



Prokuratura i Prawo

NR 9/wrzesień 2022



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa

RADA NAUKOWA

Przewodniczący – **Dariusz BARSKI**
Członkowie: Janina BŁACHUT, Władysław CZAPLIŃSKI, Romuald KMIECIK, Grzegorz OCIECZEK, Lech K. PAPRZYCKI, Emil PŁYWACZEWSKI, Wojciech RADECKI, Sławomir STEINBORN, Bogusław SYGIT, Andrzej ZYBERTOWICZ

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodniczący – **Marek SADOWSKI**
Członkowie: Beata HŁAWACZ, Jacek MOTAWSKI, Paweł OPITEK, Przemysław OSTOJSKI, Martyna PIESZCZEK, Tomasz SZAFRAŃSKI, Marek WOŹNIAK, Adam ZBIERANEK

REDAKCJA

Redaktor Naczelny – **Marek SADOWSKI**
Z-ca Redaktora Naczelnego – Adam ZBIERANEK
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@prokuratura.gov.pl

Projekt okładki

Studio Karandasz

Skład i korekta:

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

Druk i dystrybucja:

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

ISSN 1233-2577 nakład 800 egz.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

Spis treści
Table of contents

Artykuły/*Articles*

dr hab. Mariusz Muszyński, profesor na Wydziale Prawa i Administracji
Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, wiceprezes Trybunału
Konstytucyjnego

Działanie TSUE <i>ultra vires</i> a Trybunał Konstytucyjny RP	5
<i>Ultra vires acts of the CJEU versus the Constitutional Tribunal of the Republic of Poland</i>	36

dr Agnieszka Kania-Chramęga, adiunkt w Katedrze Prawa Karnego i Postępo-
wania Karnego, Instytut Nauk Prawnych Uniwersytetu Zielonogórskiego

Bezpieczeństwo obrotu gospodarczego w kontekście prawnokar- nej regulacji środka karnego zakazu prowadzenia określonej dzia- łalności gospodarczej (art. 41 § 2 k.k.)	37
<i>Safety of business transactions in the context of the criminal-law regulation of the punitive measure prohibiting any engagement in certain business activities (Penal Code, Article 41(2))</i>	68

dr Paulina Pawluczuk-Bućko, asystent Uniwersytetu w Białymstoku

„Taktyczna upadłość” – rozważania na tle art. 301 k.k.	69
<i>Strategic bankruptcy: considerations in the light of Article 301 of the Penal Code</i>	99

dr Paweł Opitek, prokurator z Wydziału Nadzoru nad Czynnościami Opera-
cyjno-Rozpoznawczymi w Prokuraturze Krajowej

Przeszukanie na odległość jako czynność procesowa (art. 236a k.p.k.)	100
<i>Remote Search as a Procedural Act (art. 236a CCP)</i>	128

dr Małgorzata Szeroczyńska, prokurator Prokuratury Rejonowej w Żyrardowie

Udział niepo czytelnego sprawcy w postępowaniu przygotowaw- czym	129
<i>Participation of an insane perpetrator in preliminary proceedings</i>	145

Materiały szkoleniowe/*Training material*

Aleksander Łosek, aplikant XII rocznika aplikacji prokuratorskiej w Krajowej
Szkole Sądownictwa i Prokuratury, absolwent UJ

Pranie pieniędzy za pośrednictwem gier komputerowych	146
<i>Money laundering by means of computer games</i>	173

¹ Dr hab. Mariusz Muszyński, profesor na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu
Kardynała Stefana Wyszyńskiego, wiceprezes Trybunału Konstytucyjnego.

Glosy/Commentaries

do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2020 r., sygn. IV KK 333/19 (dot. wykładni art. 302 § 1 k.k.) – oprac. dr Krystyna Patora	174
<i>to the Supreme Court Judgment of 19 November, 2020, ref. no. IV KK 333/19 (concerns interpretation of Article 302(1) of the Penal Code) – by Krystyna Patora, Ph.D.</i>	183

Z historii Prokuratury/*Prosecutor's office: historical overview*

Leon Władysław Supiński Minister Sprawiedliwości i Prokurator Naczelny	184
--	-----

Dzień Prokuratury/*Prosecution Day*

Adam Zbieranek, dyrektor Biura Prokuratury Krajowej	
Uroczyste obchody Dnia Prokuratury na Zamku Królewskim w Warszawie w dniu 11 lipca 2022 r.	194
<i>Celebration of the Day of the Public Prosecutor at the Royal Castle in Warsaw on 11 July 2022</i>	194

ARTYKUŁY

Mariusz Muszyński¹

Działanie TSUE *ultra vires* a Trybunał Konstytucyjny RP

Streszczenie

Działanie ultra vires jest problemem w każdym reżimie prawnym, gdzie organy mają kompetencje oparte o zasadę przyznania. Dotyczy to również Unii Europejskiej, której konstrukcja sama zawiera mechanizm kontroli unijnych organów w tym zakresie (art. 263 TFUE). Jest on jednak ograniczony do relacji traktaty unijne – prawo pochodne.

Bardziej skomplikowany problem wiąże się z oceną działań ultra vires organów unijnych, w szczególności TSUE, z perspektywy Konstytucji. Skoro UE ma kompetencje przyznane, a nie domniemane jak państwa członkowskie, to nie może wkraczać swoimi działaniami w każdą materię. Musi funkcjonować w oparciu o upoważnienie traktatowe. Przekroczenie tak określonych granic jest działaniem nielegalnym, naruszającym konstytucyjnie zbudowaną równowagę między oboma systemami prawa tworzącymi porządek prawny Rzeczypospolitej Polskiej.

Kompetencje do kontroli działania UE z tej perspektywy (w kontekście normatywnym) posiada w Polsce Trybunał Konstytucyjny. Jest to jego obowiązek. TK nie może odmówić takiej kontroli, bo utraciłby przypisaną mu w Konstytucji rangę strażnika jej nadrzędności i doprowadziłby do utraty suwerenności państwa. Kontrolę ultra vires wykonuje jednak w specyficznych warunkach, ograniczony otwartością Konstytucji na proces integracji oraz specyfiką i wagą swojego rozstrzygnięcia dla tego procesu.

¹ Dr hab. Mariusz Muszyński, profesor na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, wiceprezes Trybunału Konstytucyjnego.

Słowa kluczowe

Trybunał Sprawiedliwości UE, Trybunał Konstytucyjny, przyznanie kompetencji, przekazanie kompetencji, doktryna ultra vires, suwerenność, akt prawny, norma prawna, dialog trybunalski, zasada lojalności, Unia Europejska, orzeczenia, wykładnia prawa, hierarchia systemów, Konstytucja, traktaty unijne, Karta Praw Podstawowych.

1. Wprowadzenie

W prawie międzynarodowym nie ma prawnej definicji podmiotu prawa międzynarodowego. Istnieją natomiast definicje prawnicze, które różnią się jedynie detalami. Ich istotą jest zgodny przekaz, że podmiotowość ta oznacza zdolność do nabywania praw i zaciągania zobowiązań². Tak więc słuszne wydaje się stwierdzenie, że podmiotowość prawnomiędzynarodowa stanowi cechę normatywną, której skutkiem jest zdolność prawna i zdolność do czynności prawnych (osobowość prawna) w tym systemie prawa.

Od początku ukształtowania się nowożytnego prawa międzynarodowego jego podmiotami są państwa. Do złamania ich monopolu w tym zakresie doszło dopiero w 1945 r., kiedy w obszar podmiotowości wdarły się organizacje międzynarodowe³. Normatywne zatwierdzenie nowej sytuacji miało miejsce w 1969 r., kiedy to art. 3 przyjętej wówczas Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów obok państw wspomniał również o innych podmiotach prawa międzynarodowego, choć tych drugich nie skonkretyzował. To otworzyło możliwość dalszej ewolucji⁴.

² Por. O. Kimmich, Einführung in das Völkerrecht, München 1983, s. 121; K. Ibsen, Völkerrecht, Bochum – München 2004, s. 51; A. Verdross, B. Simma, Universelles Völkerrecht, Berlin 1976, s. 221; J. Gilas, Prawo międzynarodowe publiczne, Toruń 1977, s. 115; J. Białocerkiewicz, Prawo międzynarodowe publiczne, Olsztyn 2005, s. 107; M. N. Shaw, Prawo międzynarodowe, Warszawa 2006, s. 135.

³ Dlatego jeszcze w XIX w. i początkach XX w., podmiotowość była traktowana jako synonim państwowości. Stąd Lidze Narodów nigdy podmiotowości nie przyznano. Złamanie monopolu podmiotowości prawnomiędzynarodowej państw nastąpiło po 1945 r., wraz z powstaniem ONZ. Wówczas pojawiło się pytanie o jej podmiotowość, której przecież nie miała poprzedniczka, Liga Narodów. Sprawę tę rozstrzygnęła opinia doradczą MTS w sprawie wynagrodzenia szkód poniesionych w służbie ONZ. M. Muszyński, Państwo w prawie międzynarodowym. Istota, rodzaje i atrybuty. Wydanie 2 uzupełnione, Warszawa 2012, s. 190.

⁴ Nt. podmiotowości w prawie międzynarodowym zob. M. Muszyński, Siła, norma, idea. Prawo międzynarodowe w ujęciu historycznym. T. 3 Prawo międzynarodowe uniwersalne 1919–2019, Warszawa 2022, s. 717–736.

Między podmiotowością prawnomiędzynarodową państw a podmiotowością organizacji międzynarodowych istnieje jednak zasadnicza różnica konstrukcyjna. Otóż podmiotowość prawnomiędzynarodowa państw ma swoje umocowanie w ich suwerenności, skąd państwa wywodzą tzw. uprawnienia dyskrecjonalne. Inaczej mówiąc, suwerenność powoduje, że państwa posiadają kompetencję do określania własnych kompetencji (*competence de la competence*; *Kompetenz–Kompetenz*). Tym samym funkcjonują zgodnie z zasadą „co nie jest prawem zakazane, jest dozwolone”. Mogą więc działać we wszystkich obszarach relacji międzynarodowych, w tym również w polach, gdzie brakuje stosownych norm prawa międzynarodowego regulujących ich zachowanie. Co więcej, pomijając standardy kogentywne (cywilizacyjne), robią to w tym przypadku na samodzielnie określanych zasadach, a jedyną granicą jest dla nich suwerenność innego państwa.

Tego uprawnienia nie posiadają organizacje międzynarodowe. Ich podmiotowość prawna, a w konsekwencji zdolność do podejmowania konkretnych działań prawnych, jest uzależniona od woli ich twórców. W przypadku organizacji międzynarodowych utworzonych przez państwa, to te ostatnie określają w akcie utworzenia (statucie), czy organizacja taką podmiotowość prawnomiędzynarodową otrzyma, a jeśli tak, to w jakie kompetencje ją wyposażą (zakres zdolności do działań prawnych).

Konsekwencją tego jest powinność funkcjonowania organizacji międzynarodowej ściśle na zasadach określonych przez ich założycieli. Bez zmiany statutu przez państwa założycielskie, organizacja nie może sama sobie określać nowych celów i tworzyć uprawnień do ich realizacji. Co więcej, swoje kompetencje co do zasady powinna interpretować wąsko. Dlatego też podmiotowość państw w prawie międzynarodowym jest określana jako pierwotna, a podmiotowość organizacji międzynarodowych jako pochodna. Stąd też wszystkie państwa, w przeciwieństwie do organizacji międzynarodowych, są – niezależnie od swojego potencjału politycznego, gospodarczego, militarnego, demograficznego itp. – w swej podmiotowości równe. Podmiotowość organizacji międzynarodowych, przynajmniej jeśli chodzi o zakres posiadanych kompetencji, potrafi być jakościowo i ilościowo zróżnicowana.

2. Istota kompetencji UE i jej źródła

Zgodnie z art. 1 akapit 1 Traktatu o Unii Europejskiej (dalej: TUE) Unia jest ustanowiona przez państwa członkowskie i posiada kompetencje przyznane jej dla osiągnięcia ich wspólnych celów. Ten ostatni aspekt

doprecyzowuje art. 5 ust. 2 TUE, gdzie czytamy, że Unia działa wyłącznie w granicach przyznanych jej kompetencji.

Tak więc mimo braku precyzji w literalnej treści przepisów, specyfika posiadanych kompetencji wskazuje, że UE nie jest państwem, a ciągle jeszcze organizacją międzynarodową.

Kompetencje, jakie zostały traktatowo przyznane UE przez jej założycieli, mają dwójaki charakter. Pierwsza grupa to te, które UE wykonuje w zastępstwie państw członkowskich. Inaczej mówiąc, są to dawne kompetencje państw, w które UE została wyposażona, a państwa wycofały się z tych obszarów działania. Stanowią one grupę tzw. kompetencji przekazanych UE. Druga grupa to kompetencje własne UE, stworzone dla niej przez państwa w drodze traktatowej, mniej lub bardziej typowe dla każdej organizacji międzynarodowej, umożliwiające jej istnienie i działanie, ewentualnie określające niektóre elementy jej statusu, w tym także konkretne uprawnienia wobec państw członkowskich. Można je nazwać kompetencjami własnymi UE, czy kompetencjami przyznanymi *stricte*. Te kompetencje nigdy wcześniej do państwa nie należały, tzn. państwo nimi nie dysponowało⁵.

Jak wskazuje wspomniany wyżej art. 1 akapit 1 TUE, traktatowe przyznanie kompetencji ma charakter funkcjonalny, co uzasadnia ograniczenie suwerenności państw członkowskich poprzez stworzenie unijnego władztwa, a jednocześnie ujawnia zależność Unii od przyznania jej kompetencji i – w tym sensie – ciągle jeszcze formalną nadrzędność tych państw. Inaczej mówiąc, tego rodzaju kompetencje ujawniają wtórny – pochodny od władztwa państwowego – charakter władztwa unijnego. W tym kontekście oczywiste jest, że wszelkie kompetencje nieprzyznane UE należą do państw członkowskich, a art. 4 ust. 1 oraz art. 5 ust. 2 zdanie 2 TUE – które to literalnie potwierdzają⁶ – nie tworzą państwom tych kompetencji, ale mają jedynie deklaratoryjne znaczenie. Inaczej jest z przepisami tworzącymi władztwo unijne. Zapis traktatowy je konstytuuje.

To pokazuje również, że układ kompetencji UE jest skonstruowany zgodnie z kryterium traktatowym, a nie z krajowym prawem konstytucyjnym. Jednak wbrew tej konstrukcji, to krajowa konstytucja ciągle jeszcze stanowi jedyny punkt wyjścia – źródło dla traktatowych kompetencji UE. W Polsce kluczową prawną podstawą takiego przyznania jest art. 90 ust.

⁵ Powyższe pokazuje, że nie wolno mylić pojęć „kompetencje przyznane UE” oraz „kompetencje przekazane UE”. Pierwsze z nich jest pojęciem traktatowym, treściowo szerszym od drugiego. Drugie to pojęcie konstytucyjne (przynajmniej w Polsce), odnoszące do dawnych kompetencji organów władzy publicznej.

⁶ Oba przepisy zawierają zapis, „wszelkie kompetencje nieprzyznane Unii w Traktatach należą do Państw Członkowskich”.

1 Konstytucji, pozwalający na przekazanie niektórych kompetencji organów państwowych w niektórych sprawach. Jest więc to fundament pierwszej z grup kompetencji przyznanych (tj. kompetencji przekazanych). Z kolei druga grupa unijnych kompetencji, nazwanych przeze mnie kompetencjami własnymi, ewentualnie przyznanymi *stricte*, znajduje oparcie w konstytucyjnych uprawnieniach państwa do zawierania umów międzynarodowych jako instrumentu polityki zagranicznej (m.in. art. 133 ust. 1 pkt 1, art. 146 ust. 1), w tym możliwościach tworzenia organizacji międzynarodowej i wyposażania jej w drodze traktatowej w międzynarodowe kompetencje umożliwiające jej funkcjonowanie.

Istotę tak utworzonego władztwa unijnego trudno zdefiniować jednoznacznie. Przynajmniej w stosunku do kompetencji, w wykonywaniu których UE zastępuje państwa członkowskie. Część osób określa te kompetencje, jako traktatową delegację władztwa państwowego, inni postrzegają je w oparciu o instytucję powiernictwa, jeszcze inni jako unijne władztwo autonomiczne. Ważne jest niewątpliwie, że od traktatu z Lizbony, władztwo unijne ma jednoznacznie odwracalny charakter. Możliwe jest wycofanie kompetencji przekazanych UE poprzez wystąpienie z organizacji⁷.

Konstrukcyjnie proces przekazania kompetencji państwowych na poziom UE jest dwustopniowy. Jego pierwsza część obejmuje ustanowienie oryginalnego władztwa unijnego, którego treścią są kompetencje dotychczas znajdujące się w obszarze władztwa państwowego, a drugą samoopraniczenie dokładnie w tym zakresie, czyli decyzja władzy państwowej państwa członkowskiego o otwarciu swojego terytorium na akty działania UE i wycofanie się z państwowych działań w tych obszarach funkcjonowania. W dużej mierze chodzi tu o unijną działalność prawodawczą. Skutkiem wycofania się państwa z wykonywania władzy państwowej w niektórych obszarach jest funkcjonowanie na jego terytorium aktów pochodzących z dwóch różnych systemów prawnych (krajowy i unijny), z których żaden od tej pory nie jest już zupełnie autonomiczny. Ale w obszarach przekazanych we władztwo UE, organy państwa i inne podmioty działają z zasady bezpośrednio na podstawie prawa unijnego⁸. I to jest element nadający UE charakter ponadnarodowy.

⁷ Por.: M. Muszyński, Państwo w prawie międzynarodowym..., *op. cit.*, s. 172; M. Muszyński, Siła, norma, idea..., *op. cit.*, s. 597.

⁸ W praktyce określa to traktat statuujący taką organizację. W UE skutek bezpośredni posiadają rozporządzenia Rady i Parlamentu Europejskiego przyjmowane w obszarach kompetencji wyłącznych UE. Transpozycji podlegają dyrektywy, przyjmowane z reguły w obszarach kompetencji dzielonych, które w wyjątkowych sytuacjach też można stosować bezpośrednio.

Tego rodzaju działania władcze UE należy jednak odróżniać od unijnych aktów władczych z zakresu ustanowionych dla niej kompetencji własnych. Te stanowią pewną wiązkę klasycznych uprawnień o charakterze *stricte* prawnomiędzynarodowym. Skutkują wyłącznie w płaszczyźnie prawa międzynarodowego, czyli nie mają bezpośredniego skutku na terytorium państwa członkowskiego. Jeśli odnoszą się do państw, to podlegają wykonaniu przez nie, a państwowe organy działają wtedy na podstawie norm prawa krajowego, bo powinnością państwa jest (jedynie) osiągnięcie celu wynikającego z takiego zobowiązania międzynarodowego (koncepcja dualistyczna Trieppla odnośnie do relacji prawa międzynarodowego i prawa krajowego)⁹. Należy przy tym pamiętać, że z samego obowiązku wykonania materialnego zobowiązania nie można domniemywać kompetencji krajowych organów dla jego realizacji. W tym celu muszą istnieć odpowiednie krajowe normy kompetencyjne przypisane konkretnym organom. Jeśli w porządku krajowym ich nie ma, zobowiązania takiego nie da się zrealizować, przynajmniej do czasu ich ustanowienia i to w zgodzie z Konstytucją.

Do kategorii działań władczych UE, które wymagają podjęcia działań krajowych w oparciu o stosowne krajowe przepisy zaliczamy m.in. orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości UE wydawane na podstawie art. 258–259 Traktatu o funkcjonowaniu UE, których deklaratoryjny charakter potwierdza właśnie taką specyfikę ich krajowego wykonywania¹⁰. Zresztą wskazuje na to również sam TFUE bezpośrednio¹¹.

Ten dychotomiczny charakter unijnych kompetencji jest powszechnie niedostrzegalny, bo proceduralne wiązanie się traktatami unijnymi przez Polskę – które ma miejsce wg reguł konstytucyjnych – następuje zawsze wg najwyższego standardu wiązania, przewidzianego dla kompetencji przekazanych (odpaństwowych). W tym wypadku chodzi o tryb wyrażenia zgody na ratyfikację wynikający z art. 90 ust. 2 lub ust. 3 Konstytucji RP. O drugiej grupie kompetencji (stworzonych dla UE), zapomina się, bo ratyfikują się one wtedy niejako „przy okazji”. Widać byłoby to w sytuacji, gdyby przedmiotem ratyfikacji była zmiana traktatów unijnych, której treścią nie byłoby przekazanie kompetencji. Wtedy do związania się wystarczyłby tryb z art. 89 Konstytucji.

⁹ H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig 1899, s. 110 i n.

¹⁰ Zob. np. wyroki TSUE z dnia 28 czerwca 2022 r. w sprawie Komisja Europejska v. Królestwu Hiszpanii, C–278/20; 2 września 2021 r. w sprawie Komisja Europejska v. Królestwu Szwecji, C–22/20; 5 marca 2015 r. w sprawie Komisja Europejska v. Radzie Unii Europejskiej, C–502/13; 16 października 2012 r. w sprawie Węgry v. Republika Słowacka, C–364/10.

¹¹ Zob. w szczególności: art. 260 ust. 1, art. 280 i art. 299 TFUE.

3. Przekazanie kompetencji Unii Europejskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego RP

Kwestia kompetencji Unii Europejskiej była przedmiotem badania Trybunału Konstytucyjnego, który zajmował się nią w kontekście instytucji przekazania kompetencji państwowych, w oparciu o art. 90 Konstytucji.

Wypowiedź na ten temat znajdujemy w wyroku TK z dnia 11 maja 2005 r., sygn. K 18/04. Wynika z niego, że „Przekazanie kompetencji »w niektórych sprawach« rozumiane musi być zarówno jako zakaz przekazania ogółu kompetencji danego organu, przekazania kompetencji w całości spraw w danej dziedzinie, jak i jako zakaz przekazania kompetencji co do istoty spraw określających gestię danego organu władzy państwowej. Konieczne jest więc tak precyzyjne określenie dziedzin, jak i wskazanie zakresu kompetencji obejmowanych przekazaniem. Brak jest podstaw do założenia, zgodnie z którym dla dochowania tego wymogu wystarczyłoby zachowanie w kilku sprawach, choćby dla pozoru, kompetencji w gestii organów konstytucyjnych. [...] Działania, w wyniku których przeniesienie kompetencji podważałoby sens istnienia bądź funkcjonowania któregośkolwiek z organów Rzeczypospolitej, pozostawałyby nadto w wyraźnej kolizji z art. 8 ust. 1 Konstytucji”.

Jako granicę przekazania kompetencji, o którym mowa w art. 90 ust. 1 Konstytucji RP, Trybunał wskazał upoważnienia do stanowienia aktów prawnych lub podejmowania decyzji, które byłyby sprzeczne z Konstytucją. W szczególności wskazane w orzecznictwie unormowania nie mogą służyć do przekazania kompetencji w zakresie, który powodowałby, iż Rzeczpospolita Polska nie może funkcjonować jako państwo suwerenne i demokratyczne¹².

Zagadnienie to zostało rozwinięte w wyroku dotyczącym traktatu lizbońskiego (sygn. K 32/09), gdzie TK powtórzył swoje dotychczasowe ustalenia odnoszące się do charakteru art. 90 Konstytucji i zakresu przekazania kompetencji. Dodał jednak do swojego dotychczasowego stanowiska nowy element. Stwierdził, że kompetencje objęte zakazem przekazania, stanowią o tożsamości konstytucyjnej, a więc odzwierciedlają wartości, na których opiera się Konstytucja. Odwołując się do komentarzy do art. 90 Konstytucji, Trybunał uznał, że tożsamość konstytucyjna jest pojęciem wyznaczającym zakres wyłączenia spod kompetencji przekazania materii należących do „twardego jądra”, kardynalnych dla podstaw ustroju danego państwa, których przekazanie nie byłoby możliwe. Wśród materii

¹² Zob. wyrok TK z dnia 11 maja 2005 r., sygn. K 18/04, OTK ZU 2005, nr 5/A, poz. 49.

objętych całkowitym zakazem przekazania Trybunał wymienił postanowienia określające zasady naczelne Konstytucji oraz postanowienia dotyczące praw jednostki wyznaczające tożsamość państwa, w tym w szczególności wymóg zapewnienia ochrony godności człowieka i praw konstytucyjnych, zasadę państwowości, zasadę demokracji, zasadę państwa prawnego, zasadę sprawiedliwości społecznej, zasadę pomocniczości, a także wymóg zapewnienia lepszej realizacji wartości konstytucyjnych i zakaz przekazywania władzy ustrojodawczej oraz kompetencji do kreowania kompetencji. Podkreślił też, że gwarancją zachowania tożsamości konstytucyjnej Rzeczypospolitej pozostaje art. 90 Konstytucji i określone w nim granice przekazywania kompetencji. Przepis ten nie może być rozumiany w ten sposób, że wyczerpuje on swoje znaczenie po jednorazowym zastosowaniu. Należy go bowiem stosować w odniesieniu do zmian postanowień traktatowych stanowiących podstawę Unii Europejskiej, które następują w inny sposób niż w drodze umowy międzynarodowej, jeżeli zmiany te powodują przekazanie kompetencji na rzecz Unii Europejskiej¹³.

W wyroku tym Trybunał Konstytucyjny uznał również, że „Każdorazowa zmiana mechanizmu unijnego wymaga zatem sprawdzenia pozostającego z nim w korelacji systemu mechanizmów i gwarancji w prawie krajowym. Kontrola konstytucyjności zapewnia taką właśnie weryfikację, co potwierdza praktyka europejskich trybunałów i sądów konstytucyjnych”¹⁴.

Ostatnim z wyroków o tej tematyce było orzeczenie w sprawie o sygn. K 3/21¹⁵. Z działania TK w tej sprawie można wywnioskować, że ocena spełnienia wymogu przekazywania kompetencji zgodnie z art. 90 Konstytucji może obejmować zarówno moment wiązania się umową międzynarodową, jak i każde kolejne formalne zmiany traktatów¹⁶.

Ma to sens, bo z uwagi na dynamiczny i integracyjny charakter Unii Europejskiej, kontrola z perspektywy art. 90 Konstytucji dotyczy każdorazowej zmiany treści norm traktatowych, nawet wówczas, gdy zmiana ta nie ma charakteru formalnego, ale jest efektem prawotwórczych działań organów UE (tu: TSUE). Co więcej, w tym kontekście Trybunał Konstytucyjny jest uprawniony do oceny, czy organy UE ingerując w treść norm traktatowych spełniają wymogi wynikające z art. 2 (praworządność, czyli działanie zgodnie z przyznanymi kompetencjami) i art. 90 (działanie w granicach przekazania kompetencji). Jeśli wynik tego badania będzie

¹³ Zob. wyrok TK z dnia 24 listopada 2010 r., sygn. K 32/09, OTK ZU 2010, nr 9/A, poz. 108.

¹⁴ Zob. OTK ZU 2010, nr 9/A, poz. 108.

¹⁵ Wyrok opublikowany w Dz. U. z 2021 r., poz. 1852. Do momentu ukończenia artykułu nie było opublikowane uzasadnienie.

¹⁶ Co zresztą także wynikało z wcześniejszego orzecznictwa.

negatywny, stanowić będzie podstawę do uznania tworzonych w ten sposób norm/aktów za niekonstytucyjne.

Co ciekawe, ten wątek pozwala na odrzucenie pewnego stereotypu. Okazuje się, że definiowanie TK jako „sądu prawa” nie jest do końca trafne. Tak naprawdę Trybunał ocenia przecież nie tylko samą treść normy, ale także konstytucyjność sposobu jej ukształtowania się, jak i zgodność z zasadami konstytucyjnymi okoliczności, na podstawie których stała się ona częścią prawa obowiązującego w Polsce. W tym obszarze konieczne jest ustalenie, czy określone podmioty, które mają wpływ na powstanie norm o określonej treści, działają legalnie tj. na podstawie przyznaných im kompetencji i w ich ramach. Ocena odnosi się już zatem nie tyle do treści reguł zachowania zawartych w danych normach, ile do okoliczności związanych z kształtowaniem tych norm. W tym wypadku Trybunał Konstytucyjny musi wyjść poza ocenę relacji zgodności treści przedmiotu kontroli z przywołanymi wzorcami kontroli i odnieść się do działań (czynności) prowadzących do ukształtowania tej normy. Jest więc w pewnym kontekście także „sądem faktu”.

Purystom konstytucyjnym wyjaśniam już w tym miejscu, że teza ta nie jest żadną „herezją”. Przecież również w przypadku orzekania o zgodności z Konstytucją aktów normatywnych prawa krajowego, Trybunał Konstytucyjny stosuje czasem tego rodzaju kryterium kontroli. Dzieje się tak, kiedy TK analizując konstytucyjność trybu uchwalenia ustawy, chce ustalić, czy np. spełniony został wymóg zasięgnięcia opinii wymaganych prawem odnośnie do projektu ustawy, czy nie doszło do obejścia inicjatywy ustawodawczej, czy głosowanie nad ustawą przebiegało w sposób prawidłowy. Musi w takiej sytuacji zbadać – i bada – prawotwórcze fakty, w tym sekwencję czynności, która prowadzi do ukształtowania określonego aktu normatywnego i jego części¹⁷.

Stąd należy uznać, że takie uprawnienie *mutatis mutandis* przysługuje Trybunałowi Konstytucyjnemu w przypadku orzekania w sprawie zgodności z Konstytucją umów międzynarodowych. Może on, oceniając sposób kształtowania się normy prawa międzynarodowego i wprowadzania jej do krajowego porządku prawnego, zbadać legalność procesów temu

¹⁷ Zob. np. wyroki TK z dni: 24 marca 2004 r., sygn. K 37/03, OTK ZU 2004, nr 3/A, poz. 21; 28 listopada 2007 r., sygn. K 39/07, OTK ZU 2007, nr 10/A, poz. 129; 24 marca 2009 r., sygn. K 53/07, OTK ZU 2009, nr 3/A, poz. 27; 16 kwietnia 2009 r., sygn. P 11/08, OTK ZU 2009, nr 4/A, poz. 9; 18 kwietnia 2012 r., sygn. K 33/11, OTK ZU 2012, nr 4/A, poz. 40; 7 listopada 2013 r., sygn. K 31/12, OTK ZU 2013, nr 8/A, poz. 121; 5 października 2017 r., sygn. Kp 4/15, OTK ZU 2017, nr A, poz. 72; 14 listopada 2018 r., sygn. Kp 1/18, OTK ZU 2019, nr A, poz. 4; 14 lipca 2020 r., sygn. Kp 1/19, OTK ZU 2020, nr A, poz. 36.

służących z perspektywy zasad konstytucyjnych, zwłaszcza zasady praworządności i zasady konstytucjonalizmu. Tym samym badanie obejmuje również działania organów unijnych, a zwłaszcza TSUE, którego prawotwórcze orzecznictwo kształtuje treść traktatu i proces integracji. Ich kompetencje wobec Polski pochodzą bowiem wyłącznie ze zgody państwa wyrażonej w trybie Konstytucji RP¹⁸.

Działanie Trybunału Konstytucyjnego w tym zakresie ma więc mocny związek z doktryną *ultra vires* i z ewentualnym bezpodstawnym działaniem TSUE¹⁹.

4. Doktryna *ultra vires*

Doktryna *ultra vires* opiera się na uznaniu, że skoro Unia Europejska ma kompetencje przyznane, a nie domniemane jak państwa członkowskie (art. 4 ust. 1 TUE i art. 5 ust. 1 i 2 TUE), to nie może ona wkraczać swoimi działaniami w każdą materię. Musi procedować w oparciu o upoważnienie traktatowe i tworzyć akty odnoszące się treściowo wyłącznie do sfer jej władztwa. Dotyczy to obu kontekstów kompetencji przyznanych (przekazanych, jak i własnych UE). Przekroczenie tak określonych granic stanowi – z perspektywy traktatowej – naruszenie zasady przyznania. Jest więc, nie bójmy się tego słowa, działaniem nielegalnym, bo łamie umowne rozgraniczenie jurysdykcji między UE a państwem członkowskim, a tym samym godzi w państwową suwerenność.

Doktryna *ultra vires* dotycząca funkcjonowania UE rozwinęła się w ostatnich kilkunastu latach²⁰. Jest to wynik pojawiających się od dłuższego czasu po stronie państw członkowskich obaw, czy UE działa

¹⁸ Możliwość prowadzenia tego rodzaju aktywności trybunalskiej została zasygnalizowana w ustnych motywach orzeczenia K 3/21.

¹⁹ Zob. w literaturze na temat doktryny *ultra vires* i kontroli *ultra vires* w omawianej w niniejszym artykule perspektywy: zob. np. E. Venizelos, *Ultra vires* Review and the Shift of Legal Orders, (w:) *Contribution aux Mélanges offerts à Vassilios Skouris, Le droit européen, source de droits, source du droit*, Université Toulouse I–Capitole, 2021, Academia: s. 1–16; M. Wendel, *Paradoxes of Ultra-Vires Review: A Critical Review of the PSCPP Decision and Its Initial Reception*, *German Law Journal* 2020, nr 21, s. 979–994; G. Anagnostaras, *Activating Ultra vires Review: The German Federal Constitutional Court Decides Weiss*, *European Papers* 2021, e-Journal, s. 801–829; G. Anagnostaras, *Activation of the Ultra vires Review: The Slovak Pensions Judgment of the Czech Constitutional Court*, *German Law Journal* 2013, t. 14, No. 07, s. 959–973.

²⁰ Por. C. Mik, *Opinia prawna dotycząca orzeczenia Federalnego Trybunału Konstytucyjnego RFN w przedmiocie pierwszeństwa prawa UE*, *Zeszyty Prawnicze BAS* 2020, nr 3 (6), s. 125.

w granicach swoich kompetencji. Zaniepokojenie to jest spowodowane dość inwazyjnymi próbami zagarniania kolejnych obszarów władztwa przez unijne organy, w tym pojawiającymi się wobec TSUE zarzutami o próby tzw. orzeczniczej federalizacji²¹. Obawy te wyraża orzecznictwo trybunałów konstytucyjnych różnych państw²².

Z kolei, z perspektywy konstytucyjnej, przynajmniej jeśli chodzi o Konstytucję RP, działanie *ultra vires* stanowi naruszenie dwóch zasad. Po pierwsze, w przypadku działania w obszarze byłych kompetencji państwowych, dochodzi tu do naruszenia zasady przekazania (art. 90 Konstytucji RP). Po drugie, w przypadku kompetencji własnych UE, stworzonych traktatami, dochodzi do naruszenia zasady praworządności (art. 2 Konstytucji RP).

W doktrynie niemieckiej pojawiła się też ocena, że takie działanie UE stanowi również naruszenie zasady demokracji i suwerenności narodu (art. 20 akapit 2 zd. 1 Ustawy Zasadniczej RFN). Bazuje to na uznaniu – zresztą słusznie – że kompetencje UE powinny się opierać na istniejących podstawach prawnych, bo tylko wtedy są legitymizowane. Dlatego nawet ewentualne zatwierdzenie *ex post* działania organów UE bez podstawy prawnej przez Bundestag i Bundesrat (np. w postaci zmiany traktatowej) nie stanowi wystarczającej legitymacji w tym kontekście²³. Późniejsze poprawki do traktatu oznaczają wprowadzenie aprobaty państw członkowskich, ale nie mają znaczenia dla oceny legalności działania UE czy wydanego przez nią aktu w momencie jego przyjmowania, bo poprawki traktatowe nie mają mocy wstecznej²⁴.

Działanie UE o charakterze *ultra vires* może mieć trojaki kontekst:

- 1) po pierwsze, dotyczyć tworzenia prawa pochodnego (rozporządzeń, dyrektyw czy decyzji unijnych), które treściowo (materialnie) lub co do

²¹ Skoro nie jest możliwe pogłębianie integracji w drodze traktatowej, bo narody nie chcą oddawać władzy Unii, to TSUE próbuje dokonać federalizacji w drodze orzeczniczej. Taką też od lat formułuje się w naukach politologicznych, jak i prawnych. Zob. np. G. A. Zaphiriou, *Unification and Harmonization of Law Relating to Global and Regional Trading*, Northern Illinois University Law Review 1994, nr 2, s. 418; V. Bogdanor, *Forms of Autonomy and the Protection of Minorities*, Daedalus 1997, nr 2 (Spring), s. 66. C. D. Classen, M. Nettesheim, *Theoretische Grundlagen der Integration*, (w:) T. Oppermann, C. D. Classen, M. Nettesheim (red.), *Europarecht*, München 2021, s. 27–30.; J. A. Kämmerer, *Föderale Kompetenzkonflikte und Grundrechtsjudikatur in Europa*, (w:) W. v. Vitzthum (red.), *Europäischer Föderalismus. Supranationaler, subnationaler und multiethnischer Föderalismus in Europa*, Berlin 2000, s. 37 i n.

²² Zob. np. P. Craig, *The ECJ and ultra vires action: a conceptual analysis*, Common Market Law Review 2001, t. 48, s. 395.

²³ A. von Bogdandy, Ch. Grabenwarter, P. M. Huber, *Constitutional Adjudication in the European Legal Space*, MPIL Research Paper Series, Nr 2021–25, s. 11.

²⁴ Por. P. Craig, *op. cit.*, s.407.

- kompetencji organu (proceduralnie) wykracza poza zakres wyznaczony w przepisach traktatowych, na jakich się opiera;
- 2) po drugie, może wynikać z innych, nieprawotwórczych działań unijnych organów na podstawie prawa pierwotnego lub pochodnego;
 - 3) po trzecie, być skutkiem działań orzeczniczych Trybunału Sprawiedliwości UE.

5. Aktywność TSUE *ultra vires*

TSUE, który był pierwotnie powołany do ograniczania władczych zapędów innych organów UE i zapewnienia balansu między państwem a UE w celu realizacji zasady subsydiarności, stał się dziś główną siłą napędową procesu rozciągania kompetencji UE²⁵. W orzekaniu kieruje się celami traktatowymi (coraz ściślejsza integracja) i efektywnością ich osiągania, wzmacniając uprawnienia prawne i polityczne organów UE wobec państw członkowskich. Odbywa się to w drodze orzeczniczej m.in. poprzez wyroki w sprawie wykładni przepisów traktatowych, unijnych aktów prawnych oraz zasad ogólnych prawa unijnego, czy też w sprawie naruszenia traktatów przez państwo członkowskie, czy postanowień tymczasowych.

Tak naprawdę, swoim działaniem zaburza logikę systemu. Pamiętajmy, że TSUE nie jest sądem w rozumieniu Konstytucji RP, ani w aspekcie formalnym, ani materialnym. Jest organem organizacji międzynarodowej wyposażonym w konkretne kompetencje. Używa on w tym zakresie jako swojego instrumentu uchwał, jedynie nazwanych „wyrokami”, na podobieństwo orzeczeń sądów krajowych. W rzeczywistości od wyroków sądów krajowych, „wyroki TSUE” różni wiele kwestii – od kształtu i struktury, przez ich legitymizację, aż do tego, w czym imieniu są wydawane²⁶.

W przypadku wykładni przepisów prawa unijnego, działanie TSUE o charakterze *ultra vires* polega na przekroczeniu w swym wyroku granic interpretacyjnych, a w ten sposób wprowadzenia *de facto* poprawki do traktatu poprzez zmianę znaczenia przepisu bez formalnej korekty jego

²⁵ Por. wystąpienie M. Saffjana podczas konferencji, zorganizowanej w Warszawie przez Rzecznika Praw Obywatelskich, „Karta praw podstawowych i jej znaczenie dla polskiego systemu prawnego”, w maju 2019 r., <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/karta-praw-podstawowych-i-jej-znaczenie-dla-polskiego-systemu-prawnego> (15 listopada 2021 r.).

²⁶ Por. A. von Bogdandy, I. Venzke, Zur Herrschaft internationaler Gerichte: Eine Untersuchung internationaler öffentlicher Gewalt und ihrer demokratischen Rechtfertigung. Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 2010, t. 70, s. 1–49.

treści (aktywizm sędziowski)²⁷. Nie łagodzi tego również fakt, że powodem jest posługiwanie się wykładnią teleologiczną i dążenie do efektywności systemu jako najwyższej wartości²⁸. W wyrokach interpretacyjnych TSUE nie tylko uzewnętrznia logiczną treść prawa unijnego, ale też wydając je, sam jest związany w swym orzekaniu regułami myślenia prawniczego. Charakter *ultra vires* jest konsekwencją przekroczenia tego związania.

W przypadku orzeczeń z zakresu kontroli przestrzegania prawa UE, TSUE działa *ultra vires* kiedy – bazując na traktatowym obowiązku wykonania jego wyroku – próbuje wymusić na państwie konkretne zachowanie w obszarach działań należących do państwowych uprawnień suwerennych (poza obszarami podlegającymi kompetencjom UE). W ten sposób rozszerza swoje traktatowe kompetencje na nowe obszary.

Z kolei wydając postanowienia tymczasowe, TSUE działa *ultra vires*, kiedy nakaz konkretnego zachowania państwa dotyczy obszaru, który znajduje się poza zakresem kompetencji wyłącznych UE²⁹, albo przekracza istotę takiego postanowienia – np. jego treścią jest kara finansowa, która z mocy traktatu jest możliwa wyłącznie na podstawie wyroku TSUE (art. 260 TFUE) i w określonym zakresie³⁰.

TSUE jest na szczycie systemu kontroli prawa UE. Od jego orzeczeń nie ma odwołania, a co więcej – orzeczenia rozstrzygające (np. art. 258 TFUE i art. 259 TFUE) i postanowienia tymczasowe zyskują atrybut wykonalności, a orzeczenia prejudycjalne nadają treść normatywną przepisom prawa unijnego. Tym samym wszystkie wiążą państwa w płaszczyźnie międzynarodowej³¹. Dlatego kiedy jego działanie kształtuje normy (lub wywodzi z nich rozstrzygnięcie) w sposób jednoznacznie sprzeczny z porządkiem konstytucyjnym państwa polskiego, pojawia się poważny problem.

Unia Europejska stanowi wspólnotę prawa związaną zasadą przyznania. Przypisane TSUE zadanie polegające na zapewnianiu poszanowania prawa w wykładni i stosowaniu traktatów (art. 19 ust. 1 akapit 1 zda-

²⁷ Charakteru *ultra vires* nie może od strony formalnej łagodzić fakt, że orzeczenia te otrzymały następnie aprobatę państw członkowskich w postaci poprawki do traktatów. Ocenę czy działanie ma charakter *intra* lub *ultra vires* należy dokonać w odniesieniu do przepisów traktatowych obowiązujących w czasie, kiedy podejmowano dane działanie. P. Craig, *op. cit.*, s. 407.

²⁸ Por. P. Craig, *op. cit.*, s. 403.

²⁹ Zob. np. postanowienie tymczasowe w sprawie C-204/21.

³⁰ Zob. sprawa C-441/17, Komisja v. Polska, tzw. sprawa Puszczy Białowieskiej; sprawa C 121/21 Komisja v. Polska, sprawa elektrowni Turów, sprawa C 204/21, Komisja v. Polska, sprawa Izby Dyscyplinarnej SN.

³¹ Por. art. 280 TFUE w zw. z art. 299 TFUE.

nie 2 TUE) nie ogranicza jego roli jedynie do prostego czuwania nad przestrzeganiem postanowień traktatowych. Tak sformułowana kompetencja nie zabrania TSUE rozwijania prawa unijnego w drodze wiążącego metodycznie orzecznictwa, nawet jeśli następuje tam racjonalny przyrost kompetencji³². Temu uprawnieniu w szczególności nie stoi *in generalis* na przeszkodzie zasada przyznania ani struktura unijnego związku państw. W poszczególnych miejscach prawo pierwotne wyraźnie przewiduje wręcz, że organy unijne powinny działać na podstawie zasad ogólnych, które są wspólne porządkom prawnym państw członkowskich³³. W tym kontekście zadaniem TSUE jest zapewnienie legalności Unii Europejskiej w rozumieniu tradycji konstytucyjnych wspólnych państwom członkowskim. W takim przypadku rozwijanie prawa³⁴ – dokonywane w ramach wyznaczonych granic – jest dopuszczalne i może w ponadnarodowym związku wręcz przyczynić się do skonkretyzowania (dookreślenia) kompetencji³⁵. Jednak proces orzeczniczego rozwijania prawa przez TSUE musi uwzględniać trzy kwestie³⁶:

- 1) po pierwsze, zasadniczą odpowiedzialność państw członkowskich w odniesieniu do traktatów na tle uprawnień władzy unijnej;
- 2) po drugie, granice przedmiotowe i metodologiczne;
- 3) po trzecie, specyfikę unijnego władztwa opartego na zasadzie przyznania.

W pierwszym przypadku, niezależnie od specyfiki integracyjnej, chodzi o istniejącą nadal suwerenność państw i ich uprawnienia wynikające z decyzji o zawarciu traktatów unijnych. Oddaje to używane w UE specy-

³² Zob. wyrok Federalnego Sądu Konstytucyjnego Niemiec z dnia 6 lipca 2010 r. w sprawie 2 BvR 2661/06, pkt 62; por. P. Craig, *op. cit.*, s. 397. Zob. szerzej: M. A. Pollack, Creeping competence: The Expanding Agenda of the European Community, *Journal of Public Policy* 1994, t. 14, nr 2, s. 95–145.

³³ Zob. art. 6 ust. 3 TUE; art. 340 ust. 2 i ust. 3 TFUE.

³⁴ Rozwijanie prawa międzynarodowego w drodze orzecznictwa jest utrwaloną cechą działania trybunałów międzynarodowych, choć działanie to ma swoje logiczne i legalne granice. Por. H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford 1933, s. 68. H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court. Being A Revised Edition of „The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice”*, London 1934, s. 155–226.

³⁵ Potrzeba stworzenia ochrony praw podstawowych porównywalnej z ochroną gwarantowaną na poziomie ustawy zasadniczej była możliwa od lat 70. XX w. jedynie poprzez rozwijanie prawa za pomocą metody porównawczego studium prawa. Por. fundamentalny wyrok ETS z dnia 17 grudnia 1970, sygn. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, [1970], s. 1125 akapit 4, a także wyrok ETS z dnia 14 maja 1974, sygn. 4/73, *Nold/Kommission*, [1974], s. 491 akapit 13.

³⁶ Por. wyrok Federalnego Sądu Konstytucyjnego Niemiec z dnia 6 lipca 2010 r. w sprawie 2 BvR 2661/06, pkt 62 i 63.

ficzne określenie państw członkowskich jako „panów traktatów”. Oznacza bowiem, że to państwa a nie Unia są ciągle panem utworzonego w ten sposób stosunku prawnego. To one mogą go zmieniać co do istoty i to w drodze zmian traktatowych, a nie organy UE, w tym TSUE, w drodze wykładni prawotwórczej. To ostatnie jest niedopuszczalne szczególnie wtedy, gdy w ten sposób orzecznictwo zastępuje zasadnicze decyzje polityczne odnośnie do zmian traktatowych³⁷, w szczególności kiedy wynikiem tego są przesunięcia traktatowych kompetencji między państwami członkowskimi a UE, albo ingerencja w państwowy, konstytucyjny system ustrojowy prowadząca do przededefiniowania utrwalonego trójpodziału władzy³⁸.

Także z drugiej perspektywy rozwijanie prawa nie może cechować się swobodą polityczną, a więc polegać na tworzeniu prawa w sposób swobodny i arbitralny, z pominięciem zasad i przepisów prawa. Dokonując wykładni prawa unijnego, TSUE powinien kierować się wytycznymi zawartymi w aktach prawnych, czy w prawie międzynarodowym. Tam znajdują się podstawy i granice rozwijania prawa. Możliwość trybunalskiego rozwijania prawa pojawia się szczególnie wtedy, gdy należy uzupełniać programy, wypełniać luki, rozwiązywać sprzeczności, czy też uwzględniać szczególne okoliczności konkretnej sprawy. Rozwijanie prawa przekracza te granice, gdy prowadzi do orzecniczej zmiany jednoznacznych i łatwych do rozpoznania treści legislacyjnych, które są wprost wyrażone w treści przepisów (traktatowych lub prawa pochodnego), lub gdy tworzy w drodze orzecniczej nowe treści, niemające wystarczającego związku z założeniami, czy celami tekstu aktu prawnego³⁹.

Z kolei w trzecim kontekście chodzi o istotę zasady przyznania⁴⁰ jako granicę dla trybunalskiego rozwijania prawa. Unia Europejska, oparta przecież na współpracy, w wielu obszarach staje się konstrukcyjnie analogiczna do kompozycji państwowej, czy to w odniesieniu do zakresu kompetencji, czy struktury organizacyjnej oraz postępowania, ale ciągle

³⁷ Zgodnie z art. 48 TUE lub klauzulą ewolucyjną.

³⁸ Por. wyrok Federalnego Sądu Konstytucyjnego Niemiec z dnia 6 lipca 2010 r. w sprawie 2 BvR 2661/06, pkt 65. Zob. wyrok TK sygn. K 32/09, OTK ZU 2010, nr 9/A, poz. 108, gdzie w pkt 2.6. Trybunał pisze, że nie istnieją kompetencje bez wyraźnej podstawy prawnej i nie jest możliwe przekazanie kompetencji inaczej niż w drodze stosownej procedury konstytucyjnej (umowy międzynarodowej).

³⁹ Federalny Trybunał Konstytucyjny określa tę granicę poprzez uznanie, że będzie akceptował orzeczenia TSUE tak długo jak ten ostatni będzie stosował uznane zasady metodologiczne, a jego orzeczenie nie będzie obiektywnie arbitralne. Podkreślił, że mandat TSUE wynikający art. 19 ust. 1 zdanie drugie TUE oznacza prawo TSUE do pewnego marginesu błędu. Zob. wyrok 2 BvR 859/15, pkt 112.

⁴⁰ Art. 5 ust. 1 zdanie 1 i ust. 2 zdanie 1 TUE.

nie posiada cech państwa federalnego. Z drugiej strony państwa członkowskie przekazały Unii poszczególne (punktowe) uprawnienia suwerenne jedynie w ograniczony sposób (w niektórych sprawach). Ogólne upoważnienia oraz kompetencja samodzielnego nabywania przez UE dla siebie dalszych kompetencji w drodze prawotwórczej wykładni prawa przeczą zasadzie przyznania i podważają konstytucyjną odpowiedzialność państw członkowskich za integrację. Ma to miejsce w każdym przypadku działania UE poza jej traktatowymi kompetencjami, a nie tylko wtedy, gdy samowolne rozszerzanie kompetencji obejmuje obszary, które uznane są za element tożsamości konstytucyjnej państw członkowskich, czy te, które w szczególności zależą od wyniku procesu demokratycznego dyskursu toczącego się w państwach członkowskich, choć w tych ostatnich przypadkach przekroczenie kompetencji ma niewątpliwie szczególną wagę⁴¹.

W świetle powyższego, działanie TSUE (i każdego organu UE) poza granicami przyznania ma charakter arbitralny z perspektywy obiektywnej, a więc jest pozbawione legalności i legitymizacji uzyskanej przez UE w procesie konstytucyjnego przekazania lub tworzenia jej kompetencji. Ochrona suwerenności państwowej i demokracji wymaga poszanowania podziału kompetencji. Nawet traktatowy cel integracji nie może podważać traktatowej zasady przyznania.

6. Aktywność TSUE *ultra vires* a Karta Praw Podstawowych

Szczególnie wątpliwe z perspektywy *ultra vires* są działania TSUE, kiedy posługuje się on Kartą Praw Podstawowych. Dokonuje tu wielu prób nadania Karcie pozycji traktatowej w płaszczyźnie formalnoprawnej, co jest niezgodne z jej prawnym statusem⁴².

Na mocy traktatu z Lizbony Kartę uznano za posiadającą „taką samą moc prawną” jak traktaty (TUE i TFUE). Na dodatek Karta wiąże państwa członkowskie w zakresie, w jakim stosują one prawo UE. Jednak z drugiej strony Karta, jak i traktaty, często powtarzają normatywny komunikat, że Karta nie rozszerza kompetencji Unii określonych w traktatach. Relacja między tymi warunkami funkcjonowania Karty a jej przepisami materialnymi nie jest jednak jednoznaczna, a zatem to na TSUE spoczywa obowiązek ich

⁴¹ Por. wyrok Federalnego Sądu Konstytucyjnego Niemiec z dnia 6 lipca 2010 r. w sprawie 2 BvR 2661/06, pkt 64.

⁴² Nt. statusu Karty zob. M. Muszyński, Polska a Karta praw podstawowych po traktacie lizbońskim. Charakter prawny i granice związania, Przegląd Sejmowy 2009, nr 1, s. 55–79.

wykładni⁴³. Ale należy pamiętać, że działając na tym polu, TSUE może bardzo łatwo – przypadkiem lub świadomie – wywołać efekt *ultra vires*.

Klucz do oceny, czy w takim przypadku mamy do czynienia z działaniem *ultra vires* stanowi fraza traktatowa „zakres prawa UE”, co przecież określa granice kompetencji UE do stosowania Karty wobec państw członkowskich⁴⁴. Gdy państwa członkowskie nie działają w zakresie prawa unijnego (nie stosują prawa UE), to nie ma podstaw do stosowania Karty, a ewentualne wymuszanie spełniania jej standardów stanowiłoby działanie *ultra vires*. Nie uzasadnia tego nawet chęć wspierania odpowiedniej ochrony praw podstawowych. Sam charakter Karty nie uzasadnia traktowania UE jako „organizacji ochrony praw człowieka”, ani samego TSUE jako „drugiego Europejskiego Trybunału Praw Człowieka”⁴⁵. Potwierdza to już art. 6 ust. 1 zdanie 2 TUE, gdzie zapisano, że: „(p)ostanowienia Karty w żaden sposób nie rozszerzają kompetencji Unii określonych w Traktatach”. Podobne oświadczenie powtórzono również w art. 51 ust. 2 Karty. To jednoznacznie wymusza na TSUE, by w dokonywaniu wykładni i stosowaniu Karty, respektował zasadę przyznania⁴⁶.

Inaczej mówiąc, UE nie chroni praw podstawowych *in abstracto*. W ten sposób prawa podstawowe chroni Konstytucja. Unia Europejska chroni prawa podstawowe w zakresie kompetencji jej przyznanych. Każde wyjście poza te kompetencje, nawet w najbardziej szlachetnym celu, stanowić będzie uzurpację kompetencji, a więc działanie *ultra vires*.

⁴³ Art. 51. Zakres zastosowania. 1. Postanowienia niniejszej Karty mają zastosowanie do instytucji, organów i jednostek organizacyjnych Unii przy poszanowaniu zasady pomocniczości oraz do Państw Członkowskich wyłącznie w zakresie, w jakim stosują one prawo Unii. Szanują one zatem prawa, przestrzegają zasad i popierają ich stosowanie zgodnie ze swymi odpowiednimi uprawnieniami i w poszanowaniu granic kompetencji Unii powierzonych jej w Traktatach. 2. Niniejsza Karta nie rozszerza zakresu zastosowania prawa Unii poza kompetencje Unii, nie ustanawia nowych kompetencji ani zadań Unii, ani też nie zmienia kompetencji i zadań określonych w Traktatach.

⁴⁴ Art. 52. Zakres i wykładnia praw i zasad. 5. Postanowienia niniejszej Karty zawierające zasady mogą być wprowadzane w życie przez akty prawodawcze i wykonawcze przyjęte przez instytucje, organy i jednostki organizacyjne Unii oraz przez akty Państw Członkowskich, gdy wykonują one prawo Unii, korzystając ze swoich odpowiednich uprawnień. Można się na nie powoływać w sądzie jedynie w celu wykładni tych aktów i kontroli ich legalności.

⁴⁵ Por. Opinia Rzecznika Generalnego E. S h a r p s t o n z dnia 30 września 2010 r. w sprawie C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v. Office National de l'emploi (ONEM), pkt. 155.

⁴⁶ Zob. K. L e n a e r t s, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej a ochrona praw podstawowych, Europejski Przegląd Sądowy, styczeń 2013, s. 5; T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oksford 2006, s. 613.

Karta co prawda ma taki sam status prawny (w aspekcie materialnym) jak traktaty⁴⁷, ale nie jest samodzielna w oddziaływaniu. Na podstawie stanu faktycznego sprawy musimy być w stanie stwierdzić, że zastosowanie ma prawo UE, z którym powiązanie mają prawa wynikające z Karty. Co więcej, wykładnia tego prawa musi być połączona z rodzajem kompetencji przypisanych temu przepisowi przez traktaty. Dlatego należy rozróżnić sytuacje, kiedy obszar należy do kompetencji wyłącznych UE (art. 5 ust. 2 TUE) od innych. W przypadku kompetencji wyłącznych państwa, gdzie UE ogranicza się do podejmowania działań wspierających, koordynujących czy uzupełniających (art. 6 TFUE) nie jest możliwe przeniesienie standardów Karty na poziom traktatowy. To samo dotyczy również kompetencji dzielonych (art. 5 ust. 3 TUE) w sytuacji, jeśli kompetencja taka nie jest wykonywana przez UE. TSUE nie może w tym zakresie podjąć samodzielnie działania nakazującego konkretne zachowanie państwu na podstawie Karty, gdyż skutek federalizacyjny takiej zmiany byłby zbyt ogromny⁴⁸.

7. Wewnętrzna kontrola aktów unijnych wydanych *ultra vires*

Działanie *ultra vires* jest powszechnym problemem w każdym reżimie prawnym, w którym różne organy mają ograniczone uprawnienia oparte o zasadę przyznania. Określenie tych ograniczeń często jest sporne, szczególnie w systemie takim jak prawo UE, gdzie zakres przyznanych uprawnień jest szeroki, a sposób ich podziału ogólny i niejasny⁴⁹.

Dlatego traktaty unijne przyjęły własną procedurę, której zadaniem jest wewnętrzne kontrolowanie działania organów unijnych z perspektywy *ultra vires*. Ma to zapewnić praworządność, jak i zapobiec ewentualnemu przenoszeniu problemu na poziom relacji państwa – UE. Oczywiście to działanie *ultra vires* jest jakościowo różne od działania *ultra vires* w ujęciu konstytucyjnym. Chodzi w nim bowiem o naruszenia traktatów i to norma traktatowa staje się tu wzorcem kontroli, a prawo pochodne przedmiotem kontroli. Inaczej jest natomiast w postępowaniu z zakresu kontroli konstytucyjności, gdzie każda norma prawa unijnego (traktatowa, jak i prawa pochodnego) jest przedmiotem kontroli. Wspólny dla obu procedur jest jedynie impuls inicjujący – działanie organu UE poza zakresem kompetencyjnym.

⁴⁷ Zakres skuteczności por. M. Muszyński, *op. cit.*, s. 55–79.

⁴⁸ Por. Opinia Rzecznika Generalnego E. Sharpston, *op. cit.*, pkt. 162–165, 168–173.

⁴⁹ Por. P. Craig, *op. cit.*, s. 436–437.

Kompetencje wewnątrzunijnej kontroli *ultra vires* zostały powierzone TSUE⁵⁰. Aktywność tę znamy jako postępowanie w sprawie stwierdzenia nieważności aktu prawa UE (art. 263 TFUE)⁵¹. Procedura ta ma za zadanie wyeliminowanie aktów wydanych przez organy unijne w sposób nieprawidłowy. Pojęcie nieprawidłowości definiuje nam zawarty w przepisie katalog przesłanek, wśród których znajduje się kluczowy dla doktryny *ultra vires* brak kompetencji do wydania aktu⁵².

W tym postępowaniu możliwe jest wyeliminowanie z obrotu prawnego wydanych *ultra vires* aktów unijnych takich jak akty ustawodawcze; akty Rady, Komisji Europejskiej i Europejskiego Banku Centralnego inne niż zalecenia i opinie, akty Parlamentu Europejskiego i Rady Europejskiej, a także akty innych organów i jednostek organizacyjnych UE, zmierzające do wywarcia skutków prawnych wobec podmiotów trzecich.

Legitymację czynną w tej procedurze mają trzy grupy podmiotów. Pierwsza to tzw. podmioty uprzywilejowane. Mogą one zaskarżyć każdy akt. Należą do niej: państwa członkowskie, Parlament Europejski, Rada i Komisja. Druga grupa to podmioty na wpół uprzywilejowane. Są nimi: Trybunał Obrachunkowy, Europejski Bank Centralny i Komitet Regionów. Mogą one zaskarżyć każdy akt, który został wydany z naruszeniem ich prerogatyw. Wreszcie trzecia grupa to tzw. podmioty nieuprzywilejowane. Należą do niej osoby fizyczne i prawne. Mogą one zaskarżyć akt, którego są adresatem, ewentualnie są adresowane do innych osób, ale dotyczą ich bezpośrednio i indywidualnie (wpływają na ich sytuację prawną)⁵³.

Tak skonstruowana procedura odgrywa ważną rolę dla problemu działań UE *ultra vires*. Jednak jak widać, jest to procedura ograniczona przedmiotowo i podmiotowo, mimo że dotyczy szerokiego katalogu aktów prawa unijnego, bo – przede wszystkim – nie obejmuje aktywności samego TSUE⁵⁴. Tym samym – z perspektywy polskiej pozostawia ciągle pole do działania dla Trybunału Konstytucyjnego.

⁵⁰ Kompetencje zostały podzielone między Sąd a Trybunał Sprawiedliwości, w zależności od podmiotu wnoszącego skargę.

⁵¹ Uzupełniając zob. art. 277 TFUE – incydentalne postanowienie w sprawie kontroli legalności aktu unijnego.

⁵² Inne przesłanki to naruszenie procedury, naruszenie traktatów lub nadużycie władzy.

⁵³ Por. M. Muszyński, D. Harasimiuk, M. Kozak, Unia Europejska: Instytucje, polityki, prawo, Warszawa 2012, s. 236–237.

⁵⁴ TSUE uznaje możliwość wystąpienia o interpretację własnego orzeczenia, ale nie dopuszcza wystąpienia o unieważnienie własnego orzeczenia. Por. np. M. Górka, Kontrola przestrzegania prawa wspólnotowego przez państwa i podmioty prywatne w Unii Europejskiej, Toruń 1999, s. 105.

Odrębnym problemem w tym kontekście jest odpowiedź na pytanie, czy możliwe jest skontrolowanie przez państwo członkowskie aktu unijnego w perspektywie konstytucyjnej, zamiast wykorzystania procedury traktatowej lub w wypadku niepowodzenia w tej procedurze?

8. Celowość i sens kontroli działań TSUE *ultra vires* przez Trybunał Konstytucyjny RP

Oczywiście odpowiedź samego TSUE na tak postawione pytanie jest przecząca. Potwierdza to m.in. treść wydanego w dniu 8 maja 2020 r. komunikatu prasowego Dyrekcji ds. Komunikacji TSUE stwierdzającego, że krajowa kontrola unijnych działań z perspektywy *ultra vires* jest generalnie niezgodna z prawem UE⁵⁵.

Jednak już z polskiej perspektywy konstytucyjnej sytuacja wygląda wręcz odwrotnie i odpowiedź na tak postawione pytanie może być tylko twierdząca. Po prostu dla kontroli *ultra vires* nie ma w tym przypadku konstytucyjnych granic. Istotą praworządnego działania jest, by każdy organ, niezależnie czy krajowy czy unijny, działał tylko na podstawie i w granicach prawa. Naruszenie tego legalizmu tj. działanie bez podstawy prawnej lub z przekroczeniem kompetencji – to działanie *ultra vires*. Jeśli takie działanie dotyczy działalności prawotwórczej lub treści jej wytworów, w Polsce do ich kontroli kompetentny jest przede wszystkim TK.

⁵⁵ Komunikat prasowy nr 58/20 wydany w związku z wyrokiem niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 5 maja 2020 r. Czytamy tam: "Dyrekcja ds. Komunikacji Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej otrzymała wiele zapytań nawiązujących do wyroku niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 5 maja 2020 r. dotyczącego programu PSPP Europejskiego Banku Centralnego. Służby instytucji nigdy nie ustosunkowują się do wyroków wydawanych przez sądy krajowe. Należy ogólnie przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości wyrok wydany przez ów Trybunał w postępowaniu w przedmiocie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wiąże sąd krajowy przy rozstrzyganiu zawisłego przed nim sporu. W celu zapewnienia jednolitego stosowania prawa Unii, jedynie Trybunał Sprawiedliwości, powołany w tym celu przez państwa członkowskie, jest właściwy, by stwierdzić niezgodność aktu instytucji Unii z prawem Unii. Rozbieżność opinii co do ważności owych aktów pomiędzy sądami państw członkowskich mogłaby bowiem podważyć jedność unijnego porządku prawnego, z uszczerbkiem dla pewności prawa. Podobnie jak wszystkie organy państw członkowskich, sądy krajowe są zobowiązane do zapewnienia pełnej skuteczności postanowień prawa Unii. Jedynie w ten sposób może zostać zagwarantowana równość państw członkowskich w ramach utworzonej przez nie Unii. Trybunał Sprawiedliwości nie wyda innych komunikatów w tym przedmiocie". Zob. też: A. Wyrozumska, Wyrok FTK z dnia 5 maja 2020 r. w świetle podobnych orzeczeń sądów innych państw członkowskich Unii Europejskiej, *Państwo i Prawo* 2020, t. 9, s. 62.

Zatem w kompetencjach TK mieści się kontrola *ultra vires* dotycząca sfery źródeł prawa, norm prawnych itp. I z perspektywy integracji i realizacji zasady konstytucjonalizmu dotyczy to także norm prawa UE.

Należy przecież pamiętać, że w przeciwieństwie do TSUE, punktem odniesienia dla TK jest zawsze Konstytucja RP, a nie norma traktatowa. I to TK a nie TSUE orzeka o konstytucyjnych granicach przekazania, jak i o konstytucyjnych granicach wyposażania organizacji międzynarodowej w kompetencje własne, czyli o wykonywaniu przez państwo własnej suwerenności poprzez zawieranie umów międzynarodowych. To zadaniem TK jest ochrona i przywracanie porządku konstytucyjnego⁵⁶. Obejmuje to ochronę systemu prawnego także przed działaniem organów UE *ultra vires*, w tym również TSUE, choć trzeba zaznaczyć, że odnosi się jedynie do tych działań *ultra vires*, które powodują, że powstaje w Polsce stan normatywny sprzeczny z Konstytucją.

Równowaga między kompetencjami UE a autonomią państw członkowskich jest w rzeczywistości wynikiem traktatowo zbudowanej interakcji, której nie powinny naruszać ani unijne prawo pochodne, ani tym bardziej aktywność organów UE. W tym ostatnim przypadku w szczególności chodzi o prawotwórcze orzecznictwo TSUE. Rozwijanie prawa UE przy pomocy wykładni celowościowo-dynamicznej zorientowanej na *effet utile*, dzięki której TSUE uzyskał sławę jako „motor integracji”, może łatwo zburzyć formalną symbiozę systemów i kompetencyjną równowagę, a demokracja i legalizm zamieni się w „rządy sędziów”. Dlatego taka działalność powinna być stosowana powściągliwie, z uwzględnieniem podstawowych ram konstrukcji integracyjnej, czyli zasady przyznania i podziału kompetencji. TSUE powinien się kontrolować i trzymać sztywno granic swej aktywności związanej z orzekaniem oraz wykładnią i rozwijaniem prawa.

Pożądane byłoby także bardziej metodologiczne podejście, zamiast szeroko praktykowanego działania pragmatycznego i zorientowanego na wyniki, bo odbywa się to nie zawsze w zgodzie z traktatami. Pokazuje to seria wyroków w sprawach polskich wydanych w latach 2018–2021⁵⁷. I nie jest w tym wypadku ważne, czy jest to skutek braków traktatowych,

⁵⁶ Przywracanie porządku konstytucyjnego jest tu pewnym skrótem myślowym. TK nie przywróci samodzielnie ładu w systemie unijnym, szczególnie gdy konflikty o kształt norm mają charakter polityczny. Może się tylko wypowiadać o normach z perspektywy systemu źródeł prawa. Ale ponieważ wszystkie organy powinny działać na podstawie i w granicach prawa, to dbanie o ten ład normatywny przez TK jest kluczowe w relacjach z UE.

⁵⁷ Zob. np. wyrok w sprawie Izby Dyscyplinarnej SN, sprawa C 204/21, Komisja v. Polska; wyrok prejudycjalny sprawach połączonych C–585/18, C–624/18 i C–625/18; wyrok prejudycjalny w sprawie C–824/18; wyrok prejudycjalny w sprawach połączonych C–562/21 PPU i C–563/21 PPU.

ewolucji procesu integracji, czy politycznych pobudek sędziów TSUE. Takie działanie TSUE jednoznacznie narusza Konstytucję RP. A w takiej sytuacji, Trybunał Konstytucyjny nie może udawać, że nic się nie dzieje i pozostawiać norm konstytucyjnych bez rzeczywistego skutku jako formalnie obowiązujących, a faktycznie niestosowanych. W Polsce to Konstytucja jest najwyższym prawem Rzeczypospolitej, a na dodatek jest stosowana bezpośrednio, jeśli jej konkretny przepis dla swego stosowania nie wymaga przyjęcia ustawy. Dlatego organom państwa nie wolno stosować prawa unijnego, nawet zdefiniowanego orzeczeniem TSUE, jeśli jest ono sprzeczne z Konstytucją RP⁵⁸. To działanie prowadziłoby do utraty suwerenności państwa, tak w wymiarze politycznym, jak i prawnym, a pozwalając na to Trybunał Konstytucyjny utraciłby przypisaną mu w Konstytucji rangę strażnika nadrzędności Konstytucji, a więc przestałby być obrońcą prawnej suwerenności państwa, którą ta nadrzędność odzwierciedla, i której jest pochodną. To doprowadziłoby do stopniowego wydrążenia państwa z kompetencji wbrew Konstytucji. Z zasady nadrzędności Konstytucji wynika obowiązek organów państwa, a więc i TK, do takiego kształtowania procesu integracji (i udziału w nim), który gwarantuje trwałość traktatowej zasady przyznania.

Monitoring TK jest wskazany szczególnie właśnie w zakresie aktywności TSUE, ponieważ legitymacja demokratyczna tego organu jest mała, co potwierdza sposób jego kształtowania (procedura powołania i reelekcji sędziów), a posiadane władztwo w systemie unijnym i oddziaływanie na państwa członkowskie jest bardzo duże. TK powinien więc wychodzić z zasady, że konieczność kontroli jest tym większa, im mniejsza jest legitymacja demokratyczna organu wydającego akt, i odwrotnie. Dodatkowo w przypadku działań TSUE, TK powinien prowadzić intensywną kontrolę do momentu, w którym TSUE nie zacznie w swym orzecznictwie dotyczącym Polski uwzględniać wartości Konstytucji RP uzewnętrznianych w wyrokach Trybunału Konstytucyjnego, dając tym wyraz poszanowania dla indywidualnej, konstytucyjnej perspektywy i chęci łagodzenia *ex ante* potencjalnych konfliktów systemowych. Tylko to ograniczyłoby podnoszenie zarzutów działania TSUE *ultra vires*, a w konsekwencji potencjalne uruchamianie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym i derogowanie norm unijnych czy (pośrednio) orzeczeń TSUE.

⁵⁸ Aby uznać je za sprzeczne z Konstytucją, musi być wyrok TK. Z założenia istnieje domniemanie legalności/konstytucyjności aktów obowiązujących na terytorium RP. I na tym polega rola TK, że musi on mieć kompetencje do badania konstytucyjności takich aktów i orzekania o ich zgodności z Konstytucją. Ocena może dotyczyć kompetencji do wydania aktu (zarówno istnienia kompetencji, jak i jej przekroczenia), trybu ustanowienia aktu, treści aktu.

9. Działanie UE *ultra vires* w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego

Tego rodzaju spojrzenie na celowość i sens kontroli działania UE *ultra vires* nie jest obce – przynajmniej częściowo i w ujęciu ogólnym – dotychczasowemu orzecznictwu Trybunału Konstytucyjnego.

Z jego analizy widać, że Trybunał oparł konstrukcję *ultra vires* na naruszeniu przez UE zasady lojalności. Zastrzegł, że państwa członkowskie zachowują prawo do oceny, czy prawodawcze organy wspólnotowe (unijne), wydając określony akt (przepis prawa), działały w ramach kompetencji przekazanych i czy wykonywały swe uprawnienia zgodnie z zasadami subsydiarności i proporcjonalności. Przekroczenie tych ram powoduje, że wydane poza nimi akty (przepisy) nie są objęte zasadą pierwszeństwa prawa wspólnotowego⁵⁹.

W późniejszym okresie TK zwracał uwagę na to, że z punktu widzenia podstawowych zasad Unii, interpretacja postanowień traktatowych zmierzająca do przekreślenia suwerenności państwowej czy zagrożenia tożsamości narodowej, do pozatraktatowego przejmowania suwerenności w zakresie kompetencji nieprzekazanych, byłaby sprzeczna z traktatem z Lizbony. Zwracał uwagę, że traktat ten wyraźnie potwierdza doniosłość zasady zachowania suwerenności w procesie integracji europejskiej, co jest w pełni zbieżne z wyznacznikami kultury integracji europejskiej sformułowanymi w Konstytucji. Oczywiście Trybunał nie zaprzeczył, że istotnym wyznacznikiem kultury integracji europejskiej pozostaje wzajemna lojalność Państw Członkowskich i Unii, którą one tworzą. Integracja europejska potwierdza swoją wartość, zapewniając równowagę między nieodzowną we współczesnym świecie modernizacją a zachowaniem tradycji narodowych opartych na ponadnarodowej wspólnocie kultury. Nakazał jednak zwracać szczególną uwagę na zestawienie takich kategorii jak suwerenność – tożsamość narodowa i tożsamość konstytucyjna⁶⁰.

Ponadto w wyroku z dnia 16 listopada 2011 r., sygn. SK 45/09⁶¹, Trybunał odnosząc się do zasady lojalnej współpracy, której treść powtórzył w oparciu o art. 4 ust. 3 TUE, wskazał, że trudne do pogodzenia z tą za-

⁵⁹ Zob. wyrok TK o sygn. K 18/04 i przywołana tam literatura: W. Czapliński, Członkostwo w Unii Europejskiej a suwerenność państwowa, (w:) E. Popławska (red.), Konstytucja dla rozszerzającej się Europy, Warszawa 2000, s. 131 i n.; S. Biernat, Prawo Unii Europejskiej a prawo państw członkowskich, (w:) J. Barcz (red.), Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe, Warszawa 2002, s. 236.

⁶⁰ Zob. pkt III. 2 uzasadnienia wyroku o sygn. K 32/09.

⁶¹ OTK ZU 2011, nr 9/A, poz. 97.

sadą byłoby przyznanie poszczególnym państwom kompetencji do decydowania o pozbawieniu mocy obowiązującej norm prawa unijnego. Jednocześnie jednak wspominał o tym, że Unia szanuje tożsamość narodową jej państw członkowskich nierozzerwalnie związaną z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi. Na tę zasadę powołał się także rozważając hipotetyczne skutki orzeczenia przez TK niekonstytucyjności aktu prawa UE i kwestię ewentualnego odroczenia utraty mocy obowiązującej normy uznanej za niezgodną z Konstytucją.

W sposób skonkretyzowany TK wypowiedział się też w kontekście *ultra vires* w sprawie o sygn. P 7/20. Uznał tam, że art. 4 ust. 3 zdanie drugie TUE w związku z art. 279 TFUE w zakresie, w jakim Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nakłada *ultra vires* zobowiązania na Rzeczpospolitą Polską jako państwo członkowskie Unii Europejskiej, wydając środki tymczasowe odnoszące się do ustroju i właściwości polskich sądów oraz trybu postępowania przed polskimi sądami jest niezgodny z Konstytucją⁶².

10. Specyfika kontroli *ultra vires* przez Trybunał Konstytucyjny

Wniosek, że Trybunał Konstytucyjny może dokonywać kontroli kształtowania norm unijnych w ramach granic konstytucyjnego zakresu przekazania jest słuszny, ale jednocześnie nie może zostać pozbawiony dodatkowych wyjaśnień. Ma to związek ze specyfiką integracji europejskiej⁶³. Skoro Polska zdecydowała się na przystąpienie do UE, a proces integracji ma pozostać nienaruszony, to Trybunał Konstytucyjny musi dokonywać tego rodzaju kontroli w sposób metodologicznie wyważony. Istnieją ku temu dwa powody⁶⁴:

- 1) po pierwsze, otwartość Konstytucji RP na proces integracji;
- 2) po drugie, ze względu na istotę tego rodzaju rozstrzygnięcia.

W pierwszym kontekście chodzi o konieczność uwzględnienia w procesie kontroli *ultra vires* konstytucyjnej zasady przychylności dla prawa UE⁶⁵

⁶² Zob. wyrok TK z dnia 14 lipca 2021 r., sygn. P 7/20, OTK ZU 2021, nr A, poz. 49.

⁶³ Ma też związek z kształtem kompetencji polskiego TK. Jeśli TK nie będzie się trzymał tych kompetencji, sam może się narazić na zarzut działania *ultra vires*. Tymczasem opierając się na konstytucyjnych kompetencjach TK można uzasadnić kontrolę *ultra vires* przez TK.

⁶⁴ Por. wyrok Federalnego Sądu Konstytucyjnego Niemiec z dnia 6 lipca 2010 r. w sprawie 2 BvR 2661/06, pkt 66.

⁶⁵ Formalnie chodzi tu o zasadę przychylności dla prawa międzynarodowego, z którego wywodzi się w orzecznictwie przychylność dla prawa UE. Oczywiście nakłada się to na pytanie jak zaklasyfikować prawo UE?. Polski ustrojodawca i Trybunał Konstytucyjny niezbyt sobie z tym radzą. TK opiera swoje wywody o prawie unijnym na konstytucyj-

oraz – wynikającej z unijnej zasady lojalności – konieczności ochrony zadań i statusu niezależnego ponadpaństwowego orzecznictwa. Przecież kontrola dotrzymania standardów przestrzegania prawa UE, w tym zasady przyznania, należy przede wszystkim do TSUE z mocy art. 19 ust. 1 zdanie drugie TUE. To TSUE powinien z jednej strony kontrolować standard działania organów UE na zasadzie przyznania, do czego ma narzędzia traktatowe⁶⁶, a z drugiej strony dbać o samodzielne dochowanie standardów metodologii, logiki i argumentacji w przypadku interpretacji prawa unijnego, a jego orzecznictwo powinno być oparte na tradycjach prawnych wspólnych dla państw członkowskich⁶⁷, które znajdują odzwierciedlenie w szczególności w orzecznictwie trybunałów konstytucyjnych⁶⁸.

Oczywiście specyfika prawa Unii powoduje różnice w zakresie znaczenia i wagi różnych środków interpretacji. Dlatego z jednej strony TK musi szanować unijne metody rozpatrywania spraw, którymi TSUE jest związany i które uwzględniają „wyjątkowość” traktatów i cele stanowiące ich istotę⁶⁹. Zadaniem Trybunału Konstytucyjnego nie jest przecież zastępowanie wykładni Trybunału Sprawiedliwości UE swoją wykładnią w kwestiach dotyczących wykładni prawa unijnego. Tym bardziej, że stosowanie różnych metod wykładni może prowadzić do różnych wyników nawet w ramach zwyczajnej dyskusji prawnonaukowej, a co dopiero działań orzeczniczych. Trybunał Konstytucyjny powinien również tolerować wykładnię podstaw traktatowych, która wprawdzie rozszerza, ale nie wpływa na przesunięcia kompetencji między państwem członkowskim a UE, nie tworzy nowych kompetencji organów krajowych – szczególnie wbrew konstytucji – i nie ingeruje w krajowy trójpodział władzy (konstytucyjny i ustawowy podział kompetencji między organami). Jednak mandat (kompetencje) przyznany TSUE w art. 19 ust. 1 zdanie drugie TUE zostaje przekroczony, gdy tradycyjne europejskie (konstytucyjne) metody interpretacji są przez TSUE w oczywisty sposób lekceważone⁷⁰.

Zatem mimo spoczywającego na państwie członkowskim (i TK jako organie państwa) traktatowego obowiązku dbania o ochronę zadań

nych gwarancjach dla prawa międzynarodowego, a jednocześnie nie określa jednoznacznie, czy uznaje prawo unijne w pełni za prawo międzynarodowe.

⁶⁶ Głównie wspomniany wcześniej art. 263 TFUE.

⁶⁷ Por. także art. 6 ust. 3 TUE, art. 340 ust. 2 TFUE.

⁶⁸ Por. L. A. J i m e n e z, Constitutional Empathy and Judicial Dialogue in the European Union. *European Public Law* 2018, t. 24, nr 1, s. 59.

⁶⁹ Por. ETS, opinia 1/91, Porozumienie o Europejskim Obszarze Gospodarczym, [1991], s. I-6079 akapit 51.

⁷⁰ Por. wyrok Federalnego Sądu Konstytucyjnego Niemiec z dnia 6 lipca 2010 r. w sprawie 2 BvR 2661/06, pkt 66.

i statusu ponadnarodowego orzecznictwa, jako taka kontrola *ultra vires* wchodzi w grę co do zasady. Szczególnie, gdy naruszenie kompetencji przez TSUE ma charakter kwalifikowany, a więc gdy sprzeczne z kompetencjami działanie władzy unijnej jest oczywiste⁷¹. Z kolei z oczywistością mamy do czynienia wtedy, kiedy organy i instytucje europejskie przekroczyły granice swoich kompetencji w sposób szczególnie uchybiający zasadzie przyznania, tzn. gdy naruszenie kompetencji stanowi efekt działania arbitralnego, jest rażące i istotne, a kwestionowany akt powoduje strukturalnie znaczącą zmianę kompetencji ze szkodą dla państwa członkowskiego (Polski). Przez to odgrywa duże znaczenie w płaszczyźnie sprawowania władztwa w odniesieniu do zasady przyznania, a w konsekwencji dla zasady rządów prawa i zasady legalizmu właściwych dla państwa prawa⁷². Niewątpliwie dzieje się tak, gdy w drodze orzeczeń TSUE dochodzi do stworzenia kompetencji UE lub przededefiniowania treści kompetencji organów państwa w ramach ustroju państwowego, dla których wymagane byłby odpowiednio – zgoda państwa, czy to w postaci zmian traktatowych zgodnie z art. 48 TUE lub klauzulą ewolucyjną, albo zmiana Konstytucji. To oznacza konieczność aktywności na poziomie parlamentu krajowego (ew. przeprowadzenia referendum).

Innymi słowy, w procedowaniu chroniącym przed skutkami działania TSUE *ultra vires* chodzi tak naprawdę o elastyczność postępowania. Taka elastyczność umożliwia wykrycie konfliktów, które są nieuniknione w pluralistycznym obszarze prawnym, oraz pozwala radzić sobie z nimi wspólnie przez TK i TSUE w ramach kalibrowania konfliktów w świetle europejskiego obszaru prawnego – za którą przecież oba organy wspólnie ponoszą odpowiedzialność⁷³. Tu główną rolę odgrywa dialog trybunalski, którego celem jest koordynacja rozbieżnych stanowisk co do treści norm prawa UE, zgodnie z zasadą dobrej wiary w wykonywaniu traktatu⁷⁴. W takim przypadku samodzielne działanie każdego z trybunałów mogłoby stanowić działanie arbitralne, a więc naruszające traktatową zasadę lojalności⁷⁵. Wtedy konflikt konstrukcji międzysystemowych jest

⁷¹ Por. A. von Bogdandy, Ch. Grabenwarter, P. M. Huber, *op. cit.*, s. 11.

⁷² Por. wyrok Federalnego Sądu Konstytucyjnego Niemiec z dnia 6 lipca 2010 r. w sprawie 2 BvR 2661/06, pkt 61.

⁷³ A. von Bogdandy, Ch. Grabenwarter, P. M. Huber, *op. cit.*, s. 13.

⁷⁴ Nt. dialogu trybunalskiego zob. M. Muszyński, Dialog Trybunału Konstytucyjnego RP i Trybunału Sprawiedliwości UE, *Prokuratura i Prawo* 2022, nr 7–8, s. 5–43.

⁷⁵ TSUE też może działać nielojalnie, w szczególności kiedy działa *ultra vires*.

nieunikniony. A przecież w konstrukcji integracyjnej współpracy państw należy stawiać na jego łagodzenie, a nie eskalację⁷⁶.

Prowadzenie dialogu stanowi więc nie tylko przejaw wzajemnej lojalności, ale jest też instrumentem łagodzenia konfliktu. Ale dialog nie oznacza podporządkowania. Całkowita rezygnacja przez TK z oceny *ultra vires* lub bezkrytyczne (bez konstytucyjnej kontroli) podporządkowanie się przez TK normie prawa unijnego w kształcie nadanym przez TSUE, oznaczałaby, że z założenia ostatnie słowo co do treści traktatu mają organy Unii. Byłoby to nadanie im – i to wbrew Konstytucji RP (art. 90 ust. 1, art. 133 ust. 1 pkt 1, art. 146 ust. 1, art. 188) – wyłącznej władzy nad unijnymi traktatami.

Dlatego generalnie słuszne jest dość powszechne stanowisko⁷⁷, że TK, zanim formalnie uzna, że norma wynikająca z aktu organu lub instytucji UE została ukształtowana *ultra vires*⁷⁸, a wskutek tego jest sprzeczna z Konstytucją, powinien w ramach postępowania prejudycjalnego zgodnie z art. 267 TFUE umożliwić TSUE wydanie orzeczenia w przedmiocie wykładni traktatów, czy spornych aktów prawnych, a także (ewentualnie) w przedmiocie ważności tych ostatnich. Jeżeli TSUE nie otrzymał możliwości wydania takiego orzeczenia, to Trybunał Konstytucyjny nie powinien zasadniczo samodzielnie stwierdzać niekonstytucyjności normy prawa unijnego, a w konsekwencji orzekać o eliminacji takiej normy z porządku prawnego, czyli *de facto* o niemożności stosowania konkretnego aktu unijnego w Polsce.

Od tej zasady powinny być jednak wyjątki, do których można zaliczyć w szczególności sytuację, kiedy problem konstytucyjny jest efektem świadomego działania TSUE podjętego w celu zmiany treści normy w sposób tak istotny, że doszło do zastąpienia procedur legislacyjnych działaniami interpretacyjnymi, a także kiedy TSUE narusza zasadę lojalnej współpracy nie prowadząc dialogu z Trybunałem Konstytucyjnym⁷⁹. Są to oczywiście przesłanki pozaprawne, niemniej spotykane w praktyce i ważne w sytuacjach coraz częstszych sporów politycznych. I nie jest tu

⁷⁶ Por. L. A. Jimenez, *op. cit.*, s. 61. Zob. szerzej: G. Martinico, The “Polemical” Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law. *German Law Journal*. 2015, t. 16, s. 1343–1374.

⁷⁷ Potwierdzone w orzecznictwie konstytucyjnym. Zob. wyrok Federalnego Sądu Konstytucyjnego Niemiec z dnia 6 lipca 2010 r. w sprawie 2 BvR 2661/06, pkt 60.

⁷⁸ W grę wchodzi dwa aspekty *ultra vires*. Pierwszy dotyczy kształtowania normy przez organ nieposiadający do tego kompetencji, drugi to działanie organu uprawnionego co do zasady, aczkolwiek efektem tego jest już treść aktu (normy) wykracza poza ramy Konstytucji (poza zakres przekazania/przyznania w aspekcie obszarów materialnych).

⁷⁹ Por. M. Muszyński, *op. cit.*, s. 5–43.

istotne, czy wynika to ze skrzywionego (zbyt intensywnego) rozumienia przez sędziów swojej roli funkcjonariusza UE działającego na rzecz celów procesu integracji, czy z ich przekonań politycznych albo innych niedopuszczalnych pobudek. To po prostu burzy zaufanie do TSUE, a zaufanie jest fundamentem każdego dialogu. Praktyka dzisiejszych relacji wewnątrzunijnych wymaga, by zacząć o tym wspominać.

W takich przypadkach ochrona Konstytucji RP i suwerenności państwa, leżącej u podstaw jej art. 8, przed działaniem TSUE o charakterze *ultra vires* i jego skutkami normatywnymi ciąży wyłącznie na Trybunale Konstytucyjnym.

11. Zakończenie

Problem działania organów UE *ultra vires* jest zjawiskiem naturalnym. Świadczy o tym nie tylko zakodowany w procedurach traktatowych wewnątrzunijny mechanizm rozwiązywania tego problemu. Dziś potwierdza go także doktrynalna dyskusja, jak i orzecznicze wypowiedzi trybunałów konstytucyjnych, które zaczynają dostrzegać ten problem w płaszczyźnie relacji państwo – UE. Ten ostatni kontekst dotyczy głównie działania samego TSUE.

Perspektywa unijna i perspektywa konstytucyjna spojrzenia na problem prawny wcale nie muszą być identyczne. I najczęściej nie są. Tym bardziej, że nawet po traktacie z Lizbony państwa członkowskie pozostają panami traktatów, a Unia nie przekształciła się jeszcze w państwo federalne. Z tej perspektywy nie doszło więc do obniżenia rangi Konstytucji RP wobec traktatów z poziomu, jaki miała na etapie akcesji. Jest ona nadal najwyższym prawem Rzeczypospolitej Polskiej, co zostało wyjaśnione w wyroku w sprawie traktatu akcesyjnego⁸⁰. Dlatego zapewnienie realizacji tej nadrzędności jest dalej racją bytu Trybunału Konstytucyjnego, a kontrola *ultra vires* nabiera charakteru ostatecznego narzędzia służącego temu celowi.

Co więcej, tego rodzaju kontrola czyni zadość nie tylko gwarancjom wynikającym z Konstytucji, ale też utrzymuje właściwy tor rozwoju procesu integracji i zapewnia w ten sposób spoistość obu systemów prawnych współistniejących w ramach jednego porządku prawnego działającego na terytorium Polski. Jest więc nie tylko narzędziem konstytucyjnym, ale też naturalnym elementem procesu integracji.

Skoro problem *ultra vires* to tak naprawdę kwestia rozgraniczenia jurysdykcji, to Trybunał Konstytucyjny nie ma prawa odstąpić od kontroli

⁸⁰ Zob. wyrok TK o sygn. K 18/04.

ultra vires. Konstytucja nie tylko zakłada suwerenność Polski, ale też ją gwarantuje. Dlatego organy państwa nie mają uprawnienia do samodzielnego rezygnowania z kompetencji z tytułu udziału państwa w procesie integracji. Taki krok jest elementem ograniczania prawa do samostanowienia narodu i jest zastrzeżony dla Narodu Polskiego. Może być przeprowadzony tylko w konstytucyjnych procedurach, gdzie Trybunał Konstytucyjny wypowie się nie tylko nt. zgodności takich aktów z Konstytucją z perspektywy ich powstania (*intra vires* czy *ultra vires*), ale też dokona oceny wywołanych przez nie normatywnych skutków w kontekście ich zgodności z Konstytucją⁸¹.

Traktaty unijne i prawo krajowe są powiązane funkcjonalnie i stanowią razem porządek prawny Rzeczypospolitej. Jednak UE i Polska (jak i każde inne państwa członkowskie) pozostają oddzielnymi od siebie podmiotami stanowiącymi prawo. Należy uznać ich roszczenia o obowiązywanie prawa z ich własnych perspektyw jako logiczne i równoprawne⁸². Ale nawet wtedy, gdy relacja obu systemów nie jest hierarchiczna, ale heterarchiczna, należy pamiętać, gdzie jest źródło każdego władztwa i które z nich ma charakter pierwotny⁸³. W przypadku Unii Europejskiej, tym ostatnim nadal jest wyłącznie władztwo państwowe, a nie prawo narodów do samostanowienia.

Bibliografia

1. Anagnostaras G., Activating Ultra Vires Review: The German Federal Constitutional Court Decides Weiss, *European Papers* 2021, e-Journal.
2. Anagnostaras G., Activation of the Ultra Vires Review: The Slovak Pensions Judgment of the Czech Constitutional Court, *German Law Journal* 2013, t. 14, Nr. 07.
3. Białocerkiewicz J., *Prawo międzynarodowe publiczne*, Olsztyn 2005.
4. Biernat S., *Prawo Unii Europejskiej a prawo państw członkowskich*, (w:) J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2002.
5. Bogdandy A. von, Venzke I., *Zur Herrschaft internationaler Gerichte: Eine Untersuchung internationaler öffentlicher Gewalt und ihrer de-*

⁸¹ Por. P. Craig, *op. cit.*, s. 398.

⁸² Por. L. A. Jimenez, *op. cit.*, s. 79.

⁸³ Por. Ch. Callies, komentarz do art. 1, (w:) Ch. Callies. M. Ruffert, *EUV/AEUV*, München 2016, s. 17.

- mokratischen Rechtfertigung. Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 2010, t. 70.
6. Bogdandy A. von, Grabenwarter Ch., Huber M. M., Constitutional Adjudication in the European Legal Space, MPIL Research Paper Series, Nr 2021–25.
 7. Bogdanor V., Forms of Autonomy and the Protection of Minorities, Daedalus 1997, nr 2 (Spring).
 8. Callies Ch., komentarz do art. 1, (w:) Ch. Callies. M. Ruffert, EUV/AEUV, München 2016, s. 17.
 9. Classen C. D., Nettesheim M., Theoretische Grundlagen der Integration, (w:) T. Oppermann, C.D. Classen, M. Nettesheim (red.), Europarecht, München 2021.
 10. Craig P., The ECJ and *ultra vires* action: a conceptual analysis, Common Market Law Review 2001, t. 48.
 11. Czapliński W., Członkostwo w Unii Europejskiej a suwerenność państwowa, (w:) E. Popławska (red.), Konstytucja dla rozszerzającej się Europy, Warszawa 2000.
 12. Gilas J., Prawo międzynarodowe publiczne, Toruń 1977.
 13. Górka M., Kontrola przestrzegania prawa wspólnotowego przez państwa i podmioty prywatne w Unii Europejskiej, Toruń 1999.
 14. Ibsen K., Völkerrecht, Bochum – München 2004.
 15. Jimenez L. A., Constitutional Empathy and Judicial Dialogue in the European Union, European Public Law 2018, t. 24, nr 1.
 16. Kämmerer J. A., Föderale Kompetenzkonflikte und Grundrechtsjudikatur in Europa, (w:) W. v. Vitzthum (red.), Europäischer Föderalismus. Supranationaler, subnationaler und multiethnischer Föderalismus in Europa, Berlin 2000.
 17. Kimmich O., Einführung in das Völkerrecht, München 1983.
 18. Lauterpacht H., The Function of Law in the International Community, Oxford 1933.
 19. Lauterpacht H., The Development of International Law by the International Court. Being A Revised Edition of „The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice”, London 1934.
 20. Lenaerts K., Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej a ochrona praw podstawowych, Europejski Przegląd Sądowy, styczeń 2013.
 21. M. Safjan, Karta praw podstawowych i jej znaczenie dla polskiego systemu prawnego, Maj 2019, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/karta-praw-podstawowych-i-jej-znaczenie-dla-polskiego-systemu-prawnego>.

22. Martinico G., The “Polemical” Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law, *German Law Journal* 2015, t. 16.
23. Mik C., Opinia prawna dotycząca orzeczenia Federalnego Trybunału Konstytucyjnego RFN w przedmiocie pierwszeństwa prawa UE, *Zeszyty Prawnicze BAS* 2020, nr 3 (6).
24. Muszyński M., Dialog Trybunału Konstytucyjnego RP i Trybunału Sprawiedliwości UE, *Prokuratura i Prawo* 2022, nr 7–8.
25. Muszyński M., Harasimiuk D., Kozak M., *Unia Europejska: Instytucje, polityki, prawo*, Warszawa 2012.
26. Muszyński M., *Państwo w prawie międzynarodowym. Istota, rodzaje i atrybuty*. Wydanie 2 uzupełnione, Warszawa 2012.
27. Muszyński M., *Polska a Karta praw podstawowych po traktacie lizbońskim. Charakter prawny i granice związania*, *Przegląd Sejmowy* 2009, nr 1.
28. Muszyński M., Siła, norma, idea. Prawo międzynarodowe w ujęciu historycznym. T. 3, *Prawo międzynarodowe uniwersalne 1919–2019*, Warszawa 2022.
29. Pollack M. A., Creeping competence: The Expanding Agenda of the European Community, *Journal of Public Policy* 1994, t. 14, nr 2.
30. Shaw M. N., *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2006.
31. Tridimas T., *The General Principles of EU Law*, Oxford 2006.
32. Triepel H., *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig 1899.
33. Venizelos E., Ultra Vires Review and the Shift of Legal Orders, (w:) *Contribution aux Mélanges offerts à Vassilios Skouris, Le droit européen, source de droits, source du droit*, Université Toulouse I–Capitole, 2021, Academia.
34. Verdross A., Simma B., *Universelles Völkerrecht*, Berlin 1976.
35. Wendel M., Paradoxes of Ultra-Vires Review: A Critical Review of the PSPP Decision and Its Initial Reception, *German Law Journal* 2020, nr 21.
36. Wyrozumska A., Wyrok FTK z dnia 5 maja 2020 r. w świetle podobnych orzeczeń sądów innych państw członkowskich Unii Europejskiej, *Państwo i Prawo* 2020, t. 9.
37. Zaphiriou G. A., Unification and Harmonization of Law Relating to Global and Regional Trading, *Northern Illinois University Law Review* 1994, nr 2.

Ultra vires acts of the CJEU versus the Constitutional Tribunal of the Republic of Poland

Abstract

Ultra vires acts are the issue in all legal regimes in which public bodies have their competences based on the principle of conferral. It is also true for the European Union that is formed to include a mechanism for ultra vires control of EU bodies (TFEU, Article 263). The mechanism is, however, only applicable to the relation between EU Treaties and derived legislation.

The issue becomes more complex when it comes to assessing ultra vires acts of EU bodies, including specifically the CJEU, from the perspective of the Constitution. Since the competences of the EU are conferred instead of being implied, as is the case with the Member States, the EU can by no means interfere in everything. The EU has to operate within the scope of its powers conferred on it in the Treaty. Exceeding powers is an illegal action that violates the constitutional balance between the two legal systems that form the legal order of the Republic of Poland.

In Poland, it is the Constitutional Tribunal that is competent to control activities of the EU from perspective concerned (in the normative context). And the CT has the obligation to exercise its control function. The CT cannot refuse to do so as it would lose its constitutional position of the guardian of constitutional supremacy and cause the State to lose its sovereignty. Ultra vires scrutiny is, however, exercised by the CT under specific conditions with the CT being limited by the readiness with which the Constitution embraces the process of integration, and by the specificity of its decision as well as by the importance of its decision for the said process.

Key words

Court of Justice of the EU, Constitutional Tribunal, conferral of competences, delegation of powers, doctrine of ultra vires, sovereignty, legal act, legal standard, dialogue between courts, principle of loyalty, European Union, rulings, interpretation of law, hierarchy of systems, Constitution, EU Treaties, Charter of Fundamental Rights.

Agnieszka Kania-Chramęga¹

Bezpieczeństwo obrotu gospodarczego w kontekście prawnokarnej regulacji środka karnego zakazu prowadzenia określonej działalności gospodarczej (art. 41 § 2 k.k.)

Streszczenie

Celem artykułu jest analiza ustawowych podstaw orzekania środka karnego w postaci zakazu prowadzenia określonego rodzaju działalności gospodarczej (art. 41 § 2 k.k.). Akcentując pewne trudności interpretacyjne, które towarzyszą wykładni ustawowych przesłanek wspomnianego środka reakcji prawnokarnej (verba legis – „skazania za przestępstwo popełnione w związku z prowadzeniem działalności gospodarczej” oraz wykazania, że „dalsze prowadzenie działalności gospodarczej zagraża istotnym dobrom chronionym prawem”), niniejsze opracowanie stara się także przybliżyć istotę stosunkowo nowego ujęcia „działalności gospodarczej”, jakie przewidziano w ustawie z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 162 ze zm.). Dostrzegając (w kontekście ostatniego z wymienionych problemów) obecną w rodzimej kulturze prawnej prawidłowość, niesprzeciwiającą się z jednej strony mnogości funkcjonowania definicji pojęcia działalności gospodarczej, a z drugiej strony niedążącą (z bliżej niewyjaśnionych przyczyn) do dokonania preponderancji znaczenia któregoś z nich, de lege ferenda wyrażono pogląd o potrzebie stosownej ingerencji ustawodawczej w tym zakresie. Wydaje się bowiem, że racjonalne stanowienie, jak również stosowanie prawa wymaga – tak z teoretycznego, jak i praktycznego punktu widzenia – niwelowania dostrzeżonej wieloznaczności znaczeniowej.

Słowa kluczowe

Środki karne, działalność gospodarcza, zakaz prowadzenia działalności gospodarczej, bezpieczeństwo obrotu gospodarczego.

¹ dr Agnieszka Kania-Chramęga, adiunkt w Katedrze Prawa Karnego i Postępowania Karnego, Instytut Nauk Prawnych Uniwersytetu Zielonogórskiego.

I.

Mianem szczególnie niepożądanych przejawów aktywności gospodarczej² określa się tradycyjnie te zachowania jej uczestników, które z racji swej szkodliwości wymagają zastosowania określonych sankcji prawnych. Racjonalne przeciwdziałanie tego rodzaju zjawiskom, godzącym m.in. w prawidłowość oraz pewność obrotu gospodarczego, stanowi wyzwanie zarówno dla ustawodawcy, jak również dla właściwych organów, których zadaniem jest egzekwowanie obowiązujących rozwiązań prawnych i tym samym zapewnienie bezpieczeństwa gospodarczego w państwie.

Dostrzegając *de lege lata* zróżnicowany katalog prawnych środków reakcji, które służą eliminacji nagannych zachowań osób prowadzących działalność gospodarczą, należałoby już w tym miejscu podkreślić, iż szeroko rozumiana problematyka zapewnienia właściwej ochrony obrotu gospodarczego pozostaje istotnym zagadnieniem na gruncie wielu gałęzi prawa³. Stosownymi mechanizmami przeciwdziałania wobec dostrzeganych w tym zakresie nieprawidłowości pozostają bowiem nie tylko „ogólne” instrumenty prawne, związane m.in. z sankcją nieważności czynności prawnych⁴, uregulowaną w art. 58 k.c.⁵ czy z regulacją art. 385¹ k.c. okre-

² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 kwietnia 2001 r., sygn. U 7/00, OTK 2001, nr 3, poz. 56; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 5 kwietnia 2011 r., sygn. P 26/09, OTK-A 2011, nr 3, poz. 18; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 23 maja 2018 r., sygn. I ACa 20/18, LEX nr 2529549.

³ A. Płońska, Istota prawnokarnej ochrony obrotu gospodarczego, Przegląd Prawa i Administracji 2015, t. C, cz. 2, s. 565.

⁴ Na temat ujmowania nieważności jako „sankcji” (i wiążących się z tym kontrowersji) zob. m.in. Z. Radwański, (w:) Z. Radwański, A. Olejniczak (red.), System Prawa Prywatnego. Tom 2. Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2019, s. 544; zob. także P. Sobolewski, Kontrowersje wokół pojęcia nieistnienia i nieważności czynności prawnej, Przegląd Prawa Handlowego 2009, nr 5, s. 30 i n.

⁵ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, tekst jedn. Dz. U. z 2022 r., poz. 1360. W kontekście powołanej regulacji (art. 58 k.c.) interesującą kwestią pozostaje m.in. ustalenie czy każde, czy też jednak nie każde naruszenie prawa karnego skutkuje cywilistyczną sankcją nieważności. Za pierwszym wariantem opowiedziano się m.in. w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2005 r., sygn. II CK 174/05, OSNC 2006, nr 9, poz. 149. Pogląd odmienny, a przy tym bardziej przekonujący, zaprezentowano natomiast m.in. w wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 26 czerwca 2012 r., sygn. I ACa 601/12, Legalis nr 738974, w którym podniesiono, że: „(...) przewidziana w przepisie art. 58 k.c. nieważność bezwzględna jest najdalej idącą sankcją wadliwości czynności prawnej, powodującą, że dokonana czynność prawna nie wywołuje skutków prawnych zamierzonych przez strony. Innymi słowy, czynność ta nie wywołuje skutków prawnych z mocy prawa (*ipso iure*) i to od chwili jej dokonania (*ab initio*). Funkcja przepisu art. 58 § 1 k.c. polega na tym, aby zapobiegać powstawaniu stosunków prawnych przez system prawny zakazanych. Wspomniane zakazy lub nakazy mogą wynikać z norm rangi ustawowej każdej z gałęzi

ślającą niedozwolone wzorce umowne, ale również postaci ingerencji ustawodawczej, które mają na celu utrudnić czy wręcz uniemożliwić dalszy udział jednostki w życiu gospodarczym. Temu ostatniemu celowi służy zaś analizowany w niniejszym opracowaniu środek karny w postaci zakazu prowadzenia określonego rodzaju działalności gospodarczej (w art. 41 § 2 k.k.)⁶, a także (o czym warto choćby wspomnieć) m.in. zakaz prowadzenia działalności gospodarczej⁷ uregulowany w art. 373 i 374 ustawy Prawo upadłościowe⁸. Pomimo że ostatni z wymienionych zakazów wymaga *pri-*

prawa, także z norm prawa publicznego. Mogą to być więc również zakazy wynikające z przepisów prawa karnego, choć w razie ich naruszenia stosuje się w zasadzie właściwe dla nich sankcje określone w prawie karnym. Jedynie, jeśli cel konkretnej regulacji wskazuje na to, że ma ona zapobiegać ukształtowaniu stosunku cywilnoprawnego, sprzecznego z nią, wówczas trzeba przyjąć, że przepis art. 58 § 1 k.c. znajduje zastosowanie, ponieważ działania zakazane normami prawa karnego nie mogą być przedmiotem ważnych zobowiązań podejmowanych w czynnościach cywilnoprawnych. Natomiast przepisy prawa karnego, które odnoszą się do czynności prawnych nie w celu zapobieżenia powstawaniu określonych stosunków cywilnoprawnych, wywołują jedynie sankcje określone we właściwych dla nich przepisach prawa karnego (...)"

⁶ Należy w tym miejscu nadmienić, iż w systemie środków reakcji prawnokarnej zakaz prowadzenia określonej działalności gospodarczej nie stanowi wyłącznie środka karnego (w rozumieniu art. 39 k.k.). Zgodnie z postanowieniami art. 93a § 2 k.k., tytułem środka zabezpieczającego można bowiem (m.in.) orzec zakaz prowadzenia określonej działalności gospodarczej.

⁷ Instytucję zakazu prowadzenia działalności gospodarczej przewidziano także na gruncie jeszcze innych regulacji – zob. w tym zakresie m.in. art. 14 ust. 1 i art. 30 ust. 1 ustawy o odnawialnych źródłach energii z dnia 20 lutego 2015 r., tekst jedn. Dz. U. z 2022 r., poz. 1378, art. 20 ust. 1 ustawy o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 6 marca 2018 r., tekst jedn. Dz. U. z 2022 r., poz. 470.

⁸ Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe, tekst jedn. Dz. U. z 2022 r., poz. 1520. Zgodnie z art. 373 cytowanej powyżej ustawy, 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 osoby, która ze swojej winy: 1) będąc do tego zobowiązana z mocy ustawy, nie złożyła w ustawowym terminie wniosku o ogłoszenie upadłości albo 1a) faktycznie zarządzając przedsiębiorstwem dłużnika, istotnie przyczyniła się do niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w ustawowym terminie, albo 2) po ogłoszeniu upadłości nie wydała lub nie wskazała majątku, ksiąg rachunkowych, korespondencji lub innych dokumentów upadłego, w tym danych w postaci elektronicznej, do których wydania lub wskazania była obowiązana z mocy ustawy, albo 3) jako upadły po ogłoszeniu upadłości ukrywała, niszczyła lub obciążała majątek wchodzący w skład masy upadłości, albo 4) jako upadły w toku postępowania upadłościowego nie wykonała innych obowiązków ciążyących na nim z mocy ustawy lub orzeczenia sądu albo sędziego-komisarza, albo też w inny sposób utrudniała postępowanie. Ponadto, w niniej-

ma facie odróżnienia od zakazu prawnokarnego⁹ (co m.in. uzasadnia odmienny zakres podmiotowy i przedmiotowy tego zakazu, przesłanki orzekania, okres trwania czy też wreszcie sama kognicja sądu¹⁰), to jednak zasygnalizowanie właśnie jego obecności i dookreślenie charakteru prawnego wskazanego instrumentu okazuje się istotne z perspektywy rozważań karnistycznych. Należy bowiem zaznaczyć, że zwłaszcza wspomniany charakter tego zakazu – nadany *de facto* wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego¹¹ – rodzi poważne kontrowersje. Odmawiając komentowanemu zakazowi charakteru prawnokarnego, Trybunał Konstytucyjny wyraził

szej regulacji przewidziano, że 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 osoby, wobec 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. Poza tym na mocy art. 374 cytowanej powyżej ustawy, sąd może orzec niniejszy zakaz także wobec dłużnika będącego osobą fizyczną, także jeżeli niewypłacalność dłużnika jest następstwem jego celowego działania lub rażącego niedbalstwa, jak również 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.

⁹ Zob. M. Mrówczyński, Zakaz prowadzenia działalności gospodarczej w świetle nowych regulacji Prawa upadłościowego, *Palestra* 2016, nr 7–8, s. 15. W orzecznictwie zwrócono przy tym uwagę, iż: „Naruszenie zakazu wynikającego z orzeczenia sądu stosującego art. 373 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (...) nie jest równoznaczne z naruszeniem art. 58 k.c. Świadczy jedynie o naruszeniu orzeczenia, na mocy którego zakaz nałożono. Orzeczenie sądowe niewątpliwie nie stanowi ustawy w rozumieniu art. 58 § 1 k.c. W świetle tej tezy czynności dokonywane przez osobę naruszającą zakaz są ważne, a sankcję za naruszenie zakazu realizuje prawo karne” – zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 24 kwietnia 2018 r., sygn. I SA/Rz 212/18, *Legalis* nr 1769481. Niemniej jednak warto podkreślić, iż z art. 375 cyt. ustawy nie wynika *expressis verbis*, że czynności prawne podejmowane z naruszeniem ustanowionego zakazu są nieważne w świetle art. 58 k.c. Co więcej wypada nadmienić, że w doktrynie nie wyrażono jednolitego stanowiska odnośnie tego, jakie skutki wywołuje podjęcie czynności prawnej z naruszeniem zakazu przewidzianego w powołanym przepisie. Niektórzy autorzy (wbrew powołanemu powyżej stanowisku) przekonywali, że w takim przypadku zachodzi nieważność dokonanej w ten sposób czynności prawnej – zob. F. Zedler, *Prawo upadłościowe i naprawcze* w zarysie, Warszawa 2004, s. 1064.

¹⁰ Zob. A. Ziółkowska, W. Baran, Przedsiębiorca a prawnokarny zakaz prowadzenia określonej działalności gospodarczej, *Studenckie Zeszyty Naukowe* 2018, vol. XXI, nr 36, s. 32.

¹¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 lipca 2002 r., sygn. P 12/01, OTK-A 2002, nr 4, poz. 50.

przekonanie, że za przyjęciem takiego poglądu przemawiał brak możliwości dostrzeżenia w nim elementów natury represyjnej. Opierając się na tym założeniu, podkreślono, że ten – jak starano się dowieść – cywilnoprawny zakaz spełnia: „(...) szereg ważnych funkcji, o kluczowym znaczeniu dla prywatnoprawnego obrotu gospodarczego oraz prowadzenia działalności gospodarczej”¹², wśród których wymieniono: funkcję prewencyjno-profilaktyczną, sprowadzającą się do odstraszenia od zachowań, stanowiących naruszenie prawa oraz do zabezpieczenia przed lekceważeniem prawnych rygorów prowadzenia działalności gospodarczej; funkcję zabezpieczającą przed wyrządzeniem szkody wierzycielom; funkcję zabezpieczenia praw i wolności innych uczestników obrotu gospodarczego; funkcję zapobiegania sytuacjom patologicznym sprzyjającym możliwości popełniania przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu; funkcję gwarantującą obowiązek dochowania należytej staranności; funkcję wyłączenia z obrotu gospodarczego osób, które nie są w stanie sprostać podstawowym wymaganiom prowadzenia działalności gospodarczej¹³. Jednocześnie warto w tym miejscu nadmienić, że zakwestionowany w świetle powyższego judykatu prawnokarne charakter omawianego zakazu, uzasadniany zaakcentowanym brakiem jego „represyjności”, miał doniosłe znaczenie nie tylko z perspektywy określenia jego „statusu” prawnego, ale również m.in. z punktu widzenia zasady *ne bis in idem*¹⁴, która – w przekonaniu Trybunału Konstytucyjnego – nie zostałaby naruszona¹⁵.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreśla się, że: „(...) procedura weryfikacji, czy określone przepisy naruszają zasadę *ne bis in idem* z punktu widzenia zakazu dwukrotnego (wielokrotnego) pociągania do odpowiedzialności karnej za to samo zachowanie, powinna przebiegać dwuetapowo. Po pierwsze, należy ustalić, czy określone środki przewidziane przez ustawodawcę jako reakcja na określone zachowanie jednostki mają charakter represyjny. Po drugie, jeżeli dwa lub więcej środków mają taki charakter, konieczna jest weryfikacja, czy realizują on te same, czy odmienne cele. Realizacja identycznych celów przez różne środki o charakterze represyjnym winna co do zasady prowadzić do wniosku o naruszeniu zasady *ne bis in idem*, wynikającej z art. 2 Konstytucji” – zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 października 2014 r., sygn. P 50/13, OTK-A 2014, nr 9, poz. 103; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 kwietnia 2015 r., sygn. P 40/13, OTK-A 2015, nr 4, poz. 48, wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 1 grudnia 2016 r., sygn. K 45/14, OTK-A 2016, poz. 99.

¹⁵ Zob. jednak choćby wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 maja 2009 r., sygn. P 66/07, OTK-A 2009, nr 5, poz. 65, w którym stwierdzono, że utrata lub zawieszenie prawa do wykonywania zawodu stanowią dolegliwość o charakterze „represyjnym”.

Zaprezentowane tutaj stanowisko Trybunału Konstytucyjnego nie wydaje się jednak w pełni wolne od zastrzeżeń¹⁶. Dostrzegając swoiste podobieństwo omawianej „sankcji cywilnej” do prawnokarnej regulacji przewidzianej w art. 41 § 2 k.k., trudno byłoby bowiem nie podzielić spostrzeżenia, że rozwiązanie z art. 373 ustawy Prawo upadłościowe stanowi: „(...) dolegliwość o charakterze głównie osobistym”¹⁷. Poza tym warto zaznaczyć, że wyeksponowany przez Trybunał Konstytucyjny prewencyjno-wychowawczy charakter sankcji z ustawy Prawo upadłościowe¹⁸ nie wyklucza zwłaszcza *per se* możliwości wskazania również jej wyraźnego represyjnego aspektu¹⁹. Ponadto, z perspektywy wspomnianej powy-

¹⁶ Nie ulega natomiast wątpliwości, że niestosowanie się do zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, orzeczonego czy to na podstawie ustawy Prawo upadłościowe czy też Kodeksu karnego rodzi to samo następstwo w postaci odpowiedzialności karnej z art. 244 k.k. W orzecznictwie podniesiono bowiem, że: „Nie można zgodzić się z tezą, iż przepis art. 244 k.k. obejmuje zakresem penalizacji wyłącznie przypadki niestosowania się do zakazów bądź nakazów orzeczonych przez sąd jako środki karne. Redakcja art. 244 k.k. sugeruje, że chodzi o każdy obowiązek o treści określonej w hipotezie art. 244 k.k., o ile wynika on z orzeczenia sądu, niezależnie od tego, czy jest orzeczony jako środek karny z art. 39 i n. k.k., czy też na innej podstawie prawnej (...)” – zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2012 r., sygn. III KK 42/12, *Legalis* nr 561246; zob. także postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 lutego 2004 r., sygn. I KZP 47/03, *OSNKW* 2004, nr 3, poz. 35; A. Hrycaj, M. Sachajko, Zakaz prowadzenia działalności gospodarczej i sprawowania określonych funkcji jako prawny środek sankcjonowania naruszenia norm ustawy prawo upadłościowe i naprawcze, *Czasopismo Kwartalne Całego Prawa Handlowego, Upadłościowego oraz Rynku Kapitałowego* 2008, nr 4, s. 559–560; T. Jasiński, Skutki naruszenia zakazu z art. 17² § 1 prawa upadłościowego, zagadnienia wybrane, *Przegląd Prawa Handlowego* 2000, nr 10, s. 27 i n. Zob. jednak A. Bojańczyk, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 lutego 2004 r., sygn. I KZP 47/03, *Palestra* 2004, nr 7–8, s. 280 i n.

¹⁷ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 sierpnia 2007 r., sygn. III CSK 45/07, *LEX* nr 485060; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2011 r., sygn. III CSK 44/11, *LEX* nr 1130172; zob. także A. Lubicz-Posochowska, J. Lekston, Zakres prowadzenia działalności gospodarczej na gruncie art. 373 PUN – jego funkcje oraz konsekwencje, (w:) J. Wojtyła, A. Witosz (red.), *Prawo a gospodarka. Zagadnienia ekonomiczne i prawne*, Katowice 2014, s. 86.

¹⁸ Zob. także K. Szymański, P. Wojciechowski, Legitymacja wierzyciela do złożenia wniosku o wszczęcie postępowania o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, *Monitor Prawniczy (dodatek)* 2017, nr 19, s. 33.

¹⁹ Na marginesie warto odnotować, iż: „Odpowiedzialność cywilna może pełnić różne funkcje. Główną z nich jest funkcja kompensacyjna, ale może ona realizować także funkcję prewencyjną, a niekiedy również represyjną (...). W doktrynie prawa cywilnego podnosi się, że w wielu wypadkach występuje represyjne oddziaływanie przepisów prawa cywilnego, polegające na nałożeniu pewnej dolegliwości na sprawcę szkody jako reakcja na jego działanie lub zaniechanie. Przykładem takich sytuacji są przepisy dotyczące kar umownych (art. 483 k.c.) czy też zadośćuczynienia za naruszenie dóbr osobistych (art. 448 k.c.), a także zadośćuczynienia w razie uszkodzenia ciała lub wy-

żej (a w ocenie Trybunału Konstytucyjnego nienaruszonej na gruncie analizowanej sprawy) zasady *ne bis in idem* należałoby także (niezależnie od dotychczas podniesionych wątpliwości) uzupełniając dopowiedzieć, że: „Nawet jeśli w konkretnym wypadku nie zachodzą podstawy do stwierdzenia naruszenia zasady *ne bis in idem* z uwagi na okoliczność, że jednej z dwóch zbiegających się sankcji nie można uznać za sankcję karną (»karę«) w znaczeniu konstytucyjnym, to nie znaczy, że ustawodawca ma pełną swobodę regulowania zakresu i stopnia dolegliwości, które wiąże z naruszeniem zakazów lub nakazów przez adresatów przepisów prawnych. Kwestia kumulowania sankcji – niezależnie od tego, jaki charakter mają poszczególne z nich – jest problemem proporcjonalności (...)”²⁰.

Dotychczasowe ustalenia, a przede wszystkim zasygnalizowane w ich ramach wątpliwości, skłaniałyby do konstatacji, że swoiste dublowanie

wołania rozstroju zdrowia (art. 445 k.c.). Odpowiedzialność cywilna nie jest tym samym pozbawiona funkcji represyjnej, która dopełnia działanie funkcji kompensacyjnej (...). Funkcja represyjna na gruncie odpowiedzialności cywilnej uzyskuje dodatkowo pewną samodzielność w tych obszarach, w których przepisy prawne uzależniają odpowiedzialność od stopnia winy dłużnika (...). Podobnie w orzecznictwie Sądu Najwyższego zwrócono uwagę, że choć podstawową funkcją odpowiedzialności cywilnej jest kompensacja szkody, nie jest to jedyna funkcja realizowana przez ten rodzaj odpowiedzialności. Ujawniają się bowiem również, w różnym stopniu, inne funkcje odpowiedzialności cywilnej, takie jak prewencyjna lub represyjna. Są one pochodną funkcji kompensacyjnej i nie niwelują cywilnoprawnego charakteru odpowiedzialności (por. postanowienie SN z dnia 11 października 2013 r., sygn. I CSK 697/12, OSNC 2014, nr 1, poz. 9) – zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 października 2014 r., sygn. P 50/13, OTK-A 2014, nr 9, poz. 103. Zob. także A. Szpunar, O funkcjach odpowiedzialności cywilnej, Zeszyty Naukowe UJ. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelktualnej 1974, z. 1, s. 179; I. Dyka, Zasady przyznawania i ustalania wysokości zadośćuczynienia pieniężnego w razie naruszenia dobra osobistego, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2001, nr 3, s. 602 i 613; J. Kuźmicka-Sulikowska, Funkcje cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej, Przegląd Sądowy 2008, nr 9, s. 21–23; K. Pałka, O represyjnej (penalnej) funkcji zadośćuczynienia, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelktualnej 2009, nr 4, s. 121–141.

²⁰ Zob. również wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 października 2012 r., sygn. P 27/11, OTK-A 2012, nr 9, poz. 104; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 października 2009 r., sygn. Kp 4/09, OTK-A 2009, nr 9, poz. 134. Zasadnie więc stwierdzono w piśmiennictwie, że: „(...) konkurencyjność dwóch albo więcej rygorów odpowiedzialności o podobnych cechach i funkcjach w stosunku do tego samego czynu i do tego samego podmiotu (można tu mówić o jedności substancjonalnej zachowania) jest oczywistą wadą legislacyjną wymagającą usunięcia, czyli wyeliminowania stosownych uregulowań z porządku prawnego lub odpowiedniej ich interpretacji. Decyzja o tym, które normy powinny dalej obowiązywać, musi być jednak poprzedzona rozważaniami natury systemowej (...)” – zob. S. Żółtek, Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności, Warszawa 2009, s. 243–244.

pewnych instytucji prawnych w różnych gałęziach prawa (mniej bądź bardziej wyraźnie kamuflowane) pozostaje systemowo niepokojącym rozwiązaniem. Tego rodzaju tendencje godzą bowiem m.in. w istotę spójności oraz przejrzystości systemu prawa. Stąd też wydaje się, że *sui generis* „powielanie” niektórych rozwiązań na gruncie różnych reżimów odpowiedzialności jest dopuszczalne wówczas, gdy uzasadnienia dla ich racji bytu nie są jednakowe. Innymi słowy – wprowadzenie „podobnych” regulacji powinno być dopuszczalne wtedy, gdy „pozornie” identycznym rozwiązaniom powierza się wszak różne zadania²¹.

Na kanwie powyższych spostrzeżeń warto ponadto dopowiedzieć, że nieuniknione zastrzeżenia wzbudza zawsze próba transformacji niektórych rozwiązań, właściwych prawu karnemu na grunt prawa cywilnego. Rozwiązania takie mogą prowadzić do nieuprawnionego różnicowania podobnych sytuacji, co w istocie należałoby ocenić jako szczególnie niepożądane, przede wszystkim z powodu dużego prawdopodobieństwa pozbawienia jednostki fundamentalnych gwarancji, których przestrzeganie jest wymagane w przypadku stosowania rozwiązań o charakterze represyjnym²².

II.

Podejmując prawnokarną analizę zakazu prowadzenia określonej działalności gospodarczej (art. 41 § 2 k.k.), warto zaznaczyć, iż wskazany środek karny²³ (będący przykładem środka karnego wymiernego w czasie²⁴)

²¹ Zob. L. Siwik, Potrzeba nowej regulacji odpowiedzialności za niedopełnienie zgłoszenia upadłości, *Przegląd Prawa i Administracji* 2004, t. XLIV, s. 238–239.

²² *Ibidem*, s. 238–239; zob. także P. Zi m m e r m a n, Artykuł 17(2) prawa upadłościowego – potrzebny, ale niezgodny z Konstytucją, *Przegląd Prawa Handlowego* 2002, nr 6, s. 30 i n.

²³ Nowelizacja Kodeksu karnego z 2015 r. w istotny sposób zmodyfikowała katalog środków karnych, przewidzianych art. 39 k.k. (zob. ustawę z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2015 r., poz. 396). Warto bowiem przypomnieć, że na mocy wspomnianej nowelizacji ustawodawca wyłączył ze wspomnianego katalogu: przepadek, obowiązek naprawienia szkody oraz na wiązkę, decydując tym samym o ich odrębnej regulacji w nowo dodanym rozdziale Va Kodeksu karnego. Ten oryginalny zabieg legislacyjny, niemający swojego odpowiednika w poprzednich kodyfikacjach karnych, służył podkreśleniu specyfiki wyróżnionych regulacji normatywnych. Choć niniejsza modyfikacja katalogu środków karnych stanowiła pożądaną reakcję wobec zgłaszanych w tym zakresie krytycznych uwag w piśmiennictwie, to jednak wprowadzone rozwiązanie nie pozostawało (i w istocie nie pozostaje) w pełni wolne od pewnych zastrzeżeń. Zob. w tym zakresie m.in.: S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 462–463; A. Muszyńska, *Naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem*, Warszawa 2010, s. 151; R. Giętkowski, *Hierarchia funkcji karnoprawnego obowiązku naprawienia*

stanowi jedną z form reakcji, uznawaną za instrument służący racjonalizowaniu polityki kryminalnej²⁵. W ramach zaś tradycyjnie przypisywanych mu funkcji dostrzega się nie tylko (jeśli nie przede wszystkim) jego walory prewencyjne, ale również elementy o wyraźnie represyjnym charakterze²⁶.

Dla rozpoznania istoty analizowanego środka karnego, czy też precyzując podstawy orzekania, kluczową rolę odgrywa, jak się wydaje, już samo objaśnienie jego nazwy, którą oddaje ustawowy zwrot w postaci „zakazu prowadzenia określonego rodzaju działalności gospodarczej”. Sens wspomnianego powyżej znamienia czynnościowego w postaci „prowadzenia”, niegenerującego, jak się wydaje, poważniejszych trudności interpretacyjnych, należałoby powiązać z – obiektywnie ocenianym²⁷ – zarówno faktycznym wykonywaniem czynności należących do zakresu określonej działalności gospodarczej, jak również choćby z *sui generis* „czynnościami przygotowawczymi”, zmierzającymi do zaistnienia takich czynności. Stąd też wypada podzielić pogląd, że: „(...) prowadzenie dzia-

szkody i jej znaczenie praktyczne, *Palestra* 2003, nr 11–12, s. 130–131; M. Szwarczyk, *Przypadek korzyści majątkowej po zmianach kodeksu karnego*, (w:) T. Bojarski, E. Skrętowicz (red.), *Nowe prawo karne po zmianach*, Lublin 2002, s. 20; A. Chomiuk-Żywalewska, *Przypadek przedmiotów i korzyści pochodzących z przestępstwa na podstawie badań*, (w:) E. M. Guzik-Makaruk (red.), *Przypadek przedmiotów i korzyści pochodzących z przestępstwa*, Warszawa 2012, s. 354 i n. Warto również nadmienić, że swoistym dopełnieniem omawianej tutaj zmiany nowelizacyjnej była modyfikacja art. 56 k.k. Spod jego regulacji wyłączono obowiązek naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, wskazując wprost, iż przepisy art. 53, art. 54 § 1 oraz art. 55 k.k. stosuje się odpowiednio do orzekania innych środków przewidzianych w Kodeksie karnym, z wyjątkiem obowiązku naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, do którego stosuje się przepisy prawa cywilnego (art. 46 § 1 k.k.).

²⁴ Zgodnie z treścią art. 43 § 1 k.k., określającego czasowy wymiar terminowych środków karnych, środek karny w postaci zakazu prowadzenia określonej działalności gospodarczej (art. 39 pkt 2 *in fine* k.k.) może zostać orzeczony od roku do lat 15.

²⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2003 r., sygn. WA 22/03, *Legalis* nr 90973; zob. także T. Kaczmarek, *Kryminalnopolityczne założenia nowego kodeksu karnego*, *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego* 1997, nr 1, s. 14–16; Z. Sienkiewicz, *Uwagi o regulacji przypadku przedmiotu przestępstwa i konfiskacie mienia w projekcie kodeksu karnego*, (w:) Z. Sienkiewicz (red.), *Wybrane zagadnienia reformy prawa karnego*, Wrocław 1997, s. 29; *eadem*, *Samoistne orzekanie środków karnych w nowym kodeksie karnym*, *Państwo i Prawo* 1997, nr 6, s. 54.

²⁶ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 12 grudnia 2018 r., sygn. II AKa 338/18, *LEX* nr 3037889; R. Krajewski, *Zakaz prowadzenia określonej działalności gospodarczej jako środek karny orzekany za przestępstwa*, (w:) S. Kamosiński, J. Laszkowska (red.), *Gospodarka wolnego rynku. Doświadczenia przeszłości, wskazówki na przyszłość*, Bydgoszcz 2017, s. 55.

²⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 14 marca 2019 r., sygn. III AUa 26/19, *LEX* nr 2776053.

łalności gospodarczej występuje zarówno w okresach faktycznego wykonywania usług, jak też w okresach wykonywania innych czynności związanych z działalnością – takich jak poszukiwanie nowych klientów, zamieszczanie ogłoszeń w prasie, załatwianie spraw urzędowych”²⁸.

Zdecydowanie więcej kontrowersji wzbudza natomiast próba przekonującego zdefiniowania „działalności gospodarczej”. W polskim porządku prawnym funkcjonuje kilka definicji tego pojęcia²⁹, co w rezultacie oznacza, że określenie działalności gospodarczej, zawarte w najbardziej rozpoznawalnym akcie prawnym poświęconym niniejszemu zagadnieniu – czyli w ustawie Prawo przedsiębiorców³⁰ – nie stanowi jedyne objaśnienia tego terminu. Wystarczy bowiem zapoznać się (przykładowo ujmując) z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług³¹ czy też z wyrośłą na gruncie Kodeksu cywilnego wykładnią wspomnianego pojęcia³², aby przekonać się o jego odmiennych ujęciach³³. Choć pewnym usprawnieniem dla niejednolitego definiowania omawianego terminu po-

²⁸ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2005 r., sygn. I UK 80/05, Legalis nr 77731; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 17 grudnia 2003 r., sygn. III AUa 1531/03, Legalis nr 61352; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 lipca 2003 r., sygn. II UK 111/03, Legalis nr 58286; trafnie przy tym podniesiono w orzecznictwie, że: „(...) nie jest możliwe wykonywanie »abstrakcyjnej« działalności gospodarczej. Każda działalność gospodarcza prowadzona jest w określonym zakresie” – wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 7 kwietnia 2008 r., sygn. VI SA/Wa 1893/07, Legalis nr 276503.

²⁹ A. Olszewski, Wpływ orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej na mandat członka zarządu spółki kapitałowej, *Monitor Prawniczy* 2019, nr 1, s. 36–37.

³⁰ Ustawa Prawo przedsiębiorców tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 162 ze zm.

³¹ Zob. art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, tekst jedn. Dz. U. z 2022 r., poz. 931.

³² Cywilistyczne ujęcie działalności gospodarczej, o której mowa m.in. w art. 43¹ k.c. obejmować miało zasadniczo wszelkie możliwe sfery, w których przedsiębiorca podejmował czynności prawne (aktywności gospodarcze) z innymi podmiotami.

³³ Zob. też art. 5a ust. 6 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych, tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 1128 ze zm., jak również art. 3 pkt 9 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. ordynacja podatkowa tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 1540 ze zm., w której przewidziano, że pod pojęciem działalności gospodarczej należy rozumieć każdą działalność zarobkową w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców, tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 162 ze zm., w tym wykonywanie wolnego zawodu, a także każdą inną działalność zarobkową wykonywaną we własnym imieniu i na własny lub cudzy rachunek, nawet gdy inne ustawy nie zaliczają tej działalności do działalności gospodarczej lub osoby wykonującej taką działalność do przedsiębiorców. Z kolei w art. 2 pkt 17 ustawy z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 743 wskazano, że pod pojęciem działalności gospodarczej należy rozumieć działalność gospodarczą, do której mają zastosowanie reguły konkurencji określone w przepisach części trzeciej tytułu VII rozdziału 1 TFUE.

zostaje niewątpliwie dynamiczny rozwój współczesnych stosunków gospodarczych, to trudno byłoby jednak nie zauważyć, że zasygnalizowana tutaj rozbieżność nie sprzyja zwłaszcza zachowaniu przejrzystości oraz pewności prawa, a w konsekwencji również kształtowaniu optymalnych warunków, istotnych z perspektywy poszanowania zasady ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa³⁴.

Mając na względzie wysunięte dotąd obawy wydaje się, że swoistą – mniej bądź bardziej udaną – próbę wyjścia z tego impasu terminologicznego odzwierciedlało stanowisko Sądu Najwyższego, w którym stwierdzono, iż definicja zawarta w nieobowiązującej ustawie o swobodzie działalności gospodarczej³⁵ (aktualnie zastąpionej przez wspomnianą ustawę Prawo przedsiębiorców) powinna być jednak: (...) traktowana jako powszechnie obowiązujące rozumienie tego pojęcia w polskim systemie prawnym, wiążące zarówno dla ustawodawcy, jak i organów wykonawczych oraz sądowniczych³⁶. Wyrażony tutaj pogląd mógłby – przynajmniej *prima facie* – zachować aktualność w obowiązującym stanie prawnym, co oznaczałoby w konsekwencji, iż definicję działalności gospodarczej, zawartą w ustawie Prawo przedsiębiorców, należałoby po-

³⁴ Trafnie zatem podniesiono m.in. w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 czerwca 2000 r., sygn. P 3/00, OTK 2000, nr 5, poz. 138, uznając, że: „Zasada zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa opiera się na pewności prawa, a więc takim zespole cech przysługujących prawu, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne; umożliwiają jej decydowanie o swoim postępowaniu w oparciu o pełną znajomość przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie jej działania mogą pociągnąć za sobą. Jednostka winna mieć możliwość określenia zarówno konsekwencji poszczególnych zachowań i zdarzeń na gruncie obowiązującego w danym momencie stanu prawnego jak też oczekiwać, że prawodawca nie zmieni ich w sposób arbitralny. Bezpieczeństwo prawne jednostki związane z pewnością prawa umożliwia więc przewidywalność działań organów państwa a także prognozowanie działań własnych. W ten sposób urzeczywistniana jest wolność jednostki, która według swoich preferencji układa swoje sprawy i przyjmuje odpowiedzialność za swoje decyzje, a także jej godność, poprzez szacunek porządku prawnego dla jednostki, jako autonomicznej, racjonalnej istoty”.

³⁵ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, tekst jedn. Dz. U. poz. 2168.

³⁶ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2009 r., sygn. V KK 330/08, LEX nr 485044; zob. także uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 2005 r., sygn. III CZP 88/04, OSNC 2006, nr 1, poz. 5; zob. ponadto M. Sieradzka, (w:) N. Zdyb, M. Sieradzka (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: Komentarz, Warszawa 2011, s. 35; zob. także J. Lic, M. Łuc, Definicja pojęć „działalność gospodarcza” i „przedsiębiorca” (potrzeba rewizji), Państwo i Prawo 2008, nr 10, s. 60. Autorzy wyrazili również pogląd, iż: „Definicja działalności gospodarczej jest podstawową definicją dla całego systemu prawa. Jest ona umiejscowiona w akcie prawa publicznego, jakim jest ustawa o swobodzie działalności gospodarczej (...)”.

traktować jako uniwersalne czy nawet w pewnym stopniu wiążące ujęcie tego terminu na gruncie rodzimego systemu prawa³⁷. Za przyjęciem tego stanowiska przemawiałaby m.in. dodatkowo redakcja art. 3 cytowanej ustawy, w świetle której nie zawarto w istocie zastrzeżenia, że definicja działalności gospodarczej obowiązuje tylko na gruncie ustawy Prawo przedsiębiorców. Definiując pojęcie działalności gospodarczej we wskazanym powyżej przepisie ustawodawca nie posłużył się bowiem zawężającym zwrotem, *expressis verbis* wskazującym, że podana w ustawie Prawo przedsiębiorców definicja jest wyłącznie definicją „w rozumieniu tej (a tym samym już nie innej) ustawy”³⁸.

Dążąc zatem (wobec dotychczasowego kierunku prowadzonych rozważań) do przybliżenia definicji działalności gospodarczej, jaka wynika z ustawy Prawo przedsiębiorców, należałoby w pierwszej kolejności zaznaczyć, że różni się ona (choć niecałkowicie) od nieco archaicznie brzmiącego ujęcia swojej „poprzedniczki”³⁹, przewidzianej w nieobowiązującej już ustawie o swobodzie działalności gospodarczej⁴⁰. Zgodnie z art. 3 ustawy Prawo przedsiębiorców, działalnością gospodarczą jest zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły. Nowa, zdecydowanie bardziej syntetyczna, definicja nie zawiera przede wszystkim wskazania rodzajów działalności gospodarczej (na wzór ustawy o swobodzie działalności gospodarczej), gdyż – jak uznali projektodawcy – „(...) wyliczenie i tak nie stanowi żadnego praktycznego ograniczenia (delimitacji) przy kwalifikowaniu określonych przejawów aktywności do kategorii działalności gospodarczej”⁴¹. Z brzmienia powołanego przepisu wynika więc jedynie, że działalność gospodarczą wyróżniają cztery normatywne cechy, tj.: zorganizowanie, zarobkowość, wykonywanie

³⁷ Zob. M. Zieliński, Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki, Warszawa 2002, s. 311.

³⁸ Zob. B. J. Stefańska, Zakaz prowadzenia określonej działalności gospodarczej, (w:) R. A. Stefański (red.), Środki karne po nowelizacji w 2015 r., Warszawa 2016, s. 111; zob. także w tym zakresie wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 marca 2002 r., sygn. I SA/Wr 2057/99, Legalis nr 54909.

³⁹ Zob. M. Sieradzka, Zakres przedmiotowy i podmiotowy ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – prawo przedsiębiorców, Monitor Podatkowy 2018, nr 13, s. 35.

⁴⁰ Wspomniana powyżej, nieobowiązująca już ustawa o swobodzie działalności gospodarczej z dnia 2 lipca 2004 r., tekst jedn. Dz. U. poz. 2168 przewidywała, że działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły.

⁴¹ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy – Prawo przedsiębiorców, druk sejmowy nr 2051, s. 19, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2051>; dostęp 14 stycznia 2022 r.

we własnym imieniu oraz ciągłość⁴², które tym samym przesądzają o zakwalifikowaniu danej działalności jako działalności gospodarczej⁴³.

Zaakcentowany wymóg „zorganizowania” łączy się niewątpliwie z koniecznością spełnienia formalnych oraz funkcjonalnych przesłanek, które są niezbędne dla prowadzenia działalności gospodarczej, świadczących łącznie o tym, że dana działalność jest aktywnością niemającą charakteru przypadkowego⁴⁴. W tym pierwszym aspekcie „zorganizowania” wymienia się najczęściej następujące obowiązki: rejestrację działalności gospodarczej, zgłoszenia podatkowe oraz statystyczne, obowiązki związane z ubezpieczeniem społecznym, konieczność prowadzenia działalności gospodarczej w określonej formie organizacyjno-prawnej, uzyskanie określonych aktów administracyjnych, tj. koncesji, zezwolenia⁴⁵. Z kolei funkcjonalny aspekt „zorganizowania” determinuje konieczność uzyskania środków finansowych na podjęcie działalności gospodarczej (w tym m.in.: zatrudnienie pracowników, zakup czy najem lokalu)⁴⁶, jak również wykorzystanie konkretnych składników materialnych (np. nieruchomości lub ruchomości) lub składników niematerialnych (np. *know-how*)⁴⁷.

„Zarobkowość” jako druga cecha działalności gospodarczej odnosi się natomiast do celu jej prowadzenia, służąc wskazaniu, iż celem tym pozostaje osiągnięcie dochodu, który jest rozumiany jako nadwyżka przychodów nad nakładami tej działalności. Cecha ta nie oznacza jednak, że przynoszenie strat przez daną działalność pozbawia jej *per se* statusu działalności gospodarczej. Konieczność uwzględnienia ryzyka straty powoduje w konsekwencji, że o zarobkowym charakterze działalności go-

⁴² W kontekście wymienionej regulacji aktualność zachowuje pogląd, w którym wskazano, że brak którejkolwiek z wymienionych cech oznacza, że dana działalność nie może być zakwalifikowana do kategorii działalności gospodarczej – zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 28 kwietnia 2009 r., sygn. III SA/Po 374/08, Legalis nr 171246; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 8 września 2016 r., sygn. III AUa 551/16, Legalis nr 1533055. Warto przy tym nadmienić, że w orzecznictwie wyrażono pogląd, iż poza wymienionymi cechami normatywnymi istotę działalności gospodarczej determinuje m.in. jej „zewnątrzny charakter”, związany np. ze świadczeniem usług osobom trzecim – zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 1998 r., sygn. III CZP 7/98, Legalis nr 32312.

⁴³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 lutego 2020 r., sygn. V ACa 233/19, LEX nr 2855273.

⁴⁴ M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 50.

⁴⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 30 października 2014 r., sygn. III AUa 110/14, LEX nr 1682899; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z dnia 7 maja 2008 r., sygn. I SA/Op 18/08, LEX nr 484040.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 7 kwietnia 2021 r., sygn. I SA/Po 200/21, LEX nr 3176357.

spodarczej nie decyduje więc rzeczywiste osiągnięcie z niej zysku, lecz *de facto* zamiar jego osiągnięcia⁴⁸.

Charakteryzując z kolei normatywny wymóg prowadzenia działalności gospodarczej „we własnym imieniu” należałoby przede wszystkim zaznaczyć, że warunek ten będzie spełniony wówczas, gdy podmiot organizujący działalność czyni to „na swoją rzecz” i w rezultacie ponosi odpowiedzialność za zaciągnięte w tym zakresie zobowiązania. Niniejszej przesłanki definicyjnej nie będą tym samym spełniać działania podejmowane m.in. przez pracowników, pełnomocników czy prokurentów⁴⁹.

Ostatnim zaś komponentem ustawowego ujęcia działalności gospodarczej pozostaje „ciągłość” jej prowadzenia, co powinno przejawiać się w dwóch aspektach, tj. w zakresie powtarzalności czynności oraz w zamiarze „niekrótkiego” prowadzenia działalności gospodarczej. Stąd też trudno doszukiwać się tej cechy m.in. w sytuacjach, gdy całokształt okoliczności faktycznych i prawnych przemawia za tym, że od początku wysoce wątpliwe było prowadzenie działalności gospodarczej przez określony podmiot⁵⁰, jak również wówczas, gdy działalność została ograniczona do jednorazowych, okazjonalnych czy też sporadycznych przedsięwzięć gospodarczych⁵¹.

Przybliżając definicyjne ujęcie działalności gospodarczej warto także w tym miejscu podkreślić, że w świetle w art. 5 ust. 1 ustawy Prawo przedsiębiorców zastrzeżono, iż za działalność gospodarczą nie uważa się działalności wykonywanej przez osobę fizyczną, której przychód należny z tego tytułu nie przekracza w żadnym miesiącu 50% kwoty minimalnego wynagrodzenia, o którym mowa w ustawie z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r., poz. 2177 oraz z 2019 r., poz. 1564), i która w okresie ostatnich 60 miesięcy nie wykony-

⁴⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 9 listopada 2020 r., sygn. III AUa 970/18, LEX nr 3115004; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 6 marca 2018 r., sygn. III AUa 762/17, LEX nr 2488751; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 lutego 2018 r., sygn. II UK 711/16, LEX nr 2459704; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 19 września 2017 r., sygn. III AUa 1315/16, LEX nr 2376977.

⁴⁹ Zob. K. Brózda, Nowe prawo przedsiębiorców a zamówienia publiczne, *Prawo Zamówień Publicznych* 2018, nr 1, s. 94; zob. także wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 26 marca 2019 r., sygn. III AUa 547/18, LEX nr 2739623.

⁵⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 21 maja 2018 r., sygn. III AUa 602/17, LEX nr 2537583; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 13 grudnia 2017 r., LEX nr 2472495; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2017 r., sygn. II UK 573/16, LEX nr 2434455; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2017 r., sygn. I UK 366/16, LEX nr 2397630.

⁵¹ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 8 kwietnia 2021 r., sygn. I SA/Po 229/21, LEX nr 3172268.

wała działalności gospodarczej⁵². Zgodnie jednak z art. 5 ust. 2 cytowanej ustawy osoba wykonująca wspomnianą działalność jest uprawniona do złożenia wniosku o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej⁵³. Wówczas działalność ta staje się działalnością gospodarczą z dniem określonym we wniosku. W kontekście niniejszego wyjątku, warto jednocześnie w tym miejscu nadmienić, że (poza wskazaną powyżej działalnością nieewidencjonowaną) również na mocy jeszcze innych regulacji normatywnych niektóre rodzaje działalności podlegają wprost wyłączeniu z zakresu rozważanego tutaj pojęcia działalności gospodarczej⁵⁴.

Kontynuując podjęte analizy, wypada ponadto zaznaczyć, że podobnie jak w nieobowiązującej ustawie o swobodzie działalności gospodarczej, tak samo na gruncie ustawy Prawo przedsiębiorców (art. 6 ust. 1 cyt. ustawy) przewidziano, że niektóre rodzaje działalności gospodarczej podlegają wyłączeniu spod jej regulacji. Wyjątkami w tej materii pozostają: 1) działalność wytwórcza w rolnictwie w zakresie upraw rolnych oraz chowu i hodowli zwierząt, ogrodnictwa, warzywnictwa, leśnictwa i rybactwa śródlądowego; 2) wynajmowanie przez rolników pokoi, sprzedaży posiłków do-

⁵² Konsekwencją tego wyłączenia pozostaje stwierdzenie, że skoro działalność określona w cytowanym przepisie nie jest działalnością gospodarczą, to tym samym podmiot ją wykonujący nie będzie uznany za przedsiębiorcę w rozumieniu ustawy – Prawo przedsiębiorców; może on jedynie uzyskać status przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów k.c. (o ile spełnia stosowne przesłanki wynikające z art. 43¹ k.c. Należy także podkreślić, iż art. 5 ust. 5 cytowanej ustawy wprowadza zastrzeżenie, zgodnie z którym za tzw. działalność nieewidencjonowaną nie może być uznana działalność wykonywana w ramach umowy spółki cywilnej.

⁵³ Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i Punkcie Informacji dla Przedsiębiorcy, tekst jedn. Dz. U. z 2022 r., poz. 541.

⁵⁴ Zob. np. art. 425 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce tekst jedn. Dz. U. z 2022 r., poz. 574, w którym wskazano, że wykonywanie przez uczelnię zadań, o których mowa w art. 11 cytowanej ustawy, tj. 1) prowadzenie kształcenia na studiach; 2) prowadzenie kształcenia na studiach podyplomowych lub innych form kształcenia; 3) prowadzenie działalności naukowej, świadczenia usług badawczych oraz transferu wiedzy i technologii do gospodarki; 4) prowadzenie kształcenia doktorantów; 5) kształcenie i promowanie kadr uczelni; 6) stwarzanie osobom niepełnosprawnym warunków do pełnego udziału w procesie przyjmowania na uczelnię w celu odbywania kształcenia, w kształceniu oraz w prowadzeniu działalności naukowej; 7) wychowywanie studentów w poczuciu odpowiedzialności za państwo polskie, tradycję narodową, umacnianie zasad demokracji i poszanowanie praw człowieka; 8) stwarzanie warunków do rozwoju kultury fizycznej studentów; 9) upowszechnianie i pomnażanie osiągnięć nauki i kultury, w tym przez gromadzenie i udostępnianie zbiorów bibliotecznych, informacyjnych i archiwalnych; 10) podejmowanie działań na rzecz społeczności lokalnych i regionalnych, a także prowadzenie działalności sportowej, rehabilitacyjnej lub diagnostycznej nie stanowi działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2021 r., poz. 162 i 2105 oraz z 2022 r., poz. 24).

owych i świadczenia w gospodarstwach rolnych innych usług związanych z pobytem turystów; 3) wyrobu wina przez producentów wina w rozumieniu art. 2 pkt 23 ustawy z dnia 2 grudnia 2021 r. o wyrobach winiarskich (Dz. U. z 2022 r., poz. 24) będących rolnikami wyrabiającymi mniej niż 100 hektolitrów wina w roku winiarskim wyłącznie z winogron pochodzących z własnych upraw winorośli; 4) działalność rolników w zakresie sprzedaży, o której mowa w art. 20 ust. 1c ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz. U. z 2020 r., poz. 1426, ze zm.); 5) działalność prowadzona przez koła gospodyń wiejskich na podstawie ustawy z dnia 9 listopada 2018 r. o kołach gospodyń wiejskich (Dz. U. z 2020 r., poz. 553 i 932), które spełniają warunki, o których mowa w art. 24 ust. 1 tej ustawy⁵⁵. Powyższe wyłączenia nie pozbawiają *per se* wymienionych rodzajów działalności należnego im charakteru działalności gospodarczej. W świetle powołanej regulacji ustawodawca wskazał bowiem jedynie, że przepisów komentowanej ustawy nie stosuje się do wymienionych tutaj rodzajów działalności gospodarczej⁵⁶.

Dotychczasowe ustalenia przybliżają wprawdzie istotę pojęcia działalności gospodarczej, wyeksponowanego na gruncie ustawy Prawo przedsiębiorców, ale jednocześnie nie przesądzają – zwłaszcza *verba legis* – o akceptacji dla możliwości nadania mu uniwersalnego, ogólnosystemowego znaczenia. Stąd też próby swoistego zaadaptowania niniejszego ujęcia działalności gospodarczej na gruncie poszczególnych gałęzi prawa wydają się (niezależnie od podnoszonych wcześniej argumentów) problematyczne, generując nieuniknione (mniejsze bądź większe) spory interpretacyjne. Dostrzegając ich obecność także na płaszczyźnie rozważanego art. 41 § 2 k.k., należałoby zaznaczyć, iż w treści tego przepisu nie zawarto wszak żadnego odwołania do jakiegokolwiek regulacji prawnej, definiującej pojęcie działalności gospodarczej. W konsekwencji można by więc wywnioskować, że *de facto* brakuje normatywnych pod-

⁵⁵ Poza tym w niniejszej ustawie (art. 6 ust. 2) zastrzeżono, że do działalności gospodarczej polegającej na świadczeniu usług stosuje się odpowiednio przepisy art. 7–11 i rozdziału 6 ustawy o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 6 marca 2018 r., tekst jedn. Dz. U. z 2022 r., poz. 470.

⁵⁶ Zob. w tym zakresie wyrażane już wcześniej poglądy. Zob. m.in. uchwałę Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 2 kwietnia 2007 r., sygn. II OPS 1/07, LEX nr 249087; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 29 sierpnia 2007 r., sygn. II OSK 1618/06, LEX nr 364703; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 maja 2013 r., sygn. VI ACa 1472/12, LEX nr 1335770; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 6 kwietnia 2017 r., sygn. I ACa 892/16, LEX nr 2317666; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 28 lutego 2017 r., sygn. II GSK 1388/15, LEX nr 2429584.

staw, aby móc jednoznacznie stwierdzić, iż wiążące wyjaśnienie analizowanego pojęcia znajduje się w tym bądź innym akcie prawnym⁵⁷. Swoistym zaś odzwierciedleniem możliwych kierunków czy koncepcji rozumienia pojęcia działalności gospodarczej na płaszczyźnie rozważań karnistycznych pozostaje zresztą wyrażony w orzecznictwie pogląd, w którym podniesiono, że: „Przepis art. 41 § 2 k.k. nie dotyczy tylko formalnie zgłoszonej działalności gospodarczej, ale również czynności faktycznych, które taką działalność w rzeczywistości stanowią”⁵⁸. Powyższe stanowisko mogłoby uzyskać nawet szerszą aprobatę, przede wszystkim ze względu na niekwestionowaną funkcję prewencyjną, którą powierza się komentowanemu środkowi karnemu⁵⁹.

III.

Przechodząc do analizy ustawowych przesłanek orzekania środka karnego w postaci zakazu prowadzenia określonej działalności gospodarczej (art. 41 § 2 k.k.), należy w pierwszej kolejności zaznaczyć, że warunkiem jego zastosowania jest „skazanie sprawcy za przestępstwo popełnione w związku z prowadzeniem takiej działalności”⁶⁰. Z brzmienia przytoczonego fragmentu przepisu wynika zatem, że ustawodawca uzależnił możliwość orzeczenia zakazu prowadzenia określonej działalności gospodarczej od wydania wyroku skazującego. W świetle postanowień art. 413 § 2 k.p.k. można wywnioskować, że wyrokiem skazującym jest wyrok, w którym następuje przypisanie oskarżonemu przestępstwa i rozstrzygnięcie co do kary i innych, wymienionych w tym przepisie środków

⁵⁷ Zob. P. Gensikowski, Zakaz zajmowania określonego stanowiska, wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej, (w:) P. Daniłuk (red.), Środki karne, przepadek i środki kompensacyjne w znowelizowanym Kodeksie karnym, Warszawa 2017, s. 64 i n.; zob. także J. Kulesza, (w:) M. Melezini (red.), System Prawa Karnego. Tom 6. Kary i inne środki reakcji prawnokarnej, Warszawa 2016, s. 595.

⁵⁸ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 3 czerwca 2016 r., sygn. II AKa 15/16, LEX nr 2336265; tak też w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 3 marca 2016 r., sygn. II AKa 15/16, LEX nr 2087695, jak również w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 2 lutego 2016 r., sygn. II AKa 380/15, LEX nr 2009556. Zob. ponadto wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2018 r., sygn. III AUa 749/17, LEX nr 2493619; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 10 lutego 2016 r., sygn. III AUa 849/15, LEX nr 2015602.

⁵⁹ Wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 25 kwietnia 2012 r., sygn. II Ka 236/12, LEX nr 1713873.

⁶⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 marca 2019 r., sygn. II AKa 436/18, Legalis nr 2122991.

reakcji prawnokarnej (a w razie potrzeby – również rozstrzygnięcie co do zaliczenia na ich poczet okresów wskazanych w art. 63 k.k.)⁶¹. Poza tym wyrokiem skazującym jest także wyrok, w którym sąd odstępuje od wymierzenia kary (wydanie takiego wyroku nie jest przy tym równoznaczne z niemożnością orzeczenia środka karnego). Do wymienionej kategorii wyroków nie sposób natomiast zaliczyć wyroków warunkowo umarzających postępowanie karne⁶².

Dalsza analiza powyższego fragmentu regulacji z art. 41 § 2 k.k. skłania również do wyrażenia wniosku, że rodzaj działalności gospodarczej, w odniesieniu do której omawiany zakaz jest orzekany, powinien stanowić wprost pochodną czynu, za jaki skazano sprawcę⁶³. Punktem odniesienia w tej materii nie mogą zatem pozostawać m.in. osobiste cechy sprawcy, czy też generalny brak umiejętności do prowadzenia jakiegokolwiek działalności gospodarczej⁶⁴.

Normatywną przesłanką orzekania omawianego zakazu pozostaje ponadto konieczność wykazania, że „dalsze prowadzenie określonej działalności gospodarczej zagraża istotnym dobrom chronionym prawem”⁶⁵. Choć w piśmiennictwie podejmowano próby objaśnienia tego zwrotu ustawowego⁶⁶, to jednak wydaje się, że ich rezultaty potwierdzają wyłącznie

⁶¹ Zob. także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2004 r., sygn. V KK 337/03, OSNwSK 2004, nr 1, poz. 700.

⁶² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2008 r., sygn. III KK 167/08, Legalis nr 120844.

⁶³ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2012 r., sygn. V KK 449/11, LEX nr 1165303.

⁶⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 kwietnia 2007 r., sygn. IV KK 114/07, LEX nr 262667.

⁶⁵ Przykładami wypełniającymi niniejszą przesłankę pozostają m.in. czyny powodujące zniszczenia lub zagrożenia w środowisku (art. 181–183 k.k.), polegające na wyrabianiu lub wprowadzaniu do obrotu szkodliwych dla zdrowia substancji, środków spożywczych lub farmaceutycznych (art. 165 k.k.), spowodowaniu powszechnego zagrożenia dla życia lub zdrowia albo poważnych szkód w mieniu (art. 163 i art. 164 k.k.) – zob. B. J. Stefańska, *op. cit.*, s. 116.

⁶⁶ W doktrynie wyrażono pogląd, że: „(...) sensowna wydaje się wykładnia zakładająca, zgodnie z historyczną genezą obecnego przepisu art. 41, że podstawą zakazu wykonywania czynności zawodowych (zawodu, stanowiska, działalności) może być jedynie zagrożenie dóbr ponadindywidualnych, społecznych, w których ochronie interes publiczny ma znaczenie dominujące nad interesem prywatnym. Nie będzie podstawą orzeczenia omawianego zakazu zagrożenie dla czci jednostki, czy też nietykalności cielesnej. Zgodnie z proponowaną wykładnią kryterium formalnym będzie tryb ścigania. Dobrami istotnymi w rozumieniu art. 41 k.k. są te, które chroni się za pomocą kryminalizacji zachowań ściganych w trybie publicznoskargowym i wnioskowym, nie będą zaś dobra, które ustawodawca chroni pozostawiając ściganie przestępstw w niegodzących trybowi prywatnoskargowemu” – zob. W. Zalewski, (w:) M. Królikowski, R. Za-

prawidłowość, iż dobra chronione prawem nie posiadają jednolitej wartości⁶⁷. Niezależnie od niniejszej uwagi wydaje się, że wskazana okoliczność, stanowiąca jakkolwiek wyzwanie interpretacyjne⁶⁸, wprowadza zasadnicze ograniczenie co do swobody orzekania omawianego środka karnego. Przy jej wykładni nie sposób zaś w szczególności pominąć przesłania, jakie wynika z karnoprosesowej zasady *in dubio pro reo*, nakazującej wszak przyjąć, iż: „(...) przesłanka ta będzie (...) mogła być uznana za spełnioną tylko wówczas, gdy prawdopodobieństwo przyszłego naruszenia przez sprawcę dóbr prawnych zostanie w sposób niebudzący wątpliwości uznane za realne. Jeżeli istnieje tylko przypuszczenie, ryzyko przyszłego naruszenia dóbr, odpada możliwość zastosowania art. 41 k.k.”⁶⁹

Orzekając omawiany środek karny, sąd musi również precyzyjnie określić przedmiotowy zakres niniejszego zakazu. Niedopuszczalne pozostałoby zwłaszcza ogólne stwierdzenie, poprzestające przykładowo jedynie na wskazaniu długości okresu, na jaki zostanie on orzeczony⁷⁰ bądź też na równie ogólnym stwierdzeniu, iż przedmiotem zakazu jest np. działalność handlowa⁷¹. Sprzeciwiają się temu zwłaszcza względy gwarancyjne⁷², które wymagają doprecyzowania rodzaju działalności gospodarczej objętej zakazem⁷³. Zaakcentowana tutaj potrzeba zachowania określoności przy orzekaniu analizowanego zakazu działalności gospodarczej wymaga także spostrzeżenia, że na podstawie art. 41 § 2 k.k. nie jest możliwe całkowite wyłączenie aktywności gospodarczej sprawcy⁷⁴. Warto bowiem podkreślić, że w sytuacjach, kiedy ustawodawca zamierza wykluczyć

włocki (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 1–116, Warszawa 2017, s. 670. Zaproponowane ujęcie, może jednak wzbudzać pewne wątpliwości, zarówno z perspektywy wykładni językowej, jak również celowościowej.

⁶⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 24 października 2012 r., sygn. II AKa 297/12, LEX nr 1238664.

⁶⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 1991 r., sygn. WRN 195/90, LEX nr 20456; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2001 r., sygn. I KZP 18/01, OSNKW 2001, nr 11–12, poz. 89; wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 czerwca 2012 r., sygn. II AKa 119/12, LEX nr 1316245.

⁶⁹ J. A. Kułesza, Glosa do wyroku SN z dnia 4 sierpnia 2008 r., sygn. IV KK 206/08, Wojskowy Przegląd Prawniczy 2011, nr 2, s. 124.

⁷⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2017 r., sygn. IV KK 113/17, LEX nr 2278316.

⁷¹ R. Krajewski, *op. cit.*, s. 59.

⁷² *Ibidem*; zob. także W. Dądak, Rola środka karnego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej w zapobieganiu przestępczości, Prokuratura i Prawo 2010, nr 4, s. 99.

⁷³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 10 marca 2015 r., sygn. II AKa 150/14, LEX nr 2419575; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 19 września 2014 r., sygn. II AKa 113/14, LEX nr 1526917.

⁷⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2011 r., sygn. III KK 169/11, LEX nr 860611.

sprawcę od podejmowania jakiejkolwiek aktywności czy działalności, wówczas wyraźnie zaznacza to w przepisie normującym podstawy orzekania danego zakazu. Taką właśnie konstrukcję legislacyjną zastosowano m.in. w odniesieniu do zakazu zajmowania stanowisk (wszelkich lub określonych), wykonywania zawodów (także wszelkich lub określonych) – art. 41 § 1a k.k. czy też prowadzenia pojazdów mechanicznych (wszelkich lub określonego rodzaju) – art. 42 § 2 k.k.⁷⁵. Skoro zaś w art. 41 § 2 k.k. przewidziano możliwość orzekania zakazu prowadzenia działalności gospodarczej tylko określonego rodzaju, to jest oczywiste, że orzekając zakaz przewidziany w tym przepisie sąd jest zobowiązany do ścisłego przestrzegania normatywnie wprowadzonych ograniczeń⁷⁶.

Analizując istotę omawianego środka karnego warto również zauważyć, że z ustawowych podstaw orzekania tego zakazu nie wynika niemożność orzeczenia dwóch lub nawet więcej określonych rodzajów działalności gospodarczej (oczywiście pod warunkiem spełnienia ustawowych przesłanek)⁷⁷. Jednocześnie wypada zaznaczyć, że omawiany zakaz prowadzenia określonej działalności odnosi się do wszelkich czynności objętych danym, skonkretyzowanym rodzajem działalności gospodarczej, a w rezultacie do jej całości, a nie jedynie do części⁷⁸. Z normatywnego brzmienia art. 41 § 2 k.k. nie wynika natomiast, aby regulacja ta dotyczyła wyłącznie osób *hic et nunc* czynnych zawodowo. Stąd też pewne kontrowersje wzbudza stanowisko Sądu Apelacyjnego w Katowicach, w którym stwierdzono, że w przypadku emerytów trudno już mówić o potrzebie ich wyeliminowania z dalszej działalności gospodarczej, skoro – jak podniesiono – miałyby to: „(...) jedynie iluzoryczny, a nie represyjny wymiar”⁷⁹. W orzeczeniu tym pominięto w istocie, że komentowany zakaz oddziałuje wszak na przyszłość, uniemożliwiając prowadzenia działalności nim objętej, także osobom, które będąc na emeryturze, chciałyby np. kontynuować prowadzenie działalności gospodarczej.

⁷⁵ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 lutego 2006 r., sygn. IV KK 18/06, LEX nr 173641.

⁷⁶ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 sierpnia 2008 r., sygn. IV KK 206/08, LEX nr 445505; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2009 r., sygn. V KK 245/08, LEX nr 485021.

⁷⁷ J. A. Kułesza, *op. cit.*, s. 122.

⁷⁸ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 lutego 2004 r., sygn. I KZP 47/03, OSNKW 2004, nr 3, poz. 35; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2001 r., sygn. I KZP 18/01, OSNKW 2001, nr 11–12, poz. 89; J. A. Kułesza, *op. cit.*, s. 122.

⁷⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 24 listopada 2016 r., sygn. II AKa 366/16, LEX nr 2309493.

Przedstawione dotychczas, ustawowe przesłanki orzekania omawianego środka karnego nie stanowią jedynych warunków, uprawniających do jego zastosowania. Doniosłą rolę w tym zakresie odgrywają również kodeksowe wskazania rządzące sądowym wymiarem kary. Z brzmienia art. 56 k.k. wynika bowiem, że regulacje odpowiadające za kształtowanie sądowego wymiaru kary znajdują „odpowiednie” zastosowanie przy orzekaniu innych niż kary środków reakcji prawnokarnej⁸⁰. Zaakcentowane tutaj „odpowiednie” stosowanie ustawowych wskazań sądowego wymiaru kary na płaszczyźnie orzekania środków karnych oznacza, że: „(...) przepis, który ma być odpowiednio stosowany, jest źródłem normy kierowanej do dwóch zakresów odniesienia. Pierwszy z nich reguluje instytucję prawną, z którą przepis odesłania jest bezpośrednio związany. Drugi zakres odniesienia obejmuje regulację innej instytucji, przy której normowaniu zamieszczono przepis odsyłający. Treść normy funkcjonującej w pierwszym zakresie odniesienia daje się ustalić wprost z brzmienia przepisu odesłania. Natomiast przeniesienie tej normy poza macierzysty zakres regulacji odbywa się z założonym przez ustawodawcę dostosowaniem do drugiego zakresu odniesienia, dopuszczonym formułą »odpowiedniego« stosowania przepisu. Przy ustalaniu sposobu dostosowania normy w drugim zakresie odniesienia, niezbędne staje się wykorzystanie zasad wykładni systemowej i funkcjonalnej”⁸¹. Z przytoczonej wypowiedzi należałoby zatem wywnioskować, że sens klauzuli „odpowiedniego” stosowania będzie w praktyce sprowadzał się do stosowania pewnych rozwiązań wprost bądź tylko w pewnym zakresie, bądź też nawet będzie równoznaczny z ich pominięciem⁸². Powyższy wniosek, znajdujący – generalne – odzwierciedlenie w kontekście orzekania środków karnych, wymaga pewnego zastrzeżenia. Wymóg „odpowiedniego”

⁸⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 października 2005 r., sygn. II AKa 239/05, Legalis nr 73260; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 12 grudnia 2014 r., sygn. II AKa 346/14, Legalis nr 1219030.

⁸¹ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 2001 r., sygn. I KZP 50/00, OSNKW 2001, nr 3–4, poz. 16; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 2006 r., sygn. I KZP 6/06, OSNKW 2006, nr 6, poz. 56; zob. także wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 12 grudnia 2014 r., sygn. II AKa 346/14, Legalis nr 1219030; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 25 listopada 2014 r., sygn. II AKa 210/14, Legalis nr 1245489; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 28 stycznia 2014 r., sygn. II AKa 1/14, Legalis nr 1241693.

⁸² W judykaturze zwrócono uwagę, że: „(...) pojęcie »odpowiedniości« stosowania określonego przepisu oznacza, że niektóre (...) postanowienia będzie można stosować bez żadnej modyfikacji, inne trzeba będzie odpowiednio zmodyfikować, a jeszcze innych w ogóle nie będzie można stosować” – zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. III CZP 57/12, LEX nr 1321173.

uwzględnienia ustawowych wskazań rządzących wymiarem kary przy ich orzekaniu (art. 56 k.k.) nie znajdzie jednak zakładanego urzeczywistnienia, gdy decyzja o zastosowaniu określonych środków karnych wynika z mocy samego prawa. Nadany niektórym środkom karnym obligatoryjny charakter skutkuje bowiem w praktyce tym, że swobodne uznanie sądu zostaje *de facto* zastąpione swoistym automatyzmem orzeczniczym, który z oczywistych względów: „(...) uniemożliwia zindywidualizowane traktowanie poszczególnych przypadków, a więc dostosowanie sposobu reakcji karnej do konkretnego czynu i jego uwarunkowań oraz do cech osobowości konkretnego sprawcy. To stwarza – jak trafnie podkreślono w piśmiennictwie – niebezpieczeństwo nieracjonalnych i niesprawiedliwych decyzji, za których podejmowanie sędzia nie czuje się odpowiedzialny”⁸³. Zasygnalizowane tutaj kontrowersje, odnoszące się do ustawowej obligatoryjności orzekania niektórych środków karnych, nie znajdują jednakże odzwierciedlenia na gruncie analizowanej regulacji z art. 41 § 2 k.k. Dyspozycja wspomnianego przepisu potwierdza fakultatywny charakter tego środka karnego, co w rezultacie będzie również oznaczało, że nie zawsze spełnienie ustawowych przesłanek z art. 41 § 2 k.k. spowoduje, iż środek ten zostanie orzeczony⁸⁴. Należy więc podkreślić, iż rozstrzygnięcie w przedmiocie zastosowania analizowanego środka karnego bądź odmowy jego zastosowania powinno znaleźć przekonujące wsparcie w odpowiednio stosowanych na tej płaszczyźnie przepisach kształtujących sądowy wymiar kary (art. 56 k.k.).

IV.

Przeprowadzone rozważania pozwoliły przede wszystkim zauważyć, że stosowne mechanizmy chroniące obrót gospodarczy stanowią nie tylko domenę regulacji przepisów prawa karnego⁸⁵. Z dokonanych analiz

⁸³ M. Melezini, Granice swobodnego uznania sądu przy wymiarze środków karnych, (w:) M. Bojarski (red.), Problemy współczesnego prawa karnego i polityki kryminalnej. Księga Jubileuszowa Profesor Zofii Sienkiewicz, Wrocław 2015, s. 284.

⁸⁴ Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 25 kwietnia 2012 r., sygn. II Ka 236/12, LEX nr 1713873.

⁸⁵ Warto w tym miejscu nadmienić, iż dla realizacji funkcji powierzonych analizowanemu środkowi karnemu nie bez znaczenia pozostają właściwe przepisy karnowykonawcze. Zgodnie z art. 181 k.k.w., razie orzeczenia zakazu prowadzenia określonej działalności gospodarczej, sąd przesyła odpis wyroku odpowiedniemu organowi administracji rządowej lub samorządu terytorialnego, właściwemu dla miejsca zamieszkania skazanego lub dla miejsca prowadzenia działalności gospodarczej objętej zakazem. Należy jednak w tym miejscu zaznaczyć, iż od 1 lipca 2011 r. prowadzona jest Centralna Ewidencja

wynika także, że stosunkowo nowe ujęcie pojęcia działalności gospodarczej, zawarte w ustawie Prawo przedsiębiorców, nie przyczyniło się w istocie do usunięcia wszelkich wątpliwości, dotyczących jego karnistycznej wykładni. *De facto* nadal obecna w rodzimej kulturze prawnej tendencja, niesprzeciwiająca się z jednej strony mnogości funkcjonowania definicji wspomnianego terminu, a z drugiej strony *in genere* niedążąca do dokonania preponderancji znaczenia któregoś z nich, powoduje, że zasygnalizowany tutaj brak spójności regulacyjnej, przekładający się na niemożność ogólnosystemowego, uniwersalistycznego wypracowania definicji analizowanego pojęcia, utwierdza w przekonaniu o niekończących się w tej materii rozbieżnościach na gruncie teorii oraz praktyki stosowania prawa. Z perspektywy gwarancyjnych uwarunkowań odpowiedzialności karnej i związanych z nią konsekwencji wydaje się, iż *de lege ferenda* należałoby postulować rozważenie stosownej ingerencji ustawodawcy⁸⁶. Warto również podkreślić, że wyeliminowanie zasygnalizowanych w niniejszym opracowaniu jeszcze innych kontrowersji interpretacyjnych, odnoszących się do samych podstaw orzekania omawianego środka karnego, wydaje się zabiegiem wręcz kluczowym, zwłaszcza z punktu widzenia powierzonej mu, bezspornie ważkiej, roli prewencyjnej.

i Informacja o Działalności Gospodarczej (przed 1 lipca 2011 r. ewidencja działalności gospodarczej prowadzona była odrębnie przez każdą z gmin). Zob. G. Kozieł, (w:) G. Kozieł (red.), CEIDG. Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców. Przedsiębiorcy zagraniczni w obrocie gospodarczym. Komentarz, Warszawa 2019, s. 3 i n. Warto także podkreślić, iż niezależnie od trybu przewidzianego w art. 181 k.k.w. także na Krajowym Rejestrze Karnym ciąży *de lege lata* obowiązek niezwłocznego zgłoszenia do CEIDG informacji (m.in.) o uprawomocnieniu się orzeczenia o zakazie prowadzenia działalności gospodarczej (zob. art. 25 ustawy o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i Punkcie Informacji dla Przedsiębiorcy z dnia 6 marca 2018 r., tekst jedn. Dz. U. z 2022 r., poz. 541). W treści art. 181 k.k.w. nie zawarto natomiast postanowienia, na mocy którego sąd byłby zobowiązany również do zawiadomienia o orzeczonym zakazie prowadzenia określonej działalności gospodarczej Krajowego Rejestru Sądowego. W odniesieniu do wspomnianych tutaj kwestii, związanych z wykonaniem analizowanego środka karnego zob. ponadto art. 83 k.k.

⁸⁶ Wydaje się także, iż stosowna ingerencja ustawodawcy byłaby również konieczna w kontekście dotychczasowej regulacji wykonywania omawianego środka karnego – zob. K. Dąbkiewicz, Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, Warszawa 2018, s. 788 i n.; M. Siwek, Wykonanie niektórych środków karnych, Prokuratura i Prawo 2010, nr 11, s. 106.

Bibliografia

Literatura

1. Bojańczyk A., Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 lutego 2004 r., sygn. I KZP 47/03, *Palestra* 2004, nr 7–8.
2. Brózda K., Nowe prawo przedsiębiorców a zamówienia publiczne, *Prawo Zamówień Publicznych* 2018, nr 1.
3. Chomiuk-Żywalewska A., Przepadek przedmiotów i korzyści pochodzących z przestępstwa na podstawie badań, (w:) E. M. Guzik-Makaruk (red.), *Przepadek przedmiotów i korzyści pochodzących z przestępstwa*, Warszawa 2012.
4. Dadak W., Rola środka karnego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej w zapobieganiu przestępczości, *Prokuratura i Prawo* 2010, nr 4.
5. Dąbkiewicz K., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2018.
6. Dyka I., Zasady przyznawania i ustalania wysokości zadośćuczynienia pieniężnego w razie naruszenia dobra osobistego, *Kwartalnik Prawa Prywatnego* 2001, nr 3.
7. Gensikowski P., Zakaz zajmowania określonego stanowiska, wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej, (w:) P. Daniluk (red.), *Środki karne, przepadek i środki kompensacyjne w znowelizowanym Kodeksie karnym*, Warszawa 2017.
8. Giętkowski R., Hierarchia funkcji karnoprawnego obowiązku naprawienia szkody i jej znaczenie praktyczne, *Palestra* 2003, nr 11–12.
9. Hrycaj A., Sachajko M., Zakaz prowadzenia działalności gospodarczej i sprawowania określonych funkcji jako prawny środek sankcjonowania naruszenia norm ustawy prawo upadłościowe i naprawcze, *Czasopismo Kwartalne Całego Prawa Handlowego, Upadłościowego oraz Rynku Kapitałowego* 2008, nr 4.
10. Jasiński T., Skutki naruszenia zakazu z art. 17² § 1 prawa upadłościowego, zagadnienia wybrane, *Przegląd Prawa Handlowego* 2000, nr 10.
11. Kaczmarek T., Kryminalnopolityczne założenia nowego kodeksu karnego, *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego* 1997, nr 1.
12. Kozieł G., (w:) G. Kozieł (red.), *CEIDG. Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców. Przedsiębiorcy zagraniczni w obrocie gospodarczym. Komentarz*, Warszawa 2019.

13. Krajewski R., Zakaz prowadzenia określonej działalności gospodarczej jako środek karny orzekany za przestępstwa, (w:) S. Kamosiński, J. Laskowska (red.), *Gospodarka wolnego rynku. Doświadczenia przeszłości, wskazówki na przyszłość*, Bydgoszcz 2017.
14. Kulesza J., (w:) *System Prawa Karnego. Tom 6. Kary i inne środki reakcji prawnokarnej*, (red.) M. Melezini, Warszawa 2016.
15. Kulesza J.A., Glosa do wyroku SN z dnia 4 sierpnia 2008 r., sygn. IV KK 206/08, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 2011, nr 2.
16. Kuźmicka-Sulikowska J., Funkcje cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej, *Przegląd Sądowy* 2008, nr 9. Pałka K., O represyjnej (penalnej) funkcji zadośćuczynienia, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynałazczości i Ochrony Własności Intellectualnej* 2009, z. 4.
17. Lic J., Łuc M., Definicja pojęć „działalność gospodarcza” i „przedsiębiorca” (potrzeba rewizji), *Państwo i Prawo* 2008, nr 10.
18. Lubicz-Posochowska A., Lekston J., Zakres prowadzenia działalności gospodarczej na gruncie art. 373 PUN – jego funkcje oraz konsekwencje, (w:) J. Wojtyła, A. Witosz (red.), *Prawo a gospodarka. Zagadnienia ekonomiczne i prawne*, Katowice 2014.
19. Melezini M., Granice swobodnego uznania sądu przy wymiarze środków karnych, (w:) M. Bojarski (red.), *Problemy współczesnego prawa karnego i polityki kryminalnej. Księga Jubileuszowa Profesora Zofii Sienkiewicz*, Wrocław 2015.
20. Mrówczyński M., Zakaz prowadzenia działalności gospodarczej w świetle nowych regulacji Prawa upadłościowego, *Palestra* 2016, nr 7–8.
21. Muszyńska A., *Naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem*, Warszawa 2010.
22. Olszewski A., Wpływ orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej na mandat członka zarządu spółki kapitałowej, *Monitor Prawniczy* 2019, nr 1.
23. Płońska A., Istota prawnokarnej ochrony obrotu gospodarczego, *Przegląd Prawa i Administracji* 2015, t. C, cz. 2.
24. Radwański Z., (w:) Z. Radwański, A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 2. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2019.
25. Sienkiewicz Z., Samoistne orzekanie środków karnych w nowym kodeksie karnym, *Państwo i Prawo* 1997, nr 6.
26. Sienkiewicz Z., Uwagi o regulacji przepadku przedmiotu przestępstwa i konfiskacie mienia w projekcie kodeksu karnego, (w:) Z. Sienkiewicz (red.), *Wybrane zagadnienia reformy prawa karnego*, Wrocław 1997.

27. Sieradzka M., (w:) N. Zdyb, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: Komentarz*, Warszawa 2011.
28. Sieradzka M., Zakres przedmiotowy i podmiotowy ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – prawo przedsiębiorców, *Monitor Podatkowy* 2018, nr 13.
29. Siwek M., Wykonanie niektórych środków karnych, *Prokuratura i Prawo* 2010, nr 11.
30. Siwik L., Potrzeba nowej regulacji odpowiedzialności za niedopełnienie zgłoszenia upadłości, *Przegląd Prawa i Administracji* 2004, t. XLIV.
31. Sobolewski P., Kontrowersje wokół pojęcia nieistnienia i nieważności czynności prawnej, *Przegląd Prawa Handlowego* 2009, nr 5.
32. Stefańska B. J., Zakaz prowadzenia określonej działalności gospodarczej, (w:) R. A. Stefański (red.), *Środki karne po nowelizacji w 2015 r.*, sygn. Warszawa 2016.
33. Szpunar A., O funkcjach odpowiedzialności cywilnej, *Zeszyty Naukowe UJ. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej* 1974, nr 1.
34. Szwarczyk M., Przepadek korzyści majątkowej po zmianach kodeksu karnego, (w:) T. Bojarski, E. Skrętowicz (red.), *Nowe prawo karne po zmianach*, Lublin 2002.
35. Szydło M., *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005.
36. Szymański K., Wojciechowski P., Legitymacja wierzyciela do złożenia wniosku o wszczęcie postępowania o orzeczenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, *Monitor Prawniczy (dodatek)* 2017, nr 19.
37. Śliwiński S., *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946.
38. Uzasadnienie rządowego projektu ustawy – Prawo przedsiębiorców, druk sejmowy nr 2051, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2051>; dostęp 14 stycznia 2022 r.
39. Zalewski W., (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 1–116*, Warszawa 2017.
40. Zedler F., *Prawo upadłościowe i naprawcze w zarysie*, Warszawa 2004.
41. Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002.
42. Zimmermann P., Artykuł 17(2) prawa upadłościowego – potrzebny, ale niezgodny z Konstytucją, *Przegląd Prawa Handlowego* 2002, nr 6.
43. Ziółkowska A., Baran W., Przedsiębiorca a prawnokarny zakaz prowadzenia określonej działalności gospodarczej, *Studenckie Zeszyty Naukowe* 2018, vol. XXI, nr 36.

44. Żółtek S., Prawo karne gospodarcze w aspekcie zasady subsydiarności, Warszawa 2009.

Akty prawne

1. Ustawa Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r., tekst jedn. z dnia 9 czerwca 2022 r., Dz. U. z 2022 r., poz. 1360.
2. Ustawa o podatku dochodowym od osób fizycznych z dnia 26 lipca 1991 r., tekst jedn. z dnia 15 czerwca 2021 r., Dz. U. z 2021 r., poz. 1128 ze zm.
3. Ustawa ordynacja podatkowa z dnia 29 sierpnia 1997 r., tekst jedn. z dnia 21 lipca 2021 r., Dz. U. z 2021 r., poz. 1540 ze zm.
4. Ustawa Prawo upadłościowe z dnia 28 lutego 2003 r., tekst jedn. z dnia 9 czerwca 2022 r., Dz. U. z 2022 r., poz. 1520.
5. Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej z dnia 2 lipca 2004 r., tekst jedn. z dnia 24 listopada 2017 r., Dz. U. poz. 2168.
6. Ustawa o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004 r., tekst jedn. z dnia 7 kwietnia 2022 r., Dz. U. z 2022 r., poz. 9312.
7. Ustawa o odnawialnych źródłach energii z dnia 20 lutego 2015 r., tekst jedn. z dnia 23 czerwca 2022 r., Dz. U. z 2022 r., poz. 1378.
8. Ustawa Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce z dnia 20 lipca 2018 r., tekst jedn. z dnia 3 marca 2022 r., Dz. U. z 2022 r., poz. 574.
9. Ustawa o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i Punkcie Informacji dla Przedsiębiorcy z dnia 6 marca 2018 r., tekst jedn. z dnia 24 lutego 2022 r., Dz. U. z 2022 r., poz. 541.
10. Ustawa Prawo przedsiębiorców z dnia 6 marca 2018 r., tekst jedn. z dnia 8 grudnia 2020 r., Dz. U. z 2021 r., poz. 162 ze zm.
11. Ustawa o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 6 marca 2018 r., tekst jedn. z dnia 9 lutego 2022 r., Dz. U. z 2022 r., poz. 479.

Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego

1. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 1 grudnia 2016 r., sygn. K 45/14, OTK-A 2016, poz. 99.
2. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 kwietnia 2015 r., sygn. P 40/13, OTK-A 2015, nr 4, poz. 48.
3. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 października 2014 r., sygn. P 50/13, OTK-A 2014, nr 9, poz. 103.
4. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 października 2012 r., sygn. P 27/11, OTK-A 2012, nr 9, poz. 104.

5. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 5 kwietnia 2011 r., sygn. P 26/09, OTK-A 2011, nr 3, poz. 18.
6. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 maja 2009 r., sygn. P 66/07, OTK-A 2009, nr 5, poz. 65.
7. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 października 2009 r., sygn. Kp 4/09, OTK-A 2009, nr 9, poz. 134.
8. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 lipca 2002 r., sygn. P 12/01, OTK-A 2002, nr 4, poz. 50.
9. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 kwietnia 2001 r., sygn. U 7/00, OTK 2001, nr 3, poz. 56.
10. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 czerwca 2000 r., sygn. P 3/00, OTK 2000, nr 5, poz. 138.

Orzecznictwo Sądu Najwyższego

1. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. III CZP 57/12, LEX nr 1321173.
2. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 2006 r., sygn. I KZP 6/06, OSNKW 2006, nr 6, poz. 56.
3. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 2005 r., sygn. III CZP 88/04, OSNC 2006, nr 1, poz. 5.
4. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 2001 r., sygn. I KZP 50/00, OSNKW 2001, nr 3–4, poz. 16.
5. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2001 r., sygn. I KZP 18/01, OSNKW 2001, nr 11–12, poz. 89.
6. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 lutego 2018 r., sygn. II UK 711/16, LEX nr 2459704.
7. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2017 r., sygn. IV KK 113/17, LEX nr 2278316.
8. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2017 r., sygn. I UK 366/16, LEX nr 2397630.
9. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2017 r., sygn. II UK 573/16, LEX nr 2434455.
10. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2012 r., sygn. V KK 449/11, LEX nr 1165303.
11. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2012 r., sygn. III KK 42/12, Legalis nr 561246.
12. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2011 r., sygn. III KK 169/11, LEX nr 860611.
13. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2009 r., sygn. V KK 245/08, LEX nr 485021.

14. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 sierpnia 2008 r., sygn. IV KK 206/08, LEX nr 445505.
15. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2008 r., sygn. III KK 167/08, Legalis nr 120844.
16. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 kwietnia 2007 r., sygn. IV KK 114/07, LEX nr 262667.
17. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 lutego 2006 r., sygn. IV KK 18/06, LEX nr 173641.
18. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2005 r., sygn. II CK 174/05, OSNC 2006, nr 9, poz. 149.
19. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2005 r., sygn. I UK 80/05, Legalis nr 77731.
20. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2004 r., sygn. V KK 337/03, OSNwSK 2004, nr 1, poz. 700.
21. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2003 r., sygn. WA 22/03, Legalis nr 90973.
22. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 1991 r., sygn. WRN 195/90, LEX nr 20456.
23. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2011 r., sygn. III CSK 44/11, LEX nr 1130172.
24. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2009 r., sygn. V KK 330/08, LEX nr 485044.
25. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 22 sierpnia 2007 r., sygn. III CSK 45/07, LEX nr 485060.
26. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 lutego 2004 r., sygn. I KZP 47/03, OSNKW 2004, nr 3, poz. 35.
27. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 lipca 2003 r., sygn. II UK 111/03, Legalis nr 58286.
28. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 1998 r., sygn. III CZP 7/98, Legalis nr 32312.

Orzecznictwo sądów powszechnych

1. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 lutego 2020 r., sygn. V ACa 233/19, LEX nr 2855273.
2. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 9 listopada 2020 r., sygn. III AUa 970/18, LEX nr 3115004.
3. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 marca 2019 r., sygn. II AKa 436/18, Legalis nr 2122991.
4. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 14 marca 2019 r., sygn. III AUa 26/19, LEX nr 2776053.

5. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 26 marca 2019 r., sygn. III AUa 547/18, LEX nr 2739623.
6. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2018 r., sygn. III AUa 749/17, LEX nr 2493619.
7. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 6 marca 2018 r., sygn. III AUa 762/17, LEX nr 2488751.
8. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 21 maja 2018 r., sygn. III AUa 602/17, LEX nr 2537583.
9. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 23 maja 2018 r., sygn. I ACa 20/18, LEX nr 2529549.
10. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 12 grudnia 2018 r., sygn. II AKa 338/18, LEX nr 3037889.
11. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 6 kwietnia 2017 r., sygn. I ACa 892/16, LEX nr 2317666.
12. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 19 września 2017 r., sygn. III AUa 1315/16, LEX nr 2376977.
13. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 13 grudnia 2017 r., LEX nr 2472495.
14. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 2 lutego 2016 r., sygn. II AKa 380/15, LEX nr 2009556.
15. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 10 lutego 2016 r., sygn. III AUa 849/15, LEX nr 2015602.
16. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 3 marca 2016 r., sygn. II AKa 15/16, LEX nr 2087695.
17. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 3 czerwca 2016 r., sygn. II AKa 15/16, LEX nr 2336265.
18. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 8 września 2016 r., sygn. III AUa 551/16, Legalis nr 1533055.
19. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 24 listopada 2016 r., sygn. II AKa 366/16, LEX nr 2309493.
20. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 10 marca 2015 r., sygn. II AKa 150/14, LEX nr 2419575.
21. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 28 stycznia 2014 r., sygn. II AKa 1/14, Legalis nr 1241693.
22. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 19 września 2014 r., sygn. II AKa 113/14, LEX nr 1526917.
23. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 30 października 2014 r., sygn. III AUa 110/14, LEX nr 1682899.
24. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 25 listopada 2014 r., sygn. II AKa 210/14, Legalis nr 1245489.

25. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 12 grudnia 2014 r., sygn. II AKa 346/14, Legalis nr 1219030.
26. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 maja 2013 r., sygn. VI ACa 1472/12, LEX nr 1335770.
27. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 11 czerwca 2012 r., sygn. II AKa 119/12, LEX nr 1316245.
28. Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 26 czerwca 2012 r., sygn. I ACa 601/12, Legalis nr 738974.
29. Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 24 października 2012 r., sygn. II AKa 297/12, LEX nr 1238664.
30. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 27 października 2005 r., sygn. II AKa 239/05, Legalis nr 73260.
31. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 17 grudnia 2003 r., sygn. III AUa 1531/03, Legalis nr 61352.
32. Wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 25 kwietnia 2012 r., sygn. II Ka 236/12, LEX nr 1713873.

Orzecznictwo sądów administracyjnych

1. Uchwała Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 2 kwietnia 2007 r., sygn. II OPS 1/07, LEX nr 249087.
2. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 28 lutego 2017 r., sygn. II GSK 1388/15, LEX nr 2429584.
3. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 29 sierpnia 2007 r., sygn. II OSK 1618/06, LEX nr 364703.
4. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 marca 2002 r., sygn. I SA/Wr 2057/99, Legalis nr 54909.
5. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 7 kwietnia 2021 r., sygn. I SA/Po 200/21, LEX nr 3176357.
6. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 8 kwietnia 2021 r., sygn. I SA/Po 229/21, LEX nr 3172268.
7. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Rzeszowie z dnia 24 kwietnia 2018 r., sygn. I SA/Rz 212/18, Legalis nr 1769481.
8. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 28 kwietnia 2009 r., sygn. III SA/Po 374/08, Legalis nr 171246.
9. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Opolu z dnia 7 maja 2008 r., sygn. I SA/Op 18/08, LEX nr 484040.

Safety of business transactions in the context of the criminal-law regulation of the punitive measure prohibiting any engagement in certain business activities (Penal Code, Article 41(2))

Abstract

The purpose of this paper is to examine statutory grounds for imposing the punitive measure prohibiting any engagement in certain business activities (Penal Code, Article 41(2)). Pointing to some interpretative difficulties in interpreting statutory prerequisites for the aforementioned measure of criminal-law response (verba legis – an individual is “sentenced for an offence related to a certain business activity” and it is demonstrated that “any continuation of the business activity would threaten certain essential interests protected by law”), this paper also seeks to give an insight into the essence of the relatively new approach to “business activity” offered by the Act of 6 March 2018. Entrepreneurs’ Law (i.e. Journal of Laws 2021, item 162 as amended). While recognizing (in the context of the latter issue) that there is a sort of a rule that can be identified in the domestic legal culture, whereby, on the one hand, no one objects to the multiplicity of existing definitions of “business activity” and, on the other, no attempt is made (for unexplained reasons) to give primacy to any of the definitions, this paper calls for appropriate legislative intervention in the area concerned with a view to the future law. It claims that, both from theoretical and practical points of view, a reasonable law-making process as well as law enforcement requires that any such identified ambiguity be eliminated.

Key words

Punitive measures, business activity, prohibition on engaging in business activity, safety of business transactions.

Paulina Pawluczuk-Bućko¹

„Taktyczna upadłość” – rozważania na tle art. 301 k.k.

Streszczenie

Opracowanie poświęcone jest problematyce przestępstw popełnianych przez dłużników, stypizowanych w art. 301 k.k., koncentrującej się zarówno na prawno-karnych, jak i kryminologicznych implikacjach. Artykuł zawiera analizy dotyczące zasadności utrzymywania w kodeksie karnym przepisu z art. 301 k.k. w takim ujęciu, jakie wyznaczają aktualne znamiona, a ponadto uwagi w kontekście ich etiologii i trudności w procesie zwalczania. Punkt wyjścia stanowiło założenie, że przepis art. 301 k.k. w aktualnym kształcie dogmatycznym nie spełnia swojej roli, a brak weryfikacji jego treści w kontekście chociażby dynamicznie ewoluujących przemian gospodarczych w Polsce, zmienności przepisów prawa upadłościowego, stanowi wyraz poważnego zaniedbania. Rozważania dotyczą wybranych wątków badań opisanych na kanwie opracowania monograficznego „Przestępstwa z art. 301 k.k. w ujęciu prawno-karnym i kryminologicznym”.

Słowa kluczowe

Wierzyciel, dłużnik, upadłość, prawo karne, kryminologia.

1. Uwagi wprowadzające

Formy prowadzenia działalności czy szeroko rozumianego biznesu wciąż ewoluują, a wraz z nimi identyfikowane są coraz to nowsze formy nadużyć. O ile każdy uczestnik obrotu ponosi w jakimś stopniu ryzyko z tym związane, to z punktu widzenia polityki kryminalnej Państwa, pewne zachowania powinny stanowić przedmiot monitorowania nie tylko organów ścigania, ale również kryminologów, których badania mogą rzucić światło na kierunki prac

¹ Dr Paulina Pawluczuk-Bućko, adwokat, asystent na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku. Wyróżniona w Konkursie o nagrodę I Zastępcy Prokuratora Generalnego – Prokuratora Krajowego za dysertację pt. „Przestępstwa z art. 301 w ujęciu prawno-karnym i kryminologicznym” w 2021 r.

legislatora. Do takiej kategorii zachowań, z całym przekonaniem można zaliczyć działania polegające na celowym dążeniu dłużników do uwolnienia się od długów. Wydaje się, że zachowania nieuczciwych dłużników stanowią ważny i niedoceniany na gruncie empirii problem prawny i społeczny, który wpisuje się w szeroko pojętą przestępczość gospodarczą.

Problematyczność owego zagadnienia tym bardziej się uwypukla, gdy uznamy, że kwestie dotyczące spłaty zobowiązań dłużnika, tak naprawdę szeroko przewidziane są przez ustawodawcę w przepisach prawa upadłościowego, czy prawa cywilnego. Wówczas aktualizuje się pytanie o rolę przepisów karnych w tym zakresie i tym samym o trafność rozwiązań kryminalizujących owe zachowania dłużników, skoro granice odpowiedzialności karnej dłużnika limitowane są zasadą subsydiarności prawa karnego i *ultima ratio*. W konsekwencji, za istotę postępowań dotyczących odpowiedzialności dłużników, należy uznać konieczność prawidłowego zrekonstruowania normy wyznaczającej zakres bezprawności działań dłużnika z innych przepisów prawa. Powyższe utwierdza, że przestępstwa popełniane przeciw wierzycielom stanowią specyficzną kategorię przestępstw stypizowanych w kodeksie karnym, gdyż legitymacja do stanowienia w tym zakresie prawa karnego wynika z naruszenia innych niż karnoprawne przepisów regulujących stosunki między uczestnikami obrotu.

Nie stanowi żadnego *novum* stwierdzenie, że grupa przepisów traktująca o karygodnych zachowaniach dłużników tj. art. 301–302 k.k. należą, w ocenie doktryny, do jednych z bardziej dyskusyjnych i kontrowersyjnych jednostek redakcyjnych umieszczonych w kodeksie karnym². Przede wszystkim, należy zaznaczyć, że wątpliwości interpretacyjne co do znamion podmiotu, ujęcia strony przedmiotowej, a nawet przedmiotu ochrony (zamachu), zostały zgłoszone właściwie po kilku latach obowiązywania kodeksu i permanentnie utrzymywały się w piśmiennictwie z niewielkimi

² Jako przykład należy wskazać: J. Majewski, Przestępstwa na szkodę wierzycieli (uwagi na tle ustawy z dnia 12 października 1994 r.), PUG 1995, nr 6, s. 2–8; R. Zakrzewski, Przestępstwa na szkodę wierzycieli, Prok. i Pr. 1999, nr 7–8; J. Skorupka, Pojęcie dłużnika w typach przestępstw na szkodę wierzyciela, PS 1999, nr 6, s. 32–57; J. Skorupka, Karnoprawna ochrona wierzycieli w praktyce sądowej, PS 2003, nr 6, s. 82–91; M. Kopacz, Pozorne bankructwo jako jedno z przestępstw przeciwko wierzycielom, St.PiA 2014, nr 3, s. 9–18; E. Hryniewicz, R. Zawłocki, Nieumyślność bankructwa jako podstawa odpowiedzialności karnej, MoP 2006, nr 6; R. Zawłocki, Przestępstwa przeciwko wierzycielom w polskim prawie karnym, Sopot 2007; R. Zawłocki (red.), System Prawa Handlowego, t. 10, Prawo karne gospodarcze, Warszawa 2018; R. Zawłocki, Prawo karne gospodarcze, Warszawa 2007, Projekt badawczy nr 1 H02A 018 18 finansowany przez Komitet Badań Naukowych w latach 2000–2002, J. Skorupka, Karnoprawna ochrona wierzycieli, Toruń 2001, M. Currit, Pokrzywdzenie wierzyciela przez dłużnika. Przestępstwa z art. 300 i 301 § 1 k.k., Warszawa 2021.

modyfikacjami³. Liczne dyskusje, które znalazły również swój wyraz na kanwie wykładni SN, sprowadzały się do absolutnie podstawowych, a zarazem kluczowych zagadnień: czy przepis art. 301 k.k. chroni każdego uczestnika obrotu, czy tylko takiego, który wykazuje związek z obrotem gospodarczym, a w konsekwencji przez lata ustalano, czy odpowiedzialności karnej podlega każdy dłużnik, czy tylko taki, który działał w związku z obrotem gospodarczym?⁴ Nie bez znaczenia pozostaje zatem fakt, że od 25 maja 2019 r. nastąpiła zmiana w tytułacji rozdziału XXXVI kodeksu karnego, co oznacza, że przepis z art. 301 k.k. chroni podstawy prawidłowego obrotu gospodarczego oraz interesy majątkowe w obrocie cywilnoprawnym, jak również możliwość zaspokojenia wierzytelności powstałych w obrocie gospodarczym lub cywilnoprawnym. Powyższa zmiana niewątpliwie formalnie zamyka prowadzone dywagacje. Niemniej, wydaje się, że skoro przepis art. 301 § 2 i 3 k.k. traktuje o upadłości, to mając na względzie wymóg zgodności prawa karnego z normą gospodarczą, taka modyfikacja w praktyce niewiele zmienia, co wynika z faktu, że od 2009 r. prawo upadłościowe reguluje nie tylko zasady wspólnego dochodzenia roszczeń wierzycieli od niewypłacalnych dłużników będących przedsiębiorcami, ale

³ Większość doktryny opowiadała się przeciw ograniczaniu pojęcia dłużnika w kontekście przestępstw na szkodę wierzycieli, do tych, którzy profesjonalnie prowadzą działalność gospodarczą, czyli uznają, że podmiotem może być każdy dłużnik, w szczególności dłużnik niebędący przedsiębiorcą: Zob.: O. Górniok, *Przestępstwa gospodarcze*. Rozdz. XXXVI, XXXVII k.k. Komentarz, Warszawa 2000, s. 60 i nast.; H. Pracki, *Nowe rodzaje przestępstw gospodarczych*, Prokuratura i Prawo 1992, nr 2, s. 28; O. Górniok, S. Hoc, S. M. Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. III, Gdańsk 1999, s. 407; J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz*. Orzecznictwo, Warszawa 1997, s. 529–531; A. Marek, *Komentarz do kodeksu karnego. Część szczególna*, Warszawa 2000, s. 349; K. Buczkowski, *Przestępstwa gospodarcze*, Warszawa 2000, s. 65–66. Mniejszość natomiast preferuje wykładnię węższą, w myśl której sprawcą rzeczonoego przestępstwa może być wyłącznie dłużnik prowadzący działalność gospodarczą: J. Majewski, (w:) G. Bogdan, K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, M. Rodzyński, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 3, Kraków 1999, s. 374–375; J. Skorupka, *Wybrane aspekty przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu*, *Przegląd Sądowy* 1999, nr 2, s. 57–61; M. Maszałek, *Sporne problemy wykładni art. 6 § 1 i 3 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, *Prokuratura i Prawo* 1997, nr 4, s. 46.

⁴ Uchwała SN z dnia 20 listopada 2000 r., sygn. I KZP 31/2000 wraz z glosami J. Majewski, Glosa do uchwały SN z dnia 20 listopada 2000 r., sygn. I KZP 31/00; J. Skorupka, Glosa do uchwały SN z dnia 20 listopada 2000 r., sygn. I KZP 31/00, OSP 2001, nr 10, poz. 145, lex, dostęp z dnia 1 sierpnia 2020 r.; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2018 r., sygn. II KK 411/17, OSNKW2018, nr 9, poz. 58; wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 8 marca 2012 r., sygn. III CSK 238/11, legalis, dostęp z dnia 1 sierpnia 2020 r.

również zasady dochodzenia roszczeń od niewypłacalnych dłużników będących osobami fizycznymi nieprowadzącymi działalności gospodarczej⁵.

Mimo, że ustawodawca stypizował kilka przestępstw godzących w interesy wierzycieli (tj. art. 300–302 k.k.), w toku badań uznano, że to przepis art. 301 k.k. opisuje zachowania, które mogą przybrać najbardziej wyrafinowaną formę działań dłużnika⁶. Dlatego też celowo i z rozmysłem użyto w tytule opracowania zwrotu „taktyczna upadłość”. Bo wiem sprawcy owych czynów, przy urzeczywistnieniu się materialnoprawnych przesłanek do stwierdzenia upadłości, w istocie swoim zachowaniem doprowadzają do niewypłacalności bądź upadłości *de iure*, lecz element wolicjonalny skoncentrowany jest od początku na wykreowaniu okoliczności, których zaistnienie w świetle prawa doprowadzi do braku możliwości zaspokojenia roszczeń wierzycieli. Co więcej, ujęcie czynności sprawczej i okoliczności modalnych w przypadku występkę stypizowanego w art. 301 § 1 k.k. jest na tyle dowolna, kazuistyczna i ograniczająca zakres działania dłużnika do konkretnego schematu postępowania, że aż trudno zakładać, aby w dobie dzisiejszych realiów gospodarczych, dłużnicy pozwoliliby sobie na tak „prosty” mechanizm działania. Z wykładni przepisu art. 301 § 2 i 3 k.k., wynika natomiast, że ustawodawca poddał kryminalizacji przede wszystkim doprowadzenie do stanu niewypłacalności czy upadłości, czyniąc z owego sformułowania opis nie tylko czynności sprawczej, ale jednocześnie karalny skutek, czego nie znajdziemy w analogicznych przestępstwach stypizowanych w art. 300 k.k., gdzie czynność sprawcza ewidentnie różni się od karalnego skutku. Taki stan rzeczy generalnie nie powinien dziwić, skoro ustawodawca tak zdecydował, uznać to należy za celowe. Jednak, nie uchodzi uwadze, że skutek w art. 301 § 2 i 3 k.k. w istocie sprowadza się do stanu niewypłacalności czy upadłości, co w świetle prawa upadłościowego stanowi naturalny element ryzyka podejmowanego przez każdego z uczestników obrotu, które w tym przypadku odnosi się do potencjalnego zagrożenia szkodą spowodowaną nieadekwatną decyzją gospodarczą. Mając powyższe na względzie, uznano, że występkę stypizowaną w art. 301 k.k. prezentują szczególnie zastanawiające ujęcie strony przedmiotowej.

Kontekst analiz wybranej grupy przepisów, tym bardziej aktualizuje się jeśli przyjrzymy się danym wskazującym na realny problem społeczny,

⁵ P. Pawluczuk-Bućko, *Przestępstwa z art. 301 k.k. w ujęciu prawnokarnym i kryminologicznym*, Beck 2021, s. 59.

⁶ Niniejszy artykuł opiera się na hipotezach i wnioskach zaprezentowanych w monografii: P. Pawluczuk-Bućko, *Przestępstwa z art. 301 k.k. w ujęciu prawnokarnym i kryminologicznym*, Beck 2021.

jakim jest upadłość. Z oficjalnych danych opracowywanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości czy Euler Hermes wynika, że w Polsce odnotowywany jest ciągły wzrost upadłości⁷. Wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej w samym 2020 r. stwierdzono 13 084 upadłości. Jest to wynik większy aż o 64,5% w porównaniu z 2019 r. Natomiast w tym samym roku, wśród przedsiębiorców odnotowano 437 upadłości, z czego najwięcej postępowań dotyczyło spółek z o.o. (55,15%) i indywidualnych działalności gospodarczych (25,86%). Wydaje się, że skoro ustawodawca penalizuje zachowania polegające na „doprowadzeniu do swojej niewypłacalności lub upadłości”, to taki obraz danych powinien wzbudzać zainteresowanie nie tylko cywilistów, ale również karnistów czy kryminologów. Czynienie rozważań w takim kontekście jest tym bardziej uzasadnione, jeżeli weźmiemy pod uwagę fakt, że przestępstwa przeciw wierzycielom nie stanowią nawet promila przestępstw w naszym kraju a co więcej, wraz z upływem czasu widoczny jest spadek liczby postępowań wszczętych, zakończonych, stwierdzonych kwalifikowanych jako występki z art. 301 k.k., mimo że taki wniosek nie nasuwa się w stosunku do art. 300 k.k. Rodzi się zatem pytanie o czynnik determinujący taki stan rzeczy, a nawet o rzetelność danych skoro w obu jednostkach redakcyjnych stypizowano przestępstwa w istocie sprowadzające się do tego samego celu działań sprawców. Taki stan rzeczy jest bardziej interesujący, gdy przyjrzymy się danym statystycznym ukazującym, że przestępczość gospodarcza w naszym kraju wraża, mimo iż rozmiary przestępczości ogółem zmniejszają się.

Niewątpliwie, powyższe założenia można próbować tłumaczyć w kontekście prawdopodobieństwa występowania „ciemnej liczby” analizowanej grupy przestępstw⁸. Z danych statystycznych Komendy Głównej Policji wynika, że wraz z upływem czasu odnotowano spadek liczby postępowań wszczętych, zakończonych, stwierdzonych kwalifikowanych jako występki z art. 301 k.k. Największa liczba przestępstw kwalifikowanych w oparciu o art. 301 § 1 k.k. odnotowana została w 2014 r., zaś najniższa w 2015 r. oraz 2017 r. Najwięcej przestępstw z art. 301 § 2 k.k. odnotowano w 2014 r. natomiast, jeśli chodzi o występki z art. 301 § 3 k.k., je-

⁷ Raport dostępny pod adresem: www.eulerhermes.pl/euler-hermes-w-polsce/Pages/default.aspx, dostęp w dniu 2 grudnia 2020 r., Opracowania wieloletnie / Baza statystyczna / Informator Statystyczny Wymiaru Sprawiedliwości, <https://ms.gov.pl>, dostęp z dnia 23 grudnia 2020 r.

⁸ Ciemna liczba przestępstw to stosunek liczby przestępstw rzeczywiście popełnionych do liczby przestępstw, w których sprawy zostały zakończone prawomocnym wyrokiem skazującym, zob. B. Hołyst, *Kryminologia*, Warszawa 1994, s. 65–66.

go pojedyncze przypadki odnotowano w 2015 r. Natomiast, z danych udostępnionych przez Ministerstwo Sprawiedliwości wynika, że największa liczba skazań dotyczy występku stypizowanego w art. 301 § 1 k.k., popełnionego w konkretnych latach: 2000, 2003, 2004, 2005, 2008, 2010. Największa liczba zarejestrowanych wyroków skazujących za przestępstwa z 301 § 1 k.k. przypada na 2005 r. – 18 skazań, co skutkuje wzrostem o 500% w stosunku do roku 1999. W późniejszych latach, tj. poczynawszy od 2011 r. nastąpił spadek liczby skazań w oparciu o wyżej wskazaną kwalifikację prawną. Jeśli chodzi o przestępstwo z art. 301 § 2 k.k., najczęściej popełniano je w roku 2005 oraz 2006, zaś w przypadku art. 301 § 3 k.k. w 1999. Z racji skali postępowań upadłościowych, zbadanie spraw pod kątem ewentualnych znamion przestępstwa jawi się jako niemożliwe. Tym bardziej, nie można zakładać, że każda upadłość nacechowana jest celowym działaniem dłużnika ukierunkowanym na pokrzywdzenie wierzyciela, a sam stan upadłości czy niewypłacalności wpisuje się w ryzyko gospodarcze. Niemniej, z kryminologicznego punktu widzenia należy założyć, że wysoce prawdopodobnym jest, iż część z przywołanych upadłości wynika z celowego działania sprawcy, który nastawiony jest na chęć wyprowadzenia majątku, tak aby w jakikolwiek sposób zabezpieczyć się przed ewentualnym niepowodzeniem na późniejszych etapach działalności, bądź po prostu licząc na wyższy zysk. Taki sposób postępowania może stanowić przejaw poszukiwania źródeł finansowania strat oraz możliwości utrzymania się na rynku, co w konsekwencji może wskazywać na istnienie „ciemnej” liczby przestępstw popełnianych przeciw wierzycielom. Dodatkowo, można zastanawiać się nad przyczyną znikomego udziału liczby przestępstw z art. 301 k.k. w odniesieniu do art. 300 k.k., w którym zachowania sprawcy w istocie zmierzają do tego samego celu. Skoro w 2018 r. osądzono 17 przestępstw z art. 301 k.k., natomiast w przypadku art. 300 k.k. liczba ta wynosiła 1041, nasuwa się pytanie o czynnik determinujący tak istotnie zróżnicowaną strukturę analogicznych przestępstw. Z rozmysłem użyto w tym miejscu określenie „analogicznych”, gdyż w ocenie autorki oba przepisy w zamiarze ustawodawcy mają chronić celowe niezaspokojenie roszczeń wierzycieli, a których zakres czynności sprawczych w istocie zmierza do takiego samego skutku. Można jedynie zakładać, że taka dysproporcja wynika z ekstensji użytych znamion w treści art. 301 k.k., które implikują trudność na etapie subsumpcji, co wiąże się również z tym, iż w tego rodzaju przestępstwach, zachowania sprawcy mogą na pozór wpisywać się w praktyki podejmowane przez każdego przeciętnego uczestnika obrotu, i dopiero znajomość instrumentów przewidzianych

w postępowaniu insolwencyjnym czy cywilnym (np. *actio pauliana*), pozwala oceniać charakter podejmowanych czynów. Z praktycznego punktu widzenia, można zaryzykować stwierdzenie, że sprawcy unikają zachowania opisanego w art. 301 § 1 k.k., które zawsze zwraca uwagę pokrzywdzonych, ale i organów ścigania, wybierając formy „ukrywania” majątku określone w art. 300 § 1 k.k. Z sądowych danych statystycznych można zaobserwować jeszcze inną zależność. Wśród wszystkich przestępstw kryminalizujących zachowania dłużników, najczęściej jako podstawa skazania figuruje art. 300 § 2 k.k. Taki stan rzeczy nie dziwi, bowiem można śmiało przypuszczać, że zdecydowana większość dłużników „odczuwa przymus” spłacenia wierzycieli, dopiero gdy wynika to np. z tytułu wykonawczego. Chcąc uniknąć postępowania egzekucyjnego, dłużnicy próbują ukryć majątek, co jest penalizowane właśnie na gruncie art. 300 § 2 k.k. Natomiast, zachowania opisane w art. 301 k.k. nie wiążą odpowiedzialności z jakimkolwiek toczącym się postępowaniem, czy to egzekucyjnym, czy upadłościowym, które to jednak w istotny sposób determinują kierunki działań dłużników. Z kryminologicznego punktu widzenia, brak odzwierciedlenia problemu społecznego w statystykach kryminalnych może korelować z bierną postawą samych wierzycieli. Przyczyn takiego stanu rzeczy może być kilka. Bez wątpienia, wierzycielom zależy na odzyskaniu swoich należności, a myśl „ukarania” dłużnika raczej pojawia się jako ostatek ogniwo całego procesu dochodzenia roszczeń. Wyobrażenie o długim procesie, podczas którego pojawi się konieczność udowadniania winy dłużnika, podczas gdy o dowody w tym zakresie trudno, przesądza o wyborze instrumentów przewidzianych przez inne gałęzie prawa, w szczególności prawa cywilnego. W konsekwencji, jeżeli Sąd wyda tytuł wykonawczy, umożliwiający dochodzenie roszczeń przez wiele lat, wierzyciel może nie widzieć potrzeby odwoływania się do przepisów karnych. Uzyskanie chociażby tytułu wykonawczego, na podstawie którego dochodzenie roszczeń możliwie się przez wiele lat, wydaje się atrakcyjniejsze. Ponadto, w dobie rozwiązań przewidzianych przez prawo upadłościowe, możliwości zawierania układów itp., przepisy karne raczej nie rekompensują oczekiwań wierzycieli. Niemniej taka konstatacja wynika z obserwacji autorki, jednak nie jest poparta szerszymi badaniami empirycznymi. W związku z tym, jako zadanie na przyszłość jawi się przeprowadzenie *survey* wiktyimizacyjnego przydatnego w szacowaniu ciemnej liczby. Obserwacja realiów w kontekście funkcjonowania określonych branż, pozwala dodatkowo przypuszczać, iż rezygnacja przez wierzycieli poszukiwania ochrony na gruncie prawa karnego może wynikać z wewnętrznych niepisanych zasad, które tworzą „samoregulacyjny”

mechanizm funkcjonowania w nim podmiotów. W związku z tym, że zatory płatnicze wpisały się niemal w praktykę funkcjonowania określonych branż, trudno oczekiwać, iż np. jeden z wierzycieli złoży zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa, wbrew odmiennej postawie pozostałych wierzycieli, którzy licząc na dalszą współpracę z „chwilowym” dłużnikiem nie podejmują na tym polu żadnych inicjatyw⁹. Istnieje jednak ryzyko, iż „chwilowa” niewypłacalność spowoduje brak realizacji zobowiązania w ogóle. Zatory płatnicze, jako że uchodzą wciąż za bolączkę polskich przedsiębiorców stały się przedmiotem monitorowania Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który od stycznia 2020 r. może wszczynać i prowadzić postępowania w sprawie zatorów płatniczych, czyli opóźnień w regulowaniu rozliczeń między firmami. Dotychczas wszczęto około 100 takich postępowań, a część kontrolowanych firm zostało ukaranych¹⁰. Z drugiej strony, oceniając charakter zachowań dłużników należy mieć na uwadze, że rzeczywiście istnieją sektory, w których wstrzymywanie płatności wpisuje się w codzienną praktykę, a realizacja zobowiązań następuje z opóźnieniem, na co wierzyciele wyrażają niepisaną zgodę. W tym aspekcie można mówić o samoregulacji wewnętrznych stosunków cywilnoprawnych i gospodarczych, które mogą determinować kierunki poszukiwania ochrony swoich interesów czy to na gruncie prawa cywilnego, czy karnego.

W tym miejscu pojawia się zatem pytanie o etiologię analizowanej grupy przestępstw bowiem to, rozeznanie czynników determinujących rozwój przestępczości sprzyja jej efektywnemu przeciwdziałaniu. Natomiast jej wielowymiarowy aspekt wymaga poszukiwania czynników kryminogennych na wielu płaszczyznach. Należy zatem uwzględnić nie tylko historyczne uwarunkowania jej rozwoju, ale również inne czynniki kryminogenne kształtujące współczesne przejawy przestępczości, takie jak obowiązujące ustawodawstwo¹¹. Wypada również dodać, że pochylenie się nad zagadnieniem etiologii analizowanych przestępstw z art. 301 k.k., stanowi kontekst do rozważań dogmatycznych, a ponadto punkt wyjścia do sformułowania odpowiednich wniosków i postulatów *de lege ferenda*.

⁹ Zob. też. P. Pawluczuk-Bućko, *Przestępstwa z art. 301 k.k. w ujęciu prawnokarnym i kryminologicznym*, Warszawa 2021.

¹⁰ M. Śrona, J. Markiewicz, *Zatory płatnicze, czyli co UOKiK znalazł pod lupą*, <https://www2.deloitte.com/pl/pl/pages/doradztwo-prawne/articles/informacje-prasowe/zatory-platnicze-czyli-co-UOKiK-znalazl-pod-lupa.html>, dostęp z dnia 2 listopada 2021 r.

¹¹ E. W. Pływaczewski, *Bezpieczeństwo obywateli – prawa człowieka – zrównoważony rozwój*, Białystok 2017, s. 461.

2. Etiologia przestępstw z art. 301 k.k.

Istotny aspekt w kontekście przeciwdziałania i zwalczania przestępstw popełnianych przeciw wierzycielom stanowi zidentyfikowanie obszarów ryzyka nadużyć. Mimo, że od 2019 r. ustawodawca przez modyfikację tytułu rozdziału XXXVI rozszerzył przedmiot ochrony na obrót cywilnoprawny, to jednak wciąż przestępstwa przeciw wierzycielom w głównej mierze oceniane są przez pryzmat przestępstw gospodarczych i jako takie rozpatrywane są w literaturze przedmiotu. Typizacja aktualnego art. 301 k.k. sięga genezą ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, kiedy to ustawodawca dążył do zabezpieczenia społeczeństwa przed rodzącą się patologią w polskiej gospodarce, spowodowanej przeobrażeniami polegającymi na zmianie systemu politycznego, systemu gospodarczego, ale również zmianie w strukturach społecznych¹². Ze zjawiskiem patologii w sferze życia gospodarczego można spotkać się w różnych systemach polityczno-społecznych i ekonomicznych. Co do zasady przemianom ustrojowym towarzyszą różne nowe zjawiska o kluczowym znaczeniu nie tylko dla poszczególnej jednostki, ale dla całego społeczeństwa. Jak wskazuje B. Hołyst: „liczba zachowań patologicznych towarzyszących szybkim zmianom jest tak znacząca, że musiało to znaleźć wyraz w systemie norm prawnych oraz w prawodawstwie”¹³. Badania kryminologiczne dowodzą, że za najczęstsze przyczyny popełniania przestępstw w Polsce uważane są: czynniki o charakterze środowiskowym, indywidualnym, ekonomicznym, kulturowym, wiktyminogennym¹⁴. W literaturze przedmiotu poświęconej etiologii przestępczości gospodarczej przyjęto podział czynników kryminogennych na ekonomiczne oraz społeczno-kulturowe¹⁵. Z uwagi na specyfikę zachowań wpisujących się w przepisy art. 301 k.k., wydaje się, że za dominujące można uznać czynniki społeczno-ekonomiczne, jak instytucjonalno-prawne.

¹² Zob. O. Górniok, Prawnokarna ochrona obrotu gospodarczego, Jurysta 1994, nr 1, s. 19.

¹³ B. Hołyst, Zagrożenia ładu społecznego, t. I, Warszawa 2013, s. 120.

¹⁴ *Ibidem*, s. 1009–1085; J. Błachut, A. Gaberle, K. Krajewski, Kryminologia, Gdańsk 1999, s. 245–250 i 414–415.

¹⁵ O. Górniok, Czynniki kryminogenne przestępczości gospodarczej w systemie rynkowym, Problemy Prawa Karnego, tom 20, Katowice 1994, s. 10. Dodatkowo w cytowanej powszechnie pozycji O. Górniok, Przestępczość gospodarcza (Wybrane przejawy i uwarunkowania)..., *op. cit.*, znaleźć można podział na: czynniki środowiskowe, w których autorka wyodrębnia czynniki makrospołeczne (ustrojowe, ekonomiczne, kulturowe) oraz czynniki sytuacyjne.

Ekonomiczne podejście do opisu zjawiska przestępczości zaproponował już w 1968 r. G. Becker na łamach publikacji *„Crime and Punishment: An Economic Approach”*, w której wyjaśniono, że impuls do podejmowania decyzji o popełnieniu czynów niezgodnych z prawem jest oparty na racjonalnej kalkulacji korzyści i kosztów płynących z podjęcia takich działań¹⁶. Jak twierdził Becker: „jednostka dopuści się przestępstwa wówczas, gdy oczekiwana przez nią użyteczność będzie większa od użyteczności, jaką mogłaby uzyskać, poświęcając czas i inne swoje zasoby na odmienne rodzaje aktywności. A zatem, niektórzy ludzie zostają przestępcami, ponieważ inaczej liczą koszty i korzyści, a nie dlatego, że posiadają odmienną od innych motywację zasadniczą”¹⁷. Powyższa konstatacja jest niezwykle aktualna w stosunku do przestępstw popełnianych przeciw wierzycielom, gdyż zachowanie dłużnika zawsze wynika z pewnej kalkulacji zysków i strat. Dłużnik celowo chce „ukryć” majątek, aby czasami cokolwiek „zarobić”. Nie każde bowiem przedsięwzięcie gospodarcze przynosi profity. W sytuacji, gdy okazuje się, że po uregulowaniu należności wierzycielom, wobec urzędu skarbowego, ZUS-u niewiele pozostanie dłużnikowi, dłużnik szybciej zdecyduje się na podjęcie działań z pokrzywdzeniem wierzycieli¹⁸. Jeszcze inną motywacją może być po prostu chęć szybkiego pomnażania majątku, kosztem innych podmiotów obrotu. Może to dotyczyć sytuacji, gdy podmiot prowadzi działalność na szeroką skalę, posiada kilku podwykonawców, jednocześnie realizując inne inwestycje. Na finalnym etapie jednej z nich nie wypłaca należności określonym współpracownikom, lokując pieniądze w innych inwestycjach. W ten sposób doprowadza często do rzeczywistej upadłości podmiotów, dla których ta jedna inwestycja ma być przepustką do polepszenia warunków bytowych, a sam mimo wykreowania stanu niewypłacalności, bardzo dobrze prosperuje na rynku gospodarczym. Badania nad czynnikami determinującymi przestępstwa gospodarcze prowadzone były zarówno w Europie, jak i w USA, co zaowocowało podziałem ekonomicznych czynników (kryminogennych) przestępczości gospodarczej na cztery podgrupy w oparciu o kryterium stopnia „usuwal-

¹⁶ K. Kądziołka, Modele ekonomiczne w analizie zjawiska przestępczości, *Studia ekonomiczne*, Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach 2014, nr 206, s. 46–60; J. Kraciuk, Przestępstwa gospodarcze w przedsiębiorstwach i sposoby ich przeciwdziałania, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego* 2012, nr 690, s. 803.

¹⁷ P. Bieniek, S. Cichocki, M. Szczepaniec, Czynniki ekonomiczne a poziom przestępczości – badanie ekonometryczne, *Zeszyty Prawnicze* 2012, nr 1, s. 147–172.

¹⁸ P. Pawluczuk-Bućko, Przestępstwa z art. 301 k.k., *op. cit.*, s. 180.

ności czynników kauzalnych”¹⁹. Z uwagi na ograniczenia objętościowe niniejszego opracowania, nie zostaną one dokładnie omówione, przy czym zasygnalizować warto te, które w sposób szczególny uwypuklają się na tle przestępstw stypizowanych w art. 301 k.k.²⁰ W pierwszej kolejności warto podkreślić, że postęp technologiczny, jaki wciąż następuje wpływa na modyfikację kontaktów gospodarczych, które zmierzają ku bezosobowym i anonimowym, co z kolei sprzyja oszustwom i różnym nadużyciom gospodarczym²¹. W konsekwencji, podmiotem przestępstw gospodarczych coraz częściej mogą być np. zarządy, spółki, co w istotny sposób utrudnia identyfikację sprawcy i w konsekwencji możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności. Na decyzje gospodarcze dłużników, może istotnie wpływać zmienność sytuacji ekonomicznych np. przez gwałtowną recesję, przez wzrost oszukańczych bankructw w wyniku pogorszenia sytuacji finansowej dłużnika²². Natomiast okres *prosperity* może sprzyjać atrakcyjności rynku inwestycyjnego, co z kolei stwarza okazje do popełniania innego rodzaju przestępstw, takich właśnie jak rejestrowanie oszukańczych firm w formie spółek. Kryzysy szczególnie ułatwiają działalność przestępną w obszarze upadłości, w tym szczególnie z pokrzywdzeniem wierzycieli. Sprawcy takich przestępstw w okresie kryzysu zasłaniają się czynnikami obiektywnymi, na przykład, że nie płacą wierzycielom, bo ich dłużnicy im nie płacą. Jak stwierdził jeden z adwokatów: „Według mojego doświadczenia okres hossy gospodarczej sprzyja natomiast przestępstwom związanym z obrotem nieruchomościami i dużymi inwestycjami infrastrukturalnymi typu budowa dróg i budowa obiektów przemysłowych «pod klucz». Stagnacja to okres wyczekiwania pod hasłem – nie mogę sobie pozwolić na zapłatę wierzycielom, bo nie wiem, w którym kierunku sytuacja się rozwinie. To okres zwodzenia wierzycieli przez przestępców gospodarczych i gry na ich emocjach, swoista propozycja gry hazardowej – poczekaj, a sowicie ci się to opłaci. Bogacenie się społeczeństwa w związku z przemianami społeczno-gospodarczymi samo w sobie jest impulsem dla przestępców gospodarczych, by ruszyć

¹⁹ L. Lernell, *Przestępczość*, s. 179. Warto też wspomnieć o dorobku amerykańskiego kryminologa E. Sutherlanda, który jest jednocześnie autorem terminu „przestępczość w białych kołnierzykach” (*White-Collar Crime*).

²⁰ Szerzej w: P. Pawluczuk-Bućko, *Przestępstwa z art. 301 k.k. w ujęciu...*, *op. cit.*, s.181 in.

²¹ O. Górniok, *Przestępczość gospodarcza i jej zwalczanie*, s. 42. Zob. też J. Karąź-niewicz, *Bankowe oszustwo kredytowe aspekty normatywne, kryminologiczne i polityczno-kryminalne*, Toruń 2005, s. 191–192.

²² zob. też O. Górniok, *Czynniki kryminogenne przestępczości gospodarczej...*, *op. cit.*, s. 12.

«na łowy» w poszukiwaniu naiwnych, liczących na szybki zysk, gotowych zainwestować na przykład w «piramidę finansową»²³.

Co ciekawe, już w latach 90. XX w. Rada Europy zwróciła uwagę na kryminogenny charakter niektórych form prawnych spółek np. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Zgodnie z raportem stanowiącym uzupełnienie Zaleceń Rady Europy w zakresie przestępczości gospodarczej, kryminogenny charakter sp. z o.o. wynika z faktu, że: „Osoby stojące na czele firmy o takiej formie prawnej nie biorą pod uwagę wynikających z tej formy ograniczeń swych kompetencji, zabezpieczających interesy wierzycieli spółki. Dyrektorzy firmy niejednokrotnie identyfikują się ze spółką jako taką i działają tak, jakby byli jej właścicielami. Stopień kryminogenności rośnie w razie łączenia się spółek ze spółkami komandytowymi, bowiem w całości podlegają one wówczas przepisom o spółkach komandytowych. Przystosowanych do spółek niewielkich, w których wspólnicy mają możliwość bezpośredniej kontroli działalności firmy”²⁴. Dlatego poszukiwania optymalnych form prowadzenia działalności, zważając na preferencyjne zasady podatkowania mogą również stanowić tło nadużyć. Aktualnie, sprawcy w tym celu często zakładają spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, czy też spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna (sp. z o.o. sp. j.). Na przykład ustanawianie tak niskiej kwoty minimalnego kapitału zakładowego spółki z.o.o., często powodować może brak realnej obawy przed odpowiedzialnością wobec swoich partnerów biznesowych i przez wymienione formy prawne, istnieje możliwość limitowania zakresu odpowiedzialności poszczególnych członków. Korelacji z przestępstwami popełnianymi przeciw wierzycielom można doszukiwać się także w „zmowach przetargowych”, w wyniku których niejednokrotnie może dojść do powstania wręcz monopolu konkretnych podmiotów w zakresie ściśle określonej działalności na rynku lokalnym.

W literaturze można spotkać się z opisem dwóch schematów działania dłużników. Po pierwsze, dotyczy to sytuacji, gdy w razie grożącej niewypłacalności, dłużnik chcąc „ratować dla siebie lub swych bliskich część majątku, uniemożliwia różnymi sposobami zaspokojenie wierzycieli z tego majątku”²⁵. Drugi z przypadków odnosi się do tzw. oszukańczych bankructw, które jak niezwykle trafnie określiła O. Górniok, bliskie są w swej istocie klasycznemu oszustwu. Za oszukańcze bankructwo uznawano zachowania, na które składały się następujące elementy: „sprawca czy sprawcy zakładają spółkę dla ściągnięcia z reguły od wielu osób jak naj-

²³ Szerzej w: P. Pawluczuk-Bućko, *Przestępstwa z art. 301 k.k. w ujęciu...*, *op. cit.*, s. 273.

²⁵ O. Górniok, *Przestępczość gospodarcza i jej zwalczanie...*, *op. cit.*, s. 113.

większej ilości pieniędzy, tytułem wkładów, kredytów lub przyszłych dostaw; następnie obciążają spółkę wypłatami bezpośrednio dla siebie albo na rzecz innych, opanowanych przez osoby współdziałające z nimi, spółek. W końcu następuje nieuchronna, zaplanowana ich niewypłacalność”²⁶. Istotnym determinantem przestępstw popełnianych między podmiotami, które *ex ante* nawiązują porozumienie co do współpracy stanowią właśnie czynniki społeczne i kulturowe. Ich z reguły pośredni wpływ na przestępczość gospodarczą utrudnia odtwarzanie szczegółów mechanizmu kryminogenego²⁷. Wynika to z tego, że wciąż zmieniające się wartości, demoralizacja świadomości społecznej wpływają na rozwój oraz dynamikę przestępczości gospodarczej²⁸. Dodatkowo warto podkreślić, że powszechnie przestępstwa gospodarcze: „dotyczą osób prawnych lub też zamożnych osób fizycznych; najczęściej nie dotyczą one zwykłego człowieka”²⁹. W podobnym duchu wypowiada się O. Górniok, która stwierdza, że: „Zidentyfikowana ofiara przestępstwa gospodarczego jest częstokroć jako typ społeczny (pozycja, nastawienie społeczne), a nawet pod względem cech osobniczych, podobna do sprawcy. Można ją z nim utożsamiać, co nie wzbudza współczucia dla niej”³⁰. Można założyć, że wierzyciele należą do kręgu społecznego, jaki reprezentuje dłużnik, co powoduje brak współczucia w odbiorze społecznym. Jeżeli sytuacja dotyczy na przykład podmiotów z tej samej branży, to społeczeństwo raczej nie okazuje zainteresowania pokrzywdzonemu wychodząc z założenia, że to „ich interesy”. Niemniej, możliwa jest również sytuacja, w której przestępstwa z art. 301 k.k. popełnia dłużnik, który w opinii społecznej uchodzi za osobę stosującą nieuczciwe praktyki gospodarcze, za które nie ponosi żadnej odpowiedzialności, w konsekwencji czego utwierdza społeczeństwo w przekonaniu o nieudolności organów ścigania, co z kolei może wpływać kryminogenicznie na inne podmioty działające w tej samej branży³¹. Dodatkowo jako kolejną determinantę wskazać można ambiwalentną postawę społeczeństwa wo-

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ O. Górniok, *Przestępczość gospodarcza...*, *op. cit.*, s. 46; E. Wilk, *Przestępczość gospodarcza, pojęcie, przyczyny, sprawcy*, Edukacja prawnicza, nr 10, Warszawa 2012, www.edukacjaprawnicza.pl/przestepczosc-gospodarcza-pojecie-przyczyny-sprawcy/, dostęp z dnia 3 czerwca 2020 r.

²⁸ E. Pływaczewski (red.), *Przestępczość zorganizowana*, Warszawa 2011, s. 152–170; O. Górniok, *Czynniki kryminogenne przestępczości gospodarczej w systemie rynkowym*, *Problemy Prawa Karnego* 1994, nr 20, s. 14–17.

²⁹ R. Zawłocki, *Przestępstwa przeciwko wierzycielom w polskim prawie karnym*, Sopot 2007, s. 25–26.

³⁰ O. Górniok, *Przestępczość gospodarcza...*, *op. cit.*, s. 47.

³¹ P. Pawluczuk-Bućko, *Przestępstwa z art. 301 k.k.*, *op. cit.*

bec przestępczości gospodarczej *sensu largo*, która sprowadza się do sprzecznej oceny zachowań sprawców przestępstw godzących w obrót gospodarczy. Z jednej strony, społeczeństwo nie akceptuje zachowań wymierzonych w interesy innych obywateli, z drugiej jednak obywatele są w stanie tolerować przestępne praktyki uznając, że „sprawca przestępstwa gospodarczego „nic nie ukradł, tylko dobrze kombinował”³². Akceptacja takich zachowań może również wynikać z faktu bycia świadkiem, a nawet czasem pośrednim beneficjentem korzyści uzyskanych w wyniku dokonanych przez swojego kontrahenta innych transakcji, które np. wpisywały się w działalność o charakterze przestępczym. W tym kontekście, w literaturze zwraca się uwagę na sztuczny charakter przestępczości gospodarczej³³. Ów przymiot wynika z uznania przestępstw przeciwko wierzycielom (jak również przestępstw gospodarczych) za kategorię przestępstw charakteryzujących się wieloma odmiennosiami w stosunku do „przestępczości tradycyjnej”³⁴. Rozpatrując czynniki społeczno-kulturowe warto wskazać, iż prawdopodobieństwo popełniania przestępstw godzących w interesy wierzycieli wzrasta wśród tzw. ludzi biznesu, nastawionych na opłacalność podejmowanych przedsięwzięć. O ile, samo dążenie do zarobku nie stanowi czynnika kryminogennego, o tyle sposoby służące osiągnięciu tego celu, często polegają na naruszeniu zasad uczciwej konkurencji. W ramach naruszenia zasad etyki biznesu mówi się o: „swoistej subkulturze gospodarczej środowiska ludzi interesu”³⁵. O. Górniok zwróciła ponadto uwagę na tzw. efekt spiralny przestępczości gospodarczej, który rzeczywiście można odnosić do przestępstw przeciwko wierzycielom. Dotyczy to sytuacji, w których podmioty chcąc wyeliminować innych uczestników obrotu trudniących się tą samą branżą, sięgają po praktyki sprzeczne z obowiązującym prawem i naruszające zasady uczciwej konkurencji. W rezultacie narażeni konkurenci albo wycofują się z dotychczasowej praktyki bądź też podejmują podobne niezgodne z prawem praktyki celem utrzymania swojej pozycji. Drugi wariant świadczy właśnie o powstaniu efektu spiralnego. W konsekwencji, taka sekwencja zachowań może doprowadzić do wyeliminowania wszystkich potencjalnych uczestników obrotu, którzy działają zgodnie z prawem i z zachowaniem etyki branżowej.

³² R. Zawłocki, *Przestępstwa przeciwko wierzycielom...*, *op. cit.*, s. 25.

³³ *Ibidem*, s. 47.

³⁴ Zwrot „sztuczny charakter” przestępczości gospodarczej jak i „prawdziwa”, tj. tradycyjna przestępczość zaproponowany został przez O. Górniok i konsekwentnie powoływany przez innych autorów literatury przedmiotu. Zob. R. Zawłocki, *Przestępstwa przeciwko...*, *op. cit.*, s. 26.

³⁵ O. Górniok, *Czynniki kryminogenne przestępczości...*, *op. cit.*, s. 16.

Powyższa obserwacja w pełni odpowiada dzisiejszym realiom charakteryzujących określone branże, w szczególności budowlane, które charakteryzuje wyjątkowa „walka” o klienta. Z kryminologicznego punktu widzenia, istnieje prawdopodobieństwo, iż inne podmioty nie chcąc pozwolić na monopol tylko kilku firm, podejmują podobne działania np. przez zaniżenie cen usług w ofercie przetargowej, czym doprowadzają do przeświadczenia, że określona branża „rządzi się” swoimi prawami. Za czynnik kryminogeny można również środowisko ofiar przestępstw gospodarczych, a bierna postawa samych wierzycieli, polegająca właśnie na niezgłaszaniu podejrzenia popełnienia przestępstwa może utrudniać skuteczne przeciwdziałanie tego rodzaju przestępczości. Z powyższym wiąże się poruszane w literaturze zagadnienie ryzyka wiktylizacji przestępstwami gospodarczymi, które wiąże się z przekonaniem kontroli okoliczności, na które obiektywnie pokrzywdzony nie ma wpływu. Nie ulega wątpliwości, że każda aktywność w obrocie narażona jest na pewne ryzyko, co nie oznacza *ad hoc* konieczności braku zaufania do kontrahenta. Jednak, zasada ograniczonego zaufania z pewnością zabezpiecza w jakimś sensie przed niezgodnymi z prawem praktykami. W tym kontekście, w literaturze zwraca się uwagę na tzw. ryzyko moralne (*moral hazard*), które może wpływać na zbyt duży zakres zaufania objawiający się brakiem weryfikacji wiarygodności kontrahenta³⁶, co znowu może determinować zachowania dłużników.

Z powyższego wynika, że patologie życia gospodarczego pojawiają się i rozwijają w wyniku zakłóceń w sferze aksjologii. Zmiana postaw i wartości może stać się bezpośrednią przyczyną zmian w dotychczasowym światopoglądzie, a w konsekwencji przestrzeganych dotychczas norm postępowania. W ten sposób dochodzi do nieustannego przekształcania wyznawanych dotąd wartości, co z kolei sprzyja przekształceniu przestępczości w przestępczość zawodową, a w skrajnych przypadkach struktury przestępcze przybierają tak silne formy np. zorganizowane, że ich sprawcy nie wykazują nawet oporów przed walką z organami³⁷. Taki element charakterystyki patologii w sferze gospodarczej, daje się zauważyć także w przypadku przestępstw popełnianych na szkodę wierzycieli. Wydaje się, że jeżeli dłużnik raz „pozwoli sobie” na celowe pokrzywdzenie wierzycieli celem wygenerowania większego zysku dla siebie, istnieje duże prawdopodobieństwo, że takie zachowanie stanie się powtarzalną praktyką. Może to

³⁶ Zob. szerz. W. D a d a k, Ryzyko wiktylizacji uczestników obrotu gospodarczego przestępstwami gospodarczymi, *Czasopismo prawa karnego i nauk penalnych*, rok XIV: 2010, nr 2.

³⁷ E. P ł y w a c z e w s k i, *Przestępczość zorganizowana i jej zwalczanie w Europie Zachodniej*, Warszawa 1992.

objawiać się tzw. „wypieraniem bezprawnego działania” przez racjonalizację swoich działań³⁸. Jest to o tyle możliwe, że sprawca mimo ogłoszenia upadłości może funkcjonować na rynku w innej formie organizacyjno-prawnej, a nawet „pod przykrywką” innych osób. Mając na względzie specyfikę przestępstw popełnianych przez dłużników, które muszą być oceniane przez pryzmat dowolności w kształtowaniu stosunków zobowiązaniowych oraz charakteru działalności będącej podstawą roszczenia, bowiem w zależności od rodzaju branży, można mówić o kierunkach etiologii tego rodzaju przestępstw. Niewątpliwie, za czynnik warunkujący kierunki i efektywność zwalczania przestępczości gospodarczej uznać można aktualny system instytucjonalny wypracowany dla tego celu. Badania wskazują, że na niski poziom wykrywalności przestępstw popełnianych przeciwko wierzycielom, wpływa brak zrozumienia ich istoty i mechanizmów popełnienia³⁹. Przyczyn można doszukiwać się w braku odpowiednich kompetencji wymiaru sprawiedliwości w zakresie oceny działań sprawców⁴⁰. Trudność w prowadzeniu postępowań w zakresie odpowiedzialności karnej dłużnika, sprowadza się do oceny jego zachowań w kontekście granic dozwolonego ryzyka gospodarczego, co z kolei koreluje z koniecznością posiadania wiedzy w zakresie norm pozakarnych. Tego rodzaju postępowania wymagają np. zbadania momentu czasowego, ze wskazaniem dnia, w którym powinien zostać złożony do sądu wniosek o upadłość, czy w ogóle oceny momentu i charakteru konwencji zachowań składających się na doprowadzenie do upadłości. Na mankamenty w tych obszarach zwracają uwagę i sędziowie, prokuratorzy, ale i adwokaci⁴¹. W konsekwencji, kluczowym zarówno na etapie postępowania przygotowawczego, jak i jurydycznego jest posiadanie wiedzy wykraczającej poza prawo karne, która pozwoli na ocenę intencji dłużnika w kontekście celowości podejmowanych konkretnych czynności prawnych, które często mieszczą się w ramach dozowanego ryzyka. Dopiero taka weryfikacja pozwala ocenić czy doszło do zawinienia, a w rezultacie czy można postawić sprawcy zarzut. Efektywność zwalczania taktycznych upadłości wiąże się ze stworzeniem struktur wyspecjalizowanych w ich badaniu. W tym kontekście

³⁸ A. Gaberle, *Patologia społeczna*, Warszawa 1993, s. 248 i nast.

³⁹ P. Pawluczuk-Bućko, *Przestępstwa z art. 301 k.k.*, *op. cit.*, s. 298.

⁴⁰ Tak też w M. Hrehorowicz, *Opinia biegłego w sprawach karnych gospodarczych i jej ocena sądowa*, Poznań 2013, s. 342. „Analiza wyników przeprowadzonych badań uprawnia do stwierdzenia, iż w praktyce brak jest instytucji naukowych lub specjalistycznych zajmujących się sporządzaniem opinii gospodarczych i cieszących się zaufaniem organów procesowych”.

⁴¹ Wyniki badań opisane w: P. Pawluczuk-Bućko, *Przestępstwa z art. 301 k.k.*, *op. cit.*, s. 276 i n.

autorka wskazywała na konieczność organizowania specjalistycznych szkoleń prokuratorów i sędziów w ujęciu interdyscyplinarnym. Ponadto, można pochylić się nad zasadnością wyodrębnienia w sądach wydziałów karnych gospodarczych. Wydaje się, że istotną rolę w kontekście zwalczania analizowanej grupy przestępstw przypisać można funkcjonowaniu ośrodków analitycznych w zakresie szeroko pojętej przestępczości gospodarczej. Jednym z wiodących czynników podtrzymujących dotychczasowy stan przestępczości w ujęciu zarówno ilościowym, jak i jakościowym, jest brak ośrodka analitycznego w zakresie szeroko pojętej przestępczości gospodarczej. W tym celu można rozważyć powołanie niezależnego podmiotu, trudniącego się opracowywaniem ekspertyz z zakresu spraw gospodarczych. O zasadności wsparcia organów ścigania, przez tego typu podmioty, nieraz dyskutowano w środowisku prawniczym⁴².

Jako pilne zadanie na przyszłość, jawi się konieczność weryfikacji i interwencji legislacyjnej przepisów prawno-karnych w zakresie zwalczania przestępstw przeciwko wierzycielom. Tymczasem trudno o liczne rozważania prawne, czy raporty organów ścigania w tym zakresie. Brak poświęconej uwagi znalazł również wyraz w rządowym programie pt. „Program przeciwdziałania i zwalczania przestępczości gospodarczej na lata 2015–2020”, w którym nie ma odniesienia do przestępstw popełnianych na szkodę wierzycieli, czy nawet szeroko rozumianych oszustw w sferze życia gospodarczego. W wyniku powyższego, nasuwa się wniosek, że ustawodawca nie dostrzegł potrzeby zintensyfikowania monitorowania działań w kierunku kryminalizowania działań nieuczciwych dłużników, pozostawia-

⁴² Powyższe postulaty zostały również zgłoszone przez Rzeczniczkę Prokuratury Krajowej w kwietniu 2018 r., która zasygnalizowała potrzebę powołania placówki naukowej, skupiającej specjalistów z zakresu wiedzy ekonomicznej, w tym m.in. prawa podatkowego, finansów, obrotu instrumentami finansowymi, funduszy inwestycyjnych, giełd towarowych, księgowości oraz innych dziedzin dotyczących działalności gospodarczej. Co więcej, z wypowiedzi wynikało, że istnieje realny problem ze znajdowaniem odpowiednio wykwalifikowanych biegłych, którzy chcieliby służyć wsparciem sądom i prokuraturze; Wypowiedź rzecznika Prokuratury Krajowej E. Białik w wywiadzie na łamach GP: J. Styczyński, P. Słowik, Nowy instytut; Z uwagi na dotychczasowy brak państwowego ośrodka przygotowującego opinie w sprawach gospodarczych, zarządzeniem Ministra Sprawiedliwości, powołany został Instytut Ekspertyz Ekonomicznych i Finansowych w Łodzi⁴². Instytut rozpoczął swoje funkcjonowanie 10 maja 2019 r. (Zarządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 lipca 2018 r. w sprawie utworzenia Instytutu Ekspertyz Ekonomicznych i Finansowych w Łodzi (Dz. Urz. MS z 2018 r., poz. 206). Można wskazać na takie instytucje jak: Instytut Ekspertyz Ekonomicznych w Katowicach sp. z o.o. czy Instytut Ekspertyz Gospodarczych sp. z o.o. Wskazane przykładowe instytuty trudnią się sporządzaniem ekspertyz z szeroko rozumianego prawa gospodarczego. Przy czym nie należy tracić z pola widzenia faktu, że forma prawna, w jakiej zostały one powołane wskazuje, iż nie są to instytuty państwowe.

jąc to cywilistom. Tymczasem system prawa powinna cechować komplementarność, tym bardziej, że działania na szkodę wierzycieli mogą się również wpisywać w stałą praktykę funkcjonowania niektórych podmiotów gospodarczych. Media nie nagłaśniają takich spraw, przy czym w określonych obszarach lokalnych znane są konkretne firmy, które „upadają”, aby nie zapłacić wierzycielom i „zaoszczędzone” w ten sposób należności finansowe przeznaczyć na inne inwestycje. Dlatego, można uznać, że zdecydowana stabilność przepisów z zakresu ochrony wierzycieli na gruncie karnistycznym nie koreluje z nowymi trendami w obrocie. Powyższa argumentacja może nie trafiać do osób, które przekonane są o marginalnym problemie, o którym traktuje art. 301 k.k. (co wynika również ze statystyk). Jednak dane w kontekście art. 300 k.k. czy dane Ministerstwa Sprawiedliwości w kontekście liczby stwierdzanych upadłości, mogą doprowadzać do zupełnie innych wniosków. Ponadto brak w orzecznictwie wielu przykładów może świadczyć o tym, że sprawy z pokrzywdzeniem wierzycieli w kontekście poważnych przestępstw gospodarczych nie trafiają na wokandę, chociażby z uwagi na brak dowodów. Na kanwie powyższego, ustalono, że braki w zakresie niedostatecznym rozeznaniu znamion, składają się na niefortunne sformułowania zarzutów w aktach oskarżenia, jak również na samą treść wyroków. W konsekwencji, zarówno na etapie postępowania przygotowawczego jak i sądowego istotny czynnik odgrywa dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego. W większości przypadków są to biegli z zakresu rachunkowości, ekonomii. Zarówno wywiady pogłębione, jak i analiza *case study*, dowiodły, że na tym polu dostrzegalne są istotne zastrzeżenia co do jakości przedkładanych opinii⁴³. Z badań wyprowadzić wynika, że sędziowie nie zgłaszają w tym zakresie zbyt wielu uwag krytycznych, natomiast zarówno prokuratorzy, jak i adwokaci wręcz przeciwnie, wskazują, że biegli często podejmują się analiz stanów faktycznych, przy jednoczesnym braku rozeznania co do podstawowych instytucji prawnych. Mając wiedzę z dziedziny ekonomii czy rachunkowości, trudno o prawidłowe ustalenia w zakresie związku przyczynowego, stanowiącego istotę oceny prawnokarnej zachowania sprawcy, jeżeli biegły nie rozumie istoty umowy sprzedaży czy cesji wierzytelności. Błędy po stronie biegłych są niezwykle brzemienne w skutkach. Otóż, analiza orzecznictwa dowiodła, że w większości analizowanych judykatów, sąd korzystał z opinii biegłego, której treść znajdowała wierne odzwierciedlenie w uzasadnieniu do wyroku. Ponadto, w ponad połowie spraw, uwzględniano apelacje, w wyniku których sąd odwoławczy

⁴³ P. Pawluczuk-Bućko, Przestępstwa z art. 301 k.k., w ujęciu..., *op. cit.*, s. 264–298.

dostrzegał nieprawidłowości w toku argumentacji biegłych. W konsekwencji, uchylał wyrok, a sprawę przekazywał do ponownego rozpoznania, co istotnie wpływało na przewlekłość takich postępowań. Niemniej, należy pamiętać, że niejednokrotnie sprawy rozpatrywane są latami, gdyż biegły sporządza opinię, która jest na tyle sporna, że skutkuje koniecznością oponowania przez złożenie stosowanych zastrzeżeń. W tym kontekście, dostrzeżono pewne ograniczenia proceduralne. Otóż, strona toczącego się postępowania może złożyć zastrzeżenia co do *meritum* opinii, odnoszącej się wyłącznie do wniosków z niej płynących, przy czym nawet w wyniku ich uwzględnienia przez sąd nie skutkuje to żadną odpowiedzialnością dyscyplinarną biegłych. Dotyczy to w szczególności dużych spraw gospodarczych, gdzie wynagrodzenie za jej przygotowanie jest horrendalne, nawet gdy wnioski płynące z opinii naruszają zasady logiki i stoją w sprzeczności np. do obowiązującego prawa cywilnego. W tym miejscu nasuwa się pytanie. Skoro radca prawny czy adwokat ponosi odpowiedzialność za narażenie interesów klienta, to dlaczego biegły, który jest np. dyskredytowany w wyniku opinii uzupełniających, przygotowanych przez innych biegłych, nie ponosi żadnych konsekwencji i dalej opiniuje w podobnych sprawach? Brak jest niezależnego organu, do którego można by było wnieść skargę i który byłby władny udzielić upomnienia, bądź wszcząć postępowanie dyscyplinarne. Tym samym trudno o realne instrumenty do weryfikacji wiedzy i kompetencji biegłych, których rola w większości stanów faktycznych jest kluczowa. Kwestia jakości wydawanych w postępowaniach sądowych opinii biegłych stanowił od 2016 r. przedmiot żywego zainteresowania Rzecznika Praw Obywatelskich. Ten już wielokrotnie kierował do Ministra Sprawiedliwości postulat w postaci pilnej potrzeby uchwalenia przez prawodawcę kompleksowej ustawy o biegłych, która pozwoli na weryfikowanie ich merytorycznego przygotowania i jakości prezentowanych stanowisk. W piśmie z dnia 6 grudnia 2018 r. RPO zwrócił się do Prezesa Rady Ministrów z apelem o przyspieszenie trwających od ponad 2 lat prac nad ustawą o biegłych. Według stanowiska Rzecznika Praw Obywatelskich całościowa ustawa o biegłych zapewniłaby właściwe gwarancje konstytucyjnego prawa do sądu. W bardzo rygorystycznym stanowisku, Rzecznik stwierdza: „Nie kwestionując w żaden sposób roli i znaczenia opinii biegłych w postępowaniu przed sądami Rzecznik uważa, że zarówno w ocenie obywateli, jak i jego własnej – sędziowie zbyt często opierają rozstrzygnięcia wyłącznie na opinii biegłych sądowych – bez podejmowania ich samodzielnej i krytycznej analizy. Czasami sądy, zamiast opierać się na własnej wiedzy i doświadczeniu (...) zdają się na opinie biegłych, nawet gdy jest ona niepełna”. Stanowisko do-

tyczące wskazanej materii RPO opiera powołując się m.in. na wyniki kontroli NIK: „Funkcjonowanie biegłych w wymiarze sprawiedliwości”, raporcie pt.: „Biegli sądowi w Polsce” wydanym przez Helsińską Fundację Praw Człowieka w kwietniu 2014 r., jak też na raporcie pt. „Ocena kompetencji biegłych sądowych. Oczekiwania i rekomendacje projektu badawczego *Forensic Watch* (nr E2/2162)”. Dlatego docenić należy dostrzeżoną potrzebę wzmocnienia nadzoru nad działalnością biegłych rewidentów i firm poprzez nowelizację ustawy o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym⁴⁴. Biorąc pod uwagę ryzyko braku kompetencji biegłych oraz fakt, że sędziowie liczą, iż opinia pozwoli im ocenić zachowania dłużnika, sprawy z zakresu ochrony wierzycieli implikują szereg trudności już na etapie ustaleń faktycznych.

3. Ujęcie dogmatyczne

Kluczowym zagadnieniem badawczym uczyniono zasadność utrzymywania w kodeksie karnym zakazów karnoprawnych wyrażonych w przepisach art. 301 k.k. Punktem wyjścia do prowadzonych rozważań stanowiło założenie, iż przestępstwa z art. 301 k.k. sformułowane są w sposób wadliwy, co powoduje, że godzą w zasadę określoności przepisów prawa. Należy wyartykułować, że już wstępna analiza literatury przedmiotu uprawniała do stwierdzenia, iż konstrukcja regulacji z art. 301 k.k. jest na tyle złożona i nieostra, że utrudnia to ich stosowanie i chroni przez to wierzycieli w ograniczonym zakresie. Aktualne ujęcie normatywne analizowanych przypisów wskazuje, iż w jego zakres mogą się wpisać zachowania, które nie powinny być kwalifikowane jako przestępstwa, a z drugiej strony nie obejmuje on sytuacji, które powinny być penalizowane⁴⁵. Za asumpt ku powyższym wnioskom można uznać stwierdzenie, iż przepis art. 301 k.k. określa zakaz gospodarczy w postaci upadłości, co stanowi dowód wady w systemie prawa, gdyż niewypłacalność czy upadłość nie jest zjawiskiem

⁴⁴ Dz. U. z 2022 r., poz. 1302.

⁴⁵ Poza zakresem penalizacji pozostają zdarzenia, które nie są utworzeniem nowej jednostki gospodarczej, albo doprowadzeniem do utraty bytu podmiotu prawa, jak również zjawisko nabywania udziałów polegających na prawach, a nawet nabycie całego przedsiębiorstwa. Nie można ponadto zapominać o wypadkach, gdy razem z udziałami i wspólnikiem przechodzą np. jego kontrakty (np. z racji umów o zakazie konkurencji), wówczas pozostaje jedynie ochrona z czynów nieuczciwej konkurencji, a brak jest reakcji karnej w tym zakresie, mimo iż szkodliwość społeczna czynu, w większości takich wypadków, jest znaczna. Podobny wydzźwięk przynosi sytuacja, gdy następuje przejęcie spółki całej bądź przedsiębiorstwa jako wkładu w spółce (przechodzą zatem składniki majątkowe, prawa i obowiązki), rzutujące na sytuację wierzyciela.

karygodnym. W konsekwencji, wydaje się, że aktualne brzmienie przepisu świadczy o „dopuszczeniu przez ustawodawcę możliwości czynienia zarzutu za zachowanie, które *de facto* nie narusza norm gospodarczych, bowiem te ostatnie określają materialnoprawne podstawy ogłoszenia upadłości. Praktyka wskazuje, że w celu dokonania prawidłowej wykładni przepisu typizującego przestępstwo gospodarcze, istotnym jest, aby przepis ten był spójny z normą gospodarczą, a w przypadku art. 301 § 2 i 3 k.k. normą prawa upadłościowego. W przeciwnym razie może okazać się, że przepis prawny nie spełnia swojej funkcji. W rezultacie na etapie subsumcji art. 301 k.k., każdorazowo należy odnieść się do przepisów prawa upadłościowego, a o odpowiedzialności karnej za upadłość można mówić tylko wtedy, gdy zostanie udowodnione naruszenie norm wynikających z Prawa Upadłościowego. W konsekwencji uznano, że przepis ten powinien zostać przekonstruowany ewentualnie uchylony i na nowo sformułowany, co wymagałoby również przekonstruowania pozostałych przepisów traktujących o ochronie interesów wierzycieli tj. art. 300 k.k., 302 k.k.”, tak aby nie naruszyć zasady spójności systemowej⁴⁶.

Ponadto należy zaznaczyć, że geneza aktualnego ujęcia znamion sięga do rozwiązań zaproponowanych przez twórców kodeksu karnego z 1932 r.⁴⁷, jak i ustawy o ochronie obrotu gospodarczego z dnia 12 października 1994 r.⁴⁸. Z uwagi na to, że przepisy k.k. z 1969 r.⁴⁹ stanowiły kompletnie nieadekwatne narzędzie do zwalczania ewoluujących nadużyć na płaszczyźnie rozwijającej się gospodarki, zwłaszcza w okresie transformacji systemowej, w przepisach OchrObrGospU uwzględniono propozycję przepisów ujętą w najnowszej wersji projektu kodeksu karnego z 1994 r., który zawierał już rozdział XXXVI zatytułowany: „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu” – art. 296–307 k.k., a te w istocie oparte zostały na założeniach Rozdziału XL „Przestępstwa na szkodę wierzycieli” k.k. z 1932 r. W rezultacie, aktualne brzmienie regulacji z art. 301 k.k. stanowi wierne odzwierciedlenie treści art. 7 OchrObrGospU a dyskusja nad systematyką i kształtem analizowanych przestępstw, zatrzymała się na etapie uchwalania OchrObrGospU, co uznać należy za istotne i niezrozumiałe. Brak pochylenia się nad systematyką przepisów mających na celu ochronę tak ważnych z punktu wi-

⁴⁶ P. Pawluczuk-Bućko, Przestępstwa z art. 301 k.k., *op. cit.*, s. 286.

⁴⁷ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 60, poz. 571 ze zm.)

⁴⁸ Ustawa z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego (Dz. U. Nr 126, poz. 615).

⁴⁹ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94 ze zm.).

dzenia obrotu, stosunków międzyludzkich wymaga pilnej inicjatywy, a prace legislacyjne w tym zakresie powinny być wsparte przez cywilistów, ekspertów prawa upadłościowego. Tylko wtedy bowiem możliwe jest skonstruowanie przepisu, który spójny jest z regułami obowiązującymi w innych gałęziach prawa, stanowiących podstawę oceny zachowania dłużnika w kontekście przekroczenia progu dozwolonego ryzyka. Ocena czy owo przekroczenie dopuszczalnego ryzyka nastąpiło, powinna być dokonywana w oparciu o analizę przepisów przewidzianych w prawie cywilnym. Warto podkreślić, że ocena czynności prawnej dłużnika, wskutek czego stał się niewypłacalny, pod kątem pokrzywdzenia wierzycieli, zasadniczo przewidziana jest w kodeksie cywilnym, który przewiduje możliwość reakcji wierzyciela w drodze *actio paulina*. Natomiast w kontekście weryfikacji źródła i dopuszczalności określonych praktyk, należy odnieść się do norm zawartych w ustawie z dnia 28 lutego 2003 r. prawo upadłościowe⁵⁰. Warto zauważyć, że o ile wykładnia art. 301 § 1 k.k. wskazuje, że czynność sprawcza odnosi się w istocie do czynności rozporządzającej mającej również wyraz w art. 527 k.c., o tyle w przypadku zachowań spenalizowanych na gruncie art. 301 § 2 i 3 k.k. w systemie prawa, poza prawem karnym ustawodawca nie przewidział przepisów odnoszących się do tak ujętych znamion (doprowadzenia do upadłości czy niewypłacalności)⁵¹. Prawo upadłościowe reguluje kwestie związane z upadłością/niewypłacalnością przy czym nie ujmuje tego stanu jako stanu nielegalnego. Chociażby, na podstawie art. 127 i n. prawa upadłościowego przewidziana jest bezskuteczność czynności upadłego „w stosunku do masy upadłości” jeśli zaistnieją określone przesłanki. Zgodnie z aktualnym brzmieniem przepisów art. 301 § 2 i 3 k.k., „doprowadzenie do niewypłacalności czy upadłości” zostało ujęte jako czynność sprawcza a jednocześnie skutek, stanowi zachowanie karygodne. Taka konstrukcja może implikować trudności na etapie formułowania zarzutów, gdyż na pozór doprowadzające do upadłości zachowania, na gruncie przepisów prawa upadłościowego mogą okazać się całkowicie zgodne z prawem, a zatem nie będą mogły stanowić podstawy odpowiedzialności karnej. Kierując się *ultima ratio* prawa karnego, należy podkreślić konieczność uwzględniania zarówno na etapie typizacji, jak i wykładni norm pozakarnych, tyle że te ostatnie podlegają częstym zmianom, a przepisy typizujące przestępstwa przeciw wierzycielom, charakteryzuje duża stabilność.

Zarzut w kontekście naruszenia zasady określoności prawa, sprowadza się w analizowanym wypadku do braku jednolitego stanowiska w kontek-

⁵⁰ Dz. U. z 2020 r., poz. 1228 tekst jedn. z dnia 10 lipca 2020 r.

⁵¹ P. Pawluczuk-Bućko, Przestępstwa z art. 301 k.k., w ujęciu..., *op. cit.*, s. 287.

ście ekstensji pojęć użytych w regulacji z art. 301 k.k., przy czym interpretacje nieraz różnią się tak dalece, iż trudno o konsensus. Analiza dogmatycznoprawna pozwoliła ukazać użycie niefortunnych pojęć, jak: „kilku wierzycieli”, „ogranicza zaspokojenie”, „tworzy nową jednostkę gospodarczą”, „przenosi składniki majątku”, „doprowadza do swojej upadłości lub niewypłacalności”, „zaciąganie zobowiązań lub zawieranie transakcji oczywiście sprzecznych z zasadami gospodarowania”⁵². O ile nikogo nie powinien dziwić fakt, braku jednomyslności co do interpretacji określonych znamion, co dotyczy wielu przestępstw w k.k., to w przypadku art. 301 k.k. rozbieżności prowokują pytanie, czy ów przepis spełnia swoją rolę. Podany w wątpliwość np. wymóg posiadania przez dłużnika kilku wierzycieli rodzi pytanie nie tylko o to, jakiemu dłużnikowi można postawić zarzut, czy takim, który posiada minimum dwóch czy trzech wierzycieli, ale również o to, czy skutek w postaci niewypłacalności musi osiągnąć taki rozmiar, który potencjalnie wpłynie na niemożność pokrycia wierzytelności przysługujących kilku wierzycielom. Odpowiedź pozytywna oznaczałaby konieczność zsumowania wierzytelności przysługujących tym kilku wierzycielom i na tej podstawie dopiero prognozowanie możliwości dłużnika na pokrycie długów. Gdyby jednak odnosić się *stricto* do prawa upadłościowego, którego przepisy bez wątpienia powinny stanowić punkt wyjścia rekonstrukcji norm mających znaczenie dla zasad odpowiedzialności karnej, wnioski klarują się w nieco innym kierunku. Przepisy Prawa upadłościowego, regulują m.in. zasady wspólnego dochodzenia roszczeń wierzycieli, co oznacza, że ogłoszenie upadłości wobec konkretnego podmiotu, oznacza posiadanie przez niego kilku wierzycieli. Co więcej, jeśli okazałoby się, że dłużnik ma tylko jednego wierzyciela, sąd zobowiązany będzie oddalić wniosek o ogłoszenie upadłości (art. 1 ust. 1 PrUp). Natomiast, zgodnie z brzmieniem art. 491² ust. 2 PrUp, w przypadku osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej, postępowanie nie jest uzależnione

⁵² J. Lachowski, (w:) R. Zawłocki (red.), System Prawa Handlowego, Prawo karne gospodarcze, tom 10, Warszawa 2012, s. 487 i nast.; J. Potulski, (w:) R. A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, wyd. 3, Warszawa 2017, s. 1736 i nast. Zob. też: M. Bojarski, Rozdział XXXVI bez art. 299, (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016; K. Buczkowski, M. Wojtaszek, Przestępstwa gospodarcze w praktyce prokuratorskiej i sądowej, Warszawa 1998; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. III, Komentarz do art. 278–363 k.k., Warszawa 2008; J. Giezek, Naruszenie obowiązku ostrożności jako przesłanka urzeczywistnienia znamion przestępstwa nieumyślnego, PiP 1992, nr 1; J. Majewski, Komentarz do art. 300–302, (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–363, Tom II i III, Lex, dostęp z dnia 20 stycznia 2020 r.

od liczby wierzycieli, co oznacza, że może być nawet jeden. Powyższe uwagi czynią zasadnym założenie, że ustawodawca posłużył się na tyle niedookreślonym znamieniem, że wręcz można mówić o niespójności z przepisami pozakarnymi. Niezrozumienie dodatkowo budzi fakt, iż w przepisie art. 300 k.k., którego funkcja również sprowadza się do ochrony wierzycieli w sytuacji „uciekania” z majątkiem przez dłużnika przewidziano karalność w przypadku niezaspokojenia nawet jednego wierzyciela, a fakt posiadania „wielu” wpływa jedynie na wyższą karalność, natomiast w art. 301 k.k. nie przewidziano typu kwalifikowanego, natomiast podmiotem przestępstwa może być tylko dłużnik posiadający „kilku” wierzycieli (kryminalizacji nie podlega pokrzywdzenie jednego wierzyciela), przy czym art. 301 k.k. nie jest typem kwalifikowanym w stosunku do art. 300 k.k. Mając na względzie uwagi czynione w kontekście fenomenu analizowanej grupy przestępstw, jak i wątpliwości na płaszczyźnie dogmatycznej, można było rozważyć, wprowadzenie jednego przepisu, w którym penalizacji podlegałby fakt doprowadzenia do niewypłacalności, jak również niemożności egzekucji, spowodowane działaniem dłużnika w celu niezaspokojenia wierzyciela. Sam fakt działania z zamiarem niezaspokojenia wierzyciela, gdzie zamiar pokrzywdzenia wyprzedza doprowadzenie do niewypłacalności, powinien być kryminalizowany, nie uzależniając penalizacji od tego, czy jest kilku wierzycieli, a także czy zachowanie godzi w obrót gospodarczy. Istotą ochrony na polu prawa karnego powinien być fakt niezaspokojenia wierzycieli wskutek celowego, zawinionego doprowadzenia do niewypłacalności (*dolus directus*), której następstwem nie zawsze musi być upadłość, a której stwierdzenia w świetle prawa wymaga się spełnienia określonych warunków. Dłużnik mając mianowicie sposobność spłaty wierzyciela, podejmuje takie czynności, które zmierzają do braku realizacji zobowiązania (element wolicjonalny skoncentrowany na niezaspokojeniu wierzyciela wyprzedza realizację przesłanek materialnoprawnych do stwierdzenia niewypłacalności). Z punktu widzenia wierzyciela istotna jest szkoda, jaką ponosi w wyniku działań dłużnika i nie ma znaczenia czy jednocześnie zachowanie dłużnika narusza podstawy obrotu gospodarczego. Należy zauważyć, że karalne zachowanie sprawców analizowanych przestępstw sprowadza się w istocie do zamachu na mienie pokrzywdzonego, co w konsekwencji prowadzi do wyrządzenia szkody majątkowej. *De lege ferenda* można byłoby rozważyć zasadność przeniesienia przepisów typizujących przestępstwa przeciw wierzycielom do rozdziału chroniącego mienie, z zastrzeżeniem konieczności pochylenia się nad kształtem pozostałych przestępstw przeciwko wierzycielom, tak aby przekonstruowany przepis był z nimi spójny, a nie stanowił *lex specialis*. Należy zauważyć, że

przepisy typizujące podstawowe rodzaje przestępstw przeciwko mieniu sprawdzają się w procesie zwalczania zamachów na majątkowe interesy przedsiębiorców i konsumentów, a według autorki istota przestępstwa polegającego na „pozorowaniu” braku majątku zbliżona jest do oszustwa. Dlatego przepis chroniący wierzycieli mógłby znaleźć się w rozdziale chroniącym mienie jako narzędzie do reagowania w konkretnych, specyficznych stosunkach czyli między dłużnikiem a wierzycielem. Kluczowym z punktu widzenia poprawy efektywności stosowania przepisów karnych przewidujących odpowiedzialność dłużników, jest konieczność modyfikacji znamion. Przede wszystkim odpowiedzialność karna nie powinna być warunkowana liczbą wierzycieli, co czyniłoby zadość zgodności wewnątrz systemowej przepisów prawa, a ponadto nie wprowadzałoby istotnego ograniczenia na etapie subsumpcji. Mając na względzie, że w aktualnym brzmieniu art. 301 k.k. niejako konkretyzuje zachowania dłużników w odniesieniu do art. 300 k.k., to chcąc uniknąć, *superflum* należałoby odstąpić od zamkniętego katalogu zachowań. Niewątpliwie, typizowanie kazuistycznego typu przestępstwa w istoty sposób ogranicza możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności dłużników, którzy w sposób celowy dążą do braku realizacji zobowiązania. Dlatego kryminalizacji powinien podlegać fakt wyzbycia się majątku przez dłużnika ze szkodą dla wierzycieli, nie określając metod działania. Materialnoprawny charakter przestępstwa nie powinien być uzależniony od „doprowadzenia do upadłości”, a powinien sprowadzać się do wyrządzenia szkody wierzycielowi w postaci doprowadzenia majątku do takiego stanu, który nie pozwala na zaspokojenie roszczeń wierzyciela. Wysoce pożądanym byłoby również przewidzenie typu kwalifikowanego warunkowanego przez liczbę pokrzywdzonych wierzycieli czy też wysokości długu. Z inną dolegliwością karną powinien spotkać się dłużnik, który z „niezaspakajania” swoich wierzycieli uczynił „stałą praktykę”, a inną w sytuacji, gdy stan niepozwalający na realizację zobowiązań wynika z jednorazowej nieadekwatnej decyzji gospodarczej, opatrzonej ryzykiem czy też wynikającej z niezależnych od dłużnika przyczyn. Tak samo trudno zgodzić się aby nie różnicować sytuacji, gdy dług wynosi 1000 zł od sytuacji, gdy zamierzone działania pokrzywdziły wierzycieli na kwotę milionów złotych. O pilności weryfikacji ujęcia przepisów z art. 301 k.k. nie przesądza natomiast tryb ścigania. Z pewnością, tryb wnioskowy oddawałby realia, gdyż *de facto* i tak postępowania ścigane są wskutek zawiadomienia wierzyciela i rozsądniejszym wydaje się przyznanie prymatu dobrowolnego ukształtowania drogi dochodzenia roszczeń wierzycielom. Tryb publicznoskargowy wydaje się po prostu „na wyrost”, gdyż interes w ściganiu tej kategorii przestępstw leży zdecydowanie po stronie sa-

mych zainteresowanych wierzycieli, a nie organów ścigania. Trudno też wymagać, aby sąd, który postanawia o upadłości konkretnego podmiotu, rozpatrując wniosek pochylał się nad badaniem wystąpienia ewentualnych znamion przestępstwa. Dodatkowo, można stwierdzić, że nie wymaga zmian ujęcie sankcji. Sąd dysponuje nie tylko alternatywnymi karami na gruncie k.k., ale również środkami karnymi. Można jedynie zgłosić zastrzeżenie co do polityki karania. Jak wynika z danych statystycznych Sąd rzadko stosuje karę grzywny czy środek w postaci zakazu prowadzenia działalności gospodarczej. Niewątpliwie najdolegliwszą z punktu widzenia prewencji byłaby kara finansowa, a nie izolacyjna, a tym bardziej stosowana z warunkowym zawieszeniem wykonania. Z drugiej strony wydaje się, że takie wnioski obarczone mogą być błędem, gdyż skoro rocznie w skali kraju o przestępstwach stypizowanych w art. 301 k.k. mowa jest dosłownie kilku czy kilkunastu przypadkach, to być może te stany faktyczne są na tyle mało skomplikowane, a działania dłużników wynikają jedynie z nieostrożnych czy ryzykownych decyzji gospodarczych, że mówienie o polityce karania jest raczej nierzetelne. Taki stan rzeczy wynika, z dysproporcji między skazaniami na tle art. 301 k.k. a np. art. 300 k.k. Nie należy również zapominać o wachlarzu instrumentów przewidzianych przez ustawę o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny popełnione pod groźbą kary⁵³.

4. Zakończenie

Zagadnienie związane z odpowiedzialnością karną dłużników, podejmujących się wyrafinowanych form czynów zmierzających do uwolnienia się od długów, stanowią ważną i niedocenianą płaszczyznę analiz. Sposób wyznaczenia zakresu zastosowania przestępstw stypizowanych w art. 301 k.k. sprawia, iż kryminalizacją objęte są zachowania bądź stany (upadłości czy niewypłacalności), które z punktu widzenia zasad prawidłowej legislacji, obarczone są istotnymi sprzecznościami, a nawet błędami. W konsekwencji wydaje się, że aktualne brzmienie przepisu świadczy o dopuszczeniu przez ustawodawcę możliwości czynienia zarzutu za zachowanie, które *de facto* nie narusza norm gospodarczych, bowiem te ostatnie określają materialnoprawne podstawy ogłoszenia upadłości. Praktyka wskazuje, że w celu dokonania prawidłowej wykładni przepisu typizującego przestępstwo gospodarcze istotne jest, aby przepis ten był spójny z normą gospodarczą, a w przypadku art. 301 § 2 i 3 k.k. – normą prawa upadłościowego.

⁵³ Ustawa z dnia 28 października 2002 r. odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 703 ze zm.).

wego. W przeciwnym razie może okazać się, że przepis prawno-karny nie spełnia swojej funkcji. W rezultacie, na etapie subsumcji art. 301 k.k., każdorazowo należy odnieść się do przepisów PrUpad i cywilnego w kontekście ważnych czynności rozporządzających, a o odpowiedzialności karnej za upadłość można mówić tylko wtedy, gdy zostanie udowodnione naruszeniem norm wynikających z PrUpad. Zagadnienia, które szczególnie powinny wykazywać zgodność z *ultima ratio*, prowokują pytanie o zasadność utrzymywania w polskim systemie prawa przepisów, w kształcie jakie nadają mu aktualne znamiona. O pilności pochylenia się nad kształtem przepisu art. 301 k.k. przesądza również analiza w kontekście kryminologicznym. W szczególności, za istotne zaniedbanie uznać należy brak weryfikacji analizowanej grupy przestępstw pod kątem ich roli, zważywszy chociaż na to, że pełnią one rolę subsydiarną, a zatem ich treść powinna być kontrolowana równolegle z jakże częstymi nowelizacjami przepisów traktujących o upadłości. Tak naprawdę, dyskusja nad systematyką i kształtem analizowanych przestępstw zatrzymała się na etapie uchwalenia OchrObrGospU, co jawi się jako niezrozumiałe. W drodze przykładu warto wskazać, iż w dniu 24 marca 2020 r. weszła w życie nowelizacja prawa upadłościowego, która już teraz wpływa na wzrost ogłaszanych upadłości, a uchylony art. 491⁴ Prawa upadłościowego, w którym ustawodawca wskazał przesłanki uprawniające do oddalenia przez sąd wniosku o upadłość (jeżeli dłużnik doprowadził do swojej niewypłacalności umyślnie lub wskutek rażącego niedbalstwa), z pewnością dadzą impuls do nowych nadużyć. Wynika to z niewątpliwej liberalizacji przepisów, które mimo, iż powstały w reakcji na pandemię COVID-19 implikować będą jeszcze większe trudności w kontekście oceny zachowań dłużnika.

Bibliografia

1. Bieniek P., Cichocki S., Szczepaniec M., Czynniki ekonomiczne a poziom przestępczości – badanie ekonometryczne, Zeszyty Prawnicze 2012, nr 1.
2. Błachut J., Gaberle A., Krajewski K., Kryminologia, Gdańsk 1999.
3. Bojarski M., Rozdział XXXVI bez art. 299, (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016.
4. Buczkowski K., Wojtaszek M., Przestępstwa gospodarcze w praktyce prokuratorskiej i sądowej, Warszawa 1998.
5. Dąbrowska-Kardas M., Kardas P., (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. III, Komentarz do art. 278–363 k.k., Warszawa 2008.

6. Buczkowski K., *Przestępstwa gospodarcze*, Warszawa 2000.
7. Currit M., *Pokrzywdzenie wierzyciela przez dłużnika. Przestępstwa z art. 300 i 301 § 1 k.k.*, Warszawa 2021.
8. Dadak W., Ryzyko wiktymizacji uczestników obrotu gospodarczego przestępstwami gospodarczymi, *Czasopismo prawa karnego i nauk penalnych* 2010, nr 2.
9. Dz. U. z 2020 r., poz. 1228 tekst jedn. z dnia 10 lipca 2020.
10. Gabrele A., *Patologia społeczna*, Warszawa 1993.
11. *Gazeta Prawna*: J. Styczyński, P. Słowik, Nowy instytut.
12. Giezek J., Naruszenie obowiązku ostrożności jako przesłanka urzędywistnienia znamion przestępstwa nieumyślnego, *PIP* 1992, nr 1.
13. Górniok O., Czynniki kryminogenne przestępczości gospodarczej w systemie rynkowym, *Problemy Prawa Karnego*, tom 20, Katowice 1994.
14. Górniok O., *Prawnokarna ochrona obrotu gospodarczego*, *Jurysta* 1994, nr 1.
15. Górniok O., *Przestępczość gospodarcza i jej zwalczanie*, 1994.
16. Górniok O., *Przestępstwa gospodarcze. Rozdz. XXXVI, XXXVII k.k. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 60 i nast.
17. Górniok O., S. Hoc, S. M. Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. III, Gdańsk 1999, s. 407.
18. Hołyst B., *Zagrożenia ładu społecznego*, t. I, Warszawa 2013.
19. Hołyst B., *Kryminologia*, Warszawa 1994.
20. Hrehorowicz M., *Opinia biegłego w sprawach karnych gospodarczych i jej ocena sądowa*, Poznań 2013.
21. Hryniewicz E., Zawłocki R., Nieumyślność bankructwa jako podstawa odpowiedzialności karnej, *MoP* 2006, nr 6.
22. Karaźniewicz J., *Bankowe oszustwo kredytowe aspekty normatywne, kryminologiczne i polityczno-kryminalne*, Toruń 2005.
23. Kądziołka K., *Modele ekonomiczne w analizie zjawiska przestępczości*, *Studia ekonomiczne*, Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach 2014, nr 206.
24. Kopacz M., *Pozorne bankructwo jako jedno z przestępstw przeciwko wierzycielom*, *St.PiA* 2014, nr 3.
25. Kraciuk J., *Przestępstwa gospodarcze w przedsiębiorstwach i sposoby ich przeciwdziałania*, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego*, nr 690, 2012.
26. Lachowski J., (w:) R. Zawłocki (red.), *System Prawa Handlowego, Prawo karne gospodarcze*, tom 10, Warszawa 2012.
27. Lernell L., *Przestępczość gospodarcza*, Warszawa 1965.

28. Majewski J., (w:) G. Bogdan, K. Buchała, Z. Ćwiąkański, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, t. 3, Kraków 1999.
29. Majewski J., Glosa do uchwały SN z dnia 20 listopada 2000 r., sygn. I KZP 31/00.
30. Majewski J., Komentarz do art. 300–302, (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–363, Tom II i III, Lex, dostęp z dnia 20 stycznia 2018 r.
31. Majewski J., Przestępstwa na szkodę wierzycieli (uwagi na tle ustawy z dnia 12 października 1994), PUG 1995, nr 6.
32. Zakrzewski R., Przestępstwa na szkodę wierzycieli, Prok. i Pr. 1999, nr 7–8.
33. Marek A., Komentarz do kodeksu karnego. Część szczególna, Warszawa 2000.
34. Marszałek M., Sporne problemy wykładni art. 6 § 1 i 3 ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, Prokuratura i Prawo 1997, nr 4.
35. Pawluczuk-Bućko P., Przestępstwa z art. 301 k.k. w ujęciu prawnokarnym i kryminologicznym, Beck 2021.
36. Pływaczewski E. (red.), Przestępczość zorganizowana, Warszawa 2011, s. 152–170.
37. Pływaczewski E. W., Bezpieczeństwo obywateli – prawa człowieka – zrównoważony rozwój, Białystok 2017, s. 461.
38. Pływaczewski E., Przestępczość zorganizowana i jej zwalczanie w Europie Zachodniej, Warszawa 1992.
39. Potulski J., (w:) R. A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, wyd. 3, Warszawa 2017.
40. Pracki H., Nowe rodzaje przestępstw gospodarczych, Prokuratura i Prawo 1992, nr 2.
41. Projekt badawczy Nr 1 H02A 018 18 finansowany przez Komitet Badań Naukowych w latach 2000–2002.
42. Raport dostępny pod adresem: www.eulerhermes.pl/euler-hermes-w-polsce/Pages/default.aspx, dostęp w dniu 2 grudnia 2020 r., Opracowania wieloletnie / Baza statystyczna / Informator Statystyczny Wymiaru Sprawiedliwości, <https://ms.gov.pl>, dostęp z dnia 23 grudnia 2020 r.
43. Raport dostępny pod adresem: www.eulerhermes.pl/euler-hermes-w-polsce/Pages/default.aspx, dostęp w dniu 2 grudnia 2020 r., Opracowania wieloletnie / Baza statystyczna / Informator Statystyczny Wymiaru Sprawiedliwości, <https://ms.gov.pl>, dostęp z dnia 23 grudnia 2020 r.

44. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 60, poz. 571 ze zm.).
45. Skorupka J., Glosa do uchwały SN z dnia 20 listopada 2000 r., sygn. I KZP 31/00., OSP 2001, nr 10, poz. 145, lex dostęp z dnia 1 sierpnia 2020 r.
46. Skorupka J., Karnoprawna ochrona wierzycieli w praktyce sądowej, PS 2003, Nr 6.
47. Skorupka J., Karnoprawna ochrona wierzycieli, Toruń 2001.
48. Skorupka J., Pojęcie dłużnika w typach przestępstw na szkodę wierzyciela, PS 1999, nr 6.
49. Skorupka J., Wybrane aspekty przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu, Przegląd Sądowy 1999, nr 2.
50. Śrona M., Markiewicz J., Zatory płatnicze, czyli co UOKiK znalazł pod lupą, <https://www2.deloitte.com/pl/pl/pages/doradztwo-prawne/articles/informacje-prasowe/zatory-platnicze-czyli-co-UOKiK-znalazl-pod-lupa.html>, dostęp z dnia 2 listopada 2021 r.
51. Uchwała SN z dnia 20 listopada 2000 r., sygn. I KZP 31/2000.
52. Ustawa z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego (Dz. U. Nr 126, poz. 615).
53. Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94 ze zm.).
54. Wilk E., Przestępczość gospodarcza, pojęcie, przyczyny, sprawcy, Edukacja prawnicza, nr 10, Warszawa 2012, dostęp pod adresem: www.edukacjaprawnicza.pl/przestepczosc-gospodarcza-pojecie-przyczyny-sprawcy/, dostęp z dnia 3 czerwca 2020 r.
55. Wojciechowski J., Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo, Warszawa 1997.
56. Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 8 marca 2012 r., sygn. III CSK 238/11, legalis, dostęp z dnia 1 sierpnia 2020 r.
57. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2018 r., sygn. II KK 411/17, OSNKW 2018, nr 9, poz. 58.
58. Zarządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 lipca 2018 r. w sprawie utworzenia Instytutu Ekspertyz Ekonomicznych i Finansowych w Łodzi (Dz. Urz. MS z 2018 r., poz. 206).
59. Zawłocki R. (red.), System Prawa Handlowego, t. 10, Prawo karne gospodarcze, Warszawa 2018.
60. Zawłocki R., Prawo karne gospodarcze, Warszawa 2007.
61. Zawłocki R., Przestępstwa przeciwko wierzycielom w polskim prawie karnym, Sopot 2007.

Strategic bankruptcy: considerations in the light of Article 301 of the Penal Code

Abstract

This study addresses offences committed by debtors and classified under Article 301 of the Penal Code, focusing on both criminal-law and criminological implications. It analyses the rationale behind maintaining the provision of Article 301 with its current perspective determined by present elements of offences, and comments on aetiology thereof and difficulties in combatting. The starting point is the assumption that, in its current dogmatic form, the provision at issue fails to fulfil its role, and no verification of its content in the context of things such as dynamically evolving economic changes in Poland and the volatility of law on bankruptcy is serious negligence. Considerations concern some select avenues of research described based on the monographic study “Offences under Article 301 of the Penal Code as seen from the criminal-law and criminological perspective”.

Key words

Creditor, debtor, bankruptcy, criminal law, criminology.

Paweł Opitek¹

Przeszukanie na odległość jako czynność procesowa (art. 236a k.p.k.)

Streszczenie

Artykuł zaczyna się od wprowadzenia, w którym wskazano na cel opracowania, zastosowaną metodę badań i tezę, którą autor podjął się udowodnić. Omówiono także dotychczasowe stanowisko doktryny na temat zdalnego przeszukania. Rozdział drugi dotyczy kwestii pojęciowych i definicyjnych związanych z takim przeszukaniem. Krytycznej analizie poddano wyrażane poglądy na temat dopuszczalności tej czynności. W następnej części opracowania przeprowadzono poprawną, zdaniem autora, wykładnię treści art. 236a Kodeksu postępowania karnego. Udzielono odpowiedzi na pytanie, które przepisy o „tradycyjnym” przeszukaniu należy stosować wprost, a które odpowiednio zmodyfikować lub całkiem pominąć do czynności realizowanej na odległość. Zmierzono się kolejny raz z poglądami doktryny w analizowanej kwestii szczególnie, że niektóre z nich są błędne. W rozdziale czwartym omówiono różnice między dwoma instytucjami kodeksu postępowania karnego: przeszukaniem na odległość oraz kontrolą i utrwalaniem rozmów. Ocena, czy w konkretnym stanie faktycznym można zastosować art. 219 k.p.k. w zw. z art. 236a k.p.k. zależy m.in. od miejsca, gdzie znajduje się urządzenie z danymi cyfrowymi i temu zagadnieniu dedykowano kolejną część pracy. Ma znaczenie, czy artefakty ulokowano na terenie Polski, czy zagranicą i kto jest administratorem danych. Całość artykułu zamykają wnioski końcowe, w których podsumowano stanowisko autora na temat przeszukania on-line.

Słowa kluczowe

Przeszukanie zdalne, przeszukanie on-line, system informatyczny, system teleinformatyczny, dowody cyfrowe, prokurator, cyberprzestępczość.

¹ Dr Paweł Opitek, prokurator z Wydziału Nadzoru nad Czynnościami Operacyjno-Rozpoznawczymi w Prokuraturze Krajowej, ORCID ID 0000-0002-4015-5774, e-mail opitek@interia.pl.

1. Wprowadzenie

„Przeszukiwanie na odległość”, określane także mianem „przeszukiwania *on-line*” lub „zdalnego przeszukiwania”, to temat, który nie doczekał się zbyt wielu opracowań w doktrynie prawa i praktycznie jest nieobecny w orzecznictwie sądowym. Nieliczny wyjątek stanowią artykuły A. Lacha, który, można rzec, wypracował dość powszechnie akceptowane w piśmiennictwie stanowisko na temat analizowanej instytucji. Większość autorów w swoich opracowaniach nawiązywała lub wprost powoływała się, zazwyczaj bezkrytycznie, na poglądy A. Lacha, nie dokonując własnej, szczegółowej analizy problemu przeszukiwania na odległość². Działo się tak zapewne z kilku powodów. Po pierwsze jest to zagadnienie trudne dla prawnika, wymagające znajomości nie tylko obowiązujących przepisów prawa, ale także aspektów technicznych i kryminalistycznych przeszukiwania³. Znaczny i uznany dorobek naukowy profesora Lacha stanowił natomiast niejako alibi do powielania jego poglądów. Chodzi o to, że przepisy Kodeksu postępowania karnego⁴ dotyczące przeszukiwania regulują szczegółowo „zwykłą” formę tej czynności, która odbywa się w „realnym świecie”, a do przeszukiwania na odległość wprost odnosi się tylko art. 236a k.p.k. Nakazuje on „odpowiednio stosować” postanowienia rozdziału 25 k.p.k. i na tym gruncie powstały kontrowersje dotyczące wykładni wspomnianego przepisu, które jeszcze bardziej „zaciemniały” możliwości realizacji czynności procesowych w cyberprzestrzeni. Można rzec, że dzisiaj dyskusja prawnicza na ten temat prawie nie istnieje.

Przeszukiwanie na odległość stanowi tymczasem zagadnienie niezmiernie ważne w czasach migracji przestępczości do wirtualnego świata i wykorzystywania przez sprawców Internetu do popełniania czynów zabronionych. Obecnie podjęty w artykule temat nie jawi się już tylko jako akademickie rozważania o czynnościach, które mają znikome znaczenie

² Zob. m.in. K. Eichstaedt, Art. 236a. Przeszukiwanie urządzeń zawierających dane informatyczne, (w:) D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego. Tom I. LEX/el. 2022 – komentarz, stan prawny: 1 marca 2022 r., T. Grzegorzczak, Art. 236a. Stosowanie przepisów o przeszukaniu i zatrzymaniu do dysponentów i użytkowników urządzeń lub systemów informatycznych, Kodeks postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1–467. Komentarz, Lex 2014.

³ W tym wypadku zgodzić należy się z A. Lachem, że „(...) 'odpowiednie stosowanie' tradycyjnych instytucji procesowych w cyberprzestrzeni będzie dla praktyki zadaniem dość niewdzięcznym (...)” (w:) A. Lach, Gromadzenie dowodów elektronicznych po nowelizacji kodeksu postępowania karnego, Prokuratura i Prawo 2003, nr 10, s. 25.

⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 2021 r., poz. 534, 1023, 2447 z późn. zm.).

w praktyce dochodzeniowo-śledczej, ale stanowi działanie ze wszech miar potrzebne do efektywnego zwalczania niektórych form, szczególnie najpoważniejszych, przestępczości. Stąd wynika pragmatyczny walor niniejszego opracowania i jeśli nawet nie wszyscy czytelnicy zgodzą się ze sformułowanymi przez autora tezami, to ważne będzie rozpoczęcie rzeczowej polemiki na temat przeszukania na odległość po to, aby funkcjonariusze Policji, prokuratorzy, czy sędziowie śmiało realizowali takie czynności w ramach prowadzonych postępowań.

Tabela 1. Wieloaspektowość czynności przeszukania na odległość.

PODMIOTOWA	Właściciel treści zgadza się na przeszukanie	PRZEDMIOTOWA	Przeszukanie indywidualnego urządzenia końcowego (np. laptopa)	SYTUACYJNA	Czynności operacyjno-rozpoznawcze (przeszukanie niejawne)
	Właściciel treści nie zgadza się na przeszukanie		Przeszukanie serwera firmy		Czynności procesowe (przeszukanie jawne)
	Nieznany właściciel treści		Przeszukanie zasobów chmurowych o nieokreślonym umiejscowieniu		Europejski nakaz dochodzeniowy
			Dane ruchome lub stałe		Inne, aniżeli karne, postępowania (cywilne, administracyjne)

Źródło: opracowanie własne autora.

W artykule mowa jest o przeszukaniu w takim znaczeniu, że organ procesowy w ramach śledztwa lub dochodzenia bada ślady cyfrowe zapisane na innym nośniku danych, aniżeli znajdujący się w jego „fizycznym” zasięgu, z którym łączy się za pomocą zdalnego kanału komunikacji, najczęściej Internetu. Skupiono się na dwóch podstawowych kwestiach: „Czy obowiązujące przepisy dopuszczają w ogóle realizację takiej czynności procesowej?”; jeśli tak jest, to „Jaki rodzaj zasobów cyfrowych, mając na względzie ich umiejscowienie geograficzne, można przeszukiwać?”. Spośród wielu sytuacji, których może dotyczyć tak rozumiane przeszukanie *on-line*, przykładowo wskazać można na następujące stany faktyczne:

- zachodzi duże prawdopodobieństwo, że ustalona osoba jest uczestnikiem darkmarketu przeznaczonego do sprzedaży niedozwolonych substancji i należy sprawdzić, czy na jej koncie (profilu) założonym w sklepie internetowym znajdują się informacje świadczące o popełnieniu przestępstwa (np. korespondencja z nabywcami narkotyków);

- podejrzany dysponuje portfelem do przechowywania waluty wirtualnej dostępnym z poziomu przeglądarki internetowej, a więc koniecznym staje się zalogowanie do jego aplikacji, sprawdzenie, czy znajdują się w niej bitcoiny lub inne jednostki kryptowaluty i ewentualnie zabezpieczenie ich na poczet orzeczonych w przyszłości kar i środków karnych;
- ustalono, że przestępca dysponuje miejscem na serwerze dostarczyciela usług chmurowych i przechowuje na nim zakazane treści pornograficzne. W celu udowodnienia, że tak nie jest, zgadza się on udostępnić prokuratorowi dane autoryzujące dostęp do zasobów chmurowych (login i hasło) w celu sprawdzenia, czy takie treści rzeczywiście się tam znajdują⁵.

Ramy objętościowe niniejszego opracowania zdecydowały natomiast, że poza szczegółową analizą pozostawiono takie ważne zagadnienia, jak np. narzędzia informatyczne służące do przeszukiwania *on-line* i kryminalistyczne aspekty realizacji tej czynności procesowej, sposób zabezpieczania ujawnionych śladów i dowodów cyfrowych, czy kwestię statusu osób uczestniczących w przeszukaniu. Inna, ważna rzecz, to rozgraniczenie pomiędzy przeszukiwaniem zasobów cyfrowych, a oględzinami. Chociaż przepisy procedury karnej wyraźnie określają odmienny charakter obu czynności, to w praktyce realizacji czynności ukierunkowanych na zasoby cyfrowe, podjęcie decyzji, którą formę działania zastosować, nie jest często zadaniem łatwym. Jako przykład wskazać można, że z oględzinami organ procesowy będzie miał do czynienia, kiedy zasadniczo wie, co zawierają poddane tej czynności zasoby, gdyż wcześniej na zabezpieczonym nośniku danych świadek dostarczył ich kopię binarną i teraz zachodzi „tylko” konieczność sprawdzenia *on-line*, czy rzeczywiście jego konto zawiera takie same treści. W przypadku przeszukiwania natomiast policjant lub prokurator nie wiedzą lub ich wiedza jest ograniczona, co znajduje się w danym wycinku cyberprzestrzeni i poprzez dynamiczną czynność przeszukiwania, starają się ujawnić i zabezpieczyć ślady świadczące o podejrzeniu popełnienia przestępstwa.

Sformułowana przez autora teza badawcza brzmi: „Obowiązujące przepisy prawa pozwalają, co do zasady, realizować przeszukiwanie na odległość, jako czynność procesową, zakotwiczoną w art. 236a k.p.k.”

⁵ W jednej ze spraw, z którą zapoznał się autor artykułu w ramach obowiązków służbowych, prokurator powołał biegłego w celu udziału w realizacji eksperymentu procesowego przeszukiwania zawartości informatycznej panelu sklepu w obszarze platformy Darkmarketu z wykorzystaniem łączności online umożliwiającej bieżącą obsługę aplikacji z poziomu nośników oraz czynności zajęcia środków pieniężnych wyrażonych w walucie BTC przechowywanych przez podejrzanego w portfelu opisanym uzyskiwanym w ten sposób loginem dostępu poprzez zadysponowanie ich przelewem na stworzony odrębnie profil w dyspozycji tuż. Prokuratury.

Została ona zweryfikowana poprzez zastosowanie metody badawczej polegającej na krytycznej analizie poglądów doktryny na przedstawiony temat skonfrontowanych z dokonaną przez autora wykładnią przepisów prawa dotyczących przeszukania na odległość oraz jego zawodowymi doświadczeniami wyniesionymi z pracy na stanowisku prokuratora.

2. Kwestie pojęciowe i definicyjne

Termin „przeszukanie na odległość” dotyczy, najogólniej rzecz biorąc, czynności związanych z zapoznawaniem się przez organ procesowy z treściami określonych zasobów cyfrowych dostępnych w Internecie w celu ujawnienia śladów i dowodów popełnionych przestępstw, czy zabezpieczenia mienia. Opisany środek dowodowy nie doczekał się definicji legalnej, gdyż brak jest ku temu racjonalnych przesłanek: wieloaspektowość zdalnego przeszukania powoduje, że każda próba jego zdefiniowania byłaby na swój sposób „ułomna”: zbyt ogólnie obejmowałaby wszystkie działania dotyczących takiego przeszukania lub – bazując na szczegółowych pojęciach – nadmiernie je zawężała. W konsekwencji realizacja przeszukania *on-line* mogłaby okazać się jeszcze bardziej problematyczna, aniżeli dzieje się to na podstawie obowiązujących przepisów. Ustawodawca słusznie zatem posłużył się taką konstrukcją legislacyjną, że art. 236a k.p.k. należy stosować odpowiednio do pozostałych przepisów zawartych w rozdziale 25 k.p.k. w taki sposób, aby dostosować jego regulacje do przeszukania zdalnego przy zachowaniu wszystkich obwarowań prawnych towarzyszących tej czynności.

Opis tego, czym jest przeszukanie na odległość, można odnaleźć w doktrynie prawa karnego. I. A. Jaroszevska rozumie przez to działania sprowadzające się do przeszukania z wykorzystaniem sieci zasobów systemu informatycznego znajdującego się w oddalonym miejscu⁶. Według A. Lacha omawiana czynność przybiera dwie formy:

- 1) rozszerzoną, kiedy w trakcie przeszukania systemu informatycznego okazuje się, że istotne dowodowo dane znajdują się w innym systemie, do którego dostęp jest możliwy za pomocą systemu pierwotnego – wówczas przeszukuje się również system wtórny. Dochodzi więc

⁶ I. A. Jaroszevska, Przeszukanie urządzenia zawierającego dane informatyczne lub systemu informatycznego w świetle Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości, (w:) A. Opalska-Kasprzak, I. A. Jaroszevska, M. Powirska, (red.), *Blaski i cienie przeszukania. Węzłowe problemy procesowo-kryminalistyczne*, KPP Monografie, Olsztyn 2018, s. 114.

najpierw do dynamicznego przeszukania „tradycyjnego” zasobów pierwotnych, a następnie rozszerza się go na system wtórny;

- 2) zdalnego przeszukania *sensu stricto*, które przeprowadza się przy pomocy „komputera umiejscowionego w siedzibie jednostki policji” bez informowania jego użytkownika o tym fakcie przed przystąpieniem do czynności. W tym przypadku celem przeszukania jest od razu określony system informatyczny bez stosowania instytucji „rozszerzonego przeszukania”⁷.

Zdaniem A. Lacha polski ustawodawca nie przyjął koncepcji rozszerzonego przeszukania za pośrednictwem sieci, a więc taka czynność jest dopuszczalna wyłącznie w zakresie systemu, którego dana osoba jest dysponentem czy użytkownikiem. W razie konieczności rozszerzenia przeszukania na inne systemy możliwe jest co najwyżej skorzystanie z trybu określonego w art. 220 § 3 k.p.k. w związku z art. 217 § 3 k.p.k., czyli tzw. wypadków niecierpiących zwłoki. W momencie przeszukania środowisk komputerowych – pisze dalej A. Lach – owe sytuacje niecierpiące zwłoki będą miały miejsce w szczególności wtedy, kiedy istotne z punktu dowodowego dane będą w pamięci operacyjnej komputera, a zaistnieje obawa, że po wyłączeniu systemu ich odzyskanie stanie się niemożliwe lub znacznie utrudnione, bądź też zaistnieje przypuszczenie, że osoba podejrzana posiada wiedzę o prowadzonych przez organ ścigania działaniach i może podjąć próbę usunięcia danych albo fizycznego zniszczenia nośników⁸.

Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem A. Lacha, że obowiązujące przepisy prawa w ogóle nie dopuszczają zdalnego przeszukania ukierunkowanego na system znajdujący się poza miejscem przebywania osób realizujących czynności procesowe. Podstawowy kontrargument jest taki, że skoro „racjonalny ustawodawca”, bo takie założenie obiera się za punkt wyjścia w derywacyjnej koncepcji wykładni przepisów prawa, wprowadził do kodeksu postępowania karnego przepis art. 236a wyraźnie statuujący możliwość przeszukiwania systemów informatycznych i teleinformatycznych, to nie można tego ignorować posługując się argumentacją pozaprawną lub bardzo ogólnikowymi odwołaniami do przepisów. Skoro „system informatyczny” oznacza każde urządzenie lub grupę wzajemnie połączonych lub związanych ze sobą urządzeń, z których jedno lub więcej,

⁷ A. Lach, Przeszukanie na odległość systemu informatycznego, *Prokuratura i Prawo* 2011, nr 9, s. 68.

⁸ A. Lach, Gromadzenie dowodów elektronicznych po nowelizacji kodeksu postępowania karnego, *Prokuratura i Prawo* 2003, nr 10, s. 20, 23.

zgodnie z programem, wykonuje automatyczne przetwarzanie danych⁹ to jest oczywiste, że art. 236a k.p.k. dotyczy m.in. urządzeń, które są połączone za pomocą sieci Internet. Twórca wspomnianej koncepcji derywacyjnej, prof. Maciej Zieliński słusznie twierdził, że wszelkie teorie prawa należy uprawiać w taki sposób, ażeby były owocne dla praktyki, a „praktyka” organów ścigania potrzebuje dzisiaj realizować zdalne przeszukania w celu skutecznego ścigania najpoważniejszych przestępstw.

Przechodząc do szczegółów, to nie wiadomo dlaczego A. Lach zakłada *a priori*, że czynność taką dokonuje się „bez informowania jego użytkownika (tj. użytkownika przeszukiwanego nośnika pamięci – przypis autora) o tym fakcie przed przystąpieniem do czynności”. Wspomniany już art. 236a k.p.k. nie zwalnia organu procesowego od realizacji obowiązku wynikającego z art. 224 k.p.k., tj. umożliwienia osobie, której system ma zostać poddany przeszukaniu, do udziału w czynności oraz powiadomienia jej o celu planowanych działań. Zgodzić należy się z K. Eichstaedt, że przez pojęcie „dysponenta” należy rozumieć osobę upoważnioną do rozporządzania systemem, mającą go do dyspozycji, rozporządzającą nim według swego uznania, np. administratora sieci. „Użytkownik” z kolei, jest osobą używającą systemu, korzystającą z niego, eksploatującą go, czerpiącą jakieś korzyści z cudzego systemu, np. każdy użytkownik komputera, posiadacz konta poczty elektronicznej. Zakres przedmiotowy odpowiedniego stosowania przepisów rozdziału 25 k.p.k. został ograniczony do danych przechowywanych w systemie lub na nośniku i znajdujących się w dyspozycji lub użytkowaniu wskazanych osób¹⁰.

„Udział”, o którym mowa w art. 224 § 1 k.p.k. będzie miał specyficzny charakter, tj. osoba uprawniona (zazwyczaj podejrzany), obserwuje czynności realizowane na komputerze przez organ procesowy z pomocą biegłego z zakresu informatyki śledczej lub jeszcze innej specjalności (np. znającego się na walutach wirtualnych albo seksuologa, gdy sprawa dotyczy treści pornograficznych z udziałem osób małoletnich poniżej lat 15). Zainteresowanemu będzie przysługiwało prawo składania oświadczeń do protokołu przeszukania na okoliczności związane z jego przebiegiem, czy składania wniosków dowodowych. Poinformowanie podejrzanego o pla-

⁹ Art. 1 pkt a. Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości, sporządzonej w Budapeszcie dnia 23 listopada 2001 r. (Dz. U. z 2015 r., poz. 728).

¹⁰ K. Eichstaedt, Art. 236a. Przeszukanie urządzeń zawierających dane informatyczne, (w:) D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz, Lex. Nie do końca zrozumiały przy tym może być fakt, że K. Eichstaedt na końcu swojego wywodu odwołuje się do A. Lacha („zob. szerzej A. Lach, Gromadzenie..., s. 16–25”), skoro reprezentuje pogląd odmienny od tego autora.

nowanej czynności przeszukania na odległość może być problematyczne w okolicznościach konkretnej sprawy i grozić np. usunięciem przez niego niedozwolonych treści zanim jeszcze zgłosi się do prokuratury. Wówczas efektywna realizacja postawionych sobie przez organ procesowy zadań może być uzależniona od przyjęcia odpowiedniej taktyki prowadzenia śledztwa, np. zarządzenia blokady konta przez administratora serwera do momentu rozpoczęcia przeszukania jego zasobów. Wspomniane niebezpieczeństwo nie istnieje, jeśli osoba, która ma uczestniczyć w czynności, jest tymczasowo aresztowana, pozbawiona wolności lub czynność realizowana jest w ramach instytucji „wypadku niecierpiącego zwłoki”.

Przeszukania *on-line* dotyczą jeszcze inne osobliwości, o czym będzie mowa w następnym rozdziale artykułu. W tym miejscu warto podkreślić, że niemożność udziału w czynności właściciela lub prawowitego posiadacza badanych treści w Internecie nie wyklucza *per se* możliwości realizacji przeszukania. Warto porównać to do sytuacji, kiedy organ procesowy posiada wiarygodne informacje, że w ustalonym lokalu mieszkalnym znajdują się narkotyki, ale użytkownik tego mieszkania nie jest znany lub ukrywa się. Nie stoi to na przeszkodzie temu, aby „siłowo” wejść do lokalu, dokonać jego przeszukania i zabezpieczyć ślady i dowody popełnionego przestępstwa. Podobnie rzecz ma się z kontem internetowym założonym na platformie cyfrowej, czy urządzeniem końcowym: jeśli jego właściciel lub użytkownik, pomimo dochowania starań przez referenta postępowania karnego, aby zrealizować dyrektywę z art. 224 § 2 k.p.k., nie będzie uczestniczył w zdalnym przeszukaniu, to nie zachodzi bezwzględna przeszkoda uniemożliwiająca realizację tej czynności.

Podobnie deklaracja podejrzanego, że chce dobrowolnie wydać artefakty pochodzące z przestępstwa i zanim przystąpi się do przeszukania na odległość, wskazuje on prokuratorowi swój portfel sieciowy, podaje hasło umożliwiające dostęp do aplikacji i następuje zabezpieczenie kryptowaluty – to sytuacja taka nie powoduje automatycznie, że wszystkie cele przeszukania zostały osiągnięte. Należy pamiętać bowiem, że w urządzeniach zawierających dane informatyczne lub systemach informatycznych użytkowanych przez podejrzanego mogą znajdować się dodatkowe ślady stanowiące dowód w sprawie lub podlegające zajęciu w celu zabezpieczenia kar majątkowych, środków karnych o charakterze majątkowym, przepadku, środków kompensacyjnych albo roszczeń o naprawienie szkody. Ponownie odwołując się do przykładu z „przestępczości narkotykowej” oczywista jest sytuacja, że nawet jeśli dealer wyda na żądanie policjanta woreczek z kilkoma gramami marihuany, to i tak nastąpi przeszukanie jego mieszkania, gdyż mogą znajdować się

w nim jeszcze inne narkotyki. Fakt dobrowolnego wydania cyfrowych artefaktów przez osobę, u której ma być przeprowadzone przeszukanie, nie niweczy dokonania tej czynności. Jednak kontynuowanie przeszukania, pomimo dobrowolnego wydania, powinno ograniczyć się tylko do sytuacji, gdy zachodzi prawdopodobieństwo, że nie wszystkie dane, będące w zainteresowaniu prokuratora, zostały wydane.

3. Wykładnia art. 236a k.p.k.

Studium literatury przedmiotu pokazuje, że dla wielu autorów problematyczna jest treść art. 236a k.p.k., która – ich zdaniem – wręcz uniemożliwia realizację przeszukania na odległość. Zgodnie z nim „Przepisy rozdziału niniejszego (tj. 25 k.p.k. – przypis autora) stosuje się odpowiednio do dysponenta i użytkownika urządzenia zawierającego dane informatyczne lub systemu informatycznego, w zakresie danych przechowywanych w tym urządzeniu lub systemie albo na nośniku znajdującym się w jego dyspozycji lub użytkowaniu, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną”¹¹. Legislator zastosował więc odesłanie zewnętrzne o charakterze dynamicznym (bez sprecyzowania jego wersji czasowej). Oznacza to, że odesłanie zawarte w art. 236a k.p.k. dotyczy przepisów Kodeksu postępowania karnego w brzmieniu, jakie każdorazowo, w momencie obowiązywania przepisu odsyłającego, będą one przybierać¹². Zdaniem Sądu

¹¹ Art. 236a k.p.k. został dodany do Kodeksu postępowania karnego przez art. 1 pkt 79 ustawy z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2003 r., Nr 17, poz. 155) w brzmieniu: „Przepisy działu niniejszego stosuje się odpowiednio do dysponenta i użytkownika systemu informatycznego w zakresie danych przechowywanych w tym systemie lub na nośniku znajdującym się w jego dyspozycji lub użytkowaniu, w tym korespondencji przesłanej pocztą elektroniczną”, a następnie zmieniony do obecnie obowiązującej treści przez art. 2 pkt 4 ustawy z dnia 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń (Dz. U. z 2004 r., Nr 69, poz. 626).

¹² Wykładni art. 236a k.p.k. nie ułatwia fakt, że uzasadnienie projektu ustawy z dnia 10 stycznia 2003 r. milczało na temat projektowanego przepisu, a w uzasadnieniu projektu ustawy z dnia 18 marca 2004 r. odnośnie zmiany treści ww. artykułu napisano jedynie: „Świadectwem czasu jest propozycja, aby przepisy o zatrzymaniu rzeczy i przeszukaniu stosować odpowiednio do dysponenta i użytkownika systemu informatycznego w zakresie danych przechowywanych w tym systemie lub nośniku znajdującym się w jego dyspozycji lub użytkowaniu, w tym korespondencji już przesłanej pocztą elektroniczną (art. 236a). Projekt ustawy w tym miejscu oznacza też implementację do polskiego prawa konwencji międzynarodowych, których Polska jest stroną”.

Najwyższego odpowiednie stosowanie tego rodzaju regulacji nie ma jednolitego charakteru i oznacza trzy różne sytuacje:

- 1) stosowanie przepisów odniesienia do danego zakresu odniesienia bez żadnych zmian w ich treści (tzw. stosowanie wprost),
- 2) stosowanie owych przepisów z modyfikacjami i
- 3) niestosowanie określonych przepisów odniesienia do danego zakresu odniesienia w ogóle¹³

– przy czym nie istnieją ogólnie wytyczne, pozwalające *a priori* ustalić, które z wymienionych rozwiązań znajdzie zastosowanie w relacji do konkretnego zakresu odniesienia. Judykatura i doktryna nie wypracowały na tym polu jednoznacznych i aktualizujących się w każdym przypadku kryteriów. Wynika to m.in. z doktrynalnych sporów na temat istoty konstruktu „odpowiedniego stosowania przepisów”¹⁴.

Należy zatem uważnie przeanalizować charakter art. 236a k.p.k. Na pewno nie sposób stosować go wprost do wszystkich pozostałych regulacji rozdziału 25 k.p.k. chociażby z tego powodu, że zupełnie inną naturę fizyczną posiadają „rzeczy”, o których mowa w art. 217 § 1 k.p.k. i nast., aniżeli „dane informatyczne” wskazane w art. 236a k.p.k. Z tego powodu do „przeszukiwania na odległość” nie znajdzie zastosowania m.in. regulacja z art. 223 k.p.k. dotycząca przeszukiwania osoby. Z drugiej strony błędem byłoby twierdzenie, że ustawodawca chciał, aby w ogóle nie stosować art. 217–236 k.p.k. do zdalnej formy przeszukiwania. Gdyby pójść tym śladem, to wówczas art. 236a k.p.k. miałby zupełnie blankietowy charakter, pozbawiając osoby poddane przeszukaniu ich podstawowych praw, m.in. zaznajomienia się z decyzją prokuratora lub sądu i złożenia na nią zażalenia, czy aktywnego udziału w czynności. Poza tym oczywistym wydaje się, że racjonalny ustawodawca nie zwolnił organów procesowych, dokonujących przeszukiwania na odległość, od zachowania rygorów przewidzianych dla takiej czynności, np. protokolowania „zatrzymania” danych cyfrowych i ich zabezpieczania poprzez generowanie niepowtarzalnych kluczy kryptograficznych (art. 217 § 3 k.p.k. *a contrario*), respektowania tajemnicy prawnie chronionej (art. 225 k.p.k.), czy dokumentowania zatrzymania lub przeszukiwania (art. 229 k.p.k.).

Wynika z tego, że w omawianej sytuacji ustawowy nakaz odpowiedniego stosowania art. 236a k.p.k. nie służy wypełnieniu przez adresata istniejącej luki prawnej. Wskazane w odesłaniu przepisy rozdziału

¹³ Uzasadnienie do uchwały Sądu Najwyższego w składzie siedmiu sędziów SN z dnia 14 września 2017 r., sygn. I KZP 9/17, <http://www.sn.pl/sites/orzecnictwo>, data odczytu: 19 maja 2022 r.

¹⁴ Tamże.

25 k.p.k. stanowią bowiem część regulacji podstawowej, z tym wszakże zastrzeżeniem, że w zakresie oznaczonym przez prawodawcę w odesłaniu oraz po ich ewentualnym dostosowaniu do specyfiki i celów regulacji podstawowej¹⁵. Ustawodawca dlatego odsyła do konkretnych przepisów odniesienia, gdyż przewiduje racjonalną możliwość ich stosowania; *a contrario* nie zakłada on, że przepisu art. 236a k.p.k. nie można stosować z powodu jego bezprzedmiotowości albo sprzeczności z generalną istotą przeszukania. Założyć należy, że jeżeli legislator odsyła do przepisów regulujących „Zatrzymanie rzeczy. Przeszukanie” oraz formułuje nakaz ich „odpowiedniego” stosowania, to takie „odpowiednie” stosowanie jest możliwe¹⁶. Podsumowując stwierdzić należy, że odpowiednie stosowanie art. 236a k.p.k. oznacza, że część przepisów rozdziału 25 k.p.k. należy stosować wprost, część z koniecznymi modyfikacjami, a pozostałe całkiem pominać. Pozwala to na elastyczne stosowanie regulacji w skomplikowanych stanach faktycznych związanych z cyberprzestrzenią, ale przysparza także, jak pokazuje lektura artykułu, pozornych trudności z jej wykładnią dotyczącą ustalenia, kiedy dany przepis należy zastosować wprost, a kiedy zmodyfikować lub całkowicie pominąć¹⁷.

„Odpowiednie stosowanie” art. 236a k.p.k. do regulacji zawartych w rozdziale 25 Kodeksu postępowania karnego oznacza stosowanie tych przepisów z pewnymi modyfikacjami z uwzględnieniem istoty danych informatycznych, sposobu ich przetwarzania i przechowywania oraz możliwości zdalnego dostępu do danych. Stosując odpowiednio przepisy do przeszukaniu zasobów cyfrowych należy je odczytywać tak, aby gwarantowały efektywności podjętych działań, jak też poszanowanie praw osoby poddanej przeszukaniu i praw administratora danych.

W doktrynie prawa można spotkać różne podejścia do wykładni art. 236a k.p.k., które prowadzą niekiedy do skrajnie odmiennych wniosków. Z. Brodzisz stoi na stanowisku, że „odpowiednie stosowanie” przepisów rozdziału 25 nie może oznaczać dopuszczalności zarządzenia przeszuk-

¹⁵ Porównaj w tym zakresie ogólne stanowisko dotyczące „odniesień”: M. Hauser, Odpowiednie stosowanie przepisów prawa – uwagi porządkujące, *Przegląd Prawa i Administracji* LXV, Wrocław 2005, s. 166.

¹⁶ Por. ogólne stanowisko dotyczące „odniesień”: A. Korzeniowska-Lasota, Odpowiednie stosowanie przepisów Kodeksu postępowania karnego w postępowaniu w sprawach odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokatów. Część 1. Zagadnienia ogólne, *Palestra* 2013, nr 9–10, s. 20.

¹⁷ Por. ogólne stanowisko dotyczące „odniesień”: M. Zelek, Przeszukanie urządzenia zawierającego dane informatyczne lub systemu informatycznego w świetle polskiego procesu karnego, (w:) M. Zelek (red.), *III dni kryminalistyki Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego (materiały z konferencji)*, Kraków 2009, s. 185.

kania *on-line* (zdalnego), gdyż jest ono „nieuregulowane w tym rozdziale”. Przywołany autor uzasadnia zaprezentowane stanowisko ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że „Trudno sobie wyobrazić odpowiednie stosowanie przepisów o przeszukaniu do tego rodzaju działań organów ścigania, wykonywanych z natury rzeczy niejawnie, a więc bez wiedzy zainteresowanego. Nie jest przecież możliwe okazanie stosownego postanowienia sądu lub prokuratora osobie uprawnionej, jak też zapewnienie obecności jej lub osoby przybranej przy tej czynności”¹⁸. Chciałoby się zapytać autora tej wypowiedzi: „Dlaczego czynności realizowane na podstawie art. 236a k.p.k. traktuje w specjalny sposób, jako niejawne?” skoro każda forma przeszukania, o której mowa w rozdziale 25 k.p.k., ma taki sam, tj. jawny charakter. Wspomniany przepis nie dotyczy przecież czynności operacyjno-rozpoznawczych, okluzulowanych zazwyczaj gryfem: „poufne”, „tajne” lub „ściśle tajne”. Nic nie stoi zatem na przeszkodzie, aby okazać osobie, której zasoby mają zostać poddane przeszukaniu, postanowienie prokuratora lub sądu (art. 220 § 1 i 2 k.p.k.).

Z. Brodzisz dopuszcza jednak realizację takich czynności w Niemczech twierdząc, że tamtejszy Federalny Trybunał Konstytucyjny „dopuścił co prawda tego rodzaju działania, zawiesił jednak bardzo wysoko poprzeczkę w odniesieniu do warunków, jakie musi spełniać odpowiednia regulacja prawna”. Autor dodaje, że polega to na określeniu przesłanek źródłowej kontroli rozmów wraz z możliwością niejawnego zastosowania środków technicznych w systemach informatycznych danej osoby, jeżeli jest to konieczne dla umożliwienia kontroli i utrwalenia jej komunikowania się, w szczególności, aby umożliwić taką kontrolę w postaci niezaszyfrowanej¹⁹. Jeśli wypowiedź niemieckiego Trybunału odnosi się do czynności niejawnych, a więc tego, co w polskim prawie nazywane jest kontrolą operacyjną (art. 19 ustawy o Policji) lub kontrolą i utrwalaniem rozmów (art. 237–242 k.p.k.), to w stanowisku Z. Brodzisza widać pomieszanie pojęć kontroli i utrwalania rozmów ukierunkowanych na urządzenie końcowe z jawną czynnością procesową, jaką stanowi przeszukanie uregulowane w rozdziale 25 k.p.k. Ponadto nie wiedzieć czemu w Niemczech „poprzeczka zawieszona jest wysoko” i można przeszukiwać *on-line* podczas, gdy w Polsce jest to – zdaniem wspomnianego autora – zabronione pomimo, że nasz kraj spełnia wszystkie, sformułowane przez europejskie trybunały i rodzimy Trybunał Konstytucyjny, wymogi prowadzenia „podsluchów telefonicznych”, a dowody uzyskane w ten sposób są wprowadzane

¹⁸ Z. Brodzisz, *Metodyka pracy prokuratora w postępowaniu przygotowawczym i przed sądem I instancji*, Legalis.

¹⁹ Tamże.

do procesu i powszechnie wykorzystywane w dziesiątkach postępowań karnych. Pobrzmiwa tu niczym nieuzasadniony serwilizm sprowadzając się do stwierdzenia: „nasze prawo *ex cathedra* jest gorsze, a ich lepsze”.

Podobny błąd logiczny popełnia A. Lach, który komentując regulację art. 236a k.p.k. odwołuje się do czynności o charakterze niejawnym. Autor ten pisze: „Ze specyfiki przeszukania na odległość wynika, że może mieć ono charakter niejawny, co dotyczy przede wszystkim sytuacji, kiedy brak jest możliwości powiadomienia osoby uprawnionej, iż takie przeszukanie ma miejsce lub celowo nie informuje się tej osoby ze względu na dobro prowadzonego postępowania. Powiadomienia takie następują już po dokonaniu czynności. Niewykluczone, że w przypadku zdalnego przeszukania powiadomienie nie następowałoby bezpośrednio po czynności, lecz ze względu na dobro postępowania zostałyby odroczone”²⁰. Należy powtórzyć, że każde przeszukanie, o którym mowa w rozdziale 25 k.p.k., ma charakter jawny i obowiązkiem organu procesowego jest dopełnienie wymogów określonych w art. 220 § 1 k.p.k., art. 224 § 1 i 2 k.p.k. i inne. Z kolei „celowe nieinformowanie tej osoby ze względu na dobro prowadzonego postępowania” – jak pisze A. Lach – skutkowałoby odpowiedzialnością dyscyplinarną, a być może także karną (art. 231 k.k.) funkcjonariuszy, którzy podstępem (przez zaniechanie) uniemożliwiliby udział w przeszukaniu podmiotowi uprawnionemu. Przeszukanie, to czynność tzw. niepowtarzalna, gdyż istnieje niebezpieczeństwo, że z uwagi na działania osób zainteresowanych lub czynników od człowieka niezależnych, mogą zaistnieć zmiany nieodwracalne, które uczynią późniejszą czynność bezprzedmiotową. Dlatego organy postępowania przygotowawczego mają obowiązek zawiadomienia podejrzanego, pokrzywdzonego, ich przedstawicieli ustawowych, a obrońcę i pełnomocnika, jeżeli są w sprawie ustanowieni, o terminie i miejscu takiej czynności procesowej.

Patrząc szerzej, A. Lach wychodzi z założenia, że specyfika dowodów cyfrowych utrudnia lub czyni wręcz niecelowym stosowanie do nich, nawet odpowiednio, niektórych tradycyjnych regulacji procesowych. Dlatego przywołany autor krytycznie ocenia regulację zawartą w art. 236a k.p.k. twierdząc, że zakres przedmiotowy odpowiedniego stosowania tego przepisu został ograniczony do danych przechowywanych w systemie lub na nośniku i znajdujących się w dyspozycji lub użytkowaniu określonych osób. Jego zdaniem oznacza to, że żądanie wydania danych może być skierowane tylko do osoby, która ma do nich dostęp, nie muszą one natomiast znajdować się w miejscu jej pobytu byleby tylko osoba ta

²⁰ A. L a c h, Przeszukanie na odległość systemu informatycznego..., *op. cit.*, s. 68.

w sposób legalny mogła spowodować ich przesłanie, skopiowanie lub edycję. Wspomniane artefakty nie muszą także znajdować się na terytorium Polski, ale mogą być przechowywane w skrzynce pocztowej znajdującej się na serwerze zagranicznym. W tym ostatnim przypadku dostęp do nich może uzyskać jedynie uprawniona osoba, a nie organ procesowy, który musiałby działać w ramach procedur pomocy prawnej, chyba że dane mają charakter ogólnodostępny (np. są umieszczone na stronie www)²¹. Wynika z tego, że A. Lach odrzuca możliwość ofensywnych działań organów ścigania poprzez zdalne przeszukanie zasobów za pośrednictwem Internetu; jego zdaniem uzyskanie danych informatycznych przez prokuratora na podstawie art. 236a k.p.k. może nastąpić tylko w formie ich dobrowolnego wydania (art. 217 § 2 k.p.k.) przez osobę uprawnioną do dysponowania takimi danymi. Warto zadać pytanie: „Jaką wartość dowodową miałyby takie »dobrowolnie wydane« dane i czy którykolwiek z przestępców zgodziłby się sam dostarczać dowody na swoją niekorzyść?”. Z punktu widzenia praktyki odpowiedź jest oczywista: porzucenie na dobrowolnym wydaniu danych cyfrowych byłoby niecelowe i bardziej służyło przestępcom do uniknięcia odpowiedzialności karnej, manipulowania dowodami, aniżeli dostarczało wartościowych informacji pozwalających ustalić stan faktyczny sprawy.

Jedyny wyjątek, kiedy organ procesowy ma prawo w sposób ofensywny badać systemy informatyczne, to – pisze A. Lach – przeszukanie rozszerzone, gdy w trakcie czynności okaże się, że dane są zawarte w systemie informatycznym znajdującym się w innym miejscu. Możliwe jest skorzystanie wtedy z uproszczonej procedury przewidzianej dla przypadku niecierpiącego zwłoki (art. 308 k.p.k.). Wspomniany autor zastrzega jednak, że jeśli osoba, u której dokonuje się przeszukania systemu, nie jest dysponentem (użytkownikiem) systemu wtórnego, należałoby odnaleźć takiego dysponenta (użytkownika). Można co prawda zastanawiać się, czy w takiej sytuacji, kiedy gospodarz nie jest obecny na miejscu, to „miejsce przeszukania” należy w tym kontekście rozumieć, jako pomieszczenie, gdzie znajduje się system wtórny, a nie pierwotny. Po drugie, osoba taka ma prawo być obecna przy przeszukaniu, a w razie jej nieobecności należy przybrać jedną z osób wymienionych w art. 224 § 3 k.p.k.

Pomimo tego, że A. Lach pisze o dopuszczalności przeszukania na odległość w przypadku niecierpiącego zwłoki, to ostatecznie i tak stwierdza, że należy wypowiedzieć się negatywnie także w kwestii dopuszczalności rozszerzenia przeszukania na inny system informatyczny z powodu nie-

²¹ A. L a c h, Gromadzenie dowodów elektronicznych..., *op. cit.*, s. 21.

możności zachowania praw należnych dysponentowi systemu²². Nie umożliwia tego nawet elastyczność „odpowiedniego stosowania” przepisów²³. W innym miejscu A. Lach pisze: „W ujęciu polskiego k.p.k. przeszukiwanie jest czynnością przeprowadzaną w sposób jawny, o której informuje się przed jej przeprowadzeniem. Natomiast zdalne przeszukiwanie jest przeprowadzane w sposób tajny, ewentualnie z informacją przekazywaną *post factum* co zbliża tę instytucję do podsłuchu. W związku z tym należy negatywnie ocenić możliwość przeprowadzania zdalnego przeszukiwania *de lege lata*. Niemożliwe jest bowiem przy takim przeszukaniu spełnienie podstawowych warunków wymaganych przez kodeks postępowania karnego”²⁴.

Warto zatem powtórzyć po raz kolejny: przeszukiwanie „na odległość” realizowane jest przy zachowaniu praw i obowiązków prawowitego posiadacza danych i nie ma ono nic wspólnego z „tajnością” w stosunku do tej osoby.

Trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie w obowiązujących przepisach prawa, dlaczego kolejny autor, K. Kremens „miesza” dwa porządki i chce nadać przeszukaniu prowadzonemu na podstawie art. 219 k.p.k. w zw. z art. 236a k.p.k. charakter niejawny. Nie ma przy tym znaczenia, że „monitorowanie korespondencji w formie dynamicznej na podstawie art. 237 k.p.k. pokrywa się niekiedy zakresowo z przeszukaniem prowadzonym na podstawie art. 219 k.p.k.”²⁵ Kontrola i utrwalanie rozmów uregulowane w rozdziale 26 k.p.k. rządzi się zupełnie innymi prawami, aniżeli przeszukiwanie na odległość i „prowadzenie podsłuchu procesowego wymiany informacji za pośrednictwem komunikatorów” wymagającego uprzedniego uzyskania dostępu do komputera lub serwera w celu dotarcia do środków takiego przekazu, reguluje art. 241 k.p.k. w zw. z art. 237 k.p.k., a nie art. 219 k.p.k. w zw. z art. 236a k.p.k. K. Kremens pisze, że obie czynności faktycznie oznaczać będą przeszukiwanie tych nośników, ale przecież zachodzą między nimi podstawowe różnice, o czym będzie mowa w rozdziale pt. „Przeszukiwanie na odległość, a kontrola i utrwalanie rozmów”.

Zdaniem K. Eichstaedta sąd lub prokurator może żądać wydania danych od określonej osoby, jeśli znajdują się one w jej zasięgu. Dane takie nie muszą natomiast znajdować się w miejscu jej przebywania (np. domu), byleby tylko osoba ta w sposób legalny mogła spowodować ich

²² A. Lach, Gromadzenie dowodów elektronicznych..., *op. cit.*

²³ A. Lach, Przeszukiwanie na odległość systemu informatycznego..., *op. cit.*, s. 74.

²⁴ Tamże.

²⁵ K. Kremens, Granice ingerencji w prawo do prywatności i prawo własności w postępowaniu karnym (w:) J. Skorupka (red.), Model dopuszczalnej ingerencji w prawa wolności jednostki w procesie karnym. The Model of Acceptable Interference with the Rights and Freedoms of an Individual in the Criminal Process 2019, wyd. 1, Legalis.

przesłanie, skopiowanie, edycję itp. Dane nie muszą także znajdować się na terytorium Polski, mogą to być np. dane przechowywane w skrzynce pocztowej zlokalizowanej na serwerze zagranicznym. Tak więc – zdaniem K. Eichstaedta – odpowiednie stosowanie przepisów rozdziału 25 k.p.k. może się odbywać zgodnie z art. 236a k.p.k. w odniesieniu do dysponenta i użytkownika systemu informatycznego. Należy zgodzić się z takim poglądem, ale ponownie zastrzegając, że instytucja żądania dobrowolnego wydania danych informatycznych, chociaż teoretycznie znajduje odpowiednie zastosowanie do zdalnego przeszukania, to w praktyce dopuszczenie osoby (dysponenta danych) do klawiatury grozi skasowaniem cyfrowych artefaktów, manipulacją nimi lub zamknięciem „bramy dostępu” do zasobów chmurowych. Niekiedy wystarczy bowiem wybór odpowiedniej funkcji na panelu sterowania aplikacją i naciśnięcie klawisza *enter*, aby to zrobić. Dlatego dobrowolne wydania danych powinno być realizowane niejako „pod dyktando” podejrzanego, ale z udziałem biegłego z zakresu informatyki śledczej, który będzie wykonywał czynności techniczne związane z udostępnieniem cyfrowych artefaktów i kontrolował, czy dyspozycje podejrzanego nie stanowią próby zmylenia prokuratora lub sądu.

Przeszukanie systemu informatycznego nie może być obwarowane mniejszymi gwarancjami niż tradycyjne. Jeśli więc tradycyjne gwarancje nie mogą być stosowane w środowisku komputerowym lub stosowane tam nie odgrywają swojej roli, powinny być zastąpione innymi. Niezbędne jest zapewnienie, aby dysponent (użytkownik) systemu wtórnego został poinformowany o przeszukaniu zasobów i będą mu przysługiwać analogiczne środki prawne jak dysponentowi (użytkownikowi) systemu pierwotnego²⁶. To słuszna teza postawiona przez A. Lacha z tym zastrzeżeniem, że nie chodzi tu o postulat *de lege ferenda*, jak chciałby wspomniany Profesor, ale ustawodawca już wprowadził do porządku prawnego zdalne przeszukanie na odległość, jako czynność procesową.

Przechodząc do konkretnych rozwiązań zawartych w rozdziale 25 k.p.k., to niektóre z nich znajdują zastosowanie wprost (tj. bez żadnej modyfikacji) do przeszukania realizowanego na podstawie art. 236a k.p.k.; dotyczy to m.in. dyrektywy przeprowadzania przeszukania (art. 227 k.p.k.), prawa do wniesienia zażalenia (art. 236 k.p.k.), czy wykorzystania dokumentów zawierających tajemnicę (art. 226 k.p.k.). Realizacja innych przepisów dozna modyfikacji; dotyczy to np. fizycznej postaci materii, która może zostać zajęta, jako dowód w sprawie. W „tradycyjnym” przeszukaniu chodzi przede wszystkim o rzeczy, a więc przedmioty widoczne

²⁶ A. L a c h, Przeszukanie na odległość systemu informatycznego..., *op. cit.*, s. 78.

„gołym okiem” i nadające się do badań organoleptycznych. Inne właściwości posiadają dane informatyczne i organ procesowy stosuje specyficzną technikę i taktykę przy ich ujawnianiu i zabezpieczaniu. Zatrzymanie danych cyfrowych nastąpi poprzez sporządzenie ich kopii binarnej, ale coraz częściej w grę wchodzi *live forensic*, a więc dynamiczne przeszukiwanie pracujących urządzeń informatycznych i teleinformatycznych. W innym przypadku zakwestionowany materiał dowodowy może funkcjonować w oparciu o takie rozwiązanie techniczne, że jego zabezpieczenie wyłącznie na potrzeby postępowania przygotowawczego i jednocześnie usunięcie z pierwotnej bazy składowania artefaktów jest niemożliwe (np. dane umieszczone na rozproszonych rejestrach typu blockchain, których kopie znajdują się na tysiącach węzłów rozlokowanych dookoła świata). Jeśli chodzi o czas realizacji czynności (art. 221 k.p.k.), to przeszukiwanie zdalne, co do zasady, nie narusza miru domowego i nie zakłóca wypoczynku mieszkańców lokalu, a więc zakaz przeszukiwania w porze nocnej traci sens. Z drugiej strony jednak podejrzanemu powinno zapewnić się odpowiednie warunki uczestnictwa w czynności, a przeszukiwanie w porze nocnej wpłynie zazwyczaj na obniżenie jego możliwości psychofizycznych, co może wykorzystać obrona, podnosząc np. naruszenie przysługującego podejrzanemu prawa do obrony.

4. Przeszukanie na odległość, a kontrola i utrwalanie rozmów

Należy odróżnić czynność przeszukiwania na odległość, uregulowaną w rozdziale 25 k.p.k., od kontroli i utrwalania rozmów, których dotyczy art. 237 k.p.k. i nast. Realizacja obu działań rządzi się odmiennymi procedurami i zasadniczo tzw. podsłuch procesowy bardziej wkracza w prawa i wolności obywatelskie, aniżeli przeszukiwanie zasobów cyfrowych. W praktyce jednak granice pomiędzy przeszukiwaniem, a kontrolą i utrwalaniem rozmów niekiedy mogą zacierać się biorąc pod uwagę fakt, że duża część baz danych posiada dynamiczny charakter, tj. nieustannie komunikują się one z innymi repozytoriami, odbierają i przesyłają pakiety danych, a więc zmieniają swoją zawartość. Jak zauważyła K. Kremens, współczesne zbiory danych cyfrowych są niezwykle dynamicznie modyfikowane a wręcz usuwane. Idąc dalej, informatyzacja życia ludzkiego, w tym poprzez użytkowanie sprzętu elektronicznego pozwalającego nawet na zdalne i głosowe nawigowanie własnym mieszkaniem, sprawia, że zakres przeszukiwania już dzisiaj domaga się natychmiastowego prze-definiowania. Wydaje się, że zdalne i tajne przeszukiwanie tych urządzeń czy chmur będzie jednocześnie nosić znamiona przeszukiwania i kontroli

rozmów. Rodzi to pytanie: czy reżim z art. 236a k.p.k. w zw. z art. 219 k.p.k. i art. 237 k.p.k. powinien być w dalszym ciągu zróżnicowany²⁷. Przytoczone stanowisko można uzupełnić o bardziej ogólny wywód: otóż przepisy regulujące tzw. podsłuch procesowy stały się w dużej mierze nieaktualne w tym znaczeniu, że wielokrotnie nie pozwalają na efektywne uzyskiwanie istotnych informacji w trakcie postępowania przygotowawczego lub sądowego. Wymagają one nowelizacji m.in. ze względu na archaiczną procedurę przekazywania zarejestrowanych rozmów od operatora telekomunikacyjnego dla sądu i prokuratora.

Tabela 2. Różnice między czynnościami: przeszukiwaniem na odległość z art. 236a k.p.k. oraz kontrolą i utrwalaniem rozmów z art. 237 k.p.k.

Przeszukiwanie na odległość (art. 236a k.p.k.)	Kontrola i utrwalanie rozmów (art. 237 k.p.k.)
Dotyczy artefaktów statycznych (utworzonych w przeszłości i zapisanych na nośniku).	Dotyczy treści wytwarzanych „tu i teraz” i przechwytywanych „w locie”.
Realizowane jest na podstawie decyzji prokuratora.	Realizowane jest na podstawie decyzji sądu wydanej na wniosek prokuratora.
Ma charakter jawny (osobę, u której ma nastąpić przeszukiwanie na odległość, należy przed rozpoczęciem czynności zawiadomić o jej celu i umożliwić udział w przeszukiwaniu).	Ogłoszenie postanowienia o kontroli i utrwalaniu rozmów telefonicznych osobie, której ono dotyczy, może być odroczone na czas niezbędny ze względu na dobro sprawy.
Realizuje je bezpośrednio organ procesowy przy udziale biegłego lub specjalisty, który zapoznaje się z „przeszukiwanymi” treściami.	Realizowana jest bezpośrednio przez urzędy i instytucje prowadzące działalność telekomunikacyjną oraz przedsiębiorców telekomunikacyjnych, a prawo odtwarzania zapisów ma sąd lub prokurator.
Czas realizacji czynności nie jest ustawowo określony, ale z reguły nie będzie przekraczał kilku godzin.	Może być wprowadzona na okres 3 miesięcy, z możliwością przedłużenia w szczególnie uzasadnionym wypadku, na okres najwyżej dalszych 3 miesięcy.

²⁷ K. Kremens, Granice ingerencji w prawo do prywatności i prawo własności..., *op. cit.*, Legalis.

cd. Tabeli nr 2.

Może być realizowane wobec każdej osoby, jeśli pozwoli na ujawnienie i zabezpieczenie śladów mogących stanowić dowód w sprawie lub podlegających zajęciu w celu zabezpieczenia kar majątkowych, środków karnych o charakterze majątkowym, przepadku, środków kompensacyjnych albo roszczeń o naprawienie szkody.	Jest dopuszczalna w stosunku do osoby podejrzanej, oskarżonego oraz w stosunku do pokrzywdzonego lub innej osoby, z którą może się kontaktować oskarżony albo która może mieć związek ze sprawcą lub grożącym przestępstwem.
--	--

Źródło: opracowanie własne autora.

Powracając do problemu rozgraniczenia stosowania art. 236a k.p.k. i art. 241 k.p.k., to niektórzy autorzy posłużyli się w tym zakresie przykładem korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną. Przepisy rozdziału 25 k.p.k. należy stosować w odniesieniu do uzyskiwania treści wiadomości poczty elektronicznej, które zostały już zapisane w urządzeniu lub systemie informatycznym (np. wiadomości „ściągniętych” z serwera poczty i zapisanych w komputerze przy pomocy programu do obsługi poczty elektronicznej), zaś przepisy rozdziału 26 k.p.k. dotyczące podsłuchu mają zastosowanie wyłącznie wtedy, gdy chodzi o przechwytywanie wiadomości poczty elektronicznej w czasie, gdy są one przekazywane między systemami informatycznymi, a więc danych znajdujących się „w ruchu”²⁸.

K. Kremens zauważa, że powstaje problem z określeniem, co konkretnie miałyby zostać udostępnione na podstawie art. 218 k.p.k. w zw. art. 236a k.p.k. oraz na podstawie art. 237 k.p.k. w zw. z art. 241 k.p.k. Autorka pisze, że „w czasach, gdy możliwość zabezpieczania informacji o charakterze elektronicznym i udostępniania ich uprawnionemu organowi może być dokonywana praktycznie natychmiast, zaciera się różnica pomiędzy tym, co jeszcze dynamiczne, a tym, co już statyczne. W kulturze obrazkowej, w której komunikacja coraz częściej polega na wymianie

²⁸ J. Grajewski, P. Rogoziński, Art. 236(a), (w:) S. Steinborn, Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów, LEX/el. 2022. Podobnie twierdzi A. Lach, tj. zwrot „korespondencja przesyłana pocztą elektroniczną” obejmuje korespondencję elektroniczną, która może być w ogóle przesyłana, lecz nie znajduje się w tym stadium w danej chwili, np. została zapisana przed wysłaniem lub już przesłana; korespondencja w danej chwili przesyłana może być uzyskana jedynie w drodze podsłuchu (w:) A. Lach, Karnoprocesowe instrumenty zwalczania pedofilii i pornografii dziecięcej w Internecie, Prokuratura i Prawo 2005, nr 10, s. 55.

obrazów (np. poprzez aplikację Instagram) lub filmów (np. za pośrednictwem aplikacji Snapchat), takie rozróżnienia tracą tym bardziej na aktualności i, być może, należałoby stworzyć inne kryterium rozróżnienia niż nadawanie treści informacyjnych w czasie rzeczywistym oraz uzyskiwanie ich w formie statycznej²⁹. Jaki charakter, statyczny czy dynamiczny, mają np. informacje publikowane na profilu społecznościowym czy blogu z ograniczonym dostępem z zewnątrz, adresowane do wąskiej grupy osób? Czy kontrola takich wpisów następuje na bieżąco, czy po ich uprzednim ściągnięciu przez uprawniony organ? W pracy prokuratora żądanie składane w trybie art. 237 k.p.k. realizowane jest najczęściej nie poprzez prowadzenie nasłuchu w formie dynamicznej, ale poprzez zgrywanie rozmów telefonicznych i dostarczanie ich w określonych odstępach czasu prokuratorowi (decyduje o tym nie utarta praktyka, ale obowiązujące przepisy prawa – przypis autora). To oznacza, że docierają one do organu, który prowadzi czynność w formie statycznej, co tym bardziej sprawia, iż w praktyce zakresy art. 218 k.p.k. i art. 237 k.p.k. zachodzą na siebie w jeszcze większym stopniu. To z kolei powoduje, że utrzymywanie dyktomii reżimów prawnych dla prowadzenia obu rodzajów kontroli wydaje się być nieracjonalne³⁰. Nawet, jeśli zgodzić się z K. Kremens, o mogących pojawić się trudnościach w rozgraniczeniu przeszukiwania urządzenia końcowego od czynności „podśluchu”, to zbyt daleko idący jest postulat o zrównaniu ze sobą tych dwóch czynności w przepisach prawa.

5. Umiejscowienie przeszukiwanych zasobów danych

Jeśli chodzi o poglądy doktryny na temat zdalnego przeszukiwania w aspekcie geograficznego umiejscowienia dowodów i śladów, to zdania są podzielone. Co prawda M. Szachnitowski twierdzi, że „powszechnie przyjmuje się w literaturze przedmiotu, iż dane cyfrowe nie muszą znajdować się w miejscu przebywania dysponenta lub użytkownika, a nawet nie muszą znajdować się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”³¹, to pogląd taki nie jest powszechnie akceptowany. Podziela go C. Kulesza, ale zakłada on dobrowolne wydanie danych: „W piśmiennictwie zwraca się uwagę,

²⁹ K. Kremens, Granice ingerencji w prawo do prywatności i prawo własności..., *op. cit.*, Legalis.

³⁰ Tamże.

³¹ M. Szachnitowski, Przeszukiwanie jako czynność procesowa zmierzająca do wykrycia dowodów cyfrowych – aspekty kryminalistyczne, (w:) A. Opalska-Kasprzak, I. A. Jaroszevska, M. Powirska, (red.), *Blaski i cienie przeszukiwania. Węzłowe problemy procesowo-kryminalistyczne*, KPP Monografie, Olsztyn 2018, s. 122.

że zakres wskazanych przepisów rozciąga się na osoby, w których zasięgu znajdują się przedmiotowe dane. Nie muszą one znajdować się w miejscu przebywania określonej osoby, byle tylko mogła ona spowodować ich przesłanie, edycję, skopiowanie itp. Dane te mogą znajdować się także poza granicami Polski, np. na serwerze zagranicznym³².

W przypadku przeszukania na odległość, kolejna, ważna do rozstrzygnięcia kwestia zawiera się zatem w pytaniu: „Jakie zasoby, pod względem ich geograficznego usytuowania, można przeszukiwać?”. Należy wpierw rozgraniczyć dwie, odmienne sytuacje, tj. przeszukanie realizowane za zgodą i bez zgody właściciela badanych treści. Jeśli świadek lub podejrzany godzi się, aby przeszukać należące do niego zasoby danych, to prokurator lub sąd może to zrobić niezależnie od tego, gdzie miejscowo ulokowane są ślady cyfrowe. Prawem każdej osoby jest dopuszczenie organu procesowego do zaznajomienia się z treścią, której jest właścicielem lub prawowitym dysponentem. Może się zdarzyć, że sam podejrzany złoży wniosek o przeprowadzenie takiego dowodu, tj. przeszukania *on-line* jego skrzynki poczty elektronicznej, aplikacji bankowej, czy zasobów chmurowych, aby organ procesowy dokonał, korzystnych z jego punktu widzenia, ustaleń faktycznych. Odmowa realizacji wspomnianego wniosku byłaby sprzeczna z dyspozycją art. 4 k.p.k. i art. 167 k.p.k. szczególnie w sytuacji, gdy dowód miałby mieć charakter odciażający i zmierzał do realizacji prawa do obrony.

Jeśli natomiast osoba uprawniona sprzeciwia się realizacji przeszukania i nie zamierza w tym zakresie współdziałać z organem procesowym, to prokurator lub sąd sam decyduje o jego przeprowadzeniu, gdy nośnik danych (serwer, komputer, telefon) znajduje się w Polsce. Samo pojęcie „nośnik danych” może być rozumiane w dwojaki sposób:

- 1) *sensu stricto*: jako pierwotne źródło zapisu danych,
- 2) *sensu largo*: jako każde urządzenie, które bezpośrednio w swojej pamięci nie zawiera pozostających w zainteresowaniu organów ścigania artefaktów, ale umożliwia połączenie się z nimi i realizację przeszukania.

Drugi z opisanych przypadków dotyczy tzw. chmur obliczeniowych i aplikacji uruchamianych na telefonie lub laptopie, które pobierają przez Internet dane zlokalizowane na komputerze dostawcy usług sieciowych w innej szerokości geograficznej, aniżeli przebywa osoba uzyskująca dostęp do tych informacji. Komunikacja z „chmurą” zazwyczaj opiera się na znanych standardach i protokołach, a jej administratorami są duże firmy na rynku informatycznym i teleinformatycznym.

³² C. Kulesza, Art. 236a. Przeszukanie urządzeń zawierających dane informatyczne, (w:) K. Dudka (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, wydanie III, LEX/el. 2022.

Organ procesowy ma prawo przeszukiwać zdalnie zasoby danych, których pierwotne źródło znajduje się na terenie Polski nawet, jeśli ich wytwórca (świadek, podejrzany lub jeszcze inna osoba powiązana z prowadzonym śledztwem), nie wyraża na to zgody, jego miejsce pobytu nie jest znane lub właściciel zasobów nie został ustalony. Jeśli dostęp do wspomnianych zasobów jest zabezpieczony elektronicznie, to w pierwszej kolejności należy zwrócić się do usługodawcy o umożliwienie dostępu do danych. Jeśli nie ma takiej możliwości, to wchodzi w grę przełamanie zabezpieczenia (hasła), jako działanie mieszczące się w legalnych granicach przeszukania podobnie, jak „siłowe” wejście do pustego mieszkania, w ramach czynności „tradycyjnego” przeszukania, którego dysponent nie otwiera drzwi na żądania funkcjonariuszy Policji.

Drugi przypadek dotyczy sytuacji, kiedy organ procesowy dysponuje urządzeniem, które co prawda nie zawiera samo w sobie artefaktów pozostających w jego zainteresowaniu, ale umożliwia pod względem technicznym połączenie się z nimi *on-line* i zdalną realizację przeszukania zagranicą nawet bez zgody właściciela zasobów. W tym przypadku warto rozróżnić trzy sytuacje procesowe, gdy „zagraniczny” serwer:

- 1) należy do ustalonego podmiotu (np. Cloudways, Microsoft Azure, platforma Google Cloud, Amazon Web Services) świadczącego usługi w chmurze obliczeniowej,
- 2) ma charakter *bulletproof hosting*,
- 3) czynności realizowane są w trybie art. 308 k.p.k.

W sytuacji, gdy pierwotny zasób danych znajduje się poza granicami Polski, nie zachodzą okoliczności opisane w art. 308 § 1 k.p.k., i chociaż zdalny dostęp do artefaktów jest technicznie możliwy, to dysponent danych nie wyraża na to zgody – pozostaje wtedy skorzystanie z instytucji międzynarodowej pomocy prawnej w sprawach karnych opartej o system MLAT (ang. *Mutual Legal Assistance Treaties*) lub europejskiego nakazu dochodzeniowego (END). W pierwszym przypadku rekwizycja danych następuje na podstawie umowy bilateralnej zawartej między państwami. MLAT stanowi podstawową procedurę wykorzystywaną do uzyskiwania transgranicznych artefaktów spoza Europy w tym przede wszystkim ze Stanów Zjednoczonych. Jednak średni okres realizacji wniosku pomiędzy Polską, a wymienionym krajem trwa kilka miesięcy. To stanowi zbyt długo i wielokrotnie uniemożliwia sprawne prowadzenie postępowania, a w konsekwencji wykrycie i ukaranie sprawcy przestępstwa. Przewlekłość śledztw dotyczy szczególnie dostawców usług hostingowanych w chmurze, gdyż wiele informacji potrzebnych do ich prowadzenia jest przechowywanych na serwerze w innym kraju, a nawet w kilku państwach, aniżeli

miejsce popełnienia czynu zabronionego. O tym, w jaki sposób organ państwa realizującego czynność zabezpieczy materiał dowodowy decydować będą przepisy, którym on podlega. W Stanach Zjednoczonych uzyskiwanie danych cyfrowych, co do treści, odbywa się na podstawie nakazu sądowego przedłożonego dostawcy usług sieciowych, który sam wydaje żądane dane. W Unii Europejskiej do efektywniejszego uzyskiwania dowodów cyfrowych przyczynił się europejski nakaz dochodzeniowy, ale ostatecznie nawet instytucja END-u nie sprostала dzisiejszym realiom i planuje się wprowadzenie przez państwa Unii Europejskiej efektywniejszych mechanizmów (tzw. pakiet *e-evidence*)³³.

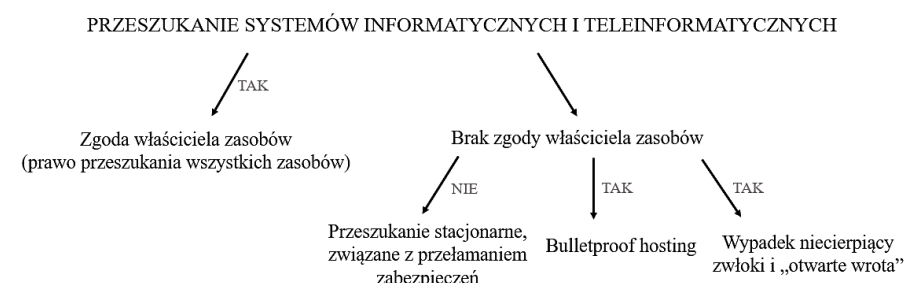
Warto dodać, omawiając międzynarodową pomoc prawną, że czynności przeszukania na odległość nie sposób zastąpić instytucją „zamrażania” danych. Mowa o sytuacji, kiedy zagraniczny dostawca usług sieciowych niezwłocznie blokuje, znajdujące się w jego dyspozycji, dane cyfrowe, do czasu uzyskania nakazu sądowego zezwalającego na ich przekazanie do Polski. W praktyce procedura „zamrażania” danych może trwać zbyt długo, co spowoduje utratę źródła dowodowego. Innym razem nie zostanie zrealizowana przez komercyjną firmę z przyczyn prawnych, technicznych lub innych zdarzeń faktycznych. Poza tym o wiele bardziej wartościowe jest bezpośrednie zapoznanie się przez sąd lub prokuratora z takim dowodem (np. wyglądem zamkniętego forum dyskusyjnego, czy zawartością portfela kryptowalutowego), aniżeli odczytywanie dostarczonych przez *providera* artefaktów na wtórnym nośniku danych. Można porównać to do sytuacji, kiedy organ procesowy udaje się na miejsce zdarzenia i „na żywo” zapoznaje się z wyglądem lokalu, gdzie doszło do zabójstwa; odmienne jest rozwiązanie, gdy wszystkie rzeczy z tego mieszkania, po spakowaniu, przywozi się do prokuratury i tam dokonuje ich oględzin. Jest rzeczą oczywistą, że pierwsze z opisanych rozwiązań jest nieporównywalnie lepsze pod względem procesowym i kryminalistycznym.

Powiedziano już, że na sądzie i prokuratorze ciąży obowiązek respektowania jurysdykcji obcego państwa, jeśli na jego terytorium znajduje się serwer lub inne urządzenie z danymi. Zdaniem autora, jedyny wyjątek od tej zasady dotyczy skrajnych sytuacji, kiedy ma się do czynienia z serwerami przeznaczonymi specjalnie, w sposób niebudzący wątpliwości, do

³³ Problematyka uzyskiwania śladów cyfrowych z zagranicy została szczegółowo opisana w artykułach: P. Opitek, A. Choroszeńska, Uzyskiwanie dowodów cyfrowych z zagranicy w sprawach karnych – stan obecny i procedowane zmiany (Część I), *Prokuratura i Prawo* 2020, nr 9, s. 127 i nast. oraz P. Opitek, A. Choroszeńska, Uzyskiwanie dowodów cyfrowych z zagranicy w sprawach karnych – stan obecny i procedowane zmiany (część II), *Prokuratura i Prawo* 2020, nr 10–11, s. 194 i nast.

przechowywania treści jednoznacznie zabronionych przez prawo i umiejscowionych w „nieprzyjaznych” jurysdykcjach, tzn. na obszarach pozbawionych jakiejkolwiek władzy zwierzchniej lub rządzonych przez reżimy autorytarne, które nie podejmują żadnej współpracy z państwami demokratycznymi, a wręcz przeciwnie – wspierają cyberterroryzm. Ich przeszukiwanie na odległość jest uprawnione, ponieważ brak możliwości uzyskania innym sposobem materiału dowodowego z takich repozytoriów, a cały czas służą one do popełniania przestępstw. Dotyczy to tzw. serwerów kuloodpornych (ang. *bulletproof hosting*), a więc usługi dostawcy internetowego zawierającej infrastrukturę techniczną, a niekiedy także oprogramowanie, na której przestępcy przechowują filmy pornograficzne z udziałem dzieci, skradzione dane kart płatniczych, złośliwe oprogramowanie oraz inne artefakty uzyskane w wyniku popełnienia czynu zabronionego lub powiązane w inny sposób z nielegalną działalnością. Charakterystyczne jest to, że właściciele (administratorzy) takiego hostingu w żadnym przypadku nie udostępniają organom publicznym informacji i danych, które znajdują się w ich posiadaniu, a więc wszelkie formy międzynarodowej pomocy prawnej ukierunkowanej na uzyskanie dowodów cyfrowych są z góry skazane na niepowodzenia, a nawet nie wiadomo, do kogo zwrócić się o wydanie danych. Ponieważ *bulletproof hosting* z założenia działają poza prawem, to zasadniczo ulokowane są w krajach „niedemokratycznych”, totalitarnych, gdzie władza nie chce lub nie ma środków do skutecznego nadzorowania nielegalnej działalności prowadzonej przez dostawców usług sieciowych albo nawet sama wspiera tego typu działalność. Ustalono m.in., że serwery, za pomocą których prowadzone są na całym świecie groźne ataki *ransomware*, ulokowano w Korei Północnej, a amerykańskie Federalne Biuro Śledcze (FBI) wydało listy gończe dotyczące hakerów stojących za tymi atakami. Wielu przestępców z Europy Zachodniej korzystało z kolei z serwerów zlokalizowanych w Rosji lub byłych republikach sowieckich.

Wykres 1. Możliwości realizacji przeszukania na odległość.



Źródło: opracowanie własne autora.

Jeśli chodzi o czynności niecierpiące zwłoki, to przeprowadza się je w granicach koniecznych dla zabezpieczenia śladów i dowodów przestępstwa przed ich utratą, zniekształceniem lub zniszczeniem. Obawa ta musi być realna. Nie jest wystarczające potencjalne niebezpieczeństwo utraty, zniekształcenia lub zniszczenia śladów, czy też dowodów. Zdaniem Sądu Apelacyjnego w Łodzi przyjąć należy, że obawa zatarcia śladów lub dowodów przestępstwa może wynikać z oceny spodziewanego zachowania się osoby podejrzanej³⁴. Sytuacja taka może nastąpić w momencie „siłowego” wejścia do mieszkania i ujawnienia w nim pracującej jednostki komputera z otwartym dostępem do zasobów chmurowych. Jeśli w ramach przeszukania lub oględzin ujawni się taki „port komunikacyjny” prowadzący do treści ewidentnie zabronionych przez prawo, to zabezpiecza się je zanim ów port zostanie nieodwracalnie zamknięty. Następnie, już w toku śledztwa, można ustalić, kto świadczył usługę przechowywania wskazanych treści i czy dokonane przeszukanie w trybie art. 308 § 1 k.p.k. należy w jakiś sposób konwalidować zwracając się np. do *provider*a o zabezpieczenie, a następnie wydanie tych samych artefaktów, ale zgodnie z procedurą międzynarodowej pomocy prawnej. Wszystko zależy od konkretnej sytuacji, ale generalnie rzecz biorąc, materiał zabezpieczony w opisany sposób może stanowić pełnowartościowy dowód w sprawie.

6. Wnioski końcowe

Mija się z prawdą ten, kto twierdzi, że istotnym niedociągnięciem aktualnie obowiązującej regulacji w zakresie ochrony prawa do prywatności na gruncie kodeksowym jest brak szczegółowych i precyzyjnych unormowań regulujących prowadzenie przeszukania komputera na odległość lub przeszukania chmur obliczeniowych. Skomplikowaną i „delikatną” czynność potraktowano „lapidarnie” w przepisach kodeksu postępowania karnego, a tymczasem ingeruje ona w prawo jednostki do prywatności. K. Kremens zarzuca ponadto ustawodawcy, że nie nadąża on „(...) za rozwojem metod komunikacji i miejsc, w których rzeczy mogą być przetrzymywane”; zdaniem K. Kremens: „Specyfika prowadzenia działań ograniczających prywatność jednostki na płaszczyźnie elektronicznej jest tak szczególna, że mechanizmy przewidziane, w chwili obecnej zupełnie nie przystają do działań podejmowanych na płaszczyźnie komunikacji elektronicznej. Z tego też powodu uznać należy, że konstytucyjny i konwencyjny wymóg

³⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 22 października 1998 r. (sygn. II AKa 125/98), Biuletyn PA w Łodzi 1999, nr 7, s. 11.

szczegółowej określoności unormowań nie został w tym wypadku na gruncie przepisów kodeksu postępowania karnego spełniony”³⁵.

Problem w tym, że zarówno K. Kremens, jak i pozostali, wypowiadający się w podobnym duchu, prawnicy nie nakreślili postulatów *de lege ferenda* wskazujących, jak ich zdaniem należałoby ukształtować przepisy regulujące procesową czynność przeszukiwania na odległość, jakie brzmienie nadać nowym regulacjom, o wprowadzenie których postulują. Operują oni jedynie ogólnymi sformułowaniami, że obowiązujący art. 236a k.p.k. „w niewystarczający sposób podąża za wymogami współczesnego świata”, „nieprecyzyjnie reguluje sferę przeszukiwania o charakterze elektronicznym”, „tworzy potencjalne miejsce dla nadużyć”, jest niekonstytucyjny „dając zbyt szerokie pole do interpretacji”³⁶. Ogólnikowość wspomnianych sądów wynika zapewne z faktu, że nie sposób racjonalnie sformułować takich szczegółowych przepisów, których wprowadzenia chcieliby krytycy przeszukiwania *on-line*, i dlatego operują oni tylko mglistymi postulatami.

Tymczasem przepis art. 236a k.p.k. w obecnym kształcie daje pełną podstawę do prowadzenia przeszukiwania na odległość i elastycznie odsyła do odpowiedniego stosowania pozostałych regulacji rozdziału 25 k.p.k. Kształt odesłania do norm zapisanych w tym rozdziale wynika ze stanowiska, że do omawianego przeszukiwania należy stosować rygory zabezpieczające prawa osoby, której przeszukiwanie dotyczy. W takim duchu należy zresztą dokonywać wykładni wszystkich przepisów znajdujących się w Kodeksie postępowania karnego: jeżeli przepis stanowi, że inne przepisy stosuje się „odpowiednio” do zakresu regulacji, to odpowiednie stosowanie nie może być mniej korzystne dla świadka, czy podejrzanego, aniżeli wynika to ze wzorca pierwotnego. Kwestie podstawowe takie, jak prawo do udziału w czynności określonych osób, jej zaskarżalność, czy dopuszczalność na podstawie decyzji uprawnionego organu, pozostają niezmiennie. Patrząc z drugiej strony, to przeszukiwanie *on-line* ma specyficzny charakter i siłą rzeczy pewne normy muszą ulec modyfikacji, aby można było przeprowadzić taką czynność. Uprawnione jest stanowisko, że zbyt kazuistyczna regulacja omawianej czynności procesowej mogłaby przynieść skutek odmienny od założonego i przyczynić się do powstania jeszcze większej liczby problemów i wątpliwości, kiedy można, a kiedy nie można realizować zdalne przeszukiwanie lub zbyt wązić sytuacje, w których jest ono dozwolone. Lepiej wyznaczać i wytyczać pewne uniwersalne przepisy pasujące do szybko zmieniającej się taktyki

³⁵ K. Kremens, Granice ingerencji w prawo do prywatności i prawo własności..., *op. cit.*, Legalis.

³⁶ Tamże.

i techniki działań w cyberprzestrzeni, aniżeli bardzo szczegółowo określać hipotetyczne stany faktyczne, kiedy czynność jest dopuszczalna.

Bibliografia

Literatura

1. Brodzisz Z., *Metodyka pracy prokuratora w postępowaniu przygotowawczym i przed sądem I instancji*, Legalis.
2. Eichstaedt K., Art. 236(a) Przeszukanie urządzeń zawierających dane informatyczne, (w:) D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Tom I. LEX/el. 2022 – komentarz, stan prawny: 1 marca 2022 r.*
3. Grzegorzczak T., Art. 236(a) Stosowanie przepisów o przeszukaniu i zatrzymaniu do dysponentów i użytkowników urządzeń lub systemów informatycznych, *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1–467. Komentarz, Lex 2014.*
4. Hauser M., *Odpowiednie stosowanie przepisów prawa – uwagi porządkujące*, Przegląd Prawa i Administracji LXV, Wrocław 2005.
5. Jaroszevska I. A., *Przeszukanie urządzenia zawierającego dane informatyczne lub systemu informatycznego w świetle Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości*, (w:) A. Opalska-Kasprzak, I. A. Jaroszevska, M. Powirska, (red.), *Blaski i cienie przeszukania. Węzłowe problemy procesowo-kryminalistyczne*, KPP Monografie, Olsztyn 2018.
6. Korzeniewska-Lasota A., *Odpowiednie stosowanie przepisów Kodeksu postępowania karnego w postępowaniu w sprawach odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokatów. Część 1. Zagadnienia ogólne*, Palestra 2013, nr 9–10.
7. Kremens K., *Granice ingerencji w prawo do prywatności i prawo własności w postępowaniu karnym* (w:) J. Skorupka (red.), *Model dopuszczalnej ingerencji w prawa wolności jednostki w procesie karnym. The Model of Acceptable Interference with the Rights and Freedoms of an Individual in the Criminal Process 2019*, wyd. 1, Legalis.
8. Kulesza C., Art. 236(a). Przeszukanie urządzeń zawierających dane informatyczne, (w:) K. Dudka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz, wydanie III, LEX/el. 2022.*
9. Lach A., *Przeszukanie na odległość systemu informatycznego*, Prokuratura i Prawo 2011, nr 9.
10. Lach A., *Gromadzenie dowodów elektronicznych po nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, Prokuratura i Prawo 2003, nr 10.

11. Lach A., Karnoprocesowe instrumenty zwalczania pedofilii i pornografii dziecięcej w Internecie, *Prokuratura i Prawo* 2005, nr 10.
12. Opitek P., Choroszeńska A., Uzyskiwanie dowodów cyfrowych z zagranicy w sprawach karnych – stan obecny i procedowane zmiany, *Prokuratura i Prawo*.
13. Szachnitowski M., Przeszukanie jako czynność procesowa zmierzająca do wykrycia dowodów cyfrowych – aspekty kryminalistyczne, (w:) A. Opalska-Kasprzak, I. A. Jaroszeńska, M. Powirska, (red.), *Blaski i cienie przeszukania. Węzłowe problemy procesowo-kryminalistyczne*, KPP Monografie, Olsztyn 2018, s. 122.
14. Zelek M., Przeszukanie urządzenia zawierającego dane informatyczne lub systemu informatycznego w świetle polskiego procesu karnego, (w:) M. Zelek (red.), *III dni kryminalistyki Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego (materiały z konferencji)*, Kraków 2009.

Akty prawne

1. Ustawa z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2003 r., Nr 17, poz. 155).
2. Ustawa z dnia 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń (Dz. U. z 2004 r., Nr 69, poz. 626).
3. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 2021 r., poz. 534, 1023, 2447; z 2022 r., poz. 655, 958).

Orzecznictwo

1. Uzasadnienie do uchwały Sądu Najwyższego w składzie siedmiu sędziów SN z dnia 14 września 2017 r., sygn. I KZP 9/17, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo>, data odczytu: 19 maja 2022 r.
2. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 22 października 1998 r. (sygn. II AKa 125/98), *Biuletyn PA w Łodzi* 1999, nr 7.

Remote Search as a Procedural Act (art. 236a CCP)

Abstract

The article begins with an introduction in which the aim of the study, the applied research method and the thesis, which the author has undertaken to prove, are indicated. It also discusses the current stance regarding the subject of remote computer access by law enforcement agencies in order to search data. The second chapter deals with conceptual and definitional issues related to such a search. Some claims about the admissibility of this activity are critically analysed. In the following part of the study, the correct interpretation (in the author's opinion) of Article 236a of the Code of Criminal Procedure is given. The question regarding which provisions of a "traditional" search should be applied directly and which should be modified appropriately for a remote search is then answered. Doctrinal views on the subject are once again confronted, in particular due to the fact that some are incorrect. The fourth chapter discusses the differences between two institutions of the Code of Criminal Procedure: remote search and control and recording of conversations. The assessment of whether Article 219 of the Code of Criminal Procedure may be applied in conjunction with Article 236a of the Code of Criminal Procedure in a particular factual situation depends, inter alia, on the location of the device with digital data, and it is this subject to which the following section of the paper is devoted. Whether the artifacts were located in Poland or abroad and who the data controller is are all significant issues. The article closes with the final conclusions summarising the author's position on the subject of online searches.

Małgorzata Szeroczyńska¹

Udział niepoczytalnego sprawcy w postępowaniu przygotowawczym

Streszczenie

Artykuł stawia pytanie, jak powinno się toczyć postępowanie przygotowawcze, w którym przed ogłoszeniem podejrzanemu postanowienia o przedstawieniu zarzutów uzyskano opinię biegłych o jego niepoczytalności w chwili popełnienia czynów i niezdolności do udziału w czynnościach procesowych. W szczególności rozważane jest zagadnienie, czy brak wykonania czynności na etapie postępowania przygotowawczego z takim podejrzanym, pozwala na dalsze procedowanie i skierowanie do sądu wniosku o umorzenie postępowania i orzeczenie środków zabezpieczających, w tym w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym. Pytanie to, nieznajdujące wprost odpowiedzi w przepisach, nakazuje skonfrontować prawa podejrzanego do obrony i bycia wysłuchanym na etapie postępowania przygotowawczego z celami postępowania o zastosowanie środków zabezpieczających, to jest przede wszystkim zapewnieniem bezpieczeństwa innym osobom i skutecznego leczenia niepoczytalnego sprawcy. Tekst stanowi próbę znalezienia nietatwej równowagi między tymi wartościami.

Słowa kluczowe

Niepoczytalność, środki zabezpieczające, przesłuchanie w charakterze podejrzanego, niezdolność do udziału w czynnościach.

I

Nie każdy sprawca czynu zabronionego zostaje skazany i to nawet jeśli udowodniono mu, że przedmiotowego czynu się dopuścił. Jeżeli bowiem nie można mu przypisać winy ze względu na stwierdzoną przez biegłych psychiatrów niepoczytalność, czyli niemożność zrozumienia znaczenia swojego czynu lub pokierowania swoim postępowaniem ze względu na chorobę psychiczną lub niepełnosprawność intelektualną, postępowanie wobec niego ulega umorzeniu. Polskie prawo karne stoi bowiem na stanowisku, że tylko osoby świadome tego, że dopuszczają

¹ Dr Małgorzata Szeroczyńska, prokurator Prokuratury Rejonowej w Żyrardowie.

się czynów zakazanych, i czynią to zgodnie ze swoim wyborem (czyny umyślne), albo przynajmniej z powodu naruszenia obowiązujących w danych okolicznościach reguł ostrożności (czyny nieumyślne), mogą zostać za to ukarane. Nie znaczy to, że wobec osób, które takich zachowań dopuściły się pod wpływem i z powodu zaburzeń psychicznych, nie stosuje się żadnych środków. Jeśli biegli stwierdzą, że choroba psychiczna lub niepełnosprawność intelektualna danej osoby, która w stanie niepoczytalności dopuściła się czynu zabronionego, powoduje zagrożenie, że ponownie się ona takiego czynu dopuści, sąd może zastosować wobec niej środki zabezpieczające (art. 93c pkt. 1 k.k.² w zw. z art. 93b § 1 k.k.), przy czym pobyt w zakładzie psychiatrycznym może być orzeczony wyłącznie, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez tę osobę w związku z jej chorobą psychiczną lub niepełnosprawnością intelektualną czynu o znacznej szkodliwości społecznej (art. 93b § 1 k.k., art. 93g § 1 k.k.). Wszystkie środki zabezpieczające orzekane są przez sąd karny, właściwy dla rozpoznania czynu, który popełnił niepoczytalny sprawca.

Najczęściej w procesie karnym do stwierdzenia niepoczytalności sprawcy w chwili popełnienia zarzucanych mu czynów i spełnienia pozostałych przesłanek zastosowania środków zabezpieczających dochodzi na etapie postępowania przygotowawczego, w opinii biegłych psychiatrów powołanych przez prokuratora do oceny tych okoliczności. W takim przypadku postępowanie przygotowawcze nie kończy się skierowaniem aktu oskarżenia, lecz albo umorzeniem przez prokuratora (w przypadku stwierdzenia przez biegłych niepoczytalności sprawcy w chwili czynu i braku ryzyka popełnienia przez niego podobnego czynu w przyszłości), albo skierowaniem do sądu wniosku o umorzenie postępowania i zastosowanie adekwatnych do tego biegłych psychiatrów środków zabezpieczających (art. 324 § 1 k.p.k.³).

W zasadzie opinia biegłych psychiatrów stwierdzająca niepoczytalność sprawcy i istnienie przesłanek do zastosowania środków zabezpieczających nie ma większego wpływu na przebieg czynności w postępowaniu przygotowawczym. Podstawowym obowiązkiem prokuratora pozostaje bowiem nadal udowodnienie przede wszystkim, że niepoczytalny podejrzany jest faktycznie sprawcą zarzucanego mu czynu, i w tym zakresie ma on obowiązek przeprowadzić wyczerpujące postępowanie dowodowe. Treść przedmiotowej opinii może mieć natomiast zasadnicze znaczenie w zakresie faktycznego udziału w tych czynnościach niepo-

² Ustawa Kodeks karny z 6 czerwca 1997 r., tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 1444 z późn. zm.

³ Ustawa Kodeks postępowania karnego z dnia 6 czerwca 1997 r., tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 534 z późn. zm.

czytalnego podejrzanego i jego uprawnienia jako strony. Jeśli bowiem biegli w opinii zawrą stwierdzenie, że niepoczytalny podejrzany nie jest zdolny do udziału w czynnościach procesowych, takich czynności policja i prokurator nie mogą z nim wykonywać. Poniżej zaprezentowana zostanie sytuacja procesowa podejrzanego niepoczytalnego w postępowaniu przygotowawczym w zależności od stwierdzenia biegłych jego zdolności albo niezdolności do udziału w czynnościach procesowych, a także potencjalne możliwości zakończenia postępowania karnego, jeśli opinia o niepoczytalności i niezdolności do udziału w czynnościach została uzyskana przed ogłoszeniem podejrzanemu zarzutów.

II

W postępowaniu przygotowawczym od momentu wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów podejrzany jest stroną (art. 71 § 1 k.p.k.) i ma wszelkie uprawnienia strony, w tym do bycia wysłuchanym (przesłuchanym w charakterze podejrzanego), do udziału w innych czynnościach dowodowych, do wglądu w akta, w tym do końcowego zaznajomienia z materiałami postępowania, do składania wniosków dowodowych czy do zaskarżania wszelkich decyzji procesowych. Najczęściej w momencie sporządzania postanowienia o przedstawieniu zarzutów, a nawet w chwili ich ogłaszania podejrzanemu, organ procesowy nie ma wiedzy, że ma do czynienia ze sprawcą niepoczytalnym. Niepoczytalność bowiem jest stanem weryfikowanym przez biegłych psychiatrów, a badaniu przez biegłych psychiatrów można poddać dopiero podejrzanego, czyli następuje ono przynajmniej po czynności sporządzenia przedmiotowego postanowienia⁴.

⁴ Co prawda, w doktrynie i orzecznictwie dominuje koncepcja, iż dla uzyskania statusu podejrzanego niezbędne jest łączne spełnienie trzech warunków: 1. sporządzenie postanowienia o przedstawieniu zarzutów, 2. jego ogłoszenie i 3. przesłuchanie w charakterze podejrzanego osoby, której to postanowienie dotyczy. Jednakże czytając literalnie art. 313 § 1 k.p.k. za poprawną należy przyjąć tezę Sądu Najwyższego wyrażoną w postanowieniu z dnia 13 czerwca 2012 r., sygn. II KK 302/11, Lex nr 1212890, że status podejrzanego nadaje już samo sporządzenie postanowienia o przedstawieniu zarzutów, jako że art. 313 § 1 k.p.k. głosi, że postanowienie to ogłasza się podejrzanemu, a więc status ten dana osoba musi nabyć już przed wykonaniem czynności ogłoszenia tego postanowienia, czyli właśnie z momentem jego sporządzenia; M. Gabriel-Węglowski, Nadanie statusu podejrzanego a moment wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów, wydanie elektroniczne, Lex, linia orzecnicza, 2021 i cytowana tam literatura oraz orzecznictwo. Tezę tę potwierdza również fakt, że § 137 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1206 z późn. zm.) został z dniem 14 września 2021 r. uchylony (Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 sierpnia 2021 r. zmieniające rozporzą-

Co więcej, z reguły organ procesowy dowiaduje się o istnieniu przesłanek do takiego badania dopiero na podstawie danych podanych przez podejrzanego w czasie przesłuchania w charakterze podejrzanego, albo z jego zachowania podczas tej czynności. W takiej sytuacji nie ulega wątpliwości, że do momentu wydania opinii przez biegłych psychiatrów podejrzany, co do poczytalności którego istnieją wątpliwości, korzysta prawnie i faktycznie z wszystkich uprawnień strony, bierze udział w czynności przesłuchania go, a każde jego pismo procesowe traktuje się zgodnie z jego treścią – jako wniosek lub środek zaskarżenia. Dodatkowo jednak, właśnie przez istniejące już wątpliwości co do poczytalności, podejrzany taki otrzymuje obrońcę z urzędu (art. 79 § pkt. 3 k.p.k.).

Warto mieć świadomość, że nawet fakt ubezwłasnowolnienia nie oznacza od razu, że sprawca był niepoczytalny w momencie czynu⁵. Wręcz przeciwnie – do momentu wydania przeciwnej opinii przez biegłych psychiatrów traktuje się go jak osobę poczytalną, ma on pełną zdolność do składania wniosków czy środków odwoławczych i to niezależnie od stopnia ubezwłasnowolnienia⁶. Jednakże, mając na uwadze domniemaną nieporadność życiową takiego sprawcy (gdyż gdyby był zdolny do samodzielnego prowadzenia swoich spraw, nie zostałby ubezwłasnowolniony), dopuszcza się do jego reprezentacji nie tylko (obligatoryjnego oczywiście) obrońcę, ale także jego przedstawiciela ustawowego jak również osobę, pod której pieczęą ubezwłasnowolniony sprawca pozostaje (art. 76 k.p.k.), a która nie jest jego – w zależności od stopnia ubezwłasnowolnienia – opiekunem prawnym albo kuratorem. Zgodnie art. 76 k.p.k. zarówno ów przedstawiciel ustawowy, jak i opiekun faktyczny mogą podejmować na korzyść ubezwłasnowolnionego podejrzanego wszystkie czynności procesowe, w tym składać środki zaskarżenia, wnioski czy ustanowić obrońcę. Czynności podejmowane przez te osoby nie pozbawiają jednak uprawnień ubezwłasnowolnionego sprawcy do aktywnego działania w swojej sprawie, nie czyni tego także inicjatywa jego obrońcy. Wnioski i środki zaskarżenia wszystkich tych osób są traktowane jako równie ważne i adekwatnie rozpatrywane przez organy procesowe.

dzenie – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury, Dz. U. z 2021 r., poz. 1590).

⁵ S. Ł a d o ś, Pozycja prawna oskarżonego z zaburzeniami psychicznymi, wydanie elektroniczne, Lex 2013.

⁶ *Ibidem*.

III

Po wydaniu przez biegłych opinii stwierdzającej niepoczytalność, sytuacja sprawcy niepoczytalnego, jeśli chodzi o jego udział w czynnościach postępowania, może, choć nie musi, się zmienić. Jeśli biegli stwierdzą, że mimo niepoczytalności w momencie czynu podejrzany może brać udział w postępowaniu, jego uprawnienia do osobistego udziału w sprawie i aktywnego składania pism procesowych nie ulegają zmianie. Oczywiście, nie traci on obrońcy (art. 79 § 4 k.p.k. *a contrario*), a czynności, o udział w których wnioskuje (np. końcowe zaznajomienie), odbywają się z jego uczestnictwem i to nawet jeśli postępowanie – wobec treści opinii psychiatrów – ma się zakończyć wnioskiem o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających (art. 324 § 1 k.p.k.). Takie sformułowanie opinii oznacza bowiem, że niepoczytalność sprawcy była chwilowa – w momencie czynu – i że nie rozciąga się ona na dalszy okres, czyli czas trwania postępowania karnego. Także w przypadku sprawcy ubezwłasnowolnionego stwierdzenie, że może on brać udział w czynnościach, potwierdza jego zdolność do samodzielnego realizowania praw podejrzanego⁷, nie odbierając mu ani uprawnienia do obrońcy, ani do reprezentacji przez przedstawiciela ustawowego czy opiekuna faktycznego.

Biegli mogą jednak zaopiniować, że podejrzany niepoczytalny nie może brać udziału w czynnościach postępowania. Wtedy organom procesowym nie wolno go wzywać na żadne czynności. Nie oznacza to, że się one nie odbywają, po prostu odbywają się bez obecności podejrzanego. Czyli nawet jeśli wcześniej złożył on wniosek o udział w przesłuchaniach świadków lub o końcowe zaznajomienie, nie wzywa się go na te czynności, wykonując je jedynie w obecności obrońcy. Jednakże, jeśli podejrzany mimo braku wezwania się stawia, należy go do tych czynności dopuścić, o ile ich nie utrudnia (np. przez swoje nieracjonalne lub agresywne zachowanie). Stwierdzenie biegłych stanowi bowiem zakaz dla organów procesowych wymagania od podejrzanego stawieństwa, nie odbiera jednak uprawnienia do tej obecności podejrzanemu, który chce z niego korzystać.

Wątpliwość, która w tym miejscu powstaje, dotyczy znaczenia prawnego pism procesowych – wniosków i środków zaskarżenia – podejrzanego niepoczytalnego niezdolnego do udziału w czynnościach postępowania. Wydaje się, że należy je mimo wszystko traktować z pełną powagą procesową i nadawać im adekwatny bieg. Takie rozróżnienie między zdolnością do udziału w czynnościach a koniecznością procesowego rozpatrzenia pism procesowych podejrzanego jest zasadne z dwóch powodów. Po pierwsze,

⁷ *Ibidem*.

uznanie na podstawie opinii psychiatrycznej wszystkich jego pism za niemających znaczenia procesowego (i pozostawianie ich wobec tego bez biegu) naruszałoby bez podstawy prawnej jego prawo do obrony. Brak jest bowiem instytucji nieważności pism procesowych podejrzanego z powodu jego niezdolności faktycznej do udziału w postępowaniu, tak samo jak brak podstawy prawnej do uznania nieważności czynności w postępowaniu karnym podejrzanego ubezwłasnowolnionego (w przeciwieństwie do pokrzywdzonego ubezwłasnowolnionego, którego reprezentuje wyłącznie jego przedstawiciel ustawowy)⁸. Po drugie, zawsze warto pamiętać, że biegli psychiatrzy wydają opinię w konkretnym punkcie czasowym, oceniając funkcjonowanie podejrzanego *ex post* co do poczytalności w momencie zarzucanego czynu i w danej chwili (czyli w chwili badania) co do jego zdolności uczestniczenia w postępowaniu. O ile w tym pierwszym zakresie ocena (jeśli była poprawna) się nie zmienia z upływem czasu ani ze zmianą stanu zdrowia podejrzanego, o tyle jego zdolność udziału w postępowaniu może ewoluować w przyszłości. W związku z tym, gdyby przyjąć koncepcję nieważności pism procesowych osoby niezdolnej faktycznie do udziału w postępowaniu karnym, należałoby za każdym razem, przy każdym piśmie, weryfikować, czy owa zdolność jej nie powróciła, czyli ponownie powoływać biegłych i postępować z pismem zgodnie z ich opinią – albo pozostawiać bez biegu, jeśli orzekną dalej trwającą niezdolność, albo nadawać bieg, jeśli stwierdzą, iż zdolność ta mu wróciła. Takie postępowanie byłoby jednak nie tylko uciążliwe dla organów procesowych i dla szybkości postępowania, ale także dla samego podejrzanego, gdyż zmuszałoby go do poddawania się wielokrotnym badaniom psychiatrycznym, co z pewnością można by zasadnie potraktować jako naruszenie prywatności, a wręcz jako niegodne traktowanie.

IV

Jeszcze większy problem pojawia się, w incydentalnych wypadkach, gdy opinia biegłych psychiatrów stwierdzająca niepoczytalność i niezdolność do udziału w czynnościach postępowania zostaje wydana przed ogłoszeniem podejrzanemu zarzutów. Sytuacja taka może mieć miejsce, gdy przebieg zdarzenia przestępnego uzasadnia natychmiastową hospitalizację psychiatryczną sprawcy. W takich przypadkach wątpliwość zarówno co do jego poczytalności w momencie czynu, jak i do jego obecnej zdolności do uczestniczenia w postępowaniu pojawia się natychmiast. Nie ma co prawda formalnie żadnego zakazu, by mimo to najpierw ogłosić zarzut podejrzanemu i go przesłuchać. Jednakże zdarza się – szcze-

⁸ *Ibidem*.

gólnie, gdy dany czyn nie uzasadnia natychmiastowego występowania o środki zapobiegawcze, przede wszystkim o tymczasowe aresztowanie – że prokurator preferuje najpierw uzyskać opinię psychiatrów wskazującą, czy może z podejrzanym czynności wykonać, by nie ograniczać jako faktycznych możliwości realizacji prawa do obrony. Ponadto, może zawsze zaistnieć sytuacja, że lekarz nie wyda zgody na wykonywanie czynności z podejrzanym ze względu na jego aktualny stan zdrowia. Wtedy – nawet jeśli istniałyby przesłanki do tymczasowego aresztowania – organ procesowy nie ma wyboru – czynności wykonać nie może, aż do uzyskania zezwolenia lekarskiego. Może natomiast sporządzić postanowienie o przedstawieniu zarzutów i bez jego ogłoszenia podejrzanemu wystąpić do biegłych, także ze szpitala, gdzie jest on hospitalizowany, o wydanie opinii dotyczącej jego poczytalności w momencie czynu i obecnej zdolności do udziału w czynnościach.

Jeśli biegli stwierdzą niepoczytalność i uznają podejrzanego za zdolnego do udziału w czynnościach, ogłasza mu się zarzut po badaniu psychiatrycznym i dalej postępowanie przygotowawcze przebiega z pełnym udziałem podejrzanego. Wątpliwości rodzi jednak sytuacja, jeśli biegli stwierdzą niepoczytalność i niezdolność podejrzanego do udziału w postępowaniu.

Sprawa jest w miarę prosta, jeśli dodatkowo uznają oni (albo sam organ procesowy mając na względzie charakter zarzucanego czynu) brak przesłanek do zastosowania wobec danego podejrzanego środków zabezpieczających. Postępowanie zostaje wtedy po prostu umorzone, bez wykonywania czynności ogłoszenia zarzutów, ani także dokonywania innych czynności procesowych z podejrzanym. Postanowienie o umorzeniu zostaje oczywiście przesłane także podejrzanemu (i jego obrońcy), a w przypadku zaskarżenia przez podejrzanego (lub jego obrońcę) – należy mu nadać bieg procesowy⁹.

Co jednak należy zrobić, gdy przy tak brzmiącej opinii zachodzą przesłanki do stosowania środków zabezpieczających, w szczególności w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym? Pytanie, na które brak odpowiedzi zarówno w przepisach, jak i w orzecznictwie oraz doktrynie, brzmi – czy można skierować wniosek w trybie art. 324 k.p.k. bez ogłoszenia za-

⁹ Paradoksalnie uprawnienia podejrzanego i jego obrońcy do zaskarżenia decyzji procesowych wydanych w postępowaniu, w czasie trwania którego nie ogłoszono podejrzanemu postanowienia o przedstawieniu zarzutów, nie negują nawet sądy stojące na stanowisku, że zmiana w fazę *ad personam* następuje dopiero po czynności ogłoszenia tego postanowienia, co – jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 13 czerwca 2012 r., sygn. II K 302/11 – dowodzi, iż osoba ta stała się stroną procesową i nabyła uprawnienia podejrzanego, inaczej bowiem brak byłoby po jej stronie, czy stronie jej obrońcy legitymacji procesowej do wnoszenia środków zaskarżenia.

rzutów i przesłuchania podejrzanego. Nie ulega bowiem wątpliwości, że będąc w posiadaniu opinii stwierdzającej niemożność udziału podejrzanego w czynnościach, prokuratorowi nie wolno z podejrzanym wykonać żadnej czynności procesowej, w tym czynności ogłoszenia mu zarzutów. Z drugiej jednak strony, skierowanie wniosku o umorzenie sprawy przez sąd i zastosowanie środków zabezpieczających bez świadomości podejrzanego, że w ogóle jest podejrzewany o jakiś czyn zabroniony (bo nikt mu nigdy tego formalnie nie powiedział), stanowi niebywałe ograniczenie prawa do obrony oraz wiedzy o przyczynie wszczęcia postępowania.

Analogiczny problem pojawia się wobec sprawcy niepoczytalnego, niezdolnego do udziału w postępowaniu, któremu przed wydaniem opinii co prawda ogłoszono zarzuty, jednakże wobec którego w wyniku kontynuowania postępowania dowodowego należałoby przeprowadzić czynność ich zmiany lub uzupełnienia. Oczywiście, postanowienie o zmianie lub uzupełnieniu tych zarzutów powinno być sporządzone, żeby czyny, o które jest formalnie podejrzany sprawca niepoczytalny, były adekwatne do ustalonej prawdy materialnej, jednak ogłoszenie nowego postanowienia będzie niemożliwe w świetle opinii biegłych. O ile, przy nieistotnej zmianie opisu lub zmianie kwalifikacji czynów na łagodniejsze nie stanowi to żadnej przeszkody procesowej, gdyż nie narusza prawa niepoczytalnego sprawcy do obrony (formalnie takiej zmiany można dokonać już w samym wniosku w trybie art. 324 k.p.k., podobnie jak nieistotne zmiany opisu czynów lub zarzutów na łagodniejsze można wprowadzać wprost do aktu oskarżenia sporządzonego wobec sprawcy poczytalnego, bez konieczności przeprowadzania z nim czynności ogłoszenia zmienionych zarzutów), o tyle przy uzupełnieniu zarzutów o nowe czyny, albo przy istotnej zmianie opisu lub kwalifikacji zarzuconego czynu na surowszy, stajemy dokładnie przed takim samym dylematem, jak w sytuacji niemożności w ogóle ogłoszenia zarzutu – naruszone zostaje prawo osoby niepoczytalnej do obrony i do informowania jej o stawianych zarzutach.

Według Komentarza do Kodeksu postępowania karnego pod red. P. Hofmańskiego, odpowiednie stosowanie art. 321 k.p.k., do którego odwołuje się art. 324 § 1 k.p.k., oznacza, że przed sporządzeniem wniosku o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających powinny być wykonane wszystkie czynności, które są wymagane do sporządzenia i wniesienia aktu oskarżenia, czyli m.in. końcowe zaznajomienie podejrzanego z aktami postępowania na jego wniosek¹⁰, co implikuje konieczność jego uprzedniego przesłuchania, bo tylko wtedy podejrzany taki wnio-

¹⁰ P. Hofmański, (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, tom II, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa, 2007, s. 144.

sek ma szansę złożyć, czyli – według komentatorów – bez wykonania czynności z podejrzanym nie można skierować wniosku w trybie art. 324 k.p.k.

Wątpliwości w tym przedmiocie nie można jednak tak od razu jednoznacznie rozstrzygnąć na korzyść podejrzanego, gdyż zapomina się wtedy o prawach pokrzywdzonego. Warto w tym miejscu przypomnieć, czemu służą środki zabezpieczające. Nie jest to forma kary, ale sposób zabezpieczenia (jak sama nazwa wskazuje) pokrzywdzonego oraz całego społeczeństwa przed kolejnymi czynami zabronionymi niepoczytalnego sprawcy i to czynami wynikającymi z jego niepoczytalności¹¹. Środki zabezpieczające można zastosować bowiem tylko wtedy, gdy istnieje ryzyko takich przyszłych zachowań niepoczytalnego, związanych z jego chorobą psychiczną lub niepełnosprawnością intelektualną, i to pod warunkiem, że inne środki prawne określone w k.k. lub orzeczone na podstawie innych ustaw (czyli ustawy o ochronie zdrowia psychicznego¹²) nie są wystarczające (art. 93b § 1 k.k.). Ta potrzeba zapewnienia bezpieczeństwa osobom trzecim jest w szczególności istotna w przypadku sprawcy czynu o wysokiej szkodliwości społecznej (np. zabójstwa), wobec którego biegli stwierdzą konieczność zastosowania środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, a więc odnośnie do którego istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że ponownie popełni w związku ze swoimi zaburzeniami psychicznymi czyn zabroniony o znacznej szkodliwości społecznej (art. 93b § 1 k.k. i art. 93g § 1 k.k.).

Jeśli bowiem odrzucimy możliwość skierowania do sądu wniosku w przedmiocie zastosowania środków zabezpieczających, w tym w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, bez ogłoszenia zarzutów niepoczytalnemu podejrzanemu i bez przesłuchania go w tym charakterze, takiego bezpieczeństwa pokrzywdzonemu i społeczeństwu nie będziemy w stanie w ramach procesu karnego zapewnić. Prokurator będzie musiał bowiem w takiej sytuacji oczekiwać na ustąpienie u podejrzanego zaburzeń powodujących brak zdolności do udziału w postępowaniu karnym, co w zależności od rodzaju i stopnia zaburzenia może nawet nigdy nie nastąpić. Jednocześnie nie wolno mu będzie stosować żadnych środków zapobiegawczych, w tym wystąpić z wnioskiem do sądu o zastosowanie tymczasowego aresztowania, gdyż wszystkie te środki wymagają uprzedniego przesłuchania podejrzanego przez prokuratora (art. 249 § 3 k.p.k.)¹³. Jedynymi środkami, o zastosowanie których prokurator mógłby przy takim założeniu wnioskować (o ile nie zostały one zastosowane od

¹¹ S. Ładoś, *op. cit.*

¹² Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 r., tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 685.

¹³ S. Ładoś, *op. cit.*

razu po zatrzymaniu sprawcy danego czynu zabronionego przez sam szpital, do którego został on przewieziony), będzie przymusowa hospitalizacja psychiatryczna orzeczona przez sąd opiekuńczy na podstawie art. 23 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego.

V

Rodzi się jednak pytanie, czy ten środek przymusu będzie adekwatny do zabezpieczenia pokrzywdzonego i społeczeństwa w równym stopniu co środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym. Przesłanki zastosowania obu instytucji są zbliżone, choć według ustawy o ochronie zdrowia psychicznego nie jest konieczne, by osoba z zaburzeniami psychicznymi dopuściła się wcześniej jakiegokolwiek czynu zabronionego, wystarczy, iż stwarza ona niebezpieczeństwo, że czynu ryzykownego dla niej lub innych osób może się dopuścić. Oba środki stosowane są przez sąd po uzyskaniu opinii biegłych, jednak w postępowaniu opiekuńczym jest to z reguły jeden psychiatra (art. 46 ust. 2 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego), a w postępowaniu karnym zgodnie z art. 354a § 1 k.p.k. – dwóch psychiatrów i psycholog, a czasami również seksuolog. Z drugiej strony, odmienne podmioty decydują o zakończeniu hospitalizacji. W przypadku przymusowego umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym na podstawie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego decyduje o tym ordynator (art. 35 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego), podczas gdy decyzję o zakończeniu stosowania środków zabezpieczających podejmuje sąd karny (art. 93b § 2 k.k.) w oparciu o opinie biegłych, tak więc istnieje mniejsze ryzyko popełnienia błędu diagnostycznego, gdyż w procesie decyzyjnym bierze udział więcej podmiotów, a jeśli sąd nabędzie wątpliwości co do poprawności opiniowania biegłych ze szpitala, gdzie internowany przebywa, może powołać biegłych z innego ośrodka. Ponadto, w przypadku, gdy biegli stwierdzą, że podejrzany musi kontynuować leczenie w warunkach ambulatoryjnych miejsca wykonywania środków zabezpieczających, sąd takie środki orzeka (art. 93d § 2 k.k.) i weryfikuje stosowanie się do nich pod rygorem odpowiedzialności karnej (art. 244b § 1 k.k.). Co więcej, jeśli biegli wskażą, że co prawda dana osoba nie wymaga już hospitalizacji, jednakże do poprawności leczenia ambulatoryjnego potrzebuje wsparcia w środowisku, sąd przeprowadzi postępowanie dowodowe na okoliczność istnienia takiego wsparcia i w przypadku jego braku, może nie uchylić środka zabezpieczającego w postaci zakładu psychiatrycznego mimo opinii biegłych. Najbardziej istotną różnicą między obiema procedurami, podważającą w dużym stopniu gwarancyjne dla bezpieczeństwa osób trzecich stosowanie ustawy o ochronie zdrowia

psychicznego, jest regulacja mówiąca, iż jeśli w czasie procedury sądowo–opiekuńczej o przymusowe umieszczenie w szpitalu psychiatrycznym pacjent wyrazi zgodę na hospitalizację, postępowanie to się umarza (art. 26 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego) i wtedy jedynym decydującym zakończenia hospitalizacji staje się sam pacjent (i jego przedstawiciel ustawowy, jeśli jest on ubezwłasnowolniony), chyba że żądając wypisu ponownie znajdzie się w stanie stwarzającym niebezpieczeństwo dla siebie lub innych, gdyż wtedy wraca się do sądowej procedury legalizacji jego pobytu w szpitalu psychiatrycznym (art. 28 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego). Można więc wyobrazić sobie sytuację, że niepoczytalny sprawca zabójstwa (np. schizofrenik), który po jego dokonaniu wpadł w stan katatonii, co skutkowało jego natychmiastową hospitalizacją psychiatryczną i wydaniem opinii o niemożności jego udziału w czynnościach procesowych, po jakimś czasie – przed zakończeniem postępowania w trybie art. 23 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego – odzyskuje świadomość na tyle, że może złożyć ważne oświadczenie woli o zgodzie na pobyt w szpitalu psychiatrycznym, a następnie samodzielnie wypisuje się z tego szpitala, czego lekarze nie podważają przez wdrożenie procedury hospitalizacji przymusowej, bo w danym momencie przestał zachowywać się niebezpiecznie dla siebie lub innych, jednocześnie jednak stwierdzają, że nie odzyskał on na tyle zdrowia psychicznego, by mógł brać udział w czynnościach postępowania karnego, co uniemożliwi ogłoszenie mu zarzutu. Należy mieć bowiem świadomość, że czym innym jest zdolność rozumienia decyzji o zgodzie albo sprzeciwie na leczenie szpitalne, a czym innym zdolność rozumienia własnej sytuacji procesowej w postępowaniu karnym. To drugie wcale nie musi wynikać z tego pierwszego, a wręcz mogą zaistnieć sytuacje, że dana osoba tej drugiej zdolności nigdy nie nabędzie (np. przy znacznej albo głębokiej niepełnosprawności intelektualnej). Uznając za poprawny taki scenariusz dopuszczamy do sytuacji, że niepoczytalny sprawca poważnego czynu zabronionego, wobec którego istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że podobnego czynu dopuści się w przyszłości, będzie mógł przebywać na wolności bez żadnej kontroli (bo nie będzie można wobec niego zastosować nawet wolnościowych środków zabezpieczających, właśnie z powodu niemożności ogłoszenia mu zarzutu), a system będzie mógł zareagować dopiero w przypadku kolejnego nasilenia się choroby, prowadzącego do powstania stanu niebezpieczeństwa pozwalającego na ponowne wdrożenie art. 23 ust. 1 ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, albo wręcz w przypadku popełnienia przez niego kolejnego czynu zabronionego. Z pewnością mamy wtedy do czynienia w poszanowaniem pełnych gwarancji procesowych osoby niepoczytalnej, jednakże wątpliwe jest, czy zapew-

niamy w wystarczający sposób bezpieczeństwo pokrzywdzonemu i społeczeństwu, w szczególności w odniesieniu do chorych na choroby psychiczne, w których występowanie objawów powiązanych z przejawami agresji jest nieprzewidywalne lub powiązane z częstymi zmianami nastroju czy wywoływane przez pewne nagłe niekontrolowane bodźce (gdy więc osoba może wydawać się całkowicie spokojna opuszczając szpital, a wpaść w stan psychozy krótko potem), jak też tych, u których leczenie wymaga regularnego podawania leków (z czym niestety duża część osób chorych psychicznie ma problem, o ile nie jest kontrolowana, albo przynajmniej nie otrzymuje odpowiedniego wsparcia w najbliższym środowisku).

Co więcej, gdybyśmy przyjęli poprawność takiej procedury – czyli niemożność występowania o orzeczenie środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym bez uprzedniego ogłoszenia podejrzanemu zarzutów i konieczność wykorzystania ścieżki hospitalizacji przymusowej w oparciu o ustawę o ochronie zdrowia psychicznego – to w zasadzie wobec podejrzanych niepozytywnych niezdolnych do udziału w postępowaniu, którym nie został ogłoszony zarzut, albo nie został on uzupełniony czy zmieniony na surowszy, w przypadku istnienia takiej potrzeby, zastosowanie środków zabezpieczających w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym byłoby po prostu niemożliwe. Jeśliby bowiem prokurator nawet doczekał się stwierdzenia przez biegłych, że podejrzany odzyskał zdolność do udziału w czynnościach, to zapewne wiązałoby się to z jego zwolnieniem ze szpitala (choć warto mieć świadomość, że samo zwolnienie ze szpitala psychiatrycznego nie dowodzi jeszcze odzyskania zdolności do udziału w procesie karnym i wymaga ponowienia opinii biegłych w tym przedmiocie), a także najprawdopodobniej z ustaniem stanu obecnego i przyszłego niebezpieczeństwa ze strony podejrzanego popełnienia ponownego czynu zabronionego o znacznej szkodliwości społecznej (trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, żeby dana osoba była na tyle zdrowa psychicznie, by rozumiała znaczenie postępowania karnego i mogła brać udział w jego czynnościach, a jednocześnie by z powodu swoich zaburzeń psychicznych, np. urojeń, stwarzała dalej poważne zagrożenie dla zdrowia lub życia innych osób). Tym samym zaś ustałyby przesłanki stosowania tego środka zabezpieczającego. Instytucja ta straciłaby więc w ogóle rację bytu wobec sprawców najbardziej zaburzonych, wobec których wymagana jest natychmiastowe zastosowanie tych środków.

VI

Warto w tym miejscu podkreślić, że w doktrynie uznaje się, iż oczekując na przywrócenie zdolności do udziału w postępowaniu karnym

sprawcy niepoczytalnego, prokuratorowi nie będzie wolno takiego postępowania zawiesić, gdyż przyjmuje się, iż choroba psychiczna jest podstawą zawieszenia postępowania karnego (art. 22 § 1 k.p.k.) jedynie, jeśli wystąpiła dopiero po popełnieniu przestępstwa, a jeśli istniała w chwili czynu, to powinno być co najmniej niepewne, czy wyłączała całkowicie poczytalność czy jedynie ograniczała ją w znaczeniu art. 31 § 2 k.k.¹⁴ Stwierdzenie przez biegłych niepoczytalności w chwili czynu z powodu choroby psychicznej, która uniemożliwia udział podejrzanego w czynnościach procesowych, a nawet sprawia, że nie rozumie on czynności postępowania, nie stanowi według doktryny¹⁵ przeszkody dla kontynuowania postępowania w kierunku zastosowania środków zabezpieczających. S. Ładoś stwierdza wręcz wprost, że postępowanie o orzeczenie środków zabezpieczających w takim przypadku toczy się wbrew regule nakazującej respektować prawo do obrony w ujęciu materialnym¹⁶. Zawieszenie postępowania, podobnie jak oczekiwanie na przywrócenie zdolności do udziału w postępowaniu bez jego formalnego zawieszania, eliminowałoby zresztą sens orzekania środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym – podjęcie postępowania następowałoby dopiero po ustaniu stanu chorobowego, a tym samym po ustaniu przesłanki stosowania tego środka, tj. wysokiego prawdopodobieństwa związanego z chorobą popełnienia kolejnego poważnego czynu zabronionego¹⁷.

Autorzy, głoszący powyższe poglądy, prowadzili co prawda swoje rozważania na kanwie stanu faktycznego, w którym podejrzany miał ogłoszone zarzuty, jednakże wydaje się, że ich wnioski są w pełni adekwatne także w sytuacji, gdy owe zarzuty nigdy nie zostały podejrzanemu niepoczytalnemu ogłoszone. Niczym bowiem w praktyce nie różni się, jeśli chodzi o faktyczną realizację prawa do obrony, niewykonanie czynności z podejrzanym, niezdolnym do udziału w postępowaniu, od jej wykonania z osobą jeszcze niezbadaną psychiatrycznie, będącą w stanie ostrej psychozy lub innego głębokiego zaburzenia psychicznego czy niepełnosprawności intelektualnej, która nie rozumie znaczenia tej czynno-

¹⁴ K. Cioch, P. Mierzejewski, *Opinia biegłych psychiatrów w procesie karnym w świetle kodeksu postępowania karnego*, WPP, 1999, nr 3–4, s. 65 i n.; J. Kudręlek, *Choroba psychiczna jako przyczyna zawieszenia postępowania karnego*, *Prokuratura i Prawo*, 2004, nr 11–12, s. 169 i n.; S. Ładoś, *op. cit.*

¹⁵ K. Cioch, P. Mierzejewski, *op. cit.*, s. 65 i n.; S. Ładoś, *op. cit.*; analogicznie J. Kosonoga, *Choroba psychiczna*, (w:) K. Ślęzak (red.), *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, tom VII, wydanie elektroniczne, Lex 2013; K. Marszał, *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, wydawnictwo Volumen, Katowice 2013, s. 509.

¹⁶ S. Ładoś, *op. cit.*

¹⁷ *Ibidem*.

ści, ani nie jest w stanie składać świadomych oświadczeń woli. Ogłoszenie zarzutów i przesłuchanie w charakterze podejrzanego osoby w takim stanie stanowi jedynie fikcję procesową (tym większą, że z reguły czynność ta odbywa się bez udziału obrońcy wobec braku na tym etapie formalnych przesłanek do jego ustanowienia, zresztą nawet ich pojawienie się w czasie przesłuchania nie skutkuje w praktyce wstrzymaniem przesłuchania i jego ponowieniem po wyznaczeniu obrońcy, ale jedynie wystąpieniem do sądu o ustanowienie obrońcy po zakończeniu przesłuchania), wynikającą z faktu, że ponieważ czynność ta miała miejsce przed badaniem przez biegłego, domniemywa się poczytalność sprawcy i zdolność do jego udziału w czynnościach procesowych.

Problem ten zauważa sam S. Ładoś, który stoi na stanowisku, że osoby niepoczytalnej (ani też ubezwłasnowolnionej) nie wolno przesłuchiwać w charakterze podejrzanego, co ma wynikać z zakazu brania pod uwagę dowodu złożonego w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi¹⁸. Autor ten idzie wręcz dalej, uznając czynności przeprowadzone z podejrzanym przed badaniem psychiatrycznym (o ile to ostatnie skutkowało stwierdzeniem niepoczytalności i niezdolności do udziału podejrzanego w czynnościach) za bezskuteczne, mimo to proponuje wykorzystanie wyjaśnień złożonych przez takie osoby, gdyż uważa, że jest to jedyna droga zapewnienia podejrzanemu możliwości polemiki z tezami zarzutu¹⁹. Twierdzenia o bezskuteczności czynności procesowej przesłuchania podejrzanego niezdolnego do udziału w postępowaniu nie da się obronić, gdyż k.p.k. nie zna – jak wcześniej wspomniano – instytucji nieważności czynności ani organu, ani strony. Czym innym będzie natomiast ocena przez organ procesowy wiarygodności wyjaśnień złożonych przez takiego podejrzanego, w szczególności, jeśli przyznaje się on do danego czynu (co w przypadkach osób z głębokimi zaburzeniami psychicznymi może mieć miejsce właśnie pod wpływem tych zaburzeń, np. omamów lub halucynacji, i to także w odniesieniu do zdarzeń, które w ogóle nie miały miejsca, co zresztą zauważa sam S. Ładoś²⁰). Niemniej jednak, jednoznacznie stwierdzić należy, że zarówno przesłuchiwanie w charakterze podejrzanego osoby faktycznie niezdolnej do udziału w tej czynności i do składania świadomych oświadczeń wiedzy i woli (mimo niepotwierdzenia tego faktu na tym etapie opinią biegłych), jak i kontynuowanie postępowania w kierunku zastosowania środków za-

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

bezpieczających bez wykonania tej czynności, również pozbawiają tego podejrzanego prawa do obrony materialnej.

Należy się więc w pełni zgodzić z tezą Sądu Najwyższego wyrażoną w postanowieniu z dnia 13 czerwca 2012 r., sygn. II KK 302/11, że jeśli gwarancyjny aspekt czynności ogłoszenia zarzutów nie może zostać zrealizowany w uwagi na stan zdrowia psychicznego podejrzanego lub z tego powodu traci on faktycznie swoje gwarancyjne znaczenie (bo podejrzany i tak nie rozumiałby znaczenia czynności z nim przeprowadzonej), to podważona zostaje sama jej istota i jej brak nie może stanowić blokady dla dalszego biegu procesu. Stąd – jak głosi dalej Sąd Najwyższy – w warunkach postępowania przygotowawczego zakończonego wnioskiem w trybie art. 324 § 1 k.p.k. – wobec obligatoryjnego udziału w nim obrońcy – już samo sporządzenie postanowienia o przedstawieniu zarzutów i zamieszczenie go w aktach sprawy – przy stwierdzeniu braku możliwości ogłoszenia go niepoczytalnemu sprawcy realizuje obowiązki organu procesowego wynikające z art. 313 § 1 k.p.k. Procesowa skuteczność dalszych czynności postępowania przygotowawczego i sądowego nie może być uzależniona od ogłoszenia tego postanowienia niepoczytalnemu sprawcy czynu zabronionego i przesłuchania go w charakterze podejrzanego. Odmienne interpretacja przepisów prowadziłaby bowiem do tego, że prokurator nie mógłby (być może nawet nigdy, a przynajmniej do czasu wyzdrowienia sprawcy) zamknąć postępowania przygotowawczego ani skierować do sądu wniosku o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających. Natomiast – jak zasadnie podkreślił Sąd Najwyższy – obowiązujących rozwiązań prawnych nie wolno wyklądać w sposób uniemożliwiający zastosowanie instytucji przewidzianych w ustawie procesowej. Tymczasem do takiego właśnie rezultatu prowadziłoby restrykcyjne wymaganie ogłoszenia zarzutu sprawcy niepoczytalnemu niezdolnemu według biegłych do udziału w czynnościach procesowych²¹.

VII

W świetle powyższych rozważań wydaje się, że jeśli ustawodawca przewidział niezależnie od procedury przymusowej hospitalizacji z powodu stwarzania niebezpieczeństwa dla siebie i innych na podstawie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego także procedurę karną stosowania środków zabezpieczających, to właśnie po to, by ją stosować do spraw-

²¹ Odmienne: R. A. Stefański, Skuteczność procesowa wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Glosa do wyroku SN z dnia 13 czerwca 2012 r., sygn. II KK 302/11, Państwo i Prawo 2013, nr 1, s. 116–121.

ców już dokonanych czynów zabronionych i to bez względu na fakt, czy ich zaburzenia psychiczne zezwalają organom postępowania przygotowawczego na wykonanie z nimi czynności. To do obowiązków organów procesowych należy tak dokładne udowodnienie tej osobie sprawstwa czynu zabronionego i konieczności zastosowania środków zabezpieczających, by nawet pozbawiony prawa do obrony materialnej niepoczytalny podejrzany został osądzony w sposób prawidłowy²². Ponadto, podkreślić należy, że o ile opinia biegłych wskazująca niezdolność do udziału w postępowaniu karnym wiąże bezwzględnie prokuratora i policję, którym z taką osobą nie wolno wykonywać żadnych czynności, o tyle nie wiąże ona sądu, gdyż zgodnie z art. 354 pkt. 2 k.p.k. sąd może zawsze zażądać obecności takiego podejrzanego, jeśli uzna jego udział w sprawie za konieczny, tym samym może zrekompensować niewykonanie czynności ogłoszenia zarzutów na etapie postępowania przygotowawczego.

Powyższa teza może wydawać się kontrowersyjna, ale jedynie jej przyjęcie pozwala na prowadzenie procesu karnego wobec tego rodzaju sprawców. Jednakże dla likwidacji wszelkich wątpliwości w tym zakresie, które wynikają głównie z rozbieżności orzeczniczych i doktrynalnych co do momentu uzyskania przez sprawcę czynu zabronionego statusu podejrzanego, a tym samym pojawienia się możliwości jego badania przez biegłych psychiatrów²³, wskazana byłaby ingerencja ustawodawcy, który powinien jednoznacznie zająć stanowisko, w jaki sposób w pełni zagwarantować prawa sprawcy niepoczytalnego na etapie postępowania przygotowawczego.

Bibliografia

1. Cioch K., Mierzejewski P., *Opinia biegłych psychiatrów w procesie karnym w świetle kodeksu postępowania karnego*, WPP 1999, nr 3–4.
2. Gabriel-Węglowski, M., *Nadanie statusu podejrzanego a moment wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów*, Lex, linia orzecznicza, 2021.
3. Hofmański P. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, tom II, Wydawnictwo C. H. Beck, 2007.
4. Kosonoga J., *Choroba psychiczna*, (w:) Ślębzak (red.), *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, tom VII, Lex, 2013.

²² S. Ładoś, *op. cit.*

²³ Ramy tego opracowania nie pozwoliły na szersze omówienie tego sporu.

5. Kurdelek J., Choroba psychiczna jako przyczyna zawieszenia postępowania karnego, *Prokuratura i Prawo* 2004, nr 11–12.
6. Ładoś S., *Pozycja prawna oskarżonego z zaburzeniami psychicznymi*, Lex, 2013.
7. Marszał K., *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Wydawnictwo Volumen, 2013.
8. Stefański R. A., Skuteczność procesowa wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Glosa do wyroku SN z dnia 13 czerwca 2012 r., sygn. II KK 302/11, *Państwo i Prawo* 2013, nr 1.

Participation of an insane perpetrator in preliminary proceedings

Abstract

This paper asks how preparatory proceedings should be conducted in circumstances where an expert opinion on a suspect's both insanity at the time of the crime and incapability to participate in procedural activities is obtained prior to announcement of a decision to present charges to the suspect. A particular focus is on whether non-carrying out of activities with such a suspect during preliminary proceedings makes it possible to proceed and request the court to discontinue the proceedings and to award measures of protection, including admission to a mental health unit. In the absence of an explicit legal answer, this question requires weighing the suspect's right of defence and right to be heard during preliminary proceedings against objectives of proceedings seeking measures of protection, such as ensuring safety for other persons and effective treatment for the insane perpetrator.

Key words

Insanity, measures of protection, examination of a suspect, incapability to participate.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Aleksander Łosek¹

Pranie pieniędzy za pośrednictwem gier komputerowych

Streszczenie

Przedmiotem niniejszego artykułu jest przedstawienie problematyki prania pieniędzy za pośrednictwem gier komputerowych on-line. W ramach wprowadzenia do tematyki omówione zostały ogólne zagadnienia dotyczące prawnomaterialnych aspektów przestępstwa z art. 299 § 1 k.k., omówiono również klasyczny schemat prania pieniędzy oraz jego zastosowanie i odrębności w stosunku do przestępstw popełnianych za pośrednictwem gier komputerowych. Przedstawione zostały także różnorodne systemy monetyzacji gier komputerowych stosowane przez ich twórców. W dalszej części opracowania szczególną uwagę zwrócono na omówienie konkretnych cech gier komputerowych, które wpływają na poziom ich przydatności jako narzędzia służącego do prania pieniędzy. W ramach publikacji przedstawiono również przykładowe metody wykorzystywane do prania pieniędzy za pośrednictwem gier komputerowych wraz z omówieniem ich słabych stron, które mogą pomóc w wykrywaniu i ściganiu tego typu przestępczości. Postawione przez autora tezy zostały sformułowane na podstawie własnych obserwacji rynku gamingowego popartych lekturą specjalistycznych opracowań na ten temat, forów internetowych i portali społecznościowych takich, jak Youtube, gdzie umieszczone są autorskie kanały dedykowane grom komputerowym. Niniejsze opracowanie stanowi

¹ Aleksander Łosek, aplikant XII rocznika aplikacji prokuratorskiej w Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury, absolwent UJ. Zwycięzca Konkursu o nagrodę I Zastępcy Prokuratora Generalnego – Prokuratora Krajowego za najlepszą pracę magisterską pt. „Odpowiedzialność karna za czyny popełnione za pośrednictwem gier komputerowych” w 2021 r.

kontynuację artykułu pt. „Odpowiedzialność karna za czyny popełnione za pośrednictwem gier komputerowych – wstęp do problematyki” opublikowanego w nr 2/2022 miesięcznika Prokuratura i Prawo.

Słowa kluczowe

Gry komputerowe, przestępstwa gamingowe, mikrotransakcje, pranie pieniędzy, brudne pieniądze, przestępczość wirtualna, wirtualna waluta.

1. Wstęp do problematyki prania pieniędzy oraz zagadnienia materialnoprawne

W ciągu ostatnich kilku lat w przestrzeni publicznej coraz częściej można napotkać informacje wskazujące na to, że gry komputerowe *on-line* stają się coraz bardziej popularnym narzędziem wykorzystywanym przez przestępców szukających coraz to nowszych sposobów pozwalających na zalegalizowanie majątku uzyskanego za pomocą czynów zabronionych². Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie ogólnej problematyki dotyczącej przestępstw popełnianych w ten sposób, a także szczegółowych uwarunkowań gier komputerowych *on-line*, które mogą mieć wpływ na rosnącą popularność tej metody ukrywania pochodzenia majątku wśród przestępców. Zanim jednak przejdę do szczegółowych rozważań związanych z omawianą problematyką warto na początek przybliżyć ogólną charakterystykę przestępstwa stypizowanego w art. 299 § 1 k.k., które zarówno w języku prawniczym jak i potocznym nazywane jest praniem pieniędzy.

Od strony historycznej warto przypomnieć, że zjawisko prania pieniędzy po raz pierwszy zostało zaobserwowane na szerszą skalę w latach 20. XX wieku, czyli w czasie gdy na terytorium USA zaczęła obowiązywać prohibicja³. Z uwagi na wprowadzony w latach 1919–1933 na terenie całego

² Zob. <https://www.cyberdefence24.pl/cyberprzestepcy-piora-brudne-pieniadze-w-grach-online?fbclid=IwAR2qQSqm9gWafV0yBllG7cMnO8hQioVxJfmbRlCOlAbga53Sl8A3K0w88>; https://natemat.pl/261555,fortnite-wielka-pralnia-brudnych-pieniedzy-jak-dzialaja-cyberprzestepcy?fbclid=IwAR0MD0QroQ4_aSMXhi351oub29BisXTjUuZwNyX6V-D-LTq_9pbgPPvn4eU; <https://www.wnp.pl/tech/w-tej-grze-wszystkie-transakcje-miedzy-graczami-to-pranie-brudnych-pieniedzy,356114.html>, dostęp: 29 czerwca 2022 r.

³ K. Wąsowski, W. Wąsowski, *Pranie brudnych pieniędzy. Poradnik dla bankowców*, Warszawa 2001, s. 9; K. Buczkowski, M. Wojtaszek, *Pranie pieniędzy*, Warszawa 2001, s. 11 oraz J. W. Wójcik, *Pranie pieniędzy, studium prawnokryminologiczne i kryminalistyczne*, Toruń 1997, s. 31.

kraju całkowity zakaz produkcji oraz dystrybucji jakichkolwiek napojów alkoholowych, coraz większą popularność w społeczeństwie amerykańskim zaczęły zyskiwać alkohole produkowane metodami chałupniczymi, przez ludzi chcących dorobić się na dużym społecznym zapotrzebowaniu na ów produkt, które wynikało z radykalnego ograniczenia jego dostępności.

Swoj interes w tak ukształtowanej sytuacji dostrzegły zorganizowane grupy przestępcze, które po niedługim czasie objęły swoim monopolem produkcję napojów alkoholowych oraz ich dystrybucję na obszarze wielkich amerykańskich miast. Z uwagi na ogromny popyt na nielegalny alkohol, dochody zorganizowanych grup przestępczych uległy lawinowemu powiększeniu, co paradoksalnie zaczęło generować dla nich różnorodne problemy. Przede wszystkim znaczny przyrost gotówki mógł wzbudzić po stronie organów ścigania podejrzenia dotyczące źródła pochodzenia tegoż wzbogacenia u ludzi, którzy formalnie albo nie mieli żadnego legalnego źródła dochodu, albo wysokość tego dochodu nie uzasadniałaby ich rzeczywistego stanu majątkowego wynikającego z uczestnictwa w nielegalnym procederze. Sytuacja taka wiązała się *de facto* z zamrożeniem znacznej części środków pochodzących z handlu nielegalnym alkoholem, gdyż każda większa transakcja na rynku zewnętrznym mogła wskazać organom ścigania trop pozwalający na wykrycie źródła nielegalnego procederu. Brudne pieniądze mogły być zatem swobodnie wykorzystywane jedynie na czarnym rynku lub umiejętnie i powściągliwie dozowane w ramach legalnych transakcji o stosunkowo niewielkiej wartości.

W dłuższej perspektywie tak ukształtowany stan rzeczy nie mógł być akceptowany przez przestępców, którzy chcieli całkowicie swobodnie uczestniczyć w obrocie gospodarczym przy użyciu uzyskanych za pomocą czynów zabronionych pieniędzy. W związku z tym środowiska trudniące się nielegalną produkcją alkoholu zaczęły szukać sposobów na legalizację środków uzyskiwanych ze swojej działalności, poprzez generowanie fikcyjnych, lecz legalnych źródeł ich pochodzenia. Najskuteczniejszą metodą w tamtych czasach okazało się tworzenie, lub wykorzystywanie istniejących już przedsiębiorstw zajmujących się szeroko rozumianą działalnością usługową, w których wysokość obrotu zależna była jedynie od skali popytu na oferowane przez nie usługi, a co za tym idzie bardzo trudna do skontrolowania przez organy publiczne. Dochody pochodzące z działalności przestępczej dopisywano do dziennych utargów danego przedsiębiorstwa i w ten sposób legalizowano ich pochodzenie. Szczególnie popularne stało się wykorzystywanie do tego celu pralni odzieży, skąd też swoją genezę wzięła potoczna nazwa tego procederu.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że pojęcie „prania pieniędzy” pojawiło się dużo później i w oderwaniu od samych początków zjawiska legalizacji środków pochodzących z przestępstwa, miało to bowiem miejsce dopiero w latach 70. XX wieku, w związku z wybuchem tzw. afery Watergate, jednakże pierwszy raz termin ten został użyty w terminologii prawniczej w Stanach Zjednoczonych dopiero w roku 1982⁴.

Potrzeba kryminalizacji czynności mających na celu uniemożliwienie, lub istotne utrudnienie ujawnienia źródła pochodzenia majątku uzyskanego za pomocą czynów zabronionych, została dostrzeżona również na arenie międzynarodowej. Szczególną rolę w zwalczaniu tego procederu należy przypisać Organizacji Narodów Zjednoczonych, Radzie Europy, oraz Unii Europejskiej. Istnieje wiele aktów prawa międzynarodowego zobowiązujących państwa członkowskie należące do wskazanych wyżej organizacji międzynarodowych, w tym także Polskę do przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz ścigania sprawców tegoż przestępstwa, do najważniejszych z nich należy zaliczyć⁵:

- Konwencję Narodów Zjednoczonych o zwalczaniu nielegalnego obrotu środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi, sporządzoną w Wiedniu dnia 20 grudnia 1988 r. (Dz. U. z 1995 r., Nr 15, poz. 69), ratyfikowaną przez Polskę dnia 30 kwietnia 1994 r.,
- Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, przyjętą przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 15 listopada 2000 r. (Dz. U. z 2005 r., Nr 18, poz. 158 z późn. zm.),
- Konwencję Rady Europy z dnia 8 października 1990 r. o praniu, ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie dochodów pochodzących z przestępstwa (Dz. U. z 2003 r., Nr. 46 poz. 394),
- Konwencję Rady Europy o praniu, ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie dochodów pochodzących z przestępstwa oraz o finansowaniu terroryzmu, sporządzoną w Warszawie dnia 16 maja 2005 r. (Dz. U. z 2008 r., Nr 165, poz. 1028),
- Dyrektywę Rady 91/308/EWG z dnia 10 czerwca 1991 r. w sprawie uniemożliwienia korzystania z systemu finansowego w celu prania

⁴ B. Bieniek, *Pranie pieniędzy w prawie międzynarodowym, europejskim oraz polskim*, Warszawa 2010, s. 22–23.

⁵ Zob. J. Potulski, (w:) R. A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2018, s. 1780, Nb. 2; W. Wróbel, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363 k.k.*, wyd. IV, teza 4, LEX 2020, teza 4 do art. 299 k.k.; oraz T. Oczkowski, (w:) V. Konarska-Wrzesek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. II, LEX 2020, teza 1. Do art. 299 k.k.

- pieniędzy (Dz. Urz. WE L 166 z dnia 28 czerwca 1991 r., s. 77; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 9, t. 1, s. 153),
- Decyzję ramową Rady 2005/212/WSiSW z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie konfiskaty korzyści, narzędzi i mienia pochodzących z przestępstwa (Dz. Urz. UE L 68 z dnia 15 marca 2005 r., s. 49),
 - Decyzję ramową Rady 2001/500/WSiSW z dnia 26 czerwca 2001 r. w sprawie prania brudnych pieniędzy oraz identyfikacji, wykrywania, zamrożenia, zajęcia i konfiskaty narzędzi oraz zysków pochodzących z przestępstwa (Dz. Urz. WE L 182 z dnia 5 lipca 2001 r., s. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 19, t. 4, s. 158).

W Polsce po raz pierwszy czynność prania pieniędzy została objęta kryminalizacją na podstawie art. 5 ustawy z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego (Dz. U., poz. 615 ze zm.), następnie w zmienionej wersji przestępstwo to zostało przeniesione do uchwalonego w 1997 r. kodeksu karnego, gdzie następnie treść art. 299 k.k. była dwukrotnie nowelizowana⁶.

Na gruncie polskiego prawa, szczegółową definicję prania pieniędzy można było znaleźć w art. 2 pkt. 9 nieobowiązującej już ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2000 r., Nr 116, poz. 1216, z późn. zm.) gdzie wskazywano, że przez pranie pieniędzy rozumie się zamierzone postępowanie polegające na:

- 1) zamianie lub przekazaniu wartości majątkowych pochodzących z działalności o charakterze przestępczym lub z udziału w takiej działalności, w celu ukrycia lub zatajenia bezprawnego pochodzenia tych wartości majątkowych albo udzieleniu pomocy osobie, która bierze udział w takiej działalności w celu uniknięcia przez nią prawnych konsekwencji tych działań,
- 2) ukryciu lub zatajeniu prawdziwego charakteru wartości majątkowych lub praw związanych z nimi, ich źródła, miejsca przechowywania, rozporządzania, faktu ich przemieszczania, ze świadomością, że wartości te pochodzą z działalności o charakterze przestępczym lub udziału w takiej działalności,
- 3) nabyciu, objęciu w posiadanie albo używaniu wartości majątkowych pochodzących z działalności o charakterze przestępczym lub udziału w takiej działalności,
- 4) współdziałaniu, usiłowaniu popełnienia, pomocnictwie lub podżeganiu w przypadkach zachowań określonych w lit. a–c

⁶ Zob. Ibidem: T. Oczkowski teza. 2 i 3.

również jeżeli działania, w ramach których uzyskano wartości majątkowe, były prowadzone na terytorium innego państwa niż Rzeczpospolita Polska.

Aktualnie przestępstwo prania pieniędzy stypizowane jest w art. 299 § 1 k.k., który ulokowany jest w rozdziale XXXVI k.k. dotyczącym przestępstw skierowanych przeciwko obrotowi gospodarczemu oraz interesom majątkowym w obrocie cywilnoprawnym. Takie umiejscowienie opisywanego przestępstwa w strukturze k.k. wskazuje, że ustawodawca za główny przedmiot ochrony uznał prawidłowość i bezpieczeństwo obrotu gospodarczego, finansowego i prawnego. Proceder prania pieniędzy może bowiem w istotny sposób zakłócać procesy gospodarcze zachodzące w warunkach gospodarki wolnorynkowej, m.in. poprzez wprowadzanie do obrotu dużej ilości kapitału pochodzącego z działalności przestępczej, który to kapitał zgromadzony w rękach stosunkowo niewielkiej grupy ludzi znacząco ogranicza konkurencyjność podmiotów rywalizujących na jednym rynku, na niekorzyść podmiotów, które nie działają w oparciu o nielegalnie pozyskane środki. Taka sytuacja może prowadzić do marginalizacji, lub całkowitego wyeliminowania z rynku, w którym uczestniczą podmioty korzystające z brudnych pieniędzy, podmiotów działających w sposób legalny, czego skutkiem może być pogorszenie się stanu gospodarki, niekontrolowany wzrost cen spowodowany monopolizacją konkretnej części rynku oraz zwiększenie dochodów osób wykorzystujących środki uzyskane w wyniku popełnienia przestępstwa.

Przestępstwo stypizowane w art. 299 § 1 k.k. w ogólności polega na legalizacji środków pochodzących z korzyści związanych z popełnieniem czynu zabronionego, poprzez dokonywanie wskazanych w niniejszym przepisie czynności obrotu tymi środkami, które to czynności mają prowadzić do uniemożliwienia lub utrudnienia ujawnienia ich przestępnego pochodzenia. Jako czynności sprawcze ustawodawca wskazał działania polegające na przyjmowaniu, posiadaniu, używaniu, przekazywaniu, wywożeniu za granicę, ukrywaniu, dokonywaniu transferu lub konwersji, pomaganiu w przeniesieniu własności lub posiadania albo podejmowaniu innych czynności, których przedmiotem są nielegalnie uzyskane środki, a które mogą udaremnić lub znacznie utrudnić stwierdzenie ich przestępnego pochodzenia, miejsca umieszczenia, wykrycie, zajęcie albo orzeczenia przepadku.

Przedmiotem czynności sprawczych są określone w art. 299 § 1 k.k. wartości majątkowe, do których należą: środki płatnicze, instrumenty finansowe, papiery wartościowe, wartości dewizowe, prawa majątkowe lub inne mienie ruchome lub nieruchomości. W przypadku prania pieniędzy za pośrednictwem gier komputerowych kluczową kategorię stanowić będą prawa majątkowe, które to w swojej definicji zawierają wszelkie prawa

o charakterze rzeczowym i obligacyjnym, zarówno na rzeczach jak i na prawach niematerialnych. Co szczególnie istotne dla dalszych rozważań, należy uznać, że przedmiotem czynności sprawczej przestępstwa prania pieniędzy mogą być zatem prawa należące do kategorii własności wirtualnej, takie jak generowane na potrzeby świata gry: postacie, przedmioty, czy wirtualna waluta.

2. Ogólny schemat prania pieniędzy i jego zastosowanie do czynów popełnianych za pośrednictwem gier komputerowych

Przedstawiciele instytucji naukowych oraz publicznych zajmujących się problematyką prania pieniędzy, analizując szereg stanów faktycznych, oraz spektrum metod wykorzystywanych przez przestępców do prania pieniędzy, opracowali uniwersalny schemat postępowania znajdujący swoje odzwierciedlenie w ujawnionych przypadkach prania pieniędzy, który to schemat składa się z trzech zasadniczych elementów⁷:

- 1) Lokowanie (*placement*) – jest to pierwszy etap prania pieniędzy, w jego trakcie przestępcy wyzbywają się środków pochodzących z nielegalnej działalności, poprzez nabywanie określonych dóbr materialnych charakteryzujących się stosunkowo dużą płynnością, lub inwestując w przedsiębiorstwa, które w przyszłości mogą ułatwiać dalszą działalność przestępczą. W przypadku prania pieniędzy za pośrednictwem gier komputerowych może to przykładowo polegać na zakupie odpowiednio cennego wirtualnego mienia, np. wirtualnych postaci, przedmiotów, lub wewnętrznej waluty.
- 2) Nawarstwianie/maskowanie (*layering*) – jest to etap w którym dokonuje się dużej liczby różnorodnych transakcji w celu ukrycia przestępczego pochodzenia środków, jego głównym celem jest oddzielenie pieniędzy od jego źródła oraz utrudnienie organom ścigania analizy drogi pieniądza od źródła do aktualnego posiadacza. Pranie pieniędzy przy użyciu gier komputerowych znacząco skraca i ułatwia proces maskowania, a czasem nawet pozwala na jego pominięcie, dzieje się tak zazwyczaj dlatego, że w warunkach wirtualnego świata gry często nie ma faktycznej możliwości ustalenia, czy do nabycia określonych dóbr wirtualnych doszło w sposób pierwotny czy wtórny, dzięki czemu osoba piorąca pieniądze w ten sposób może twierdzić, że nabyte wirtualne mienie zwyczajnie zdobyła w ramach gry.

⁷ J. W. Wójcik, Pranie pieniędzy, studium prawno-kryminologiczne i kryminalistyczne, Toruń 1997, s. 124–127.

3) Integracja/legitymizacja (*integration*) – Etap końcowy polegający na legitymizacji środków, które uprzednio zostały ulokowane i zamaskowane. W tej fazie osoba piorąca pieniądze poszukuje, lub preparuje stan faktyczny i prawny, który tworzy pozory legalnego pochodzenia środków i uwiarygadnia fałszywą historię ich źródła. W warunkach gier komputerowych etap ten może przykładowo polegać na zbyciu wartościowych dóbr wirtualnych takich jak: profil użytkownika gry, na którym zapisana jest wirtualna postać, pojedyncze wirtualne przedmioty, lub duża ilość wewnętrznej wirtualnej waluty, które to dobra były uprzednio przedmiotem lokowania, i następnie wskazanie uzyskanych w ten sposób środków jako dochodu pochodzącego z wysiłku włożonego w grę.

Warto zwrócić uwagę, że w przypadku wykorzystywania gier komputerowych do prania pieniędzy opisany wyżej klasyczny schemat postępowania może nie mieć zastosowania lub ulegać znacznemu uproszczeniu. Z perspektywy przestępców jest to okoliczność wielce korzystna, gdyż uproszczony i nieszablony schemat działania znacznie zmniejsza ryzyko popełnienia błędu w tworzeniu historii pieniądza, a co za tym idzie wykrycia nielegalnego procederu. Jako obrazowy można podać przykład sytuacji, w której osoba piorąca pieniądze tworzy prostą grę komputerową, którą następnie odpłatnie (zazwyczaj po skrajnie zawyżonych cenach) udostępnia na specjalnie do tego stworzonych platformach dystrybucyjnych, aby następnie za pośrednictwem anonimowych kont użytkownika kupować ją w dużych ilościach od samego siebie. W przytoczonym przykładzie mamy do czynienia z połączeniem etapu lokowania i integracji, gdyż wyzbycie się brudnych pieniędzy jest w tym przypadku tożsame z uzyskaniem legalnego dochodu, który legitymizuje źródło wzbogacenia, jednocześnie należy wskazać, że nie występuje tutaj faza nawarstwiania. Innym przykładem może być opisywana powyżej sytuacja, w której piorący pieniądze nabywa wartościowe konto zawierające wirtualną postać, które następnie sprzedaje wskazując ową postać jako efekt swojego wysiłku włożonego w grę. W tym modelu działania występuje klasyczna faza lokowania oraz integracji, natomiast całkowicie marginalizowana jest faza nawarstwiania, która sprowadza się jedynie do czynności zbycia konta i *de facto* łączy się z fazą integracji.

3. Charakterystyka systemów monetyzacji stosowanych w grach komputerowych *on-line*

Na przestrzeni ostatnich 15 lat, rynek gier komputerowych przeszedł radykalną zmianę sposobu monetyzacji swoich produktów; z uwagi na

masowy wzrost liczby oraz wartości transakcji związanych z owym rynkiem, stał się on przedmiotem zainteresowania wielu zorganizowanych grup przestępczych chcących ukryć przestępne pochodzenie swojego majątku. Dzieje się tak za sprawą zmiany modelu biznesowego stosowanego przez wydawców gier komputerowych, który coraz częściej opiera się na funkcjonowaniu w systemie tzw. „gier usług”⁸. Aby zrozumieć, w jaki sposób przestępcy piorą pieniądze za pośrednictwem gier komputerowych, należy poznać kilka cech charakterystycznych dla wskazanego wyżej modelu biznesowego oraz odpowiedzieć sobie na pytanie, na czym najwięcej zarabiają twórcy gier komputerowych, oraz na co gracze są w stanie poświęcić najwięcej pieniędzy.

Aktualnie można wyróżnić 4 zasadnicze modele monetyzacji występujące w grach komputerowych, są to: *buy to play* (kup by grać, B2P), *free to play* (darmowy dostęp, 32P), *pay to play* (płać by grać/model subskrypcyjny, P2P) oraz *pay to win* (płać by wygrać, P2W). Większość obecnie wydawanych gier multipalyerowych posiada również system mikropłatności, który w zależności od wybranego modelu monetyzacji może stanowić zasadniczą część zysków twórców gry⁹.

3.1. Model *buy to play* (B2P)

Model *buy to play* opiera się na jednorazowym zakupie bezterminowej licencji na korzystanie z danej gry komputerowej, dzięki której gracze mogą korzystać ze znacznej większości funkcjonalności jakie oferuje dany produkt. W grach opierających się na tym systemie mogą występować mikropłatności, jednak zazwyczaj nie są one wymagane dla pełnego korzystania z treści przygotowanych przez twórców gry i zwykle sprowadzają się do kupowania zawartości wyłącznie urozmaicającej estetykę gry (np. grafiki zmieniające wygląd postaci kontrolowanej przez gracza, lub posiadanego przez niego ekwipunku, tzw. *skin*y), jednocześnie nie wpływającej na samą rozgrywkę. Zasadnicza część dochodów twórców pochodzi w tym przypadku z ceny uzyskania licencji do korzystania z gry przez użytkownika.

3.2. Model *free to play* (F2P) oraz system mikropłatności

Model *free to play* w ciągu ostatnich 10 lat stał się jednym z najbardziej popularnych modeli monetyzacji multiplayerowych gier komputerowych, wykorzystywanym w szczególności przez twórców gier mobilnych

⁸ Zob. <https://pricinglab.pl/modele-cenowe-grach/>, dostęp: 29 czerwca 2022 r.

⁹ Zob. tamże oraz <https://www.komputerswiat.pl/poradniki/gaming/mmo-jakie-sa-rodzaje-gier-sieciowych/9wet6fq>, dostęp: 29 czerwca 2022 r.

oraz gier typu MMORPG. Niniejszy model polega na darmowym dostępie do programu komputerowego, jakim jest gra komputerowa, natomiast zyski twórców generowane są przez zaimplementowany do świata gry system mikropłatności.

W tym przypadku mikropłatności mogą mieć zróżnicowany charakter oraz wpływ na udostępniane przez twórców treści i funkcjonalności danego produktu. W zależności od obranej przez wydawcę strategii, mikropłatności mogą jedynie urozmaicać rozgrywkę pod względem wizualnym (podobnie jak w opisanym wyżej systemie B2P), lub w znacznym stopniu rozszerzać treści oraz funkcjonalności udostępniane użytkownikowi, m.in. poprzez wprowadzanie nowych postaci, ekwipunku, lokacji możliwych do odwiedzenia, czy w istotny sposób ograniczające czas wymagany do osiągnięcia następnego poziomu postaci, lub odblokowania kolejnego etapu gry.

Bardzo popularnym rozwiązaniem wśród twórców gier stało się generowanie wirtualnej wewnętrznej waluty premium, za którą można kupować wskazane wyżej wirtualne dobra. Istotnymi cechami walut premium z uwagi na omawianą problematykę, jest to, że są one nabywane za prawdziwe pieniądze, często występują w systemie dualistycznym obok standardowych wirtualnych walut dostępnych dla graczy w zamian za osiągnięte przez nich wyniki w grze, oraz często podlegają wzajemnej konwersji po bardzo korzystnym kursie dla osób zamieniających walutę premium na zwykłą i skrajnie niekorzystną lub w ogóle wyłączoną konwersją w drugą stronę.

Często występującą formą mikropłatności jest również możliwość nabycia konta premium, które zazwyczaj umożliwia użytkownikom decydującym się na jego zakup korzystanie z różnych form płatnej zawartości gry, przez okres ograniczony czasem subskrypcji takiego konta. Przykładowo, gracz kupujący konto premium może w zamian uzyskać dodatkowo postać, ekwipunek, określoną ilość waluty premium oraz określony czasem subskrypcji dostęp do specjalnie przygotowanych lokalizacji i/lub mnożnik zdobywanego w ramach gry doświadczenia wymaganego do rozwoju postaci, który znacznie przyspiesza ten proces.

3.3. Model *pay to win* (P2W)

Szczególną formą modelu *free to play*, jest model *pay to win*. Podobnie jak w przypadku swojego prekursora opiera się on na darmowym dostępie do bazowej wersji gry, jednak zaimplementowane w nim mikropłatności praktycznie uniemożliwiają normalną rozgrywkę poprzez stosowanie przez twórców gry tzw. *paywalla*, czyli skonstruowanie mechaniki gry w ten sposób, że wymusza ona korzystanie przez gracza z mikropłatności. Jeżeli

użytkownik zdecyduje się na niekorzystanie z mikropłatności, zmuszony będzie do poświęcenia kilku/kilkunastokrotnie więcej czasu, aby osiągnąć wynik tożsamy z wynikiem graczy korzystających z płatnej zawartości, lub zwyczajnie nigdy nie będzie w stanie z nimi konkurować w ramach rywalizacji wewnątrz świata gry. W tym modelu, gra *de facto* toczy się wyłącznie między graczami poświęcającymi swoje realne środki finansowe na ten cel, przy jednoczesnej marginalizacji graczy, którzy na taki krok się nie zdecydowali. W ten sposób twórcy gry wywierają na graczach niekorzystających z mikropłatności presję psychologiczną, aby jednak zdecydowali się zainwestować swoje pieniądze w płatną zawartość. Naturalnym mechanizmem dla człowieka jest bowiem to, że gra aby wygrać, natomiast wygrywanie w grach korzystających z tego systemu monetyzacji jest niemożliwe bez korzystania z systemu mikropłatności.

3.4. Model *pay to play* (P2P)

Ostatnim modelem stosowanym przez wydawców gier komputerowych jest model *pay to play* (subskrypcyjny). Aktualnie jest to stosunkowo rzadko stosowany system, który sukcesywnie jest wypierany przez opisany wyżej model *free to play*, jednakże warto nadmienić, że jedna z najstarszych i najbardziej popularna na świecie gra typu MMORPG „World of Warcraft” nadal funkcjonuje z wykorzystaniem niniejszego systemu monetyzacji. Dostęp to gier bazujących na tym systemie mają jedynie użytkownicy, którzy wykupili określoną w czasie subskrypcję/abonament, po którego upływie dostęp należy odnowić poprzez ponowne wykupienie subskrypcji/abonamentu. W grach tego typu może również wystąpić system mikropłatności, jednak zazwyczaj nie jest on zbyt inwazyjny i najczęściej sprowadza się jedynie do wprowadzania do gry zawartości o charakterze wyłącznie kosmetycznym, trzon dochodów twórców stanowią bowiem wpływy z opłacanych przez graczy subskrypcji.

4. Rozwój wtórnego rynku dóbr wirtualnych oraz regulacja obrotu dobrami wirtualnymi przez twórców gier

Innym istotnym czynnikiem, wpływającym na zwiększenie atrakcyjności środowiska związanego z grami komputerowymi z perspektywy przedsiębiorców chcących wyprać pieniądze, oprócz opisanego wyżej rozwiniętego systemu monetyzacji treści dostarczanych przez twórców gier, jest stale rozwijający się rynek wtórny przedmiotów należących do kategorii własności wirtualnej. Ciągłe rosnące wśród graczy zapotrzebowanie na wirtualne mienie pochodzące z wtórnego obiegu, które zazwyczaj jest

stosunkowo tańsze niż to oferowane bezpośrednio przez twórców wirtualnej rozrywki, znacznie zwiększa możliwości lokowania nielegalnie uzyskanych środków, a następnie ich legalizację poprzez zaplanowany obrót wirtualnymi dobrami.

Rozwijająca się monetyzacja własności wirtualnej na rynku wtórnym znacząco zwiększa osobom chcącym wyprać pieniądze dostępność legalnego kapitału podlegającego konwersji, w zamian za wirtualne dobra nabyte za środki pochodzące z działalności przestępczej. Przestępstwa kwalifikowane z art. 299 § 1 k.k. popełniane za pośrednictwem gier komputerowych są szczególnie trudne do wykrycia właśnie ze względu na globalną skalę obrotu własnością wirtualną zarówno na rynku pierwotnym, jak i wtórnym. W realiach wirtualnych światów gry codziennie miliony osób dokonują milionów transakcji, opiewających na miliony dolarów, a wszystko to odbywa się w warunkach wyłączenia jakiegokolwiek faktycznej kontroli ze strony organów państwa, które jak się wydaje nie dostrzegają jeszcze możliwości, jakie dają przestępcom gry komputerowe. Należy jednak wskazać, że wprowadzenie jakiegokolwiek formy nadzoru ze strony organów państwa nad rynkiem własności wirtualnej zdaje się być szczególnie utrudnione, gdyż wymagałoby to ciągłego monitorowania setek tysięcy transakcji opiewających na kwoty od kilku złotych do kilku tysięcy złotych, dotyczących setek gier, które to transakcje odbywają się zarówno na rynku pierwotnym, jak i wtórnym oraz które obejmują przynajmniej kilkanaście platform dystrybucyjnych tworzonych przez twórców gier oraz dziesiątki portali aukcyjnych, na których sprzedawane są dobra wirtualne z wtórnego obiegu.

Praktyka twórców gier dotycząca reguł obrotu wirtualną własnością między graczami również jest całkowicie zróżnicowana; poczynawszy od całkowitego zakazu obrotu dobrami wirtualnymi, poprzez umożliwienie dokonywania transakcji jedynie za pośrednictwem stworzonej i kontrolowanej przez twórców gry platformy handlowej, kończąc na całkowicie swobodnym handlu między graczami. Wyznacznikami owych reguł rynku zazwyczaj są umowy licencyjne oraz udostępnione graczom funkcjonalności, które w zależności od stworzonych przez programistów skryptów gry, albo umożliwiają wymianę wirtualnych dóbr między graczami, albo całkowicie wyłączają taką możliwość. Obrót wtórny wirtualną własnością często niezgodny z warunkami umowy licencyjnej, niezależnie od tego czy wydawcy gry dopuszczają taką możliwość czy też nie, stał się zjawiskiem, nad którym twórcy wirtualnej rozrywki nie do końca są w stanie zapanować, a niekiedy nawet nie chcą nad nim panować, gdyż często stoi to w sprzeczności z ich interesami finansowymi, ponieważ w niektó-

rych sytuacjach prężnie funkcjonujący rynek własności wirtualnej napędza wśród graczy zainteresowanie danym tytułem, co przekłada się na zwiększone zyski twórców.

5. Specyfika prania pieniędzy za pośrednictwem gier komputerowych

Przechodząc do szczegółowych zagadnień związanych ze sposobami prania pieniędzy za pośrednictwem gier komputerowych, na początek należy wskazać, że pranie pieniędzy w ten sposób wymaga stosunkowo dużej wiedzy w odniesieniu do mechanizmów występujących w konkretnych tytułach, znajomości szczegółowych i często bardzo specyficznych reguł postępowania obowiązujących wśród społeczności graczy, a także ogólnego obycia w nowych trendach występujących w środowisku *gamingowym*, które to trendy podlegają bardzo dynamicznym zmianom. Przestępca piorący pieniądze przy użyciu gier *online* musi być na bieżąco z nowościami występującymi na rynku gier komputerowych, a także uważnie śledzić zmiany w schematach zachowań konsumenckich w środowisku graczy, a także systematycznie monitorować ciągle wprowadzane aktualizacje do gier, które wykorzystuje w swoich działaniach. Przestępstwo prania pieniędzy jest przestępstwem powszechnym, co znaczy że każda osoba zdolna do ponoszenia odpowiedzialności karnej może być jego sprawcą, jednakże z uwagi na specyfikę prania pieniędzy w opisywany sposób zasadne zdaje się sformułowanie założenia, że sprawcami tegoż przestępstwa zazwyczaj nie są sprawcy przestępstwa pierwotnego, z którego pochodzą brudne pieniądze, lecz osoby wywodzące się ze społeczności graczy, które działają na ich zlecenie świadcząc specyficzną usługę polegającą na wykorzystywaniu posiadanej specjalistycznej wiedzy oraz zaplecza technicznego umożliwiającego stworzenie wiarygodnej historii pieniądza, a co za tym idzie zminimalizowaniu szansy na wykrycie przez organy ścigania ich przestępnego źródła pochodzenia.

Kolejną istotną kwestią, na którą należy zwrócić uwagę, jest fakt, iż omawiana metoda, ze względu na swoje ograniczenia, jest optymalna do prania stosunkowo niewielkich kwot, oscylujących w granicach od kilkunastu do kilkudziesięciu tysięcy złotych rocznie (na jedną osobę piorącą), co przykładowo w odniesieniu do dochodów pochodzących z przestępczości narkotykowej może stanowić istotne ograniczenie jej zastosowania. Pranie pieniędzy za pośrednictwem gier komputerowych zazwyczaj bazuje na systemie tzw. *microlaunderingu* czyli prania pieniędzy poprzez dokonywanie ogromnej liczby transakcji o stosunkowo niewielkiej warto-

ści (od kilku do kilkuset złotych). Oczywiście możliwe jest zwiększenie wydajności tej metody poprzez stworzenie bardziej złożonej siatki osób zajmujących się wyłącznie praniem pieniędzy oraz zastosowanie bardziej wyrafinowanych sposobów wykorzystywania gier do tego celu, jednakże większość opisanych w niniejszym opracowaniu schematów działania wykorzystywanych przez przestępców utrudnia przekroczenie granicy wyprania miliona złotych w skali rocznej. Dzieje się tak nie ze względu na ograniczenia techniczne, lecz w związku z faktem, iż wraz ze wzrostem wartości wypranych środków liniowo spada wiarygodność spreparowanej historii uzyskania wzbogacenia, co znacznie zwiększa ryzyko wzbudzenia zainteresowania po stronie organów ścigania. Nie podlega bowiem wątpliwości, że mało prawdopodobnym jest uzyskiwanie dochodu na poziomie kilkuset tysięcy złotych rocznie pochodzącego wyłącznie z grania w gry komputerowe, jednakże dla osób znających realia środowiska *gamingowego* nie będzie stanowiło zaskoczenia stwierdzenie, że możliwym jest już uzyskiwanie dochodu na poziomie kilkudziesięciu tysięcy złotych rocznie, którego źródłem jest wyłącznie spieniężanie wirtualnych dóbr uzyskiwanych poprzez granie w gry komputerowe. Na marginesie warto również nadmienić, że aktualne możliwości jakie dają najbardziej popularne gry komputerowe *on-line* pozwalają profesjonalnym graczom na uzyskiwanie dochodów przekraczających kilkaset tysięcy złotych rocznie, jednakże zazwyczaj są to dochody uzyskiwane w związku z udziałem w międzynarodowych turniejach oraz z nawiązywanych kontraktów reklamowych i sponsoringowych, a co za tym idzie pozostanie anonimowym w takiej sytuacji jest niemożliwe.

5.1. Czynności przygotowawcze

Jako, że obrót dobrami wirtualnymi odbywa się praktycznie wyłącznie za pośrednictwem transakcji bezgotówkowych, osoby chcące korzystać z tego sposobu prania pieniędzy muszą być odpowiednio przygotowane pod kątem organizacyjnym. Pierwszym utrudnieniem, z którym stykają się przestępcy jest konieczność założenia rachunku bankowego, na którym gromadzone będą środki przeznaczone do wyprania. W związku z tym, że w polskich warunkach niemożliwym jest założenie anonimowego rachunku bankowego, przestępcy wykorzystują tzw. „słupy” czyli osoby (zazwyczaj będące w skrajnie trudnej sytuacji życiowej), które w zamian za zazwyczaj skromne wynagrodzenie otwierają rachunek bankowy wykorzystując własne dane osobowe, a następnie przekazują swoim zleceniodawcom całkowitą kontrolę nad owym rachunkiem. Należy również nadmienić, że osoby pełniące rolę „słupów” w znacznej większości przy-

padków nie znają nawet tożsamości swoich mocodawców, gdyż cała komunikacja odbywa się na odległość lub poprzez zaufanych pośredników. Działanie takie ma utrudnić wykrycie rzeczywistego sprawcy w przypadku ujawnienia przez organy ścigania, lub pracowników banku, faktu wykorzystywania danego rachunku bankowego do celów przestępczych. W zależności od skali procederu, zakładanych może być od kilku do nawet kilkudziesięciu odrębnych rachunków w różnych bankach. Należy zauważyć, że im mniejsza wartość obrotu środkami w ramach jednego rachunku bankowego tym mniejsze prawdopodobieństwo wzbudzenia zainteresowania pracowników banku lub organów ścigania, dlatego też przestępcy preferują korzystanie z większej liczby rachunków nawet w przypadku prania stosunkowo niewielkich kwot, gdyż działanie takie sprzyja rozdrabnianiu pieniędzy podlegających wypraniu, a jednocześnie minimalizuje straty w przypadku wykrycia nieprawidłowości i zablokowaniu środków na jednym z wielu rachunków.

Kolejnym newralgicznym etapem jest wprowadzenie brudnej gotówki do systemu bankowego. Aby zminimalizować ryzyko wykrycia, przestępcy mogą wykorzystywać do tego celu stacjonarne wpłatomaty, czyli urządzenia pozwalające na wpłacenie gotówki na rachunek bankowy bez konieczności wizyty w oddziale banku, a co za tym idzie bez konieczności wylegitymowania się. Zazwyczaj czynność ta również jest wykonywana za pośrednictwem zaufanych osób, lub „słupów” działających na zlecenie osoby piorącej pieniądze. Biorąc pod uwagę dyspozycję art. 72 ust. 1 pkt. 1 ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu¹⁰, który stanowi, że instytucje obowiązane, a zatem również banki, zobowiązane są do przekazywania Generalnemu Inspektorowi Informacji Finansowej informacji o przyjętej wpłacie lub dokonanej wypłacie środków pieniężnych o równowartości przekraczającej 15 000 euro, należy domniemywać, że przestępcy wprowadzający brudne pieniądze do systemu bankowego, zazwyczaj robią to w kwotach nieprzekraczających wskazanej wyżej granicy 15 000 euro.

W zależności od wybranej metody prania pieniędzy za pośrednictwem gier komputerowych konieczne jest także stworzenie siatki kont e-mail, profili użytkownika na różnorodnych portalach aukcyjnych oraz profili użytkownika na platformach służących do dystrybucji gier (np. Steam, czy Epic Games Store), bazujących na fikcyjnych danych osobowych, gdyż w znacznej większości wskazane portale nie weryfikują prawdziwości podanych informacji o użytkowniku, zatem w przypadku wykrycia

¹⁰ Ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r., poz. 593 z późn. zm.).

przestępstwa nie dają one organom ścigania praktycznie żadnych istotnych informacji ułatwiających ujęcie sprawców.

5.2. Cechy gier wpływające na ich przydatność jako narzędzia do prania pieniędzy

Jako, że pierwszym zagadnieniem, z którym muszą zmierzyć się przestępcy piorący pieniądze za pośrednictwem gier komputerowych jest wybór odpowiedniej gry oraz metody, która będzie realizowała cele uznane przez osobę piorącą, lub jego mocodawcę, za priorytetowe, warto przedstawić kilka ogólnych cech gier komputerowych jako produktu, które to cechy istotnie wpływają na wybór konkretnej gry jako narzędzia wykorzystywanego do prania pieniędzy. Niektóre gry oraz metody lepiej będą sprawdzały się przy założeniu, że kluczowym jest jak największe zminimalizowanie ryzyka wykrycia przestępstwa przez organy ścigania oraz zablokowania przez nie uzyskanych środków, natomiast inne gry i metody znacznie będą zwiększały wydajność procesu prania pieniędzy, przy jednoczesnym zwiększeniu ryzyka ujawnienia procederu.

Wyróżnić można zatem następujące ogólne kryteria, które zwiększają przydatność konkretnej gry jako narzędzia służącego do prania pieniędzy:

- 1) Siedziba podmiotu obsługującego daną grę oraz miejsce położenia serwera. Niezależnie od tego jakie cele zostały uznane za priorytetowe przez przestępców piorących pieniądze, należy stwierdzić, że najkorzystniejsze z ich perspektywy jest wybieranie gier, które mają swoje serwery oraz siedzibę deweloperów poza granicami RP, a także poza granicami UE. Kryterium to ma na celu jak największe utrudnienie uzyskiwania przez organy ścigania informacji (np. takich jak ilość zakupionej przez danego użytkownika wirtualnej waluty) od przedsiębiorców zajmujących się dostarczaniem wirtualnej rozrywki, w przypadku nabrania podejrzeń co do legalności działań związanych z korzystaniem z gry. Ze względu na zminimalizowanie ryzyka podjęcia współpracy między organami ścigania a producentami gier, najczęstszym wyborem osób piorących pieniądze jest wybór państw, które nie mają rozwiniętej praktyki oraz reguł współpracy policyjnej z Polską oraz UE, przykładowo mogą być to państwa takie jak Rosja, Białoruś, lub Chiny oraz inne kraje azjatyckie. Należy jednak nadmienić, że gry pochodzące z tych regionów zazwyczaj nie są zbyt popularne w Polsce oraz na terenie UE, a co za tym idzie w niektórych przypadkach dużo trudniej znaleźć potencjalnego nabywcę wirtualnych dóbr, które stały się przedmiotem lokowania brudnych pieniędzy, czego skutkiem może być zmniejszenie wydajności całego procesu prania. Warto

również zauważyć, że ze względu na trwającą od 24 lutego 2022 r. agresję Federacji Rosyjskiej na Ukrainę, a co za tym idzie z uwagi na obowiązujące od tego czasu sankcje gospodarcze nałożone na Rosję i Białoruś przez UE oraz inne kraje partnerskie, dostęp do niektórych produkcji z państw objętych sankcjami może być znacznie utrudniony lub całkowicie wyłączony. Sytuacja taka, połączona ze znacznymi utrudnieniami w przepływie środków finansowych, może mieć istotny wpływ na zmianę kierunku obieranego przez przestępców przy doborze gier służących do prania pieniędzy.

- 2) Model biznesowy stosowany przez producentów gry. Niniejsze kryterium odwołuje się do opisanych wyżej systemów monetyzacji stosowanych przez twórców gier. Należy wskazać, że gry online bazujące na modelu *free to play* są najbardziej przydatnym narzędziem do prania pieniędzy. Dzieje się tak ze względu na bardzo rozbudowany system mikropłatności, który daje duże możliwości obrotu dobrami wirtualnymi stanowiącymi dodatkową płatną zawartość ułatwiającą, lub urozmaicającą rozrywkę graczom chcącym poświęcić swoje środki pieniężne na ten cel.
- 3) Rodzaj platformy udostępniającej grę. Obecnie gry komputerowe najczęściej udostępniane są graczom za pośrednictwem zbiorowych platform dystrybucyjnych takich jak Steam czy Epic Games Store. Aby kupić i grać w gry dystrybuowane w ten sposób gracz musi założyć indywidualne konto użytkownika na konkretnej platformie świadczącej taką usługę. Po zakupie określonej gry (dotyczy to również niektórych gier *free to play*, które często umożliwiają założenie konta użytkownika jedynie za pośrednictwem platformy dystrybucyjnej) lub innej płatnej zawartości (np. *skins*, lub waluta premium) zostaje ona przypisana do konkretnego konta użytkownika i nie ma możliwości jej zbycia na rzecz innego podmiotu poza ściśle określonymi w regulaminie warunkami. Sprzedaż dóbr wirtualnych innym graczom za prawdziwe pieniądze wiąże się zazwyczaj w takim przypadku ze sprzedażą całego konta użytkownika wraz z dostępem do konta e-mail, na którym zostało zarejestrowane (przykładowo sprzedaż wartościowej postaci w grze „Fortnite”). Dzieje się tak ze względu na brak możliwości wyodrębnienia poszczególnych dóbr wirtualnych będących przedmiotem obrotu, gdyż są one przypisane do konkretnego użytkownika. Działanie takie oczywiście jest niezgodne z regulaminem użytkownika, który zazwyczaj wyłącza możliwość zbywania praw do korzystania z programu komputerowego (a także jego elementów) na rzecz osób trzecich i w przypadku wykrycia wiąże się z blokadą konta użytkownika.

Należy wskazać, że duże przedsiębiorstwa prowadzące platformy dystrybucyjne przykładają większą wagę do kontroli przestrzegania regulaminu użytkownika oraz mają większe możliwości monitorowania obrotu dóbr wirtualnych i blokowania użytkowników działających niezgodnie z regulaminem. Często wdrażają również różnorodne polityki bezpieczeństwa, które mniej lub bardziej skutecznie mają zapobiegać wykorzystywaniu ich produktów do działań niezgodnych z prawem. Dla osób piorących pieniądze za pośrednictwem gier komputerowych najbardziej optymalne ze względu na minimalizację ryzyka wykrycia oraz wygodę przeprowadzania całego procesu prania, są gry dystrybuowane z pominięciem udziału dużych platform dystrybucyjnych. Największą grupę gier tego typu stanowią gry MMOG, które zazwyczaj obsługiwane są wyłącznie przez swoich producentów, którzy mają całkowitą kontrolę nad swoim produktem. Należy jednak wskazać, że coraz więcej producentów gier MMOG również decyduje się na korzystanie z platform dystrybucyjnych, ze względu na wygodę użytkowników, którzy chcą mieć dostęp do wszystkich swoich gier na jednej platformie. Istotny również jest fakt, że najbardziej popularne i dochodowe tytuły w Europie zazwyczaj trafiają na platformy dystrybucyjne, gdyż jest to korzystne dla samych twórców, a co za tym idzie przestępcy chcący mieć dostęp do największej grupy potencjalnych odbiorców wartości wirtualnych będących przedmiotem lokowania brudnych pieniędzy również są zmuszeni do korzystania z tych platform.

- 4) Popularność konkretnego tytułu oraz wielkość rynku wtórnego obrotu dobrami wirtualnymi. Kluczowym kryterium wyboru odpowiedniej gry służącej jako narzędzie do prania pieniędzy jest popularność konkretnego tytułu oraz poziom rozwinięcia rynku wtórnego obrotu wartościami wirtualnymi związanymi z daną grą. Im większa baza aktywnych graczy oraz bardziej rozbudowana praktyka obrotu wartościami wirtualnymi związanymi z daną grą, tym łatwiej znaleźć potencjalnego kupca chętnego na nabycie dóbr wirtualnych będących przedmiotem lokowania brudnych pieniędzy. Bardziej przydatne z perspektywy przestępców są gry, w których zaimplementowany jest także system tzw. *lootboxów*, czyli formy mikrotransakcji polegającej na kupowaniu skrzynek z losowo generowaną zawartością. W grach, w których system ten występuje, zazwyczaj powstaje bardziej rozbudowany rynek wtórny dóbr wirtualnych. Wynika to z faktu, iż przedmioty generowane losowo bardzo często się powtarzają, a sama mechanika gry napędza popyt na przedmioty, które bardzo trudno wylosować (najbardziej unikatowe przedmioty potrafią osiągać ceny nawet do kilku tysięcy zło-

tych), modelowym przykładem funkcjonowania takiego rynku jest gra „Counter Strike: Global Offensive”. W przypadku bardzo popularnych gier znacznie wzrasta również skala dokonywanych mikrotransakcji, co znacznie utrudnia producentom gry ich monitorowanie. W grze, która miesięcznie obsługuje steki tysięcy legalnych mikrotransakcji dużo łatwiej zamaskować kupowanie wirtualnych dóbr za środki pochodzące z działalności przestępczej. Przestępcy dla których priorytetem jest szybkie wypranie większej sumy brudnych pieniędzy wybierają zatem gry bardziej popularne, gdzie w środowisku graczy występuje duży popyt na dobra wirtualne, nabywane po okazjnych cenach z pominięciem udziału producenta gry.

- 5) Mechaniki handlu oraz reguły obrotu wirtualnymi dobrami. Bardzo istotnym czynnikiem wpływającym na przydatność konkretnej gry jako narzędzia do prania pieniędzy jest ukształtowanie mechaniki handlu oraz reguły obrotu dobrami wirtualnymi określone w regulaminach użytkownika poszczególnych platform dystrybucyjnych, a także w umowach licencyjnych stosowanych przez producentów poszczególnych gier. Mechanika handlu w konkretnych tytułach związana jest z technicznym ukształtowaniem programu komputerowego jakim jest gra, poprzez implementację funkcjonalności umożliwiających graczom wymianę między sobą wirtualnych dóbr wewnątrz gry (barterowo, lub w zamian za wirtualną walutę). W zależności od gatunku gry może ona mieć bardzo rozbudowany system handlu (najlepszym przykładem są gry typu MMORPG), lub nie posiadać go wcale. W przypadku niektórych gier stworzenie systemu handlowego może być niemożliwe, ze względu na brak występowania w nich wyodrębnionych dóbr wirtualnych mogących stanowić przedmiot obrotu (częsta sytuacja w grach typu FPS). Czasami natomiast występuje sytuacja, gdzie w grze istnieją przedmioty mogące potencjalnie stanowić wyodrębnione dobra wirtualne, natomiast twórcy nie decydują się na implementację funkcjonalności umożliwiających handel między graczami (przykładowo gra „World of Tanks”). Dzieje się tak ze względu na przyjęty model biznesowy oparty na mikrotransakcjach, który ma skłaniać graczy do nabywania wirtualnych dóbr bezpośrednio od producenta gry za prawdziwe pieniądze, jednocześnie wykluczając możliwość wymiany niepotrzebnych w danym momencie przedmiotów między graczami. W takiej sytuacji jedyną możliwością obrotu (zazwyczaj niezgodną z umową licencyjną), jest sprzedaż całego konta użytkownika za pośrednictwem portali aukcyjnych. Dla przestępców chcących pruć pieniądze przy użyciu gier komputerowych dużo wygodniejsze są gry, które posiadają bardzo liberalny

system handlu między graczami (bardzo dobrym przykładem jest gra „Tibia”). Dzieje się tak ze względu na łatwość obrotu oraz zmniejszone ryzyko blokady profilu użytkownika za działania niezgodne z regulaminem platformy dystrybucyjnej lub postanowieniami umowy licencyjnej. Drugim elementem opisywanego kryterium są ustalone przez twórców gry oraz właścicieli platform dystrybucyjnych reguły obrotu wirtualnymi dobrami w perspektywie zewnętrznej wobec świata gry. W skrócie można to określić jako umożliwienie graczom dokonywania ważnych i wiążących czynności cywilnoprawnych mających na celu samodzielne rozporządzanie dobrami wirtualnymi będącymi zazwyczaj uprawnieniem do korzystania z programu komputerowego (lub jego części) na warunkach określonych w umowie licencyjnej. Należy wskazać, że znaczna większość producentów gier w umowach licencyjnych całkowicie wyłącza możliwość czerpania zysków z obrotu dobrami wirtualnymi związanymi z grą (wirtualna waluta, wirtualne przedmioty, postacie, lub całe profile użytkownika), pod rygorem rozwiązania umowy licencyjnej, czego skutkiem jest blokada profilu użytkownika. Niektóre platformy dystrybucyjne zezwalają na kontrolowany obrót dobrami wirtualnymi zdobytymi w ramach gry pomiędzy użytkownikami danej platformy. Odbycha się to jednak wyłącznie w ramach ściśle określonych przez udostępnione do tego celu funkcjonalności oraz na zasadach i pod nadzorem właścicieli platformy dystrybucyjnej. Obrazowym przykładem może być usługa „Steam market” wprowadzona przez firmę Valve, która jest właścicielem platformy dystrybucyjnej Steam. Za pośrednictwem tej usługi gracze mogą wystawiać na sprzedaż niektóre wirtualne przedmioty zdobyte w ramach gry, które następnie mogą być kupowane przez innych graczy w zamian za środki (nominowane w zależności od regionu w USD, Euro, lub PLN) zasilające ich profil użytkownika. Wskazane środki pochodzą z wpłacanych przez graczy na rachunek Valve prawdziwych pieniędzy, które następnie są konwertowane na środki zasilające konto danego użytkownika. Środki te mogą służyć do kupowania nowych gier, lub innego wirtualnego mienia za pośrednictwem „Steam market”. Należy jednak wskazać, że pieniądze wpłacone celem zasilenia konta użytkownika, nie mogą być ponownie wypłacone przez użytkownika w formie rzeczywistych środków płatniczych. Warto również nadmienić, że w związku z wprowadzeniem usługi „Steam Market” powstał bardzo rozbudowany oddolny mechanizm giełdowy bazujący na zasadach wolnorynkowych, wskutek czego wprowadzone zostały nowe funkcjonalności umożliwiające śledzenie ruchów wartości poszczególnych wirtualnych dóbr oraz prowadzenie

swoistej gry giełdowej. Mechanizm ten powoli zaczyna przypominać reguły związane z funkcjonowaniem rynku papierów wartościowych. Dla osób piorących pieniądze za pośrednictwem gier komputerowych, najlepszym rozwiązaniem jest korzystanie z tytułów, które w umowach licencyjnych nie zabraniają czerpania zysków z obrotu dobrami wirtualnymi, a jednocześnie nie posiadają platformy umożliwiającej wymianę wirtualnych dóbr między graczami, jednakże tego typu gry w aktualnych realiach rynku *gamingowego* praktycznie nie występują. W związku z powyższym należy stwierdzić, że obecnie najkorzystniejszym rozwiązaniem stosowanym przez przestępców piorących pieniądze w ten sposób jest wybór gier, które całkowicie wyłączają możliwość obrotu dobrami wirtualnymi między graczami. Dzieje się tak ze względu na duży popyt na tego rodzaju dobra połączony ze stosunkowo małą grupą ludzi gotowych na podjęcie ryzyka blokady profilu użytkownika w wyniku sprzedaży tychże dóbr wbrew postanowieniom umowy licencyjnej. Lukę tę wypełnili przestępcy, dla których ewentualna utrata konta użytkownika jest wliczona w koszty prowadzenia procesu prania pieniędzy. Należy wskazać, że od niedawna na rynku związanym z obrotem dobrami wirtualnymi ukształtowała się nowa praktyka dająca przestępcom piorącym pieniądze przy użyciu gier komputerowych ułatwiony dostęp do gotówki w zamian za wirtualne przedmioty uzyskane z korzyści pochodzących z czynu zabronionego. Owa praktyka polega na tworzeniu stron internetowych oferujących usługę polegającą na skupie dóbr wirtualnych (zazwyczaj związanych z grą „Counter Strike: Global Offensive”), w zamian za prawdziwe pieniądze. Dzięki tego typu rozwiązaniom przestępcy mogą pominąć etap związany z organizacją rynku zbytu, gdyż dostali do tego gotowe narzędzie stworzone przez osoby zajmujące się zarabianiem na obrocie wirtualnymi dobrami.

- 6) Mechanika wirtualnej waluty. W przypadku gdy przestępcy decydują się na korzystanie z metody polegającej na praniu pieniędzy poprzez sprzedaż wirtualnej waluty, nabywanej za środki pochodzące z czynu zabronionego, koniecznym jest dobór gry, która posiada specyficznie ukształtowaną mechanikę wewnętrznej wirtualnej waluty. Najbardziej przydatne dla przestępców są gry, które nie posiadają dualistycznego systemu walutowego dzielącego się na walutę standardową zdobywaną w zamian za osiągnięcia w grze oraz walutę premium możliwą do uzyskania jedynie w systemie mikropłatności za realne pieniądze. W przypadku, gdy gra oferuje wyłącznie jeden rodzaj waluty, którą można zdobywać zarówno za osiągnięcia w grze, jak i w wyniku korzystania z mikropłatności, brak jest możliwości ustalenia rzeczywiste-

go źródła pochodzenia wirtualnych środków, a co za tym idzie osoby piorące pieniądze mogą twierdzić, że oferowana przez nich wirtualna waluta została zdobyta w związku z wysiłkiem włożonym w grę, gdy w rzeczywistości nabyły ją w zamian za mikrotransakcje opłacone ze środków pochodzących z przestępstwa, lub kupiły ją za te środki od innych graczy na rynku wtórnym. W przypadku gier z dualistycznym systemem walutowym przestępcy przeważnie lokują brudne pieniądze w walutę premium, gdyż zazwyczaj daje ona graczom możliwość dostępu do zawartości, która może być kupowana wyłącznie za walutę tego rodzaju, a co za tym idzie w środowisku graczy występuje dużo większy popyt na tego rodzaju dobro wirtualne kupowane po cenie niższej niż u producenta gry. Z oczywistych względów dużo bardziej atrakcyjne dla przestępców są gry, które umożliwiają wzajemną konwersję zwykłej waluty oraz waluty premium, a także pozwalają na swobodne przesyłanie waluty między graczami.

6. Przykładowe metody prania pieniędzy przy użyciu gier komputerowych

Ostatnim etapem przygotowań do przeprowadzenia procesu prania pieniędzy przy użyciu gier komputerowych jest wybór odpowiedniej metody, dostosowanej do priorytetów wyznaczonych przez osobę będącą beneficjentem całego procederu. Poszczególne metody różnią się od siebie wydajnością procesu prania, poziomem ryzyka wykrycia przestępstwa, złożonością czynności przygotowawczych oraz stopą zwrotu pieniędzy wypranych w stosunku do wkładu pieniędzy brudnych. W niniejszym podrozdziale opisano kilka przykładowych metod, wykorzystywanych przez przestępców. Jednocześnie należy wskazać, że metody te z pewnością nie stanowią katalogu zamkniętego i w praktyce występują inne, nieujawnione jeszcze sposoby prania pieniędzy przy użyciu gier komputerowych, z oczywistych względów brakuje jednak jednoznacznych i profesjonalnych danych o skali całego zjawiska, jak i o udziale w nim poszczególnych metod.

6.1. Sprzedaż profili użytkowników

Pierwsza z metod polega na lokowaniu brudnych pieniędzy w aktywne profile użytkowników konkretnej gry, do których przypisane są wartościowe wirtualne dobra w postaci rozwiniętych *avatarów*, drogiego ekwipunku, lub/ oraz dużej ilości waluty premium. Niniejsze profile kupowane są na rynku wtórnym (zazwyczaj na portalach aukcyjnych) od graczy chcących zakończyć grę w dany tytuł przy jednoczesnym zwrocie części

nakładów zainwestowanych w grę, lub od graczy zwyczajnie zarabiających na sprzedawaniu wirtualnych dóbr. Następnie w zależności od przyjętej strategii możliwe są dwa rozwiązania. Pierwsze opiera się na dokonywaniu wielu fikcyjnych transakcji z wykorzystaniem różnych rachunków bankowych oraz kont użytkownika na portalach aukcyjnych, które to transakcje mają na celu zamaskowanie źródła finansowania pierwszego zakupu wirtualnej własności (proces nawarstwiania). Ostatnia fikcyjna transakcja skierowana jest natomiast osobiście do osoby piorącej pieniądze, która za bardzo okazjną cenę kupuje dobro wirtualne będące przedmiotem lokowania brudnych pieniędzy. Następnie profil użytkownika jest sprzedawany zewnętrznemu odbiorcy (za pośrednictwem portali aukcyjnych), po cenie niższej lub równej cenie rynkowej, która to jednocześnie jest znacznie wyższa od ceny nabycia w wyniku ostatniej fikcyjnej transakcji. Ostatnia transakcja zawarta między piorącym pieniądze a zewnętrznym nabywcą legitymizuje środki uzyskane w wyniku jej zawarcia, a historia pieniądza budowana jest w oparciu o twierdzenie, że osoba piorąca pieniądze dokonała korzystnych transakcji, których przedmiotem był kupiony na początku profil użytkownika. To rozwiązanie wykorzystywane jest w przypadkach, gdy piorącemu pieniądze zależy na maksymalnym zniwelowaniu ryzyka wykrycia oraz w sytuacji, gdy utrudnione jest wykazanie, że gracz samodzielnie osiągnął postępy w grze, które umożliwiałyby uzyskanie zysków ze sprzedaży na oczekiwanym poziomie. Drugie rozwiązanie polega na zbyciu profilu użytkownika zewnętrznemu odbiorcy z pominięciem fazy nawarstwiania. W tej sytuacji środki legitymizowane są w ten sam sposób, lecz historia pieniądza opiera się na twierdzeniu, że osoba piorąca pieniądze, która nabyła wartościowy profil użytkownika za środki uzyskane w związku z popełnieniem przestępstwa, była pierwotnym właścicielem przedmiotowego profilu użytkownika i samodzielnie osiągnęła postępy w grze umożliwiające korzystną sprzedaż tegoż profilu. Opisana metoda niezależnie od wykorzystanego wariantu znajduje zastosowanie w przypadku gier, które nie zawierają funkcjonalności umożliwiających handel wyodrębnionymi dobrami wirtualnymi między graczami, a także w przypadku, gdy powodzenie w grze związane jest z odpowiednim rozwinięciem wirtualnej postaci, co wymaga czasu oraz pieniędzy zainwestowanych w mikrotransakcje. Ze względu na konieczność wystąpienia na rynku wtórnym odpowiedniej liczby wartościowych profili użytkownika, które będą mogły być przedmiotem lokowania brudnych pieniędzy, jest to metoda wykorzystywana do prania stosunkowo niewielkich kwot. Należy również wskazać, że

w przypadku chęci maksymalnego zniwelowania ryzyka wykrycia, wymaga ona dużego nakładu pracy osoby piorącej pieniądze.

6.2. Obrót dobrami wirtualnymi na rynku wtórnym

Druga metoda w swoich założeniach bardzo przypomina poprzednią, jednakże opiera się na obrocie wyodrębnionymi dobrami wirtualnymi z wykorzystaniem funkcjonalności umożliwiających handel między graczami wewnątrz gry. W tym przypadku osoba piorąca pieniądze poszukuje za pośrednictwem portali aukcyjnych, forów dla graczy, lub wewnętrznego komunikatora, osób chcących sprzedać wartościowe przedmioty wirtualne, lub wewnętrzną walutę. Następnie skupuje duże liczby wskazanych dóbr wirtualnych płacąc za nie środkami pochodzącymi z działalności przestępczej. W momencie ulokowania docelowej kwoty brudnych pieniędzy w dobra wirtualne, zaczyna się etap wyprzedawania (za prawdziwe pieniądze) wirtualnego mienia po okazyjnych cenach. Kupujący uiszcza cenę na rachunek bankowy osoby piorącej pieniądze, natomiast dobra wirtualne będące przedmiotem umowy są przenoszone za pośrednictwem systemu handlowego zaimplementowanego w grze. Niżej metoda jest dla osób piorących pieniądze rozwiązaniem bardzo bezpiecznym ze względu na brak możliwości ustalenia pierwotnego pochodzenia wirtualnych dóbr będących przedmiotem obrotu, oraz ze względu na to, że proces wymiany wirtualnej własności w większości odbywa się za pośrednictwem funkcjonalności gry, co znacznie utrudnia monitorowanie tychże transakcji. Wpłaty dokonane przez osoby nieświadome swojego uczestnictwa w procesie prania pieniędzy legitymizują zyski osiągnięte przez przestępców, którzy twierdzą, że oferowane przez nich dobra wirtualne pochodzą z osobistego wysiłku włożonego w grę. W sytuacji, gdy przestępcom zależy na szybkim wypraniu większej ilości pieniędzy, możliwy jest również zmodyfikowany wariant opisywanej metody polegający na skupywaniu nieistniejących dóbr wirtualnych, po zawyżonych cenach, od samego siebie, przy użyciu siatki stworzonej do tego celu rachunków bankowych. Takie rozwiązanie znacznie zwiększa wydajność procesu prania pieniędzy, jednakże ze względu na fakt, iż znaczna część dochodów uzyskanych ze sprzedaży wirtualnych dóbr będzie powiązana z rachunkami bankowymi zakładanymi na „słupy”, znacznie wzrośnie ryzyko wzbudzenia zainteresowania po stronie organów ścigania.

6.3. Fikcyjna sprzedaż spreparowanej gry oraz mikropłatności

Kolejna metoda znacząco różni się od poprzednich, gdyż w swoich założeniach nie opiera się na wtórnym obrocie dobrami wirtualnymi oraz wy-

korzystywaniu istniejącej już infrastruktury cyfrowej zawartej w grze, lecz polega na tworzeniu nowej gry, która z założenia ma służyć jako narzędzie do prania pieniędzy. Od kilku lat na rynku *gamingowym* można dostrzec trend polegający na znacznym wzroście popularności tzw. gier niezależnych (*indie games*¹¹), czyli takich, które tworzone są przez małe, kilkuosobowe studia deweloperskie, a niekiedy nawet przez pojedynczych twórców, niekorzystających z finansowego wsparcia dużych, wyspecjalizowanych wydawnictw. Trend ten wynika z coraz większej dostępności stosunkowo tanich (a niekiedy nawet bezpłatnych) programów, narzędzi oraz baz danych z gotowymi skryptami i teksturami tworzącymi zintegrowane środowiska do produkcji gier komputerowych (przykładowo silnik „Unity”¹²), a także ze względu na otwarcie się platform dystrybucyjnych takich jak Steam, które w zamian za niewielką prowizję udostępniają swoją infrastrukturę dystrybucyjną, umożliwiając niezależnym twórcom masowe sprzedawanie swoich gier. O ile należy uznać, że zmiany w tym kierunku są bardzo korzystne dla środowiska graczy oraz niezależnych twórców, trzeba niestety zaznaczyć, że okazję w takim stanie rzeczy dostrzegli również przestępcy chcący prać pieniądze przy użyciu gier komputerowych. Proces prania pieniędzy w opisywany sposób rozpoczyna się od stworzenia zazwyczaj bardzo prostej konstrukcyjnie gry, z dużą ilością wewnętrznych mikropłatności. Następnie osoba piorąca pieniądze zgłasza platformie dystrybucyjnej chęć sprzedaży swojego produktu za jej pośrednictwem. Po zawarciu umowy z dystrybutorem, gra jest udostępniana na platformie, zazwyczaj po znacznie zawyżonej cenie, nieodpowiadającej jakości oferowanego produktu. Dzieje się tak ze względu na brak jakiejkolwiek kontroli jakości produkcji udostępnianych przez platformy dystrybucyjne oraz pozostawienie kwestii związanych z prowadzeniem polityki cenowej po stronie twórcy gry. W momencie, gdy gra staje się dostępna na platformie dystrybucyjnej osoba piorąca pieniądze, zaczyna kupować ją od samego siebie, a także zaimplementowane w niej mikropłatności, wykorzystując stworzoną do tego celu siatkę fikcyjnych profili użytkownika platformy dystrybucyjnej oraz opłacając wszystkie transakcje za pośrednictwem rachunków bankowych założonych przez „słupy”. Pieniądze pochodzące z dochodu z gry są wyprane i przestępcy mogą nimi swobodnie rozporządzać. Opisana metoda wymaga od przestępców stosunkowo dużo wysiłku organizacyjnego włożonego w przygotowanie całego procesu, lecz jest również metodą najbezpieczniejszą. Aby maksymalnie zmniejsz-

¹¹ Zob. https://pl.wikipedia.org/wiki/Niezale%C5%BCna_gra_komputerowa, dostęp: 19 kwietnia 2020 r.

¹² Zob. [https://pl.wikipedia.org/wiki/Unity_\(silnik_gry\)](https://pl.wikipedia.org/wiki/Unity_(silnik_gry)), dostęp: 29 czerwca 2022 r.

szyć ryzyko wykrycia procederu przez organy ścigania lub pracowników platformy dystrybucyjnej, przestępcy mogą poświęcać więcej czasu i pieniędzy na stworzenie gry, która będzie na tyle dobra jakościowo, że od czasu do czasu ktoś niemający świadomości, w jakim celu została ona stworzona zdecyduje się ją kupić.

6.4. Sprzedaż wirtualnego mienia na platformach oferujących rzeczywiste środki płatnicze

Ostatnia z prezentowanych metod opiera się na możliwościach, jakie dały graczom powstające na przestrzeni ostatnich kilku lat (początki w połowie 2015 r.) strony oferujące usługę polegającą na masowym nabywaniu od graczy wirtualnych przedmiotów w zamian za prawdziwe pieniądze. Aby skorzystać z tego typu usługi należy podpiąć swój profil użytkownika platformy dystrybucyjnej, na którym zapisane są wartościowe dobra wirtualne pod konto użytkownika założone na stronie internetowej oferującej skup tychże dóbr. Następnie wystarczy za pośrednictwem funkcjonalności dostępnych na stronie internetowej złożyć zlecenie sprzedaży wirtualnego przedmiotu zapisanego w portfelu użytkownika. Po zrealizowaniu transakcji środki trafiają na wskazane konto za pośrednictwem platformy rozliczeniowej Pay Pal, skąd można je wypłacić na powiązany z nim rachunek bankowy. Należy wskazać, że znaczna większość platform oferujących tego typu usługę zajmuje się obrotem wyłącznie dobrami wirtualnymi związanymi z grą „Counter Strike: Global Offensive”, gdyż aktualnie to ta gra ma najbardziej rozbudowany rynek dóbr wirtualnych i to właśnie na te przedmioty jest największy popyt wśród graczy, a co za tym idzie rynek ten generuje największe dochody. Przedmioty skupowane przez opisywane portale internetowe podlegają ciągłej wycenie opartej na algorytmach analizujących dane pochodzące z usługi „Steam Market” dotyczące cen i popytu na konkretny wirtualny przedmiot oraz doliczające prowizję danego portalu handlowego. Proces prania pieniędzy z wykorzystaniem tej metody zaczyna się od nabycia wirtualnego mienia za środki pochodzące z przestępstwa. Mienie to może pochodzić zasadniczo z dwóch źródeł, po pierwsze może być nabyte za pośrednictwem usługi „Steam Market”, która pozwala na obrót wirtualnym mieniem między użytkownikami platformy dystrybucyjnej Steam w zamian za środki wpłacone na rachunek firmy Valve, która jest właścicielem platformy. Drugim źródłem mogą być te same firmy, które zajmują się skupowaniem wirtualnego mienia, gdyż jednocześnie zajmują się jego sprzedażą. Bezpieczniejszym z perspektywy przestępców zdaje się drugie rozwiązanie, gdyż większość podmiotów zajmujących się obrotem

własnością wirtualną będzie mniej zainteresowana współpracą z organami ścigania niż pierwotny i największy dostawca tego typu usługi, czyli Valve. Warto nadmienić, że obydwa rozwiązania mogą się opierać na wariancie, w którym za brudne pieniądze nabywa się duże ilości tzw. *lootboxów*, czyli skrzynek z losowo generowaną zawartością, które następnie dostarczają losowe wirtualne przedmioty. Tego typu rozwiązanie znacznie zmniejsza ryzyko wykrycia przestępstwa, gdyż wkład dokonany na zakup *lootboxów* jest znacznie mniejszy, a co za tym idzie tonie w skali dokonywanych codziennie legalnych mikrotransakcji, a przedmioty uzyskane w wyniku losowania nie wzbudzają tak dużych podejrzeń. Jednakże wariant ten wiąże się również z dużo mniejszą wydajnością procesu prania, gdyż opiera się na elemencie losowości i znaczna część środków może być ulokowana w wiele bezwartościowych przedmiotów, które są najczęściej losowane przez system. W momencie, gdy osoba piorąca pieniądze ulokuje już środki pochodzące z przestępstwa w wirtualne przedmioty, może przystąpić do ich sprzedaży za pośrednictwem opisanych wyżej portali handlowych. Dochód pochodzący ze sfinalizowanych transakcji jest czysty i można nim swobodnie rozporządzać. Historia pieniądza budowana jest w tym przypadku o twierdzenie, że sprzedane przedmioty uprzednio zostały uzyskane w związku z osiągnięciami w grze, w wyniku otworzenia *lootboxa*, lub kupione po okazyjnej cenie na platformach zajmujących się obrotem wirtualnym mieniem. Opisana metoda jest bardzo wydajna i pozwala na wypranie większej ilości pieniędzy w krótkim czasie, jest jednak również stosunkowo ryzykowna, gdyż w przypadku nawiązania kontaktu między platformami skupującymi wirtualne przedmioty a organami ścigania, bardzo łatwo ustalić, że wszystkie nabyte wcześniej przedmioty zostały opłacone z rachunków bankowych zarejestrowanych na „słupy”. Biorąc jednak pod uwagę, że wiele firm zajmujących się tego typu działalnością zarejestrowanych jest na Gibraltarze, można domniemywać, że nie są one zainteresowane ścisłą współpracą z organami ścigania, gdyż mogłoby się to wiązać ze zmniejszeniem zysków z prowadzonej działalności.

Bibliografia

1. Wąsowski K., Wąsowski W., Pranie brudnych pieniędzy. Poradnik dla bankowców, Warszawa 2001.
2. Buczkowski K., Wojtaszek M., Pranie pieniędzy, Warszawa 2001.
3. Wójcik J. W., Pranie pieniędzy, studium prawnokryminologiczne i kryminalistyczne, Toruń 1997.

4. Bieniek B., *Pranie pieniędzy w prawie międzynarodowym europejskim oraz polskim*, Warszawa 2010.
5. Stefański R. A. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2018.
6. Wróbel W. (red.), Zoll A., (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363 k.k.*, wyd. IV, Lex 2022.
7. Konarska-Wrzosek V. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. II, LEX 2022.

Money laundering by means of computer games

Abstract

This paper presents the issues of money laundering through on-line computer games. At the beginning of the article, general issues concerning the substantive aspects of the crime under Art. 299 § 1 of the Polish Criminal Code are described. The classic scheme of money laundering as well as its application and distinctiveness to crimes committed through computer games are also discussed. Various computer game monetization systems used by their creators were also presented. In the further part of the study, particular attention was paid to discussing the specific features of computer games that affect the level of their usefulness as a tool for money laundering. The publication also presents examples of methods used to launder money through computer games, along with a discussion of their weaknesses that may help in detecting and prosecuting this type of crime. This paper is a continuation of the earlier study entitled "Criminal liability for acts committed through computer games – an introduction to the issue" published in No. 2/2022 of Prokuratura i Prawo.

Key words

Computer games, game crimes, microtransactions, money laundering, dirty money, virtual crime, virtual currency.

GLOSY

Krystyna Patora¹

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2020 r., sygn. IV KK 333/19²

Streszczenie

Przedmiotem niniejszej glosy jest wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2020 r., sygn. IV KK 333/19, w którym Sąd stwierdził, że podmiotem czynu z art. 302 § 1 k.k. może być nie tylko ten dłużnik, któremu grozi niewypłacalność, ale i ten, który stał się już niewypłacalny. Orzeczenie to jest sprzeczne z wcześniejszą linią orzecniczą, a także literalną wykładnią przepisu art. 302 § 1 k.k. Ma ono zatem ważne znaczenie dla teorii, ale także dla praktyki, ponieważ wprowadzie odnosi się tylko do art. 302 § 1 k.k., ale w innych przepisach dotyczących karnej ochrony wierzycieli wskazane jest znamię zagrożenia niewypłacalnością. Omawiany wyrok rozszerza więc pole kryminalizacji zachowań dłużnika. Stąd wskazane jest dokonanie jego analizy.

Słowa kluczowe

Wierzyciel, dłużnik, zagrożenie niewypłacalnością, niewypłacalność, zagrożenie upadłością, upadłość, faworyzowanie wierzycieli, wnioski o upadłość, znamiona czynu zabronionego, ochrona wierzycieli.

¹ Dr Krystyna P a t o r a, prokurator Prokuratury Regionalnej w Łodzi, adiunkt w Katedrze Prawa Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego, ORCID: 0000-0003-2526-6801.

² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2020 r., sygn. IV KK 333/19, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/OrzeczeniaHTML/iv%20kk%20333-19.docx.html>, dostęp 28 lutego 2022 r.

1. Stan faktyczny

W dniu 19 listopada 2020 r. Sąd Najwyższy orzekł, że podmiotem czynu z art. 302 § 1 k.k. może być nie tylko ten dłużnik, któremu grozi niewypłacalność, ale i ten, który stał się już niewypłacalny. Powyższe orzeczenie zostało wydane w następstwie kasacji, która została wniesiona na niekorzyść oskarżonego Ma. D. o czyn z art. 302 § 1 kodeksu karnego oraz oskarżonego M. D. oskarżonego o czyn z art. 586 kodeksu spółek handlowych. Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok Sądu II instancji w odniesieniu do oskarżonego Ma. D. w punkcie 1b i w tym zakresie przekazał sprawę do ponownego rozpoznania.

Z treści uzasadnienia orzeczenia Sądu Najwyższego wynika, iż Sąd Rejonowy w J. wyrokiem z dnia 16 stycznia 2018 r. uznał oskarżonego Ma. D. za winnego popełnienia zarzucanego mu czynu, który został zakwalifikowany z art. 302 § 1 kodeksu karnego. Zachowanie oskarżonego M. D. polegało na tym, że w dniu 7 kwietnia 2008 r. w J. pełniąc funkcje prezesa Zarządu spółki z o.o. z siedzibą w J. wiedząc o grożącej jej niewypłacalności i nie mogąc zaspokoić wszystkich jej wierzycieli spłacił tylko jednego z nich, a mianowicie przedsiębiorstwo (...) spółka z o.o. z siedzibą w S. poprzez elektroniczne przekazanie pieniędzy w kwocie 35.000 zł., pochodzących z podwyższenia kapitału zakładowego, czym działał na szkodę pozostałych wierzycieli. Za czyn ten oskarżony Ma. D. został skazany na karę grzywny w wymiarze 300 stawek dziennych, przy czym wysokość jednej stawki wynosiła 20 zł.

Istotny z punktu czynionych rozważań jest także czyn zabroniony, zakwalifikowany z art. 586 k.s.h., zarzucany oskarżonemu Ma. D., a polegający na tym, że oskarżony w okresie od 19 czerwca 2008 r. do 30 czerwca 2008 r. w J. pełniąc funkcję prezesa Zarządu spółki z o.o. z siedzibą w J., mając wiedzę i świadomość, iż majątek spółki nie wystarcza na pokrycie zobowiązań wobec wierzycieli, nie złożył wniosku o upadłość, pomimo powstania warunków uzasadniających według przepisów upadłość spółki i za to na podstawie art. 586 k.sh. został skazany na karę grzywny w wymiarze 180 stawek dziennych, przy ustaleniu wysokości jednej stawki dziennej na kwotę 20 zł. W miejsce kar częściowych grzywny wymierzona została kara łączna grzywny w wymiarze 300 stawek po 20 zł.

Powyższy wyrok został zaskarżony na niekorzyść oskarżonego przez prokuratora, który w apelacji wskazał na rażącą niewspółmierność kary oraz oskarżyciela posiłkowego, który, poza tym zarzutem podniósł także zarzut niesłusznego niezastosowania obowiązku naprawienia szkody. Natomiast obrońca oskarżonego we wniesionym środku odwoławczym podniósł obra-

z art. 586 k.s.h. oraz art. 302 § 1 k.k., a także zarzuty obrazy przepisów postępowania i wniósł o uniewinnienie oskarżonego lub uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji.

Sąd Okręgowy w K. uniewinnił oskarżonego Ma. D. od popełnienia zarzucanego mu czynu zakwalifikowanego z art. 302 § 1 k.k., a w zakresie skazania za popełnienie czynu zabronionego z art. 586 k.s.h. utrzymał zaskarżony wyrok w mocy.

Kasację od powyższego orzeczenia wniósł prokurator, który w pierwszej kolejności zarzucił Sądowi Okręgowemu w K. obrazę przepisu prawa materialnego, tj. art. 302 § 1 k.k. poprzez przyjęcie, że zachowanie polegające na faworyzowaniu wierzycieli stanowi przestępstwo wyłącznie wtedy, gdy dłużnikowi grozi niewypłacalność lub upadłość, ale także wtedy, kiedy zaszyły już przesłanki do faktycznej niewypłacalności lub ogłoszenia upadłości. Zdaniem skarżącego Sąd w niedostatecznym stopniu wziął pod uwagę treść umowy pomiędzy spółkami, to że pomimo istniejącej niewypłacalności spółka nadal przyjmowała zwierzęta od rolników oraz to, że środki wniesione na podwyższenie kapitału zakładowego spółki tego samego dnia zostały zwrócone, co nie przyczyniło się do stabilizacji sytuacji finansowej podmiotu. Kasacja prokuratora okazała się zasadna.

2. Stan prawny

Sąd Najwyższy uznał, że kasacja prokuratora jest zasadna. Przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego stało się zagadnienie znamienia „zagrożenia upadłością”. Sąd Okręgowy w K. uniewinniając oskarżonego Ma. D. od popełnienia zarzucanego mu czynu z art. 302 § 1 k.k. doszedł do wniosku, że czyn ten można popełnić tylko w sytuacji zagrożenia upadłością, a skoro warunki do ogłoszenia upadłości zaistniały w dniu 6 kwietnia 2008 r., to czynność polegająca na spłaceniu jednego wierzyciela w dniu 7 kwietnia 2008 r. nie wypełnia znamion zarzucanego oskarżonemu czynu. Tutaj Sąd Okręgowy w K. powołał się na wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 7 lutego 2013 r., sygn. II AKa 291/12³ i wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 października 2016 r., sygn. II AKa 292/16⁴, z których wynika, że wypełnienie znamion czynu

³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 7 lutego 2013 r., sygn. II AKa 291/12, Lex nr 1307477, tak samo J. Majewski, Kodeks karny. Część szczególna, Tom III Komentarz do art. 278–363 k.k., Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2006, wydanie II, teza 86 do art. 300.

⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 października 2016 r., sygn. II AKa 292/16, Lex nr 2202534.

zabronionego występuje tylko wtedy, gdy dłużnikowi grozi niewypłacalność lub upadłość. W pierwszym z wymienionych orzeczeń Sąd Apelacyjny w Poznaniu zwrócił uwagę na wykluczanie się znamion czynu z art. 302 § 1 k.k. oraz art. 586 k.s.h. Z opisu dat czynów wskazanych w uzasadnieniu orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Poznaniu wynika, że czyn zakwalifikowany z art. 585 k.s.h. miał mieć miejsce 15 kwietnia 2006 r., a zakwalifikowany z art. 302 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w okresie od 5 marca 2004 r. do 18 czerwca 2004 r., przy czym po 15 kwietnia 2004 r. miały miejsce operacje z dnia 27 kwietnia 2004 r. oraz 18 czerwca 2004 r.⁵ Przy tak przyjętej kwalifikacji prawnej czynu datą czynu była data 18 czerwca 2004 r. Natomiast w drugim orzeczeniu Sąd Apelacyjny w Katowicach wskazał, że pomiędzy stanem zagrożenia niewypłacalnością, czy zagrożenia upadłością a złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości występuje jakościowa różnica. Stan zagrożenia niewypłacalnością poprzedza stan, w którym spółka winna złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości⁶. Z uzasadnienia orzeczenia wynika także, że „nie można popełnić przestępstwa z art. 300 § 1 k.k. oraz z art. 302 § 1 k.k. w momencie złożenia wniosku o upadłość i w terminie późniejszym, gdyż w tym momencie dany podmiot znajduje się w upadłości, a właśnie tak zostały określone ramy czasowe zarzucanego czynu. Zdaniem prokuratora przestępstwo popełnione przez R. M. miało mieć miejsce w okresie od 22 grudnia 2003 r. do 2 listopada 2004 r. Pierwsza z tych dat to data złożenia wniosku o upadłość, a druga to data wysłania przez (...) sp. z o.o. z informacją o wykonaniu układu z wierzycielami, które doprowadziło do wydania tydzień później przez Sąd Rejonowy w Katowicach postanowienia o zatwierdzeniu wykonania układu”⁷. Tak więc w obu orzeczeniach przyjęta została odmienna wykładnia niż w głosowanym orzeczeniu.

3. Własna argumentacja

Odnosząc się do tezy zaprezentowanej przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 19 listopada 2020 r. w sprawie o sygn. IV KK 333/19, iż podmiotem czynu z art. 302 § 1 k.k. może być nie tylko dłużnik, któremu grozi niewypłacalność, ale także ten dłużnik, który stał się już niewypłacalny, należy

⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 7 lutego 2013 r., sygn. II AKa 291/12, Lex nr 1307477.

⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 października 2016 r., sygn. II AKa 292/16, Lex nr 2202534.

⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 października 2016 r., sygn. II AKa 292/16, Lex nr 2202534.

podzielić argumenty dotyczące wykładni znamienia zagrożenia niewypłacalnością lub zagrożenia upadłością w tym sensie, że karalność obejmuje także takie zachowania dłużnika, gdy niewypłacalność faktycznie zaistniała, a także wtedy gdy podstawy do ogłoszenia upadłości zaistniały.

Na wstępie należy wskazać, że powyższe orzeczenie stoi w opozycji do wcześniejszego orzecznictwa, w tym wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach w sprawie o sygn. II AKa 292/16, z którego wynika, że za popełnienie czynu zabronionego z art. 302 § 1 k.k. nie odpowiada dłużnik, który był niewypłacalny lub upadły⁸. Z treści tego orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Katowicach wynika, że Sąd powołał się na wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 5 listopada 2008 r., sygn. II AKa 203/03⁹, gdzie Sąd również stwierdził, że stanu zagrożenia niewypłacalnością nie można mylić ze stanem uzasadniającym złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości. Posługując się tą argumentacją Sąd Apelacyjny w Katowicach wskazał, że nie można popełnić tego przestępstwa w momencie złożenia wniosku o upadłość i w terminie późniejszym, gdyż w tym czasie podmiot znajduje się w upadłości i zostały przekroczone ramy czasowe zarzucanego czynu.

Nie powtarzając argumentacji, która została przedstawiona przez Sąd Najwyższy, a wskazując tylko, że znajduje ona poparcie u Autorki niniejszej glosy, należy przywołać jeszcze dodatkowe argumenty na poparcie tezy głosowanego orzeczenia.

Pojęcie zagrożenia niewypłacalnością oraz upadłością pojawiło się po raz pierwszy w ustawie z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego w art. 6 § 1 ustawy¹⁰ i oznaczało wszelkie sytuacje, w których istnieje obiektywnie konkretne, realne niebezpieczeństwo nadejścia niewypłacalności lub upadłości dłużnika; niebezpieczeństwo, z którym należy się liczyć, przy czym realizacja owego znamienia nie musi się łączyć z nieuchronnością któregoś ze zdarzeń, ani ich wysokim prawdopodobieństwem¹¹. O. Górniok wskazywała, że nie chodzi tutaj o bezpośrednie niebezpieczeństwo, tak jak w treści np. art. 160 k.k.¹² Autorka zdawała się dopuszczać na-

⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 października 2016 r., sygn. II AKa 292/16, Lex nr 2202534.

⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 5 listopada 2008 r., sygn. II AKa 203/03, Prok. i Pr. 2009, dodatek „Orzecznictwo”, nr 11–12, poz. 39.

¹⁰ Ustawa z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego – Dz. U. z dnia 30 listopada 1994 r., Nr 126, poz. 615.

¹¹ K. Buchała, P. Kardas, J. Majewski, W. Wróbel, Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1995, s. 127–128.

¹² O. Górniok, Przestępstwa gospodarcze Rozdział XXXVI i XXXVII Kodeksu karnego, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2000, s. 66.

stąpienie tych stanów, podkreślając jednak, że wystarczy samo zagrożenie, bowiem pisała, że „stany odpowiadające niewypłacalności i upadłości, jako znamion okoliczności czynu nie muszą nastąpić. Dla bytu zawierających je przestępstw wystarczy, ażeby ich nastąpienie groziło”¹³.

W kodeksie karnym z 1932 roku¹⁴ pojęcie „zagrożenia” odnoszone do niewypłacalności lub upadłości nie występowało. Ustawodawca w art. 273, 274 k.k. posługiwał się określeniem „nastąpiła jego niewypłacalność lub ogłoszono jego upadłość”. Natomiast tam, gdzie chodziło o stan wcześniejszy, kiedy nie nastąpiła niewypłacalność oraz upadłość ustawodawca posługiwał się określeniem „w celu pokrzywdzenia wierzycieli”, tak jak w art. 275 k.k. Analizując ewolucję przepisów zasadna wydaje się teza, że rozszerzenie pola kryminalizacji na stany poprzedzające niewypłacalność lub upadłość ustawodawca nie wykluczył karalności czynności sprawczych, które mają miejsce, gdy niewypłacalność lub upadłość już nastąpiły. Jako uzasadnienie pola kryminalizacji należy wskazać konieczność szerszej ochrony wierzycieli, co wynika także z istoty przestępstw na ich szkodę.

Powracając jednak do obecnej regulacji nie sposób nie zauważyć, że ustawodawca wskazuje na zagrożenie niewypłacalnością lub upadłością, przy czym istotne znaczenie ma spójnik „lub”, który wskazuje, że chodzi o dwa różne stany. Ustawodawca, w ramach wykładni językowej normy, nie ustala takiego znaczenia normy, aby pewne zwroty stały się zbędne, a każdy zwrot ma swoje znaczenie¹⁵. Jak pisze P. Wiatrowski „nie ulega wątpliwości, że objawem niewypłacalności jest faktyczne zaprzestanie płacenia długów, a to stanowi podstawę ogłoszenia postanowienia o upadłości”¹⁶. Powyższe nie przeczy połączeniu zagrożenia niewypłacalnością spójnikiem rozłącznym „lub” z zagrożeniem upadłością¹⁷.

Nie można także nie doceniać zasady wnioskowania argumentum *a minori ad maius*, która oznacza, że jeśli ustawodawca zabronił mniej, to

¹³ O. Górniok, *Przestępstwa gospodarcze Rozdział XXXVI i XXXVII Kodeksu karnego*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2000, s. 66.

¹⁴ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. Kodeks karny Dz. U. U. R. P. Nr 60, poz. 571.

¹⁵ T. Bojarski (red.), *Źródła prawa karnego*, Wydawnictwo C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych, Warszawa 2011, s. 500.

¹⁶ P. Wiatrowski, *Dyrektywy wykładni prawa karnego materialnego w judykaturze Sądu Najwyższego*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2013, s. 78.

¹⁷ A. Malinowski, *Redagowanie tekstu prawnego. Wybrane wskazania logiczno-językowe*, wydanie 2, LexisNexis, Warszawa 2008, s. 63, tak samo A. Malinowski, *Polski tekst prawny Opracowanie treściowe i redakcyjne. Wybrane wskazania logiczno-językowe*, wydanie 3, LexisNexis, Warszawa 2012, s. 79–80.

tym bardziej zabronił więcej¹⁸. Autor wskazuje, że tego typu wnioskowanie jest dopuszczalne we wszystkich działach prawa¹⁹. W wyroku z dnia 24 lipca 2001 r., sygn. I KZP 10/01²⁰, Sąd Najwyższy zastrzegł, że reguła *a minori ad maius* jest prawidłowo użyta, kiedy relacje „mniej” i „więcej” są użyte w odniesieniu do tego samego rodzaju, co też ma miejsce w omawianym wyroku, ponieważ jeśli ustawodawca zakazał mniej w odniesieniu do stanu niewypłacalności, to zakazał także więcej do stanu niewypłacalności. Tak samo należy założyć odnośnie zagrożenia upadłością a jej nastąpieniem, ponieważ tutaj zagrożenie jak i nastąpienie upadłości będzie odnoszone do stanu faktycznego, ponieważ nie ma tutaj mowy o ogłoszeniu upadłości, co jest stanem prawnym związanym z wydaniem odpowiedniej decyzji przez właściwy sąd, a o stanie faktycznym upadłości. Argumentacja ta wspiera tezę o możliwości takiej wykładni wszystkich przepisów karnych dotyczących ochrony wierzycieli, gdzie występuje znamię „zagrożenia niewypłacalnością lub upadłością”, aby objąć ochroną także zachowania dłużnika, które mają miejsce, gdy te stany się ziściły.

Należy się także zgodzić z wywodami Sądu Najwyższego, że zagrożenie niewypłacalnością, niewypłacalność, zagrożenie upadłością oraz upadłość następują sekwencyjnie po sobie. Wskazuje na to kolejność przepisów prawa upadłościowego, odnoszących się do niewypłacalności oraz upadłości. Zgodnie z art. 11 ust. 1 prawa upadłościowego²¹ niewypłacalnym jest bowiem ten, kto utracił zdolność do regulacji swoich wymagalnych zobowiązań wobec wierzycieli i stan ten utrzymuje się przez wskazany w art. 11 ust. 1a powołanej wyżej ustawy czas przekraczający 3 miesiące. W odniesieniu do dłużników będących osobą prawną albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej stan przewagi zobowiązań pieniężnych nad wartością majątku dłużnika musi utrzymywać się przez okres przekraczający dwadzieścia cztery miesiące (art. 11 ustęp 2 prawa upadłościowego). Na sekwencyjność poszczególnych stanów wskazuje także art. 11 ustęp 6 prawa upadłościowego, z którego wynika, że sąd może oddalić wniosek o ogłoszenie upadłości, jeżeli nie ma zagrożenia utraty przez dłużnika zdolności do wykonywania jego wymagalnych zobowiązań pieniężnych w niedługim czasie. Upa-

¹⁸ L. Morawski, Zasady wykładni prawa, Wydawnictwo Dom Organizatora, Toruń 2010, s. 251–252.

¹⁹ L. Morawski, Zasady wykładni prawa, Wydawnictwo Dom Organizatora, Toruń 2010, s. 251.

²⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2001 r., sygn. I KZP 10/01, OSNKW 2001, nr 9–10, poz. 76, powołany w: L. Morawski, Wykładnia w orzecznictwie sądów, Wydawnictwo Dom Organizatora, Toruń 2002, s. 342–343.

²¹ Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe – Dz. U. z 2020 r., poz. 1228.

dłość ogłasza się – zgodnie z art. 10 prawa upadłościowego – do dłużnika, który stał się niewypłacalny. Określenie „stał się niewypłacalny” oznacza nastąpienie wskazanego stanu. Skoro jest to przesłanka faktyczna ogłoszenia upadłości – przesłanki formalnej i o prawnej naturze, to przed ziszczeniem się przesłanki formalnej ma miejsce przesłanka faktyczna w postaci niewypłacalności. Bez tych etapów nie byłoby możliwe ogłoszenie upadłości. Tak samo jest w przypadku sekwencyjności stanu faktycznego zagrożenia upadłością oraz upadłości.

Podsumowując, trzeba wskazać, że orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2020 r. zasługuje na pełną aprobatę.

Na marginesie należy tylko podnieść, iż tożsama teza została zaprezentowana w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2021 r., sygn. IV Ks 37/20²².

4. Konkluzja

W orzeczeniu z dnia 19 listopada 2020 r. Sąd Najwyższy wskazał, że karalne jest nie tylko zachowanie dłużnika w czasie zagrożenia niewypłacalnością lub upadłością, ale także w czasie, kiedy te stany już nastąpiły. Sąd nie oparł się tutaj na argumentacji *a minori ad maius*, jako prowadzącej do niedopuszczalnego rozszerzenia znamion przestępstwa, z czym nie można się zgodzić. Dla uzasadnienia swojego stanowiska Sąd Najwyższy przyjął słuszne założenie, że niewypłacalność oraz upadłość są różnymi stanami faktycznymi, które następują po sobie. Stanem prawnym jest jednak ogłoszenie upadłości, które ma charakter konstytutywny i definitywnie stwierdza zagrożenie stanu niewypłacalności. Zatem dopiero ogłoszenie upadłości określa horyzont czasowy odpowiedzialności karnej. Z taką argumentacją należy się zgodzić, ale możliwe jest jej wsparcie wyżej przedstawionymi poglądami.

Bibliografia

Literatura

1. Bojarski T. (red.), Źródła prawa karnego, Wydawnictwo C. H. Beck, Instytut Nauk Prawnych, Warszawa 2011.

²² Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2021 r., sygn. IV KS 37/20, Legalis nr 2587296.

2. Buchała K., Kardas P., Majewski J., Wróbel W., Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1995.
3. Górniok O., Przestępstwa gospodarcze Rozdział XXXVI i XXXVII Kodeksu karnego, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2000 r.
4. Majewski J., Kodeks karny. Część szczególna, Tom III Komentarz do art. 278–363 k.k., Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2006, wydanie II.
5. Malinowski A., Polski tekst prawny Opracowanie treściowe i redakcyjne. Wybrane wskazania logiczno-językowe, wydanie 3, LexisNexis, Warszawa 2012.
6. Malinowski A., Redagowanie tekstu prawnego. Wybrane wskazania logiczno-językowe, wydanie 2, LexisNexis, Warszawa 2008.
7. Morawski L., Wykładnia w orzecznictwie sądów, Wydawnictwo Dom Organizatora, Toruń 2002.
8. Morawski L., Zasady wykładni prawa, Wydawnictwo Dom Organizatora, Toruń 2010.
9. Wiatrowski P., Dyrektywy wykładni prawa karnego materialnego w judykaturze Sądu Najwyższego, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2013.

Wyroki

1. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2001 r., sygn. I KZP 10/01, OSNKW 2001, nr 9–10, poz. 76, powołany w: L. Morawski, Wykładnia w orzecznictwie sądów, Wydawnictwo Dom Organizatora, Toruń 2002, s. 342–343.
2. Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 5 listopada 2008 r., sygn. II AKa 203/03, Prok. i Pr. 2009, dodatek „Orzecznictwo”, nr 11–12, poz. 39.
3. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 7 lutego 2013 r., sygn. II AKa 291/12, Lex nr 1307477.
4. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 października 2016 r., sygn. II AKa 292/16, Lex nr 2202534.
5. Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2021 r., sygn. IV KS 37/20, Legalis nr 2587296.

Akty prawne

1. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. Kodeks karny Dz. U. U. R. P. Nr 60, poz. 571.

2. Ustawa z 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego – Dz. U. z dnia 30 listopada 1994 r., Nr 126, poz. 615.
3. Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe – Dz. U. z 2020 r., poz. 1228.

Commentary to the Supreme Court Judgment of 19 November 2020, ref. no. IV KK 333/19

Abstract

This commentary is on the of Supreme Court judgment of 19 November 2020, ref. no. IV KK 333/19, in which the Court found out that not only a debtor at risk of insolvency but also a debtor that has already become insolvent can be a party to the offence under Article 302(1) of the Penal Code. The Court's judgment is thus inconsistent with the earlier line of jurisprudence as well as with literal interpretation of the provision of Article 302 (1) of Penal Code. Although referring solely to Article 302(1) of the Penal Code, the judgement is, therefore, essential for theory and practice because the prerequisite of insolvency risk is indicated in other provisions concerning criminal-law protection of creditors. The judgment thus broadens the scope of criminalisation of debtors and, as such, should be analysed.

Key words

Creditor, debtor, risk of insolvency, insolvency, risk of bankruptcy, bankruptcy, favouring creditors, petition for bankruptcy, features of a prohibited act, protection of creditors.

Z HISTORII PROKURATURY

Leon Władysław Supiński **Minister Sprawiedliwości i Prokurator Naczelny** **w okresie 18 listopada 1918 r. – 2 września 1919 r.**



Leon Supiński. Fotografia sytuacyjna (w gabinecie pracy).

Źródło: Narodowe Archiwum Cyfrowe.

Leon Władysław Supiński urodził się 18 lutego 1874 r. w Gołębiówce, w powiecie węgrowskim, w rodzinie Ludwika i Marii z Zaleskich. Zmarł 2 marca 1950 r. w Warszawie. Ukończył III Gimnazjum Państwowe w Warszawie i zaczął studia prawnicze na rosyjskim Uniwersytecie Warszawskim.

Był żonaty z Marią z d. Ziembicką, z którą miał syna Stefana (1898–1947), adwokata, i córkę Jadwigę (1905–2001), zamężną Jakubowską, inżyniera chemika, profesora Politechniki Łódzkiej.

17 kwietnia 1894 r. uczestniczył w pierwszej, po stłumieniu powstania styczniowego, demonstracji patriotycznej tzw. Kilińszczyźnie. Była to

demonstracja zorganizowana w stulecie wybuchu insurekcji w Warszawie, na której czele stał Jan Kiliński.

Aresztowany przez władze rosyjskie i zesłany na dwa lata do guberni penzeńskiej. Po zwolnieniu ukończył studia na uniwersytecie w Dorpacie w 1897 r.

W końcu XIX w. wrócił do rodzinnej Warszawy, gdzie pracował jako adwokat, specjalizując się w prawie hipotecznym. W 1900 r. był współzałożycielem tajnego Koła Młodych Prawników, a w 1906 r. – Koła Prawników Polskich, w którym przez wiele lat pełnił funkcję jego prezesa (do 1931 r.). Wybitny polski prawnik Emil Stanisław Rappaport pisał o Leonie Supińskim: „Na czele organizacji od początku stanął cieszący się dużą popularnością młody działacz, zawodowo specjalizujący się w pracy hipotecznej, Leon Supiński (...). Wokół niego skupiło się grono wyróżniających się ówczesnych młodych prawników (...) i nadało od razu, w okresie tajności (1900–1905), całej organizacji charakter wysokiego cenzusu moralnego, jakiemu powinien był odpowiadać kandydat na członka Koła (młodych) prawników polskich. (...) »Koło Prawników Polskich« (...) To było *sacro sanctum* wyrobienia etycznego i patriotycznego młodych polskich działaczy prawniczych, zwłaszcza tych, którym obdarzono zaufaniem piastowania mandatu reprezentacyjnego w Zarządzie. Tu zawierały się i krzepły przyjaźnie (tak później rzadkie w walce życiowej) i stosunki koleżeńskie, które później trwały przez długie lata, mocno oparte na tych »młodych« fundamentach”.

W 1906 r. Leon Supiński współtworzył Towarzystwo Kooperatystów. Towarzystwo powstało jako organizacja tajna na bazie Sekcji Kooperatywnej Związku Stowarzyszeń Samopomocy Społecznej. Formalnie organizacja została zarejestrowana w listopadzie 1906 r. Leon Supiński był członkiem Rady Towarzystwa. W tym czasie Towarzystwo zrzeszało czterdzieścioro członków. Od jesieni 1906 r. Towarzystwo wydawało tygodnik „Społem”. Nazwę pisma zaproponował Stefan Żeromski, blisko współpracujący z Towarzystwem. W pierwszych latach działalności Towarzystwo Kooperatystów spełniało funkcję ośrodka inspirującego i kierującego ruchem założycielskim stowarzyszeń spożywczych.

Leon Supiński tworzył również w tym czasie Towarzystwo Opieki nad Więźniami „Patronat”, w którym od 1911 r. do 1939 r. pełnił funkcję prezesa. „Patronat” jako towarzystwo opieki nad zwolnionymi z więzień powstał w 1909 r. Twórcy Towarzystwa byli wcześniej działaczami Koła Obrońców Politycznych, na którego czele stał adwokat Stanisław Patek. Koło broniło działaczy rewolucji 1905 r. Obok działalności ściśle adwokackiej Koła Obrońców Politycznych prowadzona była równolegle druga jego działalność. Udzielano mianowicie pomocy materialnej, moralnej, żywnościowej

i sanitarnej więźniom oraz osobom zwolnionym z więzień, a także rodzinom uwięzionych. Potem z tej formy działalności wyrosło Towarzystwo „Patronat” jako organizacja pomagająca wypuszczonym z więzień.

Helena Wiewiórska, pierwsza w Polsce adwokat-kobieta i jedna z działaczek „Patronatu” pisała w „Encyklopedii Prawa Karnego”, że w tym czasie „Patronat” wprowadził do więzień pracę warsztatową: zorganizował warsztaty introligatorskie i kilimkarskie oraz warsztaty pomocnicze w montowaniu maszyn i narzędzi. Zakładał też i uzupełniał biblioteki więzienne, organizował naukę systematyczną, dostarczał lekarstw, a dla zwolnionych z więzień urządzono schronisko, które częściowo zaspokajało potrzeby więźniów. Specjalną kategorią zwolnionych byli zesłańcy polityczni, którym wysyłano odzież, narzędzia pracy, pisma i książki.

Po 1910 r. Leon Supiński został członkiem loży „Wyzwolenie” (Wielki Wschód Francji) w Warszawie, a następnie, co najmniej do 1919 r., należał do loży Zmartwychwstanie, związanej z tym samym obrzędkiem masońskim.

Leon Supiński w czasie I wojny światowej stojąc na czele Koła Prawników Polskich prowadził ożywioną działalność społeczno-niepodległościowo-prawniczą. W 1915 roku razem z Towarzystwem Gimnastycznym „Sokół” powołano do życia Straż Obywatelską. Komendantem Głównym został Stanisław Popowski, a Leon Supiński był Zastępcą Komendanta. Naczelnik kursów prawnych Straży Obywatelskiej adwokat Aleksander Kroński pisał, że Straż Obywatelska została stworzona jako namiastka władzy wykonawczej w Warszawie. Miała zapewnić spokój i bezpieczeństwo stolicy w momencie opuszczenia miasta przez Rosjan.

Aleksander Kroński bardzo pozytywnie wypowiadał się na temat działalności Leona Supińskiego w Straży Obywatelskiej. Pisał, że Leon Supiński tworząc Straż narażał się na represje ze strony Rosjan, a po wkroczeniu Niemców do stolicy zrobił wszystko, żeby jak najdłużej nie dopuścić do kontroli niemieckiej nad Strażą.

Supiński oprócz funkcji zastępcy komendanta był również naczelnikiem wydziału prawnego Straży. Wydział ten pełnił funkcję sądów karnych. Skazywał za drobne wykroczenia do trzech miesięcy więzienia. Mandaty karne, od których nie było odwołania, były przesyłane do Straży. Współpracownikami Leona Supińskiego w Wydziale prawnym byli najwybitniejsi ówcześni prawnicy.

Leon Supiński wraz z Kołem Prawników Polskich, Towarzystwem Prawniczym i delegacją adwokatury warszawskiej w 1915 r. organizował również sądy obywatelskie w Warszawie.

Projekt sądownictwa obywatelskiego w Warszawie zaopiniowała Komisja Prawna Komitetu Obywatelskiego, której członkiem również był Leon

Supiński. Komitet Obywatelski zatwierdził nie tylko projekt struktury złożonej z Sądów Pokoju, Trybunału, Sądu Głównego i Prokuratury, ale także ich składy. Wszystkie instancje miały być zorganizowane według wytycznych zgodnych z przepisami konferencji haskiej oraz z niewielkimi zmianami wymaganymi przez Regulamin z dnia 27 lipca 1915 r. Sądy obywatelskie w Warszawie pracowały do 9 września 1915 r., kiedy to niemieckie władze okupacyjne uznały je za nielegalne, zdecydowały o ich zamknięciu i powołaniu nowych struktur działających na terenie całej okupacji.

Leon Supiński i inni członkowie Koła Prawników nie brali udziału w pracy struktur prawnych utworzonych przez niemieckie władze okupacyjne.

Sygnował tzw. Deklarację Stu o charakterze niepodległościowym z lutego 1916 r. Deklarację podpisali w Warszawie przedstawiciele Grupy Pracy Narodowej, Konfederacji Polskiej, Ligi Państwowości Polskiej, Polskiej Partii Socjalistycznej, Polskiego Stronnictwa Ludowego, Polskiego Zjednoczenia Postępowego, Związku Patriotów oraz Bezpartyjnych. Czytamy w niej: „Wiekowy ucisk nie zdołał zmniejszyć naszej siły życia, a w twardych warunkach dokonywana praca dała nam szereg nowych czynników, niezbędnych dla pełni narodowego rozwoju (...). Odbudowane państwo polskie, powołując do życia politycznego szerokie warstwy polskiego ludu, będzie przedmurzem cywilizacji zachodniej i gwarancją jej wzrostu”.

W 1916 r. Leon Supiński wstąpił do Polskiej Organizacji Wojskowej, w której działał w Pomocniczym Komitecie Wojskowym. Komitet ten, współpracował ze społeczeństwem w ramach działalności POW. Jak pisał sam Leon Supiński: „Tworzenie armii narodowej wymaga zawsze ściślej współpracy społeczeństwa, współpracy świadomej i celowo zorganizowanej. W poczuciu tej konieczności zorganizowały się Pomocnicze Komitety Wojskowe, które podjęły zadanie organizowania pomocniczych prac wojskowych i przygotowania przyszłych pracowników na tym polu, tak jak Polska Organizacja Wojskowa przygotowywała kadry armii czynnej. W chwili obecnej, gdy lada dzień może paść rozkaz Rady Stanu, powołujący pod broń, koniecznym jest scentralizowanie prac dotychczas wykonywanych i ściśle zespolenie poszczególnych komórek organizacyjnych”.

Leon Supiński w ramach działalności PKW organizował Ogólnopolski Zjazd Pomocniczych Komitetów Wojskowych, który odbył się 19 lutego 1917 r. w Warszawie. Leon Supiński został wybrany w skład Centralnego Wydziału Wykonawczego PKW.

Leon Supiński współtworzył również sądy państwowe królewsko-polskie. Od 1917 r. był członkiem Rady Departamentu Sprawiedliwości Tymczasowej Rady Stanu. 28 sierpnia 1917 r. na zjeździe delegatów organizacji polskiego sądownictwa państwowego został powołany na sta-

nowisko zastępcy prezesa Sądu Apelacyjnego w Warszawie, a 1 września rozpoczął pracę na tym stanowisku.



Widoczni od lewej: wiceminister sprawiedliwości Stefan Sieczkowski, prezes Sądu Najwyższego Leon Supiński, minister sprawiedliwości Włodzisław Grabowski i wicemarszałek senatu Wacław Makowski.

Źródło: Narodowe Archiwum Cyfrowe.

W utworzonym 7 listopada 1918 r. w Lublinie Tymczasowym Rządzie Ludowym Republiki Polskiej Ignacego Daszyńskiego powierzono mu, z rekomendacji Zjednoczenia Stronnictw Demokratycznych, tekę ministra sprawiedliwości, nie objął jednak tego stanowiska, ponieważ przebywał w tym czasie w Warszawie.

18 listopada 1918 r. został ministrem sprawiedliwości w rządzie Jędrzeja Moraczewskiego, a następnie Ignacego Paderewskiego (do 2 września 1919 r.). Na tym stanowisku zalecił sądom przyspieszone orzecznictwo wobec przestępstw przeciw państwu, współorganizował więziennictwo (m.in. zakazał stosowania przeciw więźniom kary karceru bez opinii lekarza), dążył do rozbudowy sądownictwa (m.in. uczestniczył w powołaniu Sądu Najwyższego), przyczynił się też do powołania w dniu 3 czerwca 1919 r. Komisji Kodyfikacyjnej RP, mającej ujednolicić ustawodawstwo wszystkich dzielnic państwa.

W tym czasie minister sprawiedliwości pełnił także obowiązki Prokuratora naczelnego. Art. 4 Dekretu w przedmiocie ustroju Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 1919 r. (Dz. Pr. P. P. 1919 nr 15 poz. 199) wydanego przez Naczelnika Państwa mówi, że Obowiązki Prokuratora naczelnego pełni Minister Sprawiedliwości.

DEKRET

w przedmiocie ustroju Sądu Najwyższego.

Na zasadzie uchwały Rady Ministrów stanowią:

Art. 1. Sąd Najwyższy stanowią prezesi i sędziowie w odpowiedniej liczbie. Jeden z prezesów będzie mianowany na stanowisko pierwszego prezesa Sądu Najwyższego.

Sąd Najwyższy dzieli się na Izby. Na czele każdej Izby stoi prezes Ogólne Zgromadzenie prezesów i sędziów Sądu Najwyższego oznacza za kres działania i skład osobowy poszczególnych Izb.

Art. 2. Sąd Najwyższy orzeka w składzie trzech sędziów, a w sprawach dyscyplinarnych w składzie pięciu sędziów, przyczem przez sędziów rozumieć należy także prezesów. Wyjątek stanowią sprawy, zastrzeżone kompletowi całej Izby lub też ogólnemu zgromadzeniu Sądu Najwyższego. Komplet zwyczajny ma prawo uchwalić przekazanie poszczególną sprawę kompletowi całej Izby, ten zaś może przekazać sprawę ogólnemu zgromadzeniu Sądu Najwyższego.

Do ważności uchwał pełnej Izby wymagana jest obecność dwóch trzecich części członków tejże Izby, conajmniej zaś obecność pięciu sędziów, wliczając w to prezesa. Do ważności uchwał ogólnego zgromadzenia wymagana jest obecność połowy członków Sądu Najwyższego, licząc tak prezesów jak i sędziów.

Do uzupełnienia kompletu może być powołany tak sędzia, należący do składu innej Izby, jako też sędzia apelacyjny, nie może atoli przewodniczyć na posiedzeniu.

Art. 3. Sąd Najwyższy oprócz sprawowania przekazanego mu ustawami sądownictwa jest władny:

a) na ogólnym zgromadzeniu wyjaśniać na wniosek Ministra Sprawiedliwości przepisy prawa obowiązujące, wywołujące w praktyce wątpliwości lub stosowane rozbieżnie;

b) wypominać i usuwać w miarę możliwości usterki, dostrzeżone w czynnościach urzędowych sądów niższych, oraz według uznania zawiadania o nich Ministra Sprawiedliwości.

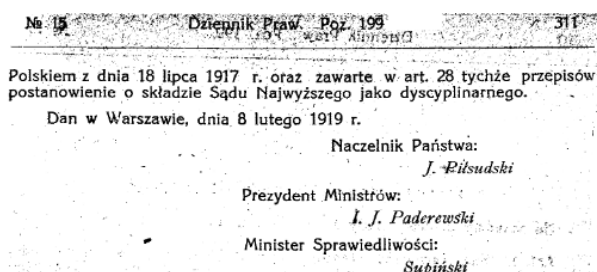
Art. 4. Obowiązki Prokuratora naczelnego pełni Minister Sprawiedliwości. Przy Sądzie Najwyższym urzęduje odpowiednia liczba prokuratorów i podprokuratorów. Jeden z prokuratorów będzie mianowany na stanowisko Pierwszego Prokuratora.

Art. 5. Przy Sądzie Najwyższym istnieje sekretariat prawniczy, złożony z osób kwalifikowanych na urząd sędziowski. Pełnią one czynności pomocnicze określone instrukcją wewnętrzną.

Art. 6. Niniejszy dekret zyskuje moc obowiązującą z dniem ogłoszenia. Równocześnie przestają obowiązywać: art. 8 i dwa pierwsze zdania art. 9 tymczasowych przepisów o urządzeniu sądownictwa w Królestwie

Dekret w przedmiocie ustroju Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 1919 r. (Dz. Pr. P. P. 1919 nr 15 poz. 199).

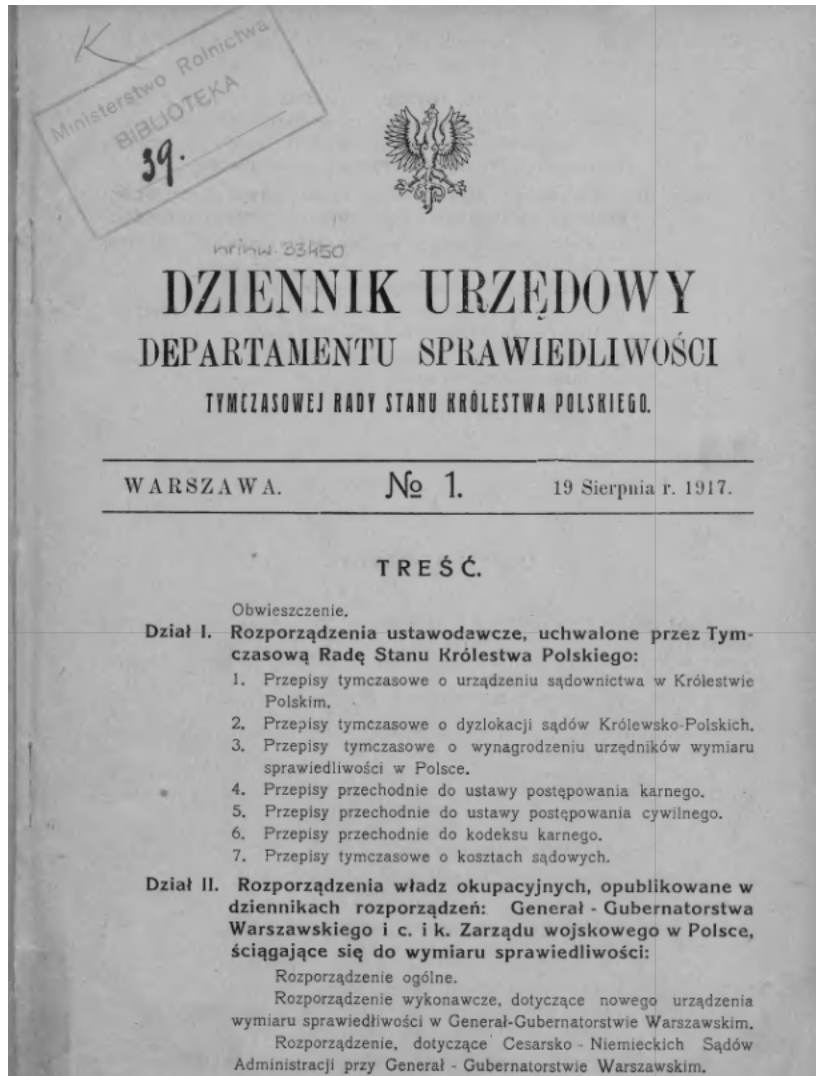
Źródło: Internetowy System Aktów Prawnych.



Dekret w przedmiocie ustroju Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 1919 r. (Dz. Pr. P. P. 1919 nr 15 poz. 199).

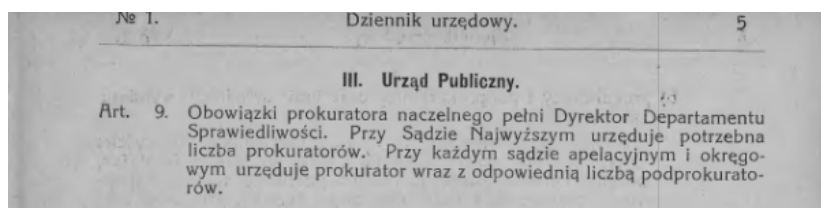
Źródło: Internetowy System Aktów Prawnych.

Wcześniej, zgodnie z Rozporządzeniem ustawodawczym, uchwalonym przez Tymczasową Radę Stanu Królestwa Polskiego z dnia 19 sierpnia 1917 r., art. 9 Przepisów Tymczasowych o urządzeniu sądownictwa w Królestwie Polskim, obowiązki prokuratora naczelnego pełnił Dyrektor Departamentu Sprawiedliwości.



Rozporządzenie ustawodawcze, uchwalone przez Tymczasową Radę Stanu Królestwa Polskiego z dnia 19 sierpnia 1917 r.

Źródło: Mazowiecka Biblioteka Cyfrowa.



Rozporządzenie ustawodawcze, uchwalone przez Tymczasową Radę Stanu Królestwa Polskiego z dnia 19 sierpnia 1917 r.

Źródło: Mazowiecka Biblioteka Cyfrowa.

Po okresie piastowania urzędu Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Naczelnego, od października 1919 r. do stycznia 1928 r. był prezesem Sądu Apelacyjnego, a od stycznia 1929 r. – pierwszym prezesem Sądu Najwyższego oraz przewodniczącym Trybunału Stanu (m.in. przewodniczył jego obradom w głośnej sprawie ministra skarbu Gabriela Czecho-wicza o przekroczenia budżetowe).

W latach 30. pełnił funkcję prezesa Zrzeszenia Sędziów i Prokuratorów RP. W 1938 r. Leon Supiński jako prezes tego stowarzyszenia, a także Prezes Sądu Najwyższego uczestniczył w XVI Zjeździe Delegatów Związku Zrzeszeń i Urzędników Sądowych i Prokuratorów RP. Zjazd połączony został z szeregiem uroczystości. Odkonano przekazanie sprzętu wojskowego armii i otwarcie własnego lokalu. Leon Supiński wygłosił mowę i przekazał dar dla wojska w postaci 3 baterii dział przeciwlotniczych. Supiński był przewodniczącym komitetu zbiórki. W trakcie uroczystości poświęcono również sztandar Związku. Leon Supiński był ojcem chrzestnym związkowego sztandaru. Matką chrzestną została żona ministra sprawiedliwości Irena Grabowska. Po uroczystym poświęceniu sztandaru, Leon Supiński przekazał sztandar prezesowi Związku Wacławowi Sikorskiemu ze słowami „strzeżcie i chrońcie”.

Od 23 lutego 1919 r. do 11 kwietnia 1927 r. był radnym Warszawy, wybranym z listy Komitetu Demokratycznego Reformy Gospodarki Miejskiej, pracował w komisji prawniczej.

We wrześniu 1939 r. przedostał się do Rumunii, a następnie w listopadzie trafił do Francji.

8 czerwca 1940 r. rząd gen. Władysława Sikorskiego wymusił na prezydencie RP Władysławie Raczkiewiczu odwołanie Leona Supińskiego ze stanowiska pierwszego prezesa Sądu Najwyższego (w formie udzielenia bezpłatnego urlopu na czas wojny) za rzekome „nieprzeciwdziałanie niszczeniu sądownictwa przez min. [Witolda] Grabowskiego”.

Okres wojny Leon Supiński spędził we Francji, był członkiem Koła Prawników i Ekonomistów w Grenoble.

W roku 1946 Leon Supiński wrócił do kraju. Od 14 maja 1946 r. do 3 czerwca 1947 r. zajmował stanowisko zastępcy pierwszego prezesa Sądu Najwyższego, po czym przeszedł w stan spoczynku. W latach 1946–1947 był również sędzią Najwyższego Trybunału Narodowego.

W 1948 r. opublikował w „Państwie i Prawie” Kartkę z dziejów adwokatury warszawskiej (ze wspomnień osobistych) – krótkie wspomnienie na temat działalności Koła Prawników Polskich, Straży Obywatelskiej m.st. Warszawy oraz początków sądownictwa polskiego.

Był odznaczony m.in. Krzyżem Niepodległości, Złotym Krzyżem Zasługi (dwukrotnie), Medalem Dziesięciolecia Odzyskanej Niepodległości.

Leon Supiński zmarł 2 marca 1950 r. w Warszawie. Został pochowany na cmentarzu Powązkowskim (kwatery 174–4–19).



Miejsce pochówku Leona Supińskiego.

fol. M. Wolff-Zdzienicki.

Źródła

1. Album pamiątkowe Rady miasta stołecznego Warszawy <https://polona.pl/item/album-pamiatkowe-rady-miasta-stolecznego-warszawy-1919-1929,OTc2NzAwMjA/4/#item> (dostęp: 22 lipca 2022 r.).

2. Garlicki A., Józef Piłsudski 1867–1935, Warszawa 1990.
3. [http://mbc.cyfrowemazowsze.pl/Content/8531/00010252-_S%C4%85dy_Korony_Polskiej_-_Z111368_KOREKTA%20\(2\).pdf](http://mbc.cyfrowemazowsze.pl/Content/8531/00010252-_S%C4%85dy_Korony_Polskiej_-_Z111368_KOREKTA%20(2).pdf) (dostęp: 20 lipca 2022 r.).
4. <http://mbc.cyfrowemazowsze.pl/dlibra/plain-content?id=14893> (dostęp: 20 lipca 2022 r.).
5. <http://mbc.cyfrowemazowsze.pl/dlibra/plain-content?id=37713> (dostęp: 20 lipca 2022 r.).
6. <http://mbc.cyfrowemazowsze.pl/dlibra/plain-content?id=8159> (dostęp: 20 lipca 2022 r.).
7. [https://bazhum.muzhp.pl/media/files/Palestra/Palestra-r1982-t26-n6_7\(294_295\)/Palestra-r1982-t26-n6_7\(294_295\)-s59-72/Palestra-r1982-t26-n6_7\(294_295\)-s59-72.pdf](https://bazhum.muzhp.pl/media/files/Palestra/Palestra-r1982-t26-n6_7(294_295)/Palestra-r1982-t26-n6_7(294_295)-s59-72/Palestra-r1982-t26-n6_7(294_295)-s59-72.pdf) (dostęp: 20 lipca 2022 r.).
8. https://depot.ceon.pl/bitstream/handle/123456789/20238/redzik_red_sloownik_biograficzny_adwokatow_polskich.pdf?sequence=1&isAllowed=y (dostęp: 20 lipca 2022 r.).
9. <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19190150199/O/D19190199.pdf> (dostęp: 20 lipca 2022 r.).
10. https://jbc.bj.uj.edu.pl/Content/356561/PDF/NDIGCZAS015691_1938_006.pdf (dostęp: 20 lipca 2022 r.).
11. https://pl.wikipedia.org/wiki/Leon_Supi%C5%84ski (dostęp: 20 lipca 2022 r.).
12. https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/4059/1/MHI-14-1_Gornicki.pdf, (dostęp: 20 lipca 2022 r.).
13. <https://teatrnn.pl/leksykon/artykuly/leon-supinski-18741950/> (dostęp: 20 lipca 2022 r.).
14. <https://www.sbc.org.pl/dlibra/publication/76699/edition/72382/content> (dostęp: 20 lipca 2022 r.).
15. <https://www.sw.gov.pl/aktualnosc/okregowy-inspektorat-sluzby-wieziennej-w-lodzi-swieto-sluzby-wieziennej>, (dostęp: 20 lipca 2022 r.).
16. https://www.wikiwand.com/pl/Towarzystwo_Kooperatyst%C3%B3w (dostęp: 20 lipca 2022 r.).
17. Pobóg-alinowski W., Najnowsza historia polityczna Polski 1864–1945, t. II 1919–1939, Londyn 1956.
18. Sowińska D., Warszawa i Lublin jako główne ośrodki obywatelskiego wymiaru sprawiedliwości w Królestwie Polskim w 1915 r., HISTORIA I ŚWIAT, nr 4 (2015).
19. Świtalski K., Dziennik 1919–1935, Warszawa 1992.

DZIEŃ PROKURATURY

Adam Zbieranek¹

Uroczyste obchody Dnia Prokuratury na Zamku Królewskim w Warszawie w dniu 11 lipca 2022 r.

**Celebration of the Day of the Public Prosecutor
at the Royal Castle in Warsaw
on 11th of July 2022**

Rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 25 sierpnia 2021 r. zmieniającym rozporządzenie – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz. U. z 2021 r., poz. 1590) ustanowiony został Dzień Prokuratury, który będzie corocznie obchodzony w dniu 11 lipca. Data święta nawiązuje do daty wydania w 1932 r. przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej Ignacego Mościckiego rozporządzenia wprowadzającego kodeks karny Odrodzonej Rzeczypospolitej, zwany Kodeksem Makarewicza. Profesor Juliusz Makarewicz, jeden z najwybitniejszych polskich prawników, był głównym autorem rozwiązań przyjętych w tym kodeksie. Kodeks ten stanowił pierwszą pełną i nowoczesną regulację prawa karnego materialnego niepodległej Polski. Powszechnie uważany jest za jedno z największych osiągnięć kodyfikacyjnych w historii tworzenia polskiego prawa.

¹ Adam Zbieranek, Dyrektor Biura Prokuratora Krajowego, Zastępca Redaktora Naczelnego miesięcznika Prokuratura i Prawo, Redaktor Wydania Specjalnego Prokuratury i Prawa „Prokuratura w służbie państwu i społeczeństwu” wydanego z okazji Dnia Prokuratury, ORCID: 0000-0002-7352-5823.

Dzień Prokuratury został ustanowiony jako Święto wszystkich osób wykonujących swoje obowiązki służbowe w jednostkach organizacyjnych prokuratury, a więc prokuratorów, asesorów prokuratury, asystentów prokuratorów, urzędników i innych pracowników prokuratury.

Pierwsze uroczyste obchody Dnia Prokuratury odbyły się 11 lipca 2022 r. na Zamku Królewskim w Warszawie. W uroczystości uczestniczyli m.in. Minister Sprawiedliwości Prokurator Generalny – Zbigniew Ziobro, I Zastępca Prokuratora Generalnego Prokurator Krajowy – Dariusz Barski, Sekretarz Stanu w Kancelarii Prezydenta RP – Andrzej Dera, sędzia Trybunału Konstytucyjnego – Bogdan Świączkowski, Zastępca Prokuratora Generalnego do Spraw Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji – Beata Marczak, Zastępca Prokuratora Generalnego do Spraw Wojskowych – Przemysław Funiok, Zastępca Prokuratora Generalnego Dyrektor Głównej Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu – Andrzej Pozorski i Zastępca Prokuratora Krajowego – Agata Gałuszka-Górska. W uroczystości wzięli również udział gen. insp. dr Jarosław Szymczyk – Komendant Główny Policji, nadinsp. Paweł Półtorzycki – Komendant Centralnego Biura Śledczego Policji, gen. Jacek Kitliński – Dyrektor Generalny Służby Więziennej, gen. dyw. SG Jacek Bajger – Zastępca Komendanta Głównego Straży Granicznej, ppłk SOP Paweł Olszewski – Szef Służby Ochrony Państwa, płk Andrzej Stróżyński – Szef Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Piotr Krawczyk – Szef Agencji Wywiadu, płk Bernard Bogusławski – Zastępca Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, płk Marek Utracki – Zastępca Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego, gen. bryg. dr Robert Jędrzychowski – Zastępca Komendanta Głównego Żandarmerii Wojskowej, dr Bartłomiej Karasiewicz – Dyrektor Biura Prawnego Służby Wywiadu Wojskowego, dr hab. Marcin Wielec, prof. UKSW – Dyrektor Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, dr hab. Dariusz Zuba, prof. IES – Dyrektor Instytutu Ekspertyz Sądowych w Krakowie, Prokuratorzy Regionalni, Naczelnicy Wydziałów Zamiejscowych Departamentu do Spraw Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji Prokuratury Krajowej oraz prokuratorzy i urzędnicy prokuratury.

Uroczystość rozpoczęła się od odegrania i odśpiewania hymnu Rzeczypospolitej Polskiej przez Państwowy Zespół Ludowy Pieśni i Tańca „Mazowsze” im. Tadeusza Sygietyńskiego.

W wygłoszonym przemówieniu Minister Sprawiedliwości Prokurator Generalny Zbigniew Ziobro stwierdził, że obecnie prokuratura dzięki reformie z 2016 r. jest instytucją nowoczesną strukturalnie i organizacyjnie. Podkreślił, że sukces ten był możliwy nie tylko dzięki modernizacji narzę-

dzi wykorzystywanych przez prokuraturę i zmiany otoczenia prawnego, ale przede wszystkim dzięki zaangażowaniu i profesjonalnemu przygotowaniu prokuratorów i urzędników prokuratury do realizowania powierzonych im obowiązków. Dziękując za zaangażowanie w wypełnianie tej ważnej i odpowiedzialnej służby Minister Sprawiedliwości Prokurator Generalny Zbigniew Ziobro podkreślił, że praca prokuratorów jest dostrzegana przez polskie społeczeństwo, czego wyrazem jest postępujący od 2016 r. znaczący wzrost poczucia bezpieczeństwa Polaków.

Pierwszy Zastępca Prokuratora Generalnego, Prokurator Krajowy Dariusz Barski, w swoim przemówieniu, wskazał na ostatnie dokonania prokuratury, a w szczególności na sukcesy w zwalczaniu przestępczości gospodarczej i finansowej. Widoczne są one w przypadku przestępczości tzw. „watoskiej”, gdzie działania prokuratury przyczyniły się do wzrostu ściągальności VAT z 123 mld zł w 2015 r. do 215 mld zł w roku 2021. Wspomniał także o wyzwaniach, które postawiła przed prokuraturą rosyjska napaść na Ukrainę, w tym o śledztwie dotyczącym zbrodni wojennych Rosjan.

Pierwszy Zastępca Prokuratora Generalnego, Prokurator Krajowy Dariusz Barski podziękował przedstawicielom instytucji współpracujących z prokuraturą za profesjonalizm i zaangażowanie w realizacji ustawowych obowiązków i zadań. Szczególne podziękowania skierował do wszystkich prokuratorów i pracowników prokuratury za wytrwałe i profesjonalne wykonywanie obowiązków służbowych. Podkreślił, że bez ich ciężkiej pracy, zaangażowania i doskonałych kwalifikacji zawodowych nie byłoby możliwe prawidłowe funkcjonowanie prokuratury.

Podczas uroczystości zostały wręczone, nadane przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej Andrzeja Dudę prokuratorom i urzędnikom prokuratury, odznaczenia państwowe w postaci Krzyży Zasługi za wyjątkowe działania na rzecz wymiaru sprawiedliwości oraz Medale za Długoletnią Służbę. Po wręczeniu odznaczeń głos zabrał Sekretarz Stanu w Kancelarii Prezydenta RP Andrzej Dera, który pogratulował wszystkim odznaczonym, a także odniósł się do doniosłości znaczenia Prokuratury w systemie prawnym i podziękował Prokuratorowi Generalnemu oraz Prokuratorowi Krajowemu za sprawne zarządzanie tą instytucją.

W trakcie uroczystości Minister Sprawiedliwości Prokurator Generalny Zbigniew Ziobro uhonorował sędziego Trybunału Konstytucyjnego Bogdana Świączkowskiego medalem „Zasłużony dla Prokuratury Rzeczypospolitej Polskiej”.

W trakcie uroczystości Minister Sprawiedliwości Prokurator Generalny wręczył również akty powołania na nowe stanowiska prokuratorom, dwie

osoby dostały awanse na stanowisko Prokuratora Prokuratury Regionalnej, jedna zaś na stanowisko Prokuratora Prokuratury Okręgowej.

W trakcie obchodów wygłoszone zostały okolicznościowe referaty.

Pierwszy referat zatytułowany „100 lat Prokuratury z perspektywy współczesnych badaczy”, wygłosiła Pani prof. dr hab. Ewa Guzik-Makaruk, z Katedry Prawa Karnego i Kryminologii Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku. Pani prof. Guzik-Makaruk w swoim wystąpieniu skupiła się na zagadnieniach poruszonych w publikacji zatytułowanej „Prokuratura w Polsce od odzyskania niepodległości do czasów współczesnych”.

Drugi referat wygłosił prof. dr. hab. Emil W. Pływaczewski, kierownik Katedry Prawa Karnego i Kryminologii Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku. W swoim wystąpieniu zatytułowanym „Międzynarodowa współpraca Prokuratury w ujęciu retrospektywnym i współczesnym”, odniósł się do zmian w strukturze prokuratury po roku 1989, oraz jej relacji do innych organów państwa w nowej rzeczywistości zmieniającego się ustroju, a także o działaniach i inicjatywach prokuratury ukierunkowanych na zapobieganie i zwalczanie przestępczości na forum międzynarodowym z perspektywy retrospektywnej. W swoim referacie podniósł także tematykę przejścia i przekazania ścigania karnego i ekstradycji w klasycznym jej ujęciu. Odniósł się także do przyszłości, wyzwań stawianych przez zmiany współczesnego świata i możliwości zwiększenia efektywności dotychczasowych form międzynarodowej współpracy w zwalczaniu wyższych form przestępczości.

Jako trzeci wystąpił ze swoim wykładem pt. „Ustrój prokuratury – dawniej i współcześnie (w nawiązaniu do poglądów Profesora Juliusza Makarewicza)” Zastępca Dyrektora Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury kierujący Ośrodkiem Aplikacji Prokuratorskiej dr hab. Czesław Kłak, prof. UP. W swojej wypowiedzi wskazywał m.in. na poglądy prof. J. Makarewicza wskazujące na rozwiązania modelowe, determinujące pozycję ustrojową – i w konsekwencji procesową – prokuratora, jako uczestnika procesu karnego. Jak mówił prof. Kłak, wynika z nich, że prokurator – jako podmiot odpowiedzialny za ściganie karne – musi mieć zapewnioną w tym zakresie swobodę podejmowania decyzji. Oznacza to, że sąd nie może wkraczać w autonomię prokuratora w zakresie decydowania w przedmiocie przedstawienia zarzutów i skierowania do sądu aktu oskarżenia. Sąd może – na zasadach określonych w ustawie – kontrolować decyzje prokuratorskie, ale nie może wpłynąć na sposób zakończenia postępowania przygotowawczego, gdyż – jak twierdził profesor J. Makarewicz – prokurator jest „gospodarzem spra-

wy”. W trakcie swojego wykładu prof. C. Kłak wskazał także, że w świetle poglądów prof. J. Makarewicza wyraźnie oddzielone są funkcje ścigania i oskarżania od funkcji sądenia jako sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Powoduje to, że prokurator ma prawo do odstąpienia od oskarżania, a jego decyzja w tym zakresie nie może podlegać kontroli sądu. Prokurator jawi się jako uczestnik postępowania niezależny od sądu i innych podmiotów, reprezentujący interes publiczny (społeczny) w zakresie ścigania i oskarżania, autonomicznie podejmujący decyzje procesowe, na etapie postępowania sądowego realizujący uprawnienia strony postępowania, ale także pełniący szczególną rolę, jako rzecznik interesu społecznego, co współcześnie wpisuje się w zadanie prokuratury stania na straży praworządności.

Na zakończenie uroczystych obchodów Dnia Prokuratury ponownie pojawił się na scenie Państwowy Zespół Ludowy Pieśni i Tańca „MAZOWSZE” im. Tadeusza Sygietyńskiego pod dyktando maestro Jacka Bonieckiego. „Mazowsze” należy do największych na świecie zespołów artystycznych, sięgających do bogactwa narodowych tańców, piosenek, przyspiewek i obyczajów. Nazwa zespołu wywodzi się od centralnego regionu Polski – Mazowsza, jednak repertuar „Mazowsza” szybko rozszerzył się o folklor innych regionów. Zespół wykonał pieśni patriotyczne i ludowe.

Uroczystość zakończyła się podziękowaniami Pierwszego Zastępcy Prokuratora Generalnego Prokuratora Krajowego Pana Dariusza Barskiego wszystkim gościom za przybycie i obecność. Prokurator Krajowy podziękował także ponownie Ministrowi Sprawiedliwości Prokuratorowi Generalnemu Panu Zbigniewowi Ziobro za nieustanne starania o stworzenie dla prokuratorów warunków prawnych i budżetowych umożliwiających efektywne wypełnianie zadań prokuratury.

Wspomnieć należy, iż z okazji Dnia Prokuratury został wydany przez Prokuratorę Krajową reprint kodeksu Makarewicza, wydany w 1932 r. nakładem Księgarni Nakładowej dr. Maksymiliana Bodka we Lwowie z komentarzem Kazimierza Sobolewskiego i dr. Alfreda Laniewskiego – wiceprokuratorów Sądu Apelacyjnego we Lwowie.

Celem przybliżenia osoby prof. Juliusza Makarewicza i okoliczności związanych z powstaniem kodeksu karnego z 1932 r. Prokuratura Krajowa we współpracy z Instytutem Pamięci Narodowej przygotowała poświęconą temu wystawę, która prezentowana była w trakcie uroczystości, zaś po obchodach została przeniesiona i wystawiona w holu budynku Prokuratury Krajowej.

Z tej okazji ukazało się drukiem wydanie specjalne czasopisma „Prokuratura i Prawo” zatytułowane „Prokuratura w służbie państwu i społeczeństwu”, poświęcone roli i umiejscowieniu prokuratury wśród organów ścigania oraz instytucji wymiaru sprawiedliwości. Autorami zawartych w niej artykułów są zarówno prokuratorzy, przedstawiciele świata nauki jak i przedstawiciele służb i instytucji współpracujących z prokuraturą przy realizacji jej ustawowych zadań.