ostatecznego złożenia dokumentów lub ich uzupełnienia stosownie do art. 128 ust. 2 ustawy PZP. W tym ujęciu niebezpieczeństwo naruszenia prawidłowości danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przestaje mieć potencjalny charakter i powiązany jedynie z faktem złożenia dokumentu fałszywego materialnie lub dokumentu intelektualnie fałszywego, czy też nierzetelnego dokumentu lub oświadczenia, które generuje abstrakcyjne niebezpieczeństwo dla szczególnego przedmiotu ochrony tylko ze względu na treść dokumentu lub oświadczenia, bez ustalenia czy przedstawiciel podmiotu wymienionego w przepisie został wprowadzony w błąd⁵⁶. Zagrożenie dla prawidłowości i rzetelności przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ewidentnie wiązane z fałszą oceny przedłożonych dokumentów lub oświadczeń przez reprezentantów zamawiającego, a nie jedynie faktem ich przedłożenia za wykonawcę.

Zauważalne jest także w aspekcie pochodzenia przestępstwa temporalne przesunięcie ochrony z dalekiego przedpolu zagrożenia dla interesu majątkowego zamawiającego w kierunku zachowania dalszego, występującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zmierza do kwalifikacji podmiotowej wykonawcy warunkującej udzielenie zamówienia publicznego. Przepisy ustawy PZP akcentują aktualnie ochronę interesu majątkowego zamawiającego, przy jednoczesnym wyważeniu majątkowych interesów wykonawcy do uzyskania zamówienia publicznego przez rzetelnego wykonawcę, a więc odnoszą się do dalszego przedmiotu ochrony. Interes majątkowy jako dalsze dobro prawnie

⁵⁶ Zob. wyrok SA w Lublinie z dnia 27 listopada 2012 r., sygn. II AKa 245/12, Legalis.

chronione stanowi punkt odniesienia do wyznaczenia przedpola jego zagrożenia, a tym samym określenia właściwego zasięgu i celu ochronnego normy sankcjonowanej wyprowadzanej z art. 297 § 1 k.k. Zestawiając to z dogmatycznym założeniem, że nie jest możliwe przeprowadzenia przeciwdowodu na okoliczność braku zagrożenia dla głównego, szczególniego przedmiotu ochrony wynikającego z art. 297 § 1 k.k., należy wyprowadzić wniosek, że *in concreto* dotychczas ujmowana „abstrakcyjnie” płaszczyzna materialnej bezprawności może wykraczać poza rzeczywistą potrzebę ochrony dobra prawnego stanowiącego cel ochronny normy sankcjonowanej, co może naruszać konstytucyjną zasadę proporcjonalności, w tym wywodzoną z niej zasadę *ultima ratio*. Powinno to skłaniać bądź do odstępstwa od dotychczasowego rozumienia czynu zabronionego z art. 297 § 1 k.k. jako typu formalnego, abstrakcyjnego zagrożenia dla dobra prawnego, bądź sformułowania wniosków *de lege ferenda*.

W kontekście wpływu przepisów zakazujących zachowania dezinformacyjnego opisanego w art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy PZP w zestawieniu z opisem znamion strony przedmiotowej typu czynu zabronionego z art. 297 § 1 k.k. nasuwa się wniosek, iż model typizacji uproszczonej kreujący typ czynu zabronionego z klasycznego abstrakcyjnego zagrożenia na niebezpieczeństwo nie jest skorelowany z gospodarczą normą sankcjonowaną wyprowadzaną z ww. przepisów i prowadzi do dysfunkcjonalnego rozminięcia zakresów zachowania zakazanego na gruncie ustawy PZP oraz w świetle art. 297 § 1 k.k. Można tu wskazać na trzy warianty dekodowania treści normy sankcjonowanej ze względu na źródło przepisów stanowiących matrycę jej rekonstrukcji:

3.3. Norma sankcjonowana – zakaz dezinformacji zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP

W przypadku pierwszego wariantu dekodowanej normy sankcjonowanej, gdy zamawiający przewiduje podstawę wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy PZP, przepis ten zakazuje wykonawcy, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawienia informacji wprowadzających w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wyprowadzając z tego przepisu pole bezprawności w ujęciu przedmiotowym, trzeba zauważyć, iż reguły wykluczenia wykonawcy mające cel ochronny względem dobra prawnego, widocznie uadekwatniają zachowanie opisane w ramach strony przedmiotowej (znamion czynności

sprawczej) czynu zabronionego z art. 297 § 1 k.k.⁵⁷ Konkretyzacja przebiega w ten sposób, że należy wyprowadzić zakaz polegający nie na przedkładaniu jakichkolwiek podrobionych, przerobionych, poświadczających dokumentów, czy nierzetelnych dokumentów⁵⁸ albo jakichkolwiek pisemnych, nierzetelnych oświadczeń, a tylko tych dokumentów i oświadczeń, które *in concreto*, tj. w danym układzie faktycznym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą wprowadzić w błąd co do okoliczności mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W praktyce postępowania, gdy oferta nie może być uznana za najkorzystniejszą, np. jest na „odległym” miejscu w rankingu złożonych ofert, wykonawca nie jest wzywany do przedłożenia dokumentów na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy PZP pomimo, że uprzednio mógł przedłożyć nierzetelne oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP⁵⁹, tym samym na płaszczyźnie materialnego ujęcia bezprawności czynu zabronionego można rozważać *in concreto*, iż nie dochodzi do naruszenia lub chociażby tylko narażenia na niebezpieczeństwo indywidualnego przedmiotu prawnokarnej ochrony, a to oznacza, że czyn zabroniony jest pozbawiony całkowicie cechy społecznej szkodliwości czynu, co na płaszczyźnie procesowej powinno skutkować umorzeniem postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.⁶⁰ Oczywiście będzie zachodzić odmienna ocena, gdy wykonawca wezwany na podstawie art. 126 ust. 1

⁵⁷ Zob. szerzej na temat uadekwatnienia treści zakazanego zachowania P. Kardas, O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2002, nr 4, s. 52.

⁵⁸ Tak nietrafnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 listopada 2014 r., sygn. II KK 141/14. Pogląd SN jest nietrafny na gruncie wykładni reguł językowych, albowiem narusza zakaz wykładni *per non est*. Nie można interpretować, bowiem strony przedmiotowej czynu zabronionego w oderwaniu od znamienia „w celu uzyskania... zamówienia publicznego”. Nie chodzi zatem o przedłożenie jakiegokolwiek dokumentu, tylko takiego, który może być środkiem do uzyskania zamówienia publicznego. Pogląd SN przeczy zasadzie racjonalności ustawodawcy i *ratio legis* wprowadzenia typu czynu zabronionego z art. 297 § 1 k.k. stanowiącego tzw. typ mutacyjny względem powszechnego typu czynu stypizowanego w art. 270 § 1 k.k. i art. 272 k.k., „dublując” zakres tych ostatnich, co jest sprzeczne z funkcją wewnętrzną określoności czynu zabronionego. Zob. również krytykę tego poglądu wyrażoną przez J. Giełkę, *Komentarz do art. 297 Kodeksu karnego*, teza 10, Lex/el. 2014.

⁵⁹ Zgodnie z art. 125 ust. 3 ustawy PZP jest to dowód tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.

⁶⁰ Zob. wyrok SN z dnia 25 stycznia 2000 r., sygn. WKN 45/99, Lex, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2016 r., sygn. III KK 265/15, OSP 2017, nr 11, poz. 113, uzasadnienie wyroku SN z dnia 18 marca 2009 r., sygn. IV KK 469/08, Lex.

ustawy PZP do złożenia ostatecznych dokumentów w ramach podmiotowych środków dowodowych przedłoży te dokumenty lub oświadczenia jako fałszywe lub nierzetelne, po uprzednim przedłożeniu nierzetelnego oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP.

W tym miejscu należy zwrócić na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wpływu wielostronnego charakteru postępowania na ocenę zdatności przedmiotu czynności wykonawczej, tj. danego dokumentu lub oświadczenia, do popełnienia czynu zabronionego. Otóż ocena, czy *in casu* złożony fałszywy dokument lub nierzetelne oświadczenie, mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia zależy nie tylko od treści tego dokumentu (oświadczenia), a od układu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie konkurencyjnym, tj. treści dokumentów przedłożonych przez konkurentów. Ocena ta przebiega zatem dwuetapowo. W pierwszej kolejności należy zaklasyfikować dany dokument lub oświadczenie do kategorii przedmiotów czynności wykonawczych opisanych w ramach strony przedmiotowej czynu zabronionego z art. 297 § 1 k.k. W odniesieniu do kategorii rodzajowej „nierzetelne oświadczenie okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania zamówienia publicznego” należy przyjąć domniemanie faktyczne, że zgodnie z zasadą proporcjonalności wyrażoną w art. 16 pkt 3) PZP i art. 112 ust. 1 ustawy PZP zakres dokumentów żądanych przez zamawiającego dotyczy okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania zamówienia publicznego. Wykonawca składa zatem jednolity dokument zamówienia na okoliczność spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu w zakresie wskazanym przez zamawiającego, a więc zgodnie z art. 125 ust. 1 ustawy PZP. Następnie należy dokonać oceny, czy ze względu na treść ofert innych wykonawców, wykonawca, który złożył nierzetelne oświadczenie – tzw. jednolity dokument zamówienia, może być zaproszony do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 126 ust. 1 ustawy PZP. Łatwo zauważyć, że w tej sytuacji, ze względu na miejsce jego oferty w rankingu, fałszywe dokumenty lub nierzetelne oświadczenie w zakresie art. 125 ust. 1 PZP dotyczące kwalifikacji podmiotowej może nie być w ogóle przedmiotem oceny zamawiającego, a tym bardziej nie może mieć istotnego wpływu na dalsze decyzje zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Prowadzi to do wniosku, że dekodowanie normy sankcjonowanej z art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy PZP powinno skutkować uadekwatnieniem zachowania polegającego na przedłożeniu wskazanych w przepisie karnym kategorii dokumentów i oświadczeń, tym

samym skutkuje to zawężaniem pola bezprawności materialnej zachowania sprawcy albo co najmniej obniżeniem stopnia karygodności jego czynu. Wydaje się również, że wkomponowanie w zakres normy sankcjonowanej okoliczności charakteryzującej zakazane zachowanie jako wprowadzające w błąd i mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, prowadzi do wniosku, że norma sankcjonowana odpowiada charakterystyce normy leżącej u podstaw typów abstrakcyjnego narażenia z właściwości⁶¹, czy też, zgodnie z recypowaną z niemieckiej doktryny prawa karnego terminologią, typu abstrakcyjno-konkretnego zagrożenia dóbr prawnych⁶². W przypadku tego typu czynów nie można mówić o domniemaniu, że realizacja przez sprawcę znamienia czynnościowego przesądza o możliwości wywołania określonego zagrożenia dla dobra prawem chronionego⁶³. Oznacza to, że jeżeli w danych okolicznościach czyn sprawcy nie będzie cechował się zdolnością stworzenia niebezpieczeństwa w stosunku do przedmiotu prawno-karnej ochrony, niemożliwe będzie wówczas stwierdzenie, iż postąpienia sprawcy było bezprawne⁶⁴. W innym ujęciu przyjmuje się, że reguły ostrożności stanowią dyrektywę interpretacyjną znamion ustawowych przestępstw formalnych i dlatego też w przypadku przestępstw abstrakcyjnego narażenia należy wykluczyć z zakresu desygnatów znamion ustawowych wszystkie przypadki zachowań *ex ante* niezdatnych do naruszenia dobra prawnego, a więc zachowań, które nie naruszają reguł ostrożności bezpośrednio ustanowionych w celu ochrony dobra prawnego⁶⁵. Należy tu dodać, że wszelkich ocen należy dokonywać *in concreto*, oceniając także kwestię zagrożenia dla dobra prawnego związanego z usiłowaniem nieudolnym albo nieudolnością usiłowania. Ze względu na ramy artykułu można tylko zasygnalizować, że przedłożenie dokumentu (oświadczenia) należącego do kategorii dokumentów wymienionych w art. 297 § 1 k.k. należy oceniać *ex ante* jako zachowanie potencjalnie niebezpieczne i zmierzające do dokonania czynu zabronionego. Dopiero w następstwie zdarzeń zewnętrznych, tj. złożenia korzystniejszych ofert, zachowanie to traci cechę zdatności do wywołania jakiegokolwiek zagro-

⁶¹ S. Tarapata, *op. cit.*

⁶² Zob. jako egzemplifikacje tej kategorii art. 182 k.k. i art. 183 § 1 k.k. Istotę tej kategorii czynów zabronionych objaśnia W. Radecki, (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2010, s. 872; zob. także D. Gruszecka, Komentarz do art. 182 Kodeksu karnego, teza 14, Lex/el. 2014.

⁶³ S. Tarapata, *op. cit.*

⁶⁴ S. Tarapata, *op. cit.*

⁶⁵ M. Filipczak, Brak zagrożenia dla dobra prawnego a przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, Łódź 2020, s. 238.

żenia w konkretnym postępowaniu. Wydaje się zatem, że adekwatne jest stanowisko, że ustalenie, że sprawca dokonał czynu zabronionego albo tego usiłował, wymaga nie tylko potwierdzenia realizacji znamion strony przedmiotowej, podmiotu i strony podmiotowej, lecz także stwierdzenia, że w konkretnych okolicznościach nie można wykluczyć istnienia zagrożenia przedmiotu ochrony⁶⁶. W przypadku przestępstw abstrakcyjnego zagrożenia zarówno w formie dokonania, jak i usiłowania, musi wystąpić *in concreto* niemożność wykluczenia, że zachowanie sprawcy zagraża chronionemu dobru⁶⁷. Tymczasem zakres karalnego zachowania wynikający z art. 297 § 1 k.k. ujmowany jest w poglądach doktryny i w orzecznictwie jedynie jako czynu zabronionego z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, co czyni się jednak bez skonkretyzowania kategorii typu zagrożenia. Ponadto reprezentowane są poglądy, że nie jest również konieczne ustalenie, że zrealizowanie przez sprawcę wszystkich znamion czynu zabronionego spowodowało taką obiektywną sytuację, z której rozwojem doszłoby do uzyskania przez sprawcę owego instrumentu gospodarczego⁶⁸. W tym ujęciu dochodzi zatem do rozminięcia zakresu zachowania zakazanego na gruncie ustawy PZP z ujętym w kodeksie karnym.

3.4. Norma sankcjonowana – zakaz dezinformacji zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP

W drugim wariancie normy sankcjonowanej trzeba zauważyć, iż w sytuacji, gdy zamawiający w ramach dokumentów zamówienia (art. 109 ust. 2 ustawy PZP) wskazuje na podstawę wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy PZP to przepis ten staje się podstawą do wyprowadzenia pozakarnej normy sankcjonowanej, która zakazuje wykonawcy, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z przedmiotowego przepisu wynika zatem matryca interpretacyjna do przyjęcia skutkowego charakteru czynu zabronionego z art. 297 § 1 k.k. W przypadku, gdy zamawiający stosuje art. 109 ust. 1 pkt 8) PZP, to nie może wykluczyć wykonawcy w sytuacji wykrycia, iż złożone dokumenty są fałszywe lub nierzetelne, jeżeli uczynił to przed podjęciem decyzji o pozytywnej kwalifikacji

⁶⁶ E. Hryniewicz, *Przestępstwa abstrakcyjnego i konkretnego zagrożenia dla dóbr prawnych*, Warszawa 2012, s. 173–177.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ M. Klubińska, *op. cit.*, s. 265–266.

podmiotowej, tym bardziej odpada podstawa wykluczenia, gdy te fałszywe dokumenty nie miałyby wpływu na decyzje zamawiającego w zakresie wyboru oferty tego wykonawcy, np. oferta wykonawcy nie była najkorzystniejsza, a w konsekwencji nie stanowiłyby podstawy do udzielenia mu zamówienia publicznego. Natomiast w sytuacji, gdy zamawiający nie ujawni zachowania dezinformacyjnego, podejmie decyzję o pozytywnej kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, to zostanie wprowadzony w błąd, co zazwyczaj będzie podstawą do uznania, że mogło mieć to istotny wpływ na jego decyzje w przedmiocie niezasadnego udzielenia zamówienia publicznego. Prowadzi to do wniosku, że na gruncie art. 297 § 1 k.k. interpretowanego zgodnie z ustawą PZP zachowanie sprawcy musi powodować skutek w postaci wprowadzenia w błąd przedstawiciela zamawiającego w zakresie okoliczności dotyczących kwalifikacji podmiotowej, co może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tymczasem zakres karalnego zachowania wynikający z art. 297 § 1 k.k. nie obejmuje skutku, a więc dochodzi tu do rozminięcia zakresu zachowania zakazanego na gruncie ustawy PZP, którego ma charakter skutkowy. Zakres karalnego zachowania świetle art. 297 § 1 k.k. wykracza poza cel ochronny sankcjonowanej, która zasada się na skutkowym, skonkretyzowanym zagrożeniu dla prawidłowości przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

4. Korekta schematu dokonywanej wykładni operatywnej, czy konieczność zmiany normatywnej art. 297 k.k.?

Stwierdzone powyżej rozminiecie się zakresów normy sankcjonowanej i zakresu karalności, który „wyprzedza” naruszenie zakazu wynikającego z przepisów ustawy PZP sprawdza się w istocie do wniosku, że zakres kryminalizacji *prima facie* wynikający z opisu ustawowych znamion strony przedmiotowej analizowanego typu czynu zabronionego wykracza poza zakres kryminalizacji wynikający z charakteru i reguł chroniących dobra prawne. Powstaje zatem pytanie, który z elementów jest tutaj przesądzający? Należy podzielić pogląd, że pierwszeństwo przyznać należy treści przedmiotu ochrony, albowiem związany jest on z podstawową gwarancyjną funkcją prawa karnego. To ona stanowi *ratio legis* każdego przepisu karnego i przez to – podstawową (funkcjonalną) regułę wykładni jego treści. Jeżeli więc z czysto literalnej wykładni przepisu karnego wynikałby jego poszerzony zakres ochrony, niezgodny z treścią przedmiotu ochrony, to należy dać priorytet temu ostatniemu. W przeciwnym razie zakłócona zostanie nie tylko funkcja ochronna, lecz również

gwarancyjna prawa (konkretnego przepisu) karnego⁶⁹. Stwierdzenie braku zaistnienia zagrożenia przedmiotu ochrony w czasie zabronionego zachowania sprawcy i w związku z tym zachowaniem, wyłącza możliwość przyjęcia, że zaistniał czyn zabroniony⁷⁰.

Powyżej zreferowane stanowiska implikują pytanie, czy stwierdzoną rozbieżność można usunąć w drodze wykładni? Analiza orzecznictwa prowadzi do wniosku, że o ile jest niesporne pojmowanie czynu zabronionego z art. 297 § 1 k.k. jako formalnego, to już sporne i wręcz intuicyjne jest rozumienie abstrakcyjnego zagrożenia. Charakterystyczne jest, że istota sporu dotyczy kwestii, czy opisane w art. 297 § 1 k.k. zachowanie sprawy musi stwarzać zagrożenie dla dóbr prawnie chronionych, a następnie z jakim konkretnym zdarzeniem się ono ma wiązać. Dokonując polaryzacji stanowisk, wychodząc od braku konieczności wykazania *in casu* zagrożenia dla dóbr prawnie chronionych trzeba wskazać na ten nurt orzecznictwa, w którym stwierdza się, że przestępstwo opisane w art. 297 § 1 k.k. jest przestępstwem formalnym, które następuje niezależnie od tego czy doszło do udzielenia kredytu, o jaki sprawca się ubiegał, a także od tego, czy mający go udzielić został wprowadzony w błąd i czy w ogóle zapoznał się z treścią przedkładanego dokumentu lub oświadczenia. Istotą jest to, czy sprawca przedłożył nierzetelne zaświadczenie lub oświadczenie, zawierające okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania kredytu⁷¹. W tym ujęciu nie jest konieczna w ogóle ocena przedkładanych dokumentów, co wyraźnie odrywa się od kwestii oceny szkodliwości czynu zabronionego *in concreto*. Tymczasem kolejny nurt orzeczniczy akcentuje jednak, iż społeczna szkodliwość opisanych w art. 297 § 1 k.k. zachowań wyraża się w samym zagrożeniu stwarzanym przez sprawcę dla dóbr chronionych prawem. Przestępstwo to jest popełnione już wówczas, gdy sprawca przedłoży podrobione lub przerobione albo stwierdzające nieprawdę dokumenty albo nierzetelne pisemne oświadczenie, chociażby nie doprowadziło to do uzyskania kredytu. Dla

⁶⁹ R. Zawłocki, (w:) R. Zawłocki (red.), Prawo karne gospodarcze. System Prawa Handlowego, Tom 10, Warszawa 2018, s. 75, tak też E. Hryniewicz, *op. cit.*, s. 253–255.

⁷⁰ E. Hryniewicz, *op. cit.*, s. 319–325, podobnie E. Plebanek, Społeczna treść zachowań „formalnie bezprawnych – realizujących pozornie znamiona typu”, (w:) Materialne określenie przestępstwa, Lex/el. 2009. Autorka podnosi, że niezaatakowanie przez dany czyn dobra prawnego w wyniku braku naruszenia przez jego sprawcę reguły postępowania z dobrem, skutkuje brakiem bezprawności, czyli brakiem realizacji znamion typu.

⁷¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 25 października 2018 r., sygn. II AKa 391/18, Lex nr 2686665, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 13 kwietnia 2017 r., sygn. II AKa 59/17, Lex nr 2333068; zob. też M. Klubińska, Przestępstwo oszustwa gospodarczego z art. 297 k.k., Warszawa 2014, s. 265–269.

zaistnienia tego przestępstwa wystarczy, że starający się o kredyt przedstawi choć jeden fałszywy lub stwierdzający nieprawdę dokument, choć jedno nierzetelne oświadczenie⁷². W tym ujęciu przedłożenie wskazanych dokumentów musi generować *per se* zagrożenie dla dóbr chronionych prawem, a wyłącza się jedynie konieczność wykazania zagrożenia dla dalszego dobra prawnie chronionego, a związanego z udzieleniem instrumentu finansowego. Wreszcie należy dodać, że w orzecznictwie sądowym można także zauważyć podejście polegające na ujmowaniu przedmiotu czynności wykonawczej w postaci nierzetelnego dokumentu nie jako dokumentu należącego do abstrakcyjnie wyodrębnionej klasy dokumentów, które ze względu na ich rodzajowy charakter i związany z tym zakres treści potencjalnie zawierają okoliczności „o istotnym znaczeniu dla uzyskania wymienionego wsparcia finansowego”, lecz wprowadzenie wymogu, aby ową „istotność” wykazywać na gruncie dowodów ujawnionych w toku postępowania⁷³. W tym kierunku wskazuje się, iż ocena rzetelności dokumentu nie może być przeprowadzona w oderwaniu od analizy dotyczącej odbioru tego dokumentu przez osoby, do których miał on dotrzeć i tego, czy mógł wywołać w nich przekonanie o stanie rzeczy niezgodnym z rzeczywistością⁷⁴.

Powyższa rozbieżność orzecznictwa dowodzi, że na gruncie reguł językowych nie jest możliwe osiągnięcie jednoznacznego rezultatu wykładni przepisów ustawy karnej. Niezależnie od tego, czy kierujemy się klaryfikacyjną, czy derywacyjną koncepcją wykładni prawa, to konieczne staje się odwołanie się do dyrektyw wykładni celowościowej i systemowej, co wiąże z m.in. z obowiązkiem uwzględnienia uadekwatniającej funkcji reguł postępowania z dobrem prawnym z zastrzeżeniem ich pierwotnego, nadrzędnego określenia w przepisach gospodarczych. Należy przy tym zastrzec, iż wskazane dobro prawne nie opiera się na uczciwości i rzetelności, ujmowanej ogólnie, lecz na charakterze gospodarczym, związanym ściśle ze specyfiką konkretnego fragmentu obrotu gospodarczego (prowadzonej przez sprawcę lub pokrzywdzonego działalności gospodarczej). Takie ujęcie pozwala uściślić charakter rozważanego dobra prawnego. Zabieg ten należy jednak uzupełnić wykładnią pozostałych

⁷² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 8 kwietnia 2015 r., sygn. II AKa 33/15, Lex nr 1711508, wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 27 września 2017 r., sygn. II AKa 242/17, Lex.

⁷³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 6 kwietnia 2017 r., sygn. II AKa 149/16, Legalis.

⁷⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 15 czerwca 2018 r., sygn. II AKa 73/18, LEX nr 2579753.

znamion czynu zabronionego, których interpretacja również powinna być oparta na normach gospodarczych związanych z badanym zamachem⁷⁵. Natomiast analiza uzasadnienia przytoczonych judykatów prowadzi do wniosku, że oceny sądu, co do zagrożenia naruszenia dobra prawnego były formułowane *in abstracto* ze zdawkowym powołaniem się na poglądy doktryny, co *per se* niczego nie rozstrzyga. Wkomponowanie do treści normy sankcjonowanej elementu wyznaczającego charakterystykę zakazanego zachowania w postaci „informacji wprowadzających w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia” prowadzi do wniosku, że przedłożenie fałszywych, nierzetelnych dokumentów lub nierzetelnego oświadczenia dotyczącego okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania zamówienia publicznego, musi wykazywać cechę zdolności rozumianą jako możliwość wywołania naruszenia lub potencjalnego zagrożenia dóbr prawnych chronionych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niezależnie zatem od sporu co do zasadności dyferencjacji klasycznych typów abstrakcyjnego zagrożenia od typów abstrakcyjnego narażenia z właściwości, prawidłowo odtworzona norma sankcjonowana zakłada, że należy stwierdzić, czy naruszenie albo (realne albo potencjalne) zagrożenie chronionego dobra faktycznie *in concreto* zaistniało. Zdekodowanie normy sankcjonowanej poprzez jej powiązanie z charakterystyką zachowania wynikającą z art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP prowadzi do wniosku, iż niezasadne jest stanowisko, że w przypadku przestępstw abstrakcyjnego zagrożenia nie jest konieczne każdorazowe identyfikowanie przedmiotu ochrony, a następnie *in concreto* weryfikacja istnienia jego zagrożenia, gdyż wystarczająca jest identyfikacja i weryfikacja zachowania sprawcy opisanego w ramach strony przedmiotowej; podczas gdy także w przypadku tego rodzaju czynów zabronionych konieczne jest badanie wszystkich grup znamion, w tym istnienia (potencjalnego) zagrożenia chronionego dobra⁷⁶. Należy zatem uznać za adekwatny pogląd, iż brak wymaganego przez ustawę wpływu zachowania sprawcy na przedmiot ochrony – w postaci jego naruszenia lub zagrożenia tym zachowaniem – powoduje brak znamienia ujmowanego jako „przedmiot ochrony” i zdekompilowanie w ten sposób zespołu ustawowych znamion czynu zabronionego⁷⁷.

Wkomponowanie do płaszczyzny bezprawności materialnej zachowania wymogu zdolności czynności sprawczej do spowodowania potencjal-

⁷⁵ R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 65–66.

⁷⁶ E. Hryniewicz, *op. cit.*, s. 226–231.

⁷⁷ *Ibidem*.

nego zagrożenia scharakteryzowanego powyżej, tym samym dookreślenie zakazanego, bezprawnego zachowania, nie przełamuje granic wykładni językowej wyznaczających zakres karalnego czynu, ponieważ stanowi on doprecyzowanie *in concreto* charakterystyki nierzetelnego, pisemnego oświadczenia dotyczącego okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania zamówienia, tym samym właściwość w postaci możliwości stworzenia potencjalnego zagrożenia dla dóbr jest elementem charakterystyki znamion. Postępując zgodnie z derywacyjną koncepcją wykładni prawa należy uwzględnić reguły wykładni funkcjonalnej oraz wpływ zasady subsydiarności prawa karnego gospodarczego na etapie stosowania prawa przyjmując, że wszystkie kategorie dokumentów lub oświadczeń muszą należeć do kategorii dokumentów, które zawierają informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowanie przez zamawiającego w danym postępowaniu.

Reasumując, należy uznać, że czyn zabroniony *in concreto* ustalony zgodnie z wariantami normy sankcjonowanej uwzględniającej element treści wyprowadzony z art. 109 ust. 1 pkt 8) i pkt 10) ustawy PZP należy uznać za typ abstrakcyjno-konkretnego zagrożenia dóbr prawnych (abstrakcyjnego zagrożenia z właściwości), co czyni dopuszczalnym przeprowadzenie przeciwdowodu na okoliczność braku zagrożenia⁷⁸.

Trzeci z wariantów normy sankcjonowanej dotyczy sytuacji, gdy norma sankcjonowana jest odtwarzana w ramach koncepcji bezprawności „konstrukcyjnej”. Należy zauważyć, że skoro zgodnie z pierwszym wariantem normy sankcjonowanej zachowanie powinna cechować zdolność wywołania *in concreto* zagrożenia dla dóbr prawnych, to tym bardziej powinno mieć to miejsce w sytuacji, gdy zamawiający nie decyduje się na zastosowanie przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8) PZP lub z art. 109 ust. 1 pkt 10) PZP. Zrezygnowanie przez zamawiającego z przesłanek wykluczenia za działania dezinformacyjne, patrząc z perspektywy celu ochronnego należy oceniać jako rozszerzenie dozwolonego marginesu tolerancji dla zachowań ryzykownych. W doktrynie prawa karnego podnosi się, że jakiegokolwiek naruszenie reguły postępowania z dobrem nie jest wystarczające do ustalenia materialnej bezprawności czynu, albowiem konieczne jest wykazanie, że stopień naruszenia tej reguły przekracza granice tolerancji społecznie akceptowanej. Norma prawna, bowiem nie zakazuje naruszenia lub zagrożenia dobra prawne-

⁷⁸ Problematykę przeciwdowodu wnikliwie omawia w aspekcie materialnoprawnym i procesowym M. Filipczak, Dopuszczalność przeciwdowodu braku zagrożenia (wybrane problemy abstrakcyjno-konkretnego zagrożenia dóbr prawnych), Państwo i Prawo 2017, nr 6.

go w sposób generalny, lecz zakazuje zachowań, które prowadzą do zagrożenia dóbr prawnych w stopniu przekraczającym, wynikający z potrzeb życia, stopień akceptacji lub tolerancji zachowań ryzykownych⁷⁹. Należy zatem rozważyć, czy zaniechanie zastosowania podstawy wykluczenia za działanie dezinformacyjne nie jest wyrazem działania w ramach tzw. zgody dysponenta dobra prawnego. W doktrynie podnosi się, że dysponent dobra wyrażając zgodę na określony sposób działania bądź zaniechania, przyjmuje na siebie ryzyko wystąpienia ich następstw w stopniu równym do sprawcy, co prowadzi do wyrażenia woli wystąpienia sytuacji niestandardowo ryzykownej⁸⁰. W ten sposób akceptowalnym staje się takie ryzyko, które bez zgody zostałoby uznane za nieakceptowalne⁸¹. Wymaga to ustalenia, czy zachodzą inne przesłanki skutecznej zgody dysponenta dobrem prawnym, a mianowicie, czy została wyrażona w sposób dobrowolny, świadomy oraz czy ma charakter uprzedni w stosunku do samego zachowania sprawcy⁸². Nie ulega kwestii, że wymóg dobrowolności i świadomości jest spełniony, ponieważ to zamawiający kształtuje warunki udzielenia zamówienia publicznego, a w przypadku braku ich wzruszenia w następstwie odwołania, stają się one wiążące w ramach wielostronnego stosunku przetargowego. Należy, także uznać, że brak zastrzeżenia w ramach warunków zamówienia podstawy wykluczenia za zachowania dezinformacyjne, jest w sposób dorozumiany wyrażeniem zgody na zachowanie ryzykowne⁸³, które może generować zagrożenie dla dobra prawnie chronionego. Zgoda ta ma charakter uprzedni i jest elementem stosunku przetargowego. Powstaje jednak pytanie o zakres zgody na modyfikację poziomu dozwolonego zachowania ryzykownego związanego ze złożeniem fałszywych dokumentów lub nierzetelnego oświadczenia. Zamawiający nie zastrzegając podstawy wykluczenia wykonawcy za zachowanie dezinformacyjne, nie wyraża bezwarunkowej zgody na składanie takich dokumentów, a jedynie podnosi

⁷⁹ A. Z o l l, *op. cit.*, s. 34, teza 22.

⁸⁰ D. Z a j ą c, Zgoda dzierżyciela dobra prawnego na zachowanie ryzykowne jako okoliczność wpływająca na zakres odpowiedzialności karnej, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2018, nr 2, s. 105.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² D. Z a j ą c, *op. cit.*, s. 91 i wskazana tam literatura, Ł. P o h l, Prawo karne. Wykład części ogólnej, Warszawa 2019, s. 318; J. L a c h o w s k i, Przesłanki skuteczności zgody dysponenta dobra prawnego oraz skutki ich naruszenia, (w:) L. P a p r z y c k i (red.), System prawa karnego, Tom 4. Nauka o przestępstwie. Wyłączenia i ograniczenia odpowiedzialności karnej, Warszawa 2013, s. 428–432.

⁸³ Należy przy tym podzielić pogląd, że ustawodawca nie wprowadził żadnych wymogów co do formy zgody – D. Z a j ą c, *op. cit.*, s. 91, podobnie P. D a n i l u k, Warunki determinujące skuteczność zgody uprawnionego w prawie karnym, *Palestra* 2005, nr 1–2, s. 42.

poziom tolerowanego ryzyka w zakresie narażenia prawidłowości przebiegu kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, pod warunkiem, że zachowanie dezinformacyjne będzie nieudane, tj. nastąpi wykrycie fałszywych, nierzetelnych dokumentów lub nierzetelnych oświadczeń. Można zatem zauważyć, iż poziom zwiększonego ryzyka dla zagrożenia dobra prawnie chronionego w postaci prawidłowego przebiegu postępowania o zamówienie publiczne nie przekracza poziomu zagrożenia dla rzetelności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikającego z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy PZP, gdy nie doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd, a tym samym nie spełniła się przesłanka wykluczenia wykonawcy.

Odrębnego odniesienia wymaga kwestia, czy zamawiający może swobodnie dysponować dobrami prawnymi chronionymi na podstawie art. 297 § 1 k.k., co wiąże się z określeniem charakteru dóbr prawnie chronionych stanowiących indywidualny i rodzajowy przedmiot ochrony w kontekście ich dyspozytywności bądź niedyspozytywności. Trafnie podkreśla się, że dyspozytywny charakter dobra prawnego z oczywistych względów pociąga za sobą dyspozytywność reguł postępowania z tymże dobrem⁸⁴. Wnioskując *a fortiori*, *a maiori ad minus*, tym bardziej należy uznać za dopuszczalne modyfikowanie reguł postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie dozwolonego poziomu ryzyka związanego z przedkładaniem dokumentów. W tym kontekście zamawiający jest uprawniony do modyfikacji reguł postępowania z dobrem prawnym stanowiącym indywidualny przedmiot ochrony wynikający z art. 297 § 1 k.k. Należy zatem uznać, że skutkiem zaniechania zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy PZP jest przesunięcie poziomu nietolerowanego ryzyka, a tym samym abstrakcyjnego, potencjalnego zagrożenia (narażenia) dla dóbr prawnie chronionych stanowiących indywidualny przedmiot ochrony, na poziom stanu podatności do wywołania realnego zagrożenia dla rzetelności i prawidłowości konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego⁸⁵. Wynika to z faktu powiązania zagrożenia nie jedynie z przedłożeniem fałszywych, czy nierzetelnych dokumentów lub oświadczeń, co wynika z opisu czynności czasownikowej wskazanej w art. 297 § 1 k.k., a powiązania tego zagrożenia z fazą oceny przedłożonych dokumentów w danym układzie faktycznym, z zastrzeżeniem następczej możliwości ich ponownego rzetelnego przedłożenia

⁸⁴ D. Zając, *op. cit.*, s. 103.

⁸⁵ Bliżej na temat kategorii przestępstw ze stanu podatności w ramach przestępstw typu abstrakcyjno-konkretnego zagrożenia – M. Filipczak, *Dopuszczalność przeciwdziałania brakowi zagrożenia (wybrane problemy abstrakcyjno-konkretnego zagrożenia dóbr prawnych)*, Państwo i Prawo 2017, nr 6.

(uzupełnienia) na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP. Umożliwia to uchylenie stanu niebezpieczeństwa dla prawidłowości przebiegu konkretnego postępowania o udzielenia zamówienia publicznego. Co więcej, można nawet uznać, że przyjęcie kwalifikacji tego pierwotnego zachowania jako wypełniającego znamiona czynu zabronionego z art. 297 § 1 k.k. może następnie skutkować wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 4) ustawy PZP, a w konsekwencji naruszy interesy majątkowe zamawiającego, gdy oferta złożona przez wykluczonego wykonawcę jest najkorzystniejsza. Dodać tu trzeba, że ustawodawca w art. 110 ust. 2 ustawy PZP stanowi, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli ten udowodni wskazane w przepisie okoliczności w ramach procedury tzw. *self-cleaningu*, przy czym dotyczy to sytuacji, gdy zachodzą obligatoryjne podstawy wykluczenia, jak i wtedy, gdy zamawiający skorzystał z fakultatywnej przesłanki wykluczenia art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy PZP. Wynika stąd zatem wyraz preferencji ustawodawcy w zakresie rozstrzygania kolizji wartości (dóbr) na korzyść udziału wykonawcy w postępowaniu, który następnie jest w stanie wykazać rzetelność w uzyskaniu zamówienia publicznego zgodnie z art. 109 ust. 3 ustawy PZP i art. 110 ust. 3 ustawy PZP. Tym bardziej ta preferencja wydaje się do przyjęcia, gdy zamawiający nie przewiduje wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego za działanie dezinformacyjne, a wykonawca przedkłada po raz drugi rzetelne i autentyczne dokumenty wykazując należyte zdolność i kwalifikacje do wykonania zamówienia publicznego. Stanowi to zarazem przejaw ustawowego określenia poziomu społecznej opłacalności zachowania niebezpiecznego, co stanowi kryterium ustalania progu niebezpieczeństwa akceptowanego nawet w odniesieniu do dóbr o charakterze niezdyspozytywnym⁸⁶.

Zgoda dysponenta dobrem może powodować brak odpowiedzialności karnej za fakt narażenia na niebezpieczeństwo określonych dóbr prawnych⁸⁷, jednakże zgoda ta powinna być skuteczna w odniesieniu do dóbr stanowiących zarówno indywidualny przedmiot, jak i rodzajowy przedmiot ochrony wynikający z art. 297 § 1 k.k. Odnosząc się to do ujęcia rodzajowego przedmiotu ochrony pojmowanego jako ponadindywidualne interesy gospodarcze społeczeństwa, związane z prawidłowym funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych, należałoby uznać, że zama-

⁸⁶ D. Zając, *op. cit.*, s. 107.

⁸⁷ W. Wróbel, Znaczenie zgody następcej oraz rezygnacji przez dysponenta dóbr prawnych z ochrony prawnokarnej w perspektywie zasady *ultima ratio* prawa karnego, (w:) Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla, t. II, s. 751 i nast., Warszawa 2012.

wiający nie może skutecznie modyfikować reguł postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wpływając na poziom zachowań ryzykownych ponad abstrakcyjne (potencjalne) zagrożenia dla rzetelności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż może to ujemnie rzutować na ponadindywidualne interesy gospodarcze społeczeństwa. Nie sposób jednak nie zauważyć, iż decyzja danego zamawiającego o niezastosowaniu art. 109 ust. 1 pkt 8) i pkt 10) ustawy PZP bezpośrednio odnosi się tylko do interesu majątkowego danego zamawiającego i interesu majątkowego wykonawcy, którzy to stają się stronami umowy w sprawie zamówienia publicznego. Patrząc z tej perspektywy trudno w przedmiotowej relacji dostrzec zagrożenia dla ponadindywidualnych interesów gospodarczych społeczeństwa, skoro relacja nie wykracza poza dwustronny już stosunek prawny⁸⁸. Ponadto, jeżeli ustawodawca uczynił fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy za zachowanie dezinformacyjne, to przestaje być aktualna prewencyjna ochrona rzetelności obrotu gospodarczego lub cywilnoprawnego w ramach abstrakcyjnie ujmowanych ponadindywidualnych interesów społeczeństwa. Nie można, bowiem budować ponadindywidualnego, rodzajowego wzorca ochrony dóbr prawnych zagrożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, skoro na poziomie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego można kształtować odmiennie poziom dopuszczalnej tolerancji dla ryzykownego zachowania związanego z przedkładaniem dokumentów. Zgodzić się zatem trzeba z poglądem, że sfera procesów gospodarowania składa się z części w postaci mniejszych lub większych indywidualnych interesów ekonomicznych podmiotów podejmujących aktywność w ramach sfery procesów gospodarczych. To zaś w sposób bezpośredni przekłada się na ocenę, że owa płaszczyzna gospodarowania jedynie pośrednio (niejako w drugiej kolejności) chroni dobra ogólnospołeczne⁸⁹. Pomimo tego, że odczytywane *sensu largo* dobro może mieć charakter bardziej ogólny, o kwalifikacji charakteru dobra prawnego jako dobra bezwzględnego lub względnego decydować będzie tylko i wyłącznie ocena dokonywana *in concreto*, na potrzeby badanego wycinka aktywności gospodarczej⁹⁰. Koresponduje

⁸⁸ Trzeba tu wskazać, że zgodnie z art. 456 ustawy PZP wykrycie na etapie realizacji, umowy, że na etapie kwalifikacji podmiotowej doszło do wprowadzenia w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw wykluczenia w zakresie art. 109 ust. 1 PZP nie stanowi nawet ustawowej przesłanki do odstąpienia od umowy.

⁸⁹ A. M u c h a, Problematyka ustawowej określoności kontratypów, (w:) Struktura przestępstwa gospodarczego oraz okoliczności wyłączające bezprawność czynu w prawie karnym gospodarczym, LEX 2013.

⁹⁰ *Ibidem*.

to, że stanowiskiem iż z natury obrotu gospodarczego wynika że, interes jednostki (pokrzywdzonego) nie musi być tożsamy z interesem ogółu (wszystkich uczestników obrotu gospodarczego), w sytuacji gdy ta jednostka ma wpływ na prawną ocenę zachowania skierowanego przeciwko niej. Może on więc uznać zachowanie skierowane przeciwko niemu, a obiektywnie ujmowane jako sprzeczne z porządkiem gospodarczym, za zachowanie uprawnione. Prawo karne ujmując taką sytuację właśnie jako zgodę dysponenta dobrem (pokrzywdzonego)⁹¹.

Natomiast nie ulega wątpliwości, że przedłożenie podrobionych, przerobionych, czy też poświadczających nieprawdę dokumentów narusza dobra stanowiące przedmiot ochrony wynikający z art. 270 § 1 k.k. i art. 273 k.k., co stanowi podstawę odpowiedzialności na podstawie tych przepisów. Stąd w ujęciu materialnej bezprawności zachowania w tym zakresie, a polegające na złożeniu fałszywych (materialnie i intelektualnie) dokumentów oraz nierzetelnego dokumentu lub oświadczenia w zakresie informacji faktycznie i wprost nieprawdziwych należy uznać za bezprawne, a nie pierwotnie legalne. Innymi słowy, dobro prawne w zakresie wiarygodności dokumentów nie jest dyspozytywne i nie może być przedmiotem zgody dysponenta dobrem na jego zagrożenia lub naruszenie.

5. Podsumowanie

Obszerność analizy czyni koniecznym przedstawienie głównych tez artykułu z uwzględnieniem wskazówek interpretacyjnych dla potrzeb praktyki procesowej oraz wniosków *de sententia ferenda* i *de lege ferenda*:

1. Ze względu na wprowadzenie fakultatywnych podstaw wykluczenia za zachowanie dezinformacyjne w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, konieczne jest każdorazowe odtworzenie jednego z potencjalnych wariantów normy sankcjonowanej w celu ustalenia właściwej płaszczyzny bezprawności i karalności czynu zabronionego *in concreto*, a stypizowanego w art. 297 § 1 k.k.

2. Przyjęcie rozpowszechnionego stanowiska o restrykcyjnym stosowaniu zasady subsydiarności prawa karnego gospodarczego, akcentującego funkcję ochronną względem norm sankcjonowanych wynikających z przepisów pozakarnych, w tym „sekwencyjne” pojmowanie płaszczyzny bezprawności w strukturze przestępstwa gospodarczego, skutkuje brakiem odpowiedzialności karnej na podstawie art. 297 § 1 k.k. w przypadku niezastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8) i pkt 10) ustawy PZP przez za-

⁹¹ R. Zawłocki, *op. cit.*, s. 189.

mawiającego, co należy odrzucić przyjmując koncepcję bezprawności „konstrukcyjnej”. Nie wyklucza to odpowiedzialności za zachowanie dezinformacyjne na podstawie art. 270 § 1 k.k. oraz art. 273 k.k.

3. W każdym wariancie rekonstrukcji treści normy sankcjonowanej, płaszczyznę bezprawności w ujęciu materialnym należy wyznaczyć uwzględniając reguły w zakresie prawidłowego i rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako reguł właściwych do rekonstrukcji dobra prawnego i reguł postępowania z nim, a stanowiących rodzajowy i indywidualny przedmiot ochronny (zamachu) z art. 297 § 1 k.k.

4. Z art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy PZP wynika matryca interpretacyjna do uadekwatnienia zakresu czynności sprawczej na płaszczyźnie bezprawności oraz karalności w ten sposób, że dokumenty lub oświadczenia stanowiące przedmiot czynności wykonawczej muszą zawierać informacje obiektywnie wprowadzające w błąd, co może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Powoduje to dookreślenie zachowania sprawczego jako zdatnego, mogącego *in concreto* wywołać abstrakcyjno-konkretne (potencjalne) zagrożenie (niebezpieczeństwo) dla dóbr prawnych stanowiących cel ochronny normy sankcjonowanej. Możliwy jest przeciwdowód na okoliczność wykazania, że konkretny czyn nie zawiera zakładanej przez ustawodawcę możliwości zaistnienia zagrożenia dla prawidłowego uzyskania zamówienia publicznego, a zatem nie realizuje znamion typu, co następuje z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy, które mogą w danym przypadku mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, w szczególności z uwzględnieniem wpływu rankingu ofert na zakres ocen zamawiającego.

5. Wymóg zdatności zachowania sprawczego jako mogącego wywołać potencjalne (abstrakcyjne) zagrożenie (niebezpieczeństwo) dla prawidłowości i rzetelności procedury uzyskania zamówienia publicznego oznacza, że w przypadku złożenia nierzetelnego oświadczenia o tymczasowym charakterze w zakresie wynikającym z art. 125 ust. 1–3 ustawy PZP, które ze względu na ranking ofert nie może stanowić podstawy do dalszych czynności zamawiającego, zachowanie to może być ocenione *in concreto* jako zachowanie pozbawione całkowicie cechy społecznej szkodliwości czynu, co skutkuje wyłączeniem bezprawności materialnej albo jako czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość jest znikoma.

6. Dekodowanie normy sankcjonowanej i ustalenie płaszczyzny formalnej bezprawności zgodnie z koncepcją bezprawności „konstrukcyjnej”, w przypadku zaniechania zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8) lub pkt 10)

ustawy PZP przez zamawiającego, skutkuje możliwością odpowiedzialności na podstawie art. 297 § 1 k.k. za przedłożenie podrobionego, przerebionego, poświadczającego nieprawdę dokumentu, nierzetelnego dokumentu oraz pisemnego, nierzetelnego oświadczenia w zakresie okoliczności nieprawdziwych, tj. wprost sprzecznych z obiektywną rzeczywistością, o ile dokumenty te należą do kategorii przedkładanych w celu uzyskania zamówienia publicznego. Nieprawdziwe okoliczności w zakresie, w jakim nie wyczerpują jednocześnie znamion czynu zabronionego z art. 270 § 1 k.k. lub art. 273 k.k., ze względu na zgodę dysponenta dobrem, podniesienie poziomu akceptowalnego ryzyka przez zamawiającego, na płaszczyźnie materialnie ujmowanej bezprawności lub karygodności czynu zabronionego mogą być w większości przypadków oceniane jako pozbawione cechy bezprawności albo jako społecznie szkodliwe w stopniu znikomym. Natomiast w zakresie informacji niepełnych, sugerujących inny stan niż rzeczywisty, które stanowią treść dokumentu nierzetelnego lub nierzetelnego oświadczenia należy uznać, że okoliczności te są prawnie irrelewantne i nie jest możliwa odpowiedzialność karna na podstawie art. 297 § 1 k.k.

7. *De lege ferenda* należy postulować pilne przywrócenie obligatoryjnego charakteru wykluczenia wykonawcy w sytuacji opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy PZP oraz stosowną, spójną z tym przepisem, korektę opisu znamion czynu zabronionego stypizowanego z art. 297 § 1 k.k. Konieczne jest, wprowadzenie w miejsce „pisemnego” oświadczenia, wymogu jego złożenia w „wymaganej formie”, co pozwoli przywrócić karalność oświadczeń składanych w formie elektronicznej. Konieczna jest, także modyfikacja klauzuli bezkarności w art. 297 § 3 k.k. w celu zapewnienia spójności zakresu i przesłanek jej zastosowania z instytucją *self-cleaningu*.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Bolesław Kurzępa

Prawnokarne aspekty procesu budowlanego

Streszczenie

Artykuł stanowi kontynuację materiału zamieszczonego w nr 5/2021 „Prawo budowlane – aspekty prawnokarne.” Autor dokonuje w nim analizy pozostałych przepisów karnych zawartych w najważniejszych – poza Prawem budowlanym – ustawach odnoszących się bezpośrednio do procesu budowlanego. W większości są to normy sankcjonujące konkretne przepisy administracyjne (normy sankcjonowane), zatem przytacza ich najistotniejsze treści i wyjaśnia pojęcia używane w każdej z tych ustaw.

Słowa kluczowe

Wykroczenia budowlane, bezpieczeństwo wewnętrzne, budownictwo, ochrona środowiska, wyroby budowlane, charakterystyka energetyczna, geodezja i kartografia.

Współczesny proces budowlany jest przedsięwzięciem dość skomplikowanym, nie tylko od strony technicznej, ale także i prawnej. Zanim powstanie jakiś obiekt budowlany, niezbędne jest spełnienie przez inwestora, projektanta i wykonawcę szeregu wymogów formalnych, zawartych nie tylko w ustawie – Prawo budowlane, ale także innych ustawach i rozporządzeniach. Gdyby chcieć policzyć wszystkie akty prawne towarzyszące procesowi budowlanemu, to na pewno byłoby to kilkadziesiąt

ustaw i kilkaset aktów wykonawczych (rozporządzeń). Oczywiście liczba ta nie odnosi się do każdej budowy, gdyż podobnie jak w innych gałęziach aktywności ludzkiej, także i w budownictwie mamy do czynienia z różnymi jego rodzajami, np. budownictwo mieszkaniowe, przemysłowe, wodne, obiektów użyteczności publicznej, dróg i mostów, kolejowe itp. Z reguły każdy typ budownictwa uregulowany jest odrębnymi ustawami i rozporządzeniami. Są jednak i akty wspólne np. ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane¹, ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne², ustawa z dnia 17 maja 1989 r. – Prawo geodezyjne i kartograficzne³, ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska⁴, ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym⁵. Jest ich rzecz jasna o wiele więcej, ale wymienione zostały najczęściej stosowane. Przepisy budowlane należą do grupy norm administracyjnych, często bardzo rygorystycznych, gdyż mają one na celu m.in. zapobiegać wszelkim niebezpieczeństwom, jakie pociągają za sobą prowadzone prace budowlane. Dlatego w niektórych przypadkach, dla zwiększenia przestrzegania najistotniejszych – z punktu widzenia ustawodawcy – przepisów administracyjnych ustanowiono normy karne, określające przestępstwa lub wykroczenia. Najwięcej tego rodzaju regulacji zawiera Prawo budowlane (art. 91–93), ale jest ich też немало w innych ustawach. Ich znajomość wśród prawników jest niewielka, zatem warto je poznać, aby móc stosować w praktyce.

Prawo ochrony środowiska

Istotną rolę w procesie budowlanym odgrywają normy prawne zawarte w Prawie ochrony środowiska. Obowiązują one zarówno w fazie projektowania obiektu budowlanego, jego realizacji, jak i w toku eksploatacji. Jest to stosunkowo obszerny akt prawny (zawiera 442 artykuły), określający zasady ochrony środowiska oraz warunki korzystania z jego zasobów, z uwzględnieniem wymagań zrównoważonego rozwoju, a w szczególności: zasady ustalania: warunków ochrony zasobów środowiska, warunków wprowadzania substancji lub energii do środowiska, kosztów korzystania ze środowiska oraz obowiązki organów administracji. W Tytule VI Dział II w art. 330–360 zawarte są przepisy karne, a konkretnie wykro-

¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 1333 z późn. zm.

² Tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 833.

³ Tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 2052.

⁴ Tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 1219.

⁵ Tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 741.

czenia godzące w środowisko, wśród których trzy dotyczą bezpośrednio procesu budowlanego, a mianowicie w art. 330, art. 331 i art. 360 pkt 2.

Pierwszy w tych przepisów, tj. art. 330, stanowi, że kto wbrew ciężącemu na nim, na podstawie art. 75 ustawy, obowiązкови w trakcie prac budowlanych nie zapewnia ochrony środowiska w obszarze prowadzonych prac, podlega karze grzywny. A zatem jest to wykroczenie, w którym przepis sankcjonujący odsyła do przepisów sankcjonowanych (administracyjnych). Przedmiotem jego ochrony jest środowisko, czyli ogół elementów przyrodniczych, w tym także przekształconych w wyniku działalności człowieka, a w szczególności powierzchnia ziemi, kopaliny, woda, powietrze, krajobraz, klimat oraz pozostałe elementy różnorodności biologicznej, a także wzajemne oddziaływania między tymi elementami (art. 3 pkt 39 Prawa ochrony środowiska)⁶. Z treści art. 330 Prawa ochrony środowiska wynika, że nałożono w nim sankcje za naruszenie postanowień art. 75 Prawa ochrony środowiska w trakcie realizacji przedsięwzięcia budowlanego. Według wspomnianego art. 75, w trakcie prac budowlanych inwestor realizujący przedsięwzięcie jest obowiązany uwzględnić ochronę środowiska na obszarze prowadzenia prac, a w szczególności ochronę gleby, zieleni, naturalnego ukształtowania terenu i stosunków wodnych. Przy prowadzeniu tego rodzaju prac dopuszczalne jest wykorzystywanie i przekształcanie elementów przyrodniczych wyłącznie w takim zakresie, w jakim jest to konieczne w związku z realizacją konkretnej inwestycji. W sytuacji, gdy ochrona elementów przyrodniczych nie jest możliwa, wówczas należy podejmować działania mające na celu naprawienie wyrządzonych szkód, w szczególności przez kompensację przyrodniczą. Zakres obowiązków inwestora jest szczegółowo określany przez właściwy organ w pozwoleniu na budowę. Natomiast w przypadku inwestycji, dla których była przeprowadzona ocena oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko na podstawie ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko⁷, to zakres ten jest określany w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz w innych decyzjach, przed wydaniem których została przeprowadzona ocena oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko. Wyjaśnić należy niektóre wyrażenia użyte w art. 75 Prawa o ochronie środowiska. Niewątpliwie najważniejsze znaczenie w tym przypadku ma termin „ochrona środowiska”, przez który

⁶ K. Gruszecki, *Prawo ochrony środowiska. Komentarz*, wyd. V, Warszawa 2019, Lexis Nexis/el (dostęp dnia 28 kwietnia 2021 r.).

⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 247.

należy rozumieć podjęcie lub zaniechanie działań, umożliwiających zachowanie lub przywracanie równowagi przyrodniczej. Ochrona ta polega w szczególności na: racjonalnym kształtowaniu środowiska i gospodarowaniu zasobami środowiska zgodnie z zasadą zrównoważonego rozwoju, przeciwdziałaniu zanieczyszczeniom oraz przywracaniu elementów przyrodniczych do stanu właściwego (art. 3 pkt 13 Prawa ochrony środowiska). Z kolei zwrot „kompensacja przyrodnicza” – to zespół działań obejmujących w szczególności roboty budowlane, roboty ziemne, rekultywację gleby, zalesianie, zadrzewianie lub tworzenie skupień roślinności, prowadzących do przywrócenia równowagi przyrodniczej lub tworzenie skupień roślinności, prowadzących do przywrócenia równowagi przyrodniczej na danym terenie, wyrównania szkód dokonanych w środowisku przez realizację przedsięwzięcia i zachowanie walorów krajobrazowych (art. 3 pkt 8 Prawa o ochronie środowiska)⁸. Porównując treść art. 330 i art. 75 Prawa ochrony środowiska należy stwierdzić, że w tym pierwszym przepisie ustawodawca odwołuje się do kryterium czasowego („w trakcie prac budowlanych”), zaś w tym drugim również do kryterium terytorialnego („na obszarze prowadzenia prac”). Jak słusznie zauważa B. Rakoczy „nie wystarczy tylko wykazanie, że nastąpiło naruszenie obowiązku na obszarze prowadzenia prac budowlanych. Trzeba także wykazać, że naruszenie obowiązku nastąpiło w trakcie prac budowlanych”⁹. Jeśli takiego związku nie ma, nie ma też mowy o zaistnieniu wykroczenia z art. 330 Prawa ochrony środowiska.

Sprawcą wykroczenia może być tylko inwestor (wykroczenie indywidualne), a nie np. bezpośredni wykonawca prac budowlanych. Wprawdzie nie wynika to wprost z treści art. 330 Prawa o ochronie środowiska, ale przepis sankcjonowany (art. 75), do którego odsyła nie pozostawia w tym zakresie żadnych wątpliwości, wspominając jedynie o inwestorze. Mówiąc o inwestorze mamy na myśli „podmiot, bez którego woli nie może funkcjonować ani budowa w sensie faktycznym, ani nie może toczyć się postępowanie administracyjne zmierzające do wydania pozwolenia na budowę, gdyż jedynie inwestor może złożyć wniosek inicjujący postępowanie w tej sprawie”¹⁰. Należy mieć też na uwadze, że w art. 75 Prawa ochrony środowiska mowa jest o naruszeniu obowiązku w sposób bardzo ogólny, a zatem trzeba przede wszystkim wskazać, jaki konkretnie obo-

⁸ J. Sobczak, *Kształtowanie się przestępstw przeciwko środowisku*. Część III, *Ius Novum* 2013, nr 2, s. 11–12.

⁹ B. Rakoczy, *Prawo ochrony środowiska. Komentarz*, (w:) Z. Bukowski, E. K. Czech, K. Karpus, Lexis Nexis/el 2013 (dostęp dnia 30 kwietnia 2021 r.).

¹⁰ Z. Niewiadomski, *Prawo budowlane. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 255.

wiązek został naruszony, który musi wynikać z prawa lub z decyzji. Bez znaczenia jest natomiast, czy prace budowlane toczą się na podstawie decyzji o pozwoleniu na budowę, czy też w następstwie zgłoszenia. Wykroczenie z art. 330 Prawa o ochronie środowiska można popełnić zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie (art. 5 k.w.) Jest to wykroczenie formalne, do zaistnienia którego nie jest wymagane nastąpienie jakiegokolwiek skutku. Sankcją jest wyłącznie kara grzywny w rozmiarze od 20 do 5000 złotych.

Drugim wykroczeniem zawartym w Prawie ochrony środowiska, bezpośrednio związanym z procesem budowlanym, jest przepis art. 331, które popełni osoba, która będąc obowiązana na podstawie art. 76 ust. 4, nie informuje wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska o planowanym terminie oddania do użytkowania obiektu budowlanego, zespołu obiektów lub instalacji albo o terminie zakończenia rozruchu instalacji. Przepis ten chroni porządek w zakresie przekazywania wojewódzkiemu inspektorowi ochrony środowiska informacji o planowanym terminie oddania do użytkowania obiektu budowlanego lub instalacji, a także zakończeniu rozruchu instalacji. Powołany art. 75 ust. 4 Prawa ochrony środowiska nakazuje, aby na 30 dni przed terminem oddania do użytkowania nowo zbudowanego bądź przebudowanego obiektu budowlanego, zespołu obiektów lub instalacji realizowanych, jako przedsięwzięcie mogące znacząco oddziaływać na środowisko w rozumieniu ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko, inwestor poinformował wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska o planowanym terminie:

- oddania do użytkowania nowo zbudowanego lub przebudowanego obiektu budowlanego, zespołu obiektów lub instalacji,
- zakończenia rozruchu instalacji, jeżeli jest on przewidywany.

Użyte w tym przepisie określenie „instalacja” tłumaczyć należy, jako stacjonarne urządzenie techniczne lub zespół stacjonarnych urządzeń technicznych powiązanych technologicznie, do których tytułem prawnym dysponuje ten sam podmiot i położonych na terenie jednego zakładu albo budowie niebędące urządzeniami technicznymi ani ich zespołami, których eksploatacja może spowodować emisję (art. 3 pkt 6 Prawa ochrony środowiska). Zachowanie sprawcy omawianego wykroczenia będzie polegało na niepoinformowaniu, czyli na zaniechaniu udzielenia wymaganych informacji wojewódzkiemu inspektorowi ochrony środowiska w ciągu 30 dni przed terminem oddania do użytkowania obiektów budowlanych, zespołu obiektów, instalacji albo zakończenia rozruchu instalacji.

Czas ten ma umożliwić (ewentualnie) podjęcie działań kontrolnych wspomnianych obiektów lub instalacji, gdyż należą one do kategorii mogących znacząco oddziaływać na środowisko. Udzielenie informacji w terminie wcześniejszym niż 30 dni nie stanowi naruszenia art. 76 ust. 4 Prawa ochrony środowiska. Podmiotem omawianego wykroczenia może być wyłącznie inwestor będący osobą fizyczną. Jest to wykroczenie bezskutkowe (formalne), które można popełnić umyślnie, a także nieumyślnie. Grozi za nie grzywna w wysokości do 5000 złotych.

Ostatnim czynem, określonym w Prawie ochrony środowiska, który ma bezpośredni związek w procesem budowlanym jest wykroczenie z art. 360 pkt 2. Popełni je ten, kto nie wykonuje decyzji o wstrzymaniu oddania do użytkowania lub zakazu użytkowania obiektu budowlanego, zespołu obiektów, instalacji lub urządzenia, wydanej na podstawie art. 365, art. 367 lub art. 368 Prawa ochrony środowiska. Przedmiotem ochrony art. 360 Prawa ochrony środowiska jest zapewnienie wykonania obowiązków nałożonych przez organ ochrony środowiska w decyzji administracyjnej¹¹. Powołane w tym przepisie normy administracyjne (tj. art. 365, art. 367 i art. 368 Prawa ochrony środowiska) stanowią podstawę prawną decyzji o:

- obligatoryjnym wstrzymaniu przez wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska oddania do użytkowania nowo zbudowanego lub przebudowanego obiektu budowlanego, zespołu obiektów lub instalacji związanych z przedsięwzięciem zaliczonym do przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko (art. 365 Prawa ochrony środowiska),
- fakultatywnym wstrzymaniu przez wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska użytkowania instalacji (art. 367 Prawa ochrony środowiska),
- fakultatywnym wstrzymaniu przez wójta, burmistrza lub prezydenta miasta użytkowania instalacji, z której emisja nie wymaga pozwolenia, prowadzonej przez osobę fizyczną w ramach zwykłego korzystania ze środowiska (art. 368 Prawa ochrony środowiska).

Jak już wspomniano wcześniej, sprawca wykroczenia narusza obowiązki nałożone przez organ administracji państwowej lub samorządowej w wydanej wcześniej decyzji administracyjnej. Są to obowiązki mające istotne znaczenie dla ochrony środowiska. Zachowanie sprawcy będzie polegało na zaniechaniu. Podmiotem wykroczenia może być adresat (wyłącznie osoba fizyczna) decyzji administracyjnej nakładającej na niego określone obowiązki. Jest to wykroczenie formalne, zagrożone alternatywnie określoną karą aresztu w rozmiarze od 5 do 30 dni (art. 19

¹¹ B. Rakoczy, Prawo ochrony..., Lexis Nexis 2013/el (dostęp dnia 2 maja 2021 r.).

k.w.), karą ograniczenia wolności w rozmiarze jednego miesiąca (art. 20 k.w.) lub grzywny od 20 do 5000 złotych (art. 24 k.w.).

Prawo geodezyjne i kartograficzne

Ustawa z dnia 17 marca 1989 r. – Prawo geodezyjne i kartograficzne¹² reguluje m.in. sprawy: krajowego systemu informacji o terenie, wykonywania prac geodezyjnych i kartograficznych, ewidencji gruntów i budynków, zintegrowanego systemu informacji o nieruchomościach, geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu oraz koordynacji sytuowania tych sieci, państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego, a także ewidencji miejscowości, ulic i adresów. Niewątpliwie regulacje zawarte w tym akcie prawnym mają niezwykle ważne znaczenie w procesie budowlanym np. w zakresie geodezyjnego wytyczenia obiektu. Wśród szeregu przepisów zawartych we wspomnianym akcie prawnym znajdują się dwa przepisy karne określające wykroczenia, tzn. art. 48 ust. 1 pkt 2 i pkt 5 Prawa geodezyjnego i kartograficznego. W obu przypadkach sankcją jest kara grzywny w rozmiarze od 20 do 5000 złotych.

Pierwszy z tych przepisów (art. 48 ust. 1 pkt 2) stanowi, że czyn ten popełni osoba, która wbrew przepisom art. 13 ust. 1 pkt 1 ustawy, utrudnia lub uniemożliwia osobie wykonującej prace geodezyjne i kartograficzne wejście na grunt lub do obiektu budowlanego i dokonanie niezbędnych czynności związanych z wykonywaną pracą. Powołany przepis art. 13 ust. 1 pkt 1 Prawa geodezyjnego i kartograficznego przyznaje osobom wykonującym prace geodezyjne i kartograficzne prawo wstępu na grunt i do obiektów budowlanych oraz dokonywania niezbędnych czynności związanych z wykonywanymi pracami. Jednocześnie przepis art. 14 omawianej ustawy zobowiązuje właściciela lub inną osobę władającą nieruchomością do umożliwienia wykonawcom prac geodezyjnych lub prac kartograficznych wykonania tych prac. Wyjaśnić należy, że zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 2 pkt 1 Prawa geodezyjnego i kartograficznego, pojęcie „prace geodezyjne” oznacza:

- projektowanie i wykonywanie pomiarów: geodezyjnych, grawimetrycznych, magnetycznych oraz astronomicznych, w związku z: realizacją zadań określonych w ustawie, opracowaniem dokumentacji geodezyjnej dotyczącej nieruchomości na potrzeby postępowań administracyjnych lub sądowych oraz czynności cywilnoprawnych, wy-

¹² Tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 2057.

konywaniem opracowań geodezyjno-kartograficznych oraz czynności geodezyjnych na potrzeby budownictwa,

- projektowanie i wykonywanie zobrażeń lotniczych oraz zobrażeń satelitarnych w związku z realizacją zadań określonych w ustawie lub na potrzeby pomiarów i opracowań, o których mowa w pkt 1,
- obliczanie lub przetwarzanie wyników pomiarów, opracowań i zobrażeń, o których mowa w pkt 1 i 2,
- tworzenie określonych w ustawie zbiorów danych, ortofotomapy oraz dokumentacji geodezyjnej na potrzeby postępowań administracyjnych, postępowań sądowych oraz czynności cywilnoprawnych związanych z nieruchomościami, a także wykonywanie opracowań geodezyjno-kartograficznych na potrzeby budownictwa.

Z kolei pod pojęciem „prace kartograficzne” należy rozumieć wykonywanie map topograficznych, map ogólnogeograficznych oraz kartograficznych opracowań tematycznych i specjalnych (art. 2 pkt 2 Prawa geodezyjnego i kartograficznego). W ustawie tej wyjaśniono również znaczenie określenia „czynności geodezyjne na potrzeby budownictwa”, które stanowią wykonywanie geodezyjnych pomiarów sytuacyjnych i wysokościowych podczas projektowania, budowy, utrzymania i rozbioru obiektów budowlanych, w szczególności związanych z opracowaniem mapy do celów projektowych, wytyczeniem obiektów budowlanych w terenie, geodezyjną inwentaryzacją powykonawczą obiektów budowlanych, geodezyjną obsługą budowy i montażu obiektów budowlanych oraz pomiarami przemieszczeń i odkształceń obiektów budowlanych, skutkujących sporządzeniem dokumentacji geodezyjnej (art. 2 pkt 2a Prawa geodezyjnego i kartograficznego).

Przedmiotem ochrony art. 48 ust. 1 pkt 2 Prawa geodezyjnego i kartograficznego jest porządek w prowadzeniu prac geodezyjnych i kartograficznych¹³. Znamień czasownikowe „utrudniać” oznacza stwarzanie komuś przeszkód w realizacji czegoś, sprawianie, że coś staje się trudniejsze do wykonania, przeszkadzanie, zahamowanie, skomplikowanie¹⁴. Z kolei znamień „uniemożliwiać” to nic innego jak sprawiać, że czegoś nie można zrobić lub osiągnąć, udaremnić, zniweczyć¹⁵. Zachowanie sprawcy omawianego wykroczenia może mieć postać zarówno utrudniania, jak i uniemożliwiania osobie wejścia na grunt lub do obiektu budowlanego,

¹³ W. Kotowski, B. Kurzępa, Wykroczenia pozakodeksowe. Komentarz, wyd. 2, Warszawa 2008, s. 444.

¹⁴ H. Zgórkowa (red.), Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny. Tom 44. Poznań 2003, s. 356.

¹⁵ Tamże, s. 157.

ale tylko wtedy, gdy dokonuje ona niezbędnych czynności związanych z pracami geodezyjnymi i kartograficznymi. Podmiotem wykroczenia może być właściciel lub inna osoba władająca gruntem lub obiektem budowlanym, ale również każda inna niemająca tytułu prawnego do nieruchomości (wykroczenie powszechne)¹⁶. Jest to wykroczenie formalne, które można popełnić umyślnie i nieumyślnie (art. 5 k.w.), przez działanie lub zaniechanie.

Drugie z wykroczeń zawarte jest w art. 48 ust. 1 pkt 5 Prawa geodezyjnego i kartograficznego. Popełni je ten, kto wbrew przepisom art. 22 ust. 2 ustawy, będąc obowiązany do zgłoszenia zmian danych objętych ewidencją gruntów i budynków, nie zgłosi ich do właściwego organu w ciągu 30 dni od dnia powstania zmian. Powołany art. 22 ust. 2 stanowi, że podmioty, o których mowa w art. 20 ust. 2 pkt 1, są obowiązane zgłosić właściwemu staroście zmiany danych objętych ewidencją gruntów i budynków, w terminie 30 dni, licząc od dnia powstania tych zmian. Obowiązek ten nie dotyczy zmian danych objętych ewidencją gruntów i budynków, wynikających z aktów normatywnych, prawomocnych orzeczeń sądowych, decyzji administracyjnych, aktów notarialnych, materiałów zasobu, wpisów w innych rejestrach publicznych oraz dokumentacji architektoniczno-budowlanej przechowywanej przez organy administracji architektoniczno-budowlanej. Z kolei w art. 20 ust. 2 pkt 1 Prawa geodezyjnego i kartograficznego mowa jest o właścicielach nieruchomości, których wykazuje się w ewidencji gruntów i budynków. Ponadto w podanych niżej przypadkach:

- nieruchomości Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego – oprócz właścicieli wykazuje się także inne podmioty, w których władaniu lub gospodarowaniu, w rozumieniu przepisów o gospodarowaniu nieruchomościami Skarbu Państwa, znajdują się te nieruchomości,
- gruntów, dla których ze względu na brak księgi wieczystej, zbioru dokumentów albo innych dokumentów nie można ustalić ich właścicieli – wykazuje się osoby lub inne podmioty, które władają tymi gruntami na zasadach samoistnego posiadania.

Z powyższego wynika, że obowiązek zgłoszenia zmian spoczywa na właścicielu nieruchomości, osobie władającej nieruchomością Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego oraz osobie władającej – na zasadach samoistnego posiadania – gruntami niemającymi księgi wieczystej lub innych dokumentów. Zatem wykroczenie z art. 48 ust. 1

¹⁶ A. Gryszczyńska, (w:) M. Durzyńska, A. Gryszczyńska, I. Kamińska, K. Mączewski, W. Radzio, G. Szpor, Prawo geodezyjne i kartograficzne. Komentarz, Lexis Nexis 2013/el (dostęp 4 maja 2021 r.).

pkt 5 Prawa geodezyjnego i kartograficznego mogą popełnić tylko wymienione osoby (wykroczenie indywidualne). Można je popełnić umyślnie lub nieumyślnie, przez zaniechanie. Jest to wykroczenie formalne. Przedmiotem ochrony tego przepisu jest aktualność rejestru publicznego, jakim jest ewidencja gruntów i budynków.

Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami

W ustawie z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami¹⁷ znajduje się cały rozdział 11 (art. 108–120) dotyczący wyłącznie przestępstw i wykroczeń. Ustawa ta określa przedmiot, zakres i formy ochrony zabytków oraz opieki nad nimi, zasady tworzenia krajowego programu ochrony zabytków i opieki nad zabytkami oraz finansowania prac konserwatorskich, restauratorskich i robót budowlanych przy zabytkach, a także organizację organów ochrony zabytków. Definiuje też pojęcie zabytku, jako nieruchomości lub rzeczy ruchomej, ich części lub zespołu, będącej dziełem człowieka albo związane z jego działalnością i stanowiące świadectwo minionej epoki, bądź zdarzenia, których zachowanie leży w interesie społecznym ze względu na posiadaną wartość historyczną, artystyczną lub naukową (art. 3 pkt 1 ustawy). Z kolei ochrona zabytków polega – w szczególności – na podejmowaniu przez organy administracji publicznej działań mających na celu: zapewnienie warunków prawnych, organizacyjnych i finansowych umożliwiających trwałe zachowanie zabytków oraz ich zagospodarowanie i utrzymanie, zapobieganie zagrożeniom mogącym spowodować uszczerbek dla wartości zabytków, udaremnianie niszczenia i niewłaściwego korzystania z zabytków, przeciwdziałanie kradzieży, zaginięciu lub nielegalnemu wywozowi zabytków za granicę, kontrolę stanu zachowania i przeznaczenia zabytków oraz uwzględnianie zadań ochronnych w planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym oraz przy kształtowaniu środowiska (art. 4 ustawy).

Wśród kilkunastu czynów stanowiących przestępstwo lub wykroczenie we wspomnianej ustawie, kilka ma bezpośredni związek z pracami budowlanymi, a konkretnie chodzi o wykroczenia z art. 115, art. 117 i art. 118 ustawy.

Pierwszy z wymienionych (art. 115 ust. 1) stanowi, że kto niezwłocznie nie powiadomił wojewódzkiego konserwatora zabytków lub wójta (burmistrza, prezydenta miasta) albo dyrektora urzędu morskiego, o odkryciu w trakcie prowadzenia robót budowlanych lub ziemnych przedmio-

¹⁷ Tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 710.

tu, co do którego istnieje przypuszczenie, iż jest on zabytkiem, a także nie wstrzymał wszelkich robót mogących uszkodzić lub zniszczyć znaleziony przedmiot i nie zabezpieczył, przy użyciu dostępnych środków, tego przedmiotu i miejsca jego znalezienia, podlega karze grzywny. Przedmiotem ochrony art. 115 ust. 1 ustawy jest bezpieczeństwo zabytków i ich ochrona przed zniszczeniem lub uszkodzeniem w czasie prowadzenia robót budowlanych lub ziemnych. Zachowanie sprawcy może mieć trojaką postać:

- niepowiadomienia właściwego organu o odkryciu przedmiotu, co do którego istnieje przypuszczenie, iż jest on zabytkiem,
- niewstrzymania robót mogących uszkodzić lub zniszczyć tego rodzaju przedmiot,
- niezabezpieczenia przedmiotu i miejsca jego znalezienia.

Dla zaistnienia wykroczenia wystarczy, że sprawca wypełni znamiona chociażby jednego z opisanych wyżej sposobów zachowania. Sposób zachowania się w sytuacjach opisanych w omawianym przepisie określa art. 32 ust. 1 ustawy. Ponadto warunkiem jego popełnienia jest zwłoka w powiadomieniu. Przepis wymaga, aby powiadomienie nastąpiło niezwłocznie, tzn. bez zbędnej zwłoki. Dla bytu wykroczenia jest bez znaczenia, czy odkryty przedmiot ostatecznie okaże się zabytkiem czy też nie, gdyż przepis mówi o „istnieniu przypuszczenia”, a więc nawet nie o uzasadnionym przypuszczeniu. Wojewódzki konserwator zabytków jest obowiązany w ciągu pięciu dni od dnia przyjęcia zawiadomienia dokonać oględzin odkrytego przedmiotu. Jeśli tego w tym czasie nie uczyni, roboty budowlane mogą być kontynuowane¹⁸. Odkryciem będzie ujawnienie przedmiotu (obiektu) w jakikolwiek sposób, przy czym musi to nastąpić w trakcie robót budowlanych albo ziemnych. Wstrzymanie robót – jak trafnie zauważył M. Kulik – nie obejmuje przerywania wszelkich robót, lecz tylko tych, które mogą zniszczyć lub uszkodzić znaleziony przedmiot¹⁹. Nie ma też znaczenia, czy uszkodzenie lub zniszczenie faktycznie nastąpiło. W takim przypadku chodzi o zaniechanie tego rodzaju prac, mogących potencjalnie spowodować taki skutek. Wykroczenie można popełnić umyślnie lub nieumyślnie, przez zaniechanie. Ma ono charakter formalny. Sprawcą może być osoba prowadząca roboty budowlane lub ziemne, ale także inwestor pod warunkiem, że wiedział o odkryciu. Sankcją za popełnienie wykroczenia z art. 115 ustawy jest kara grzywny w rozmiarze od 20 do 5000 złotych. Ponadto sąd może orzec środek

¹⁸ W. Kotowski, B. Kurzępa, *Wykroczenia pozakodeksowe...*, s. 844.

¹⁹ M. Kulik, *Komentarz do przepisów karnych ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Komentarz do art. 115, Lex/el. 2010 (dostęp dnia 7 maja 2021 r.)*.

karny w postaci nawiązki do wysokości dwudziestokrotnego minimalnego wynagrodzenia na wskazany cel społeczny związany z opieką nad zabytkami. Jeżeli następstwem niewykonania obowiązków opisanych w art. 115 ustawy będzie zniszczenie lub uszkodzenie zabytku, wtedy zachowanie takie może być zakwalifikowane, jako przestępstwo z art. 108 ust. 1 lub 2 ustawy (występek umyślny bądź nieumyślny), albo – jeśli ma wartość majątkową – z art. 288 § 1 k.k. W takim przypadku art. 108 ust. 1 lub 2 ustawy, bądź też art. 288 § 1 k.k. skonsumują wykroczenie z art. 115 ust. 1 ustawy.

Drugim wykroczeniem stypizowanym w omawianej ustawie, a dotyczącym procesu budowlanego, jest czyn z art. 117 pkt 2, który popełni osoba, która bez pozwolenia albo wbrew warunkom pozwolenia prowadzi prace konserwatorskie, restauratorskie, roboty budowlane, badania konserwatorskie lub architektoniczne przy zabytku wpisanym do rejestru lub roboty budowlane w jego otoczeniu albo badania archeologiczne. Przedmiotem ochrony jest przede wszystkim prawidłowość i zgodność z przepisami prac konserwatorskich, restauratorskich, robót budowlanych, badań konserwatorskich, badań architektonicznych i archeologicznych, ale także prawidłowość funkcjonowania organów ochrony zabytków²⁰. Zachowanie sprawcy może mieć dwojaką postać: prowadzenia wymienionych prac bez zezwolenia lub prowadzenia tych prac wbrew warunkom posiadanego zezwolenia. Termin „prace konserwatorskie” oznacza w kontekście omawianego przepisu działania mające na celu zabezpieczenie i utrwalenie substancji zabytku, zahamowanie procesów jego destrukcji oraz dokumentowanie tych działań (art. 3 pkt 6 ustawy). Pracami restauratorskimi są działania mające na celu wyeksponowanie wartości artystycznych i estetycznych zabytku, w tym, jeżeli istnieje taka potrzeba, uzupełnienie lub odtworzenie jego części, oraz dokumentowanie tych działań (art. 3 pkt 7 ustawy). Badania konserwatorskie to działania mające na celu rozpoznanie historii i funkcji zabytku, ustalenie użytych do jego wykonania materiałów i zastosowanych technologii, określenie stanu zachowania tego zabytku oraz opracowanie diagnozy, projektu i programu prac konserwatorskich, a jeżeli istnieje taka potrzeba, również programu prac restauratorskich (art. 3 pkt 9 ustawy). Termin „badania architektoniczne” rozumieć należy, jako działania ingerujące w substancję zabytku, mające na celu rozpoznanie i udokumentowanie pierwotnej formy obiektu budowlanego oraz ustalenie zakresu jego kolejnych przekształceń (art. 3 pkt 10 ustawy). Natomiast badaniami archeo-

²⁰ M. Kulik, *op. cit.* Komentarz do art. 117 (dostęp dnia 14 maja 2021 r.).

logicznymi są działania mające na celu odkrycie, rozpoznanie, udokumentowanie i zabezpieczenie zabytku archeologicznego (art. 3 pkt 11 ustawy). Wyjaśnienie pojęcia „roboty budowlane” znajduje się w art. 3 pkt 7 Prawa budowlanego, który stanowi, że należy przez to rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Aby móc legalnie prowadzić wymienione prace lub badania, należy posiadać pozwolenie wojewódzkiego konserwatora zabytków (art. 36 ust. 1 ustawy), bądź pozwolenie dyrektora urzędu morskiego wydane w uzgodnieniu z wojewódzkim konserwatorem zabytków – w odniesieniu do prac bądź badań prowadzonych na polskich obszarach morskich (art. 36 ust. 2 ustawy). Pamiętać należy, że wykroczenie z art. 115 pkt 2 ustawy może być popełnione również w razie podjęcia wymienionych prac lub badań w otoczeniu zabytku. Otoczeniem jest teren wokół lub przy zabytku wyznaczony w decyzji o wpisie tego terenu do rejestru zabytków w celu ochrony wartości widokowych zabytku oraz jego ochrony przed szkodliwym oddziaływaniem czynników zewnętrznych (art. 3 pkt 15 ustawy). Jest to wykroczenie formalne, możliwe do popełnienia przez działanie, powszechne, tzn. takie, które może popełnić każda osoba zdolna do ponoszenia odpowiedzialności za wykroczenie. Można je popełnić zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie. Sprawcy grozi kara grzywny w rozmiarze od 20 do 5000 złotych.

Ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków

Ustawa z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków²¹ określa zasady i warunki zbiorowego zaopatrzenia w wodę przeznaczoną do spożycia przez ludzi oraz zbiorowego odprowadzania ścieków, a także:

- zasady działalności przedsiębiorstw wodociągowo-kanalizacyjnych, tworzenia warunków do zapewnienia ciągłości dostaw i odpowiedniej jakości wody oraz niezawodnego odprowadzania i oczyszczania ścieków, ochrony interesów odbiorców usług, z uwzględnieniem wymagań ochrony środowiska i optymalizacji kosztów,
- wymagania dotyczące jakości wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi,
- tryb zatwierdzania taryf oraz organ regulacyjny i jego zadania.

²¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 2028.

Wśród wielu przepisów administracyjnych znajduje się art. 28, w którym określone zostały przestępstwa (ust. 4 i 4a) i wykroczenia (ust. 1 i 2). Z budownictwem bezpośredni związek ma wykroczenie z art. 28 ust. 2 pkt 2 ustawy, który stanowi, że karze grzywny do 5000 złotych podlega ten, kto nie dopuszcza przedstawiciela przedsiębiorstwa wodociągowo – kanalizacyjnego do wykonania czynności określonych w art. 7 tej ustawy. Powołany przepis sankcjonowany (tj. art. 7) upoważnia osoby reprezentujące przedsiębiorstwo wodociągowo–kanalizacyjne, po okazaniu legitymacji służbowej i pisemnego upoważnienia, do wstępu na teren nieruchomości lub do obiektu budowlanego należących do osób, których nieruchomość została przyłączona do sieci i posiadają tytuł prawny do korzystania z nieruchomości lub obiektu budowlanego. Osoba reprezentująca przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne jest uprawniona do:

- zainstalowania lub demontażu wodomierza głównego,
- przeprowadzenia kontroli urządzenia pomiarowego, wodomierza głównego lub wodomierzy zainstalowanych przy punktach czerpalnych i dokonania odczytu ich wskazań oraz dokonania badań i pomiarów,
- przeprowadzenia przeglądów i napraw urządzeń posiadanych przez to przedsiębiorstwo,
- sprawdzenia ilości i jakości ścieków wprowadzanych do sieci,
- odcięcia przyłącza wodociągowego lub przyłącza kanalizacyjnego lub założenia plomb na zamkniętych zaworach odcinających dostarczanie wody do lokalu,
- usunięcia awarii przyłącza wodociągowego lub przyłącza kanalizacyjnego, jeżeli umowa, o której mowa w art. 6 ust. 1, tak stanowi.

Przedmiotem ochrony art. 28 ust. 2 pkt 2 ustawy jest swoboda wykonywania czynności przez przedstawicieli przedsiębiorstwa wodociągowo – kanalizacyjnego. Mówiąc o „przedstawicielu” trzeba mieć na myśli osobę, która niezależnie od stosunku prawnego łączącego ją z przedsiębiorstwem (umowa o pracę lub umowa cywilnoprawna), działa w jego imieniu, przedstawiając legitymację i jego upoważnienie²². Niedopuszczeniem będzie udaremnienie wykonania czynności przedstawicielowi. Pojęcie „obiekt budowlany” wyjaśnione zostało w art. 3 pkt 1 Prawa budowlanego i oznacza budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie

²² R. Wojciech, Ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków. Komentarz, Lex/el. Komentarz do art. 28, Warszawa 2021 (dostęp dnia 15 maja 2021 r.).

z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych. Wykroczenie ma charakter materialny, gdyż jego skutkiem jest niewykonanie przez przedstawiciela czynności, do których był upoważniony z mocy art. 7 ustawy. Można je popełnić zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie. Sprawcą może być każda osoba, gdyż ustawa nie wymaga posiadania jakiś szczególnych cech.

Ustawa o wyrobach budowlanych

Kolejnym aktem prawnym związanym bezpośrednio z procesem budowlanym jest ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych²³. Określa ona zasady wprowadzania do obrotu lub udostępniania na rynku krajowym wyrobów budowlanych, zasady kontroli wyrobów budowlanych wprowadzonych do obrotu lub udostępnianych na rynku oraz właściwość organów w zakresie wykonywania zadań administracyjnych i obowiązków wynikających z rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady 89/106/EWG²⁴. Z definicji zawartej w art. 2 pkt 1 rozporządzenia nr 305/2011 wynika, że termin „wyrób budowlany” oznacza każdy wyrób lub zestaw wyprodukowany i wprowadzony do obrotu w celu trwałego wbudowania w obiektach budowlanych lub ich częściach, którego właściwości wpływają na właściwości użytkowe obiektów budowlanych w stosunku do podstawowych wymagań dotyczących obiektów budowlanych.

Ustawa zawiera jeden przepis karny. Jest nim art. 35, określający wykroczenie. Popełni je osoba, która utrudnia lub udaremnia wykonywanie czynności kontrolnych właściwego organu lub pobieranie próbek wyrobów budowlanych przez ten organ. Sankcją jest kara grzywny od 20 do 5000 złotych. Przedmiotem ochrony tego przepisu jest prawidłowość działania organów w zakresie kontroli wyrobów budowlanych wprowadzonych do obrotu. Zachowanie sprawcy może mieć dwojaką postać:

- utrudniania wykonywania czynności kontrolnych właściwego organu lub pobieranie próbek,
- udaremniania wykonywania czynności kontrolnych właściwego organu lub pobieranie próbek.

²³ Tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 215.

²⁴ Dz. Urz. UE L 88 z dnia 4 kwietnia 2011 r., s. 5.

Dla bytu wykroczenia wystarczy, że sprawca zrealizuje znamiona chociażby jednego z dwóch możliwych sposobów zachowania się. Znamię czasownikowe „utrudnia” należy rozumieć, jako zachowanie polegające na stwarzaniu trudności kontrolującemu, przeszkadzaniu, powodowaniu przewlekłości w czynnościach kontrolnych. Z kolei „udaremnianie” to sprawianie, że czegoś nie można zrobić, osiągnąć, uniemożliwianie, przeszkadzanie, niweczenie²⁵. Według definicji zawartej w art. 2 pkt 8 ustawy, właściwym organem są organy nadzoru budowlanego, stosownie do ich właściwości, określonej w jej art. 11, art. 13 i art. 14. Z przepisów tych wynika, że są nimi dwa organy, a mianowicie wojewódzki inspektor nadzoru budowlanego oraz Główny Inspektor Nadzoru Budowlanego. Kontrolujący wyznaczony i upoważniony przez którykolwiek z tych organów ma prawo wstępu na teren budowy, teren obiektów i do pomieszczeń, w których znajdują się wyroby budowlane i dokumenty objęte zakresem kontroli. Może pobierać nieodpłatnie próbki wyrobu budowlanego u sprzedawcy oraz ze składowanych na terenie budowy, jeżeli budowa jest prowadzona w ramach działalności gospodarczej inwestora lub obiekt budowlany jest wznoszony w celu wprowadzenia go do obrotu, a także budowy prowadzonej z wykorzystaniem środków publicznych oraz zlecać ich badanie. W kontroli prowadzonej przez właściwy organ, a dotyczącej wyrobów budowlanych objętych normą zharmonizowaną lub zgodny z wydaną dla niego europejską oceną techniczną, może uczestniczyć pracownik Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, upoważniony przez niego, za zgodą organu prowadzącego kontrolę, lub przedstawiciel właściwego organu państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym oraz Turcji, do czynności którego stosuje się przepisy niniejszego rozdziału dotyczące osoby kontrolującej (art. 16 ustawy). Tego rodzaju kontrole przeprowadza się w siedzibie kontrolowanego lub w miejscu wykonywania jego działalności, w czasie jej wykonywania oraz w obecności kontrolowanego lub osoby przez niego upoważnionej. Czynności kontrolne są prowadzone po okazaniu kontrolowanemu albo osobie przez niego upoważnionej legitymacji służbowej oraz doręczeniu upoważnienia do przeprowadzenia kontroli. Przedmiotem kontroli może być wyrób budowlany, prawidłowości jego oznakowania, oceny i weryfikacje stałości właściwości użytkowych oraz jego zamierzonego zastosowania. Kontrolę prowadzi co najmniej dwie osoby. Kontrolowany powinien być pouczony

²⁵ W. Kotowski, B. Kurzępa, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, Warszawa 2006, s. 326.

przez kontrolujących o skutkach nieudostępnienia żądanych dowodów lub informacji albo udostępnienia dowodów lub informacji nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd (art. 17 ustawy). W myśl art. 18 ust. 6 ustawy kontrolowany jest obowiązany umożliwić kontrolującemu dokonanie czynności kontrolnych, a także potwierdzić zgodność kopii dokumentów z oryginałami. Kontrolujący jest uprawniony, za okazaniem legitymacji służbowej, do wstępu na teren jednostki kontrolowanej, poruszania się po nim oraz po znajdujących się tam obiektach i pomieszczeniach (art. 20 ust. 1 ustawy). Właściwy organ może też (na podstawie wydanego przez siebie postanowienia) dokonać zabezpieczenia dowodów na czas niezbędny do realizacji zadań kontroli. Zabezpieczeniu podlegają w szczególności dokumenty, informacje oraz wyroby budowlane, jeżeli stanowią lub mogą stanowić dowód nieprawidłowości stwierdzonych w toku kontroli (art. 22 ust. 1 i 2 ustawy). W związku z wykonywaniem czynności kontrolnych kontrolujący korzysta z ochrony przewidzianej w kodeksie karnym dla funkcjonariuszy publicznych (art. 23 ust. 1 ustawy). Powodowanie trudności w wykonywaniu wymienionych czynności kontrolnych lub ich udaremnianie pociąga za sobą odpowiedzialność za wykroczenie z art. 35 ustawy²⁶. Jest to wykroczenie formalne, które można popełnić przez działanie lub zaniechanie, zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie. Jego sprawcą może być każda osoba, która spełnia kryteria odpowiedzialności za wykroczenia. Wykroczenie zagrożone jest karą grzywny od 20 do 5000 złotych. W sytuacji, gdy utrudnianie lub udaremnianie wykonywania czynności kontrolnych, bądź też pobierania próbek wyrobów budowlanych przybierze formę naruszenia nietykalności cieleśnej kontrolującego, to sprawca dopuści się nie tylko wykroczenia określonego w art. 35 ustawy, ale również przestępstwa stypizowanego w art. 222 § 1 k.k. Podobnie dzieje się w przypadku znieważenia kontrolującego podczas wykonywania przez niego czynności służbowych. Mamy wówczas do czynienia z przestępstwem określonym w art. 226 § 1 k.k. i wykroczeniem, o którym mowa jest w art. 35 ustawy. W takiej sytuacji sąd orzeka karę za przestępstwo i za wykroczenie, z tym zastrzeżeniem, że jeśli orzeczono za przestępstwo i za wykroczenie środek karny tego samego rodzaju, to wówczas wykonuje się surowszą karę lub środek karny (art. 10 § 1 k.w.)²⁷.

²⁶ B. Kurzępa, *Ustawa o wyrobach budowlanych. Objasnienia i komentarze*, Warszawa 2008, s. 222–223.

²⁷ B. Kurzępa, *op. cit.*, s. 224.

Ustawa o wspieraniu termomodernizacji i remontów oraz o centralnej ewidencji emisyjności budynków

Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o wspieraniu termomodernizacji i remontów oraz o centralnej ewidencji emisyjności budynków²⁸ określa zasady finansowania ze środków Funduszu Termomodernizacji i Remontów części kosztów przedsięwzięć termomodernizacyjnych i remontowych oraz przedsięwzięć niskoemisyjnych oraz funkcjonowania centralnej ewidencji emisyjności budynków. Pojęcie „przedsięwzięcia termomodernizacyjne” wyjaśnione zostało w art. 2 pkt 2 ustawy i oznacza ono przedsięwzięcia, których przedmiotem jest:

- ulepszenie, w wyniku którego następuje zmniejszenie zapotrzebowania na energię dostarczaną na potrzeby ogrzewania i podgrzewania wody użytkowej oraz ogrzewania do budynków mieszkalnych, budynków zbiorowego zamieszkania oraz budynków stanowiących własność jednostek samorządu terytorialnego służących do wykonywania przez nie zadań publicznych,
- ulepszenie, w wyniku którego następuje zmniejszenie strat energii pierwotnej w lokalnych sieciach ciepłowniczych oraz zasilających je lokalnych źródłach ciepła, jeżeli budynki wymienione w lit. a, do których dostarczana jest z tych sieci energia, spełniają wymagania w zakresie oszczędności energii, określone w przepisach prawa budowlanego, lub zostały podjęte działania mające na celu zmniejszenie zużycia energii dostarczanej do tych budynków,
- wykonanie przyłącza technicznego do scentralizowanego źródła ciepła, w związku z likwidacją lokalnego źródła ciepła, w wyniku czego następuje zmniejszenie kosztów pozyskania ciepła dostarczanego do budynków wymienionych w pkt 1,
- całkowita lub częściowa zamiana źródeł energii na źródła odnawialne lub zastosowanie wysokosprawnej kogeneracji.

Na podstawie art. 1 pkt 15 ustawy z dnia 28 października 2020 r. o zmianie ustawy o wspieraniu termomodernizacji i remontów oraz niektórych innych ustaw²⁹, do dotychczasowego brzmienia ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. dodany został nowy przepis, określający wykroczenie. Jest to art. 27h ust. 1, który stanowi, że kto, wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi, nie składa w terminie deklaracji, podlega karze grzyw-

²⁸ Tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 554.

²⁹ Dz. U. z 2020 r., poz. 2127. Zmiany wprowadzone tą ustawą obowiązują od dnia 1 stycznia 2021 r.

ny. Przepis ten chroni porządek w zakresie składania wymaganych deklaracji o źródłach ciepła lub źródłach spalania paliw. Obowiązek składania tego rodzaju deklaracji wynika z treści art. 27g ust. 1 ustawy. Nakazuje on właścicielowi lub zarządcy budynku lub lokalu składanie do wójta, burmistrza lub prezydenta miasta deklaracji o źródłach ciepła lub źródłach spalania paliw, w terminie 14 dni od dnia pierwszego uruchomienia tego źródła. Deklarację składa się w postaci elektronicznej lub pisemnej. W jej treści powinny znaleźć się następujące elementy: imię i nazwisko albo nazwa właściciela lub zarządcy budynku bądź lokalu oraz adres miejsca zamieszkania lub siedziby, adres nieruchomości, w obrębie której eksploatowane jest źródło ciepła lub źródło spalania paliw, numer telefonu oraz adres poczty elektronicznej właściciela lub zarządcy budynku albo lokalu, informacje o liczbie i rodzaju eksploatowanych w obrębie nieruchomości źródeł ciepła lub źródeł spalania paliw oraz o ich przeznaczeniu i wykorzystywanych w nich paliwach.

Wykroczenie z art. 27h ust. 1 ustawy można popełnić przez zaniechanie. Jest to wykroczenie formalne, którego sprawcą może być wyłącznie właściciel lub zarządca budynku bądź lokalu (wykroczenie indywidulane). Można je popełnić zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie. Przepis art. 27h ust. 2 ustawy wyłącza odpowiedzialność sprawcy w sytuacji, gdy co prawda złożył on deklarację po terminie, ale złożenie deklaracji nastąpiło przed dniem, w którym wójt, burmistrz lub prezydent miasta powziął wiadomość o popełnieniu wykroczenia. Karą przewidzianą dla sprawcy omawianego wykroczenia jest grzywna w rozmiarze od 20 do 5000 złotych.

Ustawa o przygotowaniu i realizacji inwestycji w zakresie obiektów energetyki jądrowej oraz inwestycji towarzyszących

Ustawa z dnia 29 czerwca 2011 r. o przygotowaniu i realizacji inwestycji w zakresie obiektów energetyki jądrowej oraz inwestycji towarzyszących³⁰ jest aktem prawnym regulującym zasady i warunki przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie budowy obiektów energetyki jądrowej oraz inwestycji towarzyszących, funkcjonowanie organów właściwych w tych sprawach, a także podział korzyści między gminami z tytułu realizacji inwestycji w zakresie budowy elektrowni jądrowych³¹. Obiektem

³⁰ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 1537.

³¹ Szerzej na ten temat: J. G. Firłus, K. Michalak, Realizacja inwestycji w zakresie budowy obiektu jądrowego w Polsce – wybrane zagadnienia, *Przegląd Prawa Publicznego* 2015, nr 9, s. 97–106.

energetyki jądrowej – w świetle definicji z art. 2 pkt 2 ustawy – jest elektrownia jądrowa lub działająca na potrzeby energetyki jądrowej: zakład wzbogacania izotopowego, zakład wytwarzania paliwa jądrowego, zakład przerobu wypalonego paliwa jądrowego, przechowalnik wypalonego paliwa jądrowego, obiekt do przechowywania odpadów promieniotwórczych, zakład do wydobywania rud uranu i toru ze złóż i do ich wstępnego przetwarzania. Z kolei inwestycja towarzysząca to inwestycja w zakresie budowy lub rozbudowy sieci przesyłowych koniecznych do wyprowadzenia mocy z elektrowni jądrowej lub inną inwestycję niezbędną do wybudowania lub zapewnienia prawidłowej eksploatacji obiektu energetyki jądrowej (art. 2 pkt 1 ustawy)³².

W ustawie znajdują się także, obok norm administracyjnych, przepisy karne określające cztery wykroczenia. Pierwszy z nich (art. 54 ust. 1) stanowi, że kto, będąc do tego zobowiązany nie wykonał ciążącego na nim obowiązku gromadzenia i przechowywania danych, o których mowa w art. 45 ustawy, podlega karze grzywny. Przedmiotem jego ochrony jest porządek w zakresie gromadzenia i przechowywania danych wymienionych w art. 45 ustawy. Konkretnie chodzi o dane pozwalające na identyfikację przedsiębiorcy oraz pracowników zatrudnionych przez niego, mających wykonywać prace lub świadczyć usługi na terenie budowy obiektu energetyki jądrowej. Powinny one być przekazane inwestorowi, na co najmniej 30 dni przed rozpoczęciem wykonywania tych prac lub świadczenia usług. Tego rodzaju dane powinny obejmować: nazwę i adres siedziby albo miejsce zamieszkania przedsiębiorcy, numer w rejestrze przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym, o ile przedsiębiorca taki numer posiada, oraz numer identyfikacji podatkowej (NIP), numer REGON, dane dotyczące członków organów zarządzających oraz udziałowców – w przypadku przedsiębiorców niemających siedziby na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Z kolei dane dotyczące pracownika muszą zawierać następujące informacje: imię, nazwisko oraz datę i miejsce urodzenia, adres miejsca zamieszkania, numer PESEL, a w przypadku pracownika posiadającego obywatelstwo innego państwa, serię i numer paszportu lub w stosunku do obywateli innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, serię i numer innego dokumentu potwierdzającego obywatelstwo i tożsamość.

³² Pojęcie „sieć” wyjaśnione zostało w art. 3 pkt 11 Prawa energetycznego i oznacza instalacje połączone i współpracujące ze sobą, służące do przesyłania lub dystrybucji paliw lub energii, należące do przedsiębiorstwa energetycznego.

Strona przedmiotowa wykroczenia będzie polegała na niewykonaniu obowiązku gromadzenia i przechowywania wspomnianych wyżej danych. Ponieważ w przepisie użyto spójnika „i”, to do zaistnienia wykroczenia dojdzie tylko wówczas, gdy osoba zobowiązana nie tylko nie będzie gromadziła tych danych, ale jednocześnie nie będzie ich przechowywała. Sprawcą tego rodzaju czynu może być wyłącznie przedsiębiorca mający wykonywać prace lub świadczyć usługi na terenie budowy obiektu energetyki jądrowej (wykroczenie indywidualne). Wykroczenie z art. 45 ust. 1 ustawy można popełnić zarówno umyślnie lub nieumyślnie, jedynie przez zaniechanie. Jest to wykroczenie formalne, gdyż do jego zaistnienia nie jest wymagane nastąpienie jakiegokolwiek skutku.

Wykroczenie z art. 54 ust. 2 ustawy popełni osoba, która wbrew ciążącemu na niej obowiązkowi, o którym mowa jest w art. 47 ustawy, umożliwi osobom nieuprawnionym wstęp na teren budowy obiektu energetyki jądrowej. Przepis ten chroni teren budowy obiektu energetyki jądrowej przed osobami nieupoważnionymi. Wymieniony w nim art. 47 ustawy zobowiązuje inwestora do zorganizowania systemu kontroli dostępu na teren budowy obiektu energetyki jądrowej, uniemożliwiającego wstęp na ten teren osobom innym niż te, których dane zostały mu przekazane zgodnie z art. 45 ustawy, osobom upoważnionym na podstawie odrębnych przepisów oraz służby ustawowo powołane do niesienia pomocy. A zatem podmiotem omawianego wykroczenia może być wyłącznie inwestor. Jest to wykroczenie skutkowe, które można popełnić przez zaniechanie, zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie (art. 5 k.w.). Oba wykroczenia z art. 54 ustawy są zagrożone karą grzywny w rozmiarze od 20 do 5000 złotych.

Wykroczenie z art. 55 ustawy popełni ten, kto będąc do tego zobowiązanym, nie wykonał obowiązku przekazania danych, o których mowa jest w art. 45 ust. 2 i 3 ustawy. Przedmiotem ochrony tego przepisu jest porządek w zakresie terminowego przekazywania danych wyszczególnionych w art. 45 ust. 2 i 3 ustawy. Powołany art. 45 ust. 2 mówi o danych obejmujących: nazwę i adres siedziby albo miejsce zamieszkania przedsiębiorcy, numer w rejestrze przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym, o ile przedsiębiorca taki numer posiada, oraz numer identyfikacji podatkowej (NIP), numer REGON (w odniesieniu do członków organów zarządzających oraz udziałowców – w przypadku przedsiębiorców niemających siedziby na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej). Natomiast przepis art. 45 ust. 3 ustawy mówi o danych, dotyczących pracownika i obejmują: imię, nazwisko oraz datę i miejsce urodzenia, adres miejsca zamieszkania, numer PESEL, a w przypadku pracownika posiadającego

obywatelstwo innego państwa, serię i numer paszportu lub w stosunku do obywateli innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym, serię i numer innego dokumentu potwierdzającego obywatelstwo i tożsamość. Strona przedmiotowa omawianego wykroczenia będzie polegała na zaniechaniu obowiązku przekazania wymienionych danych inwestorowi w terminie, na co najmniej 30 dni przed rozpoczęciem wykonywania prac lub świadczenia usług na terenie budowy. Jest to wykroczenie formalne, które można popełnić umyślnie i nieumyślnie. Sprawcą może być wyłącznie przedsiębiorca wykonujący prace lub świadczący usługi na terenie budowy obiektu energetyki jądrowej. Grozi mu kara grzywny w rozmiarze od 20 do 5000 złotych.

Ostatnie wykroczenie jest stypizowane w art. 56 ustawy. Jego sprawcą będzie ten, kto na żądanie służb lub organów, o których mowa w art. 46 ust. 1 ustawy, nie udostępnia w terminie danych, o których mowa w art. 45 ust. 2 i 3 ustawy, lub udostępnia dane lub informacje fałszywe. Przepis ten chroni sprawność i wiarygodność przekazywania informacji uprawnionym służbom lub organom. Powołany art. 46 ust. 1 ustawy nakazuje inwestorowi gromadzenie i przechowywanie danych, o których mowa w art. 45 ust. 2 i 3 ustawy, w sposób umożliwiający ich udostępnienie na żądanie służb lub organów uprawnionych na podstawie odrębnych przepisów do występowania do administratora zbioru danych osobowych z żądaniem ich przekazania. Udostępnienie tych danych powinno nastąpić w terminie 14 dni od dnia otrzymania tego żądania (art. 46 ust. 2 ustawy). Sprawcą wykroczenia z art. 56 ustawy może być wyłącznie inwestor (wykroczenie indywidualne). Strona przedmiotowa może mieć dwojaką postać: nieudostępnienia danych lub udostępnienia danych lub informacji fałszywych. Dla bytu wykroczenia wystarczy zachowanie wyczerpujące chociażby jeden z dwóch sposobów zachowania się. Wykroczenie z art. 56 ustawy można popełnić przez działanie lub zaniechanie, zarówno umyślnie jak i nieumyślnie. Jest to wykroczenie formalne, za popełnienie którego grozi kara grzywna od 20 do 5000 złotych.

Ustawa o charakterystyce energetycznej budynków

Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o charakterystyce energetycznej budynków³³ określa zasady sporządzania świadectw charakterystyki

³³ Tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 497.

energetycznej, zasady kontroli systemu ogrzewania i systemu klimatyzacji w budynkach, zasady prowadzenia centralnego rejestru charakterystyki energetycznej budynków oraz sposób opracowania krajowego planu działań mającego na celu zwiększenie liczby budynków o niskim zużyciu energii³⁴. Zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 2 pkt 3 ustawy, pojęcie „charakterystyka energetyczna” oznacza zbiór danych i wskaźników energetycznych budynku lub części budynku, określających całkowite zapotrzebowanie na energię niezbędną do ich użytkowania zgodnie z przeznaczeniem. Budynkiem jest natomiast taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach (art. 3 pkt 2 Prawa budowlanego). Część budynku stanowi zespół pomieszczeń w budynku o jednakowym przeznaczeniu, przewidzianych do odrębnego użytkowania, w szczególności lokal mieszkalny lub lokal użytkowy w budynku (art. 2 pkt 2 ustawy). W tekście ustawy znajduje się przepis art. 41, w którym określone zostały cztery wykroczenia, wszystkie zagrożone sankcją w postaci kary grzywny w rozmiarze od 20 do 5000 złotych.

Wykroczenie z art. 41 pkt 1 ustawy popełni osoba, która sporządzając świadectwo charakterystyki energetycznej, nie spełnia wymagań, o których mowa w art. 17 ustawy. Przepis ten chroni odpowiedni poziom świadectwa charakterystyki energetycznej oraz sporządzanie tego dokumentu przez osoby uprawnione.

Powołany przepis art. 17 ustawy wymaga, aby świadectwo charakterystyki energetycznej sporządzała osoba, która:

- posiada pełną zdolność do czynności prawnych,
- nie była skazana prawomocnym wyrokiem za przestępstwo przeciwko mieniu, wiarygodności dokumentów, obrotowi gospodarczemu, obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi lub za przestępstwo skarbowe,
- ukończyła studia wyższe zakończone uzyskaniem tytułu zawodowego inżyniera, inżyniera architekta, inżyniera architekta krajobrazu, inżyniera pożarnictwa, magistra inżyniera architekta, magistra inżyniera architekta krajobrazu, magistra inżyniera pożarnictwa albo magistra inżyniera, albo studia wyższe inne niż wymienione wyżej oraz studia podyplomowe, których program uwzględnia zagadnienia związane z charakterystyką energetyczną budynków, wykonywaniem audytów energetycznych budynków, budownictwem energooszczędnym i od-

³⁴ Więcej na temat ustawy: M. P a n e k, Ustawa o charakterystyce energetycznej budynków – majstersztyk czy bubel prawny. *Studia Iuridica Toruniensia* 2015, Tom XVII, s. 181–198.

nawialnymi źródłami energii lub posiada uprawnienia budowlane, o których mowa w art. 14 ust. 1 Prawa budowlanego³⁵.

Niespełnianie przez osobę sporządzającą charakterystykę energetyczną budynku któregośkolwiek z wymogów wymienionych w pkt 1–3 stanowi realizację znamion wykroczenia z art. 41 pkt 1 ustawy. Znamię czasownikowe „sporządzać” tłumaczyć należy, jako wykonać, przygotować coś, opracować, zrobić. Omawiane wykroczenie można popełnić przez działanie, zarówno umyślnie, jak i niemyślnie. Jest to wykroczenie bezskutkowe (formalne).

Drugie w kolejności wykroczenie, tzn. zawarte w art. 41 pkt 2 ustawy, polega na niespełnieniu obowiązku, o którym mowa jest w art. 20 ust. 1 pkt 2 ustawy. Ostatni z wymienionych przepisów nakłada na osobę uprawnioną do sporządzania świadectw charakterystyki energetycznej obowiązek zawarcia umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone w związku ze sporządzeniem świadectwa charakterystyki energetycznej. Zakres tego ubezpieczenia określony został w rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 21 kwietnia 2015 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej osoby uprawnionej do sporządzania świadectw charakterystyki energetycznej³⁶.

Zachowanie sprawcy wykroczenia z art. 41 pkt 2 ustawy będzie polegało na niespełnieniu obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia, a zatem będzie to zaniechanie. Jest to wykroczenie formalne, możliwe do popełnienia umyślnie i nieumyślnie. Jego sprawcą może być wyłącznie osoba uprawniona do sporządzania świadectw charakterystyki energetycznej. Przedmiotem ochrony tego przepisu jest wypełnienie obowiązku ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za szkody związane ze sporządzeniem świadectwa charakterystyki energetycznej.

Trzecie wykroczenie określone w art. 41 pkt 3 ustawy popełni ten, kto nie spełnia obowiązku, o którym mowa jest w art. 23 ust. 1 ustawy. Przepis ten nakłada na właściciela lub zarządcę budynku obowiązek poddania go w czasie jego użytkowania kontroli:

³⁵ Art. 14 ust. 1 Prawa budowlanego stanowi, że uprawnienia budowlane są udzielane w następujących specjalnościach: architektonicznej, konstrukcyjno-budowlanej, inżynierskiej (mostowej, drogowej, kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych, kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym, hydrotechnicznej, wyburzeniowej), instalacyjnej w zakresie: sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych, ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, elektrycznych i elektroenergetycznych.

³⁶ Dz. U. z 2015 r., poz. 607.

- okresowej, polegającej na sprawdzeniu stanu technicznego systemu ogrzewania, z uwzględnieniem efektywności energetycznej kotłów oraz dostosowania ich mocy do potrzeb użytkowych:
- co najmniej raz na 5 lat – dla kotłów o nominalnej mocy cieplnej od 20 kW do 100 kW,
- co najmniej raz na 2 lata – dla kotłów opalanych paliwem ciekłym lub stałym o nominalnej mocy cieplnej ponad 100 kW,
- co najmniej raz na 4 lata – dla kotłów opalanych gazem o nominalnej mocy cieplnej ponad 100 kW,
- okresowej, co najmniej raz na 5 lat, polegającej na ocenie efektywności energetycznej zastosowanych urządzeń chłodniczych o mocy chłodniczej nominalnej większej niż 12 kW.

Przedmiotem ochrony jest porządek w zakresie poddawania budynków wymaganej kontroli, a także bezpieczeństwo budynków i osób w nich przebywających. Wykroczenie z art. 41 pkt 3 ustawy może popełnić jedynie właściciel lub zarządca budynku (wykroczenie indywidualne), przez zaniechanie. Jest to wykroczenie formalne, które zgodnie z art. 5 k.w. może być popełnione umyślnie oraz nieumyślnie.

Ostatnie wykroczenie zawarte jest w art. 41 pkt 4 ustawy. Może ono być popełnione przez tego, kto dokonując kontroli systemu ogrzewania i systemu klimatyzacji, nie spełnia wymagań, o których mowa jest w art. 24 ust. 1 ustawy. Przepis art. 24 ust. 1 ustawy stanowi, że kontroli systemu ogrzewania i systemu klimatyzacji w budynku może dokonywać osoba, która posiada uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej lub kwalifikacje wymagane przy wykonywaniu dozoru nad eksploatacją urządzeń wytwarzających, przetwarzających, przesyłających i zużywających ciepło oraz innych urządzeń energetycznych.

Przedmiotem ochrony art. 41 pkt 4 ustawy jest porządek w zakresie dokonywania kontroli systemu ogrzewania i systemu klimatyzacji przez osoby z odpowiednimi kwalifikacjami. Jest to wykroczenie formalne, które można popełnić przez działanie, zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie. Jego sprawcą może być każda osoba, która nie posiada kwalifikacji wymienionych w art. 24 ust. 1 ustawy.

Building law: criminal-law aspects of a construction process

Abstract

This paper is a continuation of the earlier contribution, i.e. Building law: criminal-law aspects, Prokuratura i Prawo (5/2021). It analyses the remaining penal provisions included in the most important laws in addition to the Building Law that directly concern a construction process. As these are mostly norms sanctioning specific administrative provisions (sanctioned norms), the most relevant content is cited and terms used in each of these laws are explained.

Key words

Petty offences against building law, internal security, construction, environmental protection, construction products, energy performance, geodesy and cartography.

GLOSY

Robert Stefanicki

Glosa do wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20 września 2019 r., sygn. II GSK 1408/18

Streszczenie

Rozstrzygnięcie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20 września 2019 r. zasługuje na uwagę i pogłębiony dyskurs prawniczy zważywszy, że dotyczy ważkiej dla nauki i praktyki problematyki. Komisja Nadzoru Finansowego w ramach przyznanej jej ustawowej kompetencji sprawowania nadzoru personalnego nad instytucjami finansowymi, w tym zakładami ubezpieczeń i reasekuracji, dokonuje weryfikacji zgłaszanych przez podmioty nadzorowane kandydatów na dwóch członków organu zarządzającego. Prawidłowe przeprowadzenie procedury odpowiedniości jest kluczowym elementem zdrowego ładu korporacyjnego. Jego zabezpieczenie leży zarówno w interesie ogólnym, społecznym, jak i jednostkowym. W imię respektowania tych wartości sytuacja prawna ocenianej przez organ osoby powinna być uregulowana przejrzysto. Tytułowy dla podjętych rozważań wyrok – wspiera stosowną argumentacją nowe konstrukcje ochrony praw podmiotów, na których sytuację prawną decyzja administracyjna oddziałuje pośrednio i z perspektywy konstytucyjnej zasługuje na ochronę w ramach prawa refleksyjnego – sankcjonujący istnienie słusznego interesu po stronie osoby uczestniczącej w postępowaniu w sprawie wyrażenia zgody na powołanie jej na członka zarządu, stanowi jedynie światło w tunelu.

Słowa kluczowe

Zgoda KNF, interes prawny, luz decyzyjny, rękojmia.

Analiza stanu faktycznego i prawnego

Naczelny Sąd Administracyjny po rozpoznaniu w dniu 20 września 2019 r. na rozprawie w Izbie Gospodarczej skargi kasacyjnej Komisji Nadzoru Finansowego¹ od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 16 lutego 2018 r.² w sprawie ze skargi M. K.³ na decyzję Komisji w przedmiocie umorzenia postępowania dotyczącego wyrażenia zgody na powołanie na stanowisko prezesa zarządu oddalił ją. Rozstrzygnięcie zapadło w następującym stanie faktycznym i prawnym.

Decyzją z dnia (...) maja 2016 r. KNF odmówiła wyrażenia zgody na powołanie M. K. na Prezesa Zarządu Spółki. W ocenie KNF Skarżący nie spełniał przesłanki określonej w art. 48 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej⁴, w myśl której członkiem zarządu zakładu ubezpieczeń może być osoba, która daje rękojmię prowadzenia w sposób należyty spraw zakładu ubezpieczeń.

W związku z negatywną weryfikacją M. K. wniósł do Komisji wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy. Podniósł w nim m.in., że na podstawie art. 28 k.p.a. przysługuje mu przymiot strony postępowania, gdyż dotyczy ono jego interesu prawnego, który przejawia się, chociażby w potrzebie ochrony w związku z ograniczeniem wolności wyboru i wykonywania zawodu, wynikającej z art. 65 ust. 1 Konstytucji RP oraz swobody inicjowania, a także prowadzenia działalności gospodarczej (art. 20 i art. 22 Konstytucji RP). Dowodził ponadto, że sporna decyzja KNF narusza jego chronione prawem dobra osobiste oraz prawa majątkowe, wynikające z zawartych przez niego umów o pracę, zabezpieczonych prawem pracy oraz przepisami kodeksu cywilnego.

Umarzając postępowanie z wniosku M. K. o ponowne rozpatrzenie sprawy, Komisja wyjaśniła, że status w nim strony przysługuje tylko spółce, a nie skarżącemu, bowiem przepisy odnoszące się do warunków uzyskania przedmiotowej zgody zasadniczo regulują sytuację prawną

¹ Dalej Komisji lub KNF.

² VI SA/Wa 2125/17.

³ Dalej jako M. K., Skarżący lub Kandydat.

⁴ Dz. U. z 2017 r., poz. 1170 z zm., dalej jako UDUiR.

zakładów ubezpieczeń i reasekuracji, a nie osób, które mają być powołane na stanowiska, do których zgoda jest wymagana. Jej zdaniem ustalenia dotyczące spełniania przez skarżącego przesłanek określonych w przepisach ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, mimo że stanowią przedmiot postępowania administracyjnego, nie mają waloru rozstrzygnięcia o jego indywidualnych prawach i obowiązках. Odmiennie niż przyjmował M. K., Komisja stwierdziła, że weryfikowanemu w tym trybie nie przysługuje też status strony postępowania administracyjnego, znajdujący legitymację w prawie refleksowym.

WSA w objętym skargą kasacyjną wyroku, po rozpoznaniu skargi M. K., uchylił ją oraz zasądził zwrot przez Komisję kosztów postępowania. WSA, uchylając zaskarżoną decyzję uznał, że skarżący posiada interes prawny w sprawie wyrażenia zgody na powołanie go na członka zarządu, a jego podstawę stanowi art. 48 ust. 1 oraz art. 51 UDUiR. Nie zakwestionował stanowiska KNF, że przedmiotowa zgoda organu nadzoru jest jednym z wielu elementów współkształtujących instrumenty reglamentacji oraz nadzoru nad działalnością zakładów ubezpieczeń⁵. Jako podstawę prawną wyroku uchylającego decyzję organu Sąd pierwszej instancji powołał art. 145 § 1 pkt 1 lit. a i lit. c ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁶.

Skargę kasacyjną od wyroku wniosła KNF, zaskarżając go w całości. W jej uzasadnieniu powołała naruszenie przepisów postępowania, w stopniu mogącym mieć istotny wpływ na wynik sprawy, w rozumieniu art. 174 pkt 2 w związku z naruszeniem przepisu art. 141 § 4 p.p.s.a. poprzez niezamieszczenie w zaskarżonym orzeczeniu uzasadnienia, które określałoby w sposób wyczerpujący argumentację i jej podstawy przemawiające za przyznaniem M. K. statusu strony postępowania administracyjnego prowadzonego w sprawie wyrażenia zgody na powołanie prezesa zarządu zakładu ubezpieczeń.

⁵ Przykładowo por. E. Kowalewski, M. P. Ziemniak, Przesłanki wpisu na listę ostrzeżeń publicznych KNF w kontekście działalności ubezpieczeniowej, *Studia Iuridica Toruniensia*, tom XXI, s. 187 i n. oraz podniesione zagadnienia penalizacji, a także P. Sury, Nieprawidłowości dystrybucji tzw. polisolokąt a znamiona przestępstwa oszustwa, *Prokuratura i Prawo* 2016, nr 7–8, s. 253. Zdaniem Autora na tle tytułowego zagadnienia większość spraw karnych tu będzie miała źródło w niedostatkach unormowania rynku ubezpieczeniowego oraz nieskuteczności podjętych m.in. przez KNF działań nadzorczych. „Rola prokuratora na pewno nie jest następcze „poprawianie” wadliwości uregulowania gospodarki, ale zapewnienie prawnokarnej ochrony interesów konsumenta (art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k.) w tych sytuacjach, kiedy indywidualny stosunek prawny pomiędzy pokrzywdzonym a instytucją finansową został ukształtowany z naruszeniem hipotezy art. 286 § 1 k.k.”

⁶ Dz. U. z 2018 r., poz. 1302, dalej p.p.s.a.

W skardze kasacyjnej podniesiono też naruszenie przez Sąd art. 145 § 1 pkt 1 lit. a) p.p.s.a. w związku z art. 28 k.p.a. oraz art. 48 ust. 1 i 51 UDUiR poprzez uchylenie decyzji Komisji z powołaniem naruszenia przepisów prawa materialnego w stopniu mogącym mieć wpływ na wynik sprawy. Według przedstawionej przez Komisję oceny, Sąd w sposób nieuprawniony wywiódł istnienie interesu prawnego M. K. z przepisów prawa materialnego ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, a te nie ustanawiają wobec skarżącego decyzję jakiegokolwiek uprawnienia bądź obowiązku. W uzasadnieniu skargi kasacyjnej Komisja wskazała również na naruszenie art. 145 § 1 pkt 1 lit. c) p.p.s.a. w związku z art. 138 § 1 pkt 3 k.p.a. poprzez uchylenie decyzji administracyjnych z powodu naruszenia przepisów postępowania administracyjnego, które mogły mieć istotny wpływ na wynik sprawy w sytuacji, w której jej zdaniem Sąd wadliwie uznał, iż w stanie faktycznym i prawnym sprawy Komisja nie powinna przyjmować, iż wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy stał się bezprzedmiotowy.

W zakresie naruszeń prawa materialnego w skardze kasacyjnej wskazano ponadto na błędną wykładnię i zastosowanie art. 28 k.p.a. w związku z art. 48 ust. 1 UDUiR poprzez uznanie, iż z faktu zamieszczenia w ostatnim z wymienionych tu przepisów wymogów prawnych odnoszących się do członka zarządu zakładu ubezpieczeń, które musi on spełniać, w tym odnośnie do dawania rękojmi prowadzenia w sposób należyty spraw spółki, powinno się wywodzić istnienie po stronie Skarżącego decyzję statusu strony postępowania. Omawiane przepisy określają wyłącznie wymogi prawne, które mają spełniać członkowie organów zakładu ubezpieczeń podlegający administracyjnej weryfikacji, stąd trudno jest przyjmować, że jest to regulacja prawa materialnego, która skutkować ma nabyciem przez kandydata na stanowisko prezesa – tutaj M. K. – konkretnego, realnego i indywidualnego uprawnienia. Ta wadliwa – zdaniem Komisji – interpretacja prawa materialnego, wyrażająca się nieuzasadnionym utożsamianiem interesu faktycznego z interesem prawnym, prowadziła do błędnego zastosowania przez Sąd I instancji powołanych wyżej przepisów. Komisja uznała, że interes prawny Skarżącego decyzję nie może być wyprowadzony z samego tylko faktu istnienia instytucji prawnej, jaką jest zgoda administracyjna na powołanie członka zarządu i określenia skutków prawnych wydania decyzji negatywnej.

Rozpatrujący, wniesioną przez KNF skargę kasacyjną, Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że nie została ona oparta na usprawiedliwionych podstawach i stąd nie zasługuje na uwzględnienie. Przytoczenie podstaw kasacyjnych Sąd ten zdefiniował, jako dokładne wskazanie

przepisów, które zdaniem wnoszącej skargę strony sąd I instancji naruszył z podaniem konkretnej jednostki redakcyjnej i wyjaśnieniem, na czym naruszenie polegało i mogło mieć wpływ na rozstrzygnięcie sprawy. W ramach rozpatrywania wniesionych zarzutów odniósł się do wskazanego w skardze art. 28 k.p.a. w zw. z art. 48 ust. 1 pkt 4 i art. 51 ust. 4 UDUiR. Przyjął w tym zakresie, że w rozumieniu pierwszego z powołanych przepisów stroną jest każdy, czyjego interesu prawnego lub obowiązku dotyczy postępowanie, albo kto żąda czynności organu ze względu na swój interes prawny lub obowiązek. Sięgając w tym zakresie do doktryny i orzecznictwa zdefiniował „interes prawny”, jako interes osobisty, indywidualny, znajdujący podstawę w konkretnym przepisie prawa materialnego oraz potwierdzenie w okolicznościach faktycznych.

Postępowanie w sprawie zgody organu nadzoru na powołanie prezesa zarządu krajowego zakładu ubezpieczeń lub krajowego zakładu reasekuracji było ukierunkowane na ukształtowanie stosunków prawnych między Spółką, a M. K. tak, aby w wyniku uzyskania decyzji pozytywnej mógł on pełnić funkcję Prezesa Zarządu, stosownie do art. 48 ust. 1 w zw. z art. 51 ust. 4 UDUiR. Ewentualna decyzja mogłaby kształtować jego sytuację prawną jedynie w sposób pośredni. Powyższe regulacje – zdaniem NSA – przemawiają za taką ich wykładnią, że od momentu wszczęcia postępowania w sprawie zgody organu nadzoru na powołanie prezesa zarządu zaistniała podstawa dla ochrony przez M. K. jego własnego interesu prawnego zagrożonego decyzją odmowną. Istotą interesu prawnego osoby weryfikowanej było zatem podejmowanie działań na rzecz pozytywnego sfinalizowania wszczętego przez Spółkę postępowania w sprawie powołania go na Prezesa Zarządu. Naczelny Sąd Administracyjny przyjął spójne z sądem I instancji stanowisko, że interes prawny M. K. należy wywodzić z tzw. prawa refleksowego, znajdującego oparcie w art. 48 ust. 1 w zw. z art. 51 ust. 4 UDUiR.

Komentarz

Wyrok NSA zasługuje na uwagę zważywszy, że dotyczy ważkiej dla nauki i praktyki problematyki. KNF w ramach przyznanej jej ustawowej kompetencji sprawowania nadzoru personalnego nad instytucjami finansowymi, w tym zakładami ubezpieczeń i reasekuracji, dokonuje weryfikacji zgłaszanych przez podmioty nadzorowane kandydatów na dwóch członków organu zarządzającego. Prawidłowe przeprowadzenie procedury odpowiedniości jest kluczowym elementem zdrowego ładu korpora-

cyjnego, którego zabezpieczenie leży zarówno w interesie ogólnym, społecznym, jak i jednostkowym.

Regulacje szczególne zawierają zamknięte egzemplifikacje warunków, jakie spełniać powinien członek zarządu konkretnej instytucji finansowej. Zgodnie z treścią art. 48 ust. 1 UDUiR może nim być osoba, która sprostą łącznie wymogom: posiadania pełnej zdolności do czynności prawnych; wyższego wykształcenia uzyskanego w Rzeczypospolitej Polskiej lub w innym państwie (będącego wykształceniem wyższym w rozumieniu właściwych przepisów tego państwa). Ponadto osoba ta nie może być skazana za umyślne przestępstwo lub umyślne przestępstwo skarbowe prawomocnym wyrokiem sądu oraz dawać ma rękojmnię prowadzenia spraw zakładu w sposób należyty. Wskazane wyżej przesłanki nie mają jednolitego charakteru. Niektóre z wymienionych są dokładnie oznaczone w tym przepisie, czyli wynikają wprost z treści powołanej ustawy. Określa się je jako kategorie wewnętrzprawne. Natomiast rękojmnia stanowi instrument odesłania zewnętrznego do kryteriów pozaprawnych, które są dookreślane dopiero na etapie zastosowań. Zaliczana jest ona do klauzul generalnych, ukierunkowanych na aksjologiczne wartościowanie, oparte o dominujące w społeczeństwie wzorce, których ostatecznej weryfikacji dokonuje organ administracji lub sąd. Stosowanie tych instrumentów, służących przede wszystkim uelastycznianiu prawa opiera się na założeniu istnienia naturalnego luzu decyzyjnego po stronie organu w związku z celowym wprowadzeniem generalnych odesłań przez ustawodawcę do tekstu prawnego.

Negatywna weryfikacja jest nieobojętna dla osoby ocenianej. Za trafne należy uznać stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich⁷, który stwierdził m.in., że oparcie kryteriów stawianych kandydatom na stanowiska podlegające nadzorowi KNF na metodzie prognostycznej, która polega na badaniu faktów z przeszłości i wyciąganiu z nich wniosków, co do przyszłego zachowania kandydata w roli osoby zarządzającej zakładem ubezpieczeń powoduje, w przypadku negatywnej oceny przez Komisję, destabilizację kariery zawodowej negatywnie zweryfikowanych kandydatów, a nierzadko utratę zaufania bądź wykluczenie ze środowiska zawodowego. Chodzi tu oczywiście o ochronę ocenianych w tej procedurze, której wynik nie był rezultatem rzetelnego badania w trybie wyrażania administracyjnej zgody. W podobnym duchu utrzymane jest uzasadnienie postanowienia z dnia 6 listopada 2019 r.⁸ NSA, postrzegając problem ochrony kandydata w szerszej perspektywie, podniósł, że pra-

⁷ Pismo nr V.510.86.2016.GH.

⁸ II GZ 137/19.

womocne rozstrzygnięcie stwierdzające, że osoba przedstawiona do zatwierdzenia nie daje rękojmi ostrożnego i stabilnego zarządzania, może stać się także podstawą negatywnej oceny kandydata do pełnienia kluczowych funkcji w działalności towarzystw ubezpieczeniowych i reasekuracyjnych oraz banków – z uwagi na analogiczne warunki i kryteria ich oceny dookreślone w art. 48 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 51 ust. 3 UDUiR. NSA nawiązał tutaj do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/36/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie warunków dopuszczenia instytucji kredytowych do działalności oraz nadzoru ostrożnościowego nad instytucjami kredytowymi i firmami inwestycyjnymi, zmieniającej dyrektywę 2002/87/WE i uchylającej dyrektywy 2006/48/WE oraz 2006/49/WE⁹, w świetle której negatywna weryfikacja kandydata stanowić może prawną przeszkodę do bycia akcjonariuszem lub udziałowcem instytucji kredytowej.

Głównym problemem do rozstrzygnięcia na tle omawianego sporu była kwestia oznaczenia sytuacji prawnej odwołującego się od decyzji KNF kandydata na stanowisko prezesa zarządu zakładu ubezpieczeń. Jest to zagadnienie istotne, dotyczące wykładni prawa, uwzględniania w tym procesie wartości, których ono jest nośnikiem¹⁰. Ten zasadniczy punkt odniesienia, który nie może umknąć stosującemu prawo, przesądza o niedostatku podejścia formalno-dogmatycznego do badania prawa¹¹. Postrzegając prawo w kategorii wartości, jakie ono uosabia, właściwym celem jego wykładni jest uwzględnienie płaszczyzny aksjologicznej, aby w jej ramach uzyskać odpowiedź na pytanie, czy analizowane rozwiązanie normatywne prawidłowo i skutecznie realizuje zakładane cele społeczne¹². Jeżeli zastosowana w pierwszej kolejności wykładnia językowa nie pozwala na pozytywną odpowiedź na tak postawione pytanie, niezbędne jest uwzględnienie tej drugiej perspektywy badawczej z uwzględnieniem celów regulacji. W powyższy kontekst wpisuje się ochrona praw jednostki, która ma być zabezpieczona w każdym postępowaniu bez

⁹ OJ UE L 2013.176.338.

¹⁰ Zasadnie L. Morawski, Rządy prawa i rządy korporacji. Logika rozwoju państwa prawa, *Prawo i Wiąż* 2017, nr 2, s. 89.

¹¹ M.in. E. Łętowska podnosi (*Prawo w „płynnej nowoczesności”*, PiP 2014, nr 3, s. 11 i n.), że językowa wykładnia tak w Polsce lubiana jest zawodnym twórczym interpretacyjnym, gdyż naraża interpretatora na coraz większe trudności i rozczarowanie co do efektu i oczekiwań na sprawiedliwe rozstrzygnięcie.

¹² A. Szajkowski, O metodzie badania prawa handlowego, (w:) J. Frąckowiak (red.), *Kodeks spółek handlowych po 15 latach obowiązywania*, Warszawa 2018, s. 174 i n.

względu na to, czy przepisy stosowanego aktu na nie wskazują¹³. Ażeby otwarte podejście do prawa mogło się rozwijać, prym powinna odgrywać w nim doktryna oraz wiodące orzecznictwo sądowe. Szczególną wagę należałoby przypisywać do obiektywnego charakteru opinii naukowych przedstawianych sądom¹⁴ w związku z prowadzoną sprawą szczególnie z punktu widzenia bezstronności i niezależności¹⁵.

Podniesiono już, że KNF konsekwentnie utrzymywała zarówno w uzasadnieniu decyzji umarzającej postępowanie, jak i we wniosku kasacyjnym, że status strony postępowania przysługuje jedynie spółce, a nie weryfikowanemu w tym trybie kandydatowi na członka zarządu, gdyż przepisy odnoszące się do warunków uzyskania przedmiotowej zgody zasadniczo regulują sytuację prawną zakładów ubezpieczeń i reasekuracji, a nie osób, które mają być powołane na stanowiska¹⁶. Jej zdaniem ustalenia dotyczące spełniania przez skarżącego przesłanek określonych w przepisach ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, mimo że stanowią przedmiot działań w ramach postępowania administracyjnego, nie mają waloru rozstrzygnięcia o jego indywidualnych prawach i obowiązkach.

Odmiennej interpretacji powołanych przepisów dokonał WSA, a utrzymał je Naczelny Sąd Administracyjny. Ustawodawca, określając normą prawną konkretne wymogi, jakie musi spełniać dana osoba, aby mogła zostać członkiem zarządu zakładu ubezpieczeń, a następnie nadając Komisji kompetencję do władczego rozstrzygnięcia o powołaniu członka zarządu w oparciu o wskazane wymogi, reguluje również sytuację prawną tej osoby. Realizacja administracyjnego nadzoru personalnego dotyczy również interesu prawnego ocenianego w tym trybie. Interes

¹³ Współczesna funkcja postępowania administracyjnego rozciąga się na ochronę praw jednostki. Przenoszony jest też akcent z materialnoprawnych regulacji na procedury administracyjnego postępowania. F. Geburczyk, Służebna funkcja postępowania administracyjnego jako paradygmat? Tło historyczne a perspektywa współczesna, PiP 2020, nr 7, s. 86 i n.

¹⁴ Jest to jednak szerszy problem, bo dotyczący aksjologicznych aspektów nauki. L. Morawski (Filozofia publiczna i zobowiązania moralne, Prawo i Więź 2017, nr 2, s. 79) wskazał, że zagrożenie dla podstawowych wartości etycznych stanowią rosnące związki współczesnej nauki z przemysłem i polityką, komercjalizacja, polityzacja niewątpliwie jej zagraża.

¹⁵ Naczelny Sąd Administracyjny w dniu 4 lipca 2019 r. (sygn. II GSK 1408/18) wyłączył sędziego na jego wniosek z komentowanego w niniejszych rozważaniach postępowania, gdyż wystąpiły okoliczności mogące wywołać uzasadnioną wątpliwość, co do jego bezstronności w rozumieniu art. 19 p.p.s.a.

¹⁶ Zob. też na temat interesu autonomicznego a wpisanego w naturę spółki R. Stefanicki, Należyta staranność zawodowa członka zarządu spółki kapitałowej, Warszawa 2020, s. 81.

prawny w rozumieniu art. 28 k.p.a. jest kategorią materialnoprawną. O jego charakterze przesądza zasadniczo treść przepisów prawa materialnego. NSA, moim zdaniem trafnie przyjął, mając tu na uwadze zarówno cele personalnego nadzoru administracyjnego, jak i interes osoby weryfikowanej w tym trybie, że mogą to być również regulacje, z których nie wynikają wprost konkretne uprawnienia dla strony, ale wynika sytuacja przez prawo chroniona, korzyść, której prawo pozwala oczekiwać, możliwość dążenia do jakiegoś skutku prawnego i obrony przed ograniczeniem zdobytych już uprawnień. W świetle powołanego tu przepisu wyróżnia się zarówno bierne, jak i czynne ujęcie strony. W postępowaniu administracyjnym – odmiennie niż w procesie cywilnym – może występować tylko strona (strony) w ujęciu biernym, tylko strona (strony) w ujęciu czynnym, albo jednocześnie obydwa rodzaje stron¹⁷. Przy czym związek normatywny między interesem prawnym lub obowiązkiem danego podmiotu a postępowaniem administracyjnym wyraża się w tym, że dotyczy ono interesu prawnego lub obowiązku konkretnego podmiotu w tym rozumieniu, że w wyniku takiego postępowania wydaje się decyzję, rozstrzygającą o prawach lub obowiązkach tej osoby lub o prawach i obowiązkach jednego podmiotu wpływających na prawa i obowiązki innego podmiotu. Z tą ostatnią sytuacją mamy tutaj do czynienia.

Na uwagę zasługuje więc fakt, że Naczelny Sąd Administracyjny stanął na stanowisku, że interes prawny skarżącego w I instancji należy wywodzić z tzw. prawa refleksowego, mającego oparcie w art. 48 ust. 1 w zw. z art. 51 ust. 4 UDUiR. Konsekwencje niezabezpieczenia mechanizmów ochrony postrzegał z szerszej ustrojowej perspektywy sięgającej zasad konstytucyjnych. Jednym z zasadniczych, wręcz fundamentalnych założeń demokratycznego państwa prawnego jest zasada dostępu obywateli do procesu w celu umożliwienia im obrony własnych interesów przed organem kierującym się obowiązującym prawem. Konstytucyjne prawo do sądu realizowane będzie również poprzez prawo do uczestniczenia w charakterze strony w postępowaniu administracyjnym, które poprzedza możliwość przeniesienia sporu na drogę sądową. Nie sposób pominąć, że służebna funkcja postępowania administracyjnego została organicznie powiązana z sądownictwem administracyjnym. Model sądowej ochrony prawnej jednostki przed działalnością władzy publicznej został obecnie umocniony gwarancyjnymi funkcjami wynikającymi z praw człowieka¹⁸.

¹⁷ Zob. w tej materii Z. R. Kmiecik, *Interes prawny stron w postępowaniu administracyjnym*, PiP 2013, z. 1, s. 19–35.

¹⁸ Podniesiono już, że obecnie podejście do funkcji postępowania administracyjnego ewaluje w kierunku wyeksponowania jego roli w komplementarnym systemie prawa admi-

Mając na uwadze związanie wykonywania prawa administracyjnego z zasadami konstytucyjnymi, NSA podniósł, że „Ewentualny brak dostępu do procedury administracyjnej poprzez możliwość złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy wykluczyłby w omawianej sprawie także sądową kontrolę prawidłowości rozstrzygnięcia organu, czy M. K. daje rękojmię prowadzenia spraw zakładu w sposób należyty w rozumieniu art. 48 ust. 1 pkt 4 UDUiR, co ma wpływ na prawo do wyboru i wykonywania przez niego zawodu w rozumieniu art. 65 ust. 1 zdanie pierwsze Konstytucji RP”.

Podniesiono już, że zarówno Wojewódzki Sąd Administracyjny, jak i Naczelny Sąd Administracyjny wywodziły interes weryfikowanego w tym trybie kandydata (skarżącego w I instancji) z tzw. prawa reflexowego, w rozpatrywanej sprawie mającego oparcie w art. 48 ust. 1 w zw. z art. 51 ust. 4 UDUiR. Prawo takie kształtuje specyficzną więź prawną między podmiotem dysponującym publicznym prawem podmiotowym o charakterze pozytywnym a osobą trzecią dysponującą prawem publicznym negatywnym. Związek ten ma charakter powództwa materialnego i formalnego. Ten ostatni wiąże się z koniecznością ochrony procesowej podmiotu dysponującego prawem reflexowym w postępowaniu zmierzającym do wydania decyzji. Natomiast ochrona materialna wyraża się skutecznością posiadanych uprawnień. Stroną może być zatem nie tylko podmiot, który w razie merytorycznego zakończenia sprawy będzie adresatem decyzji rozstrzygającej wprost o jego prawach lub obowiązkach, ale także podmiot, na którego prawa lub obowiązki wydana decyzja będzie oddziaływać. Tego szerokiego rozumienia statusu prawnego osoby weryfikowanej w trybie administracyjnej zgody nie można byłoby obronić w wypadku ograniczenia badania powoływanych tu przepisów do płaszczyzny językowej.

Zasadnicza rozbieżność stanowisk Komisji i Sądu dotycząca umiejscowienia interesu prawnego odnosiła się także do sposobu rozumienia funkcji administracyjnego postępowania w całokształcie środków prawa administracyjnego. Inaczej niż w przeszłości, większy akcent kładziony jest na oddziaływanie konstytucji i aktów prawa międzynarodowego na standardy krajowe. Wojewódzki Sąd Administracyjny przyjął, a Naczelny Sąd Administracyjny potwierdził, że zaskarżone rozstrzygnięcie bezpo-

nistracyjnego, nawet przez nadanie mu funkcji prawotwórczych, co zmienia sposób rozumienia ich zasadniczej roli. Szerzej J. Niczyporuk, *Proceduralizacja prawa administracyjnego*, (w:) J. Niczyporuk (red.), *Teoria instytucji prawa administracyjnego*. Księga pamiątkowa Profesora Jerzego Stefana Langroda, Paryż, Lublin 2011, s. 556 i n.; F. Geburczyk, *Służebna funkcja postępowania administracyjnego jako paradygmat? Tło historyczne a perspektywa współczesna*, PiP 2020, nr 7, s. 86 i n.

średnio oddziałuje na status prawny zakładu ubezpieczeń, ale także ma wpływ na sytuację prawną osoby negatywnie zweryfikowanej. Ziszczenie się skutku wynikającego z art. 51 ust. 4 UDUiR dotyczy zarówno sytuacji prawnej zakładu ubezpieczeń, jak i negatywnie ocenionego kandydata na pełnienie funkcji w zarządzie, co oznacza, że posiada on również interes prawny, bezpośredni, konkretny, realny i znajdujący potwierdzenie w okolicznościach faktycznych sprawy.

Reprezentujący, wskazaną już interpretację Naczelny Sąd Administracyjny nie podzielił, powołanego w skardze kasacyjnej KNF reprezentowanej przez pełnomocnika organu administracji, odmiennego w tym zakresie poglądu wyrażanego w niektórych wcześniejszych rozstrzygnięciach NSA. Dotyczyło to treści uzasadnienia postanowienia z dnia 9 maja 2017 r.¹⁹ oraz wyroku z dnia 7 marca 2018 r.²⁰ Zdaniem NSA²¹ wątpliwości dotyczące związania organu jego własną decyzją w innych postępowaniach, jak również możliwości dokonania odmiennej oceny prawnej w tych samych okoliczności faktycznych, podnoszone na poparcie tezy, że oddziaływanie decyzji KNF, o której mowa w art. 86 ust. 7 ustawy o s.k.o.k., nie dotyczy sytuacji prawnej osoby przedstawionej do zatwierdzenia, mogą stracić na znaczeniu w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego²².

Rodzić się musi pytanie o możliwy wpływ głosowanego wyroku na przyszłe orzecznictwo i naukowy dialog. Naczelny Sąd Administracyjny²³ w krótkim przedziale czasowym od komentowanego orzeczenia zajął zbliżone w tym przedmiocie stanowisko. Przyjął m.in., że władcze roz-

¹⁹ II GSK 927/17. W postanowieniu NSA przyjął, że przepis art. 86 ust. 7 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych nie stanowi o interesie prawnym uzasadniającym udział osoby fizycznej w postępowaniu sądowo-administracyjnym w charakterze uczestnika postępowania w rozumieniu art. 33 § 2 p.p.s.a. w sprawie decyzji KNF, adresowanej do Krajowej SKOK, w przedmiocie odmowy zatwierdzenia tej osoby na stanowisko prezesa zarządu Krajowej SKOK.

²⁰ II GSK 3460/17. Postępowanie wpadkowe, które nie jest postępowaniem w sprawie, nie służy i nie może wręcz służyć czynieniu ustaleń w podstawowej dla bytu sprawy administracyjnej kwestii, jaką jest identyfikacja strony/stron danego postępowania. Ustalenie takie następuje w postępowaniu właściwym w oparciu o art. 28 k.p.a. oraz konkretny przepis prawa materialnego i dokonuje się na wstępie tego postępowania. Jeżeli zatem organ stwierdza brak przepisu sytuującego interes prawny określonego podmiotu prawa, to znaczy, że brak jest konstytutywnego elementu sprawy administracyjnej i prowadzić jej nie można.

²¹ Zob. przypis 8.

²² Dz. U. z 2017 r., poz. 935.

²³ Zob. przypis 8.

strzygnięcie organu nadzoru nad rynkiem finansowym, polegające na stwierdzeniu, że osoba przedstawiona do zatwierdzenia nie daje rękojmi, o której mowa w art. 18 ust. 4 ustawy o s.k.o.k., wykracza poza sferę jedynie interesu faktycznego tej osoby. Powoduje nie tylko wygaśnięcie z mocy prawa, przyznanego wcześniej mandatu związanego z pełnioną funkcją, ale jednocześnie wyłącza tę osobę z kręgu podmiotów, które mogą skutecznie ubiegać się o powołanie na prezesa zarządu jakiegokolwiek spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej. Zbliżone stanowisko w tej materii prezentuje część doktryny²⁴. Niewątpliwie powinna ona śmiało torować drogę do otwartego, responsywnego modelu stanowienia i stosowania prawa.

Rozbieżna interpretacja w praktyce orzeczniczej w zakresie umiejscowienia interesu prawnego kandydata na członka zarządu weryfikowanego w trybie administracyjnym, zasadzająca się na płaszczyźnie od formalno-dogmatycznego podejścia do rozsądnego otwierania prawa na czynniki zewnętrzne wymusza kładzenie akcentu na staranne uzasadnianie zapadających rozstrzygnięć, zwłaszcza w zakresie, w jakim dotyczą one ograniczenia praw i wolności jednostki. Zważywszy na fakt, że prawo nie może być pozbawione wartości, w literaturze przedmiotu uznaje się²⁵ za dopuszczalne czy wręcz konieczne odrzucenie przez sędziego maksymy „surowe prawo, ale prawo”, gdy zastosowanie normy odtworzonej za pomocą dyrektyw wykładni językowej, a następnie systemowej i funkcjonalnej prowadziłoby do naruszenia zasady kultury prawnej demokratycznego państwa prawnego. Jedną z wytycznych orzekania w oparciu o reguły słuszności pozostaje celowościowo-funkcjonalny kontekst dokonywanych analiz. Łączy aksjologię zewnątrzprawną i wewnątrzprawną skupianie się na celu regulacji, jego konkretyzacji dokonywanej na moment rozstrzygnięcia.

W głosowanym wyroku NSA uznał za nietrafny zarzut kasacyjny naruszenia przez Sąd I instancji art. 141 § 4 p.p.s.a. Podniósł w tym zakresie,

²⁴ M.in. P. Wajda (Zgoda Komisji Nadzoru Finansowego na powołanie dwóch członków zarządu krajowego zakładu ubezpieczeń lub krajowego zakładu reasekuracji – wybrane aspekty Wiadomości Ubezpieczeniowe 2016, nr 1, s. 89 i n.) przedstawia stosowne argumenty na rzecz stanowiska, że obok zakładu ubezpieczeń lub reasekuracji osoba fizyczna, powoływana do zarządu powinna być traktowana jako strona tego postępowania. M. Żak, O możliwych zastosowaniach idei good governance w naukach prawnych i praktyce prawniczej, PiP 2019, nr 9, s. 54 i powołane przez Autorkę orzeczenia.

²⁵ A. Gomułowicz, (w:) J. Królikowski, J. Podkowiak, J. Sułkowski (red.), Kontrola konstytucyjności prawa a stosowanie prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego, Warszawa 2017, część I, pkt 2.

że wadliwość uzasadnienia orzeczenia może stanowić przedmiot skutecznego zarzutu kasacyjnego w sytuacji, gdy sporządzone jest ono w taki sposób, że jego kontrola jest niemożliwa lub nastręcza nadmierne trudności. Rola uzasadnienia orzeczenia wyraża się tym, że jego adresatem, oprócz stron lub strony, jest także Naczelny Sąd Administracyjny. Te jego zasadnicze funkcje przesądzają, że na sądzie pierwszej instancji spoczywa powinność wyjaśnienia motywów podjętego rozstrzygnięcia w sposób umożliwiający przeprowadzenie kontroli instancyjnej prowadzonego postępowania. Według oceny dokonanej przez NSA zaskarżony wyrok został wydany po gruntownej analizie akt sprawy i wszystkie wątpliwości występujące na etapie postępowania administracyjnego zostały wyjaśnione. Powinno to jednak znaleźć odbicie w uzasadnieniu rozstrzygnięcia²⁶.

NSA odniósł się szerzej do podnoszonych we wniosku kasacyjnym kwestii związanych w szczególności z jakością uzasadnień, z punktu widzenia zawierania w nich odniesień do konkretnych spornych w sprawie argumentów. Podzielił stanowisko części orzecznictwa, że Sąd I instancji w uzasadnieniu wyroku, wypełniając przesłanki wynikające z treści art. 141 § 4 p.p.s.a., nie ma obowiązku odnosić się osobno do każdego z argumentów podniesionych już wcześniej w postępowaniu sądowym. Może on je oceniać całościowo. Dla adresatów rozstrzygnięcia istotne jest, aby z argumentacji Sądu przedstawionej w uzasadnieniu rozstrzygnięcia wynikało, dlaczego w sprawie doszło do naruszenia prawa wskazanego w skardze²⁷. Sam fakt, że strona skarżąca kwestionuje dokonaną przez Sąd ocenę prawną, nie oznacza, że został naruszony przepis art. 141 § 4 p.p.s.a. i nie uprawnia do czynienia takiego zarzutu. Nie można w oparciu o ten zarzut zwalczać bez oparcia się na gruntownej i zasadnej argumentacji, zaaprobowanej przez Sąd podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, czy też stanowiska, co do interpretacji lub zastosowania prawa materialnego²⁸, a taką próbę podejmuje strona skarżąca kasacyjnie, polemizując.

²⁶ Niezależnie od tradycji prawnych państw wskazuje się na wykonanie akceptowalnej decyzji, to znaczy zrozumiałej i możliwej do zinternalizowania przez opinię publiczną, F. Hourquebie, *L'argument conséquentialiste dans les décisions de justice*, *Les cahiers de la justice* 2014, nr 2, s. 217.

²⁷ Por. też powołane w uzasadnieniu omawianej kasacji wyroki NSA: z dnia 18 listopada 2016 r., sygn. II GSK 702/15; z dnia 19 czerwca 2018 r., sygn. II GSK 2336/16; z dnia 18 kwietnia 2018 r., sygn. II GSK 2671/16; z dnia 4 października 2018 r., sygn. II GSK 2983/16. Na temat znaczenia cytowania orzeczeń w uzasadnieniach F. B. Cross, J. F. Spriggs II, T. R. Johnson, P. J. Wahlbeck, *Citations in the U.S. Supreme Court: an empirical study of their use and significance*, *University of Illinois Law Review* 2010, nr 2, s. 489 i n.

²⁸ Zob. wyroki NSA: z dnia 27 lipca 2012 r., sygn. I FSK 1467/11 oraz z dnia 13 maja 2013 r., sygn. II FSK 358/12.

zując ze stwierdzeniami zawartymi w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

NSA we wspomnianym już wyroku z dnia 7 marca 2018 r. odniósł się do kwestii związania kolejnych rozstrzygnięć sądów administracyjnych dotychczasową linią orzecniczą. Podniósł m.in., że z art. 141 § 4 p.p.s.a. nie wynika obowiązek uwzględniania zapadłych orzeczeń w podobnych sprawach. Nie można zatem postawić skutecznego zarzutu naruszenia wspomnianych zasad konstrukcyjnych sporządzania uzasadnienia wyroku tylko z tego powodu, że w danej sprawie Sąd nie rozważał poglądów prawnych przyjętych w określonym orzeczeniu. Wyroki sądów i trybunałów służą rozstrzyganiu konkretnych spraw. Wprawdzie mogą one mieć istotne znaczenie dla wykładni prawa, nie oznacza to jeszcze, że muszą być przywoływane w każdej podobnej sprawie. Niewątpliwie, gdy sąd odstępuje od utrwalonej linii orzecniczej, pożądane jest zaznaczenie tego faktu. Brak takiego odniesienia do wcześniejszych orzeczeń w podobnych sprawach nie ma żadnego wpływu na wynik sprawy sądowoadministracyjnej. Należy tu mieć na względzie ostatnie korekty ustawodawcze. W świetle art. 8 § 2 k.p.a. w brzmieniu ukształtowanym wspomnianą nowelizacją, organy administracji publicznej bez uzasadnionej przyczyny nie odступują od utrwalonej praktyki rozstrzygania spraw w takim samym stanie faktycznym i prawnym²⁹. W pełni uzasadnione jest stanowisko, że uregulowanie to może wręcz zachęcać do przyjmowania w praktyce ustaleń, co do kwalifikacji danej sprawy, jako rozstrzygnięć uniwersalnych. W doktrynie dostrzega się zaniedbania ujmowania uzasadnień³⁰ jako kolejnego ogniwa w dorobku *acquis* mającego otwierać system i być nośnikiem porządkowania zbioru prawa.

Na akceptację zasługuje podniesiony już wątek związania sądów zasadami konstytucyjnymi, w tym wyrażonymi w art. 77 ust. 2 Konstytucji RP pozostającymi w związku z jej art. 45. Zgodnie z pierwszym z wymienionych tutaj przepisów, ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw. W stosunkach administracyjnych będzie ono skorelowane z prawem dostępu do postę-

²⁹ Przed jej wejściem w życie dnia 1 czerwca 2017 r. była ona wyinterpretowywana przez orzecznictwo z ogólnej zasady zaufania wyrażonej w tym artykule, zob. wyroki NSA z dnia: 9 października 2015 r., sygn. I OSK 1378/15; 29 stycznia 2016 r., sygn. II OSK 1346/14; 8 marca 2016 r., sygn. II OSK 1688/14.

³⁰ E. Łętowska, *Prawo...*, s. 11; na temat konstrukcji wywodzenia w ramach tworzenia części prawnej uzasadnienia bez odnoszenia się do twierdzeń formułowanych przez strony. L. Morawski, M. Zirk-Sadowski, *Precedent in Poland is included in anthology Interpreting Precedents. A Comparative Study*, D. N. MacCormick, R. S. Summers (red.), Dartmouth 1997, s. 225 i n.

powania administracyjnego, odpowiedniej procedury i uzyskania rozstrzygnięcia³¹. Na prawo do sądu składają się trzy nierozdzielnie połączone ze sobą elementy – prawo dostępu do sądu, prawo do odpowiednio ukształtowanej procedury sądowej i prawo do orzeczenia sądowego. Wymogi stawiane kandydatom na członków zarządu instytucji finansowej powinny być transparentne. Sprawowany przez KNF nadzór personalny ma pełnić służebne funkcje społeczne, nie wychodzić poza granice wyznaczone celami tej pieczy. W ten kontekst mają być wpisywane środki ochrony kandydata poddawanego administracyjnej weryfikacji. Potrzeba zabezpieczenia skutecznego ładu korporacyjnego w instytucjach nadzorowanych leży w ogólnym interesie społecznym. Głosowane orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego zasługuje na akceptację, zważywszy na wypunktowane w nim atuty prawa refleksowego wywodzonego z idei demokratycznego państwa prawnego.

Commentary to the judgment issued by the Supreme Administrative Court on 20 September 2019, ref. no. II GSK 1408/18

Abstract

The judgment issued by the Supreme Administrative Court on 20 September 2019 deserves attention and in-depth legal discourse as it concerns the issue that is important for the science and practice. As part of its statutory competence to exercise personal supervision over financial institutions, including insurance and reinsurance companies, the Financial Supervision Authority verifies supervised entities' candidates for two positions in a management body. A properly performed assessment of suitability is a key to good corporate governance. As it is in the general, social and individual interest to safeguard healthy corporate governance, a legal situation of assessed candidates should be clear. The judgment that sanctions the existence also of such candidates' legal interest in the

³¹ Przyjmuje się przeważnie, że jeżeli ustawa zawiera tego typu zakazy lub sposób interpretowania jej przepisów zmierzający w tym kierunku, to podlegają one uchyleniu, jako sprzeczne z konstytucyjnym prawem obywatela do sądu wyrażonym w art. 45 i art. 77 Konstytucji.

process for approval of their appointment as members of a board of directors, is just a light at the end of the tunnel.

Key words

Approval by the Financial Supervision Authority, legal interest, discretionary powers, guarantee.

Z HISTORII PROKURATURY

Mjr aud. Henryk Piotr Florjan Urbański wiceprokurator Wojskowej Prokuratury Okręgowej Nr VI we Lwowie

Wiceprokurator Henryk Piotr Florjan Urbański, syn Faustyna i Heleny z Rewakowiczów, urodził się 4 maja 1895 r. we Lwowie. W dniu 23 czerwca 1921 r. poślubił Helenę z Gliksenów, z którą miał dwóch synów urodzonych w 1922 i 1927 roku. Był wnukiem Henryka Karola Rewakowicza, galicyjskiego działacza ruchu ludowego, polityka, dziennikarza oraz uczestnika powstania styczniowego.

Henryk Urbański uczęszczał do III Gimnazjum we Lwowie, gdzie w 1913 r. złożył egzamin dojrzałości. W tym samym roku rozpoczął studia na Wydziale Prawa Uniwersytetu Jana Kazimierza we Lwowie. Jego naukę przerywała jednak służba wojskowa.

Już od wczesnej młodości angażował się w działalność niepodległościową i prezentował postawę patriotyczną. Od września 1913 r. do 16 sierpnia 1914 r. należał do Towarzystwa Gimnastycznego „Sokół” we Lwowie, zwanego później „Sokołem Macierzą”, oraz do Polowych Drużyn Sokolich.

W okresie od 15 lipca do 13 sierpnia 1913 r. odbył przeszkolenie wojskowe w armii austro-węgierskiej. W dniu 6 sierpnia 1914 r. wstąpił do Legionów Polskich, początkowo do Legionu Wschodniego, a następnie do I Brygady Legionów Polskich. Z powodu ogłoszonej mobilizacji od 1 sierpnia 1914 r. służył jako szeregowiec na froncie rosyjskim. Uczestniczył m.in. w walkach pod Limanową i Tymbarkiem, pomiędzy wojskami austro-węgierskimi a rosyjskimi w grudniu 1914 r. Podczas walk na froncie rosyjskim został ciężko ranny w wyniku postrzału.

W okresie od 19 grudnia 1914 r. do 20 stycznia 1916 r. z powodu ciężkiej choroby urlopowany był od czynnej służby wojskowej.

W Legionach Polskich służył do tzw. „Kryzysu przysięgowego” w lipcu 1917 r., kiedy to żołnierze polscy odmówili złożenia przysięgi na wierność Królestwu Polskiemu i dotrzymania braterstwa broni wojskom Niemiec i Austro-Węgier podczas I wojny światowej.

Henryk Urbański 29 października 1917 r., wraz z innymi legionistami, został wcielony do armii austro-węgierskiej i wysłany na front włoski. Służbę w niej pełnił do 4 kwietnia 1918 r.

W 1917 r. ukończył szkołę oficerską przy 5. Pułku Piechoty Legionów Polskich i Polskiego Korpusu Posiłkowego.

Przerwane służbą wojskową studia na Wydziale Prawa Uniwersytetu Jana Kazimierza we Lwowie kontynuował w 1918 r. W okresie od 10 kwietnia do 22 lipca 1918 r. przebywał na urlopie akademickim celem przygotowania się do egzaminu prawno-historycznego, który to egzamin następnie złożył.

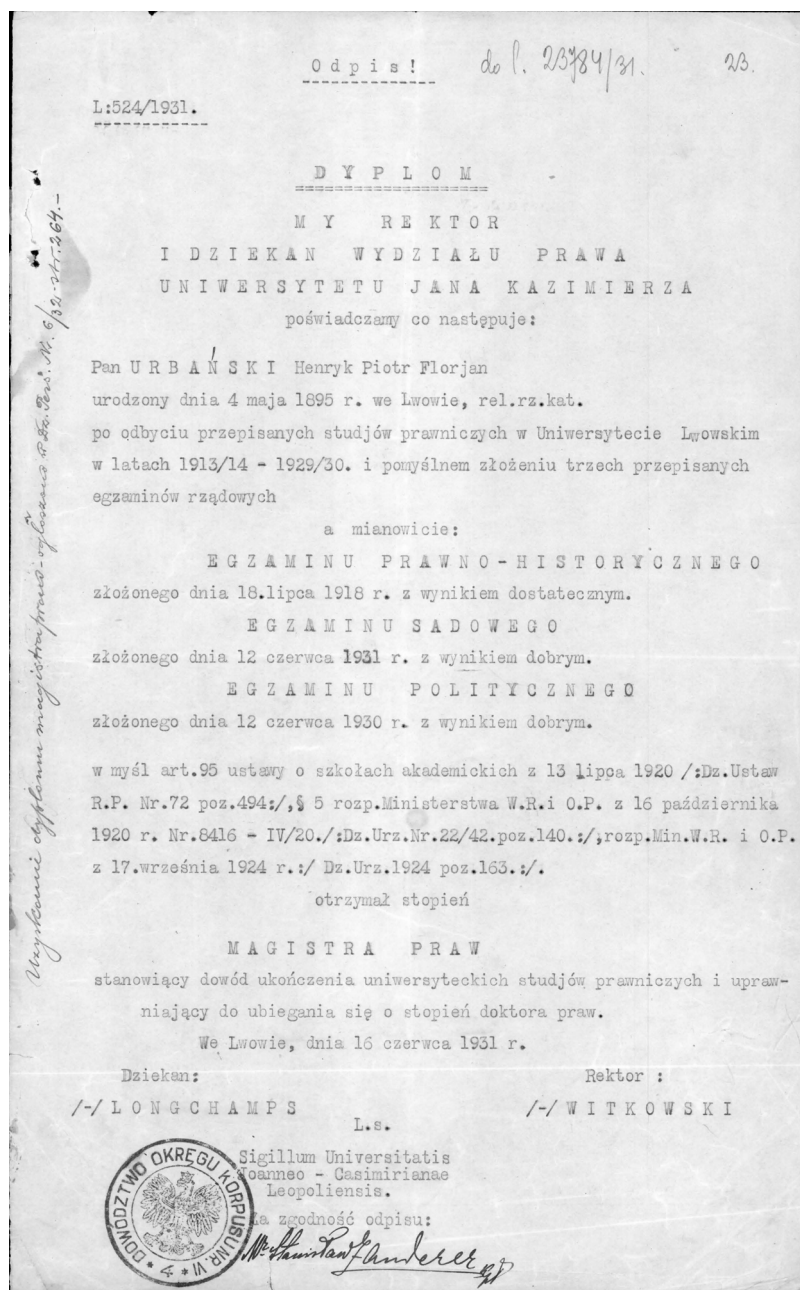
Po upadku Austro-Węgier w dniu 28 października 1918 r. przybył do Lwowa, gdzie do 22 listopada 1918 r. uczestniczył w jego obronie przed siłami ukraińskimi. Posiadał wówczas stopień sierżanta piechoty. Na krótki czas dostał się do niewoli ukraińskiej. W międzyczasie z dniem 1 listopada 1918 r. został formalnie wcielony do Wojska Polskiego.

Od 5 do 27 grudnia 1918 r. pełnił służbę jako referent – kierownik drukarni w Biurze Prasowym Naczelnego Dowództwa Wojska Polskiego. Od 27 grudnia 1918 r. do 30 listopada 1920 r. był podoficerem kasowym Białostockiego Pułku Strzelców Dywizji Litewsko-Białoruskiej. Uczestniczył wtedy w walkach z armią bolszewicką. W ich trakcie jego oddział wycofywał się przez terytorium Litwy w kierunku Suwałk, co zakończyło się niepowodzeniem z uwagi na otoczenie sił polskich przez przeważające siły litewskie. W wyniku tego Henryk Urbański 15 lipca 1920 r., wraz z całym swoim pułkiem, dostał się do niewoli litewskiej, w której przebywał do 30 listopada 1920 r.

Po odzyskaniu przez Polskę niepodległości Henryk Urbański kontynuował służbę wojskową w Wojsku Polskim. W dniu 27 stycznia 1919 r. został awansowany na stopień podporucznika, a 26 marca 1921 r. na stopień kapitana. W latach 1923–1924 był oficerem Ekspozytury Wojskowej Kontroli Generalnej przy Dowództwie Okręgu Korpusu Nr IX w Brześciu. Ukończył również dwuletni kurs w Wyższej Szkole Intendencji, a następnie pełnił tam służbę. Od 16 lutego do 15 maja 1929 r. służył w 5. Lwowskim Pułku Artylerii Polowej.

W okresie od 9 czerwca 1931 r. do 9 lutego 1932 r. służył jako kierownik referatu zaopatrzenia Okręgowego Urzędu Wychowania Fizycznego i Przysposobienia Wojskowego we Lwowie.

W międzyczasie ukończył studia prawnicze i w dniu 16 czerwca 1931 r. uzyskał tytuł magistra prawa. 10 lutego 1932 r. został skierowany do Wojskowego Sądu Okręgowego Nr VI we Lwowie na 9 miesięczną praktykę. W dniu 10 listopada 1932 r. pozytywnie zdał egzamin sędziowski w Naczelnym Sądzie Wojskowym.



Odpis dyplomu ukończenia studiów prawniczych przez Henryka Urbańskiego (źródło: CAW sygn. AP 591).

Na stopień majora został awansowany ze starszeństwem z dniem 1 stycznia 1936 roku. W 1939 r. Henryk Urbański został mianowany wiceprokuratorem Wojskowej Prokuratury Okręgowej Nr VI we Lwowie.

Na stopień majora został awansowany ze starszeństwem z dniem 1 stycznia 1936 roku. W 1939 r. Henryk Urbański został mianowany wiceprokuratorem Wojskowej Prokuratury Okręgowej Nr VI we Lwowie.

pogłębia. Wykazuje zamiłowanie do studiów prawniczych. Przy dobrej i intensywnej pracy nad sobą wyrobi się na wybitnego prawnika”.

Po wybuchu II wojny światowej i agresji ZSRR na Polskę Henryk Urbański dostał się do niewoli sowieckiej. Wiosną 1940 r. został zamordowany przez funkcjonariuszy NKWD. Spoczywa na Polskim Cmentarzu Wojennym w Bykowni.

Jego nazwisko znalazło się na tzw. Ukraińskiej Liście Katyńskiej opublikowanej w 1994 r.

Prokurator Henryk Urbański został odznaczony Krzyżem Niepodległości, Krzyżem Walecznych, Złotym Krzyżem Zasługi oraz Krzyżem I Brygady Legionów Polskich.

Nazwisko prokuratora Henryka Urbańskiego zostało umieszczone na uroczystie odsłoniętej w siedzibie Prokuratury Krajowej w dniu 17 września 2020 r. tablicy, upamiętniającej prokuratorów Rzeczypospolitej Polskiej, którzy oddali życie za Ojczyznę w latach 1939–1945.

Życiorys prokuratora Henryka Piotra Florjana Urbańskiego opracowano na podstawie materiałów Centralnego Archiwum Wojskowego im. majora Bolesława Waligóry (sygn. AP 4327, AP 591, AP 996, KN 09_11_1932).

Wiadomości dla Autorów i Czytelników

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że – zgodnie z § 32 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 12 grudnia 2016 r. w sprawie przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym i uczelniom, w których zgodnie z ich statutami nie wyodrębniono podstawowych jednostek organizacyjnych (Dz. U. z 2016 r., poz. 2154) – został opracowany i ogłoszony w formie komunikatu Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 26 stycznia 2017 r., składający się z 3 części (A., B., C.), wykaz czasopism naukowych, zawierający historię czasopisma z publikowanych wykazów za lata 2013–2016.

Za publikację naukową w każdym z tych czasopism przyznano najwyższą liczbę punktów spośród określonych w poszczególnych wykazach z okresu 2013–2016.

Czasopismo „Prokuratura i Prawo” zamieszczone zostało w części B., pod pozycją 2045, a za publikację na jego łamach przyznano najwyższą liczbę **6 punktów**.

Z uwagi na zmianę w procesie ewaluacji czasopism naukowych prowadzonej przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego Redakcja czasopisma uprzejmie informuje, że za publikację artykułów w czasopiśmie „Prokuratura i Prawo” w latach 2017–2018 autorom przysługuje 6 punktów. Natomiast, za publikację artykułów w latach 2019 i 2020 przysługuje 5 punktów.

Analiza wydań czasopisma sprawiła, że Zespół Ekspertów Index Copernicus wyznaczył wartość wskaźnika w wysokości **ICV 2018 = 38.15**. Wyznaczona ocena ICV za rok 2018 jest widoczna na liście czasopism indeksowanych w bazie ICI Journals Master List 2018 oraz w **Paszporcie** naszego czasopisma, który dostępny jest pod linkiem <https://journals.indexcopernicus.com/search/details?id=4169>.

Wynik kolejnej oceny ICV **2019 = 47.15** uwidocznił na liście czasopism **ICI Journals Master List 2019** <https://journals.indexcopernicus.com/search/formjml> oraz w **Paszporcie** naszego czasopisma <https://journals.indexcopernicus.com/search/details?id=4169&lang=pl>.

Nasze czasopismo od stycznia 2005 r. nie jest dostępne w prenumeracie. Równocześnie na stronie internetowej Prokuratury Krajowej pod adresem www.pk.gov.pl, w zakładce „Prokuratura i Prawo/opublikowane numery”, udostępniliśmy pełne teksty miesięcznika od początku jego istnienia, to znaczy od stycznia 1995 r. do chwili obecnej.

Warunki publikacji

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word 97, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 21 cm, wysokość 29,7 cm), marginesy: górny 5 cm, boczne (lewy i prawy) 4,2 cm i dolny 6,5 cm, czcionka Times New Roman w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz pojedynczy odstęp między wierszami. Jednocześnie informujemy, że ramy artykułu nie powinny przekraczać 30 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 20 stron.

Na pierwszej stronie należy zamieścić: imię i nazwisko autora (autorów), tytuł pracy, krótkie (kilkuzdaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania oraz słowa kluczowe, a na ostatniej alfabetyczny wykaz wykorzystanej literatury. Na końcu pracy należy podać: adres (adresy) autora (autorów), nr telefonu, adres e-mail, a także informacje o statusie profesjonalnym autora (autorów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska. Od studentów, doktorantów i aplikantów wymagana jest opinia dotycząca wartości merytorycznej przedstawionego artykułu (głosy) – rekomendacja opiekuna naukowego i odpowiednio zawodowego. W przypadku asesora oraz asystenta prokuratora oczekuje się rekomendacji kierownika jednostki organizacyjnej, a asystenta sędziego – przewodniczącego wydziału.

Materiały należy przysyłać na adresy e-mail: redakcja@pk.gov.pl lub wojciechkotowski@poczta.onet.pl.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych materiałach zmian tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje prace dotychczas niedrukowane. Niewykorzystane materiały zwracane są na wyraźne życzenie autora.

Zgodnie z decyzją Kolegium Redakcyjnego od nr 6/16 nie publikujemy na naszych łamach recenzji książek oraz sprawozdań z konferencji.