

Prokuratura i Prawo

NR 12/grudzień 2020



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: Małgorzata KOZŁOWSKA, Jacek MOTAWSKI, Tomasz SZAFRAŃSKI, Anna WDOWIARZ-PELC, Marek WOŹNIAK, Krzysztof WÓJCIK

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 Karadasz

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. Zeromskiego 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

prof. zw. dr hab. Robert Stefanicki, Uniwersytet Wrocławski

Rada nadzorcza. Uwagi w kierunku wzmocnienia pozycji w spółkach kapitałowych	5
<i>Towards supervisory boards' stronger role in companies</i>	30

Marcin Przestrzelski, asesor Prokuratury Rejonowej Warszawa Śródmieście-Północ w Warszawie

Skutek przestępstwa z art. 158 § 1 k.k.	31
<i>Consequence of the offence under Article 158, section 1 of the Penal Code</i>	40

dr Paweł Opitek, prokurator Prokuratury Okręgowej w Krakowie, del. do Prokuratury Krajowej

Przeciwdziałanie praniu pieniędzy z wykorzystaniem walut wirtualnych w świetle krajowych i międzynarodowych regulacji AML	41
<i>Countering money laundering with the use of virtual currency in the light of domestic and international AML regulations</i>	70

Materiały szkoleniowe/Training material

dr Józef Gurgul, prokurator w stanie spoczynku

Sprzeciw wobec pomysłów metaopinii. Szlachectwo zobowiązuje	71
<i>Veto against meta-opinions. Noblesse oblige</i>	97

dr Tomasz Jasiński, prokurator Prokuratury Okręgowej w Warszawie, Krzysztof Klimkiewicz, prokurator Prokuratury Okręgowej Warszawa Praga, del. do Prokuratury Krajowej

Odpowiedzialność karna związana z restrukturyzacją, sanacją i upadłością	98
<i>Criminal liability in restructuring, recovery and insolvency</i>	119

Glosy/Commentaries

do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 26 listopada 2018 r.,
sygn. II AKa 237/18 (dot. usiłowania nieudolnego) – oprac. dr Bartłomiej
Gadecki 120
*to the judgment issued by the Appellate Court in Katowice on
26 November 2018, ref. no. II AKa 237/18 (concerns a failed at-
tempt) – by Bartłomiej Gadecki, Ph.D. 127*

Robert Stefanicki

Rada nadzorcza. Uwagi w kierunku wzmocnienia pozycji w spółkach kapitałowych

Streszczenie

W świetle przepisów Kodeksu spółek handlowych regulujących tworzenie i funkcjonowanie spółek kapitałowych rada nadzorcza sprawuje stały nadzór nad spółką we wszystkich sferach jej aktywności. To ogólne, normatywne wskazanie należy łączyć z aksjologią prawa korporacyjnego, ze skutecznością wewnętrznego nadzoru. Faktycznie jednak pozycja rady w spółkach jest słaba. Poniższy materiał stanowi próbę uchwycenia przyczyn tego zjawiska i odniesienia się do wprowadzonych w ostatnim czasie, a także projektowanych zmian normatywnych.

Słowa kluczowe

Rada nadzorcza, ład korporacyjny, zawodowa staranność, lojalność członka organu, compliance, biznesowa ocena sytuacji.

Wprowadzenie

Rada nadzorcza jest kolegialnym organem spółki kapitałowej¹ – obligatoryjnym w spółce akcyjnej i zasadniczo fakultatywnym w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością – z założenia ustrojowego jednym z gwarantów prawidłowego jej funkcjonowania w obrocie zgodnie z celami, które towarzyszyły umowie założycielskiej. Z ogólnej normy zawartej w art. 382 § 1 Kodeksu spółek handlowych wynika, że sprawuje ona stały nadzór nad działalnością spółki we wszystkich dziedzinach jej działalności. Z kolei § 3 stanowi, że do szczególnych jej obowiązków należy ocena sprawozdań, o których mowa w art. 395 § 2 pkt 1 w zakresie ich zgodności z księgami i dokumentami, jak i stanem faktycznym oraz wniosków zarządu dotyczących podziału zysków albo pokrycia straty, a także składanie walnemu zgromadzeniu corocznego pisemnego sprawozdania z wyników tej oceny. Obok wskazanego wyżej obowiązku nad-

¹ Czy chiński idiom (Lis korzysta z tygrysięj mocy) jest adekwatny?

zoru nad działalnością spółki, na zakres potencjalnego zaangażowania członków rady nadzorczej w bieżące zarządzanie spółką akcyjną wskazuje też zakres kompetencji przyznanych temu organowi przepisem art. 383 Kodeksu spółek handlowych, zgodnie z którym do kompetencji rady nadzorczej należy jednocześnie zawieszanie, z ważnych powodów, w czynnościach poszczególnych lub wszystkich członków zarządu oraz delegowanie członków rady nadzorczej, do czasowego wykonywania czynności członków zarządu, którzy zostali odwołani, złożyli rezygnację albo z innych przyczyn nie mogą sprawować swoich czynności (§ 1), a w przypadku niemożności sprawowania czynności przez członka zarządu niezwłoczne podjęcie stosownego działania w celu dokonania zmiany w składzie zarządu (§ 2).

Aby nadzór wewnątrz korporacyjny był sprawowany sprawnie i efektywnie niezbędne jest wyposażenie rad nadzorczych we właściwe środki do podejmowania przez nie adekwatnych dla danej organizacji działań². Szereg instrumentów normatywnych przewidzianych w Kodeksie spółek handlowych temu celowi powinno służyć, ale praktyka wdrażania wskazuje na słabą pozycję rady nadzorczej. W wielu wypadkach organ ten jawi się jako konstrukcja zbędna lub fikcyjna albo „nic niemogąca”³. W ostatnich projektach zmian przepisów Kodeksu spółek handlowych oraz w propozycjach zgłaszanych przez doktrynę punkt ciężkości kładziony jest na wzmocnienie jej pozycji w spółce. Trafnie postrzega się konieczność kompleksowego podejścia do zakresu i charakteru zmiany legislacyjnej. Na plan pierwszy wysuwany zostaje problem realnego zabezpieczenia wewnętrznej komunikacji między jej organami. Jedną z najczęściej dostrzeganych słabości systemu jest występująca asymetria informacyjna na linii rada nadzorcza – zarząd spółki. Mamy do czynienia z niedostatkiem przejrzystego oznaczenia, jakie obowiązki informacyjne, w jakim czasie i zakresie spoczywać mają na organie wykonawczym wobec rady. Chodzi tutaj o odwrócenie kierunku przez przerzucenie inicjatywy na członków zarządu w zakresie obowiązku przekazywania aktualnych i kompleksowych danych o bieżącym funkcjonowaniu spółki. Brak efektywnego mechanizmu prze-

² Rola rady nadzorczej wymaga monitoringu egzekucji celu organizacji, inicjatyw i działań w obszarze Environmental, Social, Governance, Biuletyn Rad Nadzorczych 2020, nr 8. W opracowaniu wyrażane jest stanowisko, że „jesteśmy świadkami odejścia na stałe” od postawy zogniskowanej wyłącznie na uzyskiwaniu zysku do podejścia zintegrowanego na „generowaniu wartości”, a w ostatnim czasie nastąpiło przededefiniowanie pojęcia społecznej odpowiedzialności biznesu i jej rozszerzenie o czynniki społeczne, środowiskowe i skupione wokół ładu korporacyjnego.

³ P. Słowik, Wiceminister aktywów państwowych: Wyrównujemy siły w spółkach (wywiad), Gazeta Prawna, 8 czerwca 2020 r.

pływu danych wręcz uniemożliwia w wielu wypadkach wypełnianie obowiązków, które ciążą na wewnętrznym nadzorze. Wprawdzie o potencjalnym standardzie w tym zakresie w odniesieniu do spółki akcyjnej stanowi § 4 art. 382 Kodeksu spółek handlowych⁴, określający, że w celu dokonania swoich obowiązków rada nadzorcza może badać wszystkie dokumenty spółki, żądać od zarządu i pracowników sprawozdań i wyjaśnień oraz dokonywać rewizji stanu majątku spółki, w praktyce mechanizmy te z wielu przyczyn funkcjonują słabo. Problem równowagi informacyjnej i prowadzące do tego stanu zabiegi na rzecz przewyciężania niekorzystnej dla rady nadzorczej asymetrii łączyć należy bezpośrednio z aksjologicznymi celami do nich dostępu. Mają być one wykorzystywane przez ten organ wyłącznie w interesie spółki. Ochrona wartości uosobionych w spółce jako prywatnego zrzeszenia ma zarówno wymiar wewnątrzspółkowy, jak i pozanormalny. Funkcje w tym drugim zakresie pełnią klauzule generalne odsyłające do społecznie aprobowanych wartości. Stanowią one odesłanie do reguł akceptowanych przez daną zbiorowość, prawa słusznego i rozwiązań sprawiedliwych.

W uzasadnieniu projektu ustawy z dnia 20 lipca 2020 r.⁵ podniesiono, że zwiększenie operatywności nadzoru realizowanego przez rady nadzorcze spółek kapitałowych może się przyczynić do zmniejszenia ryzyk związanych z prowadzoną przez nie działalnością gospodarczą, służyć także wyeliminowaniu występujących w praktyce przypadków nadużyć związanych z ich funkcjonowaniem. Prócz tego⁶ przyznanie radom nadzorczym odpowiednich środków dla skutecznego nadzorowania, może przyczynić się do poprawy postrzegania tych jednostek z punktu widzenia krajowych oraz zagranicznych dawców kapitału, a więc korzyści wizerunkowych, co przekładać się będzie na poprawę zdolności pozyskiwania przez nie dodatkowych środków przeznaczanych na nakłady inwestycyjne. Punktem wyjścia musi tu być jednak rozwiązanie kwestii profesjonalizacji członków rady oraz tworzenie społecznego klimatu na rzecz deza-

⁴ W odniesieniu do spółki z o.o. §4 art. 219 Kodeksu spółek handlowych.

⁵ O zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Niniejszą ustawą zmienia się ustawy: ustawę z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, ustawę z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, ustawę z dnia 23 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe, ustawę z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym).

⁶ Postrzeganie rady, która formalnie li tylko pełni nadzór, powinno mieć, co już zauważono wiele lat temu, wymiar historyczny, J. Strasser, J. Dieses, Know-How muss ein Verwaltungsrat mitbringen, Management Zeitschrift – IO 1989, nr 5, s. 1989, nr 5, s. 27 i n.; S. Douma, The Two-tier System of Corporate Governance, Long Range Planning 1997, nr 4, s. 613.

probaty dla zjawiska nieuczciwego nadzorowania. Członek rady powinien mieć nie tylko określone kwalifikacje zawodowe, ale także pozostawać rzetelny wobec korporacji.

Lojalność członka organu wobec spółki

Zgodnie z powszechnym rozumieniem lojalność uczestników spółki (członków organu) oznacza kierowanie się przez nich w relacjach handlowych takimi wartościami jak uczciwość, rzetelność, sumienność i przyzwoitość. W omawianym tutaj zakresie ma być ona ukierunkowana na realizację celów korporacyjnych niesprzecznych z prawem, umową (statutem) i dobrymi praktykami rynkowymi. Wymóg jej dochowania jest zakresowo szeroki, ponieważ dotyczy nie tylko członków zarządu i rad nadzorczych – co nie budzi żadnych wątpliwości doktryny oraz judykatury ze względu na ich pozycje ustrojowe w spółce – ale także obejmuje wspólników (akcjonariuszy)⁷. Na tle tej części rozważań pragnę podnieść, że różnie są w piśmiennictwie i orzecznictwie interpretowane relacje między dochowywaniem lojalności przez członka organu a wymogami staranności zawodowej⁸. Z reguły traktuje się oba te wymogi jako odrębne wskaźniki oceny jego działań lub zaniechań⁹. W świetle mniejszościowego poglądu w konstrukcji zawodowej staranności mieści się nie tylko profesjonalizm czy me-

⁷ Por. w tym zakresie uwagi A. Szumańskiego, Spór wokół istnienia prawnego obowiązku lojalności wspólnika względem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, (w:) A. Janik (red.), *Studia i rozprawy. Księga jubileuszowa dedykowana prof. A. Całusowi*, Warszawa 2009, s. 324 i n.

⁸ Bez względu na wąskie lub szerokie rozumienie staranności zawodowej członek omawianego organu jest zobligowany do dochowania tajemnicy zawodowej. W odniesieniu do transakcji instrumentami finansowymi stanowi to jedną z podstawowych zasad uczciwego obrotu, G. Domański, M. Jagielska, *Rada nadzorcza spółki akcyjnej. Powoływanie, kompetencje, funkcjonowanie – aspekty prawne*, Warszawa 2011, rozdział V.

⁹ M.in. w normatywnym porządku niemieckim przyjmuje się złożoną, bo przyznającą miernikom zawodowej staranności podwójną funkcję. Zob. § 43 GmbHG, (1) Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden, co prowadzi do powstania odpowiedzialności po stronie członka zarządu, M. Lutter, P. Hommelhoff, *GmbH – Gesetz. Kommentar*, Köln 2019, komentarz do § 43 GmbHG. Por. L. Strohn, *Pflichtenmaßstab und Verschulden bei der Haftung von Organen einer Kapitalgesellschaft*, *Corporate Compliance Zeitschrift* 2013, nr 5, s. 177–178. Pojęcie zawodowej, utożsamianej z profesjonalną, staranności jest kształtowane w drodze rozstrzygnięć judykatury i doktryny. Dużą rolę w tym zakresie odgrywają potrzeby praktyki. Zob. szerzej w tej kwestii A. Nollkaemper, *The Role of National Courts in Inducing Compliance with International and European Law – A Comparison*, (w:) M. Cremona (red.), *Compliance and the Enforcement of EU Law*, Oxford 2012, s. 157 i n.

rytoryczne „zawodowstwo”, ale również sposób wykorzystania posiadanej wiedzy i doświadczenia w interesie spółki¹⁰. Nielojalność członka każdego z organów spółki godzić może w zasługujący na ochronę prawną jej interes i uderzać w zasady uczciwości w relacjach korporacyjnych. W wyroku z dnia 18 kwietnia 2018 r. Sąd Najwyższy przyjął trafnie, że „uniwersalny charakter obowiązku lojalności, rozumianej jako powinność postępowania uczciwego, zgodnego z dobrymi obyczajami i zasadą dobrej wiary, jest powiązany ze stosunkiem członkostwa we wszystkich spółkach handlowych, nie tylko osobowych, ale także kapitałowych”. Przy czym w odniesieniu do ocen zachowań członków zarządu czy rady nadzorczej komponent działania w interesie spółki nie jest łączony z lojalnością definiowaną uniwersalnie jako kategoria abstrakcyjna, ale zostaje odnoszony do zawodowego reprezentanta korporacji, wzorca w tym zakresie wiążanego z profesjonalnym działaniem. Nie chodzi tu, więc o scenariusz „mierny, ale wierny”, ale wierny korporacji ze względu na prawidłowo realizowane przez nią cele¹¹, którymi mogą być długofalowy rozwój, inwestowanie w innowacje, a także zapobieganie zjawiskom dysfunkcyjnym. Zatem prakseologiczna racjonalność ustawodawcy, jeżeli weźmiemy na warsztat absolutorium, powinna być postrzegana jako bezpośrednie jego łączenie z odpowiedzialnością prawną członków zarządu¹². Oznacza to dążenie do nadania omawianej instytucji określonej rangi w procesie dokonywanej oceny całokształtu działalności zarządczej, ponieważ po uzyskaniu absolutorium członkowie organu spółki są zwolnieni z odpowiedzialności z tytułu ewentualnego wyrządzenia jej szkody działaniami wynikającymi z pełnionych przez siebie funkcji w spółce¹³. Sposób wypełnienia przez członka

¹⁰ A. Rachwał, (w:) Prawo spółek handlowych. Tom 2A, System Prawa Handlowego, pod red. A. Szumańskiego, Warszawa 2019, pkt 12.6.2.3. Prawa i obowiązki członków organów nadzoru.

¹¹ W opracowaniach francuskich wręcz jest mowa o „*raison d'être de l'entreprise*”, N. Notat, J.-D. Senard, Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances du Travail, „L'entreprise, objet d'intérêt collectif” Ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance, Paryż 9 marca 2018 r., s. 49 i powołane orzeczenia francuskie.

¹² Dotyczyć to może także funkcjonariuszy innych organów, w tym rady nadzorczej oraz komisji rewizyjnej.

¹³ Przepisy Kodeksu spółek handlowych określają jednak sytuacje, w których wyłączone jest zwolnienie z odpowiedzialności członków zarządu także w wypadku powoływania się na pozytywną uchwałę. W wypadku wytoczenia *actio pro socio* (K. Bilewska, Dochodzenie roszczeń spółki kapitałowej przez jej wspólników (*actio pro socio*), Warszawa 2008, s. 77 i n.) oraz w odniesieniu do upadłości spółki (M. Śledzikowski, Skutki prawne udzielenia absolutorium dla członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, Warszawa 2018, s. 147 i n.) osoby zobowiązane do naprawienia szkody

zarządu ciążących na nim obowiązków wobec korporacji od odpowiedzialności prawnej wobec spółki należy wiązać z uchwałą zwyczajnego walnego zgromadzenia w tej sprawie, która stanowi czynność prawną, wywołującą określone skutki zarówno w sferze wewnętrznej – relacji spółki z członkami organów – jak i zewnętrznej spółki. Udzielenie absolutorium powinno odzwierciedlać działania zarządu lub poszczególnych członków zarządu, realizowane zgodnie z wymogami staranności zawodowej zarządców¹⁴.

Na uwagę w omawianym zakresie zasługuje stanowisko Trybunału Konstytucyjnego zawarte w uzasadnieniu orzeczenia z dnia 19 lipca 2007 r.¹⁵, w którym obowiązek lojalnego działania członków zarządu umiejscowiony został w stosunku powiernictwa. Udziałowcy powierzając im określone środki, działają w rozsądnym zaufaniu, że zarządzający będą działali w najlepszym interesie korporacyjnym¹⁶. Mając natomiast na uwadze względy skuteczności działań nadzoru wewnętrznego nad działaniami organu wykonawczego spółki, za ważne uznaje się doprecyzo-

nie mogą skutecznie powołać się na udzielenie absolutorium, ani na zrzeczenie się przez spółkę roszczeń odszkodowawczych (P. Błażczyk, Znaczenie prawne absolutorium w świetle odpowiedzialności cywilnej członków organów spółek kapitałowych, PPH 2009, nr 3, s. 22 i n.). Członek zarządu spółki nie może się też powoływać na jego udzielenie w innych przypadkach normatywnego wyłączenia, także w sytuacji, gdyby opierało się na prawdziwych i kompleksowych informacjach (m.in. art. 198 § 2 i art. 350 § 1 Kodeksu spółek handlowych).

¹⁴ Więcej wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2014 r., sygn. II CSK 627/13, LEX nr 1545031. Skoro uchwała dotyczy bezpośrednio interesów majątkowych i niemajątkowych, a więc wywiera wpływ także na stosunki zewnętrzne spółki, to zgodnie z przyjęciem doniosłego skutku omawianej konstrukcji udzielenie akceptacji w formie uchwały pozytywnej stanowi potwierdzenie spełnienia obowiązków zarządczych i zwalnia od odpowiedzialności cywilno-prawnej członków zarządu w zakresie objętym ogólną formułą normatywną „wykonania obowiązków”. Praktyka gospodarcza pokazuje jednak, że w wielu wypadkach brak akceptacji sposobu wykonania obowiązków (uchwała negatywna) stanowi narzędzie stosowane w sposób sprzeczny z regułami ładu korporacyjnego, ponieważ oparte na kryteriach niemerytorycznych, będące czasami wynikiem zmów lub nacisków politycznych. Odwołany w takich warunkach członek zarządu spotyka się z nierozwiązanym przejrzyście w Kodeksie spółek handlowych problem legitymacji czynnej odwołanych członków zarządu do skutecznego składania skarg w sytuacji, gdy uchwała absolutoryjna narusza interes spółki lub interes odwołanych w tych okolicznościach członków organu. Należy dodać fakt zbadania przez Trybunał Konstytucyjny zgodności art. 422 § 2 Kodeksu spółek handlowych w zakresie, w jakim pozbawia odwołanego członka zarządu spółki akcyjnej prawa do zaskarżenia uchwały walnego zgromadzenia odmawiającej udzielenia absolutorium, z art. 32, art. 45 ust. 1, art. 47 i art. 77 ust. 2 Konstytucji RP (więcej w wyroku z dnia 2 czerwca 2009 r., sygn. SK 31/08).

¹⁵ Sygn. K 11/06, OTK A 2007, nr 7, poz. 81.

¹⁶ T. Siemiątkowski, T. Szczurowski, (w:) S. Sołtysiński (red.), Prawo spółek kapitałowych, System Prawa Prywatnego, t. 17A, Warszawa 2015, s. 652.

wywanie determinantów lojalności członków tego organu. Nie chodzi tu jednak o normatywne, szczegółowe, wypunktowanie zjawisk i zachowań sprzecznych z tym wymogiem, ale bardziej o ramowe określenie granic, których przekroczyć nadzorujący nie mogą ze względu na aksjologiczne postumenty uczciwego działania lub zaniechania podyktowanego potrzebą ochrony interesu spółki jako dobra wspólnego¹⁷. Zważywszy na fakt, że na kategorii lojalnego działania składają się zarówno normy określone prawem, jak i wartości nieskodyfikowane, ale uznawane społecznie, w doktrynie zgłaszane są propozycje kodyfikacji klauzuli lojalności jako ogólnej dyrektywy działania organów w spółce¹⁸. Zależnie od umiejscowienia klauzuli w strukturze Kodeksu spółek handlowych jej zakres miałby węższe lub szersze zastosowanie. W szczególności akcentowany jest obowiązek dochowania lojalności przez członków zarządu¹⁹. Kodeks spółek handlowych wyznacza w tym zakresie pewne ramy. M.in. dotyczy to zakazu konkurencji, pozostawania w konflikcie członka organu z interesem spółki, wykorzystania na własny rachunek okazji biznesowej, co do której członek zarządu lub rady nadzorczej powinien racjonalnie

¹⁷ Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 listopada 2009 r. (sygn. I CSK 158/09, OSNC 2010, nr 4, poz. 63) zdefiniował interes spółki jako wypadkową interesów wszystkich współników, determinowaną określonym w umowie spółki celem, do którego osiągnięcia zobowiązali się oni dążyć. Sąd Najwyższy podniósł, że interes spółki stanowi rodzaj kompromisu pomiędzy często pozostającymi ze sobą w sprzeczności interesami udziałowców mniejszościowych i większościowych. Wspólny cel jako konieczny element umowy spółki decyduje o tym, że nie może istnieć odrębny, samodzielny interes spółki jako osoby prawnej, abstrahujący od wypadkowej interesów wszystkich jej współników, połączonych wspólnym celem. Słusznie J. Eisinger (How Shareholders Are Hurting America, ProPublica 27 czerwca 2012 r.) przywołuje pogląd, że "The idea of speaking of shareholders as owners is absolutely crucial". Zgodnie z metodologiczną racjonalnością ustawodawca wprowadzając określone instrumenty prawne, zmierza do zapewnienia efektywnych mechanizmów kontroli właścicielskiej, a zatem ogólne założenie prewencyjnej funkcji stanowionego prawa łączy się z oddziaływaniem jego stosowania na zachowania członków organu wykonawczego. Optymalny model ustroju spółki kapitałowej opierany jest zasadniczo na równoważeniu relacji wewnątrz korporacyjnych oraz dążeniu do realizacji założonego umową spółki celu.

¹⁸ Szerzej R. Stefanicki, *Należyta staranność zawodowa członka zarządu spółki kapitałowej*, Warszawa 2020, s. 100 i n.

¹⁹ Na zauważenie w tym zakresie zasługuje wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2009 r. (sygn. III CZP 63/09, OSNC 2010, nr 4, poz. 55), w którym Sąd ten przyjął, że spoczywająca na członkach zarządu powinność dochowania lojalności ma swoje źródło w występujących między nimi a spółką w stosunku organizacyjnym. Wraz z powołaniem na pełnienie funkcji w organie wspólnicy obdarzają piastunów stosownym zaufaniem, powierzając im do dyspozycji majątek spółki celem dobrego nim zarządzania.

przyjmować, że należy ją zrealizować w interesie spółki. Działania takie stanowią modelowy przykład naruszenia uczciwości kontraktowej²⁰.

Nakaz lojalnego postępowania, odzwierciedlający naturę omawianej korporacji, mającej genezę umowną, stanowi emanację wymogu uczciwości i dochowania dobrych obyczajów handlowych. Jeżeli chodzi o wymogi w tym zakresie odnoszone do członków zarządu standardy w orzecznictwie i nauce, zostały już wypracowane z zastrzeżeniem dynamicznego ich definiowania z uwzględnieniem warunków wykonywania powierzonych im obowiązków i kompetencji, to w odniesieniu do członków rady nadzorczej mimo identycznie określonych wymogów staranności zawodowej standardy ich wdrażania umykają szerszemu zainteresowaniu jurydycznemu i doktrynalnemu. W literaturze przedmiotu prezentowane jest trafne stanowisko²¹ w kwestii potrzeby gruntownej reformy Kodeksu spółek handlowych ukierunkowanej na profesjonalizację członków tego organu, z czym z kolei powinno się łączyć wyraźnie paradygmat wykorzystania posiadanej wiedzy i doświadczenia w interesie spółki. W krytycznych ocenach funkcjonującego obecnie modelu zarządczo-nadzorczego, prowokującego potrzebę zmian, kładzie się akcent na niedostatek funkcjonowania mechanizmu wewnętrznego nadzoru spółki²². Chodzi więc tutaj o zabezpieczenie odpowiedniej jakości nadzorowania, uwypuklenia funkcji tego organu jako reagującego adekwatnie do skali zjawiska na nieprawidłowości w funkcjonowaniu korporacji i bariery jej rozwoju wynikające m.in. z akceptowania lub godzenia się na złe zarządzanie. Podnoszeniu standardów także w tym obszarze służyć mogłoby stworzenie zielonego światła dla indywidualnego działania członka organu, niezależnie od kompetencji kolegialnych służących organowi jako całości.

Członkowie rady jako biznesowi doradcy strategiczni organu wykonawczego spółki

Relacje między zarządem a wewnętrznym nadzorem postrzega się zbyt często przez pryzmat wzajemnej nieufności, a w każdym razie

²⁰ Szerzej K. Oplustil, *Instrumenty nadzoru korporacyjnego (corporate governance) w spółce akcyjnej*, Warszawa 2010, s. 509 i n.

²¹ M. Romanowski, *Natura spółki jako determinanta jej ustroju i funkcji jej władz – kilka refleksji*, (w:) K. Bilewska (red.), *Efektywność zarządzania i nadzoru w spółce handlowej w poszukiwaniu optymalnego modelu ustroju spółki*, Warszawa 2018, s. 84 i n.

²² Występujący mimo faktu, że w ramach obowiązujących regulacji kodeksowych istnieje możliwość sformatowania aktywnego modelu funkcjonowania w spółce kapitałowej rady nadzorczej.

w dualistycznym modelu brakuje klimatu do budowania idei ich współdziałania ze sobą w granicach wyznaczonych prawem. Nie chodzi tu o możliwość łamania zakazu łączenia mandatów, o którym stanowi art. 387 Kodeksu spółek handlowych. W kwestii tej wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Krakowie²³, który stwierdził, że „*ratio legis* przepisu art. 387 Kodeksu spółek handlowych wynika z dążenia do niedopuszczenia do połączenia funkcji nadzoru i zarządzania, dla zapewnienia efektywności i rzetelności wykonywania w spółce funkcji kontrolnych”. Ma zapobiegać temu, aby osoby i organy były równocześnie oceniającymi i ocenianymi, nadzorującymi i nadzorowanymi, co dotyczy zarówno stosunków wewnętrznych w spółce, lecz także stosunków zewnętrznych, co prowadzi do konstatacji, że należy go wiązać nie tylko ze sferą prowadzenia spraw, lecz także ze sferą reprezentacji spółki, w tym dokonywania czynności prawnych, zatem zakaz ten dotyczy wszelkich form działania. Punktem zwrotnym bowiem jest efektywne wykonywanie swoich zadań przez radę nadzorczą, a to zależy od odpowiedniej kombinacji składowych takich, jak²⁴: czynniki systemowe, w którym działa spółka tj. rodzaj gospodarki rynkowej i aktualny poziom jej rozwoju, koniunktura rynku kapitałowego, jakość regulacji prawnych, poziom kultury korporacyjnej i organizacyjnej, czynniki na poziomie organów nadzoru, środowisko wewnątrzorganizacyjne, tj. funkcje organu nadzorczego, jego skład, liczebność, długość kadencji oraz częstotliwość posiedzeń, system wymiany informacji z zarządem, konstrukcja i rodzaje komitetów problemowych, współpraca z audytorem oraz kolejne, tak jak w poprzedniej grupie skupione wokół profesjonalizacji organów nadzoru, czynniki na poziomie członków organu nadzorczego, indywidualne kompetencje, stopień sprecyzowania postawionych zadań, tj. zasady, kryteria i procedury wyboru członków rady, ich wiedza profesjonalna, doświadczenie i osobowość, zasady ich wynagradzania, rola i charakter przewodniczącego rady, system oceny efektywności pracy rady.

Współdziałanie rady nadzorczej z zarządem, w tym doradztwo strategiczne ze strony pierwszego z wymienionych powinno być ukierunkowane na dobro spółki identyfikowane jako jej rozwój i zapobieganie skut-

²³ Z dnia 30 sierpnia 2019 r., sygn. I AGa 376/18.

²⁴ Postępujący profesjonalizm organów nadzoru powinien skutkować wzrostem efektywności ich pracy. Podaję za J. Jeżaka, Ład korporacyjny. Doświadczenia światowe oraz kierunki rozwoju, Warszawa 2010, s. 197–201. Autor jednak przytacza stanowisko, że przeważa pogląd, iż jak dotychczas nie udało się udowodnić empirycznej współzależności pomiędzy określonymi cechami organów nadzorczych a wynikami spółek, zob. L. Johnson, C. Daily, A. Ellstrand, Boards of Directors: A Review and Research Agenda, Journal of Management 1996, nr 3, s. 409 i n.

kom nieostrożnego, czy nieracjonalnego zarządzania wartością spółki. Propozycje zmian legislacyjnych w Kodeksie spółek handlowych koncentrują się na tzw. „zasypywaniu rowów” między tymi organami²⁵. Członkowie rady mieliby spełniać w tych relacjach funkcje aksjologiczne i prakseologiczne, zwłaszcza tzw. biznesowego doradcy strategicznego dla zarządzających²⁶. Aby rada mogła aktywnie sprawować bieżący nadzór, niezbędne jest podniesienie poprzeczki wymogów przy ustaleniu jej składu personalnego oraz zabezpieczenie odpowiedniego instrumentarium dla wykonywania powierzonych im zadań. Taki też pożądanym kierunek znajduje potwierdzenie w konkretyzacji zasad *corporate governance*. Wśród elementów ładu korporacyjnego wymienia się komponenty jakości współdziałania między członkami organów korporacji, w tym między zarządem a radą²⁷. Relacje wewnątrzspółkowe powinny być ukierunkowane na realizację celów, które towarzyszyły powstaniu korporacji i wynikające z nich zobowiązaniu się jej uczestników do współdziałania²⁸. Otwartą kwestią pozostaje możliwość twórczej współpracy organu nadzoru przy obieraniu koncepcji biznesowych przez członka lub członków zarządu. Zakres i charakter współdziałania należy jednak konfrontować z ograniczeniami, jakie w tej materii stanowić może art. 375¹ Kodeksu cywilnego²⁹. Natomiast z innych przepisów można wyprowadzać konkluzję w kwestii wprowadzenia rozszerzonych uprawnień rady nadzorczej, określanych

²⁵ Zdaniem A. Kidyby, Kodeks spółek handlowych po piętnastu latach. Kilka refleksji, (w:) J. Frąckowiak (red.), Kodeks spółek handlowych po piętnastu latach obowiązywania, Warszawa 2018, s. 241, w omawianym zakresie zdecydowanie atrakcyjniejszy jest model monistyczny, zważywszy na fakt, że członkowie rady dyrektorów, mający status zarządców i nadzorujących, muszą mieć ten sam poziom wiedzy o spółce i system ten jest w większym stopniu oparty na współpracy członków tego organu. Ten temat wymagałby osobnego opracowania, ale warto zauważyć, że przykładowo dynamikę rozwoju zarządu w Chinach komplikuje fakt, że pomimo jego wspólnych obowiązków powierniczych lojalności i rzetelności wobec spółki (art. 147 Prawa spółek), dyrektorzy mianowani przez akcjonariuszy i niezależni dyrektorowie wyraźnie mają różne lub konkurujące ze sobą programy i cele; szerzej: J. Allen, L. Rui (red.), *Awakening Governance. The evolution of corporate governance in China*, ACGA China CG Report 2018, s. 57.

²⁶ Problemem tu pozostaje interpretacja art. 385¹ Kodeksu spółek handlowych, zakazującego wydawania wiążących poleceń przez walne zgromadzenie i radę nadzorczą.

²⁷ M. Żak, *Corporate governance w XXI wieku – w stronę instytucjonalizacji nowego paradygmatu prawa handlowego?*, PPH 2019, nr 5, s. 21.

²⁸ W. W. Bratton, S. M. Sepe, *Corporate Law and the Myth of Efficient Market Control*, Institute for Law and Economics Research Paper No. 19–21, Pennsylvania 2019, s. 48.

²⁹ Przepis ten stanowi, że walne zgromadzenie i rada nadzorcza nie mogą wydawać zarządowi wiążących poleceń dotyczących prowadzenia spraw spółki.

czasem jako jej uprawnienia menadżerskie³⁰. Do takich możliwości odniósł się Naczelny Sąd Administracyjny³¹. Stwierdził m.in., że „W świetle brzmienia przepisu art. 382 Kodeksu spółek handlowych nie sposób podzielić stanowiska, że zasiadanie w radzie nadzorczej spółki „sprowadza się do wizyty w spółce nie częściej niż raz w miesiącu i nie rzadziej niż raz na trzy miesiące”, a kontrola zarządu „w praktyce ogranicza się do nieprzeszkadzania w bieżącej działalności spółek i ograniczeniu nadzoru do minimum”. Niewątpliwie, na co zwróciła uwagę Krajowa Rada Notarialna skarżąca w niniejszej sprawie, zadania rady nadzorczej w spółkach prawa handlowego kryją się w szeroko rozumianej działalności nie tylko nadzorczej, ale także doradczej. Akuratnie tego typu działalności służą wszelkiego rodzaju opinie rady nadzorczej wyrażane dla zarządu spółki. Rada nadzorcza spółki reprezentuje ją również w sporach z członkami zarządu i, mimo, że są to sytuacje wyjątkowe³², to jednak tego rodzaju aktywność rady jest wprost działalnością handlową i przemysłową, gdyż wiąże się z bezpośrednim kierowaniem spółką (w konkretnej sprawie).

Współczesne zarządzanie wartością spółki i nadzór nad nim wymaga kreatywności jednych i drugich, wychodzenia przez nich poza utarte szlaki. Zarządzanie korporacją, zwłaszcza w warunkach postępującej globalizacji i walki konkurencyjnej o klienta powinno być ukierunkowane na możliwość wykorzystywania w kierowaniu organizacją nowoczesnych strategii, w których zasadnicze miejsce przysługuje innowacyjnym projektom oraz diagnozom wychodzącym naprzeciw społecznym oczekiwaniom i potrzebom organizujących się ludzi w formę spółki kapitałowej. Innowacyjność jest motorem rozwoju gospodarczego obciążonym jednak ryzykiem, którego

³⁰ Zob. interpretację art. 384 § 1 Kodeksu spółek handlowych dokonaną przez O. Górnik, *Odpowiedzialność karna menedżerów*, Toruń 2004, s. 45.

³¹ W argumentacjach przedstawionych w wyroku z dnia 19 grudnia 2018 r., sygn. II GSK 4616/16.

³² Jako przykład złotych standardów współpracy zarządu z radą nadzorczą R. L. Kwasiński, A. Nałazek (*Rada nadzorcza jako partner w budowaniu wartości spółki*, *Gazeta Giełdy i Inwestorów Parkiet* dnia 20 lipca 2018 r.) wskazują na uczestniczenie członków zarządu w posiedzeniach tego ostatniego organu i jako cel wspólne wypracowanie decyzji, niezależnie od tego, jakie decyzje podejmie zarząd. „Taki model jest antytezą dla niekiedy mającego miejsce stanu, w którym członkowie rady nadzorczej mają kontakt z zarządem wyłącznie, o ile w ogóle, podczas kilku posiedzeń w roku i dyskutują nad projektami uchwał, które wraz z materiałami otrzymali na kilka dni przed formalnym spotkaniem i nie mieli możliwości merytorycznej dyskusji, w tym z zarządem, przed posiedzeniem”. Faktycznie zmiana podejścia do kwintesencji nadzoru w praktyce funkcjonowania spółek kapitałowych uzależniona jest w znacznym stopniu od dojrzałości naszego rynku kapitałowego i wychodzenia naprzeciw wyzwaniom nowoczesnych koncepcji gospodarczych.

racjonalne ramy trudne są do wyznaczenia z góry. Dla zmierzenia się z nim potrzebni są mandatariusze, profesjonalnie przygotowani i dysponujący stosownym doświadczeniem do pełnienia funkcji członka organu oraz powinny być jednocześnie stworzone odpowiednie warunki normatywne i pozanormatywne (klimat społeczny) dla bezpiecznego ich działania. Na przeciw takim wyzwaniu wychodzi koncepcja biznesowej oceny sytuacji (*business judgment rule*). W wielu porządkach krajowych funkcjonuje ona z powodzeniem na podstawie ram wyznaczonych normatywnie lub źródła prawa miękkiego. Skuteczne powoływanie się na niniejszą zasadę w jej modelowym kształcie wymaga łącznego spełnienia pozostających ze sobą w ścisłym związku zasadniczych przesłanek. Najkrócej ujmując, dotyczą one dochowania zawodowej staranności i lojalności wobec zarządzanej spółki. Warunkiem jej zastosowania jest racjonalne przekonanie, podejmującego taką decyzję, że działa w najlepszym interesie spółki i nie pozostaje z nią w konflikcie. W tym zamkniętym zbiorze warunków znajduje się też zasadniczy, merytoryczny wymóg opierania decyzji biznesowej oceny sytuacji na dostatecznych do jej podjęcia, dostępnych w danym czasie i miejscu informacjach, przy czym podejmowanie ryzyka musi mieścić się w granicach przyznanej kompetencji i w okolicznościach, gdy istnieją alternatywne możliwości rozwiązania określonej kwestii³³. W koncepcji tej szczególnie akcent kładziony jest na duży zakres autonomicznego działania przez podejmującego takie wyzwanie.

Z punktu widzenia podstawowych założeń, na jakich zasadza się *business judgment rule*, za kluczowe należy uznać otoczenie parasolem ochronnym członka organu na wypadek niepowodzenia postawionej przez niego diagnozy danej sytuacji czy też decyzji biznesowej³⁴. Inaczej mówiąc, irrelevantne z punktu widzenia odpowiedzialności będą skutki podjęcia takich działań przez członka organu, jeżeli spełnione zostały wszystkie podniesione już przesłanki zastosowania *business judgment rule*³⁵. Ocena zasadności biznesowej oceny sytuacji czy podjętej decyzji,

³³ Zob. przykładowo Judgment of the High Court of Justice of England and Wales z dnia 30 marca 2020 r., sprawa ArcelorMittal USA LLC v. Essar Steel Ltd. ICC Case No. 22187/RD/MK. Rodzi się tu pytanie, czy dyrektorzy spółki mogą polegać na zasadzie oceny biznesowej w obliczu niezastosowania się do porady profesjonalnego doradcy.

³⁴ W kwestii skuteczności ochrony zarządców związanej z podejmowaną przez nich decyzją biznesową, o której tutaj mowa, a nie z jej ewentualnymi, późniejszymi negatywnymi skutkami dla spółki, zob. uwagi J. G i e z e k, T. K a c z m a r e k, Przeciwno ustawowej regulacji kryteriów obiektywnego przypisania skutku, PiP 2013, nr 5, s. 79 i n.

³⁵ Osobnym tematem jest działanie na rzecz optymalizacji podatkowej, por. jednak T. K i n d e r, Why the UK tax authority is accusing General Electric of a \$1bn fraud, The Financial Times, 4 sierpnia 2020.

odnoszona jest do prawidłowości procesu *ex ante*, a nie pod kątem sankcjonowania trudnych do przewidzenia w momencie stawiania diagnozy ewentualnych niekorzystnych dla spółki skutków w rozumieniu *ex post*. Zwłaszcza w odniesieniu do projektów innowacyjnych nieznajdujących oparcia w dotychczasowych osiągnięciach nauki i techniki skala tej niepewności może być duża, ale bez podejmowania ryzyka niemożliwy byłby jakikolwiek rozwój i postęp ludzkości. Zróżnicowane są stanowiska w kwestii możliwości skutecznego powoływania się przez członka zarządu na *business judgment rule de lege lata*. Zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny istnieje już obecnie możliwość wdrażania omawianej koncepcji bez konieczności ingerencji ustawodawczej, ponieważ podstawowe przesłanki jej zastosowania wypływają z zasad określonych przepisami Kodeksu spółek handlowych³⁶, z dochowaniem wymogów zawodowej staranności i uczciwości wobec spółki. Jednak dominujący dzisiaj jeszcze pozytywistyczny model sądowej wykładni podstaw odpowiedzialności członków organów zarządczo-nadzorczych za szkodę spółki³⁷ pozwala mieć wątpliwości, co do dojrzałości kultury prawnej *de lege lata* stosowania nowoczesnej strategii zarządzania w praktyce³⁸.

Za legalizacją konstrukcji *business judgment rule* opowiada się wielu autorów³⁹. Proponowane zmiany miałyby polegać na wprowadzeniu do

³⁶ M.in. P. Błaszczyk, Koncepcja „biznesowej oceny sytuacji” na tle prawa polskiego (uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*), PiP 2012, nr 3, s. 87; I. Gębusia, Interes spółki w prawie polskim i europejskim, Warszawa 2015, s. 195; J. Okoński, J. Modrzejewski, Ł. Gasiński, Odpowiedzialność członków zarządu w spółkach kapitałowych – miernik staranności, (w:) A. Nowicka (red.), Księga pamiątkowa prof. S. Sołtysińskiego, Poznań 2005, s. 505; W. Popiołek, (w:) J. A. Strzępka (red.), Kodeks spółek handlowych. Komentarz, Warszawa 2012, s. 1184. Zob. też A. Opalski, K. Oplustil, Niedochowanie należytej staranności jako przesłanka odpowiedzialności cywilnoprawnej zarządców spółek kapitałowych, PPH 2013, nr 3, s. 20 i n.

³⁷ W Polsce jest jeszcze silna tradycja pozytywistyczna w orzecznictwie i myśleniu prawniczym, co stoi w opozycji do refleksyjnego modelu i jego tworzenia, interpretacji i stosowania; szerzej: M. Żak, O możliwych zastosowaniach idei *good governance* w naukach prawnych i praktyce prawniczej, PiP 2019, nr 9, s. 62 i n.

³⁸ Poszukiwanie podstawy odpowiedzialności członków organu zarządu lub nadzoru w naruszeniu konkretnych przepisów Kodeksu spółek handlowych pozostawia poza zakresem funkcjonowania wiele przypadków naruszenia reguł staranności zawodowej ze szkodą dla spółki. Zdaniem W. J. Katnera, (w:) M. Stec (red.), Prawo umów handlowych, System Prawa Handlowego, tom 5a, Warszawa 2020 (s. 590) rozumiała i godna poparcia jest idea autorów, którzy nie chcą uznać nieodpowiedzialności cywilnej członków organów spółki doprowadzających swoim zachowaniem do jej szkodenia. Trafnie też przyjmuje, że mają oni też rację, twierdząc, że nie taka mogła być intencja ustawodawcy uchwalającego odpowiednie przepisy Kodeksu spółek handlowych.

³⁹ Za legalizacją instytucji *business judgment rule* w naszym porządku opowiada się wielu przedstawicieli doktryny, zob. m.in. B. Jagura, Rola organów spółki kapitałowej

kodeksu spółek handlowych tej koncepcji jako zasady chroniącej członków omawianego organu przed odpowiedzialnością za szkodę wynikającą z biznesowej decyzji lub postawionej diagnozy dla spółki, jeżeli z perspektywy *ex ante* ich zachowania odpowiadały wszystkim warunkom, o których była tutaj mowa. Zasada biznesowej oceny sytuacji została włączona do regulacji dotyczącej Prostej Spółki Akcyjnej. Mający tu zastosowanie art. 300¹²⁵ w § 1 stanowi, że członek organu spółki odpowiada wobec niej za szkodę „wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania swoich obowiązków, w tym z niedołożenia należytej staranności wynikającej z zawodowego charakteru jego działalności lub niedochowania lojalności wobec spółki, chyba że nie ponosi winy”⁴⁰. Statuuje ją § 2 tego artykułu stanowiący, że członek organu „nie narusza obowiązku dołożenia należytej staranności, jeżeli, postępując w sposób lojalny wobec spółki, działa w granicach uzasadnionego ryzyka gospodarczego, w tym na podstawie informacji, analiz i opinii, które powinny być w danych okolicznościach uwzględnione przy dokonywaniu starannej oceny”. Rodzą się tutaj istotne wątpliwości, dlaczego wskazana instytucja została wprowadzona jedynie w odniesieniu do spółki prostej, konstrukcji notabene jeszcze niesprawdzonej w praktyce, a nie objęto nią spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjnej. W uzasadnieniu projektowanych zmian podniesiono⁴¹ m.in., że zmiana została podyktowana dostrzeżeniem faktu, że ryzyko jest jednym z zasadniczych elementów prowadzenia działalności gospodarczej. Dzięki jego podejmowaniu spółki mogą osiągnąć korzyści z wprowadzenia innowacji i z podejmowania działalności w nowych obszarach⁴². Aby regulacja nie pozostawała martwą literą, a wręcz przeciwnie, mogła przyjmować realny kształt, przywrócić należałoby najpierw właściwy status reżimowi odpowiedzialności cywilnoprawnej członków organu w konstrukcji ustrojowej prawa spółek. Polegać miałyby to zwłaszcza na wyraźnym przesądzeniu ich odpowiedzialności z tytułu niedochowania należytej staranności ze szkodą dla spółki członka organu, z drugiej zaś stanowić powinno podstawę jego nobilitacji, nadania mu swoistego „immunitetu” w przypadku dochowania zawodowej

w realizacji funkcji *compliance*, Warszawa 2017, s. 218 i n.; A. Opalski i K. Oplustil, *Niedochowanie...*, s. 21 i n.; K. Oplustil, *Instrumenty...*, s. 916 i n.; M. Romanowski, *Natura spółki...*, s. 85 i n.; W. J. Katner, (w:) *Prawo...*, s. 595 i n.

⁴⁰ Krytyczne oceny wskazanego rozwiązania ze względu na brak jego spójności z przepisami Kodeksu spółek handlowych odnoszącymi się do spółek kapitałowych (art. 293 i 483) przedstawia W. J. Katner, (w:) *Prawo...*, pkt 5.3.6.2, s. 588.

⁴¹ Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 20 lipca 2020 r...

⁴² Trafnie postuluje m.in. W. J. Katner, (w:) *Prawo...*, s. 595 potrzebę rozszerzenia zasady *business judgment rule* na wszystkie spółki kapitałowe.

staranności nie tylko zresztą przy podejmowaniu decyzji biznesowej, ale także przez realnie sprawowany nadzór nad spółką⁴³.

Profesjonalizm członków organu nadzoru jako wartość trudna do przecenienia

Trafne wydają się, wzmiankowane już w tych rozważaniach, propozycje reform strukturalnych Kodeksu spółek handlowych odnoszone do spółek kapitałowych w zakresie wymogów zawodowego przygotowania członków rady nadzorczej do pełnienia funkcji oraz zwiększenia ich kolegialnej i indywidualnej aktywizacji⁴⁴. Nowelizacja zmierzająca w tym kierunku miałyby się przekładać na podnoszenie jakości profesjonalnego nadzorowania⁴⁵. Dysponujący „na wejściu” stosowną wiedzą i doświadczeniem członkowie rady nadzorczej mogliby skuteczniej oddziaływać na właściwy dobór kadry zarządzającej w spółce. Aktualnie niejednokrotnie spotykamy się z praktyką wyrażającą się tym, że nieprofesjonalni członkowie nadzoru oceniają przydatność zawodową (profesjonalizm) zarządców⁴⁶. Należy w tym miejscu nadmienić, że o wyborze modelu nadzorczo-zarządczego zasadniczo przesądza gremium właścicielskie. W ramach posiadanej przez nie kompetencji władczych może ono nadawać stosunkowo dużą autonomię zarządowi, prowadząc nawet do zdominowania spółki przez organ wykonawczy albo też preferować środki ograniczające taką autonomię, między innymi przez rozszerzanie w umowach spółki (statucie) zakresu czynności, które dla swej skuteczności wymagają będą zgody grona właścicielskiego albo rady nadzorczej⁴⁷.

⁴³ A. Opalski, K. Oplustil, *Niedochowanie...*, s. 23 i n.

⁴⁴ W świetle niektórych regulacji szczegółowych ta aktywność ma charakter bezwzględny. Przykładowo rzecz ujmując, z art. 4 ust. 1 Ustawy o rachunkowości wynika, że rada nadzorcza nie jest jedynie organem następczo dokonującym kontroli i oceny sprawozdania finansowego bez wpływu na jego kształt, ale uczestniczy ona w procedurach sporządzania sprawozdania finansowego, jak i również z działalności spółki, tak T. Pietrzyk, *Odpowiedzialność karna menedżerów spółek handlowych*, Warszawa 2020, rozdział III pkt VI.

⁴⁵ L. Kozioł, *Kontrakty menadżerskie we współczesnych nurtach nadzoru korporacyjnego*, *Zarządzanie i finanse* 2013, nr 2, s. 246. Niektórzy autorzy, moim zdaniem trafnie, do przypadków niedochowania zawodowej staranności zaliczają objęcie stanowiska członka rady nadzorczej, mimo braku ku temu kwalifikacji lub doświadczenia, A. Szajkowski, (w:) S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2005, tom 2, s. 769.

⁴⁶ Na temat oczekiwań wobec nich J. Frost, J. Eyers, *Let's get real on director duties: Westpac chairman*, *Financial Review* 5 czerwca 2020.

⁴⁷ Ł. Gasiński, *Pozycja zarządu w modelu ładu korporacyjnego spółki akcyjnej na tle wybranych orzeczeń*, (w:) *Efektywność zarządzania i nadzoru w spółce handlowej*, pod red. K. Bilewskiej, Warszawa 2018, s. 178.

Warto podkreślić w powyższym kontekście, że w uzasadnieniu projektu⁴⁸ dotyczącego zgrupowania spółek akcent położono na cele regulacji. M.in. stwierdzono, że dla wzmocnienia kontroli rady nadzorczej nad majątkiem spółki proponuje się rozszerzenie kompetencji tego organu nadzoru w art. 220¹, art. 300⁶⁹ oraz art. 384¹ projektu Kodeksu spółek handlowych o konieczność uzyskania jego zgody na zawarcie przez spółkę transakcji ze spółką dominującą, spółką zależną lub spółką z nią powiązaną, jeżeli wartość rzeczowej czynności przekracza próg wskazany w omawianym akcie normatywnym, albo odpowiednio przewidziane w umowie (statucie) spółki. Umieszczenie obowiązku uprzedniego uzyskania komentowanej zgody skutkuje tym, iż ewentualne przeprowadzenie omawianych czynności, z pominięciem decyzji rady nadzorczej, obarczone pozostawałyby sankcją nieważności (por. art. 17 Kodeksu spółek handlowych). Według projektodawców uregulowanie normatywne grup spółek „umożliwi usprawnienie funkcjonowania tych przedsiębiorców, którzy działają z wykorzystaniem złożonych struktur korporacyjnych. To zaś powinno przyczynić się do poprawy konkurencyjności i wyników polskich przedsiębiorstw oraz atrakcyjności inwestycyjnej kraju”.

Wymogi profesjonalizmu członków organu nadzorczego mają niewątpliwie znaczenie dla prawidłowego weryfikowania przez nich składu kadry zarządzającej. W przepisach kodeksu spółek handlowych jest szereg rozwiązań wyraźnie ukierunkowanych na zabezpieczenie w praktyce odpowiedniego do potrzeb danej korporacji doboru. Praktyka pozostaje sprawdzianem funkcjonowania tych mechanizmów. U nas jednak niejednokrotnie nie kładzie się punktu ciężkości na jej doskonalenie, m.in. przez skuteczne sankcjonowanie odpowiedzialności z tytułu niedochowania wymaganych standardów ze szkodą dla spółki, a zbyt często dokonuje się nowelizacji przepisów w przekonaniu o automatycznych, pozytywnych skutkach dokonanej zmiany. Powyższa uwaga wpisuje się m.in. w treść komentarzy odnoszonych do jednej z ostatnich nowelizacji przepisów Kodeksu spółek handlowych przyjętych ustawą z dnia 16 grudnia 2016 r.⁴⁹ W jej ramach dodano do art. 201 i art. 368 tego kodeksu paragrafy piąte. Pierwszy z wymienionych, mający zastosowanie do spółek z ograniczoną odpowiedzialnością stanowi, że uchwała wspólników lub umowa spółki może określać wymagania, które powinni spełniać kandydaci na stanowisko członka zarządu. Rodzić się muszą wątpliwości co do

⁴⁸ Ustawy z dnia 20 lipca 2020 r...

⁴⁹ Przepisy wprowadzające ustawę o zasadach zarządzania mieniem państwowym, Dz. U. z 2016 r. poz. 2260.

konieczności wprowadzonej zmiany⁵⁰. Należy nadmienić, że także przed jej dokonaniem żaden przepis nie ograniczał swobody wspólników w tym przedmiocie. Zachowują zresztą aktualność paragrafy czwarte wskazanych przepisów, które stanowią, że członek zarządu jest powoływany i odwoływany uchwałą wspólników (akcjonariuszy), chyba że umowa (statut) spółki stanowi inaczej⁵¹. Wprowadzona zmiana spotykała się przeważnie z krytycznymi ocenami doktryny⁵². Zdaniem niektórych autorów⁵³ można byłoby tu jeszcze usprawiedliwić wprowadzenie art. 368¹ Kodeksu spółek handlowych ze względu na potrzebę wzmocnienia pozycji walnego zgromadzenia w spółce akcyjnej. Przedmiotowa uchwała (bądź statut lub umowa spółki) może określać, że członek zarządu jest powoływany przez radę po przeprowadzeniu postępowania kwalifikacyjnego. Z powyższego wynikają możliwości ograniczenia w praktyce pozycji rady nadzorczej przez zgromadzenie wspólników (walne zgromadzenie akcjonariuszy⁵⁴) w zakresie ustalania zasad i trybu przeprowadzenia odpowiedniego postępowania⁵⁵ związanego z naborem, określeniem wa-

⁵⁰ Krytycznie A. Szumański, Nowe regulacje prawne spółek z udziałem Skarbu Państwa z uwzględnieniem zmian w kodeksie spółek handlowych obowiązujących od 1 stycznia 2007 r., PPH 2017, nr 3, s. 12 i n. Por. regulacje szczególne, np. Rozporządzenie Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 24 listopada 2020 r. w sprawie wymogów stosowanych wobec członków zarządu i rady nadzorczej spółki prowadzącej rynek regulowany oraz trybu i warunków postępowania w zakresie utrzymywania i doskonalenia ich wiedzy i kompetencji, Dz. U. z 2020 r., poz. 2100.

⁵¹ Za warte zauważenia należy uznać negatywne uwagi doktryny w kwestii dokonywania w przeszłości częstych nowelizacji Kodeksu spółek handlowych. A. Szumański (Nowelizacje kodeksu spółek handlowych w okresie od 2013 do 2017 r., (w:) J. Frąckowiak (red.), Kodeks spółek handlowych po 15 latach obowiązywania, Warszawa 2018, s. 348 i n.) stwierdza m.in., że sam proces tworzenia wielu nowelizacji tego aktu, które w zasadzie niczego merytorycznie nie wnoszą, a ich brak nie wpływa niekorzystnie na praktykę stosowania Kodeksu spółek handlowych, należy ocenić negatywnie. Polityka ta godzi w zasadę bezpieczeństwa obrotu prawnego i gospodarczego.

⁵² A. Szumański (Nowe regulacje..., s. 12 i n.) mówi się wręcz o tworzeniu zbędnych bytów.

⁵³ P. Pinior, Powoływanie i wynagradzanie członków organów spółki kapitałowej w świetle nowych regulacji prawnych, (w:) J. Frąckowiak (red.), Kodeks spółek handlowych po 15 latach obowiązywania, Warszawa 2018, s. 687.

⁵⁴ Szerzej L. Kozirowski, Przewodniczący walnego zgromadzenia – między prawem a praktyką, X Otwarte Posiedzenie Naukowe Katedry Prawa Handlowego, K. Biłewska, K. Osajda (red.), Google Meet 28 września 2020 r. oraz Projekt zmian „Dobrych Praktyk Spółek Notowanych na GPW 2021”.

⁵⁵ Paragraf 1 art. 368 Kodeksu spółek handlowych stanowi, że uchwała wspólników lub umowa spółki może określać, że członek zarządu jest powoływany przez radę nadzorczą po przeprowadzeniu postępowania kwalifikacyjnego, natomiast § 2, że w tym przypadku uchwała wspólników lub umowa spółki może także określać szczegółowe zasa-

runków konkursowych, w tym wymogów co do profesjonalnego przygotowania (wykształcenia) i posiadanego doświadczenia zawodowego⁵⁶. W instytucjach finansowych z reguły wymagane jest dotychczasowe doświadczenie uzyskane w tej branży.

Postulowany przez doktrynę profesjonalizm członków rady nadzorczej, przekładający się na staranność zawodową, należy postrzegać w szerokim kontekście. Ma on niewątpliwie znaczenie dla procedury administracyjnej odnoszonej do spółek, które prowadzą działalność w sektorze usług finansowych (m.in. bankową, ubezpieczeniową). W ramach nadzoru publicznoprawnego nad tym rynkiem Komisja Nadzoru Finansowego dokonuje weryfikacji dwóch kandydatów na funkcje członków zarządu w spółkach prowadzących tego rodzaju działalność. Procedurę zgody Komisji poprzedza wewnętrzzkorporacyjna, wstępna ocena sylwetki kandydata. Dokonuje jej rada nadzorcza.

Zważywszy na fakt, że środki zewnętrznego nadzoru stanowią ingerencję w wolność podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej nie powinny one wychodzić poza to, co konieczne i uzasadnione w danej sferze regulacyjnej. Istotną kwestią pozostaje tutaj osiągnięcie za ich pomocą pożądanego efektywności i korzyści społecznych z dobrego zarządzania⁵⁷. Stąd tak ważny wpływ na ich stosowanie wywierać powinno prawidłowe współdziałanie organu prawa publicznego z wewnętrznym nadzorem. W tym miejscu warto przywołać Stanowisko Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego⁵⁸, skupione na roli, jaka przy dokonywaniu naboru przypada radzie nadzorczej. Komisja za niedopuszczalne uważa nie tylko zaniechanie przez nią starannego przygotowania wstępnej oceny kandydata na członka zarządu, ale także praktyki polegające na udostępnieniu organowi nadzoru zewnętrznego nieudokumentowanych lub

dy i tryb przeprowadzania postępowania kwalifikacyjnego na stanowisko członka zarządu. Szerzej P. Piniór, Powoływanie i wynagradzanie..., s. 685 i n.

⁵⁶ Skoro gremium właścicielskie posiada tak duży wpływ na wybór zarządców, to powinno się tutaj stosować odpowiednio konsekwencje związane z winą w wyborze. A. Śmieja, Wina i szkoda jako przesłanki odpowiedzialności z art. 430 Kodeksu cywilnego, (w:) J. Jezioro, K. Zagrobelny (red.), Wybrane zagadnienia polskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa ku czci dra J. Kremisa i dra J. Strzebińczyka, Warszawa 2019, s. 202 i n.

⁵⁷ La rentabilité n'est pas le but de l'entreprise et de l'activité commerciales, mais un facteur limitatif. Le profit n'est ni l'explication, ni la cause ni le mobile des décisions et des comportements dans les affaires, mais la mise à l'épreuve de leur validité, N. Notat, J.-D. Senard, Rapport..., s. 17.

⁵⁸ Skierowane do rad nadzorczych banków w sprawie przestrzegania wymogów w zakresie oceny odpowiedności członków zarządu, Warszawa, 29 października 2018 r.

niespełniających innych wymogów danych⁵⁹. Aby były one pomocne w procedurze weryfikacji zewnętrznej, powinny być rzetelne i kompletne, z zastrzeżeniem poszanowania przy ferowaniu ocen zasady proporcjonalności⁶⁰, mającej zresztą umocowanie konstytucyjne. Wewnątrz korporacyjna ocena „ma mieć charakter realny i konkretny”, uwzględniająca zarówno argumenty za, jak i ewentualnie – jeżeli takie występują – przeciw danej kandydaturze⁶¹ w rozumieniu ustawy Prawo bankowe oraz Wytocznych Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego i Europejskiego Urzędu Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych⁶². Jako naganne, sprzeczne z wymogami ładu korporacyjnego traktowane są praktyki fikcyjnego uzasadnienia kandydatury i działania w okolicznościach, gdy faktycznie decyzje zostały podjęte wcześniej⁶³, bez rzetelnej weryfikacji, czasem z istotnym naruszeniem procedury. Jest to niebezpieczna praktyka, szkodliwa zwłaszcza z punktu widzenia ochrony reguł uczciwego obrotu, potrzeb budowania kultury prawniczej⁶⁴, jak i organizacyjnej⁶⁵ w biznesie.

⁵⁹ W niektórych aktach normatywnych regulujących niniejszą materię statuowany jest wymóg posiadania wykształcenia wyższego lub określonego doświadczenia (praktyki), zob. zmiany wprowadzone ustawą z dnia 1 marca 2018 r. o zmianie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi oraz niektórych innych. Zgodnie z nowym brzmieniem art. 25 wymagane jest od członków zarządu wykształcenie wyższe oraz co najmniej trzyletni staż pracy.

⁶⁰ Za ceną wskazówkę zawartą w tym dokumencie należałoby uznać zwrócenie uwagi na fakt, że sylwetka kandydata ma nie uchybiać modelowi realnemu, jaki przyszedł zarządca ma sprostować. Nie chodzi tu jednak o stawianie poprzeczki, która w praktyce jest nie do zrealizowania.

⁶¹ R. Stefanicki, *Należyta...*, s. 237 i n.

⁶² Z dnia 21 marca 2018 r. w sprawie oceny odpowiedności członków organu zarządzającego i osób pełniących najważniejsze funkcje, EBA/GL/2017/12. Trafne wydaje się uwzględnienie kategorii odpowiedności członków omawianego organu, ponieważ pozwala ono szyć na konkretną potrzebę wymogi, jakie spełniać powinien w tych instytucjach członek zarządu.

⁶³ Komisja Nadzoru Finansowego uznaje za niedopuszczalne powoływanie na stanowiska członków zarządu, a także przedstawianie jej do akceptacji kandydatów w sposób oczywisty niespełniających kryteriów odpowiedności. Istotny problem, który powinien być jak najszybciej rozwiązany, dotyczy wprowadzenia normalnego wymogu profesjonalizacji rad nadzorczych i łączenia niedochowania z ich strony staranności zawodowej z nieodpowiedzialnością.

⁶⁴ Szerzej R. Stefanicki, *Wymogi rzetelności zawodowej członków zarządu spółki kapitałowej. Pensez out-of-the-box. Bouges les lignes, mais restez dans le cadre*, Przegląd Legislacyjny 2020, nr 3, s. 51.

⁶⁵ M. Mroziewski, *Styl zarządzania jako instytucjonalny czynnik kreowania kapitału przedsiębiorczości organizacyjnej. Koncepcja ewolucyjno-normatywna*, Gdańsk 2010, s. 27 i n.; J. Velasco, *A defense of the corporate law duty of care*, *Journal of Corporation Law* 40 2015, s. 655.

Takiego rzetelnego podejścia powinien też trzymać się w praktyce organ weryfikujący sylwetkę zgłoszonego przez nadzór wewnętrzny kandydata. Za przypadkową, negatywną weryfikacją kryją się dramaty ludzkie.

Problem kontroli uchwał podejmowanych przez radę nadzorczą

Kodeks spółek handlowych w miarę przejrzystości normuje kwestie podejmowania uchwał przez walne zgromadzenie wspólników (akcjonariuszy) i ich zaskarżanie w dwóch ustawowych trybach⁶⁶, natomiast w odniesieniu do uchwał pozostałych organów omawianej organizacji już takiej jasności brak. Podejmowanie ich przez organy spółki kapitałowej stanowi jedną z wielu postaci jej organizacji i funkcjonowania w obrocie w sposób normatywnie określony, co daje asumpt do objęcia ich kontrolą pod kątem prawidłowości stosowanych mechanizmów. Rozbieżność stanowisk odnosi się głównie do interpretacji (poszukiwania) rozwiązań, dla których faktycznie zabrakło uregulowań w przepisach Kodeksu spółek handlowych. W świetle opinii prezentowanej przez niektórych przedstawicieli doktryny oraz wcześniejszych judykatów do zaskarżalności uchwał zarządu i rady nadzorczej należy stosować w drodze analogii regulacje mające zastosowanie do uchwał walnego zgromadzenia. Taki pogląd został przedstawiony między innymi przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 stycznia 2009 r., w którym przyjął, że skoro w kodeksie spółek handlowych nie została uregulowana kwestia kontroli uchwał tych organów ani w reżimie wewnątrz korporacyjnym, ani na drodze sądowej to staje się uzasadnione sięganie w drodze analogii do środków zaskarżania uchwał zgromadzenia gremium właścicielskiego. W świetle tego stanowiska zaskarżanie jednych i drugich na tych samych zasadach gwarantowałoby stabilność funkcjonowania spółki i bezpieczeństwo obrotu. Orzeczenie to spotkało się ze zróżnicowanymi komentarzami, przeważnie krytycznymi, w których akcent kładziony jest między innymi na brak normatywnej podstawy dla sięgania do analogii. W wyroku z dnia 18 lutego 2010 r. Sąd Najwyższy przyjął, że o dopuszczalności analogii – poza przypadkami wskazania na nią wprost przez ustawodawcę – decyduje wystąpienie luki w prawie. Taka zaś w odniesieniu do ocenianego stanu prawnego nie ma miejsca. Z kolei w orzeczeniu z dnia 18 września 2013 r. Sąd Najwyższy uznał, że uchwały zarządu, rady nadzorczej i komisji rewizyjnej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

⁶⁶ Chociaż wykładnia sądowa podważania tych uchwał w dwóch trybach nie oddaje celów, jakie towarzyszyły ustawodawcy w momencie kreowania tych instytucji.

oraz uchwały zarządu i rady nadzorczej spółki akcyjnej podlegają skarżeniu w drodze powództwa o ustalenie na podstawie art. 189 Kodeksu postępowania cywilnego w związku z art. 58 Kodeksu cywilnego, przy czym przedmiotowe powództwo nie statuuje nowych praw, ale ustala ich obiektywne istnienie lub brak po stronie wnoszącego o rozstrzygnięcie. Trudno jednak byłoby uznać takie rozwiązanie za zadowalające, zwłaszcza z punktu widzenia potrzeby niezbędnego zabezpieczenia sprawnego funkcjonowania korporacji w obrocie. Należy zatem przyjąć, że w tej materii mamy do czynienia z nieadekwatnością obowiązującej regulacji do potrzeb obrotu.

Krytyczne uwagi⁶⁷ przynajmniej częściowo dotyczą także projektów zmian przepisów Kodeksu spółek handlowych, mających usprawnić działalność spółek i zwiększyć przejrzystość ich funkcjonowania. Trafne wydaje się stanowisko przedstawione w literaturze przedmiotu, wskazujące na brak konsekwencji w potraktowaniu niektórych rozwiązań, m.in. odnoszących się do protokołów zarządu i rady nadzorczej z podejmowanych uchwał. Dostrzega się m.in. mankament odnoszony do rezygnacji z protokołowania zdań odrębnych. Wystarczy je tylko „zaznaczyć” w protokole wraz z „ewentualnym umotywowaniem”. Wyrażenie stanowiska odrębnego ma istotne znaczenie dla poszukiwania ochrony przez jego autora. Proponowana korekta może wydatnie osłabić pozycję członka zarządu lub rady nadzorczej zgłaszającego *votum separatum*⁶⁸. Tymczasem wyrażenie stanowiska odrębnego jest silnym argumentem za wyłączeniem odpowiedzialności zgłaszającego za szkodę wyrządzoną spółce w następstwie przyjętej uchwały i ma niewątpliwe znaczenie dla procedury obrony przed sądem⁶⁹.

⁶⁷ A. S. Nartowski, Protokół, czarna skrzynka spółki, Gazeta Giełdy i Inwestorów Parkiet z dnia 18 sierpnia 2020 r.

⁶⁸ Jednak w kwestii uwolnienia od odpowiedzialności wobec spółki członka organu, który wyraził sprzeciw, brak w piśmiennictwie stanowiska jednolitego, zob. uwagi w tym zakresie: J. Potulski, (w:) Kodeks karny. Komentarz, pod red. R. Stefańskiego, Warszawa 2020, komentarz do art. 308 Kodeksu karnego, pkt C Odpowiedzialność za działania podejmowane kolegiálně.

⁶⁹ A. S. Nartowski (Protokół...) przyrównuje protokoły zarządu i rady nadzorczej do czarnych skrzynek w samolotach, a więc ich funkcje postrzega w kategoriach możliwości rzetelnych badań i ustalenia konsekwencji między innymi fałszerstw uchwał rady nadzorczej, fikcyjnych umów itp. Ich niedochowanie pokazuje skalę nieprawidłowości w posiedzeniach i uchwałach omawianych gremiów. Potwierdzają to opisane sprawy, m.in. zaakceptowana przez radę nadzorczą emisja akcji z prawem poboru zamieniła się poprzez sfalszowanie uchwały w emisję kierowaną akcji serii D, zob. K. Latk, Były prezes Optimusa zdradza kulisy przekrętu, Parkiet 31 października 2006 r., M. Goralowski, Afera w Optimusie osądzona po dekadzie, Puls biznesu, 1 listopada 2016 r.

Compliance jako mechanizm zabezpieczenia zgodności z prawem funkcjonowania spółki

Podniesiono już w niniejszych rozważaniach, że kreatywne zarządzanie, a także nadzór korporacyjny stają się współcześnie coraz trudniejsze i złożone. Na tę wieloaspektowość problemów składa się zarówno nieznanne w przeszłości rozbudowanie struktur organizacyjnych spółek i innych wielkich korporacji, jak i zmienność współczesnych warunków funkcjonowania przedsiębiorstw w obrocie. W ostatnią z wymienionych wpisuje się problematyka zgodności z prawem, stanowiącym system coraz bardziej rozbudowany i multientryczny, co do źródeł jego stanowienia, interpretacji i stosowania⁷⁰. Nawet trzymanie się tutaj założenia profesjonalnego przygotowania do zarządzania i nadzoru spółką nie jest wystarczające dla bezpiecznego poruszania się we współczesnym obrocie. Naprzeciw tym problemom wychodzi tzw. funkcja zgodności identyfikowana anglojęzycznym terminem *compliance*, jako że została ukształtowana najpierw w systemie Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej. Powołanie do życia niezależnej od korporacji komórki, która służyłaby zapewnieniu zgodności działań organizacji z prawem, stanowiło reakcję na nadużycia w wielkich korporacjach, przyjmujące postać m.in. skandali korupcyjnych, spekulacji giełdowych, prania brudnych pieniędzy oraz naruszania reguł konkurencji. Formalne wdrożenie funkcji zgodności stanowiło refleksję na rzecz poszerzenia komponentów ładu korporacyjnego

Sprawa czekała na zakończenie dziesięć lat, natomiast Sąd Apelacyjny rok później podnosi, że: stwierdzone w toku kontroli instancyjnej uchybienia, w zakresie ocen i ustaleń faktycznych Sądu I instancji – w powiązaniu z koniecznością wszechstronnego rozważenia (po zasięgnięciu wiadomości specjalnych) zarówno zagadnień dotyczących istnienia i wysokości szkody majątkowej, jak i uwarunkowań ekonomicznych motywujących decyzje gospodarcze podjęte przez oskarżonych – wskazują, że niezbędnym jest ponowne rozpoznanie sprawy w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 26 października 2017 r., sygn. II AKa 178/17, LEX nr 2418150. Na uwagę zasługuje artykuł K. Makortoff (Barclays bosses lied about Qatar payments, court told, The Guardian 8 października 2019 r.), w którym Autor, pisząc o jednej ze spraw w Wielkiej Brytanii, zauważa znamiennie, że jest to jedyna sprawa karna w tym kraju, którą wytoczono dyrektorom bankowym za ich działania podczas kryzysu finansowego.

⁷⁰ Zdaniem E. Łętowskiej (Prawo w „płynnej nowoczesności”, PiP 2014, nr 3, s. 7) multientryczność systemu prawa zakłóca dyskurs prawniczy i utrudnia stosowanie prawa. M. Żak (O możliwych..., s. 54) postrzega multientryczny system prawa w kategorii *governance*, opisującej sterowanie procesami społecznymi, natomiast pojęciem *good governance* obejmuje idee zarządzania sprawami społecznymi za pomocą *soft law*, w których mieszczą się kategorie zaufania, partycypacji i transparentności.

i mechanizmu usprawniającego system reagowania na nieprawidłowości występujące w spółkach. Zwłaszcza w związku ze skomplikowaniem form organizacyjno-prawnych prowadzenia działalności gospodarczej i pogłębiającym się zjawiskiem globalizacji w ostatnich latach ustawicznie rośnie znaczenie *compliance*, jako systemu zabezpieczenia zgodności funkcjonowania danej organizacji z obowiązującymi regulacjami prawa, postanowieniami umów, a także z zasadami zawartymi w zbiorach *soft law*. Funkcje komórek zgodności opisuje się w kategorii mechanizmu pełniącego wielce użyteczne role, w tym wręcz modelowego produktu wizerunkowego. Organizacja, która wkomponowała *compliance* w strukturę zarządzania i monitoruje jej funkcjonowanie, budzi większe zaufanie w obrocie handlowym, co przekłada się na zmniejszanie kosztów transakcyjnych. Zasadniczo formalne powołanie do życia niezależnej co do meritum od spółki komórki łączone jest z decyzjami organu wykonawczego korporacji, natomiast monitorowanie jej funkcjonowania sprawuje rada nadzorcza.

Współczesne coraz bardziej złożone kontrakty, wręcz wymuszają konieczność zmierzenia się przez korporację z nowymi typami ryzyk. Z reguły w zarządzaniu spółką wyodrębniano ryzyka finansowe, kredytowe i rynku. Obecnie mamy do czynienia z wielością nowych zagrożeń, do których włączane jest ryzyko prawne. Funkcję zgodności definiuje się szeroko, jako konstrukcję mającą wymiar ochronny, doradczy, w pewnym zakresie korygujący, swoisty mechanizm bezpiecznego zarządzania pod względem prawnym i zgodności z *soft law*⁷¹. W kulturze zachodniej większy niż u nas akcent kładzie się na istotne funkcje zgodności w stymulacji prowadzonej przez różne korporacje działalności gospodarczej, a więc jako jeden z atrybutów osiągania przez nią korzyści ekonomicznych wynikających wprost z promowania *compliance* jako systemu przyjętego przez daną organizację i konsekwentnie monitorowanego. Należy odróżnić dwie różne sytuacje łączone ze wdrażaniem funkcji zgodności. W odniesieniu do niektórych instytucji *compliance* ma charakter obligatoryjny, w pozostałych zaś decyzja w tym przedmiocie należy do organu zarządzającego lub zarządzająco-nadzorczego, czy ze względu na strukturę organizacji, charakter (złożoność) i zakres prowadzonej działalności po-

⁷¹ Faktem jest, że na ostatni z wymienionych wymiar wpływ ma wiele czynników, w tym elementy pozaprawne, zwłaszcza odnoszące się do uwzględniania testów ekonomicznych. Dochowanie wymogów zgodności może być traktowane, jak już wspomniano, jako okoliczność ekskulpacyjna, że członek zarządu nie uchybiał wymogom należytej staranności (B. Jagura, Rola..., s. 284) w rozumieniu art. 293 i 483 Kodeksu spółek handlowych. Zob. też K. Opłustil, Instrumenty..., s. 552.

wołanie takiej komórki jest niezbędne, czy zgodność taką można zabezpieczyć w inny sposób. Jedną z konsekwencji formalnego wdrażania tej konstrukcji do modelu zarządzania i nadzoru są działania ukierunkowane na skuteczne przeciwdziałanie zakładaniu z góry możliwości wystąpienia braku takiej zgodności.

Z funkcją zgodności łączone są konfiguracje unikania ryzyka prawnego. W jego ramach mieści się założenie działania zgodnego z obowiązującym porządkiem. Niezależna od korporacji instytucja zgodności ma zabezpieczyć ją przed negatywnymi konsekwencjami dla prowadzonej działalności zmian otoczenia normatywnego, ryzykami kontraktowymi wiążanymi z treścią umów (niezgodnych z prawem lub interesem prowadzonego przedsiębiorstwa), a także ryzykami sporów, w konfiguracji z postępowaniami sądowymi i administracyjnymi⁷².

Komitet Bazylejski⁷³ zdefiniował ryzyko braku zgodności jako ryzyko prawne lub sankcje regulacyjne, istotne straty finansowe lub utrata reputacji instytucji, wynikające z nieprzestrzegania przepisów prawa, a także regulacji miękkich oraz zasad przyjętych przez korporację. *Compliance* wchodzi w zakres szerszej konstrukcji, jaką stanowi *corporate governance*, przez którą należy rozumieć zasady zarządzania i nadzoru wewnętrznego w spółkach kapitałowych⁷⁴. Na ład korporacyjny⁷⁵ składa się nie tylko potrzeba prawidłowego wykonywania funkcji zarządczych w rozumieniu ścisłym, ale również w jego obszar wchodzi współpraca między poszczególnymi organami i ich członkami na rzecz osiągnięcia celów spółki⁷⁶. W tym mechanizmie ważną rolę przypisuje się wewnętrznemu nadzorowi. Zatem chodzi tutaj o już wspomniane współgranie poszczególnych elementów w funkcjonowaniu organów korporacji, a nie budowanie

⁷² T. Braun, *Unormowania compliance w korporacjach*, Warszawa 2017, s. 199.

⁷³ „The compliance functions in bank” Basel Committee on Banking Supervision, *Compliance and the compliance function in banks*, kwiecień 2005.

⁷⁴ B. Jagura, *Rola...*, s. 37, 45 i n.; M. Śledzikowski, *Skutki prawne udzielenia absolutorium dla członków zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa 2018, s. 11.

⁷⁵ *Corporate governance* jest zdefiniowane jako „maksymalizacja tworzenia wartości dla akcjonariuszy w sposób nieobarczający innych lub całego społeczeństwa nieuzasadnionymi kosztami oraz alokujący ryzyko zgodnie z zasadą, że powinien je ponosić ten, kto odnosi korzyści i jest w stanie w sposób najbardziej efektywny zapobiegać ryzyku”. Tak M. Romanowski, *Natura spółki...*, s. 85. Por. uwagi N. Notat, J.-D. Senard, *Rapport...*, s. 6, 8, 49, 50, gdzie wskazuje się na „*raison d'être*”, a nie „maksymalizację wartości”: „*Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société en référence à la raison d'être de l'entreprise, et veille à leur mise en œuvre, conformément à l'article 1833 du Code civil*”.

⁷⁶ M. Żak, *Corporate...*, s. 21 i n.

między nimi barier⁷⁷. W tym ostatnim kierunku zmięrzają zresztą propozycje reformy prawa spółek ukierunkowane na współgranie ze sobą instrumentów zarządzania i nadzoru.

Compliance materializuje się w wielu powinnościach dotyczących oceny legalności podejmowanych w ramach prowadzonej działalności przez spółki, kontroli nad procesami i ich organizacji. Komórki zgodności mają wspierać niezależnym osądem zarówno organ wykonawczy, jak i rady nadzoru w identyfikacji oraz ocenie ryzyka braku takiej zgodności, jego monitorowaniu, a także zabezpieczeniu efektywności m.in. przez mechanizm rzetelnej sprawozdawczości. W projekcie zmian Kodeksu spółek handlowych⁷⁸ zawarto uprawnienie dla rady nadzorczej do ustanowienia doradcy. Pozostaje jednak do rozstrzygnięcia, jak miałyby się do siebie te instytucje z produktem, jaki stanowi *compliance*. W uzasadnieniu projektu stwierdza się, że za racjonalne należy uznać wyposażenie rady nadzorczej spółki kapitałowej w uprawnienie do samodzielnego wyboru konkretnego podmiotu zewnętrznego, posiadającego wiedzę fachową i kwalifikację, celem zbadania określonych zagadnień dotyczących spółki, z uwzględnieniem jej majątku (projektowane art. 219², art. 300^{71a} oraz art. 382¹ Kodeksu spółek handlowych). Samodzielność rady nadzorczej w tym przypadku oznacza nie tylko zdolność zindywidualizowania przez ten organ podmiotu mającego przeprowadzić właściwe badanie, ale także określenia przedmiotu – wszelkich istotnych ram mających się zrealizować prac analitycznych. Zatem „istotą proponowanego narzędzia jest wyposażenie rady nadzorczej w uprawnienie do reprezentowania spółki w omawianym obszarze wobec podmiotu trzeciego, w tym do złożenia w imieniu spółki odpowiedniego oświadczenia woli kształtującego stosunek prawny nawiązany z doradcą rady nadzorczej.”

Zakończenie

Obserwowany w projektach nowelizacji Kodeksu spółek handlowych i wypowiedziach niektórych przedstawicieli doktryny trend na wzmocnienie

⁷⁷ Z pojęciem *compliance* łączy się także etyczny wymiar prowadzenia biznesu, ponieważ to się obecnie opłaca, zob. P. Luga rd, J. G. Carrier, (w:) Zestaw narzędzi ICC do tworzenia programów przestrzegania prawa konkurencji, Międzynarodowa Izba Handlowa 2013. Dla biznesu najważniejszym argumentem przemawiającym za przestrzeganiem prawa konkurencji jest zgodność z normami etycznymi. Naruszenie prawa konkurencji to nie tylko możliwe wysokie kary finansowe, lecz także narażenie reputacji przedsiębiorcy na poważny uszczerbek.

⁷⁸ Z dnia 20 lipca 2020 r.

nie pozycji rady nadzorczej w spółkach zasługuje na akceptację. Aby wewnątrz korporacyjny nadzór mógł być sprawowany efektywnie, rada posiadać powinna dostateczne gwarancje niezakłóconego opieszałością zarządu dostępu do bieżących informacji o stanie spółki i zachodzących w niej procesach. Z likwidacją asymetrii informacyjnej – niekorzystnej dla jego sprawowania – wiązać należy zabiegi na rzecz wymuszenia profesjonalizacji członków omawianego organu i ich aktywizacji. Nie wydają się trafne opinie, jakoby powoływanie tych funkcjonariuszy stanowiło niczym nieskrępowane władztwo organu właścicielskiego, skoro z momentem powierzenia im mandatu dochowywać muszą zawodowej staranności przy wypełnianiu spoczywających na nich obowiązków (art. 293 i 483 Kodeksu spółek handlowych). Z niedochowaniem wymogów starannego działania, powodującego szkody w spółce, konsekwentnie wiązać się powinny sankcje odszkodowawcze i skuteczna ich egzekucja. Nie ma przesady w ocenie, że słabość tego ostatniego ogniwa stanowi największe zagrożenie dla niesprzecznego z prawem i regułami słuszności prowadzenia działalności gospodarczej w formie organizacyjnoprawnej spółki. Zmienić powinniśmy nasze bariery myślenia o prawie jako autonomicznym, zamkniętym systemie regulacyjnym, aby móc czerpać korzyści z argumentacyjnego modelu, otwartego na cele prawa i wartości, które ono powinno uosabiać.

Towards supervisory boards' stronger role in companies

Abstract

Under provisions of the Commercial Companies Code, which govern the setting up and operating of companies, a supervisory board is to oversee all areas of a company's activity on a constant basis. This general normative instruction should be linked to the axiology of corporate law and effectiveness of internal supervision. The role of supervisory boards in companies is, however, weak. This paper tries to identify reasons for such weakness, and to comment on recent and projected amendments to normative acts.

Marcin Przestrzelski

Skutek przestępstwa z art. 158 § 1 k.k.

Streszczenie

Artykuł porusza problem skutku przestępstwa udziału w bójce lub pobiciu w typie podstawowym w postaci narażenia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo nastąpienie skutku określonego w art. 156 § 1 k.k. lub w art. 157 § 1 k.k. Autor wskazuje, że dotychczasowa interpretacja tego znamienia prezentowana w doktrynie oraz w części orzecznictwa jest nieprecyzyjna, wywodząc, że sprawca przestępstwa z art. 158 § 1 k.k. albo naraża pokrzywdzonego na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia, albo naraża go na nastąpienie skutku określonego w art. 156 § 1 lub w art. 157 § 1. Oznacza to, że znamię „narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo” odnosi się wyłącznie do utraty życia i nie dotyczy ciężkiego, ani średniego uszczerbku na zdrowiu.

Przedmiotem niniejszego artykułu nie jest szczegółowa analiza wszystkich znamion przestępstwa z art. 158 § 1 k.k. Są one bowiem szeroko omawiane w literaturze i judykaturze. Chciałbym natomiast skupić się na kwestii skutku tego przestępstwa, który często interpretowany jest niezgodnie z faktycznym brzmieniem art. 158 § 1 k.k.

Wskazany przepis określa odpowiedzialność karną tego, kto bierze udział w bójce lub pobiciu, w którym naraża się człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo nastąpienie skutku określonego w art. 156 § 1 lub w art. 157 § 1. Nie ulega wątpliwości, że występki z art. 158 § 1 k.k. jest przestępstwem materialnym (skutkowym). Pogląd przeciwny, wyrażony przed laty przez Sąd Apelacyjny w Lublinie¹, jest odosobniony i spotkał się ze słuszną krytyką². Przyjmując zatem mate-

* Kontekst zaprezentowanych przez Autora argumentacji zdecydowanie zachęca do dyskusji (redakcja).

¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 4 lutego 2003 r., sygn. II AKa 178/02, LEX nr 82217.

² B. Michałski, (w:) A. Wąsek (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do artykułów 117–221, Warszawa 2006, s. 387–388; A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, LEX 2010, teza 3. do art. 158; A. Nowosad, Bójka i pobicie, Warsza-

rialny charakter omawianego przestępstwa w doktrynie prawa karnego wskazuje się, że jego skutkiem jest narażenie człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub spowodowania uszczerbku na zdrowiu (ciężkiego lub średniego, tj. w znaczeniu art. 156 § 1 lub art. 157 § 1)³. Taki sam pogląd pojawił się też w orzecznictwie, gdzie stwierdzono, że czyn polegający na udziale w pobiciu jest bez wątpienia przestępstwem materialnym, którego skutkiem jest narażenie człowieka na bezpośrednio niebezpieczeństwo utraty życia lub uszczerbku na zdrowiu w rozumieniu art. 156 § 1 lub art. 157 § 1 k.k.⁴ Już w tym miejscu należy stwierdzić, że takie ujęcie skutku klóci się z treścią przepisu art. 158 § 1 k.k., a to dlatego, że zawarty w tym przepisie spójnik „albo”, pełniący rolę funktora alternatywy rozłącznej (oznaczającej dwie wykluczające się możliwości), zastępuje się spójnikiem „lub”, który z logicznego punktu widzenia ma przecież zupełnie inne znaczenie⁵. Spójniki te nie mogą być zatem stosowane zamiennie.

Tezy nieco bardziej zbliżone do rzeczywistej treści art. 158 § 1 k.k. znajdziemy w większości orzeczeń Sądu Najwyższego⁶ i sądów po-

wa 2014, s. 83; t a ż, Problematyka skutku i związku przyczynowego przy przestępstwie udziału w bójce lub pobiciu typu podstawowego, *Przegląd Sądowy* 2011, nr 1, s. 74.

³ K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 360; B. Michalski, (w:) A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna...*, *op. cit.*, s. 384–385; J. Giezek, (w:) J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, LEX 2014, teza 11. do art. 158; M. Szwarczyk, (w:) T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. VII, LEX 2016, teza 3. do art. 158; A. Zoll, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a*, WKP 2017, teza 18. do art. 158; V. Konarska-Wrzosek, (w:) V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, WKP 2018, teza 3 do art. 158; M. Budyn-Kulik, (w:) M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LEX/el. 2020, teza 2. art. 158.

⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2007 r., sygn. III KK 381/06, LEX nr 245279; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 22 lutego 2007 r., sygn. II AKa 3/07, *Prok. i Pr.* 2008, dodatek „Orzecznictwo”, nr 5, poz. 31; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 19 czerwca 2013 r., sygn. II AKa 178/13, LEX nr 1331176; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 8 lipca 2013 r., sygn. II AKa 168/13, LEX nr 1356727.

⁵ Zob. Z. Ziembinski, *Logika praktyczna*, Warszawa 1999, s. 86–87.

⁶ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 2009 r., sygn. IV KK 14/09, LEX nr 503622; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2010 r., sygn. II KK 278/09 LEX nr 583783; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 marca 2014 r., sygn. V KK 276/13, LEX nr 1444469; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 stycznia 2015 r., sygn. IV KK 279/14, LEX nr 1648190, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2016 r., sygn. II KK 159/16, LEX nr 2159099; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 kwietnia 2017 r., sygn. V KK 342/16, LEX nr 2270909, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 czerwca 2017 r., sygn. III KK 89/17, LEX nr 2329444.

wszechnych⁷, zgodnie z którymi znamieniem skutkowym i warunkiem odpowiedzialności za przestępstwo z art. 158 § 1 k.k. jest narażenie człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo nastąpienia skutku określonego w art. 156 § 1 lub w art. 157 § 1 k.k. Nawet w orzeczeniu, w którym Sąd Najwyższy dokonał bardzo szczegółowej wykładni przepisu art. 158 § 1 k.k. wskazano, że narażenie człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo nastąpienia skutku określonego w art. 156 § 1 k.k. lub w art. 157 § 1 k.k. stanowi ustawowe znamię, stypizowanych w art. 158 § 1 k.k., przestępstw pobicia i bójki⁸. Na pierwszy rzut oka powyższe tezy zdają się nie budzić zastrzeżeń. Dopiero ich wnikliwa lektura pozwala jednak dostrzec istotną rozbieżność z treścią przepisu art. 158 § 1 k.k. Zauważyć bowiem trzeba, że w zaprezentowanych poglądach judykatury zastępuje się wyraz „nastąpienie” wyrazem „nastąpienia”, w wyniku czego znamię narażenia na bezpośrednio niebezpieczeństwo zostaje powiązane nie tylko z utratą życia, ale także ze skutkami określonymi w art. 156 § 1 lub w art. 157 § 1 k.k. W ten sposób istotnie zmienia się sens omawianego przepisu, który w swym końcowym fragmencie brzmi „albo nastąpienie skutku określonego w art. 156 § 1 lub w art. 157 § 1”, nie zaś „albo nastąpienia skutku określonego w art. 156 § 1 lub w art. 157 § 1”. Wyrażam zatem pogląd, że przepis art. 158 § 1 k.k. przewiduje odpowiedzialność karną uczestnika bójki lub pobicia, w którym naraża się człowieka:

- na bezpośrednio niebezpieczeństwo utraty życia albo
- na nastąpienie skutku określonego w art. 156 § 1 lub w art. 157 § 1.

Za koniecznością takiego właśnie odczytywania art. 158 § 1 k.k. przemawia szereg argumentów.

Po pierwsze, świadczy o tym wynik wykładni językowej art. 158 § 1 k.k. Wyraz „nastąpienie” użyto wszak w bierniku, a zatem w oczywisty

⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 29 czerwca 2010 r., sygn. II AKa 69/10, Prok. i Pr. 2011, dodatek „Orzecznictwo” nr 1, poz. 24; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 9 stycznia 2014 r., sygn. II AKa 459/13, LEX nr 1430712; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 17 czerwca 2014 r., sygn. II AKa 102/14, LEX nr 1496347; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 28 października 2014 r., sygn. II AKa 312/14, LEX nr 1567129; wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 19 stycznia 2016 r., sygn. II AKa 181/15, LEX nr 2396212; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 marca 2016 r., sygn. II AKa 45/16, LEX nr 2047082; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 21 lipca 2016 r., sygn. II AKa 157/16, LEX nr 2171194; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 13 lipca 2017 r., sygn. II AKa 415/16, LEX nr 2467970.

⁸ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2007 r., sygn. I KZP 30/07, LEX nr 302671.

sposób odnosi się on do zwrotu „w którym naraża się człowieka na...” Gdyby miał się on odnosić do znamienia „narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo”, musiałby zostać użyty w dopełniaczu („nastąpienia”), w konsekwencji czego przepis miałby treść „Kto bierze udział w bójce lub pobiciu, w którym naraża się człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo nastąpienia skutku określonego w art. 156 § 1 lub w art. 157 § 1”. Problem ten został już dostrzeżony w literaturze przez A. Nowosad, według której w przepisie art. 158 § 1 k.k. wyrazu „nastąpienie” użyto w nieprawidłowej formie. Zdaniem tej Autorki analiza gramatyczna prowadziłyby więc do wniosku, że karalne jest branie udziału w bójce lub pobiciu, w którym naraża się człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo w którym naraża się człowieka na nastąpienie skutku określonego w art. 156 § 1 lub w art. 157 § 1 k.k. A. Nowosad uznała to jednak za nielogiczne, a także sprzeczne z przyjętą powszechnie interpretacją przepisu art. 158 § 1 k.k.⁹ Nie podzielam tego stanowiska. Nie ma bowiem żadnych podstaw do zarzucania braku logiki zaprezentowanemu wyżej wynikowi analizy językowej. Argumentów, które miałyby za tym przemawiać, nie przedstawia też sama A. Nowosad. Nieuzasadniona jest więc uwaga Autorki o wadliwej konstrukcji przepisu art. 158 § 1 k.k.¹⁰ Bezpodstawne jest także twierdzenie sugerujące konieczność odrzucenia wniosku wypływającego z analizy gramatycznej art. 158 § 1 k.k., jako sprzecznego z przyjętą powszechnie interpretacją tego przepisu. Pierwotna wszak jest zawsze treść interpretowanego przepisu i to od niej zależy kierunek oraz wynik interpretacji. Nie można zatem dopasowywać treści przepisu do założonego z góry rozumienia tego przepisu, ani tym bardziej uzasadniać nieprawidłowości w jego sformułowaniu tym, że przeprowadzona wykładnia językowa nie odpowiada przyjętej interpretacji. Należałoby wówczas uznać, że błędna jest raczej owa interpretacja, nie zaś przepis będący jej przedmiotem.

Po drugie, prezentowane przeze mnie rozumienie art. 158 § 1 k.k. znajduje również oparcie w wyniku wykładni systemowej. Porównanie treści art. 158 § 1 k.k. i innych przepisów Kodeksu karnego jednoznacznie wskazuje, że przepis określający odpowiedzialność za udział w bójce lub pobiciu sformułowany został w sposób szczególny. Mianowicie, treść przepisów art. 160 § 1 k.k. oraz art. 220 § 1 k.k., przewidujących odpowiedzialność za narażenie na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, nie pozostawia wątpliwości, że znamię „narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo” odnosi się

⁹ A. Nowosad, *Problematyka skutku...*, *op. cit.*, s. 75.

¹⁰ Tamże.

w tych przypadkach alternatywnie do „utruty życia” albo do „ciężkiego uszczerbku na zdrowiu”. Gdyby miało tak być również w przypadku art. 158 § 1 k.k., to i ten przepis musiałby mieć podobne brzmienie. Nic nie stało przecież na przeszkodzie, by ustawodawca nadał mu następującą treść: „Kto bierze udział w bójce lub pobiciu, w którym naraża się człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo skutku określonego w art. 156 § 1 lub w art. 157 § 1”. Próby takiego odczytywania art. 158 § 1 k.k. w obecnym brzmieniu powodują natomiast, że zawarty w tym przepisie zwrot „nastąpienie” musiałby być uznany zbędny. Skoro jednak zwrot ten w treści art. 158 § 1 k.k. występuje, to nie można go lekceważyć. Byłoby to bowiem równoznaczne z naruszeniem zakazu wykładni *per non est*, zgodnie z którym nie wolno jest interpretować przepisów prawnych tak, by pewne ich fragmenty okazały się zbędne¹¹. Co ciekawe, do treści art. 160 § 1 k.k. i art. 220 § 1 k.k. odwoływała się w swej argumentacji również wspomniana wyżej A. Nowosad, która słusznie skądinąd zwróciła uwagę, że w tych przepisach drugi człon alternatywy dostosowany jest do zwrotu „bezpośrednie niebezpieczeństwo”, a nie do zwrotu „naraża na”¹². Posłużenie się analogią do art. 160 § 1 k.k. i art. 220 § 1 k.k. w żadnym razie nie wspiera jednak jej stanowiska, o czym najlepiej świadczy zgłoszony przez A. Nowosad postulat *de lege ferenda* dotyczący zmiany przepisu art. 158 § 1 k.k., poprzez zastąpienie zwrotu „nastąpienie” zwrotem „nastąpienia”, ewentualnie usunięcie wyrazu „nastąpienie” z treści tego przepisu i pozostawienie w niezmienionej formie dalszej części zdania („albo skutku określonego w art. 156 § 1 lub w art. 157 § 1”)¹³. Gdyby już teraz istniały podstawy do odczytywania art. 158 § 1 k.k. w ten sam sposób, jak art. 160 § 1 k.k. i art. 220 § 1 k.k., to żadna zmiana nie byłaby przecież potrzebna. Wypada przy tym zauważyć, że żadna z dotychczasowych, licznych nowelizacji Kodeksu karnego nie objęła art. 158 § 1. Należy zatem przyjąć, że ustawodawca nie widział potrzeby zmiany tego przepisu, w szczególności w zakresie skutku udziału w bójce lub pobiciu.

Trzeciego argumentu dostarcza wykładnia funkcjonalna przepisu art. 158 § 1 k.k. W tym zakresie posłużę się słowami S. Łagodzińskiego, który wychodząc wprawdzie z błędnego założenia, jakoby znamię „narażenia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo” odnosiło się zarówno

¹¹ Zob. uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 października 2004 r., sygn. I KZP 24/04, LEX nr 125547, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 29 sierpnia 2007 r., sygn. I KZP 23/07, LEX nr 298967.

¹² A. Nowosad, *Problematyka skutku...*, *op. cit.*, s. 75.

¹³ Tamże, s. 76.

do utraty życia, jak i skutku określonego w art. 156 § 1 k.k. lub w art. 157 § 1 k.k., słusznie zauważył jednak, że: „Zakres penalizacji podstawowego typu przestępstwa (art. 158 § 1 k.k.), określony normatywnym sformułowaniem narażenia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo naruszenia czynności narządu ciała lub rozstroju zdrowia na czas przekraczający 7 dni, jest pojęciem wysoce nieoznaczonym, by nie użyć tu określenia pojęciem pozostawionym dowolności organu stosującego normę prawną. O ile czas trwania istniejącego obiektywnie naruszenia czynności narządu ciała lub rozstroju zdrowia poddaje się kontrolnej ocenie, to formułowanie tego rodzaju ocen wobec bezpośredniego niebezpieczeństwa czasu ich trwania jest praktycznie niemożliwe. Naruszenie czynności narządu ciała lub rozstroju zdrowia to zjawisko dające się obiektywnie postrzegać i oceniać co do czasu ich trwania. Przykładanie zaś takiej miary z liczbową podziałką stopnia dokładności «poniżej lub powyżej 7 dni» do bezpośredniego niebezpieczeństwa czasu ich trwania jest nie-realne. Bezpośrednie niebezpieczeństwo to pojęcie abstrakcyjne, którego nie można dotknąć, zważyć lub zmierzyć. Można jedynie formułować jego ogólne oceny pojęciowe jako narażenie na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo uszczerbku na zdrowiu, bezpośrednie niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób albo mienia w wielkich rozmiarach, co czyni ustawodawca w odniesieniu do przestępstw przeciwko życiu lub zdrowiu, bezpieczeństwu powszechnemu czy też bezpieczeństwu w komunikacji. Dyspozycja art. 158 § 1 k.k., traktująca o narażeniu człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo naruszenia czynności narządu ciała lub rozstroju zdrowia trwających ponad 7 dni, fonetycznie brzmi bardzo poprawnie, ale poza jej brzmieniem nie znajdujemy w niej nic, co pozwoliłoby na skonkretyzowanie i wypełnienie jej materialną treścią. W procesowej ocenie, praktyczna weryfikacja grożącego bezpośredniego niebezpieczeństwa limitowanego normatywnie 7-dniowym czasem trwania naruszenia czynności narządu ciała lub rozstroju zdrowia, będzie miała do swojej dyspozycji co najwyżej zasady gry w «orła lub reszkę» bądź reguły wnioskowania «mniemanologii stosowanej». Przytoczone powody zdają się wskazywać na potrzebę urealnienia ustawowych znamion podstawowego typu przestępstwa brania udziału w bójce lub pobiciu, a przeto nowelizacji art. 158 § 1 k.k.”¹⁴ Przyznać trzeba, że w przytoczonych wywodach S. Łagodziński odnosi się jedynie do trudności w określeniu relacji pomiędzy pojęciem bezpośredniego niebezpieczeństwa a nastąpieniem skutku określonego w art. 157 § 1 (tj.

¹⁴S. Łagodziński, *Udział w bójce lub pobiciu ze skutkiem śmiertelnym*, *Prok. i Pr.* 2014, nr 10, s. 63.

naruszenia czynności narządu ciała lub rozstroju zdrowia na czas przekraczający 7 dni). Słusznie przy tym zauważa, że procesowe określenie narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo spowodowania skutku w postaci naruszenia czynności narządu ciała lub rozstroju zdrowia trwających powyżej 7 dni byłoby w praktyce nierealne, co w konsekwencji czyniłoby przepis art. 158 § 1 k.k. w tej części całkowicie niefunkcyjnym. Są to argumenty całkowicie trafne i przemawiające przeciwko odnoszeniu znamienia „narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo” do średniego uszczerbku na zdrowiu. Dodać jedynie wypada, że dla spełnienia postulatu S. Łagodzińskiego o potrzebie urealnienia ustawowych znamion art. 158 § 1 k.k. nie jest konieczna nowelizacja tego przepisu, a wystarczy jego prawidłowe odczytanie.

Dominująca obecnie interpretacja przepisu art. 158 § 1 k.k. – z którą się nie zgadzam i od której staram się odwieść – wynikać może, jak sądzę, z pewnego przyzwyczajenia, mającego swe źródło w treści przepisu określającego przestępstwo udziału w bójce lub pobiciu w poprzednio obowiązującym Kodeksie karnym¹⁵, tj. art. 158 § 1 d.k.k. Przepis ten różnił się jednak istotnie od obowiązującego obecnie art. 158 § 1 k.k. i miał następującą treść: „Kto bierze udział w bójce lub pobiciu, w których naraża się człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”. Brzmienie art. 158 § 1 d.k.k., pozbawione spójnika „albo”, nie budziło żadnych wątpliwości, że znamię „narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo” dotyczyło każdego z wymienionych w tym przepisie stopni narażenia, tj. do utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia (narażenie na średni uszczerbek na zdrowiu w ogóle nie było wówczas przewidziane). Wobec wyraźnych różnic w treści obu przepisów, odwoływanie się do konstrukcji art. 158 § 1 d.k.k. w kontekście tezy, że na gruncie obecnie obowiązującego art. 158 § 1 k.k. narażenie człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo odnosi się zarówno do utraty życia, jak i skutku określonego w art. 156 § 1 lub w art. 157 § 1 k.k. jest więc całkowicie nietrafne i nie tylko tej tezy nie wspiera, lecz wręcz jej przeczy.

Wnioski płynące z wykładni językowej, systemowej, funkcjonalnej i historycznej dają zatem wszelkie podstawy do twierdzenia, że określony w art. 158 § 1 k.k. stan narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo należy obecnie odnosić wyłącznie do utraty życia i w żadnym razie nie dotyczy on ciężkiego, ani średniego uszczerbku na zdrowiu. Narażenie

¹⁵ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – kodeks karny (Dz. U. z 1969 r., Nr 13, poz. 94 ze zm.), dalej: d.k.k.

na nastąpienie skutku określonego w art. 156 § 1 k.k. lub w art. 157 § 1 k.k. jest więc samodzielnym i całkowicie odrębnym (od narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia) skutkiem udziału w bójce lub pobiciu w ujęciu art. 158 § 1 k.k.

Wspomniałem wcześniej, że kontestowane przez mnie rozumienie art. 158 § 1 k.k. znajdziemy niestety w większości orzeczeń. Istnieją jednak i takie judykaty, w których sądy określają skutek przestępstwa udziału w bójce lub pobiciu w sposób prawidłowy i wiernie oddają treść art. 158 § 1 k.k. wskazując, że przestępstwo z art. 158 § 1 k.k. popełnia sprawca, który biorąc udział w bójce lub pobiciu alternatywnie naraża człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo nastąpienie skutku określonego w art. 156 § 1 lub w art. 157 § 1 k.k.¹⁶

Należy przy tym zwrócić uwagę na jeszcze jeden aspekt ujęcia skutku przestępstwa z art. 158 § 1 k.k., a wynikający z określenia go w formie alternatywy rozłącznej. Mianowicie, w orzecznictwie słusznie podkreśla się, że sprawcy tego typu przestępstwa możliwe jest przypisanie tylko jednej z tych postaci narażenia, tj. utraty życia albo wystąpienia skutku z art. 156 § 1 k.k. czy też art. 157 § 1 k.k. Wadliwe jest więc, w ramach opisu czynu przypisanego w wyroku skazującym (art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k.), zamieszczanie w opisie czynu wszystkich alternatywnych znamion wynikających z treści konkretnego przepisu, który wskazuje na możliwość popełnienia identycznie kwalifikowanego przestępstwa w różnych formach¹⁷. Tym samym, alternatywne ujęcie skutku udziału w bójce w opisie tego czynu jest rażącym naruszeniem art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k., gdyż obowiązujące prawo procesowe nie daje podstaw do alternatywnych ustaleń poszczególnych znamion ustawowych przypisanego w wyroku przestępstwa¹⁸.

W świetle tego, co przedstawiono powyżej, za nieprawidłowe należałoby zatem uznać zarzucenie sprawcom przykładowo tego, że „działając wspólnie i w porozumieniu, wzięli udział w pobiciu J. N. w ten sposób, że przewrócili go na ziemię, a następnie kopali w głowę i brzuch, czym narażili go na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo nastąpienie skutku określonego w art. 156 § 1 k.k. lub w art. 157 § 1 k.k.” Takie

¹⁶ Zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 19 lutego 2013 r., sygn. II AKa 13/13, LEX nr 1292668; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 30 października 2013 r., sygn. II AKa 353/13, Prok. i Pr. 2014, dodatek „Orzecznictwo”, nr 6, poz. 30.

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lipca 2019 r., sygn. IV KK 302/18, LEX nr 2723576.

¹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 października 2009 r., sygn. II KK 101/09, LEX nr 607775.

konstrukcje zarzutów są niestety dość często spotykane w praktyce. W zależności od poczynionych w danej sprawie ustaleń należałoby natomiast zdecydować się albo na przyjęcie skutku w postaci narażenia pokrzywdzonego na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia, albo w postaci narażenia go na nastąpienie skutku określonego w art. 156 § 1 k.k. lub w art. 157 § 1 k.k.

Ciekawie przedstawia się przy tym sytuacja, w której na skutek udziału w bójce lub pobiciu człowiek faktycznie odniósł obrażenia z art. 157 § 1 k.k., a jednocześnie nie sposób było ustalić sprawców konkretnych obrażeń ciała stwierdzonych u pokrzywdzonego, gdyż to wspólne zachowanie sprawców doprowadziło do wywołania średniego uszczerbku na zdrowiu. W takim przypadku w orzecznictwie Sądu Najwyższego jednoznacznie przyjmuje się, że choć przestępstwo z art. 158 § 1 k.k. jest przestępstwem z narażenia na niebezpieczeństwo wystąpienia skutku wskazanego w tym przepisie, to stan rzeczywistości dalej idący, tj. nastąpienie skutku o jakim mowa w art. 157 § 1 k.k., nie dekompletuje jego znamion. Skoro już samo narażenie na spowodowanie skutku, o jakim mowa w art. 157 § 1 k.k., stanowi znamię przestępstwa z art. 158 § 1 k.k., to przepis ten ma również zastosowanie do sytuacji, gdy ów skutek realnie nastąpił. Zakładane w art. 158 § 1 k.k. znamię narażenia na nastąpienie określonego następstwa jest w takim wypadku zmaterializowane przez wywołanie wręcz owego następstwa¹⁹.

Prawidłowe określenie znamion czynu z art. 158 § 1 k.k. powinno oczywiście nastąpić już na etapie formułowania zarzutów (w postanowieniu o przedstawieniu zarzutów, a następnie w akcie oskarżenia, wniosku z art. 335 § 1 k.p.k., wniosku o warunkowe umorzenie postępowania, czy wniosku o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających). Już wtedy konieczne będzie zwrócenie uwagi na to, by skutek zarzucanego sprawcy przestępstwa nie został określony w sposób alternatywny, a więc by nie zarzucono mu udziału w bójce lub pobiciu, w którym naraża się człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo nastąpienie skutku określonego w art. 156 § 1 lub w art. 157 § 1. Gdyby jednak, z jakichś względów, nie nastąpiło to w sposób prawidłowy, to wówczas obowiązek właściwego określenia przypisywanego oskarżonemu czynu spadnie na sąd wydający wyrok w pierwszej instancji, a ostatecznie – ewentualnie na sąd odwoławczy. Z drugiej strony, są-

¹⁹ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2007 r., sygn. I KZP 30/07, LEX nr 302671; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 2010 r., sygn. II KK 278/09, LEX nr 583783; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 2019 r., sygn. IV KK 133/18, LEX nr 2691521.

dy powinny baczyć też na to, by nie korygować opisów czynów prawidłowo sformułowanych przez oskarżyciela, w szczególności, by znamienia „narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo” nie wiązać z nastąpieniem skutku określonego w art. 156 § 1 lub w art. 157 § 1 k.k. W przypadku przestępstwa z art. 158 k.k. skutek w postaci narażenia na bezpośrednie niebezpieczeństwo dotyczy bowiem wyłącznie utraty życia.

Consequence of the offence under Article 158, section 1 of the Penal Code

Abstract

This paper addresses the consequence of the offence of participation in a brawl or a beating in which a person is exposed to an immediate danger to life or to an occurrence of a consequence referred to in Article 156, section 1 or Article 157, section 1 of the Penal Code. This specific criterion of the offence is found to be imprecisely interpreted by some legal commentators and courts. It is argued that a perpetrator of the offence specified in Article 158, section 1 of the Penal Code exposes a victim either to an immediate danger to life, or to the occurrence of the consequence specified in Article 156, section 1 or Article 157, section 1. Therefore, the criterion of “exposing to an immediate danger” refers only to a danger to life and not to a danger to grievous or moderate bodily harm.

Paweł Opitek

Przeciwdziałanie praniu pieniędzy z wykorzystaniem walut wirtualnych w świetle krajowych i międzynarodowych regulacji AML

Streszczenie

Artykuł dotyczy przeciwdziałania praniu pieniędzy z wykorzystaniem walut wirtualnych w świetle krajowych i międzynarodowych regulacji AML. Problem jest ważny i na czasie, bowiem wspomniane waluty są coraz chętniej wykorzystywane przez przestępców. Analiza tematu rozpoczyna się od omówienia charakteru ekonomiczno-prawnego różnych rodzajów tokenów cyfrowych. Dalej opisano, jak wygląda nadzór nad rynkiem walut wirtualnych w Stanach Zjednoczonych oraz działania amerykańskiej Komisji Papierów Wartościowych i Giełd w związku z emisją przez podmioty prywatne takich tokenów. Ponieważ Virtual Asset Service Provider (VASP) zarządzają nowymi formami cyfrowych aktywów, to na nich ciąży wiele obowiązków dotyczących reżimu AML, m.in. stosowanie efektywnej „polityki ryzyka”. Następnie scharakteryzowano ogólnie przestępstwo prania pieniędzy i modus operandi jego sprawców. Podano konkretne przykłady niedozwolonych działań w Polsce i na świecie. Końcowa część artykułu poświęcona została konstrukcji instytucjonalnej podmiotów przeciwdziałających „praniu”, w tym zadania „instytucji obowiązanym” i „instytucji zaangażowanych” sformułowane zarówno w rekomendacjach Financial Action Task Force, jak i na gruncie polskiej ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu. Całość opracowania kończy rozdział pt. „Znaczenie przepisów AML w pracy prokuratora”.

Słowa kluczowe

Pranie pieniędzy, waluta wirtualna, kryptowaluta, token cyfrowy, cyberprzestępczość, reguły AML, dostawcy usług sieciowych, FATF, organy zaangażowane, instytucje obowiązane, VASP, VA, prokurator.

1. Identyfikacja podjętego problemu

Przestępczość z wykorzystaniem walut cyfrowych ma wielowymiarowy charakter i dotyczy m.in. ataków hakerskich na infrastrukturę do zarządzania

tokenami, nielegalnego wydobywania bitmonet lub kradzieży mocy obliczeniowej do *miningu*, oszustw opartych na socjotechnice, czy ataków typu *ransomware*. Inny rodzaj przestępstwa, do którego coraz częściej wykorzystywane są waluty wirtualne¹, to pranie pieniędzy. Problem dotyczy:

- 1) wykrywalności omawianej przestępczości i ujęcia jej sprawców,
- 2) odzyskiwania mienia,
- 3) analizy kryminalnej przepływów *crypto* przy pomocy narzędzi informatycznych,
- 4) implementacji i skutecznego egzekwowania przepisów i procedur AML/CFT².

Opracowanie niniejsze koncentruje się wokół regulacji przeciwdziałających praniu pieniędzy, skierowanych do sektora publicznego i prywatnego, bowiem warunkiem koniecznym skutecznej walki z cyberprzestępczością jest uzyskiwanie informacji o przestępstwie od podmiotów, których infrastruktura została nielegalnie wykorzystana. Reżim AML ma na celu zobowiązanie *Virtual Asset Service Provider (VASP)*³ do monitorowania transakcji, gromadzenia danych, raportowania organom nadzoru o nadużyciach i udostępniania śladów cyfrowych.

W zakresie podjętego problemu omówiono krajowe i międzynarodowe regulacje prawne i rekomendacje *Financial Action Task Force*⁴. Wielokrotnie odwołano się do działalności agencji rządowych ze Stanów Zjednoczonych, bowiem tamtejszy rynek finansowy doświadcza całego spektrum nielegalnych działań związanych z walutami wirtualnymi. Chodzi m.in. o oszustwa oparte na ICO⁵, nielegalną emisję papierów wartościowych.

¹ W opracowaniu użyto wymiennie różnych nazw dla tokenów cyfrowych: waluty wirtualne, waluty cyfrowe, kryptowaluty, cyfrowe prawa majątkowe itd. Chociaż zakresy znaczeniowe wymienionych desygnatów nie pokrywają się idealnie ze sobą, a ich interpretacja budzi kontrowersje, to jednak w charakterystyce tematu dokonano pewnego uproszczenia bez szczegółowej, prawno-ekonomicznej interpretacji tych pojęć.

² Skrót AML/CFT (ang. *Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism*) określa system przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowania terroryzmu.

³ Zbiorcza nazwa VASP wywodzi się z nomenklatury stosowanej przez FATF i obejmuje dostawców usług sieciowych związanych z walutami cyfrowymi, którym przypada szczególna rola w systemie przeciwdziałania praniu pieniędzy.

⁴ *Financial Action Task Force (FATF)* utworzył w 1989 roku Międzynarodowy Fundusz Walutowy i skupia obecnie 37 krajów członkowskich. Celem Grupy jest definiowanie standardów i promowanie środków prawnych do zwalczania prania pieniędzy, finansowania terroryzmu i innych poważnych zagrożeń dla integralności globalnego systemu finansowego. Chociaż FATF nie decyduje wprost o przyjętych przez poszczególne kraje rozwiązaniach w zakresie AML/CFT, to *de facto* ma zasadniczy wpływ na ich kształt.

⁵ *Initial Coin Offering (ICO)* to sposób gromadzenia kapitału poprzez emisję tokenów, jako metodę finansowania wdrożenia innowacyjnego projektu (np. polski projekt <https://mosaico.ai/>).

wych i innych instrumentów finansowych, czy funkcjonowanie nielicencjonowanych platform tradingowych⁶. Jeśli nawet nie wszystkie z wymienionych nadużyć odnotowano w Polsce, to jest tylko kwestią czasu, kiedy takie przestępstwa zostaną popełnione nad Wisłą. Dlatego należy je poznać i zdiagnozować, tym bardziej że sieć Internet ma charakter ponadgraniczny i każdy może wziąć udział w nowych formach cyfrowych inwestycji. W realiach polskich pranie pieniędzy w cyberprzestrzeni dotyczy przede wszystkim kryptowalut, a spośród nich najczęściej zaangażowany jest bitcoin. Chociaż obecnie zakres wykorzystania kryptowalut jest niewielki w porównaniu z rynkiem pieniądza bezgotówkowego oraz pakietem tradycyjnych akcji i obligacji, to sytuacja cały czas się zmienia i prawa majątkowe migrują do postaci wirtualnej. Potwierdzeniem tego jest chociażby realizowana przez Giełdę Papierów Wartościowych w Warszawie strategiczna inicjatywa o nazwie *GPW Private Market* w zakresie inwestowania w instrumenty finansowe oparte o tokeny cyfrowe i technologię *blockchain*.

Innowacje generują jednak nieznaną wcześniej formę przestępczości z zastosowaniem tokenów cyfrowych w połączeniu z kryptografią, anonimizacją ruchu sieciowego i złośliwym oprogramowaniem. Zyskują na popularności waluty i serwisy wirtualne do prania pieniędzy, a w darknetcie powstał rynek finansowy chętnie wykorzystywany przez cyberprzestępców. Łączy on w sobie tradycyjne usługi finansowe z tokenami i platformami internetowymi. Oszuści angażujący waluty wirtualne należą do najbardziej wyrafinowanych i czerpią z tego coraz większe korzyści. Dave Jevans, dyrektor generalny renomowanej firmy analitycznej *Blockchain CipherTrace*, stwierdził, że liczba przestępców działających na omawianym polu stale rośnie. Według raportu⁷ *CipherTrace* tylko w pierwszej połowie 2019 roku „ukradli” oni z giełd i oszukali inwestorów oraz użytkowników kryptowalut na kwotę około 4,26 miliarda dolarów. Środki takie muszą zostać następnie wyprane, gdyż każda bazowa transakcja jest rejestrowana w publicznej księdze rachunkowej, a więc generuje określone możliwości wykrywcze. Przestępcy stosują szereg taktyk, aby ukryć źródło pochodzenia aktywów cyfrowych, a ostateczny cel ich działania stanowi zazwyczaj wymiana *crypto* na pieniądz fiducjarny i wprowadzenie go do legalnego obrotu gospodarczego. Paradoksalnie zatem, proceder prania pieniędzy z wykorzystaniem walut wirtualnych i ostateczny transfer środków (najczęściej) na rachunki bankowe daje organom ścigania potencjalną możliwość ich zabezpieczenia oraz ustalenia i zatrzymania

⁶ Chodzi o platformy cyfrowe oferujące różne formy inwestowania w tokeny cyfrowe.

⁷ Q2 2019 Cryptocurrency Anti-Money Laundering Report, <https://ciphertrace.com/q2-2019-cryptocurrency-anti-money-laundering-report/>, data odczytu: 26 grudnia 2019 r.

sprawców. Obowiązuje reguła: im większa aktywność przestępców w obrocie środkami pochodzącymi z przestępstwa, tym bardziej wzrasta szansa na skuteczne ich ściganie i odzyskanie mienia. W innym przypadku, aktywa mogą być latami przechowywane na anonimowym portfelu.

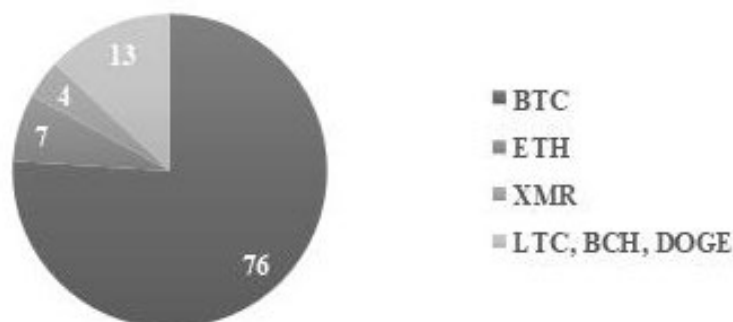
Cyberprzestrzeń nie jest zatem całkowicie odseparowana do świata „realnego”, bowiem kryptowaluty wyprane z wykorzystaniem dostawcy usług sieciowych z reguły zamieniane są na pieniądź fiducyjny. Dlatego w regulowanych jurysdykcjach, takich jak Stany Zjednoczone, Japonia i Unia Europejska, wymiany pomostowe między tradycyjnym systemem finansowym a światem kryptowalut są monitorowane poprzez m.in. weryfikację tożsamości ich użytkowników zgodnie z procedurą „poznaj swojego klienta” (ang. *Know Your Customer*, KYC). Jednak wciąż funkcjonuje zbyt wiele miejsc, gdzie obowiązują luźne zasady nadzoru nad rynkiem finansowym. Pozwala to przenosić lub wypłacać środki bez żadnej identyfikacji. Problem tkwi zatem w powszechnej i efektywnej implementacji regulacji AML/CFT. Najbardziej radykalne rozwiązania prowadzą się do postulatu scentralizowanego nadzoru nad wszystkimi transakcjami. W ramach walki z praniem pieniędzy rząd Japonii zaproponował na przykład, aby skonfigurować wymianę kryptowalut w systemie SWIFT (międzynarodowy protokół komunikacyjny używany przez banki do wewnętrznych płatności). Inna inicjatywa postuluje stworzenie mechanizmu gromadzenia i udostępniania danych osobowych użytkowników tokenów. Podejmowane próby są jednak na wczesnym etapie ustalania, jakie systemy i technologie należy zastosować, aby bezpiecznie obsługiwać poufne dane i jak to pogodzić z zasadą ochrony prywatności. Ponadto niewykonalne jest objęcie kontrolą wszystkich zdecentralizowanych aktywów cyfrowych. Jedno jest pewne: temat prania pieniędzy z wykorzystaniem walut wirtualnych będzie narastał, a więc wymaga on zainteresowania ze strony prokuratury, służb ochrony prawa i regulatorów rynku.

2. Pojęcie „token cyfrowy”

Walka z praniem pieniędzy przy użyciu walut wirtualnych jest trudna chociażby z tego powodu, iż samo pojęcie „token cyfrowy” ma wieloznaczny charakter i poszczególne tokeny różnią się między sobą pod względem ekonomicznym, technologicznym i prawnym. Przekłada się to na działanie prokuratora, który staje niekiedy przed trudnym zadaniem ustalenia, czy zabezpieczone żetony cyfrowe stanowią walutę scentralizowaną (wydawaną przez jeden podmiot), czy zdecentralizowaną (emitowaną przy pomocy matematycznego, zabezpieczonego kryptograficz-

nie algorytmu, nieposiadającego odgórnego nadzorca). W jednej ze spraw karnych dotyczących piramidy pseudo-kryptowalutowej pojawiła się trudność w udzieleniu odpowiedzi na pytanie: czym są ujawnione aktywa? Prokurator musiał zdecydować, czy zlecić biegłemu badanie kodu źródłowego systemu, w ramach którego funkcjonowały tokeny (jak uzyskać cały kod?) lub uzyskać opinię z wykorzystaniem innej metody badawczej, czy też bez pomocy biegłego oprzeć się na ogólnodostępnych informacjach w mediach, że ma się do czynienia z bezwartościowymi jednostkami emitowanymi przez twórców piramidy⁸.

W cyberprzestrzeni dystrybuowanych jest bowiem tysiące różnych tokenów, a najpopularniejsze z nich to kryptowaluty, chociaż i one nie stanowią monolitu. Raporty pokazują, że bitcoin jest najczęściej zaangażowany do popełniania przestępstw i wbrew spotykanym opiniom, o wiele rzadziej wykorzystywane są systemy zapewniające jeszcze większą anonimowość (Z-Cash, Monero). Potwierdziły to także, przeprowadzone przez Autora niniejszego opracowania, badania spraw prowadzonych we wszystkich prokuraturach w Polsce na przestrzeni kilku ostatnich lat, dotyczących przestępczości kryptowalutowej. Wynika to z faktu, że rynek BTC jest stosunkowo głęboki, skalowalny i w miarę stabilny.



Kryptowaluta wykorzystywana w darknecie wg ustaleń Blockchain Cipher-Trace (dane oznaczone w procentach)⁹; BTC (bitcoin), ETH (ethereum), XMR (monero), LTC (litecoin), BCH (bitcoin cash), DOGE (dogecoin).

⁸ Znane są przypadki wydawania przez prokuratorów postanowienia o powołaniu biegłego celem ustalenia, jaki charakter prawno-ekonomiczny miały kryptoaktywa (lub pseudokryptoaktywa) oferowane przez osoby objęte śledztwem. Ponadto, z badań przeprowadzonych przez autora artykułu wynika, że na listach biegłych prowadzonych przez Prezesów Sądów Okręgowych znajdują się specjaliści nie tylko w temacie samych kryptowalut, ale także w ocenie rozwiązań opartych o technologię *blockchain*, czy alternatywnych środków płatniczych.

⁹ Q2 2019 Cryptocurrency Anti-Money Laundering Report, *op. cit.*

Wiele kontrowersji budzi nie tylko definiowanie tokenów cyfrowych, ale nawet ich nazewnictwo. *Financial Action Task Force* coraz częściej stosuje termin *Virtual Assets* (VA) dla oznaczenia cyfrowej reprezentacji wartości, która stanowi przedmiot handlu, a także może być transferowana i używana w celach płatniczych lub inwestycyjnych. Pojęcie to nie obejmuje jednak cyfrowych reprezentacji środków płatniczych, papierów wartościowych i innych aktywów finansowych, których dotyczą inne rekomendacje FATF. Odmienną nazwą posługuje się brytyjski Finansowy Organ Nadzoru nad rynkiem kapitałowym (*Financial Conduct Authority*), który określenie *Cryptoassets* przypisuje cyfrowej reprezentacji wartości lub zobowiązaniu umownemu opartemu na kryptograficznym bezpieczeństwie wynikającym z różnych form technologii rozproszonych rejestrów, które mogą być elektronicznie gromadzone, przesyłane i podlegają obrotowi handlowemu¹⁰. W dokumentach FinCEN-u¹¹ zbiorczą nazwą zamienialnych walut wirtualnych (ang. *Convertible Virtual Currency*, CVC) określa się: „walutę cyfrową” (ang. *Digital Currency*), „kryptowalutę” (ang. *Cryptocurrency*), wartości oparte na kryptografii (ang. *Cryptoasset*) oraz „aktywa cyfrowe” (ang. *Digital Asset*). Zwrot *Digital Asset* obejmuje z kolei instrumenty, które mogą kwalifikować się jako papiery wartościowe, towary oraz instrumenty zabezpieczające lub oparte na towarach, takie jak transakcje swap¹².

Mając na uwadze tak różnorodną i niedookreśloną nomenklaturę, ogólny podział cyfrowych żetonów przebiega następująco:

- 1) *exchange tokens*: skonstruowane jako środek wymiany, a obrót nimi jest zdecentralizowany. Opisane tokeny znajdują się zazwyczaj poza systemem regulacyjnym: np. w Anglii kupno, sprzedaż lub obrót *exchange tokens* nie jest regulowany przez FCA¹³,
- 2) *security tokens*: spełniają funkcję papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych i przeznaczone są do celów inwestycyjnych oraz podlegają szczegółowym przepisom regulacyjnym,

¹⁰ Guidance on Cryptoassets, FCA Financial Conduct Authority, Consultation Paper CP19/3, January 2019, s. 8.

¹¹ Amerykańska Agencja ds. Ścigania Przestępstw Finansowych (ang. *Financial Crimes Enforcement Network*, FinCEN).

¹² Kontrakty swap polegają na pozostawieniu otwartej pozycji na następną dobę, za którą inwestor otrzymuje lub płaci odsetki w zależności od określonego parametru rynku (np. kursu walutowego). Najprostszą postacią swap sprowadza się do dwustronnej umowy, w której jedna ze stron kompensuje drugiej konsekwencje zmiany np. kursu BTC.

¹³ Jednak od 10 stycznia 2021 r. FCA zaostrza system nadzoru nad obrotem walutami wirtualnymi w Wielkiej Brytanii pod kątem przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu. Wszystkie firmy uczestniczące w rynku, chociażby tylko biernie przechowywały tokeny osób trzecich, mają obowiązek zarejestrowania się w FCA lub zwrotu posiadanych aktywów konsumentom.

3) *utility tokens*: ich posiadacz ma prawo dostępu do aktualnego lub mającego pojawić się w przyszłości produktu lub usługi. Jednocześnie nie inkorporują praw i obowiązków podobnych do *security tokens*, chociaż w pewnych okolicznościach mogą pełnić rolę pieniądza elektronicznego, a wtedy ich użytkowanie wymaga stosownej licencji lub pozwolenia¹⁴.

Natura konkretnego binarnego żetonu decyduje także o tym, który z organów nadzoru nad rynkiem kapitałowym będzie dla niego właściwy. W Stanach Zjednoczonych w grę wchodzi trzy agencje:

- 1) wspomniana *Financial Crimes Enforcement Network* (FinCEN),
- 2) Komisja Papierów Wartościowych i Giełd (ang. *Securities and Exchange Commission*, SEC) i
- 3) Komisja ds. Handlu Kontraktami Futures¹⁵ (ang. *Commodity Futures Trading Commission*, CFTC)

Niektóre operacje związane z „towarem” (ang. *commodity*) mogą powodować konieczność rejestracji w SEC, a inne generują obowiązki wynikające z ustawy o wymianie towarowej (*Commodity Exchange Act*) i należą do właściwości CFTC; emisję i obrót papierami wartościowymi rejestruje się i raportuje do SEC. Jeśli podmiot jest objęty definicją „instytucji finansowej”, to jego aktywność w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy będzie podlegała ustawie *Bank Secrecy Act*, a zatem dotyczyła wszystkich trzech agencji np. stronę kontraktu *futures* w zakresie reguł AML/CFT nadzorują CFTC, FinCEN i SEC. Z kolei podmioty świadczące usługi finansowe (ang. *money services businesses*, MSB) nadzoruje FinCEN, natomiast maklerów giełdowych SEC. *Financial Crimes Enforcement Network* analizuje transakcje *crypto* dotyczące m.in. stablecoinów¹⁶, a więc ich administratorzy muszą zarejestrować się w FinCEN, jako firma świadcząca usługi pieniężne oraz przestrzegać federalnych przepisów dotyczących KYC i AML. Podobnie sprawa ma się z usługami transmisji waluty cyfrowej lub pieniądza elektronicznego w ramach ICO oraz zdecentralizowanych aplikacji.

Charakter prawno-ekonomiczny bitmonety determinuje ponadto prawa i obowiązki jej dysponenta. Co do zasady, to właściciel/posiadacz/zarządca tokena powinien znać jego naturę i spełniać wymogi związane np. z obowiązkiem uzyskania zgody na emisję cyfrowych jednostek lub raportowania o obrocie VA, jeśli stanowią one instrumenty finansowe. Ponieważ

¹⁴ Guidance on Cryptoassets, FCA Financial Conduct Authority..., *op. cit.*, s. 8–9.

¹⁵ Kontrakt typu *futures* stanowi umowę zawieraną na rynku giełdowym w zakresie dostawy w przyszłości określonej ilości towaru po ustalonej cenie.

¹⁶ Waluty cyfrowe mające zabezpieczenie w pieniądzu fiducjarnym, złocie lub innym trwałym nośniku wartości, albo powiązane są z koszykiem walut, co ma zapewnić stabilny kurs stablecoina.

nie wykształciło się jeszcze orzecznictwo sądów polskich w tym zakresie i brak opracowań krajowych instytucji finansowych na ten temat, warto odwołać się przynajmniej do jednej jurysdykcji zagranicznej. Brytyjska Komisja Nadzoru Finansowego (*Financial Conduct Authority*) wskazuje¹⁷, że token stanowi instrument finansowy (ang. *Specifid Investment*) jeśli:

- 1) jego właściciel ma sprecyzowane prawa i obowiązki o charakterze zobowiązaniowym (np. prawo do dywidendy),
- 2) jednostki są określane (np. w *Whitepaper*¹⁸) mianem papierów wartościowych lub sugeruje się, że pełnią taką funkcję,
- 3) token może być przenoszony (ang. *transferable*) oraz stanowić przedmiot obrotu (ang. *tradeable*) na platformach handlowych oraz
- 4) zachodzi przepływ płatności pomiędzy emitentem tokenów i ich posiadaczem.

Dokonując oceny, czym jest konkretny token, obowiązuje zasada neutralności technologicznej: decyduje jego funkcja, a nie technologia w której działa. Przykładowo, platforma określana jako „giełda” na rynku aktywów cyfrowych może, ale nie musi *de facto* oznaczać instytucji rynku regulowanego, ponieważ niekiedy terminu tego używa się potocznie bez związku z obrotem papierami wartościowymi. Innym razem VASP, bez względu na stosowaną do niego terminologię, poprzez swoją funkcjonalność jest giełdą w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o obrocie instrumentami finansowymi¹⁹.

W polskich przepisach karnych dotyczących przeciwdziałania praniu pieniędzy funkcjonuje pojęcie „waluta wirtualna”. Wynika to z rekomendacji FATF: zdefiniował on ten rodzaj waluty jako cyfrową, zbywalną reprezentację wartości, która funkcjonuje jako:

- 1) środek wymiany i/lub
- 2) jednostka rozrachunkowa i/lub
- 3) zasób wartości,

ale jednocześnie nie posiada legalnego statusu środka płatniczego w żadnej jurysdykcji i nie jest wydawana ani gwarantowana przez żaden rząd oraz wypełnia powyższe funkcje tylko na podstawie umowy obowiązującej w ramach społeczności użytkującej tę walutę.

Powyższa definicja wskazuje bezpośrednio, że waluty wirtualne nie są prawnym środkiem płatniczym, a także pośrednio, iż nie są one pieniądzem elektronicznym. Nie przesądza jednak o ich prawnym charakterze

¹⁷ Guidance on Cryptoassets, FCA Financial Conduct Authority..., *op. cit.*, s. 20–21.

¹⁸ Prospekt informacyjny dystrybuowany w ramach ICO.

¹⁹ Dz. U. z 2005 r., Nr 183, poz. 1538 z późn. zm.

ani o tym, czy waluta wirtualna jest towarem, usługą lub prawem majątkowym²⁰.

Parlament Europejski, a za nim polski ustawodawca, wzorował się na rekomendacjach FATF i w art. 2 ust. 2 pkt 26) ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu²¹ (dalej: u.p.p.) umieszczono legalną definicję walut wirtualnych; przez „walutę wirtualną” należy rozumieć cyfrowe odwzorowanie wartości, które nie jest:

- a) prawnym środkiem płatniczym emitowanym przez NBP, zagraniczne banki centralne lub inne organy administracji publicznej,
- b) międzynarodową jednostką rozrachunkową ustanawianą przez organizację międzynarodową i akceptowaną przez poszczególne kraje należące do tej organizacji lub z nią współpracujące,
- c) pieniądzem elektronicznym w rozumieniu ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych,
- d) instrumentem finansowym w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi,
- e) wekslem lub czekiem

oraz jest wymienne w obrocie gospodarczym na prawne środki płatnicze i akceptowane jako środek wymiany, a także może być elektronicznie przechowywane lub przeniesione albo może być przedmiotem handlu elektronicznego”.

Pojawiły się głosy krytyczne wobec kształtu ww. definicji. Podnoszono, że zbyt szeroko i niejednoznacznie określono przedmiot definiowany, co powodować może trudności w precyzyjnej kwalifikacji stanu faktycznego konkretnej sprawy karnej. Podzielając pogląd, że wspomniany przepis może rodzić problemy w wykładni, to jednak nie sposób skonstruować prostej i jednoznacznej definicji „walut wirtualnych” wobec różnorodnego charakteru prawnego tysięcy tokenów i ich odmiennych funkcji użytkowych. Komentowany przepis stanowi natomiast znaczące usystematyzowanie terminologiczne, a jego konkretyzacja powinna nastąpić w procesie wykładni i stosowania prawa.

3. Pojęcie „prania pieniędzy”

Pojęcie „pranie pieniędzy” (ang. *money laundering*) dawniej wiązało się przede wszystkim z wprowadzaniem bezprawnie uzyskanych środ-

²⁰ Krajowa ocena ryzyka prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu, <https://www.gov.pl/web/finanse/krajowa-ocena-ryzyka-prania-pieniedzy-oraz-finansowania-terroryzmu>, data odczytu: 23 października 2019 r.

²¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., Nr 1115.

ków do legalnego obrotu za pośrednictwem działalności gospodarczej, tj. inwestowania w nowe przedsięwzięcia biznesowe, zakupu środków produkcji itp. Dzisiaj znaczenie tego pojęcia obejmuje o wiele szerszy zakres czynności związanych z przenoszeniem posiadania lub własności wartości majątkowych pochodzących z nielegalnej korzyści w różnych formach stadialnych i zjawiskowych. Dlatego w Konwencji Warszawskiej²² zdefiniowano pranie pieniędzy jako świadome działanie mające na celu:

- 1) konwersję lub transfer mienia – stanowiącego korzyść ekonomiczną pochodzącą lub uzyskaną, bezpośrednio lub pośrednio, z przestępstw – w celu zatajenia lub ukrycia jego nielegalnego pochodzenia lub udzielenia pomocy osobie, która uczestniczy w popełnieniu przestępstwa bazowego i umożliwienia jej uniknięcia prawnych konsekwencji czynu,
- 2) zatajenie lub ukrycie prawdziwej natury ww. mienia, źródła jego pochodzenia, miejsca położenia, rozporządzania nim, przemieszczania, własności lub praw do takiego mienia,
- 3) nabycie, posiadanie lub korzystanie z ww. mienia,
- 4) chodzi także o współudział w popełnieniu któregośkolwiek z ww. czynów w formie pomocnictwa, podżegania, a także ułatwiania i doradzania.

Omawiane przestępstwo zdefiniowano w art. 299 Kodeksu karnego²³ (dalej: k.k.). W przepisie tym jest mowa o wielu znamionach czasownikowych czynu zabronionego, które mogą wiązać się z przyjmowaniem mienia pochodzącego z przestępstwa, jego posiadaniem, używaniem, przekazywaniem lub wywożeniem za granicę, ukrywaniem, dokonywaniem transferu lub konwersji, udzielaniem pomocy do przenoszenia własności lub posiadania albo podejmowaniem innych czynności, które mogą udaremnić lub znacznie utrudnić stwierdzenie przestępnego pochodzenia mienia lub miejsca jego umieszczenia, a także utrudnianiem wykrycia, zajęcia albo orzeczeniem przypadku takiego mienia. Przedmiotem czynności wykonawczej są „prawa majątkowe lub inne mienie ruchome”, a zatem mogą nim być tokeny cyfrowe, jako owoc przestępstwa „bazowego”, np. kryptowaluty uzyskane w wyniku ataku hakerskiego na wirtualną giełdę. Innym razem sprawca zgromadzi tokeny dopiero na późniejszym etapie „prania”, np. kupując bitcoiny za „skradziony”²⁴ pieniądz bezgotówkowy

²² Art. 9 ust. 1 Konwencji Rady Europy z 16 maja 2005 r. o praniu, ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie dochodów pochodzących z przestępstwa oraz o finansowaniu terroryzmu (ratyfikowanej przez Polskę (Dz. U. z 2008 r., Nr 165, poz. 1028).

²³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553 z późn. zm.).

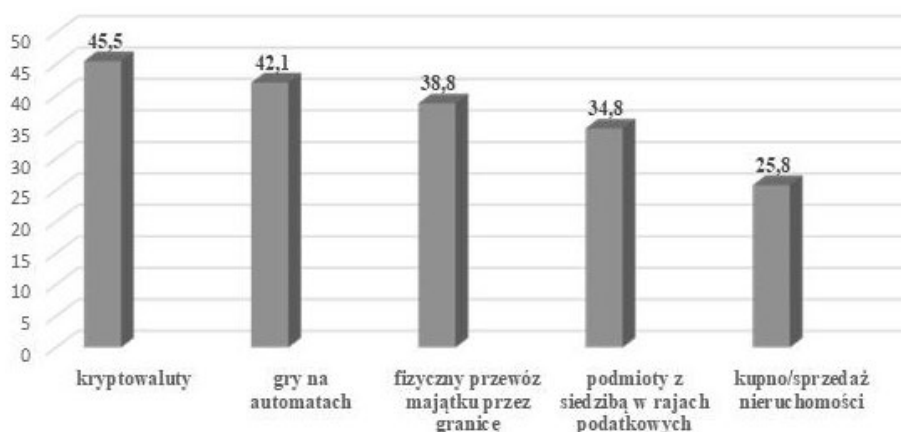
²⁴ Bitcoina nie można „ukraść” w rozumieniu art. 278 § 1 k.k. i 279 § 1 k.k. bowiem nie mieści się on w normatywnej definicji „rzecz ruchoma” (art. 115 § 9 k.k.).

z rachunku bankowego. Realizacja znamion art. 299 k.k. nie wymaga podejmowania szczególnych działań, ale chodzi o wykazanie po stronie sprawcy zamiaru polegającego na ukryciu wspomnianych wartości, ich zbyciu, konwersji itd. Bez znaczenia dla bytu tego przestępstwa jest postać technologiczna przedmiotu czynności wykonawczej.

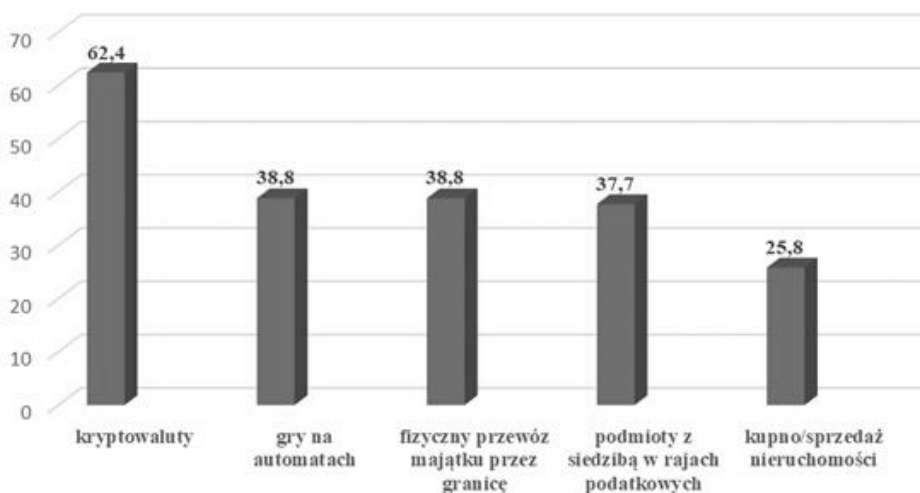
Chociaż przestępstwa stypizowane z art. 299 k.k. najczęściej realizowane są przy wykorzystaniu „tradycyjnego” mienia (pieniędzy, nieruchomości itp.), to jednak wraz z rozwojem nowych technologii cyfrowych ciężar „prania” pieniędzy migruje do cyberprzestrzeni. Potwierdzają to m.in. badania²⁵ ankietowe przeprowadzone w 2017 roku przez Urząd Generalnego Inspektora Informacji Finansowej wśród pracowników instytucji obowiązkanych i jednostek współpracujących. Poproszono ich, aby wskazali 5 produktów i usług oferowanych na rynku finansowym, które są lub mogą być najczęściej wykorzystywane do prania pieniędzy. Na liście znajdowało się 28 pozycji w tym m.in. scentralizowane waluty wymienne wykorzystywane do transferów wartości majątkowych, finansowanie społecznościowe typu *crowdfunding*, usługi świadczone przez prawników, obrót antykami i dziełami sztuki, umowy darowizny oraz pozostałe produkty i usługi niefinansowe²⁶. Spośród tak szerokiego zbioru potencjalnych środków do realizacji czynu z art. 299 k.k. najwięcej osób zatrudnionych w jednostkach współpracujących (ponad 45%) i obowiązkanych (ponad 62%) wskazało, że kryptowaluty stanowią podstawowe zagrożenie. Wyniki takie są zaskakujące, gdyż mogłoby się wydawać, że kryptowaluty to wciąż niszowy sektor rynku i stosunkowo mała liczba osób posiada o nich wiedzę. Co więcej, badanie przeprowadzono 3 lata temu (w 2017 r.), zatem uprawniona jest teza, że dzisiaj jeszcze więcej ankietowanych osób wskazałoby na bitmonety, jako najdogodniejszy środek do „prania”. Wyniki ankiet uznać należy za wiarygodne m.in. dlatego, że pracownicy badanych jednostek, z racji charakteru swoich obowiązków zawodowych, mają najlepszą wiedzę na omawiany temat.

²⁵ Krajowa ocena ryzyka prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu..., *op. cit.*, s. 148–149.

²⁶ Tamże, s. 148–149.



Odpowiedzi udzielone przez pracowników jednostek współpracujących, dotyczące produktów i usług oferowanych poza rynkiem finansowym najczęściej wykorzystywanych do prania pieniędzy (wyniki oznaczono w procentach).



Odpowiedzi udzielone przez pracowników instytucji obowiązanych, dotyczące produktów i usług oferowanych poza rynkiem finansowym najczęściej wykorzystywanych do prania pieniędzy (wyniki oznaczono w procentach).

Polski system przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, oprócz regulacji z Kodeksu karnego, kształtuje ustawa z 2018 roku o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu

(obowiązuje od dnia 13 lipca 2018 r.). Stanowi ona implementację do krajowego porządku prawnego Dyrektywy nr 2015/849/WE (tzw. dyrektywa IV AML). Celem przyjętych przepisów było, jak wskazano w uzasadnieniu do projektu ustawy dostępnym na stronie www.senat.gov.pl, dostosowanie europejskich regulacji z zakresu przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu do wymogów wynikających ze znowelizowanych zaleceń *Financial Action Task Force*, a także usprawnienie współpracy oraz wymiany informacji pomiędzy jednostkami analityki finansowej państw członkowskich (ang. *financial intelligence unit*, JAF), jak również wypracowanie spójnej, unijnej polityki wobec państw trzecich, których systemy przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu wykazują znaczące braki. W toku prac nad projektem uwzględniono również zalecenia Komitetu Ekspertów ds. Oceny Środków Zapobiegania Praniu Pieniędzy i Finansowaniu Terroryzmu (MONEYVAL). Wspomniana ustawa została znowelizowana przez Sejm w listopadzie 2019 roku w celu pełnego i prawidłowego wdrożenia do polskiego porządku prawnego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniającej rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylającej dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz dyrektywę Komisji 2006/70/WE (dalej jako dyrektywa 2015/849). W zmienionych przepisach większy jest krąg osób odpowiedzialnych za naruszenie obowiązków ustawowych przez instytucję obowiązaną, a także podmiotów uprawnionych do wymiany informacji pomiędzy instytucjami obowiązanymi. Rozszerzono krąg instytucji przekazujących dane jednostce analityki finansowej lub innym właściwym organom. Na implementację oczekuje już kolejne rozporządzenie 2018/1673 z dnia 23 października 2018 r. w sprawie zwalczania prania pieniędzy za pomocą środków prawnokarnych, określane jako szósta dyrektywa AML. Chodzi o zbiór przepisów intensyfikujących odpowiedzialność karną za czyny związane z praniem pieniędzy i finansowaniem terroryzmu poprzez m.in. zharmonizowanie definicji tego rodzaju przestępstw, rozszerzenie zakresu prania i odpowiedzialności karnej osób z nim związanych oraz wprowadzenie surowszych kar za czyn z art. 299 k.k.

4. Przykłady prania pieniędzy

4.1. Świat

Amerykański urząd ds. emigrantów (*Immigration and Customs Enforcement*) w opublikowanym w 2018 roku raporcie²⁷ dotyczącym zagrożeń związanych z praniem pieniędzy przewiduje, że coraz częściej waluty wirtualne będą wykorzystywane do tego procederu ze względu na ich specyficzne cechy użytkowe. Śledztwa pokazują, że wiele osób korzysta z kryptowalut do zakupu nielegalnych dóbr i usług w darknetcie oraz „pie-rze” środki na cyfrowych giełdach dodatkowo stosując miksery i *tumblers*²⁸. Powoduje to, że trudno jest „połączyć” indywidualną osobę fizyczną z adresami „podejrzanych” portfeli i adresami IP. W podobnym duchu wypowiedziała się *Financial Crimes Enforcement Network*: kryptowaluty o podwyższonej anonimowości zostały specjalnie zaprojektowane do realizacji niewykrywalnych, co do źródła pochodzenia, transakcji i zapewniają niemal całkowitą anonimowość. FinCEN widzi nawet zagrożenie dla bezpieczeństwa Stanów Zjednoczonych z powodu wykorzystywania walut wirtualnych do wspierania nielegalnej aktywności, w tym prania pieniędzy²⁹. Mowa zatem o bardzo niebezpiecznym zjawisku dla poszczególnych krajów i całej światowej społeczności.

Oprócz ogólnych deklaracji, agencje podają konkretne modus operandi sprawców przestępstw. W raporcie³⁰ *Drug Enforcement Administration* (amerykańska agencja rządowa do walki z narkotykami, DEA) pt. *National Drug Threat Assessment* (Krajowa Ocena Zagrożenia Narkotykami) z 2017 roku szczegółowo opisano, jak południowoamerykańskie kartele zajmujące się produkcją i handlem narkotykami korzystają z walut wirtualnych do wyprania pieniędzy w Chinach i Hongkongu. Bitcoin nie jest już „tylko” środkiem płatności za substancje odurzające i psychotropowe nabywane w darkmarketach, ale pretenduje do miana międzynarodowego środka rozliczeń narkobiznesu. Sprzyja temu fakt, że w Państwie Środka

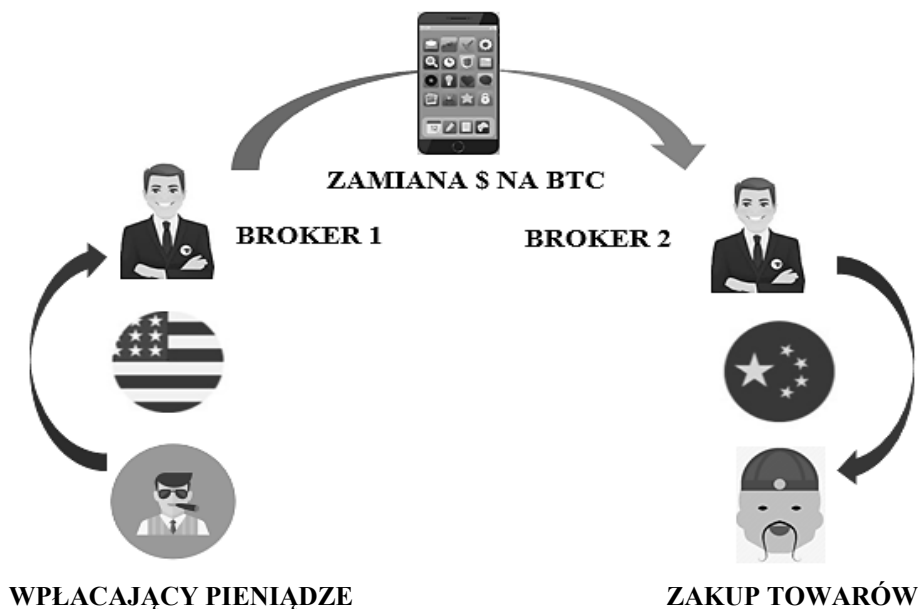
²⁷ National Money Laundering Risk Assessment 2018, https://home.treasury.gov/system/files/136/2018NMLRA_12-18.pdf, s. 27, data odczytu: 23 sierpnia 2019 r.

²⁸ Internetowe platformy wymiany i sprzedaży walut cyfrowych: bitmonety wpłacone w formie depozytu na duży bazar trafiają do ogólnej puli tysięcy kluczy prywatnych i „mieszają się” zaciemniając historię pochodzenia kryptowaluty.

²⁹ <https://www.fincen.gov/sites/default/files/2019-05/FinCEN%20CVC%20Guidance%20FINAL.pdf>, data odczytu: 23 sierpnia 2019 r.

³⁰ National Drug Threat Assessment 2017, U.S. Department of Justice, Drug Enforcement Administration, https://www.dea.gov/sites/default/files/2018-07/DIR-040-17_2017-NDTA.pdf, s. 130, data odczytu: 23 sierpnia 2019 r.

chętnie wykorzystuje się BTC do transakcji handlowych i chociaż organy nadzoru nad rynkiem finansowym Stanów Zjednoczonych kontrolują przelewy „krypto” do innych jurysdykcji, to grupy przestępcze korzystają z platform działających poza regulacjami AML w innych szerokościach geograficznych. Podmioty takie nie prowadzą polityki KYC, oferują do nadużyć anonimowe portfele i inne narzędzia teleinformatyczne. Pieniądze wymienione na kryptowalutę, z pominięciem oficjalnego systemu bankowego, transferuje się do Chin i nabywa za nie towary. Zakupione dobra wysyłane są następnie do przedsiębiorców w Ameryce Południowej (np. Meksyku), a oni zwracają kartelom cenę maszyn, samochodów i innych produktów w lokalnej walucie. W realizacji opisanych operacji pośredniczą specjaliści brokerzy (ang. *Over-the-Counter*, OTC) działający w dwóch obszarach: obsługują klientów, którzy chcą użyć BTC do wyprowadzenia majątku z Chin oraz tych, których celem jest konwersja dużej ilości gotówki na bitcoiny. Zdaniem DEA niepokoi fakt, że wykorzystanie brokerów w USA wiąże coraz mocniej ze sobą zorganizowane grupy „piorące” pieniądze z azjatyckim rynkiem sprzedaży dóbr i usług.



Schemat prania pieniędzy karteli narkotykowych w Chinach (opracowanie własne)

„Pralniami” są darkmarkety, a osoby tam handlujące realizują transakcje z klientami poprzez specjalny system płatności oparty na kryptowalucie. Platformy przypominają zatem banki funkcjonujące wewnątrz ukrytego Internetu, w których użytkownik posiada bitcoinowy adres lub adres powiązany z platformą. Adresy takie zgromadzone są w portfelu utrzymanym na serwerze darkmarketu i znajdują się pod kontrolą jego administratora. Kupujący narkotyki musi przesłać ich cenę ustaloną w BTC na wspomniany wcześniej adres; sprzedawca natomiast otrzyma BTC, gdy towar dotrze do nabywcy. Po potrąceniu prowizji przez administratora „sklepu” (od kilku do kilkunastu procent wartości operacji), sprzedawca transferuje środki z adresu „banku” w dowolne miejsce w cyberprzestrzeni (np. na giełdę kryptowalutową), aby zgubić trop pochodzenia bitcoinów i ostatecznie spożytkować je na własne, legalne już cele. W taki sposób działał Hugh Brian Haney oskarżony przed sądem stanowym dla Nowego Jorku w listopadzie 2019 roku o pranie pieniędzy z wykorzystaniem kryptowalut. W latach 2011–2012 pod nazwą *Pharmville* sprzedawał on na Silk Road duże ilości narkotyków (m.in. śmiertelnie niebezpieczny opioid fentanylu). Uzyskane w taki sposób, warte miliony dolarów, bitcoiny Haney transferował poza darkmarkety, na adresy zgrupowane w portfelu przypisanym jego firmie zajmującej się m.in. *tradingiem*. W latach 2017–2018 oskarżony przyjmował pieniądze fiducjary od inwestorów na własne rachunki bankowe, a wypłacał w zamian zarobioną na Silk Road kryptowalutę. Ostatecznie dnia 18 lipca 2019 r. Haney został aresztowany i chociaż początkowo twierdził, że BTC „wykopał” legalnie, to potem przyznał się do winy. W sporządzonym przeciwko niemu akcie oskarżenia³¹ wskazano, że przestępstwo prania pieniędzy z wykorzystaniem VASP ustalono m.in. na podstawie analizy dysku komputera ujawnionego w mieszkaniu Haney’a. Prokurator zabezpieczył jednocześnie na rachunku bankowym kwotę 19 milionów dolarów pochodzących z wymiany nielegalnie uzyskanych bitcoinów.

Problem stanowi wykorzystywanie przez grupy przestępcze popularności walut wirtualnych i oferowanie tego rodzaju aktywów w zamian za wpłatę środków finansowych na rachunki bankowe „fraudowych” spółek. Działanie takie przyjmuje postać piramidy finansowej, a pokrzywdzonych jest wiele osób. Od 2014 roku działała tak założona przez Bułgarkę Ruję Ignatową (*Cryptoqueen*) spółka OneCoin Ltd. Jej przedstawiciele wykorzystywali socjotechnikę i agresywny marketing do sprzedaży produktu w postaci (pseudo)kryptowaluty o nazwie OneCoin, która

³¹ <https://www.justice.gov/usao-sdny/press-release/file/1215621/download>, data odczytu: 23 sierpnia 2019 r.

miała zrewolucjonizować światowy system płatności i przynieść duże zyski. Inwestycja polegała na zakupie tokenów: za uiszczoną cenę inwestor otrzymywał monety na wirtualnym koncercie. Uczestnikom projektu płacono z kolei prowizje pieniężne za rekrutowanie nowych osób do zakupu pakietów rzekomej kryptowaluty. Ignatova zapewniała, że wartość bitmonet będzie wzrastać, aby w przyszłości wymieniać je z zyskiem na pieniądź fiducyjny. Składała także oświadczenia, że kryptowaluta jest „wydobytą” przy użyciu specjalnych serwerów. Ignatova otwarcie liderowała OneCoin do czasu, gdy w 2017 roku oszustwo zostało nagłośnione, a bitmonety nabyte przez inwestorów okazały się nic niewarte. Ponieważ pokrzywdzonymi stały się także osoby mieszkające w południowych dzielnicach Nowego Jorku, to sprawą zajęła się tamtejsza prokuratura.

Śledztwo pokazało, że tylko między czwartym kwartałem 2014 roku a trzecim kwartałem 2016 roku OneCoin Ltd. wygenerował 3,353 mld euro przychodów ze sprzedaży i osiągnął „zyski” w wysokości 2,232 mld euro, które trzeba było wyprać. Praniem zajął się m.in. Mark Scott, były partner w znanej międzynarodowej kancelarii prawnej „Locke Lord LLP”. Sąd nowojorski ustalił, że w przestępczy proceder prawnik zaangażował 400 milionów dolarów pochodzących ze środków zainwestowanych w projekt OneCoin. Scott wykorzystał swoją specjalistyczną wiedzę doświadczonego prawnika korporacyjnego i od 2016 roku utworzył w jurysdykcji Brytyjskich Wysp Dziewiczych szereg fałszywych funduszy inwestycyjnych typu *private equity* (zewnętrzne źródła finansowania pozagiełdowych spółek prywatnych) pod nazwą „Fenero Funds”. Następnie przetransferował do nich kilkaset milionów dolarów, jako rzekome inwestycje „zamożnych rodzin europejskich”, podczas gdy w rzeczywistości pieniądze stanowiły dochód z oszustwa OneCoin. Środki lokowane były na rachunkach bankowych na Kajmanach i w Irlandii, aby ostatecznie trafić do Ignatovej i podmiotów z nią powiązanych. Scott otrzymał natomiast za świadczone „usługi” ponad 50 milionów dolarów, które zainwestował w kolekcję luksusowych zegarków, zakup kilku samochodów marki Ferrari i Porsche, 57-metrowego jachtu *Sunseeker* oraz trzech nadmorskich posiadłości w stanie Massachusetts (przebiegca został aresztowany w dniu 5 września 2018 r. w pobliżu jednego ze swoich nadmorskich domów w miejscowości Barnstable). Sąd, po procesie trwającym trzy tygodnie, skazał Marka Scotta na karę długoletniego więzienia. W akcie oskarżenia³² ustalono, że prawnik i jego

³² <https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/former-partner-locke-lord-llp-convicted-manhattan-federal-court-conspiracy-commit-money>, data odczytu: 23 sierpnia 2019 r.

wspólnicy składali fałszywe oświadczenia w instytucjach finansowych na całym świecie, co do tytułu prawnego realizowanych przelewów i tym sposobem uniknęli procedur AML.

Caus Marka Scotta dowodzi, że problem prania pieniędzy nie dotyczy tylko „typowych” oszustów od lat zajmujących się przestępczością zorganizowaną. Ponieważ posługiwanie się kryptowalutami wymaga znajomości nie tylko strony technicznej ich funkcjonowania, ale także skomplikowanych regulacji prawnych w zakresie prawa finansowego, to chętnie do „prania” angażowane są wykwalifikowane osoby pełniące zawody zaufania publicznego, np. prawnicy i księgowi. W Stanach Zjednoczonych wiele postępowań karnych dotyczyło adwokatów podejrzanych o udział w praniu pieniędzy z wykorzystaniem VA, funduszy inwestycyjnych, transakcji typu *cross-border* i luk w przepisach AML. Przydatne okazują się rachunki bankowe zarejestrowane na kancelarie prawnicze, które nie podlegają ścisłym wymaganiom sprawozdawczym, a dają możliwość inwestowania zgromadzonych na nich środków z wykorzystaniem różnego rodzaju nowoczesnych instrumentów rynku finansowego.

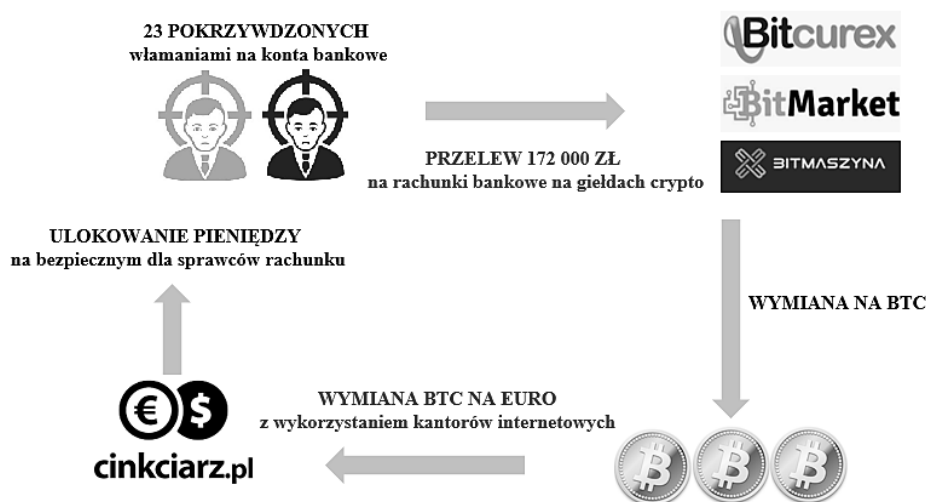
4.2. Polska

W 2019 roku Ministerstwo Finansów wydało dokument pt. „Krajowa ocena ryzyka prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu” w którym podano, że rośnie ryzyko związane z wykorzystaniem kryptowalut do działań o charakterze przestępczym m.in. do prania pieniędzy. Źródłem tego zagrożenia jest przede wszystkim to, że malwersacje w obrocie VA mogą z łatwością odbywać się na międzynarodową skalę z uwagi na globalne funkcjonowanie takich walut, łatwy dostęp do usług w zakresie ich wymiany na środki pieniężne oraz relatywnie dużą anonimowość użytkowników bitmonet. Opisane działania eliminują ponadto ryzyko zajęcia przez organy ścigania uzyskanych niezgodnie z prawem korzyści majątkowych. Nieprzypadkowo zatem wśród prowadzonych w latach 2016–2018 przez GIIF postępowań analitycznych znajdowały się również takie, które dotyczyły przestępstwa z art. 299 k.k. i VA pochodzących z ataków hakerskich, oszustw (także podatkowych), piramid finansowych, nielegalnego handlu substancjami psychoaktywnymi i inne³³.

Prokuratura ma doświadczenie w prowadzeniu spraw dotyczących prania pieniędzy z wykorzystaniem kryptowalut. W jednej z nich postępca uzyskał nieuprawniony dostęp do aplikacji bankowości mobilnej,

³³ Krajowa ocena ryzyka prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu..., *op. cit.*, s. 133.

podmienił numer rachunku i pokrzywdzony przelał 160 tys. zł na konto „słupa”. W niedługim czasie, w wyniku podobnych ataków hakerskich, to samo konto zasilone zostało kilkudziesięcioma innymi „fraudowymi” przelewami pochodzącymi od osób fizycznych i podmiotów gospodarczych. W ten sposób przestępcy uzyskali środki pieniężne w łącznej wysokości ponad 172 tys. zł, które następnie sukcesywnie przekierowywali na rachunki „podpięte” do giełd i kantorów kryptowalutowych oraz na kolejny rachunek bankowy założony na „słupa” (m.in. przestępcy za ponad 30 tysięcy złotych kupili bitcoiny na Bitcurex, Bitmarket24.pl i bitmaszyna.pl, ulokowali je w portfelach, a następnie wymienili na euro w dwóch kantorach internetowych). Wszystkie transakcje autoryzowano danymi osobowymi wyłudzonymi metodą „atrakcyjna oferta pracy”: oszukani internauci przesyłali sprawcom swoje CV w odpowiedzi na fikcyjne oferty zatrudnienia. Poza tym oszuści logowali się z sieci TOR, mieli spreparowane skrzynki e-mail i posługiwali fałszywymi dokumentami m.in. aktami notarialnymi poświadczającymi zgodność kserokopii dowodu osobistego z jego oryginałem.



Schemat prania pieniędzy z wykorzystaniem kryptowaluty pochodzących z ataków hakerskich na konta w bankowości elektronicznej (opracowanie własne).

W innej sprawie z 2016 roku dwaj Polacy oszukali obywatela Holandii na kwotę 21,5 tys. euro poprzez wprowadzenie go w błąd, co do zamiaru sprzedaży maszyny. Pokrzywdzony przelał na ich rachunek bankowy

cenę zakupu, a przestępcy buldożera nie dostarczyli i kontakt z nimi „urwał się”. Sprawcy oszukali także obywateli Rumunii przyjmując od nich 60 tys. euro za autokar. Uzyskane w ten sposób środki, stanowiące w tamtym czasie równowartość 350 tys. zł, wymienili na bitcoiny w serwisie bitbay.net. Dzięki podjętym działaniom przez policję i prokuraturę, udało się zablokować BTC na rachunku giełdowym, a zaraz potem ustanowiono na nich zabezpieczenie majątkowe. Instytucja zabezpieczenia pozwala na zwrot pokrzywdzonym utraconych pieniędzy, a badania przeprowadzone przez autora artykułu pokazały, że prokuratorzy coraz częściej odzyskują tokeny cyfrowe od przestępców.

5. Organy zaangażowane i instytucje obowiązane

5.1. Organy zaangażowane

Na świecie działają międzynarodowe instytucje i agencje, których zadaniem jest przeciwdziałanie praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, a czołowe miejsce w tym systemie zajmuje FATF. Choć Unia Europejska i Polska nie są jego członkami to dostosowują swoje prawo do postulatów formułowanych przez FATF m.in. w zakresie V AML. Obecnie jednym z głównych celów Grupy jest rozwiązanie problemu anonimowości w Internecie, jako narzędzia do prania pieniędzy za pośrednictwem wirtualnej waluty. FATF wypracowała „rekomendacje”, które powinny być implementowane przez państwa celem zapobiegania i zwalczania przestępczości przy uwzględnieniu indywidualnych warunków każdego kraju, posiadanych już środków prawnych oraz własnych możliwości operacyjnych. Obszary regulacyjne rekomendacji dotyczą dwóch podstawowych kwestii:

- 1) wymogu ustanowienia i wdrożenia przez organy krajowe skutecznego programu przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz
- 2) nałożenia na VASP obowiązku oszacowania ryzyka w związku z ich działalnością, prowadzenia rejestrów i sprawozdawczości, w tym wymogu zgłaszania podejrzanych działań.

Wskazane cele uzupełnione są szeregiem skonkretyzowanych obowiązków nałożonych na sektor publiczny i prywatny; dotyczą one:

- licencjonowania lub rejestrowania dostawców usług sieciowych,
- nadzorowania i kontroli VASP pod kątem przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowania terroryzmu,
- przechowywania przez podmioty obowiązane historii transakcji oraz efektywnego raportowania „podejrzanych” operacji,

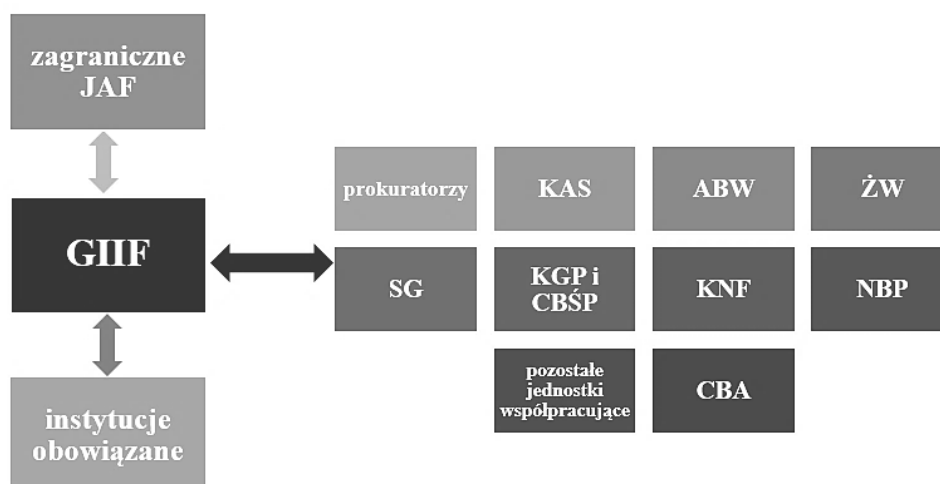
- wdrożenia sankcji w sytuacji, gdy usługodawcy nie przestrzegają zobowiązań AML/CFT,
- udoskonalania współpracy międzynarodowej oraz partnerstwa publiczno-prywatnego,
- prowadzenia rejestrów, zgłaszania podejrzanych operacji i kontrolowania wszystkich transakcji pod kątem zgodności z przepisami³⁴.

Poszczególne państwa w różny sposób realizują ww. obowiązki, ale priorytetem FATF jest to, aby ogólne, światowe zręby systemu AML były zgodne. Rozbieżności na omawianym polu są niepożądane i dlatego w dokumentach *Financial Action Task Force* zaleca się stosowanie podejścia funkcjonalnego: chociaż kraje modelują szczegółowe rozwiązania prawne pod kątem ich wewnętrznych, specyficznych uwarunkowań to jednak implementacja zasadniczych wytycznych powinna wszędzie stać na niezmiennie wysokim poziomie. W Unii Europejskiej dba o to, wspomniany już, Komitet Ekspertów ds. Oceny Przeciwdziałania Praniu Pieniędzy i Finansowania Terroryzmu, który jest stałym organem monitorującym Rady Europy. Komitetowi powierzono ocenę zgodności norm krajowych z międzynarodowymi standardami AML/CFT, skuteczne wdrażanie tych unormowań, a także formułowanie zaleceń dla władz państwowych w sprawie koniecznych ulepszeń ich systemów.

Zalecenia FATF i MONEYVAL wymagają zatem budowy przez państwo sprawnych procedur *Anti-Money Laundering* w tym nałożenia na uczestników rynku walut cyfrowych określonych zobowiązań, chociaż każdy kraj może indywidualnie konkretyzować przyjęte rozwiązania. Chodzi m.in. o akty prawne określające uprawnienia i zadania organów administracji publicznej nadzorujących rynek dystrybucji dóbr i usług oraz służby zwalczające przestępczość. W Polsce głównymi filarami systemu AML są:

- 1) Generalny Inspektor Informacji Finansowej,
- 2) instytucje obowiązane,
- 3) jednostki współpracujące.

³⁴ Oświadczenie w sprawie wirtualnych aktywów i dostawców usług wirtualnych aktywów, <https://www.gov.pl/web/finanse/publikacje-fatf>, data odczytu: 23 sierpnia 2019 r.

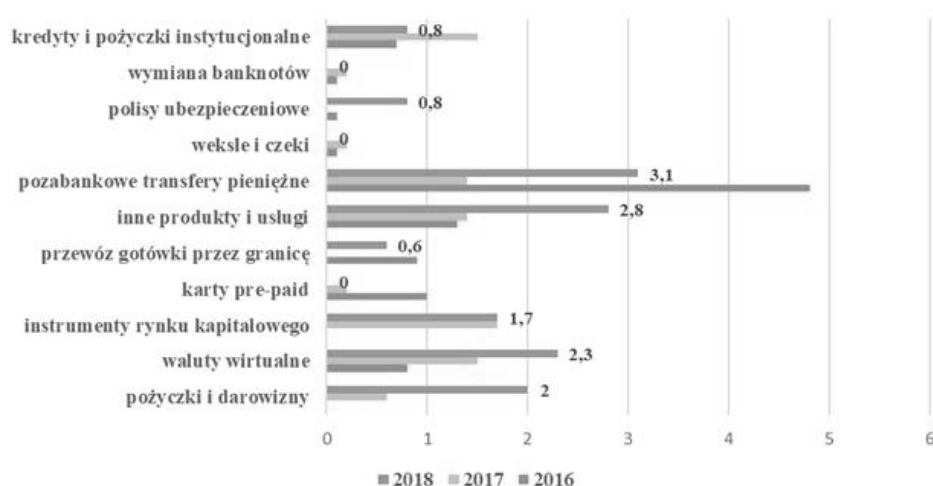


Podmioty tworzące polski system przeciwdziałania praniu pieniędzy (na podstawie dokumentu „Ocena ryzyka (...)”)

Ustawa u.p.p. nakłada na Generalnego Inspektora, jako krajową jednostkę analityki finansowej, szereg zadań w zakresie podejmowania działań w celu przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. Może on żądać od platform operujących walutami cyfrowymi:

- przeprowadzania procedury wstrzymania transakcji i/lub blokady rachunku,
- przekazania informacji o transakcjach i ich udostępnienia.

Informacje uzyskane w ten sposób GIIF ma prawo, a niekiedy obowiązek, przekazać uprawnionym jednostkom współpracującym oraz współdziałać z tymi jednostkami w zakresie wymiany danych o „podejrzanych” operacjach. Ponadto GIIF udostępnia posiadane dane na pisemny i uzasadniony wniosek m.in. Komendanta Głównego Policji i Komendanta Centralnego Biura Śledczego Policji, Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Szefa Centralnego Biura Antykorupcyjnego.



Zrealizowane postępowania analityczne wszczęte przez GIIF w latach 2016–2018 w podziale na produkty i usługi wykorzystane do realizacji „podejrzanych” transakcji (wg. danych GIIF na koniec 2018 roku i zawartych w „Ocenie ryzyka (...))”.

Zamieszczony powyżej wykres³⁵ obrazuje, że w ostatnich latach GIIF coraz częściej zajmuje się analizą transakcji dokonanych walutami wirtualnymi: między rokiem 2016 a 2018 liczba ta uległa potrojeniu i jest większa niż wolumen wykonanych analiz kryminalnych tradycyjnych sposobów „prania” (pożyczek, darowizn, kredytów itp.). Co ważne: na wykresie nie uwzględniono analiz dotyczących pieniądza bezgotówkowego, a jest ich zdecydowanie najwięcej. Dowodzi to, że taki pieniądz wciąż jest „najpopularniejszym” środkiem do prania pieniędzy, chociaż 2018 roku analiza transakcji z jego udziałem spadła aż o 10% w porównaniu do lat 2016–2017.

5.2. Instytucje obowiązane

Instytucją obowiązaną na rynku tokenów cyfrowych może być każdy podmiot, który uczestniczy w komercyjnym obrocie takimi tokenami. Szczególna rola w rozpoznawaniu i blokowaniu nielegalnych transakcji przypada dostawcom usług związanych z walutami cyfrowymi. Zgodnie z rekomendacjami FATF, *Virtual Asset Service Providers* we własnym imieniu lub na rzecz osoby trzeciej:

³⁵ Krajowa ocena ryzyka prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu..., *op. cit.*, s. 116.

- prowadzą wymianę VA na pieniądze i odwrotnie, tj. aktywów cyfrowych na pieniądź fiducjarny,
- uczestniczą w transferach wirtualnych tokenów,
- zarządzają lub administrują nimi oraz
- świadczą usługi finansowe powiązane z oferowaniem/sprzedają VA lub
- wspierają podmioty, które oferują takie usługi³⁶.

Platformy wymiany walut funkcjonują w różnych modelach biznesowych: jako kantory, podmioty zarządzające portfelami kryptowalutowymi oraz dostarczyciele takich portfeli „podpięci” pod giełdę z potencjałem realizacji transferów, serwisy emitujące własne lub oferujące cudze tokeny lub zajmujące się sprzedażą jakichkolwiek cyfrowych praw majątkowych. Ponadto *Virtual Asset Service Providers* to właściciele/administratorzy bankomatów kryptowalutowych. Chodzi także o podmioty przyjmujące zlecenia na zakup i sprzedaż VA, zatem łączące potencjalne strony przyszłych transakcji, ustalając ich przedmiot i cenę, a finalnie udostępniając platformę do realizacji operacji (ang. *Order-book exchange services*)³⁷. Do VASP należy zaliczyć osobę fizyczną, która profesjonalnie trudni się wymianą walut cyfrowych na pieniądze „z ręki do ręki”.

W polskiej ustawie o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu katalog instytucji obowiązanych podano w art. 2 ust. 1 pkt 12; należą do nich podmioty prowadzące działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu usług w zakresie:

- a) wymiany pomiędzy walutami wirtualnymi i środkami płatniczymi,
- b) wymiany pomiędzy walutami wirtualnymi,
- c) pośrednictwa w wymianie, o której mowa w pkt a) i b),
- d) prowadzenia rachunków, jako elektronicznych zbiorów danych identyfikacyjnych zapewniających osobom uprawnionym możliwość korzystania z jednostek walut wirtualnych, w tym przeprowadzania transakcji ich wymiany.

Chodzi przede wszystkim o giełdy kryptowalutowe i kantory wymiany walut wirtualnych. Podstawowa różnica pomiędzy ww. podmiotami sprowadza się do tego, że kantory nie oferują usług w zakresie przechowywania bitmonet, pobierają wyższe prowizje od giełdy, ale szybciej realizują zleczone operacje na stabilnych warunkach kursowych. Obecnie jednak największą anonimowość oferują kryptobankomaty (*CVC kiosk*). Działają one na różnych zasadach: niektóre maszyny są zespolone z giełdami

³⁶ *Virtual Assets and Virtual Asset Service Provide...*, *op. cit.*, s. 13–14.

³⁷ Tamże, s. 14–15.

gdzie dokonują „kupna–sprzedaży” bitmonet, podczas gdy inni właściciele maszyn posiadają własne portfele i wykorzystują je bezpośrednio do realizacji transakcji zleconych przez osoby trzecie.

Zdaniem GIIF rosnąca sieć bitomatów w Polsce, duża anonimowość oferowana przez waluty wirtualne oraz dzielenie transakcji na mniejsze kwoty umożliwiają pranie pieniędzy oraz ich międzynarodowy transfer poza krajowy system bankowy. Dlatego na VASP nakładane są różnego rodzaju obowiązki regulacyjne dotyczące m.in. uzyskania od Komisji Nadzoru Finansowego zgody na prowadzenia działalności gospodarczej. Podmioty planujące świadczyć usługi płatnicze w ramach działalności giełd kryptowalutowych, mogą ubiegać się o status Małej Instytucji Płatniczej (MIP), która jest alternatywą dla Krajowej Instytucji Płatniczej (KIP). MIP jest znacznie łatwiejsza w uruchomieniu niż KIP i nie wymaga tylu nakładów pieniężnych i organizacyjno-prawnych, co jej pierwowzór. Mimo to, dla polskich przedsiębiorców branży *crypto*, nawet uzyskanie licencji na prowadzenie MIP jest zbyt dużym wyzwaniem finansowym oraz logistycznym i dlatego większość firm emigruje (przynajmniej w wymiarze prawnym) za granicę. Z informacji zawartych w „Ocenie ryzyka (...)” wynika, że w 2019 roku usługi w języku polskim oferowało 19 kantorów internetowych i giełd kryptowalut, jednak tylko 9 z nich było prowadzonych przez firmy zarejestrowane w Polsce; pozostałe miały siedzibę głównie w Wielkiej Brytanii. Wpis do rejestru MIP prowadzonego przez KNF posiadały 2 platformy. W 2018 roku i w styczniu 2019 roku kilka giełd walut wirtualnych, po wpisaniu ich na listę ostrzeżeń KNF, zamknęło swoją działalność lub przeniosło ją do Anglii oraz na Maltę, jednakże szacuje się, że w dalszym ciągu około 75% klientów tych podmiotów pochodzi z Polski³⁸.

Krajowa ustawa o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy (...) odwołuje się ponadto do stosowanego przez FATF pojęcia *risk based approach*, co oznacza, że instytucje obowiązane powinny samodzielnie określić swoją ekspozycję na ryzyko AML i dostawać do niej własne regulacje oraz zdefiniować środki bezpieczeństwa finansowego w wewnętrznych procedurach działania firmy. W programie zarządzania ryzykiem bierze się pod uwagę zakres działalności VASP (obszar krajowy lub międzynarodowy), ilość i wysokość realizowanych transakcji, profil klientów, przedmiot obrotu itp. Jako przykład można wskazać sytuację, kiedy osoby korzystające z platformy logują się do serwisu z adresów sieci TOR. W sytuacji takiej zachodzi duże prawdopodobieństwo, że zlecone operacje (np. zakupu tokenów) mogą dotyczyć środków pochodzących z przestępstwa i dlate-

³⁸ Krajowa ocena ryzyka prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu..., *op. cit.*

go klienta należy szczegółowo zweryfikować, albo od razu odrzucić zlecenie. Dochodzi to tego szereg innych obowiązków, np. opracowania i wdrażania wewnętrznej procedury anonimowego zgłaszania przez pracowników instytucji obowiązanej rzeczywistych lub potencjalnych naruszeń przepisów z zakresu przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowania terroryzmu.

Osoby zarządzające instytucją obowiązaną poddane są rygorowi niezwłocznego powiadomienia GIIF o realizowanej transakcji jeśli podejmą uzasadnione podejrzenie, że ma ona związek z praniem pieniędzy. W tym przypadku do czasu otrzymania żądania blokady rachunku lub wstrzymania transakcji albo stosownego zwolnienia, nie dłużej jednak niż przez 24 godziny, liczone od momentu potwierdzenia przyjęcia zawiadomienia, instytucja obowiązana nie przeprowadza „podejrzanej” operacji. Na żądanie GIIF następuje blokada prowadzonego przez nią rachunku na okres wskazany w żądaniu, nie dłuższy niż 96 godzin, licząc od momentu otrzymania żądania. Ponadto, blokada może nastąpić w związku z wydaniem przez prokuratora stosownego postanowienia; w takim przypadku „zamrożenie” rachunku lub wstrzymanie transakcji trwa do 6 miesięcy.

Bardzo ważny jest obowiązek raportowania do GIIF przez VASP przeprowadzania transakcji okazjonalnej o równowartości 15 tys. euro lub większej. Ponieważ obowiązek ten może być omijany poprzez dokonywanie kilku mniejszych przelewów rozłożonych w czasie, to dla wyliczenia kwot progowych bierze się pod uwagę nie tylko pojedyncze operacje, ale obowiązek raportowania zachodzi także wtedy, jeśli powiązane ze sobą przelewy łącznie przekraczają ustawowy próg. W momencie, gdy użytkownik jednej giełdy wysłał kryptowalutę o wartości przekraczającej 15 tys. euro na adres innej platformy cyfrowej, to giełda inicjująca powinna niezwłocznie udostępnić organowi nadzoru nad rynkiem kapitałowym informacje identyfikujące zarówno nadawcę, jak i docelowego beneficjenta transferowanych środków. Promowane rozwiązanie stanowi „kryptograficzną wersję” amerykańskiej regulacji bankowej zwanej „regulacją podróży” (ang. *travel rule*), która nakłada podobny wymóg na tradycyjne instytucje finansowe, chociaż w ich przypadku próg sygnalizacji wynosi 3 tys. dolarów. W Stanach Zjednoczonych VASP podlegają zasadzie *travel rule*, a jej egzekwowanie należy do kompetencji FinCEN. Oprócz zapobiegania „fraudowym” operacjom umożliwia ona umieszczenie na czarnej liście „podejrzanym” podmiotów, np. podlegających sankcjom gospodarczym lub osób podejrzewanych o terroryzm.

6. Znaczenie przepisów AML w pracy prokuratora

Specyficzne cechy transakcji dokonywanych walutami wirtualnymi sprawiają, że coraz częściej korzystają z nich osoby prowadzące legalne interesy. Krótki czas realizacji przelewów ma szczególne znaczenie w operacjach międzynarodowych, gdyż np. przekaz pieniędzy z Polski do państw azjatyckich przy wykorzystaniu tradycyjnej bankowości trwa niekiedy kilka tygodni. Powoduje to, że kantory otrzymują zlecenia od rodzimych przedsiębiorców zamiany złotych na bitcoiny i dostarczenia ich na adresy zagranicznych kontrahentów. Jeszcze prostsze są transfery pomiędzy użytkownikami jednej platformy internetowej. Jednak stosunkowo duża część operacji „krypto” powiązana jest z oszustwami, w tym praniem „owoców przestępstwa”. Dlatego znajomość przepisów dotyczących przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu ma praktyczne znaczenie w procesie wykrywczym oraz gromadzenia dowodów na potrzeby postępowania karnego. Jeśli popełniono przestępstwo z wykorzystaniem walut wirtualnych, to koniecznym staje się zabezpieczenie śladów cyfrowych i uzyskanie informacji związanych z działaniem sprawcy. W takim przypadku należy:

- 1) wszcząć procedury blokady środków pochodzących z przestępstwa, znajdujących się na rachunkach bankowych i adresach kryptowalutowych (następnie rozważyć wydanie postanowienia o zabezpieczeniu majątkowym),
- 2) określić charakter platform wykorzystanych do „prania”, gdyż od tego będzie zależało odtworzenie faktycznego *modus operandi* sprawcy (czy chodzi o platformę zdecentralizowaną, czy przeciwnie – odgórnie zarządzaną przez określonego administratora oraz w jakiej jurysdykcji znajduje się jej infrastruktura w tym przede wszystkim serwery),
- 3) poznać politykę ryzyka i procedury KYC wdrożone przez VASP, co determinuje kierunek poszukiwania informacji o sprawcy i okolicznościach czynu (dokumentów, którymi posłużył się do uwierzytelnienia, numeru telefonu, adresu e-mail, historii wcześniejszych transakcji itp.). Zespół AML platformy cyfrowej do handlu tokenami odnotowuje wiele zdarzeń dotyczących uczestników giełdy i mogących mieć kapitalne znaczenie w śledztwie; chodzi m.in. o to, czy Klient składał nietypowe zlecenia odbiegające od jego profilu ekonomicznego, czy dochodziło w jego przypadku do strukturyzacji transakcji w celu obejścia obowiązków raportowania (np. wymiana lub przelew w małych kwotach lub w kwotach poniżej progów dotyczących ewidencji lub sprawozdawczości). Giełdy gromadzą także dane o nietypowych benefi-

- cientach środków (np. kantor wymiany walut, kryptobankomat, platforma świadcząca usługi w zakresie szybkiej konwersji tokenów na pieniądź fiducyjny za wysoką prowizję),
- 4) zwrócić się do VASP o zabezpieczenie pozostawionych przez sprawcę śladów cyfrowych (logowania do systemu, wykorzystanego adresu IP itp.). Badanie IP Klienta VASP to podstawowa metoda AML stosowana w celu weryfikacji, czy adres ten był przypisany do krajów objętych sankcjami, rajów podatkowych lub pochodził z innych „egzotycznych” jurysdykcji; czy Klient używał sieci i/lub narzędzi maskujących. Z kolei procedura KYC jest pomocna w ustaleniu, czy uczestnik platformy znajdował się na listach sankcyjnych lub na wewnętrznej „czarnej liście” Giełdy. Prokurator może zażądać wydania takich informacji od VASP,
 - 5) przeanalizować wewnętrzną procedurę VASP „szacowania ryzyka” i zasady raportowania zdarzeń do organów nadzoru, co pozwoli m.in. zweryfikować, czy operator wypełnił ciążące na nim obowiązki w zakresie AML. Instytucja obowiązana ma ustawowy obowiązek budowy i realizacji pisemnego dokumentu pt. „Wewnętrzna polityka przeciwdziałania praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu”, w którym znajdują się ważne informacje dla śledztwa; chodzi m.in. o to, jakie obowiązywały na platformie procedury monitorowania aktywności Klientów, zarządzania ryzykiem, wewnętrznego raportowania o podejrzeniu „prania” oraz zarządzania danymi i dokumentacją. Przegląd wspomnianych procedur może okazać się pomocny w ustaleniu, kto jest odpowiedzialny za dopuszczenie do realizacji znamion czynu z art. 299 k.k., gdzie znajdują się ślady lub dowody istotne dla śledztwa oraz kogo należy przesłuchać w toczącym się postępowaniu,
 - 6) rozważyć, czy do ustalenia okoliczności faktycznych przydatna okaże się analiza kryminalna transferów tokenów cyfrowych wykonana własnymi środkami organów ścigania, czy jednak konieczne będzie skorzystanie z usług firmy komercyjnej³⁹,
 - 7) zasadnym może okazać się powołanie biegłego z zakresu informatyki śledczej celem zbadania pozostawionych śladów w systemach informatycznych lub zabezpieczonych cyfrowych nośnikach danych i sporządzenia specjalistycznej opinii,

³⁹ Więcej na ten temat: P. Opitek, K. Góral, Analiza kryminalna transferów kryptowalutowych w pracy prokuratora (cz. I), *Prokuratura i Prawo* 2020, nr 4–5, s. 74–98 oraz P. Opitek, K. Góral, Analiza kryminalna transferów kryptowalutowych w pracy prokuratora (cz. II), *Prokuratura i Prawo* 2020, nr 6, s. 91–117.

8) rozważyć podjęcie współpracy z podmiotami publicznymi należącymi do krajowego systemu przeciwdziałania praniu pieniędzy (np. Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów w przypadku piramid pseudokryptowalutowych i wielu osób pokrzywdzonych przestępstwem).

W praktyce prowadzenie omawianych spraw karnych jest skomplikowane i dopiero pewne szczegóły, których natura powinna pozostać tajemnicą pracy operacyjnej i działań procesowych, pozwalają na skuteczne ściganie przestępców. Niemniej, sprawowanie kontroli nad VASP i transferami VA jest mniej efektywne, aniżeli nad „tradycyjnym” przepływem pieniądza bezgotówkowego. Doświadczenie pokazuje, że działalność większości *Virtual Asset Service Providers* bardziej lub mniej „zahacza” o szarą strefę dotyczącą aktywności przestępców, a nierozpoznana do końca natura cyfrowych żetonów zwiększa ryzyko malwersacji. Administratorzy platform niekiedy sami do końca nie wiedzą (lub nie chcą wiedzieć), kogo obsługują, jaki charakter prawny ma oferowany przez nich produkt lub usługa stanowiące zupełnie *novum* w świecie finansów. Sprzyja temu brak spójnego, globalnego nadzoru nad podmiotami świadczącymi usługi, odmienne regulacje prawne, a nawet miejsca, gdzie brak skutecznych procedur AML/CFT i implementacji standardów KYC. Nie bez znaczenia jest także duża tolerancja po stronie VASP na ryzyko wystąpienia prania pieniędzy ze względu na niskie koszty alternatywne wynikające z utraty reputacji: ujawnienie przez bank zdarzenia związanego z „praniem” spotka się najprawdopodobniej z negatywnym odbiorem społecznym nawet, jeśli zadziałały reguły AML. W przypadku giełd i kantorów kryptowalutowych możliwość wyprania pieniędzy powoduje często reakcję odwrotną: przestępcy chętnie wykorzystują „podejrzane” platformy, co zwiększa zyski ich administratorów. Pociuszające jest to, że od pewnego już czasu więksi lub/i znani operatorzy starają się prowadzić skuteczną politykę KYC, aby uniknąć restrykcyjnych działań ze strony organów nadzoru (kar finansowych, kontroli itp.) i ścigania (np. blokady rachunku bankowego firmy).

Countering money laundering with the use of virtual currency in the light of domestic and international AML regulations

Abstract

The article focuses on actions undertaken to prevent money laundering with the use of virtual currency in the light of domestic and international AML (Anti-Money Laundering) regulations. The problem is serious and current due to the fact that the aforementioned currencies are increasingly used by criminals. The analysis begins with a discussion of the economic and legal aspects of various types of digital tokens. This is followed by a description of the supervision of the virtual currency market in the USA as well as the activities of the American Securities and Exchange Commission with regard to the issue by private entities of such tokens. Because the Virtual Asset Service Provider (VASP) make use of new forms of digital assets, they are responsible for the implementation of many duties connected to the AML regime, including that of an effective risk-based approach. The article continues with a description of the crime of money laundering in general and the modus operandi of the criminals themselves. Specific examples of such illegal activities in Poland and around the world are presented. The final part of the article focuses on the internal structure of bodies working to counter money laundering, and includes the responsibilities of both entities obliged to and those willingly involved in countering money laundering in both the recommendations of the Financial Action Task Force as well as Polish law regarding the countering of money laundering and the financing of terrorism. The paper ends with a chapter entitled 'The significance of AML regulation in the work of a public prosecutor'.

Key words

Money laundering, virtual currency, cryptocurrency, digital token, cybercrime, AML regulations, Virtual Asset Service Provider, FATF, bodies working to counter money laundering, prosecutor.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Józef Gurgul

Sprzeciw wobec pomysłów metaopinii. Szlachectwo zobowiązuje

Streszczenie

Autor polemizuje z poglądem, jakoby znowelizowany art. 198 k.p.k. usunął zastrzeżenia wobec dowodu z metaopinii o prawidłowości już w danym postępowaniu uzyskanej opinii. Nie zgadza się również z nieodosobnionym zapatrywaniem, że zasięganie metaopinii jest uzasadnione faktem, iż organ procesowy nie potrafi opanować i zrozumieć specjalistycznych wiadomości, w związku z czym jest skazany na pomoc metabiegłego. Chybione to stanowisko, sprzeczne z doświadczeniem, przepisami procesowymi i etyką zawodową. Prawnik ma obowiązek i realne możliwości nabywania wiedzy specjalnej na poziomie dlań odpowiednim. Jeśli ma z tym problem, odpowiedzią może być umiar i urozmaicenie. Ale to jeszcze za mało. Potrzebne jest przede wszystkim odrzucenie mentalności, wedle której pomocy „nie są dla prawnika”. Niezbędne jest wyparcie z głowy rozbrajającego „nie mogę” i zamiana na aktywizujące „spróbuję”.

Po drugie, organ procesowy powinien oceniać opinie swobodnie, ściśle w myśl wskazań art. 7, 92 i 410 k.p.k. Tak samo jak wszystkie inne dowody. Opowiadanie się za metaopinią oznacza ślepe orzekanie. Powołane źródła piśmiennicze oraz autentyczna kazuistyka przekonują, że metabiegły jest postacią obcą systemowi polskiego prawa procesowego. Metaopiniowanie osłabia rygory prawne, etyczne i kulturowe tegoż systemu tudzież aspiracje prawnika do stawania się odpowiedzialnym za podejmowane decyzje.

Słowa kluczowe

Metaopinia, metabiegły, swobodna ocena opinii, nauki pomostowe, doświadczenie, profesjonalizm.

I. Wstęp – dlaczego dyskutuję

Metaopinia jest opinią biegłego X o opinii biegłego Y. Opinią innego biegłego o poprawności naukowej opinii już w postępowaniu uzyskanej (uzyskanych). Między innymi Dariusz Wilk (UJ) w pracy zamieszczonej w Prokuraturze i Prawie z czerwca 2020 roku wnosi, że znowelizowany art. 198 Kodeksu postępowania karnego eliminuje dotychczasowe zastrzeżenia wobec tego dowodu, ostatecznie legitymizując go¹. Niezbyt jasne i zarazem rozbudowane ujęcie tejże zmiany daje impuls do – być może – zróżnicowanych wykładni, w związku z czym optymizm znanego kryminalistyka wydaje się być przedwczesny.

Zapowiadają to sygnalizowane we Wstępie perspektywy i punkty widzenia niżej podpisanego.

Uprzytomnią je autentyczne doświadczenia, wolne od teoretyzowania czy chęciostwa. Brana pod lupę problematyka metabiegłego wykracza zasadniczo poza obszar, często przecenianej, dogmatyki prawa. W omawianej przestrzeni wcale nic lub niewiele osiąga prawnik zamknięty na inność. Samoizolując się, swoje sumienie i rozwój naraża na niechybne przysychanie. Gdy w pogmatwanym stanie faktycznym organ procesowy nie wie, jak dalej postąpić, wrażliwe sumienie podpowie mu: szukaj, szukaj, albo – pytaj, pytaj siebie i Drugiego².

¹ D. Wilk, Metaopinia w polskim procesie karnym w świetle nowelizacji k.p.k. ustawą z dnia 19 lipca 2019 r., Prokuratura i Prawo 2020, nr 6, s. 140–155; t e n ż e, (w:) Kryminalistyka. Przewodnik, pod red. D. Wilka (Opiekun naukowy publikacji prof. dr hab. Józef Wójcikiewicz), Wydawnictwo „Dom Organizatora”, Toruń 2013, s. 164; por. także J. Wójcikiewicz, Temida pod mikroskopem. Wydawnictwo „Dom Organizatora”, Toruń 2009, s. 46–47; M. Owoc, Cybernetyczny model ekspertyzy, (w:) Wybrane zagadnienia teorii i metodologii kryminalistyki, J. W i d a c k i (red.), Uniwersytet Śląski, Katowice 1983, s. 91–92; t e g o ż, Kontrola opinii biegłego – superopinia, (w:) Z zagadnień teorii opinii J. W i d a c k i (red.), Uniwersytet Śląski, Katowice 1983, s. 25–33; J. K o n i e c z n y, Identyfikacja kryminalistyczna, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2017, s. 97–98.

² J. Tischner, Przekonać Pana Boga, Wydawnictwo Znak, Kraków 1999, s. 102; A. Karoń-Ostrowska w wywiadzie Gazety Wyborczej z dnia 26–27 maja 2012 r. wspominała, że jej nauczyciel ks. T i s c h n e r rozróżniał dwa rodzaje pytań: poszukujące prawdy i takie, które ją kwestionują. Pierwsze pobudzają do rozmowy, do dialogu i szukania prawdy.

Kwestia, skąd się wziął wręcz diabelski pomysł, który skutkuje nieuchronną stagnacją umysłowości prokuratora (sędziego) oraz potencjałem pomyłek sądowych. Otóż korzenie powodów zapaści zasady swobodnej oceny dowodów pod wpływem skwapliwie zakładających, że organ procesowy „siłą rzeczy” nie ogarnia nauk pomostowych, że co najwyżej potrafi poznawać zagadkową „wiedzę o wiedzy specjalistycznej”, ale nigdy nie opanuje medycyny sądowej, psychiatrii, psychologii *etc.*, tkwią w zamierzchłych czasach. I to przekonanie jest nadal żywe.

Nie bez kozery nawrócę do dzieła *Opera chirurgica* (1567 rok) Ambrożego Paree, lekarza króla Francji Franciszka II. W książce tej Paree oznajmił, że „oni (tj. sędziowie – uwaga Autora) orzekają wedle tego, co im chirurg powie”, a więc bezmyślnie. Zapoczątkowane przez Francuza niepartnerskie patrzyenie na prawników zostało swoiście przypieczętowane przez wykładowcę psychiatrii w Lipsku i Sankt Petersburgu Johanna C. A. Heinrotha (1773–1846). Apodyktycznie bowiem stwierdził, że „medycyna sądowa nie do prawników należy”³.

Już w czasie studiów zorientowałem się, jak bardzo bezpodstawne było i jest takie zawłaszczanie nauk pomostowych przez dawniejszych (nie aktualnych) reprezentantów tychże dyscyplin z jednej strony. Z drugiej zaś – jak nieroztropne jest wmawianie prawnikom z pierwszoliniowej praktyki przez wysoko w niej, albo w nauce usytuowanych, że „siłą rzeczy”, że „oczywiście” itp. nie mają żadnych widoków na opanowanie specjalistycznej wiedzy (naturalnie) na twórczym poziomie. Dzięki czemu, po partnersku uczestniczyliby w procesie opiniowania i rzeczowo (ze zrozumieniem istoty) oceniali owoc wspólnego z biegłym dociekania.

Do czego ta dydaktyka prowadzi, opowiem dygresją. Po zbadaniu akt śledztwa Prokuratury Powiatowej w L. w sprawie, w której piętrzyły się przeszkody w zawsze trudnym różnicowaniu samobójstwa (w danym przypadku) znalezionej w pętli wisielczej żony milicjanta od powieszenia przez tegoż męża, prowadzącemu postępowanie prokuratorowi J. W. usiłowałem wskazać, co i jak w świetle doświadczenia, literatury oraz orzecznictwa może i powinien zrobić. Mimo zachęt, niczego nie notował. Po wysłuchaniu propozycji, skwitował je (dokładnie tak) wymownym machnięciem ręki i nie mniej czytelnym słowem: „teoryja”. Dlaczego? Dlatego, bo gdzieś przeczytał, że tak czy siak nie zrozumie sensu nauk

³ J. Gurgul, Jeszcze o swobodnej ocenie opinii biegłego, (w:) V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, M. Zubańska (red.), Współczesna kryminalistyka. Wyzwania i zagrożenia, Wyższa Szkoła Policji, Szczytno 2015, s. 42 i tamże cyt. pozycje; Heinroth traktował psychiatrię jako naukę odrębną (emancypującą się) wobec medycyny sądowej.

sądowych, więc jako racjonalista ceni sobie czas i nie bierze do ręki czegoś, czego z samej definicji swoim rozumem nie ogarnie.

Wróćmy jednak do krakowskiej Alma Mater, do miejsc kolejnych wpisów J. Gurgula „(...) in album *Universitatis Cracoviensis Facultatis Iuridicae* Nr 119 z dnia 13.X.1947” obowiązujących przedmiotów: 1) „Medycyna sądowa”, 2) „Psychologia i Psychopatologia”, 3) „Technika śledcza”. W arkana prawdziwych nauk sądowych, przystosowanych do potrzeb praktyki prawniczej wprowadzali przyszłych sędziów, prokuratorów i adwokatów sami Wielcy. Nie asystenci czy nawet adiunkci. Prof. Jan Stanisław Olbrycht oprócz wykładów osobiście prowadził nawet obowiązkowe zajęcia w prosektorium Zakładu Medycyny Sądowej, bezpośrednio przy stole sekcyjnym. Wciąż pamiętam sekcje zwłok, na przykład, około 50-letniego, trochę tysego, wysokiego mężczyzny zastrzelonego (rana wlotowa na skroni nosiła ślady strzału z bliska, jeśli nie z przystawienia) na Rynku Głównym, na Linii A–B u zbiegu z ul. Jana. Sceny tych ćwiczeń zapadały w pamięć ze względu na atrakcyjność potęgowaną przez Profesora świetnymi *Zwischenrufami* oraz zaskakującymi pytaniami, na które naprędce należało odpowiadać. Egzamin z „medycyny sądowej” (16.XII.1950 r.) zdany z wynikiem + dobrym.

Prof. Władysław Chłopicki wykładał w Klinice Psychiatrii przy ul. Kopernika i nie szczędził wysiłków, aby dzięki swoistemu demonstrowaniu pacjentów z wyrazistymi objawami chorób studenci łatwiej nabywali wiedzę z zakresu symptomatologii zaburzeń psychicznych. Miał rację. Egzamin (20.XII.1950 r.) z „psychologii i psychopatologii” zdany z wynikiem bardzo dobrym.

Legendarny sędzia śledczy i Dyrektor Instytutu Ekspertyz Sądowych Jan Sehn w zasadzie w Collegium Novum zaznajamiał słuchaczy z naukowymi, rzeczowymi tajnikami śledztwa. Miał dar przystępnego wyjaśniania złożonych kwestii. Egzamin z „techniki śledczej” u prof. Sehna zdany (10.II.1951 r.) z wynikiem dobrym.

Celowo przywołuję pamięć powyższych szczegółów. W dalszych refleksjach próbuję bowiem uzmysławiać istotność komponentów *genius loci* oraz osobowości rozmówców, ekspertów dla odczarowywania tabu nauk sądowych. Uwypuklić doniosłość faktów, GDZIE i z KIM dyskutujemy o meandrach opiniowania/opinii. Zmęczeni bieżącą pracą nie zwracamy dostatecznej uwagi na znaczenie *entourage'u* (onturażu) spotkań z biegłymi oko w oko, w których komunikaty powinny biec dwukierunkowo.

Stanowią o tym zmiany zachodzące w paradygmatach rzeczonych gałęzi wiedzy. Obraz owego procesu przybliży – między innymi – J. Sehn, podkreślający nierozzerwalność związku kryminalistyki z prawem karnym

materialnym i procesowym⁴. W „Medycynie sądowej w procesie karnym” J. Olbrycht zwraca uwagę czytelnika, że przeznaczenie odróżnia tenże podręcznik od tradycyjnego. Dedykuje go przecież jednakowo lekarzom sądowym i prawnikom, którym powinien „ułatwić znalezienie wspólnego języka”. Czyli będącego „podstawą wzajemnego porozumienia” i zapewniającego należyte rozstrzygnięcie spraw, „w których chodzi o zagadnienia wymagające wiadomości specjalnych z zakresu medycyny sądowej”, a nie mglistej „wiedzy o wiedzy”. Co warto stale podnosić ze względu na ważne konteksty profesjonalizacji kształcenia prawników. Według L. Wachholza, wszelacy funkcjonariusze władz bezpieczeństwa publicznego nie poprowadzą skutecznej walki z przestępczością bez znajomości pewnych zagadnień lekarskich, stanowiących część osnowy starej już nauki, znanej pod nazwą medycyny sądowej. Stąd J. S. Olbrychtowi zależało na (czemu dawał wyraz publikacją choćby „Wybranych przypadków z praktyki sądowo-lekarskiej” PZWL, Warszawa 1964), kładzeniu solidnych podwalin pod międzyzawodowy układ, oparty na wzajemnym zrozumieniu, zaufaniu i współdziałaniu. Krakowscy znawcy nieprzypadkowo wyjaśniali adresatom dzieła różnice, jakie zachodzą pomiędzy medycyną kliniczną (klinikistą) a medycyną sądową (medykiem sądowym), prawnikowi oczywiście bliższą. Należący do tamtejszej sztafety biegłych, Z. Marek wydane przez Zakamycze w 2004 r. „Wybrane problemy opiniowania sądowo-lekarskiego” opatrzył ewidentnie intencjonalnym podtytułem „podręcznik dla prawników i lekarzy”, *ex aequo!*⁵.

W Przedmowie do niemieckojęzycznego podręcznika autorzy przekonują do uznania bezsensowności i szkodliwości metaopiniowania, bo przecie (cyt.) „*Die Verfasser haben sich bemueth, dem Studenten, dem Arzt, dem Juristen und dem Kriminalisten ein Werk zu ueberreichen, das sie ueber die praktisch wichtigen Fragen der gerichtlicher Medizin orientieren soll*”. Nieco dalej J. Dettling konkluduje, że autorzy prawnikom pragną „*den «fehlenden Sachverstand» zu ersetzen*”⁶.

⁴ J. Sehn, Kryminalistyka a prawo procesowe, Nowe Prawo 1958, nr 6, s. 30–37; J. Kostrzewa, Przewodnicy po labiryncie. Dzieje Instytutu Ekspertyz Sądowych w latach 1929–2019, Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych, Kraków 2019, s. 34a–34ó i *passim*.

⁵ J. S. Olbrycht, Medycyna sądowa w procesie karnym, PZWL, Warszawa 1964, s. III, 1–5; L. Wachholz, J. Olbrycht, Medycyna kryminalna..., cyt. za J. Widacki (red.), Leon Wachholz – życie i dzieło, Polska Akademia Umiejętności, Kraków 2019, s. 127 i *passim*.

⁶ J. Dettling, S. Schoenberg, F. Schwarz, Lehrbuch der Gerichtlicher Medizin, Verlag von Krager in Basil (Schweitz), 1951, s. III, 2.

Również R. Dreszer we wprowadzeniu do wymownie zatytułowanego podręcznika uświadamia, że „Psychiatria sądowa stanowi w pewnej mierze pomost między lekarzem i prawnikiem, znajomość psychiatrii sądowej jest więc konieczna i dla lekarza, i dla prawnika”⁷. „Pomost” łączy, juryście umożliwia przenikanie w przestrzeń tej gałęzi nauki. Neutralizuje przeciwności na tej drodze napotykaną.

Chór prominentnych medyków sądowych, psychiatrów sądowych, niektórych kryminalistów optymistycznie ocenia perspektywę odbioru i stosowania na co dzień ich piśmiennictwa przez praktykujących prawników.

W nurt powyższego rozumowania wpisał się S. Waltoś. Komu trzeba dał do myślenia komunikatem, że „Średniowieczny postulat wyrazistości granic dyscyplin naukowych należy od stuleci do lamusa wspomnień”. Klarowna rozdzielczość nauk należy do przeszłości⁸. Czymś zwyczajnym jest zatem wzajemne wchodzenie zlecniodawcy i zlecnioobiorcy opinowania w rewiry wiedzy dawniej dla jednego niejako zastrzeżone. Krzyżowanie nauk zapewnia efektywność misji wymiaru sprawiedliwości.

Tym bardziej zadziwia, że skądinąd depozytariusze imponującej wiedzy, potwierdzonej pięknymi awansami naukowymi, których pierwszym dyplomem był dyplom magistra prawa, za właściwe uznają wspieranie przez organ procesowy swej oceny opinii właściwej wiadomościami specjalnymi metabiegłego, których organ procesowy z natury rzeczy posiadać nie może. Metaopinię ceni się jako środek (sposób) zapobiegania skutkom totalnego (sic!) braku wiedzy pomostowej wśród prawników⁹. Inni także, zgoła mimowolnie, gaszą asertywność sędziego (prokuratora, policjanta) nisko ustawianą poprzeczką aspiracji do zdobywania wiedzy pomostowej. Niepokój tym większy, ponieważ niejednego prawnika nawet bez domniemanego przyzwalania nęci zasklepienie się w pewności

⁷ R. Dreszer, *Zarys psychiatrii sądowej dla medyków i prawników*, PZWL, Warszawa 1964, s. 7; por. też M. Cieślak, K. Spett, A. Szymusik, W. Wolter, *Psychiatria w procesie karnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1991, *passim*; J. Widacki (red.), *Kryminalistyka*, z nadtytułem *Studia prawnicze*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2008, gdzie trzech autorzy, akademicy prawnicy-kryminaliści stwierdzają, że kryminalistyka jest „dyscypliną kompleksową”, s. 3.

⁸ S. Waltoś, *O związku prawa karnego z kryminalistyką*, (w:) *Nauka wobec przestępczości. Księga ku czci Profesora Tadeusza Hanauska*, Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych, Kraków 2001, s. 172–179; polecam też spostrzeżenia poczynione w *Lectio doctoris* prof. S. Waltosia, (w:) *Stanisław Waltoś doctor honoris causa* Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2004, s. 15–20.

⁹ Na przykład, D. Wilk, *Metaopinia w polskim procesie...*, tamże, s. 144; M. Owoc, *Cybernetyczny model ekspertyzy...*, tamże, s. 91–92; tegoż, *Kontrola opinii biegłego – superopinia...*, tamże, s. 25–33; J. Konieczny, *Identyfikacja kryminalistyczna...*, tamże, s. 97–98.

tego, co już zna, więc *sua sponte* nie kwapi się do wychodzenia ku temu, czego nie zna, acz powinien się jeszcze nauczyć¹⁰. Organ procesowy wprawdzie ma obowiązek oceniania – stwierdza niekwestionowany Autorytet – tego szczególnego dowodu „przy wykorzystaniu wiedzy jaką ma prawnik o dziedzinie wiedzy, czego nie można identyfikować z wiedzą w tej dziedzinie, którą w zakresie omawianej problematyki ma tylko psychiatra i tylko psycholog”. Dalej: „(...) gdy organ procesowy dokonuje oceny opinii psychiatryczno-psychologicznej, to nie jest konieczna aż tak znaczna wiedza, a wystarczy wiedza o psychiatrii i psychologii (...)”. W przypadkach bardzo specjalistycznej opinii stwierdza się nawet „faktyczne związanie takiego organu opinią biegłego”. Itd. itp.¹¹

Otóż prędko należy sformułować fundamentalnie ważne pytanie, które musi trapić aż do postawienia w eseju ostatniej kropki, dotyczące odpowiedzialności sędziego/prokuratora za podjętą decyzję. Barbara Skarga (podobnie T. Kotarbiński i inni) twierdziła wszak, że „tylko ten jest odpowiedzialny, kto wie, co czyni i wie dlaczego”. I żaliła się: „kto przywiązuje wagę do odpowiedzialności profesjonalnej, komu dziś zależy na sławie świetnego specjalisty – prawnika, inżyniera (...)?”¹². Doniosłość Jej utyskiwania można lepiej pojąć w koincydencji z losami Tomasza Komendy na Dolnym Śląsku, unaoczniającymi sensy odpowiedzialności.

Niestety, swój wkład w podtrzymywanie instytucji metabiegłego wnosi również orzecznictwo sądowe. W konkretnych sprawach, sąd odwoławczy poucza np. że „Sąd winien rozważyć potrzebę przeprowadzenia dowodu z metaopinii (...) celem oceny prawidłowości przeprowadzonej w sprawie opinii (...)”¹³. Nie znalazł miejsca na wzmiankę, że lepiej byłoby pójść do biblioteki.

W następnych punktach podejmiemy wysiłek, żeby optymalnie wyjaśnić wyżej naszkicowane problemy. Zdradzę, że skorzystam z parafrazy bliskich mi myśli polonisty, prof. Ryszarda Koziółka, że metabiegłym wy-

¹⁰ Ks. A. Boniecki, Tygodnik Powszechny 2014, nr 43.

¹¹ L. K. Paprzycki, Kryteria oceny opinii biegłego psychiatry i psychologa w postępowaniu karnym, Postępy Psychiatrii i Neurologii, 2000, t. 9, supl. 4, s. 9–16; tegoż, Prawna problematyka opiniowania psychiatryczno-psychologicznego w postępowaniu karnym oraz w zakresie ochrony zdrowia psychicznego, Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych, Kraków 2006, s. 172, 183–185 i *passim*.

¹² B. Skarga, O odpowiedzialności, Gazeta Wyborcza 17–18 stycznia 2009 r.

¹³ Zob. np. wyroki: Sądu Najwyższego z dnia 28 lipca 2005 r., sygn. V KK 18/05 oraz Sądu Okręgowego w Przemyślu z dnia 1 kwietnia 2008 r., sygn. II Ka 91/08 cytowane za J. Wójcikiewicz, Temida pod mikroskopem. Judykatura wobec dowodu naukowego 1993–2008, Wydawnictwo „Dom Organizatora”, Toruń 2009, s. 42; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 czerwca 2012 r., sygn. II Akz 386/12, Prokuratura i Prawo 2013, dodatek „Orzecznictwo”, nr 2, poz. 28.

ręcza się prawnik mentalnie skulony, pogodzony z lękiem przed światem spoza jego zaścianka, na własne życzenie bezradny wobec Inności¹⁴.

II. Biegły i jego opinia – uwagi wybrane

Kodeks postępowania karnego w istocie nie definiuje pojęcia „biegły”. Artykuły 193–194 stanowią tyle, że może nim być powołana postanowieniem organu procesowego ściśle oznaczona osoba fizyczna lub instytucja w celu stwierdzenia istotnych dla rozstrzygnięcia danej sprawy okoliczności, których poznanie wymaga specjalistycznych wiadomości z zakresu nauki, sztuki, rzemiosła. Niejednoznaczna też jest nazwa „wiadomości specjalistyczne”. Dominuje pogląd, że nie należą do nich dane dostępne dla dorosłego człowieka o odpowiednim doświadczeniu życiowym, wykształceniu i zasobie wiedzy ogólnej. Albo, że chodzi o standardy w konkretnych warunkach społecznych poziom wiedzy „ogólnej” i „zwykłych” umiejętności praktycznych. Niektórzy, w zależności od specyfiki sprawy, wymieniają, jako niezbywalne przymioty lekarza, toksykologa, artyści, mające świadczyć o zdolności do: a) opiniowania, b) udziału w czynnościach procesowych sądu/prokuratora (por. art. 193, 148, 150, 158, 185a, 185b, 192, 209; niżej kilka słów o art. 150 i art. 209)¹⁵.

Wobec nieostrości ww. terminów sama selekcja kandydatów do pełnienia funkcji biegłego przeradza się w sprawdzian profesjonalizmu (poziomu aspiracji) zleciendawcy. L. K. Paprzycki widzi prostsze rozwiązanie uznając, że wiedzę specjalną nabywa się wyłącznie w wyniku ukończenia odpowiednich studiów uniwersyteckich¹⁶. Według innych, do ob-

¹⁴ R. Koziołek, Człowiek skulony, Tygodnik Powszechny 2020, nr 37.

¹⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 kwietnia 1976, sygn. II KR 48/76, OSNKW 1976, nr 11–12, poz. 133; S. Kalinowski, Biegły i jego opinia, Wydawnictwo CLK KGP, Warszawa 1994, s. 78; Z. Doda, A Gaberle, Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Komentarz, tom 1. Dowody w procesie karnym. Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 1997, s. 79, 89; T. Tomaszewski, Dowód z opinii biegłego w procesie karnym, Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych, Kraków 2000, s. 9–10; C. Kulesza, Dowód z opinii biegłego w świetle zmian procedury karnej, (w:) Współczesna kryminalistyka. Wyzwania i zagrożenia, pod red. nauk. V. Kwiatkowskiej-Wójcikiewicz i M. Zubańskiej, Wyższa Szkoła Policji, Szczytno 2015, s. 63; J. Konieczny, Kryminalistyczny leksykon śledztwa, Uniwersytet Opolski, Opole 2020, s. 42.

¹⁶ L. K. Paprzycki, Granice kompetencji organu procesowego i biegłego – zagadnienia wybrane, (w:) Postępy w naukach sądowych. W osiemdziesięciolecie powstania Instytutu Ekspertyz Sądowych im. Prof. Jana Sehna, Kraków 2009, s. 21–22; tegoż, Prawna problematyka opiniowania, tamże, s. 169.

jęcia obowiązków biegłego kwalifikuje dyplom¹⁷. Zważywszy konteksty metaopiniowania, szczegół wart komentarza.

Doświadczenie poucza, że ukończenie studiów i dyplom same przez się nie uprawniają wnioskowania, że są równoznaczne z uzyskaniem kompetencji biegłego. Gdyby tak było w rzeczywistości, to nawet geniusz Stefan Banach w rankingach biegłych matematyków otrzymywałby zero punktów. Przecież nigdy nie ukończył żadnych studiów uniwersyteckich. Studiował cztery lata, ale tylko dwa zaliczył. Politechnikę Lwowską opuścił z „półdyplomem”¹⁸.

Na tym nie koniec niespodzianek. Absolwentami wydziałów prawa byli czynni prawnicy i zarazem pisarze Jan Brzechwa oraz Bolesław Leśmian. Magister praw Czesław Miłosz – Noblistą w dziedzinie literatury, Tadeusz Mańkowski zaś – wybitnym znawcą sztuki Bliskiego Wschodu, a pod koniec życia dyrektorem Państwowych Zbiorów Sztuki na Wawelu¹⁹. Dodatkowe komplikacje sugeruje powiedzenie, według którego, przykładowo, inżynier inżynierowi, lekarz lekarzowi nie są sobie równi. J. Hartman narzeka, że z powodu niebywałego rozrostu każdej dyscypliny naukowej (będącej przedmiotem uniwersyteckich studiów) studia magisterskie mogą mieć poziom tylko propedeutyczny, przypominający edukację amatorów!²⁰.

Wybór biegłego przeto wymaga namysłu, często wnikliwszego zorientowania w tym, jaki potencjał fachowości obecnie dana osoba reprezentuje. Czy w międzyczasie zdobyła dodatkowe kwalifikacje? T. Tomaszewski wyraziście wypunktował ponadto cechy dobrego eksperta, niemieszczące się w literalnym brzmieniu art. 194–196²¹. Zleceniodawca odpowiada (!) za mizerne skutki niefortunnego powołania.

W nawiązaniu do ostatniej uwagi sygnalnie zostaną poruszone ponieważ doświadczone fakty, ujawniające cechy sprzyjające odnoszeniu sukcesów i – na odwrót – doznawania porażek w procesie opiniowania. Otóż, podstawowe czynniki sprawcze tkwią w jakości relacji zachodzących pomiędzy autonomicznie działającymi prawnikiem i biegłym/zespołem biegłych. W niniejszych związkach powinna pulsować ciągła wymiana in-

¹⁷ Np. A. Pietruszyński, Rola biegłego w postępowaniu sądowym. Status biegłego sądowego, (w:) Opiniodawstwo sądowo-lekarskie, Elsevier Urban & Partner, Wrocław 2013, s. 1–2.

¹⁸ M. Urbanek, Genialni. Lwowska Szkoła Matematyczna, Wydawnictwo Iskry, Warszawa 2014, s. 5, 29; urzekająca książka; o *genius loci* kawiarni Szkockiej obowiązkowo wspomnimy poniżej.

¹⁹ S. Waltoś, *Lectio doctoris causa...*, tamże, s. 18–19.

²⁰ J. Hartman, Uczony gatunek wymierający, *Magazyn Gazety Wyborczej Wolna Sobota*, 28 września 2020, s. 7.

²¹ T. Tomaszewski, Dowód z opinii biegłego..., tamże, s. 12–13.

formacji i poglądów przyczyniających się zarówno do trafności opiniowania, jak też do szlifowania profesjonalizmu obu podmiotów. Dobre, efektywne relacje są do pomyślenia tam, gdzie zleceniodawca i zleceniobiorca wyczuwają konieczność kultywowania wyważonego partnerstwa, opartego na realnej wiedzy i doświadczeniu. Roztropny prokurator zatem szuka pomocy w „stwierdzaniu okoliczności mających istotne znaczenie (...)” u biegłego niezależnego (!), naukowo rzetelnego, nieschematycznego, interaktywnego, kreatywnego.

U postrzegającego swoją i zleceniodawcy rolę jako dopełniające się i nierozłączne w staraniach o prawdziwy wynik ekspertyzy. Szczególnie w przypadkach zawiłych „bezpieczne” będzie powierzenie badań przywiązaniu do tezy G.W. Hegla, że „pewność jest wrogiem prawdy”²².

Procesualista i biegły pospołu doskonałą siebie wzajemnym otwarciem, zdolnościami zmiany poglądu, pracą od podstaw. Fundamentalnym warunkiem uznawania informacji dotyczących faktów, zasad, wartości, wersji i ogólnych kierunków badań jest, oczywiście, zrozumiałe dla obu stron (tu i tam już wzmiankowane) opowiadanie. J. M. Coetzee twierdzi wprawdzie, że „Język jest zawsze językiem innego”²³, niemniej w nauce funkcjonuje wsparty doświadczeniem przeciwny pogląd, zwłaszcza K. Jaegermanna, iż język opinii ma i może być wspólny, zleceniodawcy i zleceniobiorcy. Jeśli takiego nie stworzyli, powinni to zrobić²⁴.

Dotąd wcale lub mało było pozytywnych spostrzeżeń, że prawnik korzystający z wiedzy eksperta i jednocześnie jakoś mu się rewanżuje. Dlatego w końcówce odcinka wypowie się opiniodawca, prof. K. Jaegermann. Wyjaśnił, że zajął się współpracą prokuratora z biegłym „dlatego, żeby

²² Szerzej o tym zob. J. Robel, J. Olbrycht, Cztery ekspertyzy toksykologiczne, *Czasopismo Sądowo-Lekarskie* 1936, nr 1, s. 1 i *passim*; A. Głazek, Profesor Jan Sehn i jego wizja roli biegłego w procesie karnym, (w:) Dowód z opinii biegłego w projekcie Kodeksu postępowania karnego, Instytut Ekspertyz Sądowych, Kraków 1995, s. 7–12; tegoż, Biegły sądowy i jego status, (w:) J. Wójcickiewicz (red.), *lure et facto*. Księga jubileuszowa ofiarowana Doktorowi Józefowi Gurgulowi, Instytut Ekspertyz Sądowych, Kraków 2006, s. 89–96; S. Gromoff, *Medycyna sądowa, przekład polski* Warszawa 1837, s. 6, 37, 57; Hegla cytuję za J. Tischner, (w:) *Między Panem a Plebanem*, Wydawnictwo Znak, Kraków 1995, s. 598.

²³ J. M. Coetzee, (w:) *Tu i teraz*, Wydawnictwo Znak, Kraków 2014, s. 65.

²⁴ J. Sehn, Instytucja zasięgnięcia opinii urzędu lub zakładu, *Archiwum Medycyny Sądowej, Psychiatrii Sądowej i Kryminalistyki*, 1955, nr 7, s. 483; E. Gruza, Co biegły miał na myśli – czyli refleksje o języku opinii biegłych, (w:) R. Jaworski, M. Szostak (red.), *Nauka wobec prawdy sądowej. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Zdzisława Kegla*, Uniwersytet Wrocławski, Wrocław 2005, s. 175–184; T. Piekot, G. Zarzeczny, *Język prosty, czyli szczerzy* (rozmowa 18 lutego 2016 r.), Uniwersytet Wrocławski, s. 1–2.

upowszechnić tezę, iż środowisko prawnicze wychowuje «swoich» biegłych – lekarzy”. Po czym dodał jeszcze: „na studiach wyższych nie można nauczyć opiniowania dla potrzeb prawa”²⁵.

W tej narracji mieści się również doniesienie biegłej dr med. Marty Gorzkiewicz, adiunkta Collegium Medicum UMK na temat sprawy o seksualne wykorzystanie dzieci²⁶. Wysoko oceniła kooperację z prokuratorem prowadzącym śledztwo w żmudnym opiniowaniu. Wypowiedź zwieńcza krzepiąca duszę prawnika konstatacja: „Powyższy przypadek dobitnie pokazuje, że ciągła współpraca i dobra komunikacja między organami ścigania a biegłymi wykonującymi ekspertyzę jest nieoceniona”. Kujawsko-pomorski prokurator rozumnie uczestniczył w procedurach opiniowania wysokospecjalistycznego (!). Wykrzyknik niezbędnym. Dowiódł, że nawet ekspertyza antygeny PSA „do prawnika może należeć”, jeśli tylko pod wpływem przywołanej sentencji Heinrotha i jego naśladowców nie będzie myślał o składaniu broni.

III. Swobodna ocena opinii i prestiż albo metaopinia i zawstyżenie

Dyspozycji art. 7 k.p.a. co do zasady nikt nie neguje. Komentowanie zasady swobodnej oceny dowodów poszczególni autorzy i Sądy rozpoczynają od pewnika, że organy postępowania oceniają na równi wszystkie dowody. *Expressis verbis* głoszą powinność jednakowego podejścia do szacowania opinii biegłych i pozostałych dowodów²⁷. Logicznie rzecz

²⁵ K. Jaegermann, Refleksje związane z rekonstrukcją wypadku drogowego, Problemy Praworządności 1984, nr 4, s. 60.

²⁶ M. Gorzkiewicz, Badania antygeny PSA w sprawach o przestępstwa seksualne, Genetyka + Prawo 2016, nr 28–29, s. 19–21; podobne wnioski por. J. Biederman (wybitny prokurator), O relacjach organ procesowy – biegły z poziomu praktyki, (w:) Postępy w naukach sądowych. W osiemdziesięciolecie powstania Instytutu Ekspertyz Sądowych im. Prof. dra Jana Sehna, Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych, Kraków 2009, s. 33–47.

²⁷ Np. D. Wilk, Metaopinia w polskim procesie..., tamże, s. 143; J. Wójcikiewicz, Ekspertyza genetyczna w Polsce – 20 lat później, (w:) V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz (red.), Kryminalistyka dla prawa. Prawo dla kryminalistyki, „Dom Organizatora”, Toruń 2010, s. 102–103; E. Habzda-Siwiek, Diagnoza stanu psychicznego sprawcy a rozstrzygnięcia w procesie karnym, Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2003, s. 44–48; S. Kalinowski, Biegły i jego opinia..., tamże, s. 199; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 1986 r., sygn. IV KR 15/86, OSNPG 1986, nr 11, poz. 150; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 września 1959 r., sygn. IV K 360/59, OSN 1960, nr, poz. 6; V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, Edmonda Locarda wizja kryminalistyki, (w:) Kryminalistyka dla prawa. Prawo dla kryminalistyki..., tamże, s. 15–35;

biorąc, kto tak twierdzi, zakłada lub wie, że prawnik potrafi zmierzyć się z wartościowaniem opinii (art. 7). Od reguły istnieją wyjątki, a poza tym niektórzy w tej kwestii od początku wyrażają wątpliwości lub stanowcze „nie” (por. przypisy 8, 10), co tak czy inaczej kończy się dopuszczaniem instytucji metaopinii w praktyce.

Z tego punktu widzenia metabiegły jawi się jako swoiste koło ratunkowe dla organu procesowego, bezsprzecznie niezdolnego do nabywania wiedzy specjalnej na poziomie umożliwiającym wnoszenie czegoś konstruktywnego w proces powstawania i w merytoryczne ocenianie opinii²⁸.

Z. Gostyński i S. Zabłocki tkwiący w samym centrum wymiaru sprawiedliwości dawno już donosili o stałej tendencji do samoograniczania sądów w stosowaniu art. 7 k.p.k.²⁹ Dosadną ilustracją rzeczzonego trendu jest wyrok Sądu Najwyższego, w myśl którego „gdyby (...) sąd był w stanie wdawać się w merytoryczną ocenę słuszności – jak w ocenianym przypadku – diagnozy medycznej, to (...) nie zachodziłaby potrzeba z art. 176 § 1 k.p.k. i wzywanie biegłych byłoby zbędne”³⁰. Nowszym przykładem demontowania kluczowej zasady procesu karnego może być pogląd Sądu Apelacyjnego w Lublinie. Orzekł bowiem, że „swoboda sądu w ocenie okoliczności wymagających wiadomości specjalnych nie może być nieograniczona, co powoduje, że w pewnych sytuacjach przewidziana w art. 201 k.p.k. możliwość powołania innych biegłych przeobraża się w obowiązek. Jeżeli zatem rozstrzygnięcie między opiniami wymaga wiadomości specjalnych, posłużenie się uprawnieniami wynikającymi z art. 7 k.p.k. nie wydaje się wystarczające”³¹.

Wszystko to może zakrawać na powolny zmierzch kluczowej zasady, jako że według niektórych jest i uciążliwa, i bez widoku na rzeczowe stosowanie. Dobrze, że inni widzą w niej bodziec pobudzający prawnika do

J. Gurgul, O swobodnej ocenie opinii biegłego, *Prokuratura i Prawo* 2013, nr 10, s. 34–55.

²⁸ J. M. Stanik, Związki psychologii z prawem, *Przegląd Psychologiczny* 1985, nr 4; prof. Stanik wyróżnia trzy poziomy wiedzy psychologicznej: a) naukowa wiedza psychologiczna stosowana przez psychologów, to jest wiadomości i umiejętności specjalne, b) naukowa wiedza psychologiczna wykorzystywana przez, na przykład, prawników, c) potoczna wiedza psychologiczna, na co dzień używana. Por. też E. Nęcka, J. Sowa, *Człowiek – umysł – maszyna. Rozmowy o twórczości i inteligencji*, Wydawnictwo Znak, Kraków 2005, gdzie prof. Nęcka w odpowiedzi na pytanie swojego ucznia, Jana Sowy mówi o znaczeniu doświadczenia dla stosowania psychologii. Myślę, że te uwagi dotyczą nie tylko psychologii.

²⁹ Z. Gostyński, S. Zabłocki, (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, tom 1, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2003, s. 234.

³⁰ Wyrok SN z dnia 21 czerwca 1971 r., sygn. III KR 18/71, OSNPG 1972, nr 2, poz. 33.

³¹ Wyrok SA w Lublinie z dnia 25 maja 1999 r., sygn. II AK 78/99, OSA 2000, nr 5, poz. 40.

nieustannego, adekwatnego do zmiennych potrzeb rozwoju. Prawdę drugiego potwierdza, preferowana przez niżej podpisanego dewiza Z. Papierkowskiego (Dowód poszlakowy w postępowaniu karnym, Lublin 1933): przeciw doświadczeniu nie ma argumentu. Bliżej zobaczymy trzy autentyki, w tym kontekście warte zastanowienia.

Pierwszy. Stefana R. podejrzanego o dokonanie seksualnych zabójstw Zofii Ł. (12 maja 1965 r.) i Danuty K. (12 marca 1966 r.) poddano badaniom psychiatrycznym w renomowanej Klinice X celem ustalenia poczytalności (akta śledztwa sygn. II Ds 23/66 Prokuratury Wojewódzkiej w B.). Przekazane wraz z probantem akta liczyły wtedy 8 tomów. W opinii sporządzonej po zaledwie ośmiu dniach raziło nader lakoniczne, jednowyrazowe rozpoznanie „schizofrenia” i wniosek, że w krytycznych chwilach Stefan R. był niepoczytalny.

Swobodnie oceniającego opinię prokuratora najpierw nie satysfakcjonowało nieokreślenie, jaką postać schizofrenii mieli na myśli biegli psychiatrzy. E. Bleuler w 1911 r. wprowadził do nauki termin schizofrenia jako zespół psychoz. Antoni Kępiński nazywa ją także „chorobą królewską”, albo i „rakiem psychiki”, wyodrębniając jej (tzn. schizofrenii) cztery postacie, a mianowicie: prostą, hebefreniczną, katatoniczną i paranoidalną. Rozpoznaną psychozę definiują – rozumował prokurator – trzy osiowe objawy, a to: a) autyzm, b) stępienie uczuciowe, c) rozszczepienie osobowości.

Analizujący opinię prokuratorzy mogli się zaznajomić z tymi mądrościami z lektur podobnych do (na początek) np. Encyklopedycznego słownika psychiatrii PZWL pod redakcją L. Korzeniowskiego i S. Pużyńskiego (Warszawa 1986, s. 491–504), a potem z przystępnych, klarownych podręczników i monografii. Pomijając walory poznawcze, czytanie danych publikacji jest istną przyjemnością³². No, może poza trudniejszym Bleulerem.

Z powyższą wiedzą w głowie poszukiwano w aktach śledztwa kontrolnych informacji o zdrowiu psychicznym Stefana R. Odnośne wiadomości pochodziły z protokołów przesłuchania go, od rodziny, kolegów z przedsiębiorstwa budowlanego, w którym współpracowali, z przychodni lekarskiej. Nic nie uprawdopodobniało przypuszczenia, że R. może mieć zna-

³² A. Kępiński, Schizofrenia, PZWL, Warszawa 1981, s. 29 i *passim*; zob. także K. Spett, A. Szymusik, (w:) Psychiatria w procesie karnym, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1991, s. 315–327; W. Chłopicki, J. S. Olbrycht, Wypowiedzi na piśmie jako objawy zaburzeń psychicznych, PZWL, Warszawa 1959, s. 57–91; E. Bleuler, Lehrbuch der Psychiatrie, Springer Verlag, Berlin–Heidelberg–New York 1975, s. 398 i *passim*.

czące zaburzenia psychiczne. On sam zaprzeczał, aby kiedykolwiek leczył się u psychiatry. Starannie prowadził małe gospodarstwo rolne, swoim dzieciom dawał dowody troski.

W tej sytuacji prokurator powołał dwa inne zespoły biegłych celem zbadania Stefana R. Oba zdiagnozowały jedynie nieznaczne rysy schizoidalne, nieograniczające jego zdolności do rozpoznania znaczenia inkryminowanych mu zbrodni, ani zdolności do pokierowania swoim postępowaniem. Na rozprawie psychiatrzy z Kliniki X zgodzili się z opinią, że R. był poczytalny. Tak uznali również Sądy Wojewódzki i Najwyższy.

Morał: Heinroth i pozostający pod jego wpływem nie mieli (nie mają) racji. Prawnik może opanować adekwatny do potrzeb zawodowych poziom nauki pomostowej.

Weźmy pod lupę drugi kazus opisany w aktach sygn. II/11 Sądu Okręgowego w N. S. Na zlecenie Sądu biegły psycholog zbadał nieletniego pokrzywdzonego jako ważnego świadka. W części sprawozdawczej wymieniając podstawy opinii, na pierwszym miejscu wskazał dane z rozbioru akt sprawy. I stwierdził w szczególności prawidłowe funkcjonowanie analizy i syntezy wzrokowej oraz myślenia przyczynowo-skutkowego. Dostrzeżone natomiast (cyt.) „mikro – deficyty nie mają destrukcyjnego wpływu na ogólne funkcjonowanie sfery poznawczej badanego. (...) Treści wypowiedzi tak jak je przeżył, zrozumiał i zapamiętał (...)”. Psycholog nie wspomniał o opinii chirurga.

Uwaga: bez krytycznych uwag zaliczono w poczet dowodów również opinię chirurga sporządzoną w śledztwie po dwóch dniach od zdarzenia (20 listopada 2011 r.). Tenże, najkrócej rzecz ujmując, stwierdził tylko tyle, że nieletni chłopak „w wyniku uderzenia w okolicę głowy doznał wstrząśnienia mózgu” (art. 157 § 1 Kodeksu karnego).

Chociaż opinie psychologa i lekarza – chirurga były drastycznie sprzeczne (art. 201 k.p.k.). organy procesowe nie reagowały. A wystąpiła przecież alternatywa rozłączna, czyli sytuacja, gdy tylko jedno zdanie (opinia) jest prawdziwe³³. Albo opinia psychologa, albo – lekarza.

Iście alarmująca sytuacja nie pobudziła woli zleciodawców przekonania się, która ekspertyza mija się z prawdą i nie może stanowić podstawy ustaleń faktycznych. Z tym kłopotem naprawdę nietrudno mogli się uporać. Wyżej wymieniony Encyklopedyczny słownik psychiatrii na s. 610–611 wyjaśnia hasło „wstrząs mózgu” (łac. *commotio cerebri*). Jedną z jego nieusuwalnych objawów jest – piszą encyklopedyści – „niepamięć wsteczna” (łac. *amnesia retrograda*), luka pamięciowa. Ta infor-

³³T. Widła, D. Ziemkiewicz, Logika, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 152.

macja to za mało, aby dialogować z biegłymi, ale powinna stać się dostatecznym asumptem do pogłębienia wiedzy o urazach czaszki i mózgu.

Profesorowie J. Głowacki (neurochirurg) i Z. Marek (medyk sądowy) napisali prostym, komunikatywnym językiem monografię, dowodząc, że (cytuję) „Stałym składnikiem zespołu wstrząśnienia mózgu jest niepamięć wsteczna (*Amnesia retrograda*). Moment wypadku jest zupełnie wygaszony z pamięci chorego. Niepamięć (...) zwykle nie przekracza godziny”³⁴. Inni autorzy podnoszą, że wstrząs mózgu upośledza czynności komórek nerwowych skutkując nagłą utratę przytomności. Okres nieprzytomności jest pokryty niepamięcią i może trwać od sekund do nawet tygodni i miesięcy (śpiączka)³⁵.

Trzeci przykład wreszcie uwydatnia, nie tylko problematykę art. 7 k.p.k., lecz także pewne aspekty wyobraźni, koincydencji wydarzeń, zakładania, że dany stan faktyczny może kryć niezwykle niespodzianki. Czynności więc nie należy przesadnie algorytmizować. Więcej zaś przejawiać inwencji, modyfikacji i odwagi w postępowaniu. Jak w śledztwie Prokuratury Wojewódzkiej w B. sygn. II Ds 23/73 przeciwko piątce (trzej mężczyźni i dwie kobiety) oskarżonych o 10 czynów zakwalifikowanych z art. 225 k.k. z 1932 r. i art. 148 kk i inne. Przygniecione wątpliwościami śledztwo stanęło prawie w bezruchu. Najbardziej spektakularnym i w pewnym sensie przełomowym faktem była w ramach nadzoru wykonana analiza akt sprawy, w tym materiałów dotyczących zabójstwa Stefana T. dnia 30 maja 1971 r. w A. przez – jak się później okazało – Jana D. i Alicję C. Postępowanie w sprawie (*ad rem*) śmierci T. umorzono wobec niezaimprowizowanego przestępstwa. Biegły medyk sądowy ze specjalizacją II stopnia, po przeprowadzeniu sekcji zwłok, zaopiniował bowiem, że denat zmarł śmiercią naturalną w następstwie ostrego zapalenia trzustki. Prokurator nawet nie próbował kwestionować tej diagnozy.

Badającemu akta jednak wydała się ona dziwna i gołosłowna. W wywiadach rodziny i dokumentacji lekarskiej nie znalazł śladu, że pokrzywdzony T. kiedykolwiek uskarżał się na dolegliwości sygnalizujące tę chorobę. W sprawozdaniu z obdukcji zwłok T. również nie było ani jednego

³⁴ J. Głowacki, Z. Marek, *Urazy czaszki i mózgu. Rozpoznawanie i opiniowanie*, Krakowskie Wydawnictwo Medyczne, Kraków 2000, s. 47–57; por. też: A. Dubrzyński, *Sądowo-lekarskie opinie w sprawach uszkodzeń ciała w świetle nowego kodeksu karnego*, Akademia Medyczna w Gdańsku, Gdańsk 1975, s. 59; W. Grzywo-Dąbrowski, *Medycyna sądowa dla prawników*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1957, s. 121–122; zważmy wymowę tego tytułu, Profesor medyk dedykuje prawnikom prawdziwą „medycynę sądową”, a nie jakąś jej namiastkę.

³⁵ M. Jarosz, S. Cwynar (red.), *Podstawy psychiatrii. Podręcznik dla studentów*, PZWL, Warszawa 1983, s. 171.

wyrazu opisującego „książkowe” objawy ostrego zapalenia trzustki. Z drugiej strony intrygowały zdawkowe zapisy w protokole sekcji, które jakoś kojarzyły się z wyobrażoną śmiercią z uduszenia/utonięcia. Wniosek: przypuszczenie raczej słabe, ale trzeba je sprawdzić.

Nie wszystkim podobało się zarządzenie ekshumacji zwłok, wykonane przez prof. Marię Byrdy ze współpracownikami. Wydobyte z grobu ciało T. nie było otwierane. Sekcja przeprowadzona przez uniwersyteckich biegłych i uzupełniona pełnym spektrum badań wykazała typowe objawy śmierci wskutek utopienia, w tym składniki planktonu oraz okrzemki w wątrobie, nerkach, sercu, szpiku kostnym³⁶.

Myślę, że doskonałym *pendant* do tej części dialogowania z czytelnikiem może być ciągle aktualny wykład prof. Wachholza wygłoszony we Lwowie 13 października 1894 r. na Uniwersytecie Jana Kazimierza. Powiedział w nim zwłaszcza, że „Ażeby mogli wzajemnie zrozumieć się znawca lekarz (...) i sędzia, musi lekarz zdanie swe zastosować do właściwych wymagań prawa, sędzia zaś powinien być bodaj teoretycznie przygotowanym do należytego zrozumienia orzeczenia lekarskiego”. Nieznajomość „naszej praktyki u sędziego zniewala go do bierności, do ślepego zawierzenia wezwanemu znawcy”³⁷. Zważywszy historyczny aspekt treści i nazwisko autora, adwokata Rafała Lemkina, wspomnę, że w pracy z 1933 roku „Sędzia w obliczu nowoczesnego prawa karnego i kryminologii” wyraził stanowisko, że sędzia powinien rozpoznawać sprawy w świetle konstrukcji prawnych i nauk przyrodniczych³⁸. Tego argumentu może po trosze nadużywam, ale przypominanie nie zawadzi, bo stawka jest bardzo wysoka.

³⁶ E. Chróścielewski, S. Raszeja, Sekcja zwłok, PZWL, Warszawa 1970, s. 49–50, 152; J. S. Olbrycht, Medycyna sądowa, tamże, s. 80; K. Konopnicka, Z. Plucińska (red.), Mała encyklopedia zdrowia, PZWL, Warszawa 1969, s. 535; B. Popielski, J. Kobiela (red.), Medycyna sądowa, PZWL, Warszawa 1972, s. 406–416; J. Dettling, S. Schoenberg, F. Schwartz, Lehrbuch der Gerichtlichen Medizin, tamże, s. 295–302, gdzie zaciekawia fragment pt. „Tod durch Ertrinken”. Wyjaśnienie ewokowane lwowskim wykładem L. Wachholza, za wyjątkiem pozycji niemieckojęzycznej cytuję wyłącznie źródła piśmiennicze bardzo przystępne i łatwo dostępne, umożliwiające unikanie perturbacji w relacjach zleceniodawca – zleceniobiorca i błędów w realizowaniu art. 7 k.p.k.

³⁷ Cyt. za J. Widacki, Leon Wachholz. Życie i dzieło..., tamże, s. 116; J. Gurgul, Mistrz skalpela i słowa, Gazeta Prawnicza 1987, nr 15; artykuł napisany w związku ze 120. rocznicą urodzin Leona Wachholza, przypadającą 20 czerwca 1987 r.

³⁸ R. Lemkin, twórca pojęcia „zbrodnia przeciwko ludzkości”, cyt. za S. Mikke, Palestra 2006, nr 1–2, s. 110–113.

IV. Myśli o dyrektywach art. 201 k.p.k.

W razie niepełności, niejasności lub sprzeczności między opiniami organu procesowego może wezwać tych samych biegłych albo powołać innych. Tyle ustawa. Znane komentarze art. 201 k.p.k. usiłują poniżej obudować pomostowymi wątkami łowionymi z dawnej, niedawnej i prawie dzisiejszej praktyki. Indywidualność przestępstw, sprawców i śladów oraz płynność sytuacji w procesie sugerują dochowanie systematyczności i rzeczowości z jednej strony, a z drugiej elastyczności reagowania organu procesowego i biegłego na nietypowe potrzeby związane zwłaszcza z mniej lub bardziej unikalnymi błędami. Do instrumentarium rozszyfrującego je przydają się niekiedy wiadomości humanistyczne, historyczne czy należące do zakresu kultury/sztuki³⁹.

Nie byłoby problemu szczególnie niejasności ekspertyzy, gdyby biegły przejął się radą J.S. Olbrychta, że „winien oceniać fakty w ich prawdziwym świetle, bez uczuciowych momentów i umieć sprowadzić zagadnienie – choćby nawet najbardziej zawile – do jego najprostszej formy i najprostszych elementów”⁴⁰. Sąd Najwyższy poniekąd zaostroża tezę prof. Olbrychta, stanowiąc, że biegli powinni „wypowiadać – lub pisać – swoją opinię zwięźle, jasno w sposób zrozumiały dla sądu i stron”. Rok potem potwierdził, że „Niejasność opinii, o której mowa w art. 182 k.p.k., jako podstawa wezwania tych samych biegłych, odnosi się nie tylko do sądu orzekającego, lecz także do każdej ze stron”⁴¹.

Istotne konsekwencje wynikają z faktu, że Sąd Najwyższy użył w tezie, zresztą trafnie, części mowy „każda”, oczywiście, strona. Sęk w tym, że stronami postępowania są również przedstawiciel społeczny, pokrzywdzony, oskarżony, oskarżyciele posiłkowy i prywatny, powód cywilny. Ludzie niejednokrotnie prości, kiepsko wykształceni, działający w procesie bez pomocy fachowego prawnika. Dla zleceńodawców i zleceńobiorców wiążą się z tym nie lada wyzwania choćby z uwagi na gwarancyjne aspekty naczelných zasad procesowych. Z właściwym mu wy-

³⁹ A. Szczekliki, *Katharsis. O uzdrowicielskiej mocy natury i sztuki*, Wydawnictwo Znak, Kraków 2003, s. 62; J. Gurgul, *Wpływ utworów artystycznych i poetyckich na efektywność, kulturę i etykę śledztwa*, *Prokuratura i Prawo* 2018, nr 2, s. 101–132 i tam cytowani autorzy, w tym prof. Wachholz.

⁴⁰ J. S. Olbrycht, *Medycyna sądowa...*, tamże, s. 7; por. T. Jurek, *Opiniowanie sądowo-lekarskie w przestępstwach przeciwko życiu i zdrowiu*, Oficyna Wolters Kluwer business, Warszawa 2010, s. 13–21.

⁴¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 lipca 1987 r., sygn. III KR 235/87, OSNKW 1988, nr 1–2, poz. 12; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 grudnia 1988 r., sygn. IV KR 116/88, OSPiKA 1990, poz. 221.

czuciem rzeczy K. Jaegermann stwierdza, że skoro język opinii nie powinien dzielić, lecz łączyć, to musi być językiem potocznym⁴².

Problem wszelako, co rusz, odżywa. Według T. Widły, opiniowanie powinno być jasne, zwarte, spójne i uporządkowane. Słusznie, niemniej w ostatnim akapicie oświadcza, że biegły „ma prawo” używania języka dyscypliny, specjalistycznego mianownictwa poczynionych ustaleń, w sumie – do subjęzyka. Wtedy nic się nie stanie, ponieważ – jak Profesor powiada – organ procesowy (cyt.) „w istotę tej części sprawozdania (referującej przebieg stosowania metody naukowej – dop. Autora) i tak nie jest w stanie wnikać”⁴³. Dyskusja znowu zatoczyła koło.

Autor niniejszego artykułu postara się po porządku przedstawić poniekąd alternatywne zdanie, jakimi sposobami dochodzić w praktyce do jasności języka opinii w rozumieniu, np. Olbrychta, Jaegermanna, Kalinowskiego etc. Po to, żeby móc rzeczywiście stosować zasadę swobodnej oceny każdego dowodu. I definitywnie rozstać się z opcją metabiegłego. Na początek wiele mówiący przykład kojarzący się z zalecaniem przez Sąd Najwyższy i prof. Widłę (odpowiednio) zachowania „zwięzłości” i „zwartości” opiniowania. Szkopuł, żeby treściwość nie przyciemniała jasności ekspertyzy i nie utrudniała realizacji celów procesu karnego do-
rażnych i np. kulturowych.

Zapowiadany kasus. Prokuratura Okręgowa w Z.G. po zręcznie przeprowadzonym śledztwie (sygn. V Ds 52/09/sz) oskarżyła Zbigniewa M. o dokonanie zabójstwa żony w dniu 20 listopada 2008 r. W krytycznym czasie sprawca był nietrzeźwy. Psychiatrzy we wspólnej opinii z psychologiem stwierdzili poczytalność zabójcy, a Sąd Okręgowy w skazującym wyroku (w styczniu 2012) ocenił, że opinia psychiatryczno-psychologiczna, „jest wiarygodna i przydatna do wydania wyroku w tej sprawie. Opinie te sporządzone zostały zgodnie z zasadami sztuki i są zrozumiałe. (...) Opinie te nie były kwestionowane przez strony”. Nawet przez obrońcę.

Otwarta kwestia jednakże, czy została właściwie zrozumiana, czy po uzupełnieniu nie mogłaby choć w nieznacznym zakresie wpłynąć na ocenę stopnia poczytalności w sensie: pełna, znacznie ograniczona, ograniczona (por. kontekst art. 53 § 1–2 Kodeksu karnego). Opiniujący, we fragmencie zatytułowanym „Stan somatyczny”, zanotowali hasłowo „Goldflam ujemny” oraz „Próba Romberga+”. Zero objaśnienia. Zero ciekawości prawników, którym, jak inni powiedzieliby, zabrakło czułości pa-

⁴² K. Jaegermann, Opiniowanie sądowo-lekarskie, tamże, s. 120.

⁴³ T. Widła, *Metodyka ekspertyzy*, (w:) M. Kała, D. Wilk, J. Wójcikiewicz (red.), *Ekspertyza sądowa. Zagadnienia wybrane*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 29–45.

trzenia na świat i którzy powinni wiedzieć o wiele, wiele więcej, niż ich kodeksy mogą im powiedzieć.

Otóż tak, warszawski neurolog, społecznik Samuel Goldflam (1852–1932) jako pierwszy wymyślił prostą, skuteczną, nadal w świecie stosowaną metodę badania fizykalnego, diagnozującego ostry proces zapalny nerki. W opinii należało napisać „objaw Goldflama ujemny”, przy czym objaw dodatni (+) uprawdopodobnia trwanie procesu zapalnego. Dobrze to wiedzieć.

Z psychiatrycznego i procesowego punktu widzenia stwierdzenie „Próba Romberga+” powinna poruszyć Sąd i strony postępowania. Próba dziewiętnastowiecznego lekarza neurologa, autora „Lehrbuch der Nervenkrankheiten des Menschen” (Berlin 1846) Moritza Heinricha Romberga pozwala stwierdzać zorność ruchów badanego, zwłaszcza w razie podejrzenia, że ma miejsce uszkodzenie mózdzku, sznurów tylnych rdzenia, błędnika. Rezultat „Próba+” oznacza, że mający do przodu wyciągnięte ręce pacjent stoi wtedy, gdy ma otwarte oczy, pada zaś, gdy oczy zamknie lub szczelnie są one zasłonięte⁴⁴.

Suchy, hermetyczny, niekomunikatywny, pozbawiony objaśnień takich wyrazów w opinii, prokuratora (sędziego, adwokata) niezadowolonego ze stanu swojego zawodowstwa rutynowo powinien pchnąć do odpowiedniego działania. W szczególności do dopytywania biegłych o to, na przykład, jakie informacje zawiera fraza „Próba Romberga+”? Czy nie należałoby poszerzyć badania Zbigniewa M. w kierunku potwierdzenia lub wykluczenia patologicznych zmian organicznych? Tego przecież wymagałby interes wymiaru sprawiedliwości. Samospelniająca się jednostka postępuje spontanicznie z zachowaniem kodu etycznego, nakazującego korzystanie z każdej, bez wyjątku, możliwości docierania do prawdy. Myśląc o przyszłości nasuwa się Sandor’a Marai’a osąd, że w związku z hasłami nie wszyscy mają zdanie, do tego bowiem „potrzeba nie tylko wiedzy, lecz także charakteru”⁴⁵. Aby „wycisnąć” na biegłym (por. art. 201 k.p.k.) wolę sprowadzenia zagadnienia, choćby najbardziej splątanego, do najprostszej formy i najprostszyc elementóv (słowa Olbrychta).

⁴⁴ G. Fuller, Badanie neurologiczne, PZWL, Warszawa 1999, *passim*; Encyklopedia Powszechna PWN, Warszawa 1974, tom 2, s. 82.

⁴⁵ S. Marai, Kronika niedzielna, Czytelnik, Warszawa 2019, s. 205; zob. także K. G. Jung (psychiatra), cyt. za Wstępem J. Z. Brudnickiego i B. Wita do J. Zawieyskiego „Kartek dziennika”, Instytut Wydawniczy PAX, Warszawa 1983, s. 16; B. Mikulicz, Niezamierzone skutki działań a służba bezpieczeństwa, Przegląd Policjny, 1937, nr 2; M. M. Piechowski, Zdrowie psychiczne jako funkcja rozwoju psychicznego, (w:) K. Dąbrowski (red.), Zdrowie psychiczne PWN, Warszawa 1985, s. 101–102.

Krótko jeszcze o erudycyjnej „Metodyce ekspertyzy” T. Widły i prawie biegłego do subjęzyka, do języka dyscypliny. Chyba to nie tak, bo doświadczenie także piszącego te słowa niezbitcie dowodzi, że solą skutecznych związków zlecniodawcy i zlecniobiorcy jest równowaga. Także coś z przysłowiowej „chemii”, nie bójmy się tego słowa. Bez niej nie ma partnerstwa, sprawiającego, że sąd jest sądem (art. 7 k.p.k.), a biegły „tylko” biegłym (nigdy decydem). Ten rygor obowiązuje nawet wtedy, kiedy opiniodawcą jest znawca dużego formatu. Wszak: a) sąd nie może być ślepy, esencjalne aspekty opinii powinien właściwie pojmować, b) każdy biegły, każdy organ procesowy jest omylny, wobec czego, c) przed błędzeniem może go osłaniać znajomość doświadczenia Drugiego, wiedzącego w czym rzecz.

Mało tego, są słowa, które nie mają swoich stałych znaczeń. Albo są wieloznaczne i takie, które po wyrwaniu z ich naturalnego środowiska tracą swój smak, barwę i melodię dookreślające sensy. Projektując spotkanie z biegłym nie wolno spuszczać z oka prawdy, że prawidłowo przygotowane może stać się czymś intelektualnie unikatowym. Gest, mimika, ruchy rąk i głowy, modulacja głosu rozmówcy ujawniają i jednocześnie uprzyśtępniają dużo więcej wiedzy niż słowne przekazy. W bezpośredniej interakcji możemy skorzystać z istnego bogactwa wymienionych komunikatów mowy ciała, niewystępujących w mowie mówionej, o piśmie nawet nie wspominając. Ciało przemawia ponadto w kontekście pewnego, niepowtarzalnego otoczenia, atmosfery bezpośredniej rozmowy. Nie dziwi przeto twierdzenie J. M. Coetzee’go, że prawdziwy dialog przez telefon jest niemożliwy⁴⁶. Zdalnie udaje się mniej. Nie odczuwając charyzmy biegłego, nie korzysta się w pełni z jego kapitału kulturowego i edukacyjnego, z oddziaływania miejsca (*genius loci*), z zakładanej podczas spotkań wzajemności.

Nie ma więc innego wyjścia niż radykalne skracanie dystansu dzielącego organ procesowy od eksperta, wypierające myślenie o metaopinio-

⁴⁶ J. M. Coetzee, (w:) *Tu i teraz*, Wydawnictwo Znak, Kraków 2014, s. 76, 228; J. Berg, *Język ciała*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2011, *passim*; A. Zagajewski, *Książdz Zenon Modzelewski, (w:) Kościół na lamach paryskiej Kultury w latach 1946–2000* (opr. Tomasz Dostatni OP), Instytut Literacki Kultura – Instytut Książki, Paryż–Kraków 2015, s. 334–335; J. Wittlin, *Sól ziemi*, PIW, Warszawa 1995, s. 38; J. Lisowski, cyt. za J. Sobolewską, *Polityka* 2016, nr 28; *Edukacja Prawnicza*, *To jest show. Rozmowa z mec. Witoldem Daniłowiczem*, portal „*edukacjaprawnicza.pl*” nr 9, czerwiec 2002 r.; N. Witoszek, *Korzenie autorytaryzmu*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2020, s. 24; K. Nitsch, *Świat mowy polskiej*, PWN, Warszawa 1994, s. 38, 43 i *passim*.

waniu. O czym, co nieco, opowie garść różnorodnych incydentów grubą kreską zarysowanych.

Pierwszy. W śledztwie prowadzonym wspólnie z prok. Józefem R. w latach 1963–1965 przeciwko Adamowi M. i kilkunastu współpodejrzanym głównie o kradzieże i oszustwa, przedmiotem ekspertyzy wykonanej przez dwóch adiunktów z Politechniki Łódzkiej było naturalne włókno (włókna). W nieskrępowanej rozmowie prowadzonej w laboratorium z biegłymi doktorami inżynierami, uzyskiwanymi odpowiedziami na zadawane pytania oraz w drodze obserwacji pracy odpowiedniego sprzętu, wyjaśniliśmy szereg wątpliwości. Dotyczyły one różnych kwestii, od prostych do coraz bardziej złożonych, wagi, kolorystyki, wytrzymałości na rwanie (skręcanie), higroskopijności włókna itd. Wizyta unaoczniała, że czytanie opinii, a słuchanie żywego słowa, patrzenie i czucie, to nie to samo. Te drugie, dziejące się w małym gronie, są faktycznie twórcze.

Drugi. W dniu 3 października 1967 r. w powiecie B. zabito 27-letnią Zofię G. Sekcję zwłok wykonano w Zakładzie Medycyny Sądowej. Stwierdzono, że przyczyną śmierci były kilkakrotne urazy głowy zadane „narzędziem twardym podłużnym”. Szkopuł w tym, że na prawym policzku stwierdzono pionowo przebiegające, podbiegnięte krwią otarcie naskórka, połączone ze złamaniem prawej żuchwy. Kształt narzędzia, którym sprawca (sprawcy?) zadał to obrażenie, różniło się od tamtego, wobec czego należało rozważyć koncepcję, że napastników było dwóch. ZMS tego wariantu nie wykluczał. Choć doświadczenie poucza, że zabójcy posługują się z reguły jednym narzędziem, że w akcji go nie zmieniają na inne. Przyjęcie wersji jeden czy dwóch sprawców musiałoby zasadniczo rzutować na kształt śledztwa.

W dialogu z biegłym zleceńodawca wysunął celem rozważenia hipotezę, że niemające wpływu na śmierć Zofii G. powierzchowne, charakterystyczne obrażenie policzka i złamanie żuchwy mogą być skutkiem jednego urazu biernego. W ponownym przepatrzeniu miejsca agresji wykryto wystającą poziomo z ziemi końcówkę szyny (której w czasie oględzin nie dostrzeżono, bądź pochopnie uznano za rzecz niewartą zainteresowania) po nieistniejącej już cegielni. Badania porównawcze wykazały, że zmiana pourazowa na prawym policzku Zofii G. i stanowiąca dowód rzeczowy szyna mają takie same parametry. Nic już nie sprzeciwiało się wnioskowaniu, że tenże ślad powstał wskutek upadku G. (na szynę) po otrzymaniu ciosu w głowę „narzędziem twardym podłużnym”.

Inne dowody, w tym wyjaśnienia podejrzanego, potwierdziły ten pogląd. I odgrzały stary, będący zmorą wielu śledztw problem tzw. „niepotrzebnych śladów”⁴⁷.

Trzeci przykład. Autor tegoż eseju działał niekiedy wyprzedzająco. Po zapoznaniu się z pionierską pracą A. Szwarca „Kryminalistyczna ekspertryza zapisu magnetofonowego” (Warszawa 1964) poprosił znawców fonoskopii w ZK KGMO (nacz. S. Błasiewicz) o uprząstąpienie aparatury i badań w toku. Gdy zaszła potrzeba przeanalizowania opinii fonoskopijnej w sprawie uprowadzenia i zabójstwa Bohdana Piaseckiego, nie istniał już kompleks „ziemi nieznaney”.

Przyjrzyjmy się jeszcze kolejnej sytuacji. Materia toksykologii alkoholu etylowego, narkotyków, dopalaczy w śledztwach o przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu jest wciąż obecna. Przeskoki od niespecyficznej metody Widmarka do metod enzymatycznych (w skrócie ADH) z lat pięćdziesiątych XX. wieku i chromatografii gazowej oraz analizy wydychanego powietrza w następnych latach rodziły potrzebę wnikania w nowe tajniki. Wiele, lecz nie do końca, wyjaśniały lektury⁴⁸. Niedosyt wiedzy plastycznymi sposobami złagodził u siebie w Instytucie Ekspertyz Sądowych zawsze czynny prof. Jan Markiewicz. Przybliżenie np. procesu zachodzącego w kolumnie chromatograficznej i wychylenia się zeń tzw. pika świetnie pobudzało wyobraźnię prokuratora przechylnego przecież na stronę humanistyki. Warto było.

Czwarty. Zawodowstwa *sensu largissimo* nie nabywa się ani jednym „haustem”, ani z jednego źródła (Barbara Skarga). Dlatego należy skrzętnie korzystać z wszelakich możliwości poszerzania zakresu wiedzy i doświadczenia. Mam na myśli aktywne uczestniczenie prawnika w rozmaitych sympozjach, zjazdach, seminariach, konferencjach organizowanych przez towarzystwa nauk pomostowych. Wykłady, panele i dyskusje prezentują wielostronne wiadomości. Z autopsji wynika też, jak niebywale pożyteczne bywają dyskursy na upodobane tematy toczone w kuluarach,

⁴⁷ J. Biederman, O relacjach organ procesowy – biegły z poziomu praktyki, (w:) Postępy w naukach sądowych. W osiemdziesięciolecie Instytutu Ekspertyz Sądowych im. Prof. dra Jana Sehna, Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych, Kraków 2009, s. 33–47; J. Gurgul, Śledztwa w sprawach o zabójstwa, MSW, Warszawa 1977, *passim*; M. Pfau, B. Westphal, Die Auffassung von der „unbrauchbaren Spur” und was sich dahinverbirgt, Forum der Kriminalistik 1971, nr 5.

⁴⁸ Wtedy, np. S. Schilling-Siengalewicz, Toksykologia, PZWL, Warszawa 1952; T. Borkowski, J. Markiewicz, Toksykologia w praktyce śledczej, Wydawnictwo Zakładu Kryminalistyki KGMO, Warszawa 1962; A. Jakliński, W. Nasiłowski, J. Markiewicz, Zarys sądowo-lekarskiej toksykologii alkoholu etylowego, PZWL, Warszawa 1978.

przy kawie, na spacerach w czasie przerw w obradach. Biorący w nich udział sędzia/prokurator na pewno nie będzie „orzekał według tego, co mu (choćby byle jak i byle co) powie biegły” (przeróbka powiedzenia A. Paree’go), ani nie powoła metabiegłego. Poza tym, na dalszą metę niebagatelne znaczenie ma szansa poznania, a niekiedy nawet zaprzyjaźnienia z wytrawnymi znawcami i autorami wybitnych dzieł. Stąd żal, że w tego typu wydarzeniach prawnicy występują w iście śladowym wymiarze.

Na przykład, w XV. Naukowym Zjeździe Polskiego Towarzystwa Medycyny Sądowej i Kryminologii w Gdańsku-Sobieszewie w dniach 16–18 września 2010 r., gdzie dyskutowano na tematy patologii sądowo-lekarskiej, tanatologii, opiniowania lekarskiego, toksykologii sądowej, genetyki sądowej⁴⁹.

Piąty przykład wreszcie został wybrany pod wpływem wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie, wyróżniającego mające zasadniczo różne znaczenia i konsekwencje frazy „biorący udział w czynności” i „obecny w czasie tej czynności”⁵⁰. Na swoisty odpowiednik tezy SA wygląda następujący przypadek. W kwietniu 1990 r. nieopodal Warszawy na chodniku pod oknem bloku mieszkalnego zabezpieczono zwłoki kobiety z obrażeniami dość typowymi dla stwierdzanych zewnętrznie i wewnętrznie u skaczących z wysokości lub defenestrowanych. Przy stole sekcyjnym, w czasie badania zwłok, wysokiej klasy medycza sądowa spontanicznie wymieniała z wzajemnością różne uwagi z prokuratorem. Dotyczyły one m.in. materiałów biologicznych, w tym moczu do badań dodatkowych pod kątem weryfikacji hipotez: skok z wysokości, nieszczęśliwy wypadek czy zbrodnicze wyrzucenie denatki oraz kwestii obecności w płynach ustrojowych narkotyków i/lub leków. W pewnej chwili biegła donośnie rzekła: „pęcherz rozwalony”, w domyśle nie będzie próbki moczu. Prokurator zareagował pytaniem, czy chochlą nie udałoby się wycisnąć trochę moczu z mięśnia pęcherza. Udało się. Wynik badania potwierdził podejrzenie, że w zwłokach mogą być ślady toksyczne. I upewnił wniosek, że nie było przestępstwa. Postanowienia nikt nie skarżył.

⁴⁹ Zob. Streszczenia referatów wygłoszonych podczas Zjazdu medyków sądowych w Gdańsku, przewodniczący Komitetu Organizacyjnego dr hab. Zbigniew Jankowski; J. Gurgul, (wykład) Pytania istotą relacji: organ procesowy – biegły medyk sądowy, *Problemy Kryminalistyki* 2011, nr 273.

⁵⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 21 września 2004 r., sygn. II Aka 135/04, *Prokuratura i Prawo* 2006, dodatek „Orzecznictwo”, nr 1, poz. 33; por. także J. Gurgul, *Karnoprocesowe i pomostowe aspekty podpisywania protokołu*, (w:) H. KołECKI (red.), *Kryminalistyka i nauki penalne wobec przestępczości. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Mirosławowi Owocowi*, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań 2008, s. 47–56.

Morał, a właściwie morałów stąd kilka. Przede wszystkim taki, że zgodne z zasadami sztuki czynności oględzinowe zwłok, zewnętrzne i wewnętrzne, są szkołą życia (zawodowego) dla prokuratora. Wtedy, kiedy w obu (!) bierze „udział”. Czyli w otwarciu nie chce być tylko „obecnym” (zob. art. 209 § 4 k.p.k.) w odległości nawet kilku metrów od stołu sekcyjnego, aby np., nie wachał przykrych zapachów, acz stwierdzenie w protokole śladu zapachowego może mieć znaczenie dowodowe. Zmysły i doświadczenia prawnika i obducenta mogą być dopełniające. Badanie zwłok i ich ubrania to pouczający przegląd sposobów wykrywania i zabezpieczania najrozmaitszych śladów: biologicznych (krew, ślina, sperma, mchy, porosty, trawy, larwy – owady), chemicznych, postrzałowych, mechanoskopijnych (np. na kościach), daktyloskopijnych na bardzo różnych podłożach, w tym na skórze zwłok, etc. Do tego dochodzą spontaniczne wtrącenia eksperta. Prokurator traci mir, zadowolając się jedynie „obecnością” przy sekcji zwłok i tym samym pozycją nieodpowiedzialnego. Jako statysta nie należy do kręgu osób uprawnionych do sporządzenia i podpisania protokołu utrwalającego przebieg i wyniki czynności w sprawach wagi najwyższej (por. art. 143 § 1 pkt 4, art. 144 § 2 Kodeksu postępowania karnego)⁵¹.

Organ procesowy ma do dyspozycji – jak już wspominałem – cały wachlarz sposobów również nieformalnych nabywania kompetencji, a to: poprzez robocze konsultacje z ekspertami, odpowiednie treningi polegające na, między innymi, aktywnym, niesztampowym uczestniczeniu w pomostowych czynnościach procesowych, opiniowania nie wyłączając. Wszystko bez naruszania autonomii biegłego. Jest to tym bardziej sensowne, że w tych przedsięwzięciach nieraz podstawowe znaczenie mają, obok nauki w różnym stężeniu, także indywidualne doświadczenia zleceńodawcy i zleceniobiorcy oraz wart zapamiętania subiektywizm tego drugiego w ferowaniu opinii⁵².

W tych sugestiach jest coś na rzeczy. K. Jaegermann wszak pochlebnie ocenia, że zleceńodawca, który (cyt.) „aktywizuje (zarządza, nakazu-

⁵¹ M. Klejnowska, Karnoprocesowe aspekty ścigania przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, (w:) D. Semków (red.), *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Aspekty prawne, kryminologiczne i kryminalistyczne*, Wydawnictwo Think&Make, Warszawa 2018, s. 73–75; J. Gurgul, O protokole i nadużywaniu jego nazwy, *Problemy Kryminalistyki* 2016, nr 291, s. 12–20.

⁵² J. Konieczny, Identyfikacja kryminalistyczna, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2017, s. 97, 115; V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, A. Przybyś, Praktyka ekspertyz pismoznawczych wobec współczesnych technik badawczych, (w:) *Kryminalistyka a nowoczesne technologie*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2019, s. 31–46; E. Nęcka, J. Sowa, *Człowiek–umysł–maszyna*, tamże, s. 30.

je) intelektualną pracę biegłego”, przyczynia się do rozwiązywania problemów opiniodawczych. Ponadto, „Partnerska» postawa prokuratora ma dla biegłego niemałe znaczenie”⁵³. W tejże postawie nieocenioną wartość ma – moim zdaniem – SZTUKA formułowania i zadawania znawcom pytań wydobywających maksimum prawdy i ożywiających myślenie. Rzeczona sztuka jest refleksem umiejętności, na które składają się: zbiór doświadczeń, intuicji, wyobraźni, racjonalnego i krytycznego rozumowania, dostrzeganie w sprawie szczegółów i aspektów nieoczywistych⁵⁴.

V. Podsumowanie: albo, albo

Sąd z mocy prawa powinien wymierzać sprawiedliwość na podstawie wszystkich przeprowadzonych dowodów, całokształtu ujawnionych okoliczności, wiedzy i doświadczenia (art. 7, art. 410 k.p.k.). To oczywistość. Niektórzy jednak forsują rozwiązanie zastępcze czyli metaopinię jako dowód koronny i metabiegłego faktycznie orzekającego o winie na wzór ławy przysięgłych. Ten scenariusz jest nad wyraz realistyczny w sytuacji, gdy sędzia nie przejmuje się przestrogą, że sama znajomość prawa, umiejętność jego interpretowania i stosowania nie wystarcza do godnego pełnienia urzędu⁵⁵.

Znający od podszewki praktykę Uczeni stawiają w tym zakresie następującą kropkę nad „i”. Według S. Kalinowskiego, superbiegły działałby poza właściwym procesem. Jego opinia nie dotyczy bezpośrednio rozpoznawanej sprawy, lecz jest „sądem” nad opiniami, a nie dowodem z nowej opinii. W takim przypadku zleceńodawca doprowadza do rażącego pomieszania procesowych ról⁵⁶.

Zbieżnie myśli T. Tomaszewski. Decyzja o powołaniu metabiegłego nie mieści się w polskim systemie procesowym. Kodeks postępowania karnego nie tworzy formalnej hierarchii biegłych i nie pozwala na po-

⁵³ K. Jaegermann, Opiniowanie sądowo-lekarskie, tamże, s. 77.

⁵⁴ J. Konieczny, Kryminalistyczny leksykon śledztwa, Uniwersytet Opolski, Opole 2020, s. 283; J. Gurgul, Intuicja i wyobraźnia w śledztwie, Problemy Kryminalistyki 1994, nr 204; nie bez kozery warto też podumać nad poetycką przenośnią Francois’a de La Rochefoucaulda, że „są (i takie – dop. Autora) zbrodnie, które stają się niewinne, a nawet zaszczytne przez swój blask, liczbę i śmiałość”, cytuję za J. Wójcikiem-wicz, Prokurator – twórca, reżyser czy aktor, (w:) *lure et facto...*, tamże, s. 25–29.

⁵⁵ D. Dudek, Jak najlepiej uczyć sztuki sądenia. Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury, Wydawnictwo C.H. Beck, 2013, nr 1, s. 5–17; por. też J. Stanik, Związki psychologii z prawem, Przegląd Psychologiczny 1985, nr 4, s. 985–988.

⁵⁶ S. Kalinowski, Biegły i jego opinia, tamże, s. 190.

wstanie stosunku wyższości nad innymi ekspertami. W przeciwnym razie metabiegły uzyskiwałby status „sędziego naukowego”, którego decyzja ostatecznie rozsądzałaby dany spór⁵⁷. Sędzia powszechny natomiast miałby być jedynie asystentem supereksperta?

T. Widła wypowiada się co do zasady jak wyżej, cieniając szczegóły. Słusznie daje do myślenia, że nie ma metod doskonałych ani biegłych nieomylnych. Biegły nie jest organem procesowym i nie jest samoistnym bytem procesowym, a jedynie narzędziem umożliwiającym powołującemu poznawanie danego fragmentu rzeczywistości. Za ujemne następstwa dowodu z opinii biegłego odpowiada sam zleceńodawca, który powinien znać podstawy oceny wymienione w artykułach 7, 92, 410 k.p.k. Po czym niedwuznacznie finalizuje, że pomysł supereksperytyzy uchybia zasadzie swobodnej oceny dowodów⁵⁸.

Problematyka metabiegłego i metaopinii zagościła również w najnowszym podręczniku kryminalistyki. Ewa Gruza niejako skreśla ten temat z wokandy spraw wartych jeszcze roztrząsania, „gdyż są to elementy immanentnie związane z oceną dowodu, a ta jest domeną organu procesowego. Gdybyśmy przyjęli konstrukcję oceniania dowodu przez biegłego, zwróciłibyśmy się w kierunku legalnej, a nie swobodnej oceny dowodów”. Co wieńczy ogólną tezę, że każdy dowód podlega jednakowym kryteriom ocennym⁵⁹.

Summa summarum, organ procesowy rozporządza – jak wyżej wykazano – masą przeróżnych możliwości zdobywania umiejętności na takim poziomie, aby móc pokierować procesem opiniowania i miarodajnie ocenić jego efekt. Chodzi o kompetencje merytoryczne, etyczne i kulturowe stanowiące warunek konieczny sprawowania zawodu, od decyzji którego tak wiele przecież zależy. Organ procesowy powinien mieć zdolność do brania odpowiedzialności (niemającej cech represyjnych) za swoje czynności i ich wyniki, których sens rozumie. Warunek niewygórowany i w prawie karnym materialnym od zawsze przestrzegany. Zresztą, szlachectwo zobowiązuje (fr. *noblesse oblige*).

⁵⁷ T. Tomaszewski, Dowód z opinii biegłego, tamże, s. 31.

⁵⁸ T. Widła, Metodyka ekspertyzy, (w:) Ekspertyza sądowa, tamże, 36–37; tegoż, Ocena dowodu z opinii biegłego, Uniwersytet Śląski, Katowice 1992, s. 7, 13, 76–79.

⁵⁹ E. Gruza, (w:) Kryminalistyka czyli o współczesnych metodach dowodzenia przestępstw. Zagadnienia prawne, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 83–86; zob. nadto S. Waltoś, Naczelne zasady procesu karnego, tamże, s. 61–71; Z. Świda, Zasada swobodnej oceny dowodów w polskim procesie karnym, (w:) Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltosia, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 2000, s. 559–569; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 maja 1983 r., sygn. IV KR 74/83, OSNKW 1983, nr 12, poz. 102.

Veto against meta-opinions. Noblesse oblige

Abstract

This paper challenges the view that amended Article 198 of the Code of Criminal Procedure has eliminated objections to meta-opinion evidence on the accuracy of an opinion already issued in the proceedings. It also disagrees with the not-infrequent view that seeking a meta-opinion is justified by the fact that the authority conducting proceedings cannot absorb or understand specialist information and, as such, has to seek assistance from a meta-expert. This paper sees such view as inappropriate, inconsistent with experience, procedural provisions and professional ethics. It claims that lawyers have a duty and real possibilities to acquire special knowledge at the level which is appropriate for them. Where a lawyer finds it a problem, what she or he should resort to are temperance and diversification. In addition, lawyers should reject the belief that bridging disciplines of science "are not for lawyers". Moreover, they have to put disabling "I cannot" out of their heads in favour of pro-active "I will try".

Furthermore, the authority conducting proceedings should evaluate expert opinions freely and strictly as instructed by Articles 7, 92 and 410 of the Code of Criminal Procedure, just as the authority evaluates any other evidence. Meta-opinions render any ruling blind. Written sources and actual casuistry prove that Polish procedural law is not familiar with meta-experts. Meta-opinions weaken legal, ethical and cultural regimes of procedural law as well as lawyers' aspirations to become responsible for their own decisions.

Key words

Meta-opinion, meta-expert, free evaluation of an opinion, bridging disciplines of science, experience, professionalism.

Tomasz Jasiński, Krzysztof Klimkiewicz

Odpowiedzialność karna związana z restrukturyzacją, sanacją i upadłością

Streszczenie

Prawo karne zajmuje się odpowiedzialnością związaną z restrukturyzacją, sanacją i upadłością. Przepisy, które należy tu brać pod uwagę mają charakter pozakodeksowy i znajdują się w Prawie restrukturyzacyjnym, Prawie upadłościowym oraz Kodeksie spółek handlowych. Artykuł ogólnie przedstawia instytucje restrukturyzacji, sanacji i upadłości oraz kluczowe pojęcia z tych dziedzin. Na tym tle są zaprezentowane problemy dotyczące odpowiedzialności karnej osób, które swoimi działaniami lub zaniechaniami wyczerpują znamiona przestępstw związanych z procesami restrukturyzacyjnymi, sanacyjnymi i upadłościowymi. Ponadto jest poruszona kwestia uprawnień i powinności prokuratora w tych procedurach, przy uwzględnieniu cywilnoprawnej sankcji za niezłożenie wniosku o upadłość, to jest zakazu prowadzenia działalności gospodarczej i pełnienia funkcji.

1. Pojęcie restrukturyzacji i sanacji

Restrukturyzacja i sanacja są pokrewnymi instytucjami, które reguluje Prawo restrukturyzacyjne¹. Z systemowego punktu widzenia jest ono aktem z zakresu szeroko rozumianego Prawa handlowego, przy czym zawiera szereg unormowań o charakterze publicznoprawnym i administracyjnoprawnym, a także przepisy dotyczące procedury cywilnej i dwa przepisy karne (art. 399 i 400).

Prawo restrukturyzacyjne stanowi, że celem postępowania restrukturyzacyjnego jest uniknięcie ogłoszenia upadłości dłużnika niewypłacalnego lub zagrożonego niewypłacalnością poprzez umożliwienie mu restrukturyzacji w drodze zawarcia układu z wierzycielami, a w przypadku postępowania sanacyjnego – również przez przeprowadzenie działań

¹ Ustawa z dnia 15 maja 2015 r. Prawo restrukturyzacyjne, Dz. U. z 2015 r., poz. 978 z późn. zm. (dalej: pr. restr.).

sanacyjnych, przy zabezpieczeniu słusznych praw wierzycieli. W tym ogólnym sensie restrukturyzacja i sanacja stanowią alternatywę dla upadłości, o której wiadomo, że z reguły finalizuje się licytacją majątku dłużnika, tylko częściowym zaspokojeniem wierzycieli i ostatecznie prowadzi do zakończenia bytu prawnego upadłego. Stwierdzenie o alternatywie wymaga pewnego uściślenia. Restrukturyzacja i sanacja są niedopuszczalne, gdy ich skutkiem byłoby pokrzywdzenie wierzycieli lub dłużnik nie jest zdolny do bieżącego zaspokajania kosztów postępowania i zobowiązań powstałych po jego otwarciu.

W ustawie pojęcie restrukturyzacji pojawia się w dwóch aspektach. Chodzi o znaczenie materialne i formalne. Pierwsze odnosi się do układu, jako ekonomicznego sposobu rozwiązania problemów finansowych dłużnika przeżywającego załamanie gospodarcze. Układ jest porozumieniem (ale już nie umową w rozumieniu cywilistycznym), które dłużnik zawiera z wierzycielami w sprawie zmiany warunków spłaty zadłużenia i które zawsze podlega zatwierdzeniu przez sąd. Na sądzie ciąży powinność ustalenia, m.in. czy układ nie narusza prawa i czy perspektywa jego wykonania jest realna, a także czy jest uczciwy, to jest nie prowadzi do pokrzywdzenia wierzycieli. Natomiast drugie, proceduralne, dotyczy postępowania cywilnego ukierunkowanego na zawarcie układu. Stąd też zresztą dwa różne określenia restrukturyzacji, z którymi można spotkać się w ustawie, orzecznictwie i piśmiennictwie. Raz jako o restrukturyzacji dłużnika lub zadłużenia (kontekst ekonomiczny) i drugi raz jako o postępowaniu, w którego ramach zostaje zawarty układ (kontekst proceduralny). Prawu restrukturyzacyjnemu są znane trzy rodzaje ogólnych postępowań układowych, które mogą być prowadzone w stosunku do każdego dłużnika podlegającego ustawie i dwa postępowania odrębne: 1) postępowanie o zatwierdzenie układu, 2) przyspieszone postępowanie układowe, 3) postępowanie układowe, 4) postępowanie restrukturyzacyjne wobec deweloperów, 5) postępowanie restrukturyzacyjne wobec emitentów obligacji.

Od restrukturyzacji należy odróżnić sanację. Postępowanie sanacyjne umożliwia dłużnikowi przeprowadzenie działań sanacyjnych oraz zawarcie układu. Jak widać, i tutaj pojęcie sanacji występuje w znaczeniu materialnym (ekonomicznym) i formalnym (jako procedura prawna). Zgodnie z definicją ustawową działania sanacyjne to czynności prawne i faktyczne, które zmierzają do poprawy sytuacji ekonomicznej dłużnika i mają na celu przywrócenie mu zdolności do wykonywania zobowiązań, przy jednoczesnej ochronie przed egzekucją. Ujmując rzecz obrazowo, chodzi o pomoc w uzdrowieniu gospodarczym, które nosi stosowane od lat miano sanacji lub postępowania naprawczego. Układ, który jest typowy dla

postępowań układowych nie stanowi elementu koniecznego w postępowaniu sanacyjnym, ale jego zawarcie jest dopuszczalne, zaś ewentualna decyzja zależy tylko od woli dłużnika i wierzycieli oraz finalnego zatwierdzenia przez sąd.

Przesłanką restrukturyzacji i sanacji jest niewypłacalność dłużnika lub stan zagrożenia niewypłacalnością. Prawo restrukturyzacyjne nie wyjaśnia tych pojęć i w tym zakresie zawiera odesłanie do Prawa upadłościowego². Dlatego związana z tym problematyka jest szerzej omówiona w części artykułu poświęconej odpowiedzialności karnej związanej z upadłością.

Ustawa przyznaje zdolność restrukturyzacyjną dłużnikom o statusie przedsiębiorców w rozumieniu Kodeksu cywilnego³, spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i akcyjnych nieprowadzących działalności gospodarczej, wspólników osobowych spółek handlowych ponoszących odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem i wspólników spółki partnerskiej. Natomiast spod restrukturyzacji i sanacji jest wykluczony Skarb Państwa, jednostki samorządu terytorialnego i dalsze podmioty enumeratywnie wskazane w art. 4 ust. 4 pr. restr., a także spółka cywilna. W tym ostatnim wypadku zdolność restrukturyzacyjna przysługuje poszczególnym wspólnikom.

Postępowanie restrukturyzacyjne i sanacyjne prowadzi się przed sądem restrukturyzacyjnym, którym jest sąd rejonowy – sąd gospodarczy. Ustawa nie dopuszcza trybu pozasądowego lub właściwości sądu polubownego. Organami postępowania są sędzia – komisarz, nadzorca (nadzorca układu w postępowaniu o zatwierdzenie układu i nadzorca sądowny w dwóch pozostałych postępowaniach układowych), zarządca (obligatoryjnie w postępowaniu sanacyjnym, fakultatywnie w przyspieszonym postępowaniu układowym i postępowaniu układowym). Dodatkowo sąd może powołać zarządcę tymczasowego (postępowania zabezpieczające w postępowaniach o otwarciu postępowań układowego i sanacyjnego).

2. Przepisy karne związane z restrukturyzacją i sanacją

Prawo restrukturyzacyjne zawiera dwa unormowania karne, które wprowadzają odpowiedzialność związaną z restrukturyzacją oraz sanacją. Są to:

² Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe, Dz. U. Nr 60, poz. 535 z późn. zm. (dalej: pr. upadł.).

³ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 1740.

- art. 399, który przewiduje odpowiedzialność za działania i zaniechania dłużnika lub osoby uprawnionej do reprezentowania dłużnika polegające na wprowadzeniu w błąd organów postępowania restrukturyzacyjnego lub sanacyjnego poprzez: 1) czynną dezinformację, polegającą na dostarczaniu nadzorcy, zarządcy lub sędziemu – komisarzowi nieprawdziwych informacji w celu ich wykorzystania w postępowaniu restrukturyzacyjnym, 2) bierną dezinformację, polegającą na zatajaniu przed nadzorcą, zarządcą lub sędzią – komisarzem informacji mających istotne znaczenie dla przeprowadzenia postępowania restrukturyzacyjnego, 3) uchylenie się od udostępnienia posiadanych przez siebie danych lub dokumentów pozwalających na wykonanie obowiązku, o którym mowa w art. 56 ust. 1 pkt 2 lub ust. 7 oraz art. 70 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych, a także art. 17 ust. 1 lub 2 oraz art. 19 ust. 3 rozporządzenia nr 596/2014;
- art. 400, który przewiduje odpowiedzialność za niewydanie zarządcy ksiąg rachunkowych dłużnika lub innych dokumentów dotyczących jego majątku. Chodzi o zatajanie udokumentowanych danych, do których posiadania zarządca jest uprawniony i które są niezbędne dla wykonywania ustawowych powinności związanych z przedsiębiorstwem dłużnika.

Prawo restrukturyzacyjne nie definiuje pojęcia nieprawdziwej informacji (art. 399), ani nie wyjaśnia w jakiej relacji ten termin pozostaje wobec pojęcia informacji mającej istotne znaczenie dla przeprowadzenia postępowania restrukturyzacyjnego (art. 400). Ze sformułowania o celu użytego w art. 399 wynika, że trzeba tu brać pod uwagę wszystkie możliwe do skatalogowania na podstawie ustawy informacje z zakresu stanu majątkowego dłużnika, które są niezbędne organom postępowania przy wykonywanych przez nie obowiązkach, przykładowo dla potrzeb sporządzania planu restrukturyzacyjnego, sprawozdań, spisu inwentarza, spisu wierzytelności, wniosku o uzyskanie pomocy publicznej i propozycji układowych. Taki sposób rozumienia nieprawdziwej informacji (art. 399) pozostaje w ścisłym związku z interpretacją pojęcia informacji o istotnym znaczeniu dla postępowania (art. 400). Bez wątplenia chodzi o dane, których charakter decyduje o prawidłowości postępowania, jak również o warunkach zawieranego układu. Użyte w art. 400 pojęcie księgi rachunkowej nie wydaje się wymagać bliższego określenia, wystarczy wskazać, że jest ona podstawowym dokumentem, w którym są zawarte dane dotyczące operacji gospodarczych (finansowych) z udziałem dłużnika. W ka-

tegorii innych dokumentów dotyczących majątku restrukturyzowanego mieszczą się w zasadzie wszystkie dokumenty, których treść lub nawet samo istnienie daje obraz stanu aktywów i pasywów, przykładowo faktury.

Oba przepisy powinny być odczytywane w świetle dalszych unormowań Prawa restrukturyzacyjnego. Popęlnienie przestępstw stypizowanych w art. 399 i 400 polega bowiem na złamaniu ustawowych obowiązków dłużnika w postępowaniu układowym lub sanacyjnym. W tym zakresie chodzi o naruszenie art. 36 ust. 2 pr. restr., który stanowi, że dłużnik udziela nadzorcy układu pełnych i zgodnych z prawdą informacji w celu wykorzystania w postępowaniu restrukturyzacyjnym oraz udostępnia dokumenty dotyczące swojego majątku i zobowiązań. Art. 36 ust. 2 pr. restr. ma również zastosowanie w relacji dłużnika do nadzorcy sądowego (art. 39 ust. 2 pr. restr.) i zarządcy (art. 52 ust. 3 pr. restr.). Przepisy Prawa restrukturyzacyjnego, które określają obowiązki ciążące na restrukturyzowanym dłużniku są podporządkowane nadrzędnemu celowi zapewnienia organom postępowania restrukturyzacyjnego i sanacyjnego prawidłowego spełnienia ich ustawowych powinności.

Na podstawie art. 399 i 400 można wyciągnąć podstawowy i wstępny wniosek, że odpowiedzialność karna przewidziana w prawie restrukturyzacyjnym bazuje na relacji dłużnika i organów postępowania restrukturyzacyjnego i sanacyjnego. Natomiast dłużnik i osoba uprawniona do reprezentowania dłużnika nie odpowiadają karnie na bazie powiązań z wierzycielami, chociaż to im są składane propozycje układowe, z nimi prowadzi się negocjacje i zawiera układ oraz to oni w ostatecznym rachunku mogą być majątkowo pokrzywdzeni przestępstwem. W zakresie dotyczącym wierzycieli można co najwyżej brać pod uwagę przepisy kodeksu karnego Rozdziału XXXVI Przesłępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu i interesom majątkowym w obrocie cywilnoprawnym, a w szczególności art. 300 § 1–4 (udaremnianie lub uszczuplanie zaspokojenia wierzycieli w warunkach grożącej upadłości lub niewypłacalności albo w celu udaremnienia wykonania orzeczenia sądu lub innego organu państwowego), art. 301 § 1–3 (pozorowane bankructwo), art. 302 § 1–3 (selektywna i dowolna spłata niektórych wierzycieli)⁴.

Art. 399 i 400 pr. restr. nie wspominają o sądzie restrukturyzacyjnym. Z tego wynika, że spoza zakresu stosowania przepisów, a w szczególności pierwszego z nich, jest wykluczona dezinformacja sądu. W piśmiennictwie słusznie zwraca się uwagę, że ten brak może zostać niekiedy

⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

zrekompensowany poprzez stosowanie przepisów Kodeksu karnego, a w tym przede wszystkim art. 233, 270, 273 i 276⁵.

Oba przestępstwa mają charakter indywidualny. Sprawcą może być tylko dłużnik lub osoba uprawniona do reprezentowania dłużnika. Prawo restrukturyzacyjne nie definiuje tych terminów dla potrzeb odpowiedzialności karnej i z tego powodu wymagają one wyjaśnienia. Dłużnikiem jest podmiot, któremu ustawa przyznaje zdolność restrukturyzacyjną, czyli wymienieni wcześniej przedsiębiorca, spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i spółka akcyjna nieprowadząca działalności gospodarczej, wspólnik osobowej spółki handlowej ponoszący odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem oraz wspólnik spółki partnerskiej. Natomiast pojęcie osoby uprawnionej do reprezentowania dłużnika nasuwa pewne wątpliwości interpretacyjne, które od dłuższego czasu są dyskutowane i nic nie wskazuje, aby spór miał szansę na rozwiązanie w przewidywalnej przyszłości. W tej sprawie wyraźnie zarysowały się dwa sprzeczne poglądy. Zgodnie z pierwszym, skoro prawo restrukturyzacyjne nie określa, jak należy rozumieć pojęcie reprezentanta, to wyjaśnienia tego terminu należy poszukiwać w pokrewnym ze względu na przedmiot regulacji prawie upadłościowym. A tam mamy do czynienia z wąskim znaczeniem pojęcia. Stosownie do art. 21 ust. 2 pr. upadł. za osobę uprawnioną do reprezentowania dłużnika będącego osobą prawną lub inną jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, należy uważać tego, kto na podstawie ustawy, umowy spółki lub statutu ma prawo do prowadzenia spraw zobowiązanego i do jego reprezentowania, samodzielnie albo łącznie z innymi osobami. Przy tej interpretacji pojęcie reprezentanta użyte w art. 399 i 400 pr. restr. nie rozciąga się na pełnomocników i prokurentów⁶. Bezdyskusyjną słabością tego kierunku wykładni jest brak podstawy prawnej, która byłaby zakotwiczona w prawie restrukturyzacyjnym, co trafnie jest podnoszone w piśmiennictwie. Dlatego zwolennicy drugiego, przeciwnego stanowiska nie poszukują rozwiązania problemu w prawie upadłościowym, ale są skłonni sięgać do art. 308 k.k., który traktują jako regulację ogólną⁷. Przepis otwiera pole dla szerszej interpretacji pojęcia reprezentanta. Jest nim tutaj każdy, kto na podstawie przepisu prawnego, decyzji właściwego organu, umowy lub

⁵ A. J. Witosz, (w:) A. Torbus, A. Witosz, A. J. Witosz (red.), *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 935.

⁶ P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa, 2016, s. 1775.

⁷ A. J. Witosz, *op. cit.*, s. 935.

faktycznego wykonywania, zajmuje się sprawami majątkowymi osoby prawnej, osoby fizycznej, grupy osób albo podmiotu niemającego osobowości prawnej. Przy zastosowaniu art. 308 k.k. pojęcie reprezentacji zastosowane w art. 399 i 400 pr. restr. może objąć pełnomocnictwo i prokurę. Wydaje się, że racja leży po stronie zwolenników drugiego poglądu, także z tego powodu, że zastosowane w art. 399 i 400 pojęcie reprezentacji ma szerokie odniesienie cywilistyczne. Zresztą trudno byłoby przyjmować, że może być inaczej. Postępowanie restrukturyzacyjne kwalifikuje się jako procedura cywilna, którą znamionuje szereg uregulowań specjalnych wobec rozwiązań wynikających z Kodeksu postępowania cywilnego⁸. To zaś oznacza, że przy wykładni pojęcia reprezentacji należy brać pod uwagę wszystkie znane prawu cywilnemu formy zastępstwa. Zresztą wykluczeniu prokurenta sprzeciwia się istotna tu natura prawna prokury, która stanowi specjalną formę pełnomocnictwa stosowanego w stosunkach handlowych.

Przestępstwa stypizowane w obu przepisach mają charakter formalny. Karalność czynu nie zależy od materialnego skutku działania lub zaniechania sprawcy. Nie zmienia to jednak faktu, że z reguły popełnienie któregośkolwiek z przestępstw niweczy możliwość prawidłowej i uczciwej restrukturyzacji lub sanacji. Skutkiem dezinformowania organów postępowania restrukturyzacyjnego albo sanacyjnego lub uchylania się o udostępnienia im dokumentów, mogą przykładowo być nieprawidłowości przy spełnieniu przez nie obowiązków sprawozdawczych (art. 32 ust. 1, art. 33 ust. 1, art. 220), sporządzenie spisu inwentarza (art. 52 ust. 1), spisu wierzytelności (art. 76 i nast., art. 261 pkt 1, 2 i 3), wniosku o uzyskanie pomocy publicznej (art. 139a i nast.) oraz propozycji układowych (art. 155 i nast.).

W zakresie dotyczącym winy prawo restrukturyzacyjne nie zawiera przepisów, które by powodowały, że jej ocena na gruncie art. 399 i 400 następuje w odmienny sposób, aniżeli ma to miejsce w części ogólnej Kodeksu karnego. W konsekwencji do pojęcia winy, która jest jedną z przesłanek odpowiedzialności z obydwu przepisów stosuje się art. 9 § 1 i 2 k.k. Czyn podlega karze, jeśli został popełniony umyślnie w ramach zamiaru bezpośredniego lub ewentualnego. Natomiast nieumyślność wyklucza możliwość pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej. Sfera motywacyjna osób dopuszczających się czynów z art. 399 i 400 pr. restr. jest zdeterminowana celem restrukturyzacji i sanacji. Postępowania restrukturyzacyjne oraz sanacyjne stanowią procedury wnio-

⁸ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. z 1964 r., Nr 43, poz. 296 z późn. zm.

skowe. To zaś oznacza, że mają nie tylko charakter dobrowolny, ale również, że dłużnik musi o nie zabiegać przed sądem, będąc przy tym narażony na odmowę uwzględnienia wniosku lub odmowę zatwierdzenia układu. Jedyne, co z materialnego punktu widzenia może przymusić dłużnika do restrukturyzacji lub sanacji jest perspektywa złożenia wniosku o upadłość przez wierzycieli. Ta dobrowolność restrukturyzacji i sanacji sprawia, że w wypadku art. 399 i 400 nie można mówić o utrudnianiu postępowania restrukturyzacyjnego lub sanacyjnego w aspekcie sabotowania procedury, tak aby ją zniweczyć. Bardziej adekwatne byłoby natomiast przyjęcie, że chodzi o nieuczciwość dłużnika, który dezinformując organy postępowania restrukturyzacyjnego, może dążyć do uzyskania lepszej pozycji negocjacyjnej i korzystniejszych warunków układu, oczywiście kosztem wierzycieli.

Art. 399 i 400 pr. restr. kwalifikują się do kategorii występków. Pewne zdziwienie może budzić zróżnicowanie zagrożeń. Oba przepisy przewidują możliwość wymierzenia kary pozbawienia wolności – art. 399 do trzech lat, zaś art. 400 od trzech miesięcy do pięciu lat. Jak widać art. 400 jest przepisem zdecydowanie surowszym. Tymczasem zarówno art. 399, jak i art. 400 wprowadzają karalność czynów godzących w dobro postępowania restrukturyzacyjnego i sanacyjnego. Ponadto w obu przepisach jest tak samo określony krąg osób zdolnych do ponoszenia odpowiedzialności karnej. Z tego powodu trudno jest znaleźć przekonujące argumenty, w świetle których można byłoby jednoznacznie przyjąć, że niewydanie zarządcy ksiąg rachunkowych lub innych dokumentów dotyczących majątku (art. 400) zasługuje na mocniejsze potępienie, aniżeli dezinformacja organów postępowania restrukturyzacyjnego i sanacyjnego (art. 399). W ostatecznym rozrachunku skutek jest ten sam. Organ restrukturyzacyjny jest pozbawiony możliwości wykonania swoich obowiązków i otwiera się perspektywa majątkowego pokrzywdzenia wierzycieli.

W związku z art. 399 i 400 pojawia się istotny i nadzwyczaj kontrowersyjny problem, dotyczący następstw braku pouczeń dłużnika o odpowiedzialności karnej za niedopełnienie powinności informacyjnych i udostępniania dokumentów. Obowiązek pouczeń spoczywa na organach postępowania restrukturyzacyjnego i sanacyjnego, zaś brak pouczenia może sprawić, że sprawca uniknie odpowiedzialności. Kwestia, ze względu na istotę problemu, przywodzi na myśl art. 233 § 1 k.k. Odpowiedzialność karną za przestępstwo fałszywych zeznań może ponieść tylko ten, który został przed złożeniem zeznania pouczony o odpowiedzialności karnej za mówienie nieprawdy lub przemilczenie prawdy. Odnosząc to do Prawa restrukturyzacyjnego widać, że jego przepisy są nie-

precyzyjne, jeżeli chodzi o możliwość stosowania art. 399 i 400 wobec dłużnika lub reprezentanta, gdy ten nie został pouczone o odpowiedzialności karnej za uchylenie się od obowiązków nałożonych przez ustawę. Na organie restrukturyzacyjnym ciąży obowiązek pouczenia dłużnika lub reprezentanta dłużnika o odpowiedzialności karnej za niewykonanie ustawowych powinności w zakresie restrukturyzacji i sanacji. Obowiązek ten wprowadzają art. 36 ust. 2 i 3, art. 39 ust. 2 oraz art. 52 ust. 3. Jednak w przeciwieństwie do art. 233 § 1 k.k. w przepisach art. 399 i 400 pr. restr. nie ma już mowy o wcześniejszym pouczeniu o grożącej odpowiedzialności karnej jako warunku karalności czynu. Rzeczywistym źródłem poruszonego problemu jest asymetria w wyżej wymienionych uregulowaniach Prawa restrukturyzacyjnego, dotyczących powinności pouczeń dłużnika i uregulowaniach zawartych w art. 399 i 400. Przepisy o obowiązkach dłużnika, które przecież odnoszą się do przepisów karnych: art. 399 i 400, statuują powinność pouczeń o grożącej odpowiedzialności karnej. Tymczasem art. 399 i 400 o pouczeniach już nie wspominają. Wydaje się, że brak pouczenia dłużnika o odpowiedzialności karnej za naruszenie powinności ustawowych przekreśla możliwość odpowiedzialności z art. 399 i 400. Istnienie obowiązku pouczenia dowodzi, że ustawodawca traktuje restrukturyzowanego dłużnika jako podmiot nieprofesjonalny w dziedzinie restrukturyzacji i sanacji, a przez to wymagający poinformowania o obowiązkach i rygorach za ich niewykonanie. Stąd brak pouczenia, który dodatkowo kwalifikuje się jako naruszenie przez organ ustawowego obowiązku udzielenia pouczenia, nie może rodzić dla restrukturyzowanego negatywnych konsekwencji w sferze prawnokarnej. Ten kierunek interpretacji przepisów art. 399 i 400 zdaje się dominować⁹.

W piśmiennictwie jest rozważana kwestia, czy obowiązki, za których niewykonanie grozi dłużnikowi odpowiedzialność z art. 399 i 400, mają charakter bezwzględny, czyli nie doznają wyjątków. W szczególności chodzi o ustalenie, czy dłużnik jest nimi związany nawet wtedy, gdy informacja lub dokument stanowią dowód popełnionego przestępstwa, przykładowo wcześniejszego udaremniania zaspokojenia niektórych wierzycieli (art. 300 § 1 k.k.). Jednoznaczna formuła ustawy w zakresie powinności dłużnika w postępowaniu restrukturyzacyjnym i sanacyjnym nie wydaje się pozostawiać innej możliwości, jak przyjęcie bezwzględnego charakteru obowiązków. To znaczy, że dłużnik, który chce uniknąć odpowiedzialności z art. 399 i 400 musi dopełnić powinności informacyjnych

⁹ A. Gąsior, Pouczenie o odpowiedzialności karnej jako warunek odpowiedzialności karnej za przestępstwa określone w ustawie Prawo restrukturyzacyjne, *Doradca restrukturyzacyjny* 2017, nr 3, s. 118–126.

i udostępniać dokumenty nawet wtedy, gdy w istocie prowadzić by to mogło do samooskarżenia. W związku z tym warto odnotować pojawiające się w piśmiennictwie wątpliwości, czy bezwzględnemu charakterowi obowiązków nie sprzeciwiają się regulacje europejskie, w świetle których można uchwycić ogólny kierunek na zwolnienie osoby/pomiotu z powinności dostarczania dowodów na swoją niekorzyść¹⁰. Wątpliwości wydają się niezasadne. Przesądza o tym dobrowolność postępowania restrukturyzacyjnego i sanacyjnego oraz cele tych procedur. Dobrowolność sprawia, że to dłużnik rozważając restrukturyzację lub sanację powinien ocenić swoje położenie, również w aspekcie ryzyka ujawnienia niewygodnych informacji lub dokumentów. W tym aspekcie trudno jest w ogóle mówić o wytworzeniu dla dłużnika sytuacji przymusu prawnego w zakresie dostarczania dowodów na swoją niekorzyść. Wprost przeciwnie, to dłużnik decyduje, czy weźmie udział w postępowaniu, w którym będą od niego oczekiwane informacje i dokumenty potrzebne przy restrukturyzacji i sanacji. Natomiast ewentualna klauzula zwalniająca z powinności ustawowych prowadzić by musiała do dekompozycji postępowań i w ostatecznym rozrachunku uniemożliwiłaby sądowi ocenę, czy zawierany przez dłużnika układ jest uczciwy i czy jego wykonanie jest realne.

3. Rola prokuratora w postępowaniu restrukturyzacyjnym

Prawo restrukturyzacyjne nie przewiduje specjalnej roli dla prokuratora w procesie restrukturyzacji i sanacji. Prokurator nie ma tam statusu organu restrukturyzacyjnego, ani nawet nie jest wskazany wśród uczestników postępowania. Nie oznacza to jednak, aby prokurator był całkowicie pominięty w procedurze restrukturyzacyjnej. Zgodnie z art. 30 ust. 3a prokurator może złożyć wniosek o odwołanie niektórych organów restrukturyzacyjnych, to jest nadzorcy sądowego lub zarządcy. W art. 30 ust. 3 ustawa określa trzy przesłanki złożenia wniosku:

- 1) rażące uchybienie w obowiązkach nadzorcy sądowego lub zarządcy,
- 2) brak poprawy w wykonywaniu obowiązków nadzorcy sądowego lub zarządcy mimo wcześniej nałożonej przez sąd grzywny,
- 3) uchylenie się od wykonania obowiązków oznaczonych w art. 24 ust. 5 i art. 25 ust. 1 pr. restr., polegające na niezłożeniu do akt postępowa-

¹⁰W. Jasiński, Prawo do nieobciążania się w procesie karnym w świetle standardów strasburskich, *Prokuratura i Prawo* 2015, nr 7–8, s. 7–35; A. Krawczyk, Prawo do nieobciążania się a postępowania restrukturyzacyjne, *Prokuratura i Prawo* 2017, nr 2, s. 107.

nia oświadczenia o braku przeszkód dla podjęcia się obowiązków organu restrukturyzacyjnego i dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone w związku z pełnieniem swoich funkcji.

Na uwagę jednak zasługuje, że prokurator nie uczestniczy w procedurze restrukturyzacyjnej i sanacyjnej, a na sądzie restrukturyzacyjnym i na organach postępowania restrukturyzacyjnego nie spoczywa powinność informowania go o okolicznościach związanych z restrukturyzacją. Sąd restrukturyzacyjny ma tylko obowiązek przesłania Ministrowi Sprawiedliwości odpisu wydanego i już prawomocnego postanowienia o odwołaniu nadzorca sądowego lub zarządcy (art. 30 ust. 3 pr. restr.). Dlatego sprawą otwartą jest, w jaki sposób prokurator miałby powziąć informację o potrzebie skorzystania z uprawnienia wynikającego z art. 30 ust. 3a. Wydaje się, że zakres źródeł informacji ogranicza się do zawiadomień o przestępstwie dotyczących syndyka albo zarządcy.

4. Pojęcie upadłości

Problematyka upadłości jest uregulowana w Prawie upadłościowym. Z systemowego punktu widzenia kwalifikuje się ono do szerokiej kategorii Prawa handlowego. Stanowi ono zbiór przepisów o charakterze publicznoprawnym i administracyjnoprawnym oraz przepisy dotyczące procedury cywilnej (postępowania cywilnego), a także zawiera dwa przepisy karne (art. 522 i 523).

W najszerszym ujęciu, które jednak nie deformuje istoty problemu, upadłość stanowi instytucję wychodzącą naprzeciw potrzebom obrotu prawnego w ramach gospodarki rynkowej, której celem jest zaspokojenie wierzycieli z majątku niewypłacalnego dłużnika. Porównując upadłość z restrukturyzacją i sanacją od razu widać, że upadłość jest ich przeciwieństwem. Cechuje ją charakter przymusowy oraz prawie zawsze ostateczny. Przymusowy, gdyż w ustawowo określonych okolicznościach dłużnik ma obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, a jeśli tego nie uczyni podlega odpowiedzialności karnej z art. 586 k.s.h. oraz odpowiedzialności cywilnej. Ta ostatnia może przybrać formę odpowiedzialności odszkodowawczej (art. 21 ust. 3 pr. upadł.) oraz odpowiedzialności polegającej na orzeczeniu zakazu prowadzenia działalności gospodarczej i pełnienia funkcji (art. 373 pr. upadł. i nast.). Ostateczny, bowiem nie jest ukierunkowana na porozumienie dłużnika z wierzycielami, ale na uchwycenie przez syndyka najczęściej już tylko resztek majątku, częściową spłatę uprawnionych i zakończenie bytu prawnego upa-

dłego. Tylko wyjątkowo w postępowaniu upadłościowym może zostać zawarty układ dłużnika z wierzycielami. Podczas, gdy udana restrukturyzacja lub sanacja pozwala dłużnikowi utrzymać się w obrocie gospodarczym, to upadłość definitywnie eliminuje go stamtąd. W praktyce do rzadkości nie należą sytuacje, gdy w początkowej fazie problemów finansowych dłużnik zawiera układ z wierzycielami albo podejmuje tylko działania sanacyjne, by następnie, wobec nieskuteczności tych środków, doznać definitywnej zapaści gospodarczej i ogłosić upadłość. Złożony w ustawowym terminie wniosek o ogłoszenie upadłości i prawidłowo przeprowadzone postępowanie upadłościowe stanowią pewną gwarancję, że majątek dłużnika nie zostanie roztrwoniony, zaś wierzyciele uzyskają częściowe zaspokojenie w zakresie adekwatnym do sytuacji finansowej zobowiązanego.

Podobnie jak miało to miejsce w wypadku restrukturyzacji i sanacji, ustawa pozwala postrzegać upadłość w dwóch różnych aspektach, czyli materialnym i formalnym. Znaczenie materialne nawiązuje do kategoriach ekonomicznych. Z tego punktu widzenia, upadłość to ujęty w ramy prawne proces zwinienia przedsiębiorstwa niewypłacalnego dłużnika, tak aby zapewnić wierzycielom przynajmniej częściowe zaspokojenie ich wierzytelności. Jako taka może być kojarzona ze zmianą statusu rynkowego dłużnika. Po odjęciu zarządu nad majątkiem, dłużnik jako uczestnik rynku schodzi na drugi plan, zaś jego miejsce zajmuje syndyk, który jednak już nie jest dla nikogo partnerem handlowym, gdyż ma za zadanie likwidację masy upadłości w celu spłaty długów. Z kolei w ujęciu formalnym upadłość kojarzy się z procedurą postępowania upadłościowego. Ustawa przewiduje jedno ogólne postępowanie upadłościowe, które ma zastosowanie do przeważającej liczby dłużników mających zdolność upadłościową. Poza tym istnieją postępowania upadłościowe o charakterze odrębnym, którym podlegają tylko pewni dłużnicy, to jest postępowanie po śmierci niewypłacalnego dłużnika, postępowanie wobec deweloperów, wobec banków i spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych, wobec banków hipotecznych, wobec instytucji kredytowych, firm inwestycyjnych, banków zagranicznych oraz banków krajowych prowadzących działalność za granicą, wobec zakładów ubezpieczeń i zakładów reasekuracji, wobec mających siedzibę w państwach członkowskich Unii Europejskiej lub państwach członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnych Handlu (EFTA) – stronach umowy o Europejskich Obszarze Gospodarczym zakładów ubezpieczeń i ich oddziałów oraz zakładów reasekuracji i ich oddziałów, wobec emitentów obligacji oraz wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej.

Zdolność upadłościowa jest ukształtowana podobnie do restrukturyzacyjnej. Przysługuje przedsiębiorcom w rozumieniu Kodeksu cywilnego, a także spółkom z ograniczoną odpowiedzialnością i akcyjnym nieprowadzącym działalności gospodarczej, wspólnikom osobowych spółek handlowych ponoszącym odpowiedzialność za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem i wspólnikom spółki partnerskiej. Natomiast spod upadłości są wyłączone Skarb Państwa, jednostki samorządu terytorialnego, publiczne samodzielne zakłady opieki zdrowotnej i dalsze podmioty wskazane w art. 6 pkt 1–6 pr. upadł., a także spółka cywilna. Przestanką upadłości jest niewypłacalność dłużnika. Jak widać, prawo upadłościowe nie dopuszcza ogłoszenia upadłości wobec dłużnika zagrożonego niewypłacalnością. W tym sensie zdolność upadłościowa nie pokrywa się ze zdolnością restrukturyzacyjną, która jest ukształtowana w szerszy sposób.

Postępowanie upadłościowe należy do właściwości sądu powszechnego. Jest nim sąd rejonowy – sąd gospodarczy, określany mianem sądu upadłościowego. Nie jest możliwe prowadzenia postępowania przez sąd polubowny. Organami postępowania upadłościowego są sędzia – komisarz i syndyk. Incydentalnie mogą pojawić się tymczasowy nadzorca sądowy i zarządca powoływani przez sąd upadłościowy przed rozstrzygnięciem wniosku o upadłość w wypadku potrzeby zabezpieczenia majątku dłużnika.

5. Przepisy karne związane z upadłością

Z upadłością wiąże się istnienie trzech przepisów, z których dwa znajdują się w Prawie upadłościowym (art. 522 ust. 1 i 2 oraz art. 523 ust. 1 i 2) i jeden w Kodeksie spółek handlowych (art. 586)¹¹. Pomimo, że przepisy są zlokalizowane w dwóch różnych aktach prawnych, to zawsze funkcjonują w ściśle określonym kontekście ustawowym, który ma za punkt odniesienia sprecyzowane ustawowo obowiązki dłużnika na tle następujących po sobie zdarzeń dotyczących upadłości, a w ujęciu proceduralnym także i etapów postępowania upadłościowego:

- w zakresie dotyczącym wniosku dłużnika o ogłoszenie upadłości wchodzi w rachubę dwa unormowania. Pierwsze to art. 586 k.s.h., który wprowadza odpowiedzialność za niezłożenie w ustawowym terminie wniosku o upadłość spółki handlowej. Natomiast drugie to art.

¹¹ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, Dz. U z 2000 r., Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.

522 ust. 1 pr. upadł., który penalizuje podanie we wniosku nieprawdziwych danych;

- na etapie postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości, gdy rozstrzygany jest los już złożonego wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego, pojawia się art. 522 ust. 2 pr. upadł. Przepis przewiduje odpowiedzialność za podanie sądowi nieprawdziwych informacji co do stanu majątku dłużnika;
- na etapie otwartego postępowania upadłościowego następuje ustalanie przez syndyka składników masy upadłości, z której w przyszłości będą zaspokajane roszczenia wierzycieli. W zakresie odpowiedzialności karnej mamy tu do czynienia z art. 523 pr. upadł., który wprowadza odpowiedzialność za niewydanie syndykowi całego majątku wchodzącego w skład masy upadłości, ksiąg rachunkowych i innych dokumentów związanych z tym majątkiem (ust. 1) oraz nieudzielenie organom postępowania upadłościowego ustawowo określonych informacji (ust. 2).

Art. 586 k.s.h. przewiduje odpowiedzialność karną za zaniechanie złożenia w ustawowym terminie wniosku o upadłość dłużnika o statusie prawnym spółki handlowej, to jest spółki jawnej, partnerskiej, komandytowej, komandytowo-akcyjnej, z ograniczoną odpowiedzialnością oraz akcyjnej. Związanie odpowiedzialności tylko ze spółkami handlowymi oznacza, że polski ustawodawca nie opowiedział się za penalizacją zaniechania w odniesieniu do wszystkich dłużników mających zdolność upadłościową. Przepis wprowadza typ przestępstwa indywidualnego. Zakres podmiotowy odpowiedzialności obejmuje członków zarządu i likwidatorów spółek. Jednoznaczna formuła art. 586 k.s.h. wyklucza, aby odpowiedzialność karną mógł ponosić pełnomocnik dłużnika, a w tym prokurent. Istnienie zarządu jest właściwe dla struktury organizacyjnej spółek kapitałowych (spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i akcyjnej). Natomiast likwidator spółki handlowej nie ma już statusu organu spółki. Jego pojawienie się w spółce jest związane z procesem związania gospodarczego i prawnego dłużnika, gdy spółka jeszcze funkcjonuje, a przez to zachodzi potrzeba zabezpieczenia wierzycieli. W orzecznictwie i piśmiennictwie zarysował się spór, czy przestępstwo ma charakter trwały. Sąd Najwyższy uznał, że tak jest. Stanowisko spotkało się z krytyką, jak się może wydawać słuszną. Czyn polegający na niezłożeniu w ustawowym terminie wniosku o postawienie dłużnika w stan upadłości ma charakter jednorazowego zaniechania¹², przy czym z punktu widzenia odpo-

¹² M. Kulik, glosa do wyroku SN z dnia 23 listopada 2016 r., sygn. III KK 225/16, Prokuratura i Prawo 2017, nr 7–8, s. 224 i nast.

wiedzialności karnej nie ma znaczenia, czy zaniechanie miało charakter definitywny, czyli wniosku w ogóle nie złożono, czy też tylko mamy do czynienia z przekroczeniem terminu ustawowego, czyli opóźnieniem w dopełnieniu czynności. W zakresie dotyczącym określenia terminu, w którym powstaje obowiązek złożenia wniosku o upadłość mają zastosowanie przepisy Prawa upadłościowego. Zgodnie z art. 21 ust. 1 termin wynosi trzydzieści dni od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości. Chodzi o chwilę, gdy dłużnik stał się niewypłacalny (art. 10 pr. upadł.). Dalsze szczegóły są wyjaśnione w art. 11 pr. upadł. Dłużnik jest niewypłacalny, jeżeli utracił zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych (ust. 1). Domniemywa się, że to nastąpiło, jeśli opóźnienie w wykonaniu przekracza trzy miesiące (ust. 1a). Dłużnik o statusie osoby prawnej albo jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, jest niewypłacalny także wtedy, gdy jego zobowiązania pieniężne przekraczają wartość jego majątku, a stan ten utrzymuje się przez okres przekraczający dwadzieścia cztery miesiące (ust. 2). Domniemywa się, że zobowiązania pieniężne dłużnika przekraczają wartość jego majątku, jeśli zgodnie z bilansem zobowiązania, z wyłączeniem rezerw na zobowiązania oraz zobowiązań wobec jednostek powiązanych, przekraczają wartość aktywów, a stan ten trwa dłużej niż dwadzieścia cztery miesiące. Sąd może oddalić wniosek o ogłoszenie upadłości, jeżeli nie ma zagrożenia utraty przez dłużnika zdolności do wykonywania wymagalnych zobowiązań pieniężnych w niedługim czasie (ust. 6). Przestępstwo stypizowane w art. 586 k.s.h. ma charakter formalny. Odpowiedzialność karna powstaje bez względu na ewentualne skutki zaniechania¹³. W kategorii skutków mieści się przede wszystkim pokrzywdzenie majątkowe wierzycieli. W szczególności chodzi o proces postępującego zmniejszenia wartości majątku dłużnika, który bezpośrednio przekłada się na wartość zaspokojenia uprawnionych, a ściślej prowadzi do redukcji tej wartości. Złożony w ustawowym terminie wniosek o upadłość z reguły jest czynnikiem stabilizującym sytuację na korzyść wierzycieli, w których żywotnym interesie leży możliwie szybkie uchwycenie przez syndyka ubywających składników majątkowych zobowiązanego. Warunkiem odpowiedzialności z art. 586 k.s.h. jest umyślność po stronie sprawcy. Zamiar może przybrać postać bezpośredniego lub ewentualnego. Dość interesująco problem winy przedstawia się w sytuacji, gdy obowiązek złożenia wniosku

¹³ I. Sepioło-Jankowska, Odpowiedzialność karna członków zarządu za zaniechanie złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, *Prokuratura i Prawo* 2017, nr 3, s. 29.

o upadłość spoczywa na kilku osobach, zaś te w ramach wewnętrznego porozumienia podzieliły się powinnościami w taki sposób, że tylko niektóre z nich zajmują się sprawami finansowymi. Za przykład służy tu wieloosobowy zarząd spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, gdy jego członkowie tak ukształtowali podział obowiązków, że tylko do tego wyznaczeni mają styczność z finansami dłużnika. Wówczas można zastanawiać się na ile skuteczna będzie obrona tego, który broni się twierdzeniem, że nie miał obowiązku, a niekiedy i możliwości, bieżącego monitorowania sytuacji gospodarczej spółki. Wydaje się, że w świetle jednoznacznych regulacji Prawa upadłościowego dotyczących obowiązku złożenia wniosku o upadłość, tego typu porozumienie między obowiązkanymi nie znosi winy po stronie tych, którzy mieli w zakresie powinności inne sprawy związane z działalnością dłużnika¹⁴. Ustawa nie pozwala na alienację obowiązku złożenia wniosku o upadłość od pełnionej funkcji na podstawie porozumienia, które ma charakter wewnętrzny, nie podlega ujawnieniu i całościowo nie może ingerować w powinności ustawowe, ani tym bardziej ich modyfikować. Przesłęstwo zaniechania złożenia w ustawowym terminie wniosku o upadłość jest zagrożone między innymi karą pozbawienia wolności do roku. To zaś oznacza, że mamy tutaj do czynienia z występkiem.

Art. 522 pr. upadł. przewiduje odpowiedzialność karną dłużnika za dezinformację organów postępowania upadłościowego poprzez: 1) podanie nieprawdy we wniosku o ogłoszenie upadłości (ust. 1) oraz 2) podanie nieprawdy w postępowaniu w przedmiocie rozpoznania wniosku (ust. 2). W obu wypadkach istota zachowania jest ta sama, zmienia się tylko etap, na którym następuje dezinformacja i sposób działania sprawcy. Sprawca podaje nieprawdę we wniosku o wszczęcie postępowania upadłościowego lub przekazuje doniosłą z punktu widzenia Prawa upadłościowego informację, która nie polega na prawdzie i wprowadza w błąd organ postępowania. Sposób przekazania jest prawnie obojętny. Może chodzić o złożenie dokumentu lub oświadczenia¹⁵. Przepis powinien być odczytywany łącznie z bazowymi regulacjami Prawa upadłościowego, w których są określone obligatoryjne składniki wniosku wymagane od dłużnika (art. 20 i nast.) i obowiązki związane z postępowaniem dotyczącym rozpoznania wniosku (art. 26 i nast.). Dłużnik, który popełnia omawiane przestęstwo wywołuje w sądzie upadłościowym mylne prze-

¹⁴ Z. Kukuła, *Odpowiedzialność karna w postępowaniu upadłościowym*, glosa do postanowienia SN z dnia 8 stycznia 2013 r., sygn. III KK 117/12, *Przeгляд Sądowy* 2014, nr 3, s. 123.

¹⁵ A. Pokora, A. Witosz (red.), *Prawo upadłościowe i naprawcze*, Warszawa 2010, s. 1003 i nast.

konanie na temat okoliczności decydujących o sposobie rozpoznania wniosku, a przez to mających wpływ na dalszy los prawny zobowiązanego i na szanse uzyskania przez wierzycieli spłaty długów. Przesłębstwo ma charakter indywidualny. Sprawcą może być sam dłużnik lub osoba uprawniona do reprezentowania dłużnika, który jest osobą prawną lub spółką handlową niemającą osobowości prawnej. Pojęcie reprezentanta dłużnika znajduje wyjaśnienie w art. 21 ust. 2 pr. upadł. Chodzi o każdego, kto na podstawie ustawy, umowy spółki lub statutu ma prawo do prowadzenia spraw dłużnika i do jego reprezentowania, samodzielnie lub łącznie z innymi osobami. W zakresie sfery sprawstwa czyn z art. 522 ust. 1 i 2 pr. up. zasadniczo może zostać popełniony w formie działania, które polega na wprowadzeniu w błąd organu postępowania upadłościowego poprzez podanie nieprawdziwych danych. Niekiedy, ale już wyjątkowo, w rachubę wchodzi również ewentualność zaniechania, które odnosi się do zatajenia danych. Ma to miejsce w wypadku, gdy zatajane dane stanowią element szerszej całości, w której powinny zostać uwzględnione. Przesłębstwo ma charakter formalny. Warunkiem powstania odpowiedzialności nie jest skutek działania sprawcy. Wystarczy sam akt dezinformacji, który znajduje wyraz w jakimkolwiek działaniu wskazanym w tym przepisie. Odpowiedzialność powstaje po spełnieniu przesłanki winy umyślnej, a w jej zakresie zamiaru bezpośredniego lub ewentualnego. Przesłębstwo zalicza się do kategorii występów, o czym przesądza ustawowe zagrożenie – czyn podlega karze pozbawienia wolności od trzech miesięcy do pięciu lat.

Art. 523 pr. upadł. penalizuje dwa zachowania, które godzą w prawidłowy tok postępowania upadłościowego, a w tym: 1) uchylanie się od wydania syndykowi całego majątku wchodzącego do masy upadłości, ksiąg rachunkowych lub innych dotyczących majątku (ust. 1) oraz 2) uchylanie się od udzielenia syndykowi lub sędziemu-komisarzowi informacji dotyczących majątku upadłego lub uchylanie się od udostępnienia syndykowi posiadanych przez siebie danych lub dokumentów pozwalających na wykonanie obowiązku, o którym mowa w art. 56 ust. 1 pkt 2 i ust. 7 oraz art. 70 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych oraz obowiązku, o którym mowa w art. 17 ust. 1 lub 2 i art. 19 ust. 3 rozporządzenia nr 596/2014 (ust. 2). Przepis wprowadza typ przestępstwa indywidualnego, z tak samo zakreślonym kręgiem sprawców, jak miało to miejsce w wypadku art. 522. Jednak dość istotną różnicą, którą warto odnotować jest zmiana siatki pojęciowej na dostosowaną do późniejszego etapu po-

stępowania upadłościowego. Nie ma już mowy o dłużniku i reprezentancie dłużnika, ale o upadłym i reprezentancie upadłego będącego osobą prawną lub spółką handlową niemającą osobowości prawnej. Upadłym jest dłużnik, wobec którego sąd upadłościowy ogłosił upadłość. Przepięstwo ma charakter formalny, chociaż w praktyce jego skutki przybierają postać szkody majątkowej po stronie wierzycieli. Chodzi o uniemożliwienie syndykowi ustalenia składników masy upadłości, z której mają być spłacane długi zobowiązanego. W tym znaczeniu szkodę wyraża rozbieżność między rzeczywistą wartością zaspokojenia uzyskanego przez uprawnionych a wartością, która była możliwa do osiągnięcia w wypadku, gdyby upadły spełnił wszystkie obowiązki, które nakłada na niego ustawa. Przepięstwo może zostać popełnione tylko umyślnie, w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym. Ponadto należy do kategorii występów. Czyn jest zagrożony karą pozbawienia wolności do trzech do pięciu lat.

6. Rola prokuratora w postępowaniu upadłościowym

Prokurator nie jest uczestnikiem postępowania upadłościowego ani nie przysługuje mu prawo złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości wobec jakiegokolwiek dłużnika. Pomimo to uprawnienia przyznane prokuratorowi w związku z upadłością są zdecydowanie szersze, aniżeli miało to miejsce w wypadku restrukturyzacji i sanacji. W szczególności chodzi tu o dwa różne uprawnienia. Prokurator może: 1) domagać się odwołania syndyka i 2) żądać orzeczenia zakazów prowadzenia działalności gospodarczej i pełnienia funkcji. To drugie uprawnienie ma dla roli prokuratora bardzo istotne znaczenie. Dzieje się tak, ponieważ art. 586 k.s.h. dotyczy spółek handlowych i likwidatorów spółek handlowych, co sprawia, że spoza zakresu odpowiedzialności karnej za zaniechanie zgłoszenia upadłości wykluczeni są pozostali dłużnicy i ich reprezentanci. Tę lukę uzupełnia przyznane prokuratorowi prawo do żądania orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej i pełnienia funkcji każdemu, na kim spoczywał obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości i kto tego obowiązku nie dopełnił. Zakaz jest stosowany bez względu na status prawny (formę prawną) dłużnika, oczywiście pod warunkiem, że dłużnikiem jest podmiot mający kwalifikacje upadłościowe.

Zgodnie z art. 170 ust. 1a pr. upadł. prokurator może złożyć wniosek o odwołanie syndyka, gdy ten: 1) dopuścił się rażącego uchybienia w obowiązkach, 2) nie poprawił się w wykonywaniu obowiązków mimo nałożonej na niego grzywny, 3) uchylił się od powinności złożenia do akt postę-

powania dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone w związku z pełnieniem funkcji lub oświadczenia o braku przeszkód dla pełnienia przez niego funkcji syndyka. Od razu widać, że uprawnienie prokuratora do złożenia wniosku o odwołanie syndyka jest zbliżone do tego, jakie przysługiwało mu wobec nadzorca sądowego i zarządcy w postępowaniu restrukturyzacyjnym i sanacyjnym. Niestety, analogia dotyczy też kwestii wątpliwych. Prokurator nie uczestniczy w postępowaniu upadłościowym, a na sądzie nie ciąży obowiązek informowania go o okolicznościach związanych z upadłością i syndykiem. Sąd upadłościowy musi tylko przesłać Ministrowi Sprawiedliwości odpis prawomocnego już postanowienia o odwołaniu syndyka (art. 170 ust. 6 pr. up.). W związku z tym powstaje pytanie, skąd prokurator ma wcześniej wiedzieć o okolicznościach obciążających syndyka, które uzasadniają złożenie wniosku o jego odwołanie. Pewne, ale tylko pośrednie, wskazówki są zawarte w prawie upadłościowym. Chodzi o dwa przepisy, mianowicie art. 26 ust. 1 (o fakcie złożenia wniosku o upadłość przedsiębiorstwa państwowego albo jednoosobowej spółki Skarbu Państwa sąd zawiadamia m.in. organ założycielski lub pełnomocnika rządu) i art. 53 ust. 2 (postanowienie o ogłoszeniu upadłości przedsiębiorstwa państwowego, jednoosobowej spółki Skarbu Państwa doręcza się m.in. organowi założycielskiemu lub pełnomocnikowi rządu). Z obu regulacji wynika potrzeba szczególnego zainteresowania i troski o wymienione tam kategorie dłużników i powinność informacyjna sądu wobec państwa. Natomiast bezpośrednim źródłem wiedzy może być informacja o przestępstwie, która trafia do prokuratora w formie zawiadomienia.

Zgodnie z art. 376 ust. 1 prokurator jest jednym z podmiotów uprawnionych do złożenia wniosku o wymierzenie zakazu prowadzenia działalności i pełnienia funkcji. Zakaz jest instytucją stosunkowo nową. Jego skromny pierwowzór został wprowadzony do Prawa upadłościowego w 1997 r. Od razu też wzbudził szereg pytań i wątpliwości. Zasadnicze dotyczyły możliwości stosowania sankcji o charakterze karnym w procedurze cywilnej, w której ramach brakuje adekwatnych gwarancji procesowych dla osoby odpowiedzialnej. Ostatecznie problem rozstrzygnął Trybunał Konstytucyjny uznając konstytucyjność zakazu¹⁶. W obecnym stanie prawnym sankcja została rozbudowana. Aktualnie Prawo upadłościowe przewiduje możliwość wymierzenia:

¹⁶ Wyrok TK z dnia 4 lipca 2020 r., sygn. P 12/01, OTK-A 2002, nr 4, poz. 50; S. Gurgul, *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne*, Warszawa 2016, s. 784.

- zakazu z art. 373 ust. 1 pr. up. W myśl tego przepisu sąd może orzec pozbawienie na okres od jednego do dziesięciu lat prawa prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek lub w ramach spółki cywilnej oraz pełnienia funkcji zarządcy sukcesyjnego, członka rady nadzorczej, członka komisji rewizyjnej, reprezentanta lub pełnomocnika osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą w zakresie tej działalności, spółki handlowej, przedsiębiorstwa państwowego, spółdzielni, fundacji lub stowarzyszenia wobec osoby, która ze swojej winy: pkt 1) będąc do tego zobowiązana z mocy ustawy, nie złożyła w ustawowym terminie wniosku o ogłoszenie upadłości, pkt 1a/ faktycznie zarządzając przedsiębiorstwem dłużnika, istotnie przyczyniła się do niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w ustawowym terminie, pkt 2) po ogłoszeniu upadłości nie wydała lub nie wskazała majątku, ksiąg rachunkowych, korespondencji lub innych dokumentów upadłego, a w tym danych w postaci elektronicznej, do których wydania lub wskazania była obowiązana z mocy ustawy, pkt 3) jako upadły po ogłoszeniu upadłości ukrywała, niszczyła lub obciążała majątek wchodzący w skład masy upadłości, pkt 4) jako upadły w toku postępowania upadłościowego nie wykonała innych obowiązków wynikających z ustawy lub orzeczenia sądu albo sędziego – komisarza, albo też w inny sposób utrudniała postępowanie. Przy orzekaniu zakazu należy brać pod uwagę stopień winy oraz skutki podejmowanych działań, w szczególności obniżenie wartości ekonomicznej przedsiębiorstwa upadłego i rozmiar pokrzywdzenia wierzycieli;
- zakazu z art. 373 ust. 3 pr. up. W myśl tego przepisu sąd może orzec pozbawienie na okres od jednego do dziesięciu lat prawa prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek lub w ramach spółki cywilnej oraz pełnienia funkcji zarządcy sukcesyjnego, członka rady nadzorczej, członka komisji rewizyjnej, reprezentanta lub pełnomocnika osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą w zakresie tej działalności, spółki handlowej, przedsiębiorstwa państwowego, spółdzielni, fundacji lub stowarzyszenia wobec osoby, której: 1) już co najmniej raz ogłoszono upadłość, z umorzeniem jej długów po zakończeniu postępowania upadłościowego, 2) ogłoszono upadłość nie dawniej niż pięć lat przed ponownym ogłoszeniem upadłości;
- zakazu z art. 374 ust. 1 pr. up., który przewiduje możliwość orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej określonego w art. 373 pr. up. wobec dłużnika będącego osobą fizyczną, także jeżeli niewypłacalność dłużnika jest następstwem jego celowego działania lub rażącego niedbalstwa;

- zakazu z art. 374 ust. 2 pr. up., który przewiduje możliwość orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej określonego w art. 373 pr. up. wobec osób uprawnionych do reprezentowania przedsiębiorcy będącego osobą prawną albo spółką handlową niemającą osobowości prawnej oraz osób faktycznie zarządzających przedsiębiorstwem dłużnika, jeżeli niewypłacalność przedsiębiorcy lub pogorszenie jego sytuacji finansowej jest następstwem celowego działania lub rażącego niedbalstwa tych osób.

Odpowiedzialność z art. 373 ma charakter zindywidualizowany i adekwatny do stopnia zawinienia¹⁷. Przy określaniu czasu, na jaki zakaz ma zostać wymierzony, bierze się pod uwagę stopień winy sprawcy i skutki naruszenia obowiązków określonych w ustawie¹⁸.

Nie orzeka się zakazu, o którym mowa w art. 373 w dwóch wypadkach. Po pierwsze, z przyczyn wskazanych w art. 373 ust. 1 pkt 1 lub 1a i art. 374 ust. 1, jeśli postępowanie w tej sprawie nie zostało wszczęte w terminie roku od dnia ogłoszenia upadłości lub oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 13 pr. upadł., a gdy wniosek o ogłoszenie upadłości nie był złożony, w terminie trzech lat od dnia ustania stanu niewypłacalności albo wygaśnięcia obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Po drugie, z przyczyn wskazanych w art. 373 ust. 1 pkt 2–4, jeżeli postępowanie w tej sprawie nie zostało wszczęte w terminie roku od dnia zakończenia lub umorzenia postępowania upadłościowego.

Podsumowanie

Przepisy, które wprowadzają odpowiedzialność karną związaną z restrukturyzacją, sanacją i upadłością znajdują się w Prawie restrukturyzacyjnym (art. 399 i 400), Prawie upadłościowym (art. 522 i 523) oraz Kodeksie spółek handlowych (art. 586). W największym uproszeniu można przyjąć, że sankcji karnej podlegają działania i zaniechania dłużnika, które są ukierunkowane na dezinformację organów postępowań restrukturyzacyjnego, sanacyjnego i upadłościowego oraz nieudostępnianie im dokumentacji dotyczącej majątku. W zakresie upadłości dodatkowo wchodzi w rachubę zaniechanie złożenia w ustawowym terminie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz uchylanie się od wydania syndykowi skład-

¹⁷ L. Guza, A. Witośz (red.), *Prawo upadłościowe i naprawcze*, s. 656 i nast.

¹⁸ Postanowienie SN – Izba Cywilna z dnia 24 września 2015 r., sygn. V CSK 689/14, OSP 2016, nr 4, s. 552.

ników majątkowych zobowiązanego. Procedury restrukturyzacyjna, sanacyjna i upadłościowa mają charakter cywilny, z zarezerwowanym tam miejscem dla prokuratora. Prokurator może żądać od sądu odwołania nadzorca sądowego i zarządcy (postępowanie restrukturyzacyjne i sanacyjne) oraz odwołania syndyka i wymierzenia dłużnikowi lub reprezentantowi dłużnika zakazu prowadzenia działalności i pełnienia funkcji (postępowanie upadłościowe). Przepisy karne Prawa restrukturyzacyjnego, Prawa upadłościowego i art. 586 k.s.h. mają charakter pozakodeksowy i jako takie stanowią część szerszej regulacji poświęconej przestępstwom w obrocie gospodarczym.

Criminal liability in restructuring, recovery and insolvency

Abstract

Criminal law deals with liability involved in restructuring, remedial and bankruptcy processes. The relevant provisions are off-Code ones that can be found in the Restructuring Law, Bankruptcy Law and Commercial Companies Code. This paper briefly presents restructuring, remedial and bankruptcy measures and key concepts. Issues relating to the criminal liability of persons, whose acts and/or omissions fulfil the criteria of offences in the context of restructuring, remedial and bankruptcy, are outlined. Moreover, the issue of prosecutors' powers and duties in restructuring, remedial and bankruptcy processes is touched upon with due consideration given to a penalty of business prohibition under civil law for a failure to file a bankruptcy petition.

GLOSY

Bartłomiej Gadecki

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 26 listopada 2018 r., sygn. II AKa 237/18

Streszczenie

Autor glosy nie zgadza się z poglądem wyrażonym w glosowanym orzeczeniu w zakresie, w jakim przyjęto że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z usiłowaniem nieudolnym popełnienia przestępstwa podżegania do zabójstwa oraz że w przypadku przestępstwa podżegania do popełnienia zabójstwa, podżegane osoby są „środkiem do popełnienia czynu zabronionego”. Należy podkreślić, że w sprawie będącej przedmiotem glosy, sprawca odpowiadał za usiłowanie nieudolne podżegania do zabójstwa (art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 18 § 2 k.k. i art. 148 § 2 pkt 3 k.k.), a nie usiłowanie nieudolne zabójstwa (art. 13 § 2 k.k. w zw. art. 148 § 2 pkt 3 k.k.), zatem podżegane osoby nie mogą stanowić środka do popełnienia przypisanego oskarżonemu czynu zabronionego polegającego na podżeganiu do zabójstwa. Należy również wskazać, że sprawca miał bardzo niewielkie szanse na wzbudzenie u podżeganych zamiaru popełnienia czynu zabronionego (ale jednak je miał) i nie można założyć, że dokonanie w ogóle nie było możliwe. Czyn w postaci podżegania do popełnienia przestępstwa pozostał w fazie usiłowania, ale udolnego (art. 13 § 1 k.k.).

Oskarżony zlecając innym ustalonym osobom dokonanie zabójstwa pokrzywdzonego, wypełnił znamię czynności sprawczej podżegania jako zjawiskowej formy wypełnienia przestępstwa określonej w art. 18 § 2 k.k. Pamiętać przy tym należy, że podżeganie ma charakter przestępstwa skutkowego, przybiera postać stadialną dokonania jedynie wówczas, gdy w psychice nakłanianego powstanie zamiar zrealizowania czynu zabronionego, postulowanego przez nakłaniającego. W przypadku jednak, gdy podjęte przez nakłaniającego działania są nieefektywne, nie dochodzi bowiem do wzbudzenia w nakłanianym zamiaru popełnienia przestępstwa, podżegacz ponosi odpowiedzialność za usiłowanie, gdyż jego czyn nie wszedł w stadium dokonania. W niniejszej sprawie dodatkowo mamy do czynienia z usiłowaniem nieudolnym. Usiłowanie nieudolne to takie, które *ex ante* było obiektywnie niezdolne do dokonania, czego jednak sprawca podejmując określone zachowanie naganne sobie nie uświadamiał. Zatem istota nieudolnego usiłowania polega na tym, że w odróżnieniu od usiłowania udolnego nie stwarza ono realnego zagrożenia dobra prawnego. W niniejszej sprawie, środkiem do popełnienia przypisanego oskarżonemu czynu zabronionego podżegania były dwie ustalone osoby, nakłaniane przez oskarżonego do popełnienia zbrodni zabójstwa. Charakter w jakim działały te osoby [przypp. MZ: byli to funkcjonariusze Policji działający pod przykryciem w ramach operacji specjalnej], z góry determinował niemożność popełnienia przez nich tego czynu. Należy zatem stwierdzić, że stanowili „środek” nienadający się do realizacji przyjętego przez oskarżonego zamiaru. W związku z powyższym, należy przyjąć, że w realiach niniejszej sprawy, usiłowanie, które podjął oskarżony miało charakter nieudolny w rozumieniu art. 13 § 2 k.k., bowiem nie uświadamiał sobie, że dokonanie zamierzonego celu nie jest możliwe ze względu na użycie środka nienadającego się do zrealizowania tego celu. Brak było zatem realnego, a nawet potencjalnego zagrożenia dla życia pokrzywdzonego¹.

Nie można zgodzić się z glosowanym orzeczeniem w zakresie w jakim przyjęto, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z usiłowaniem nieudolnym popełnienia przestępstwa podżegania do zabójstwa oraz, że w przypadku przestępstwa podżegania do popełnienia zabójstwa, podżegane osoby są „środkiem do popełnienia czynu zabronionego”.

¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 26 listopada 2018 r., sygn. II AKa 237/18, Krakowskie Zeszyty Sądowe 2019, nr 7–8, poz. 85, s. 61–62.

W niniejszej sprawie oskarżony został uznany za winnego tego, że: „w dniach 26 i 27 czerwca 2015 r. w C. i w S., działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, chcąc aby dwie inne ustalone osoby dokonały zabójstwa K. W., w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie, usiłował nakłonić je do tego, składając obietnicę udzielenia korzyści majątkowej w kwocie 10 000 Euro i przekazując na poczet tej kwoty pieniądze w kwocie 2000 złotych, przy czym zamierzonego celu w postaci nakłonienia tych osób do dokonania zabójstwa nie osiągnął, albowiem osiągnięcie tego celu nie było możliwe z uwagi na postawę nakłanianych, czego oskarżony nie uświadamiał sobie, a podżeganego czynu nie usiłowano dokonać, czym wyczerpał znamiona przestępstwa z art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 18 § 2 k.k. i art. 148 § 2 pkt 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k.”² Stan faktyczny tej sprawy nie jest skomplikowany: oskarżony próbował zlecić innym ustalonym osobom dokonanie zabójstwa pokrzywdzonego, przy czym osoby te były funkcjonariuszami Policji działającymi pod przykryciem w ramach operacji specjalnej i nie powstał u nich zamiar dokonania zabójstwa³.

Wobec tego, że poniższe rozważania będą dotyczyły art. 13 k.k.⁴ zasadne jest przytoczenie jego treści:

„§ 1. Odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania, które jednak nie następuje.

§ 2. Usiłowanie zachodzi także wtedy, gdy sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego lub ze względu na użycie środka nienadającego się do popełnienia czynu zabronionego”.

Jak można zauważyć, karalne usiłowanie nieudolne (art. 13 § 2 k.k.) zachodzi, gdy sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie jest niemożliwe ze względu na: 1) brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego lub 2) użycie środka nienadającego się do popełnienia czynu zabronionego, przy czym treść tego przepisu w zestawieniu z konkretnymi stanami faktycznymi może wywoływać wątpliwości, czy w sprawie mamy, czy też nie mamy do czynienia z usiłowaniem nieudolnym⁵.

² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 26 listopada 2018 r., sygn. II AKa 237/18, Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych.

³ Pomijam rozważania odnośnie do skutkowego charakteru podżegania, bowiem kwestia ta była już wielokrotnie omawiana w doktrynie i w orzecznictwie.

⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1950).

⁵ Zob. np. J. R a g l e w s k i, Usiłowanie nieudolne dokonania czynu zabronionego – analiza krytyczna, *Prokuratura i Prawo* 2003, nr 12, s. 39–45.

Najpierw należy odpowiedzieć na pytanie, czy sąd w glosowanym wyroku słusznie uznał, że „w niniejszej sprawie, środkiem do popełnienia przypisanego oskarżonemu czynu zabronionego podżegania były dwie ustalone osoby, nakłaniane przez oskarżonego do popełnienia zbrodni zabójstwa” oraz, że te podżegane osoby stanowią „środek” nienadający się do realizacji przyjętego przez oskarżonego zamiaru, co w konsekwencji doprowadziło sąd do uznania, że „usiłowanie, które podjął oskarżony miało charakter nieudolny w rozumieniu art. 13 § 2 k.k., bowiem nie uświadamiał sobie, że dokonanie zamierzonego celu nie jest możliwe ze względu na użycie środka nienadającego się do zrealizowania tego celu”.

Na różnice pomiędzy przedmiotem nadającym się do popełnienia na nim czynu zabronionego oraz środkiem nienadającym się do popełnienia czynu wskazywano niejednokrotnie w doktrynie, uznając m.in., że:

- przez „przedmiot” należy rozumieć twór materialny, także człowieka; sprawca „na nim” chce dokonać przestępstwa, w szczególności oddziaływać na dany przedmiot, przez którego zaatakowanie, skierowanie nań swej czynności wykonawczej („czasownikowej”), naruszyć ma przedmiot ochrony karnej⁶;
- pojęcie przedmiotu, na którym sprawca zamierza popełnić czyn zabroniony oznacza przedmiot czynności wykonawczej, czyli rzecz lub osobę, wobec której sprawca wykonuje czynność sprawczą określoną w typie rodzajowym przestępstwa⁷;
- przedmiot, na którym ma być popełniony czyn zabroniony to przedmiot czynności wykonawczej⁸;
- środkiem jest to, czym sprawca posługuje się przy swej czynności wykonawczej („czasownikowej”); może być to przedmiot materialny (np. trucizna, broń) lub twór niematerialny (np. słowo, gest)⁹;
- środkiem jest nie tylko przedmiot (narzędzie), ale też zachowanie się innej osoby, zachowanie się zwierząt, zjawiska przyrody itp., bowiem

⁶ S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 316.

⁷ K. Wiak, (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 143.

⁸ A. Zoll, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Kraków 2004, s. 253. Zob. także V. Konarska-Wrzesek, (w:) V. Konarska-Wrzesek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 110; I. Andrejew, (w:) I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 85–86.

⁹ S. Śliwiński, *Polskie, op. cit.*, s. 316.

sprawca może je wykorzystać lub chce wykorzystać do popełnienia przestępstwa¹⁰.

Należy podkreślić, że w sprawie będącej przedmiotem glosy sprawca odpowiadał za usiłowanie nieudolne podżegania do zabójstwa (art. 13 § 2 k.k. w zw. z art. 18 § 2 k.k. i art. 148 § 2 pkt 3 k.k.), a nie usiłowanie nieudolne zabójstwa (art. 13 § 2 k.k. w zw. art. 148 § 2 pkt 3 k.k.). O ile w niniejszej sprawie, w sensie potocznym, podżegane osoby, które miały dokonać zabójstwa były dla sprawcy środkiem do popełnienia zabójstwa, to jednak sprawca w niniejszej sprawie odpowiadał za usiłowanie podżegania do zabójstwa, a nie za zabójstwo. Słusznie wskazuje P. Kardas, że podżeganie stanowi w k.k. czyn zabroniony, ma więc samodzielnie określone znamiona, których wypełnienie przez nakłaniającego stanowi podstawę odpowiedzialności karnej¹¹. Skoro w glosowanym wyroku sprawcę uznano za winnego podżegania do zabójstwa, to podżegane osoby nie mogą stanowić środka do popełnienia przypisanego oskarżonemu czynu zabronionego polegającego na podżeganiu do zabójstwa. Środkiem do popełnienia przypisanego oskarżonemu czynu zabronionego podżegania do zabójstwa będzie np. słowo, które wypowiada sprawca, aby nakłonić inną osobę do popełnienia czynu zabronionego lub pieniądze, które daje osobie nakłanianej, aby wywołać u niej zamiar popełnienia przestępstwa. Zatem sąd uznając, że ma w sprawie do czynienia z usiłowaniem nieudolnym powinien przyjąć, że dokonanie zamierzonego celu nie jest możliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego (a nie ze względu na użycie środka nienadającego się do popełnienia czynu zabronionego).

Chcąc odpowiedzieć na pytanie, czy w sprawie będącej przedmiotem glosy mamy do czynienia z usiłowaniem nieudolnym (art. 13 § 2 k.k.), czy usiłowaniem zwykłym, udolnym (art. 13 § 1 k.k.) należy najpierw przytoczyć poglądy doktryny dotyczące istoty usiłowania udolnego, według których, np.:

- usiłowanie udolne ma miejsce, gdy sprawca podejmuje czynności, które z obiektywnego punktu widzenia mogą doprowadzić do popełnienia przestępstwa¹²;
- z udolnym usiłowaniem mamy do czynienia, gdy w warunkach w jakich sprawca podjął próbę realizacji znamion czynu zabronionego, dokonanie było obiektywnie możliwe, czyli prawdopodobne; obojętny jest przy

¹⁰ A. Wąsek, Z problematyki usiłowania nieudolnego, Państwo i Prawo 1985, nr 7–8, s. 82–83.

¹¹ P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), Kodeks, *op. cit.*, s. 341.

¹² G. Rejman, (w:) G. Rejman (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 1999, s. 570.

tym stopień prawdopodobieństwa, który niekiedy może się okazać bardzo niski, co nie pozbawia jednak usiłowania cechy udolności¹³.

Z kolei w doktrynie i orzecznictwie, odnośnie do usiłowania nieudolnego, wskazuje się m.in., że:

- podstawowym warunkiem przyjęcia usiłowania nieudolnego jest to, aby dokonanie w ogóle nie było możliwe¹⁴;
- istota usiłowania nieudolnego polega na tym, że to usiłowanie już „w punkcie startu” nie jest zdolne doprowadzić do dokonania czynu zabronionego¹⁵;
- usiłując nieudolnie sprawca swoim zachowaniem się w rzeczywistości wcale nie zmierza do dokonania przestępstwa, nie może nawet doprowadzić do dokonania, czego jednak sobie nie uświadamia¹⁶;
- nieudolne usiłowanie dokonania przestępstwa w rzeczywistości nie zagraża chronionemu przez prawo dobru, przeciwko któremu jest ono skierowane¹⁷;
- usiłowanie nieudolne to zachowanie, które nie ma żadnych szans powodzenia, gdy możliwość dokonania jest całkowicie wykluczona¹⁸.

Na różnicę pomiędzy usiłowaniem udolnym i nieudolnym trafnie wskazano w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 1976 r. (sygn. I KR 196/76) uznając, że: „Nie można mówić o usiłowaniu nieudolnym wówczas, gdy w momencie wszczęcia działania sprawcy dokonanie przestępstwa było obiektywnie możliwe (choćby nawet szanse realizacji zamiaru sprawcy były niewielkie), a dopiero później – w wyniku włączenia się niesprzyjających okoliczności – realizacja zamiaru sprawcy okazała się niemożliwa ze względu na brak przedmiotu nadającego się do dokonania przestępstwa lub ze względu na to, że okazało się, iż sprawca użył środka nienadającego się do wywołania zamierzonego skutku. W takim bowiem wypadku usiłowanie jest «udolne», a jedynie z przyczyn obiektywnych sprawcy nie udało się zrealizować swojego zamiaru”¹⁹.

Czy zatem fakt, że sprawca nakłaniał do popełnienia zbrodni zabójstwa osoby będące funkcjonariuszami Policji działającymi pod przykry-

¹³ J. Giezek, (w:) J. Giezek (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2007, s. 134.

¹⁴ A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2005, s. 147.

¹⁵ A. Wąsek, Kodeks karny. Komentarz. Tom I (art. 1–32), Gdańsk 1999, s. 198–199.

¹⁶ I. Andrejew, (w:) I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, Kodeks, *op. cit.*, s. 84.

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 1974 r., sygn. III KR 324/73, OSNKW 1974, nr 6, poz. 111, s. 17.

¹⁸ Z. Jędrzejewski, Bezprawie usiłowania nieudolnego, Warszawa 2000, s. 152.

¹⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 listopada 1976 r., sygn. I KR 196/76, OSNKW 1977, nr 6, poz. 61, s. 18.

ciem w ramach operacji specjalnej z góry determinował niemożność wywołania zamiaru popełnienia przez nich czynu, do którego byli podżegani, co skutkowało przyjęciem przez sąd konstrukcji usiłowania nieudolnego. Założenie, że funkcjonariusze Policji w ogóle nie popełniają przestępstw jest błędne. Funkcjonariusze Policji nie popełniają przestępstw tylko w świecie idealnym, natomiast w realnym świecie znane są przypadki, że funkcjonariusze Policji popełniają przestępstwa. To, że również funkcjonariusze Policji (ale także prokuratorzy, czy sędziowie) popełniają przestępstwa i to w czasie czynności służbowych jest faktem. Okoliczność, że w przypadku analizowanej sprawy, z uwagi na postawę osób nakłanianych, nie powstał u nich zamiar popełnienia przestępstwa nie oznacza, że dokonanie w ogóle nie było możliwe. Przyjęcie rozumowania sądu oznaczałoby, że w każdej sprawie, w której sprawca podżegając funkcjonariusza Policji (ale również sędziego, prokuratora itp.) do dokonania przestępstwa nie osiągnie skutku w postaci wywołania zamiaru popełnienia przestępstwa z uwagi na postawę nakłanianego, będzie trzeba przyjmować konstrukcję usiłowania nieudolnego. Bez znaczenia jest też okoliczność, że w niniejszej sprawie byli to funkcjonariusze Policji działający pod przykryciem w ramach operacji specjalnej, bowiem sprawcy wysuwają przestępcze propozycje również do osób, o których wiedzą, że są funkcjonariuszami Policji. W danym wypadku sprawca użył środka nadającego się do popełnienia czynu zabronionego (czyli środka mogącego wywołać w podżeganim zamiar popełnienia przestępstwa), tj. słów (obietnicy udzielenia korzyści majątkowej w kwocie 10 000 Euro) oraz pieniędzy (przekazując na poczet tej kwoty pieniądze w kwocie 2000 złotych). Nakłaniane osoby były osobami mogącymi dokonać czynu, do którego były podżegane. Przypomnieć należy pogląd J. Giezka, że przy usiłowaniu udolnym dokonanie jest obiektywnie możliwe, czyli prawdopodobne; obojętny jest przy tym stopień prawdopodobieństwa, który niekiedy może się okazać bardzo niski, co nie pozbawia jednak usiłowania cechy udolności²⁰. W sprawie będącej przedmiotem glosy sprawca miał bardzo niewielkie szanse na wzbudzenie u podżeganych zamiaru popełnienia czynu zabronionego (ale jednak je miał) i nie można założyć, że dokonanie w ogóle nie było możliwe. Dokonanie nie nastąpiło z uwagi na postawę osób nakłanianych, zatem czyn w postaci podżegania do popełnienia przestępstwa pozostał w fazie usiłowania, ale udolnego (art. 13 § 1 k.k.).

²⁰ J. Giezek, (w:) J. Giezek (red.), *Kodeks, op. cit.*, s. 134.

Commentary to the judgment issued by the Appellate Court in Katowice on 26 November 2018, ref. no. II AKa 237/18 (concerns a failed attempt)

Abstract

This commentary disapproves the view expressed in the judgment that the matter concerned involves a failed attempt to incite murder and that, in the case of an incitement to murder, persons, who are incited, are “a means of committing a prohibited act”. It should be noted that, in the matter upon which we comment, the perpetrator was held accountable for the failed attempt to incite murder (Penal Code, Art. 12, section 2 in relation with Art. 18, section 2 and Art. 148, section 2, item 2) and not for the failed attempt to murder (Penal Code, Art. 13, section 2 in relation with Art. 148, section 2, item 3), so persons, who were incited, could not be a means of committing the prohibited act of inciting murder, which act is ascribed to the defendant. It should also be noted that that the perpetrator had a very slim chance (but still a chance) of arising among persons he incited any intention to commit the prohibited act but we cannot assume that he had no chance at all. The act of inciting murder remained at its attempted stage with the attempt being unsuccessful (Penal Code, Art. 13, section 1).

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 publikacje naukowe 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>.

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”, udostępniłmy 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 17 cm, wysokość 24 cm), marginesy: górny 2 cm, boczne (lewy i prawy) 2,5 cm i dolny 1,5 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 (kilkudzaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania. 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 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.

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