

Paweł Bachmat*

Prokuratorska praktyka ścigania przestępstw z art. 171 ust. 1 i 3 prawa bankowego. Przypadki umorzeń oraz odmów wszczęcia postępowania

1. WPROWADZENIE

Zapewnienie obywatelom skutecznej ochrony przed ryzykiem związanym z angażowaniem środków własnych w przedsięwzięcia podmiotów prowadzących działalność parbankową poza sformalizowaną kontrolą i systemem ustawowych zabezpieczeń stanowi ważne zadanie państwa i palący problem społeczny. Nielegalne prowadzenie działalności bankowej prowadzi bowiem nie tylko do naruszeń interesów majątkowych osób prywatnych, ale również stawia pod znakiem zapytania zaufanie do banków i godzi w bezpieczeństwo oraz stabilność całego systemu bankowego. Ranga problemu wymaga zdecydowanych działań ze strony całego aparatu państwa, przy wykorzystaniu uregulowań pochodzących z różnych gałęzi prawa, w tym prawa karnego.

Przestępstwo z art. 171 ust. 1 prawa bankowego¹, określane jako nielegalne prowadzenie działalności bankowej lub nielegalne prowadzenie działalności parbankowej, jest przestępstwem gospodarczym² przynależnym do grupy pozakodeksowych przestępstw bankowych, obok przestępstw z art. 171 ust. 2–7 pr. bank., art. 42 ust. 1 i 2 ustawy o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym³ oraz art. 37 ust. 1–3 ustawy o listach zastawnych i bankach hipotecznych⁴. Przy wykorzystaniu tych kryminalizacji polski ustawodawca zapewnia prawnokarną ochronę działania krajowego systemu bankowego, będącą – w zgodzie z zasadą *ultima ratio* prawa karnego – dopełnieniem szerszego systemu ochrony działalności bankowej przez państwo.

W głównym zarysie system ów ma pozakarny charakter, który uwidacznia się m.in. w kompetencjach Komisji Nadzoru Finansowego (KNF) w zakresie

* Paweł Bachmat jest asystentem w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości w Warszawie.

¹ Ustawa z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 1376 ze zm.), dalej jako pr. bank.

² Przesądza o tym jego przedmiot ochrony.

³ Ustawa z 14.12.1994 r. o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym (tekst jedn.: Dz. U. z 2009 r. Nr 84, poz. 711 ze zm.).

⁴ Ustawa z 29.08.1997 r. o listach zastawnych i bankach hipotecznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 99, poz. 919 ze zm.).

licencjonowania i nadzoru nad działalnością bankową, zadaniach powiernika banku hipotecznego, gwarantowaniu środków powierzonych bankom przez deponentów i pomocy bankom zagrożonym niewypłacalnością przez Bankowy Fundusz Gwarancyjny. Jego ważnym komponentem jest ochrona działalności bankowej zapewniona w oparciu o regulacje prawa cywilnego, np. bankowy tytuł egzekucyjny, czy szczególną podstawę zwrotu korzyści (oprocentowania, prowizji, opłat lub innych wynagrodzeń) otrzymanych za wykonywanie czynności bankowych bez zezwolenia (art. 170 ust. 2 pr. bank.)⁵.

Regulacje prawnokarne stanowią jakościowo ważne uzupełnienie krajowego systemu ochrony działalności bankowej, niemniej jednak ze względu na podstawowy obszar regulacji prawa bankowego przynależny prawu administracyjnemu i gospodarstwu ich udział ilościowy w całym systemie ochrony nie jest znaczny. Wykorzystanie metody prawno-karnej ma już jednak w tym obszarze pewną, choć jeszcze niezbyt długą, historię. Odpowiednikiem art. 171 ust. 1 pr. bank. był art. 115¹ ust. 1 pkt 1 prawa bankowego z 1989 r.⁶, wprowadzony w życie nowelizacją z 14.02.1992 r.⁷ Przepis art. 115¹ ust. 1 pkt 1 pr. bank. z 1989 r. przewidywał karalność prowadzenia działalności zarobkowej polegającej na przyjmowaniu wkładów oszczędnościowych ludności lub lokat terminowych w celu udzielania kredytów lub pożyczek albo wykorzystywania tych środków w inny sposób przez osobę, która nie jest do tego uprawniona. Groziła za to kara pozbawienia wolności do lat 3 lub ograniczenia wolności. Dodatkowo na mocy klauzuli odpowiedzialności zastępczej przewidzianej w ust. 2 tego samego artykułu tej samej karze podlegał również ten, kto dopuszczał się tego czynu, działając za osobę prawną.

Obowiązujący przepis art. 171 ust. 1 pr. bank. w zasadniczym stopniu nawiązuje do treści swojego poprzednika. Nie jest jednak jego wiernym odwzorowaniem. Zmienił się układ znamion, co nie pozostało bez wpływu na zakres kryminalizacji, odmiennie ukształtowana została też sankcja za dopuszczenie się tego przestępstwa⁸.

2. ANALIZA DOGMATYCZNA

2.1. Przedmiot przestępstwa

2.1.1. Przedmiot rodzajowy

Sprawnie działający system bankowy postrzegany jest współcześnie jako niezwykle ważny komponent systemu finansowego państwa i szerzej gospodarki państwa, a także ważny czynnik stabilizacji nastrojów społecznych. Klienci traktują banki jako instytucje zaufania publicznego. Utrata zaufania nawet do jednego z nich

⁵ Szerzej na ten temat zob. m.in. P. Ochman, *Ochrona działalności bankowej w prawie karnym gospodarczym. Przepisy karne ustaw bankowych*, Warszawa 2011, s. 115–127; por. także *Nadzór administracyjny. Od prewencji do weryfikacji*, C. Kociński (red.), Wrocław 2006, s. 229.

⁶ Ustawa z 31.01.1989 r. – Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz. U. z 1992 r. Nr 72, poz. 359 ze zm.), dalej jako pr. bank. z 1989 r.

⁷ Ustawa z 14.02.1992 r. o zmianie ustawy – Prawo bankowe i niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 20, poz. 78). Przepis art. 115¹ ust. 1 pr. bank. z 1989 r. wszedł w życie 9.04.1992 r., a został uchylony 1.01.1998 r. wraz z wejściem w życie obowiązującego prawa bankowego.

⁸ Szerzej na temat zakresu i znaczenia tych zmian zob. J. Majewski, *Odpowiedzialność karna za przestępstwo określone w art. 171 ust. 1 prawa bankowego*, „Przegląd Bankowy” 1998/6, s. 101–103.

może pociągnąć za sobą niepowetowane straty dla całego sektora w wyniku istnienia efektu domina. Wybuch tzw. runu na banki to czarny scenariusz dla zarządów banków, całej gospodarki państwa, ale także zdarzenie niosące daleko idące konsekwencje społeczne. W efekcie na trudności finansowe narażone zostają inne, zdrowe banki. Spada zaufanie do całego sektora bankowego i masowo wycofywane są wkłady pieniężne. Realnym faktem staje się upadłość niektórych banków, co przekłada się na utratę części zdeponowanych w nich oszczędności osób indywidualnych i środków finansowych przedsiębiorstw. Ponadto ze względu na ograniczenie podaży kredytów oraz zakłócenie obrotu płatniczego zmniejsza się aktywność gospodarcza, spadają wpływy z podatków, pogarsza się sytuacja gospodarcza całego państwa⁹.

Stabilność, bezpieczeństwo i zaufanie klientów to absolutne fundamenty, na których zbudowany jest każdy sprawnie działający system bankowy. Nie dziwi zatem, że część autorów w tych właśnie wartościach dostrzega rodzajowe dobro, które polski ustawodawca objął prawnokarną ochroną w drodze kryminalizacji czynów stypizowanych w art. 171 ust. 1–7 pr. bank.¹⁰ Inni w zakres ochrony realizowanej na podstawie tych uregulowań włączają jeszcze prawidłowość funkcjonowania systemu bankowego¹¹. Trafnie wskazuje przy tej okazji P. Ochman, pisząc, że szczegółowa rekonstrukcja tych dóbr powinna być dokonywana w oparciu o cel i przedmiot prawa bankowego. Mając to na uwadze, autor w ten oto sposób charakteryzuje bliżej poszczególne komponenty rodzajowego przedmiotu ochrony przestępstw z art. 171 ust. 1–7 pr. bank.:

- 1) **stabilność systemu bankowego** wyraża się w ochronie dostępu do prowadzenia działalności bankowej przed podmiotami do tego nieuprawnionymi, nieposiadającymi odpowiednich zabezpieczeń majątkowych, technicznych, personalnych, niedających wreszcie możliwości sprawowania nad nimi efektywnego nadzoru;
- 2) **bezpieczeństwo systemu bankowego** zasadza się na stworzeniu należytych ram instytucjonalnych działalności bankowej, zapewniających możliwość odpowiednio wczesnego reagowania na zagrożenia dla systemu (zapewnienie odpowiednich kwalifikacji podmiotów prowadzących działalność bankową oraz realizowanie niezbędnych wymogów nadzorczych);
- 3) **zaufanie do systemu bankowego** jest z kolei efektem dwóch czynników: rozwiązań instytucjonalnych (licencjonowanie działalności bankowej, budujące przekonanie, iż działalność ta wykonywana jest przez profesjonalistów) oraz traktowania przez społeczeństwo działalności bankowej jako swego rodzaju działalności zaufania publicznego, opartej na dyskrecji i przekonaniu, że informacje powierzone tym instytucjom nie wydadzą się na zewnątrz¹².

⁹ Szerzej na ten temat zob. M. Zaleska, *Stabilność systemu bankowego*, w: W.L. Jaworski, Z. Zawadzka (red.), *Bankowość. Podręcznik akademicki*, Warszawa 2002, s. 206–208.

¹⁰ P. Ochman, *Ochrona...*, s. 104 i 210–211; P. Ochman, *Z problematyki interpretacji przepisów karnych prawa bankowego de lege lata i de lege ferenda*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2006/20, s. 67–87. Ten sposób określenia rodzajowego przedmiotu za P. Ochmanem przyjmuje także Z. Ofiarski, *Prawo bankowe. Komentarz*, LEX/el. 2013, komentarz do art. 171 nb 2.

¹¹ J. Majewski, *Przestępstwa związane z działalnością banków oraz obrotem pieniężnym i papierami wartościowymi*, w: O. Górniok (red.), M. Mozgawa, J. Majewski, Z. Sienkiewicz, D. Wilk, *Prawo karne gospodarcze*, Warszawa 2003, t. 10, s. 272.

¹² P. Ochman, *Ochrona...*, s. 210–211.

W odmienny sposób do kwestii tej podchodzi R. Zawłocki, który stara się zidentyfikować rodzajowy przedmiot ochrony w sposób uniwersalny, tak aby objąć nim wszystkie przestępstwa gospodarcze (kodeksowe i pozakodeksowe), niezależnie od sfery gospodarki, której dotyczy prawnokarna regulacja, nie wyłączając z tego przestępstw przeciwko obrotowi bankowemu. W ujęciu R. Zawłockiego rodzajowym przedmiotem ochrony przestępstw gospodarczych są podstawy obrotu gospodarczego wyznaczone przez normy moralne, zwyczajowe, a także wspólne dla całej gospodarki normy prawne. Stanowią ono dobro prawne w ujęciu ogólnospołecznym (ogólnogospodarczym) w tym znaczeniu, że każde przestępstwo gospodarcze stanowi zawsze i w pierwszej kolejności zamach na to dobro¹³.

Do aksjomatycznych podstaw obrotu gospodarczego autor zalicza w pierwszej kolejności zasady uczciwej konkurencji, dobre obyczaje oraz słusne interesy konsumentów¹⁴, które wywodzi wprost z ustawy o swobodzie działalności gospodarczej¹⁵. Służą one realizacji podstawowej zasady wolności i równości gospodarczej określonej w art. 5 prawa działalności gospodarczej¹⁶. Przyznając z kolei doniosłe miejsce w kształtowaniu podstaw obrotu gospodarczego wartościom etycznym, włącza do rodzajowego przedmiotu ochrony wszystkich przestępstw gospodarczych pojęcia: uczciwości, rzetelności i godziwości w działalności gospodarczej¹⁷.

2.1.2. Indywidualny (bezpośredni) przedmiot ochrony

Indywidualny przedmiot ochrony przestępstwa określonego w art. 171 ust. 1 pr. bank. ujmowany jest w literaturze różnorodnie, co – jak się zdaje – do pewnego stopnia odzwierciedla złożony charakter negatywnych konsekwencji społeczno-gospodarczych, jakie niesie ze sobą nielegalne prowadzenie działalności bankowej. Identyfikuje się go m.in. z ochroną przed podmiotami prowadzącymi działalność bankową bezprawnie, ochroną przed wprowadzeniem w błąd i oszustwem, ochroną wiarygodności banków, zaufaniem do banków, bezpieczeństwem i stabilnością systemu bankowego. W zależności od ujęcia punktem odniesienia dla chronionego dobra czyniony jest interes samych banków, ich indywidualnych klientów, całego społeczeństwa, ale także obrót finansowy czy szerzej gospodarka państwa.

J. Majewski upatruje dobra chronionego przepisem art. 171 ust. 1 pr. bank. w dwóch aspektach: ochronie indywidualnych i zbiorowych interesów członków społeczeństwa zagrożonych przedsięwzięciami podmiotów uprawiających działalność bankową nielegalnie, poza wszelką kontrolą i zabezpieczeniami przewidzianymi przez prawo, oraz ochronie interesów samych banków jako instytucji, którym z mocy prawa przysługuje wyłączna kompetencja do wykonywania pewnych

¹³ R. Zawłocki, *Podstawy odpowiedzialności karnej w obrocie gospodarczym*, w: *System prawa handlowego. Prawo karne gospodarcze*, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2012, t. 10, s. 27 i 60–61.

¹⁴ R. Zawłocki, *Podstawy...*, s. 62–64.

¹⁵ Ustawa z 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 672 ze zm.), dalej jako u.s.d.g.

¹⁶ Ustawy z 19.11.1999 r. – Prawo działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 101, poz. 1178 ze zm.).

¹⁷ Jednocześnie R. Zawłocki jest przeciwny zaliczaniu do rodzajowego przedmiotu ochrony przestępstw gospodarczych: zaufania w gospodarce i jej bezpieczeństwa – zob. R. Zawłocki, *Podstawy...*, s. 65–67. Odmienne por. np. O. Górniok, *Przestępczość gospodarcza i jej zwalczanie*, Warszawa 1994, s. 57; P. Ochman, *Ochrona...*, s. 210–211.

czynności¹⁸. W podobnym tonie wypowiada się J. Skorupka, który identyfikuje przedmiot ochrony art. 171 ust. 1 pr. bank. z obrotem finansowym wolnym od nielegalnego prowadzenia działalności bankowej, obejmując jego zakresem m.in. majątkowe interesy banków i ich klientów, wymagające prowadzenia działalności bankowej przez profesjonalne instytucje zaufania publicznego¹⁹.

Zdaniem R. Zawłockiego przedmiot ochrony omawianego przestępstwa łączy się z ochroną interesu społecznego przed wprowadzaniem w błąd i oszustwem ze strony nielegalnie działających parabanków. Chodzi tu w szczególności o gospodarczy interes banków, jako profesjonalnych i wyłącznych podmiotów uprawnionych do wykonywania czynności bankowych, oraz gospodarczy interes potencjalnych klientów banków, którzy w swoich działaniach opierają się na zaufaniu do bezpieczeństwa ustroju gospodarczego i uczciwości kupieckiej²⁰.

E. Hryniewicz twierdzi, że indywidualnym przedmiotem ochrony przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank. jest zaufanie do instytucji finansowej, jaką jest bank lub kasa w rozumieniu prawa bankowego, a także majątek podmiotów korzystających z ich usług²¹. M. Bojarski akcentuje natomiast przy tej okazji wiarygodność banków, które – jak wskazuje dalej – prowadzone mogą być tylko za zezwoleniem i na podstawie ustawy określającej sferę ich działania, tj. gromadzenie środków pieniężnych w celu udzielania kredytów, pożyczek pieniężnych lub obciążania ryzykiem tych środków w inny sposób²².

Z kolei K. Płończyk i P. Podlasko piszą o prawie obywateli do ochrony przed podmiotami prowadzącymi działalność bankową poza sformalizowaną kontrolą i systemem zabezpieczeń ustawowych oraz o interesie samych banków jako instytucji zaufania publicznego²³.

Złożoną analizę, czym jest przedmiot ochrony przestępstwa stypizowanego w art. 171 ust. 1 pr. bank., przedstawił P. Ochman, który w konkluzji swoich rozważań wskazał, że jest nim dobro o charakterze mieszanym, społeczno-indywidualnym²⁴. Aspekt społeczny (ponadindywidualny) wyraża się tu w ochronie stabilności, bezpieczeństwa i zaufania do systemu bankowego, w którym działalność bankowa prowadzona jest przez podmioty dające rękojmię prawidłowego jej wykonywania oraz podlegające właściwemu nadzorowi. Z kolei aspekt indywidualny ochrony autor łączy z ubocznymi przedmiotami ochrony, np. interesem deponentów, których wkłady obciążone ryzykiem przez podmiot działający bez zezwolenia narażone są na niebezpieczeństwo utraty, a także interesem innych banków ze względu na istnienie zjawiska tzw. runu w przypadku upadłości (niewypłacalności) innych banków (podmiotów działających bez zezwolenia), które może zachwiać stabilnością

¹⁸ J. Majewski, *Cztery występki. Przepisy karne w nowym prawie bankowym*, „Rzeczpospolita” 1998/37, s. 16; J. Majewski, *Przestępstwa...*, s. 275.

¹⁹ J. Skorupka, *Prawo karne gospodarcze*, Warszawa 2007, s. 207.

²⁰ R. Zawłocki, *Przestępstwa przeciwko obrotowi finansowemu. Przepisy karne z ustaw finansowych. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 122.

²¹ E. Hryniewicz, *Przestępstwa naruszające zaufanie do obrotu finansowego i instrumentów finansowych oraz przeciwko majątkowi uczestników obrotu*, w: *System prawa handlowego. Prawo karne gospodarcze*, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2012, t. 10, s. 317.

²² M. Bojarski w: M. Bojarski, W. Radecki, *Pozakodeksowe prawo karne. Przestępstwa gospodarcze oraz przeciwko środowisku. Komentarz*, Warszawa 2003, t. 2, s. 164.

²³ K. Płończyk, P. Podlasko w: *Prawo bankowe. Komentarz*, F. Zoll (red.), LEX/el. 2005, komentarz do art. 171 nb 4.

²⁴ P. Ochman, *Ochrona...*, s. 219.

całego systemu bankowego oraz wywołać inne niekorzystne skutki w sferze zarówno makro-, jak i mikroekonomicznej. Akcentuje jednak przy tej okazji, że interesy indywidualne są ściśle powiązane z głównym przedmiotem ochrony, który stanowi cel nadrzędny. W tym sensie np. ochrona deponentów konkretnej instytucji bankowej odbywa się w związku z ochroną dobra pierwszoplanowego, jakim jest stabilność całego systemu, jego bezpieczeństwo i zaufanie do niego²⁵.

2.2. Znamiona strony przedmiotowej

2.2.1. Czynność wykonawcza

Ustawowy opis przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank. zakłada kryminalizację zachowań osób, które bez zezwolenia prowadzą działalność polegającą na gromadzeniu środków pieniężnych innych osób fizycznych, prawnych lub jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej, w celu udzielania kredytów, pożyczek pieniężnych lub obciążania ryzykiem tych środków w inny sposób. Jest to przestępstwo publicznoskargowe, ścigane z urzędu.

Znamię czynności wykonawczej określone zostało jako „prowadzenie działalności” szczególnego rodzaju, którą ustawodawca dookreślił w dalszej części dyspozycji jako działalność polegającą na gromadzeniu środków pieniężnych innych podmiotów (osób fizycznych, prawnych lub jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej). Sformułowania „prowadzenie działalności” i „gromadzenie” zakładają pewną powtarzalność zachowań sprawczych, które – jak się wydaje – same w sobie nie muszą być jednorodne. Jak wskazuje J. Majewski, chodzi tu raczej o cały splot czynności i działań połączonych ze sobą wspólnym przedmiotem (gromadzenie środków pieniężnych innych podmiotów) i celem (obciążanie tych środków ryzykiem)²⁶. Jest to zatem przestępstwo wieloczynowe, wymagające dla swego istnienia wielości zachowań, wielokrotnej realizacji czynności sprawczej²⁷. Tym samym poza zakresem kryminalizacji wyznaczonym przepisem art. 171 ust. 1 pr. bank. pozostaje jednorazowa czynność polegająca np. na przyjęciu od kogoś środków pieniężnych z zamiarem wykorzystania ich w przyszłości jako pożyczka dla innej osoby.

Wskazuje się przy tym, że prowadzenie nielegalnej działalności bankowej przybiera w rzeczywistości formę pewnego zorganizowania²⁸, powtarzalność czynności realizowana jest bowiem w określonych ramach prawnych i ekonomicznych. Nie musi to być jednak działalność zawodowa w ramach prowadzenia działalności gospodarczej²⁹. Z punktu widzenia ustawowego opisu znamion tego przestępstwa nie ma bowiem znaczenia, czy prowadzący działalność podpada pod

²⁵ P. Ochman, *Ochrona...*, s. 219.

²⁶ J. Majewski, *Przestępstwa...*, s. 278.

²⁷ Por. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 69. T. Dukiet-Nagórska używa nazwy „przestępstwo zbiorowe” – zob. T. Dukiet-Nagórska, *Tak zwane przestępstwa zbiorowe w polskim prawie karnym*, Katowice 1987, s. 21. M. Mozgawa posługuje się z kolei terminem „przestępstwo o wieloczynowo określonych znamionach” – zob. M. Mozgawa w: *Prawo karne materialne. Część ogólna*, M. Mozgawa (red.), Warszawa 2011, s. 344–345.

²⁸ J. Majewski, *Przestępstwa...*, s. 277–278; J. Skorupka, *Prawo...*, s. 208–209; M. Bojarski w: *Pozakodeksowe...*, s. 165; P. Ochman, *Ochrona...*, s. 230–231. Odmienne stanowisko w tej kwestii prezentuje R. Zawłocki, *Przestępstwa...*, s. 124; K. Płończyk, P. Podlasko w: *Prawo...*, komentarz do art. 171 nb 5.5.

²⁹ P. Ochman, *Ochrona...*, s. 231–232.

art. 2 u.s.d.g.³⁰ Nie jest też istotny jej ewentualny zarobkowy charakter. W założonym scenariuszu ekonomicznym, który *nota bene* rzadko kiedy bywa w pełni ujawniony wobec potencjalnych klientów, sprawca może planować osiągnięcie własnej korzyści majątkowej na różne sposoby. Nie zawsze wiąże się to z zarabianiem pieniędzy, choć z założenia nie jest to wykluczone, np. w sytuacji, gdy sprawca inwestuje środki innych podmiotów w celu uzyskania jakiejś stopy zwrotu z kapitału, a nawet wówczas, gdy ich nie inwestuje, a zarabia jedynie na różnego typu opłatach manipulacyjnych i karach za wycofanie się z projektu. W skrajnych przypadkach w grę może jednak wejść także doprowadzenie do zaplanowanej straty części środków pod przykrywką nieudanych inwestycji, następnie zaś wytransfrowanie i sprzeniewierzenie reszty kapitału³¹.

Ustawa karna wymaga natomiast, aby prowadzenie działalności, o której mowa w art. 171 ust. 1 pr. bank., miało charakter celowy. Zgodnie z tym przepisem sprawca gromadzi środki pieniężne innych podmiotów w celu obciążania ich ryzykiem na różne sposoby. W przeciwieństwie do podmiotów objętych nadzorem państwa nie daje jednak rękojmi efektywnego zarządzania ryzykiem ekonomicznym. Nie potrafi go minimalizować, gdyż nie ma do tego odpowiedniej struktury organizacyjnej, kapitału, personelu czy wiedzy. Czasem nawet z premedytacją podejmuje działania szczególnie ryzykowne, narażając zgromadzone środki na utratę. Ryzyko dla osób, które mu zaufały i wpłaciły pieniądze, jest tym większe, że nie są one objęte systemem gwarancji państwa. Poszkodowani klienci nie mogą więc liczyć na rekompensatę z Bankowego Funduszu Gwarancyjnego czy Krajowego Depozytu Papierów Wartościowych. Nie jest natomiast karalne gromadzenie środków pieniężnych osób trzecich w innym celu niż obciążanie ich ryzykiem, np. zorganizowanie zbiórki pieniędzy wśród pracowników firmy na wspólny wyjazd integracyjny czy wyjście do teatru.

Komentowane przestępstwo ma charakter formalny (bezsuktkowy). Dla jego bytu wystarczy samo gromadzenie cudzych środków pieniężnych w celu obciążania ich ryzykiem. Nie jest przy tym konieczne ani to, żeby pokrzywdzeni chociażby w części utracili powierzone sprawcy środki pieniężne w wyniku obciążenia ich ryzykiem, ani nawet to, żeby w wyniku działania sprawcy pojawiło się konkretne niebezpieczeństwo takiej straty. Tym samym przestępstwo z art. 171 ust. 1 pr. bank. należy zaliczyć także do kategorii przestępstw abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego³².

2.2.2. Działalność bankowa

Przyjmuje się, że przepis art. 171 ust. 1 pr. bank. kryminalizuje nielegalne (bez zezwolenia) prowadzenie działalności gospodarczej zastrzeżonej ustawą dla banków³³.

³⁰ Art. 2 u.s.d.g.: „Działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopaliny ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły”.

³¹ M. Pachucki, *Piramidy i inne oszustwa na rynku finansowym. Poradnik klienta usług finansowych*, Warszawa 2013, s. 21, por. http://www.knf.gov.pl/Images/Piramidy_internet_tcm75-33243.pdf.

³² Podobnie K. Płończyk, P. Podlasko w: *Prawo...*, komentarz do art. 171 nb 5.7.; J. Majewski, *Przestępstwa...*, s. 278–279; P. Ochman, *Ochrona...*, s. 249–253.

³³ K. Płończyk, P. Podlasko w: *Prawo...*, komentarz do art. 171 nb 5.5.; P. Ochman, *Ochrona...*, s. 232–233.

Jest przy tym charakterystyczne, że sam ustawodawca nie nazwał jej wprost działalnością bankową czy parabankową, nie wskazał też na żadne konkretne czynności bankowe (por. art. 5 pr. bank.), których realizacja bez stosownego uprawnienia narazi sprawcę na odpowiedzialność karną z tytułu naruszenia art. 171 ust. 1 pr. bank. Odniesienie czynności sprawczej do naruszenia reglamentowanej działalności bankowej wynika z ulokowania omawianego przestępstwa w treści prawa bankowego, a więc z wykładni systemowej.

Ustawodawca poprzestał jedynie na wskazaniu od strony czynnościowej, na czym polegać ma przestępna działalność. Jest nią gromadzenie cudzych środków pieniężnych w celu obciążania ich ryzykiem. Wprawdzie dwa przykłady ryzyka: udzielanie kredytów i pożyczek, wymienione w art. 171 ust. 1 pr. bank., znajdują się na liście czynności bankowych (art. 5 ust. 1 pkt 3 i art. 5 ust. 2 pkt 1 pr. bank.), niemniej jednak w przypadku komentowanego przepisu dookreślają one znamię celu działania sprawcy, nie zaś znamię czynności wykonawczej. W tym stanie rzeczy kluczowe dla przybliżenia zakresu czynności wykonawczej przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank. staje się przełożenie sformułowania „gromadzenie środków pieniężnych innych osób fizycznych, prawnych lub jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej” na reglamentowaną przez państwo działalność bankową.

Zgodnie z art. 2 pr. bank. istotą działalności bankowej jest wykonywanie czynności bankowych obciążających ryzykiem środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym. Wśród czynności bankowych wyróżnia się tzw. czynności bankowe *sensu stricto* oraz *sensu largo*³⁴. Zasadniczo czynności bankowe *sensu stricto* zastrzeżone są ustawowo do wyłącznej właściwości banków (zob. art. 5 ust. 4 pr. bank.). Z ich wykonywaniem związany jest proces licencjonowania banków³⁵. Stosownie do art. 5 ust. 1 pr. bank. zalicza się do nich:

- 1) przyjmowanie wkładów pieniężnych płatnych na żądanie lub z nadejściem oznaczonego terminu oraz prowadzenie rachunków tych wkładów;
- 2) prowadzenie innych rachunków bankowych;
- 3) udzielanie kredytów;
- 4) udzielanie i potwierdzanie gwarancji bankowych oraz otwieranie i potwierdzanie akredytyw;
- 5) emitowanie bankowych papierów wartościowych;
- 6) przeprowadzanie bankowych rozliczeń pieniężnych;
- 6a) wydawanie instrumentu pieniądza elektronicznego;
- 7) wykonywanie innych czynności przewidzianych wyłącznie dla banku w odrębnych ustawach.

W prawie bankowym ustanowiono względny monopol banków na wykonywanie czynności bankowych *sensu stricto*³⁶. Na mocy art. 5 ust. 5 pr. bank. wymienione powyżej czynności mogą być wyjątkowo wykonywane przez jednostki organizacyjne inne niż banki, jeżeli przepisy odrębnych ustaw uprawniają je do tego. Swo-

³⁴ Szerzej na temat podziału na czynności bankowe *sensu stricto* i *sensu largo* zob. m.in. A. Kawulski, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 57–59; B. Paxford w: *Prawo bankowe. Komentarz*, H. Gronkiewicz-Waltz (red.), Warszawa 2013, s. 37–38.

³⁵ P. Ochman, *Ochrona...*, s. 50–52.

³⁶ A. Kawulski, *Prawo...*, s. 59.

boda gospodarcza w tym zakresie została zatem ograniczona przez ustawodawcę. Co do zasady podmioty inne niż banki nie mogą wykonywać czynności bankowych *sensu stricto*, wymienionych w art. 5 ust. 1 pr. bank. Uchylenie tego zakazu następuje dopiero na mocy szczególnego umocowania zawartego w akcie prawnym o randze ustawy. W tym wąskim zakresie ustawodawca legalizuje parabankową działalność niektórych podmiotów gospodarczych.

W praktyce chodzi tu m.in. o spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe (SKOK) oraz Krajową Spółdzielczą Kasę Oszczędnościowo-Kredytową, działające na podstawie ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych³⁷. Stosownie do art. 3 ust. 1 u.s.k.o.k. celem kas jest gromadzenie środków pieniężnych wyłącznie swoich członków, udzielanie im pożyczek i kredytów, przeprowadzanie na ich zlecenie rozliczeń finansowych oraz pośredniczenie przy zawieraniu umów ubezpieczenia na zasadach określonych w ustawie o pośrednictwie ubezpieczeniowym³⁸. Przedmiot ich działalności częściowo pokrywa się z przedmiotem działalności bankowej, zwłaszcza gdy wziąć pod uwagę działalność depozytową (art. 3 ust. 1 u.s.k.o.k. w zw. z art. 5 ust. 5 i art. 5 ust. 1 pkt 1 pr. bank.) i depozytowo-kredytową prowadzoną przez kasy w oparciu o oszczędności gromadzone przez ich członków (art. 36 ust. 1 u.s.k.o.k. zw. z art. 5 ust. 5 i art. 5 ust. 1 pkt 3 pr. bank.)³⁹. Przyjmuje się, że działalność depozytową wykonuje także Krajowa Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo-Kredytowa. Chociaż nie przyjmuje wkładów pieniężnych pod tytułem zwrotnym od ludności, lecz od spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych, środki pieniężne pochodzą w tym wypadku z funduszu oszczędnościowo-pożyczkowego, zasilanego m.in. z oszczędności członków kas (por. art. 25 u.s.k.o.k.)⁴⁰.

Z dwóch powodów nie wydaje się natomiast właściwe, aby z wyjątkiem zawartym w art. 5 ust. 5 pr. bank. wiązać działalność pracowniczych kas zapomogowo-pożyczkowych. Ich umocowanie do prowadzenia działalności depozytowej nie wynika bowiem z ustawy, jak wymaga tego ten przepis, a z rozporządzenia w sprawie pracowniczych kas zapomogowo-pożyczkowych oraz spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych w zakładach pracy⁴¹. Ponadto pracownicze kasy zapomogowo-pożyczkowe nie są jednostkami organizacyjnymi, a przepis art. 5 ust. 5 pr. bank. zawiera umocowanie do wykonywania czynności bankowych *sensu stricto* jedynie przez „jednostki organizacyjne inne niż banki”⁴².

W literaturze wskazuje się, że pewne czynności zastrzeżone tylko dla banków mogą na podstawie upoważnienia ustawowego wykonywać instytucje pieniądza

³⁷ Ustawa z 5.11.2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1450 ze zm.), dalej jako u.s.k.o.k.

³⁸ Ustawa z 22.05.2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (Dz. U. Nr 124, poz. 1154 ze zm.).

³⁹ Por. np. art. 28 u.s.k.o.k., zgodnie z którym oszczędności członka kasy złożone w kasie, niezależnie od ilości dowodów na złożone oszczędności, zapisuje się na imiennym rachunku członka kasy, oraz art. 36 ust. 2 u.s.k.o.k., który w zakresie udzielania kredytów odsyła odpowiednio do przepisów prawa bankowego. Szerzej na ten temat zob. W. Srokosz, *Instytucje parabankowe w Polsce*, Warszawa 2001, s. 500–504 i 505–508.

⁴⁰ W. Srokosz, *Instytucje...*, s. 75.

⁴¹ Zob. rozporządzenie Rady Ministrów z 19.12.1992 r. w sprawie pracowniczych kas zapomogowo-pożyczkowych oraz spółdzielczych kas oszczędnościowo-kredytowych w zakładach pracy (Dz. U. Nr 100, poz. 502 ze zm.) oraz art. 39 ustawy z 23.05.1991 r. o związkach zawodowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 167 ze zm.).

⁴² Szerzej na ten temat zob. przekonującą argumentację W. Srokosza – zob. W. Srokosz, *Czynności bankowe zastrzeżone dla banków*, Bydgoszcz 2003, s. 66–67; W. Srokosz, *Instytucje...*, s. 74. Odmienne E. Hryniewicz, *Przestępstwa...*, s. 318.

elektronicznego działające w oparciu o przepisy ustawy o elektronicznych instrumentach płatniczych⁴³. Instytucja pieniądza elektronicznego to, zgodnie z art. 2 pkt 5 u.e.i.p., inna niż bank osoba prawna, utworzona i działająca na podstawie zezwolenia właściwych władz lub przepisów prawa, której przedmiotem działania jest prowadzenie we własnym imieniu i na własny rachunek działalności polegającej na wydawaniu do dyspozycji i wykupie pieniądza elektronicznego oraz rozliczanie transakcji dokonywanych przy użyciu instrumentów pieniądza elektronicznego. Na mocy szczegółowych przepisów ustawy o elektronicznych instrumentach płatniczych (por. np. art. 1, art. 45 ust. 1 u.e.i.p.) wydaje się instrumenty pieniądza elektronicznego (np. karty elektroniczne zasilane do określonej wartości), a więc wykonuje jedną z czynności zastrzeżonych dla banków (por. art. 5 ust. 1 pkt 6a pr. bank.)⁴⁴.

Banki wykonują także inne czynności, tzw. czynności bankowe *sensu largo*, które zostały wyliczone w art. 5 ust. 2 pr. bank.⁴⁵ Należą do nich:

- 1) udzielanie pożyczek pieniężnych;
- 2) operacje czekowe i wekslowe oraz operacje, których przedmiotem są warranty;
- 3) wydawanie kart płatniczych oraz wykonywanie operacji przy ich użyciu;
- 4) terminowe operacje finansowe;
- 5) nabywanie i zbywanie wierzytelności pieniężnych;
- 6) przechowywanie przedmiotów i papierów wartościowych oraz udostępnianie skrytek sejfowych;
- 7) prowadzenie skupu i sprzedaży wartości dewizowych;
- 8) udzielanie i potwierdzanie poręczeń;
- 9) wykonywanie czynności zleconych, związanych z emisją papierów wartościowych;
- 10) pośrednictwo w dokonywaniu przekazów pieniężnych oraz rozliczeń w obrocie dewizowym.

Czynności te mogą być realizowane przez podmioty inne niż banki. Inaczej niż w przypadku czynności bankowych *sensu stricto*, nie są one objęte generalnym zakazem podejmowania ich bez szczególnego, ustawowego upoważnienia (art. 5 ust. 4 w zw. z ust. 5 pr. bank.). Nie mają także wówczas statusu czynności bankowych. Status ten uzyskują dopiero w przypadku, gdy wykonuje je bank, a wiąże się z tym określone uprawnienia i obowiązki banku⁴⁶. Dopuszczenie banku do wykonywania konkretnej czynności z listy art. 5 ust. 2 pr. bank. jest ponadto objęte

⁴³ Ustawa z 12.09.2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 1232), dalej jako u.e.i.p.

⁴⁴ A. Kawulski, *Prawo...*, s. 59; W. Srokosz, *Instytucje...*, s. 204.

⁴⁵ Poza czynnościami bankowymi określonymi w art. 5 ust. 1 i 2 pr. bank. banki mogą wykonywać jeszcze szereg innych usług (zob. art. 6 pr. bank.), które jednak nie należą do istoty działalności banków, nie zakładają bowiem obciążania ryzykiem powierzonych środków pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym, a w konsekwencji nie są objęte zezwoleniem na ich dokonywanie, o którym mowa w art. 2 pr. bank.

⁴⁶ Wspomniane uprawnienia i obowiązki banków w zakresie realizacji czynności bankowych obejmują zresztą tak czynności *sensu stricto*, jak i *sensu largo*. Chodzi tu m.in. o obowiązek zachowania tajemnicy bankowej (art. 104 pr. bank.), moc prawną dokumentów urzędowych w odniesieniu do ksiąg banków, wyciągów z ksiąg banków i oświadczeń banków (art. 95 pr. bank.), czy uprawnienie do pobierania prowizji (art. 110 pr. bank.). Zob. A. Kawulski, *Prawo...*, s. 57.

zezwoleń KNF⁴⁷ (por. np. art. 31 ust. 1 pkt 2 oraz art. 34 ust. 1 pr. bank.) i zawarte w statucie banku⁴⁸.

Zważywszy na powyższe ustalenia, rysuje się wniosek, że dla zdekodowania treści znamienia czynności sprawczej przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank. znaczenie będą miały jedynie niektóre z czynności bankowych *sensu stricto*. Sformułowanie „gromadzenie środków pieniężnych innych osób fizycznych, prawnych lub jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej” może w praktyce przełożyć się na przyjmowanie wkładów pieniężnych płatnych na żądanie lub z nadejściem oznaczonego terminu oraz prowadzenie rachunków tych wkładów czy prowadzenie innych rachunków bankowych (art. 5 ust. 1 pkt 1 i 2 pr. bank.). Kryminalizacją objęte jest gromadzenie środków pieniężnych, a w zasadzie tylko art. 5 ust. 1 pkt 1 i 2 pr. bank. dotyczy gromadzenia. Ponadto z racji, iż czynności bankowych *sensu largo* nie dotyczy względny monopol ich wykonywania przez banki (por. art. 5 ust. 4 pr. bank.) lub podmioty niebędące bankami działające na podstawie szczególnego ustawowego upoważnienia, o którym mowa w art. 5 ust. 5 pr. bank., wydaje się, że ich realizacja może pociągnąć za sobą odpowiedzialność z art. 171 ust. 1 pr. bank. jedynie wyjątkowo. W grę wchodzi sytuacja, która wiązałaby się z wykonaniem czynności zaliczonej do kategorii *sensu largo* z naruszeniem zakazu ulokowanego poza prawem bankowym, w innym akcie prawnym o randze ustawy. Podobnie rzecz się ma w przypadku usług finansowych niebędących nominalnie czynnościami bankowymi określonych w art. 6 ust. 1 pr. bank.

Należy w tym miejscu zastrzec, że sposób wysłowienia przez ustawodawcę zakazu gromadzenia środków pieniężnych innych podmiotów budzi pewne wątpliwości. Przykładowo nie jest do końca jasne, czy sprawca przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank. gromadzić ma cudze środki pieniężne „pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym”. Przepis art. 171 ust. 1 pr. bank. nie zawiera takiej klauzuli wyrażonej *expressis verbis*. Tym niemniej ma kryminalizować zachowania podmiotów nieprofesjonalnych, które prowadzą działalność zastrzeżoną dla banków, czyniąc to bez zezwolenia. Istotą działalności bankowej jest z kolei – zgodnie z art. 2 pr. bank. – wykonywanie czynności obciążających ryzykiem środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym. W związku z tym w literaturze stawiany jest wymóg, aby sprawca, gromadząc od uczestników obrotu gospodarczego środki pieniężne, czynił to pod tytułem zwrotnym. Przy tej okazji pomocniczo wskazuje się właśnie na treść art. 2 pr. bank.⁴⁹

W obecnym brzmieniu art. 171 ust. 1 pr. bank. zabieg ten wydaje się słuszny, gdyż prowadzi do koniecznego doprecyzowania pola kryminalizacji przestępstwa określonego w tym przepisie. Ma on jednak swoje oparcie jedynie w wykładni funkcjonalnej. Wykładnia literalna nie daje tu jednoznacznej odpowiedzi.

2.2.3. Przedmiot czynności wykonawczej

Przedmiotem czynności wykonawczej przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank. są środki pieniężne. Pod tym pojęciem należy rozumieć jedynie środki płatnicze

⁴⁷ P. Ochman, *Ochrona...*, s. 50–51.

⁴⁸ A. Kawulski, *Prawo...*, s. 57.

⁴⁹ W ten sposób m.in. K. Płończyk, P. Podlasko w: *Prawo...*, komentarz do art. 171 nb 5.5.; R. Zawłocki, *Przestępstwa...*, s. 125; J. Skorupka, *Prawo...*, s. 208; L. Mazur, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 808.

wyrażone w pieniądzu. Poza zakresem kryminalizacji wyznaczonym przepisem art. 171 ust. 1 pr. bank. pozostaje gromadzenie np. kruszców szlacheckich, biżuterii, papierów wartościowych.

Stosownie do art. 31 w zw. z art. 32 ustawy o Narodowym Banku Polskim⁵⁰ na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej znakami pieniężnymi, będącymi prawnym środkiem płatniczym, są banknoty i monety opiewające na złote i grosze. Ich wyłącznym emitentem jest Narodowy Bank Polski (art. 4 ustawy o NBP). Omawiany przepis nie ogranicza jednak znamienia środków pieniężnych do znaków pieniężnych Rzeczypospolitej Polskiej. Oznacza to w praktyce, że na jego podstawie ściganiu podlega także gromadzenie walut obcych.

Z punktu widzenia sprawcy gromadzone środki pieniężne są cudze. Ustawa określa szeroko krąg osób poszkodowanych; są to osoby fizyczne, prawne, jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, a więc w zasadzie wszyscy uczestnicy rynku.

2.2.4. Klauzula normatywna „bez zezwolenia”

Działalność gospodarcza polegająca na gromadzeniu środków pieniężnych innych osób w celu obciążania ich ryzykiem, będąca odpowiednikiem bankowej działalności depozytowej, depozytowo-kredytowej lub innej określonej w art. 5 ust. 1 pr. bank., jest ściśle reglamentowana przez państwo. W tym wrażliwym sektorze gospodarki kraju z woli ustawodawcy nie obowiązuje generalna zasada swobody podejmowania działalności gospodarczej. Przeciwnie, uczestnicy rynku zainteresowani prowadzeniem tego typu działalności napotykać na zakaz jej prowadzenia, który dopiero po spełnieniu określonych warunków może być uchylony. Refleksem tego założenia jest kryminalizacja zachowań podjętych z naruszeniem zakazu prowadzenia działalności gospodarczej w tym obszarze. Z ustawowego opisu przestępstwa określonego w art. 171 ust. 1 pr. bank. wynika jednoznacznie, że ściganiu podlega tylko ten sprawca, który gromadzi cudze środki pieniężne w celu obciążania ich na różne sposoby ryzykiem, nie mając do tego stosownego zezwolenia.

Znamię „bez zezwolenia” jest klauzulą normatywną. Użycie przez ustawodawcę takiego rozwiązania legislacyjnego przy typizacji czynu zabronionego ma swoje konsekwencje, jeżeli chodzi o sposób interpretacji przepisu, a dalej – wyznaczenie pola kryminalizacji na etapie stosowania prawa. Jak wskazał Z. Cwiakalski, cechą charakterystyczną klauzuli normatywnej jest to, że informacja w niej zawarta nie jest zupełna i nie wystarczy do jej zdekodowania. W tej sytuacji konieczne staje się dodatkowe uzupełnienie treści klauzuli w postaci innego stwierdzenia o prawnym charakterze, zaczerpniętego z innego źródła: przepisu ułożonego w tym samym lub innym akcie prawnym, decyzji administracyjnej, regulaminu, zakresu obowiązków itd.⁵¹

W przypadku przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank. zdekodowanie klauzuli „bez zezwolenia” sprawia o tyle kłopot, że proces dopuszczenia do prowadzenia

⁵⁰ Ustawa z 29.08.1997 r. o Narodowym Banku Polskim (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 908 ze zm.), dalej jako ustawa o NBP.

⁵¹ Z. Cwiakalski, *Znamiona normatywne w kodeksie karnym*, w: Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, S. Waltoś, A. Zoll, *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci Profesora Kazimierza Buchały*, Kraków 1994, s. 20.

działalności gospodarczej w tej sferze rynku jest złożony, a do tego dość kazuistycznie określony. Rodzi się przy tym wątpliwość, czy użyte w typizacji tego przestępstwa sformułowanie „bez zezwolenia” jest do końca adekwatne treściowo, jako że kojarzy się przede wszystkim z indywidualnym aktem administracyjnym (decyzją administracyjną). Jeżeli zaś wziąć pod uwagę całe spektrum podmiotów dopuszczonych na obszarze Polski do prowadzenia działalności zastrzeżonej dla banków, uchylenie zakazu bywa – w zależności od rodzaju podmiotu wnioskującego – wyprowadzane z różnych źródeł. Nie zawsze przy tym jest to decyzja administracyjna, choć generalnie rzecz biorąc, dopuszczenie do prowadzenia działalności bankowej właśnie w drodze decyzji administracyjnej bywa najczęstsze. Wówczas decyzja, zwana zezwoleniem, wydawana jest przez KNF lub w przypadku innych państw Unii Europejskiej – właściwe władze nadzorcze państwa macierzystego. Z kolei w innych przypadkach uchylenie reglamentacji następuje na mocy rozporządzenia Rady Ministrów (banki państwowe) czy umowy agencyjnej zawartej między bankiem a przedsiębiorcą, o której bank jedynie zawiadamia KNF. Nie bez znaczenia pozostają tu także szczegółowe regulacje unijne⁵².

Spśród trzech prawnych form organizacyjnych, w jakich tworzone są banki w Polsce, tj. spółki akcyjnej, banku spółdzielczego oraz banku państwowego (zob. art. 12 pr. bank.), jedynie w dwóch pierwszych z nich utworzenie banku następuje po uzyskaniu zezwolenia KNF (art. 30a pr. bank.), w którym określa się m.in. zakres działalności, do której bank zostaje upoważniony (art. 34 ust. 1 pr. bank.). Dla rozpoczęcia faktycznej działalności banku w formie spółki akcyjnej i banku spółdzielczego wymagane jest uzyskanie kolejnego, odrębnego zezwolenia KNF (art. 36 ust. 1 pr. bank.). Dla odmiany bank państwowy, na mocy delegacji ustawowej z art. 14 ust. 1 pr. bank., tworzony jest przez Radę Ministrów w drodze rozporządzenia jedynie zaopiniowanego przez KNF. W tym przypadku to rozporządzenie Rady Ministrów określa wszystkie konstytutywne przesłanki założenia banku, w tym zakres jego działalności (art. 14 ust. 2 pr. bank.).

Sytuację komplikuje nieco fakt, że bank może zgodnie z art. 6a ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pr. bank. w drodze zawartej na piśmie umowy agencyjnej powierzyć przedsiębiorcy lub przedsiębiorcy zagranicznemu (z zastrzeżeniem art. 6d pr. bank.) wykonywanie w imieniu i na rzecz banku pośrednictwa w zakresie czynności bankowych wymienionych w art. 5 pr. bank., a także usług, o których mowa w art. 6 pr. bank. W tej sytuacji bank jedynie zawiadamia KNF (art. 6c ust. 2 pr. bank.), która może jednak w przypadkach określonych w art. 6c ust. 5 pr. bank. nakazać bankowi w drodze decyzji podjęcie działań zmierzających do zmiany lub rozwiązania takiej umowy. Z kolei stosownie do art. 6d ust. 1 pr. bank. zezwolenia KNF udzielonego na wniosek banku wymaga zawarcie przez bank umowy agencyjnej z przedsiębiorcą zagranicznym niemającym miejsca stałego zamieszkania lub nieposiadającym siedziby na terytorium państwa członkowskiego, a także umowy przewidującej, że powierzone czynności będą wykonywane poza terytorium państwa członkowskiego.

⁵² Zob. np. dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/110/WE z 16.09.2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje pieniądza elektronicznego oraz nadzoru ostrożnościowego nad ich działalnością, zmieniającą dyrektywę 2005/50/WE i 2006/48/WE oraz uchylającą dyrektywę 2000/46/WE (Dz. Urz. UE L 267 z 2009 r., s. 7).

Zezwolenia KNF wymaga również utworzenie za granicą banku oraz oddziału banku przez bank krajowy (art. 39 ust. 1 pr. bank.). Z kolei w sytuacji odwrotnej, gdy do utworzenia oddziału lub przedstawicielstwa⁵³ przystępuje w Polsce bank zagraniczny, wymagane jest uzyskanie zezwolenia KNF wydanego po uzgodnieniu z Ministrem Finansów (art. 40 ust. 1 i art. 42 ust. 1 pr. bank.).

W odrębny sposób uregulowano dopuszczenie do prowadzenia działalności na terytorium Polski tzw. instytucji kredytowej, czyli podmiotu mającego swoją siedzibę poza granicą Polski, na terytorium jednego z państw członkowskich Unii Europejskiej, prowadzącego we własnym imieniu i na własny rachunek, na podstawie zezwolenia właściwych władz nadzorczych, działalność polegającą na przyjmowaniu depozytów lub innych środków powierzonych pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym i na udzielaniu kredytów lub na wydawaniu pieniądza elektronicznego (por. art. 4 ust. 1 pkt 17 pr. bank.). Stosownie do art. 48j pr. bank. instytucja kredytowa może wykonywać na terytorium Polski czynności bankowe określone w art. 5 ust. 1 i 2 pr. bank., także usługi bankowe określone w art. 6 ust. 1 pkt 1–4 i 6–8 pr. bank. w zakresie wynikającym z zezwolenia udzielonego przez właściwe władze nadzorcze państwa macierzystego. Zgodnie z zasadą jednej licencji bankowej na terytorium UE jest ono wystarczające⁵⁴, z tym że w przypadku działalności transgranicznej instytucja kredytowa może ją rozpocząć na terytorium Polski dopiero po otrzymaniu przez KNF zawiadomienia od właściwych władz nadzorczych państwa macierzystego, które określa rodzaje czynności, jakie instytucja zamierza wykonywać (art. 48l pr. bank.).

Z kolei w przypadku założenia, że działalność instytucji kredytowej będzie prowadzona w formie oddziału, wymagany jest upływ dwumiesięcznego okresu od dnia otrzymania przez KNF od właściwych władz nadzorczych państwa macierzystego pakietu informacji określonych szczegółowo w art. 48l ust. 1 pr. bank. W tym okresie KNF może dodatkowo wskazać warunki, które w interesie dobra ogólnego, w szczególności w celu ochrony dóbr konsumenta, zapewnienia bezpieczeństwa obrotu gospodarczego lub zapobieżenia naruszeniom prawa, oddział instytucji kredytowej musi spełniać przy prowadzeniu działalności na terytorium Polski (art. 48l ust. 2 pr. bank.). Jeszcze inny tryb obowiązuje w przypadku otwarcia przedstawicielstwa. Instytucja kredytowa jest wówczas zobowiązana uzyskać zezwolenie KNF, wydane po uzgodnieniu z ministrem właściwym do spraw instytucji finansowych (art. 42 ust. 1 pr. bank.)⁵⁵.

Zezwolenia KNF wymaga także założenie spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej (art. 7 ust. 1 u.s.k.o.k.) oraz utworzenie i prowadzenie działalności przez instytucję pieniądza elektronicznego (art. 36 ust. 1 u.e.i.p.).

Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić, że klauzula normatywna „bez zezwolenia”, użyta w typizacji przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank., nie jest do końca adekwatna treściowo. Zezwolenie kojarzone z indywidualnym aktem

⁵³ Stosownie do art. 42 ust. 4 pr. bank. zakres działania przedstawicielstwa banku zagranicznego może obejmować wyłącznie prowadzenie działalności polegającej na reklamie i promocji banku zagranicznego w zakresie ustalonym w zezwoleniu.

⁵⁴ P. Ochman, *Ochrona...*, s. 245.

⁵⁵ Stosownie do art. 42 ust. 4 pr. bank. zakres działania przedstawicielstwa instytucji kredytowej może obejmować wyłącznie prowadzenie działalności polegającej na reklamie i promocji w zakresie ustalonym w zezwoleniu.

administracyjnym (decyzją administracyjną) jest wprowadzenie najczęstszym sposobem dopuszczenia do wykonywania reglamentowanej przez państwo działalności bankowej, ale nie jedynym w świetle obowiązujących przepisów. Zasadne wydaje się zatem, aby zmienić jej brzmienie w drodze nowelizacji i zastąpić ją szerszym sformułowaniem, którego zakres obejmie różne źródła uprawniające do prowadzenia działalności bankowej, np. „Kto bez wymaganego zezwolenia lub upoważnienia zawartego w odrębnych przepisach albo nie będąc do tego uprawnionym w inny sposób określony w ustawie (...)”⁵⁶ albo syntetycznie „Kto nie będąc do tego uprawnionym (...)”. Wskazówka, aby *de lege lata* w ten właśnie szeroki sposób interpretować znamię „bez zezwolenia”, jest już zresztą formułowana od pewnego czasu w literaturze⁵⁷.

Należy jeszcze dodać, że znamię „bez zezwolenia” będzie zrealizowane zarówno wtedy, gdy sprawca nie dysponuje jakimkolwiek zezwoleniem (w ogóle nie jest uprawniony) do prowadzenia działalności zastrzeżonej dla banków, a polegającej na gromadzeniu środków pieniężnych innych podmiotów w celu obciążania ich ryzykiem, jak również wtedy, gdy zezwolenie (uprawnienie) do prowadzenia takiej działalności posiada, ale wykracza poza jego granice⁵⁸.

2.3. Podmiot

Sposób określenia podmiotu przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank. budzi zastrzeżenia. Nasuwają się one zwłaszcza, gdy zestawić brzmienie przepisu art. 171 ust. 1 pr. bank. z treścią art. 171 ust. 3 pr. bank., w którym przewidziana została tzw. klauzula odpowiedzialności zastępczej sprawcy działającego w imieniu lub w interesie osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej. Wątpliwości dotyczą tego, z jakim rodzajem przestępstwa mamy do czynienia (powszechnym czy indywidualnym), jaką rolę pełni przepis art. 171 ust. 3 pr. bank. względem art. 171 ust. 1 pr. bank. i czy jest on w ogóle potrzebny.

Przyjęty przez ustawodawcę sposób typizacji przestępstwa określonego w art. 171 ust. 1 pr. bank. wskazywać by mógł, że jego podmiotem może być każda osoba zdolna do ponoszenia odpowiedzialności karnej, a więc że mamy w tym wypadku do czynienia z przestępstwem powszechnym. W opisie znamion przestępstwa ustawodawca posłużył się bowiem zaimkiem „kto”, bez dalszego dookreślenia sprawcy cechą indywidualizującą, od której uzależniona byłaby jego odpowiedzialność karna. Zgodnie z § 144 ust. 1 zasad techniki prawodawczej⁵⁹, jeżeli norma ma być adresowana do każdej osoby fizycznej, adresata tej normy wskazuje się właśnie wyrazem „kto”. W ten sposób podmiot przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank. dekoduje część przedstawicieli doktryny, dopatrując się w nim przestępstwa powszechnego⁶⁰.

⁵⁶ Taka klauzula znajduje się np. w art. 178 ustawy z 29.07.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 94 ze zm.).

⁵⁷ Zob. np. J. Majewski, *Przestępstwa...*, s. 279; W. Srokosz, *Instytucje...*, s. 73; J. Skorupka, *Prawo...*, s. 207; Z. Ofiarski, *Prawo...*, komentarz do art. 171 nb 2. Odmiennie P. Ochman, który klauzulę „bez zezwolenia” łączy tylko z „substratem indywidualnego aktu administracyjnego” – por. P. Ochman, *Ochrona...*, s. 248–249.

⁵⁸ Podobnie K. Płończyk, P. Podlasko w: *Prawo...*, komentarz do art. 171 nb 5.4; A. Kawulski, *Prawo...*, s. 697; J. Majewski, *Przestępstwa...*, s. 279–280.

⁵⁹ Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20.06.2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. Nr 100, poz. 908).

⁶⁰ J. Majewski, *Przestępstwa...*, s. 275; K. Płończyk, P. Podlasko w: *Prawo...*, komentarz do art. 171 nb 5.2.; J. Skorupka, *Prawo...*, s. 209; M. Bojarski w: *Pozakodeksowe...*, s. 165.

Bardziej przekonująca wydaje się jednak interpretacja, w myśl której przestępstwo z art. 171 ust. 1 pr. bank. jest przestępstwem indywidualnym, zaś jego sprawcą może stać się jedynie osoba działająca we własnym imieniu lub interesie, na co wskazuje pośrednio treść przepisu art. 171 ust. 3 pr. bank.⁶¹ Stosownie do art. 171 ust. 3 pr. bank. karę przewidzianą za przestępstwo z art. 171 ust. 1 pr. bank. (a także art. 171 ust. 2 pr. bank.) poniesie osoba, która dopuszcza się go, „działając w imieniu lub w interesie osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej”. Skoro zatem sam ustawodawca uznał, że osoby działające w imieniu lub w interesie osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej nie są objęte kryminalizacją na podstawie typu z art. 171 ust. 1 pr. bank. i przeniósł ocenę ich zachowań do art. 171 ust. 3 pr. bank., sprawcą przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank. nie będzie każdy, a jedynie ten, kto działa w imieniu lub interesie własnym.

De lege lata klauzula odpowiedzialności zastępczej z art. 171 ust. 3 pr. bank. zawęży zatem krąg podmiotów zdalnych do poniesienia odpowiedzialności karnej na podstawie art. 171 ust. 1 pr. bank. Jest to efekt nietypowy, gdyż zastosowanie klauzuli odpowiedzialności zastępczej zazwyczaj poszerza krąg podmiotów odpowiedzialnych karnie w stosunku do przestępstwa wyjściowego, jak przykładowo ma to miejsce w przypadku art. 308 kodeksu karnego⁶², gdzie odpowiedzialność dłużników i wierzycieli za przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu została rozciągnięta na osoby zajmujące się sprawami majątkowymi innych podmiotów. W tym ostatnim przypadku klauzula odpowiedzialności zastępczej została wykorzystana przez ustawodawcę do stworzenia odmiany przestępstwa indywidualnego, a więc poszerzenia pola kryminalizacji, co z techniczno-legislacyjnego punktu widzenia nie budzi zastrzeżeń. Inaczej jest natomiast w przypadku przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank., które, gdyby zinterpretować je w oderwaniu od art. 171 ust. 3 pr. bank., miałoby charakter powszechny i objęłoby zarówno tych, którzy działają w imieniu lub interesie własnym, jak i tych, którzy dopuszczają się go w imieniu lub interesie innych podmiotów. W tym kontekście rodzi się pytanie o sens wprowadzenia i utrzymywania przepisu art. 171 ust. 3 pr. bank. Wydaje się, że jest on wątpliwy.

Ponadto dodać należy, że klauzula odpowiedzialności zastępczej z art. 171 ust. 3 pr. bank. dotknięta jest jeszcze jednym mankamentem, a mianowicie, nie wiezieć czemu, pominięto w niej te osoby, które bez zezwolenia prowadzą działalność parabankową określoną w art. 171 ust. 1 pr. bank., czyniąc to „w imieniu lub interesie osoby fizycznej”. Literalne odczytanie treści przepisu art. 171 ust. 3 pr. bank. wskazuje, że obejmuje on ściganiem jedynie działających „w imieniu lub interesie osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej”. *A contrario* oznacza to, że prowadzenie bez zezwolenia działalności parabankowej „w imieniu lub interesie osoby fizycznej” nie jest objęte kryminalizacją na podstawie art. 171 ust. 3 pr. bank. Z uwagi na zakaz wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy działanie „w imieniu lub interesie osoby fizycznej” nie mieści się także w zakresie stosowania art. 171 ust. 1 pr. bank.⁶³ Z kryminalno-politycznego punktu

⁶¹ W ten sposób P. Ochman, *Ochrona...*, s. 175–186 i 306–307.

⁶² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.), dalej jako k.k.

⁶³ Podobnie J. Majewski, *Przestępstwa...*, s. 276–277; P. Ochman, *Ochrona...*, s. 185.

widzenia budzi to zasadnicze wątpliwości, zwłaszcza że przypadki takie, jeżeli już zaistnieją, w równym stopniu prowadzą do naruszenia dóbr będących przedmiotem ochrony art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank., jak podobne działania realizowane w imieniu lub interesie własnym albo osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej.

De lege ferenda należy rekomendować wyeliminowanie klauzuli odpowiedzialności zastępczej w drodze interwencji ustawodawcy. Przepis art. 171 ust. 3 pr. bank. jest całkowicie zbędny, do tego skonstruowany niekonsekwentnie, jeżeli wziąć pod uwagę nieuwzględnienie osób działających „w imieniu lub interesie osoby fizycznej”. Po usunięciu art. 171 ust. 3 pr. bank. wyłączną podstawą kryminalizacji zachowań polegających na nielegalnym prowadzeniu działalności parabankowej zostanie art. 171 ust. 1 pr. bank. Od strony stylizacji językowej jest on ujęty na tyle szeroko, że obejmie zachowania realizowane w imieniu lub interesie zarówno „własnym”, jak i „cudzym”, w tym nie tylko osób prawnych i jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, ale również osób fizycznych⁶⁴.

2.4. Strona podmiotowa

Przestępstwo określone w art. 171 ust. 1 pr. bank. należy do tzw. przestępstw kierunkowych⁶⁵. W jego opisie znamion ustawodawca umieścił dodatkową cechę, którą spełnić musi strona podmiotowa umyślnego zachowania sprawcy, a mianowicie działanie w określonym celu (*dolus directus coloratus*), w tym wypadku w celu obciążania ryzykiem środków pieniężnych innych podmiotów. Osoba dopuszczająca się przestępstwa nielegalnej działalności bankowej działa w zamiarze bezpośrednim zabarwionym takim właśnie celem. Mając świadomość, że jej działalność, polegająca na gromadzeniu środków pieniężnych innych osób, jest prowadzona bez zezwolenia, ewentualnie z przekroczeniem granic udzielonego zezwolenia, kieruje się celem obciążania cudzych środków pieniężnych ryzykiem. Dodatkowo wskazuje się, że sprawca powinien obejmować swoją świadomością także to, iż działa w imieniu lub interesie własnym bądź innej osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej (*argumentum ex art. 171 ust. 3 w zw. z art. 171 ust. 1 pr. bank.*)⁶⁶.

Ustawodawca wymienia wprost dwa podstawowe źródła ryzyka, jak należy domniemywać szczególnie groźne dla nieświadomych klientów parabanków. Chodzi tu mianowicie o gromadzenie cudzych środków pieniężnych w celu udzielania z nich dalej innym osobom kredytów lub pożyczek. W grę wchodzi jednak każdy inny sposób obciążenia ryzykiem środków pieniężnych, którym będzie kierował się sprawca tego przestępstwa przy okazji realizacji znamion strony przedmiotowej. Wynika to wprost z zastosowania w ustawie klauzuli dopełniającej „w inny sposób”.

Temu ujęciu stawiany jest zarzut naruszenia zasady *nullum crimen sine lege certa*. Towarzyszące znamieniu gromadzenia środków pieniężnych sformułowanie

⁶⁴ Podobny pozytywny efekt zostanie osiągnięty także na gruncie przepisu art. 171 ust. 2 pr. bank.

⁶⁵ S. Frankowski, *Przestępstwa kierunkowe w teorii i praktyce*, Warszawa 1970, s. 24; L. Gardocki, *Prawo...*, s. 81–82; M. Budyn-Kulik w: *Prawo karne materialne. Część ogólna*, M. Mozgawa (red.), Warszawa 2011, s. 212.

⁶⁶ P. Ochman, *Ochrona...*, s. 315–316.

„obciążanie ryzykiem tych środków w inny sposób” jest z gruntu nieostre, jako że zbudowano je na dwóch niedookreślonych znamionach „ryzyko” i „w inny sposób”. Pojęcie ryzyka jest niejednolicie rozumiane nawet w wiodących w tym zakresie naukach ekonomicznych⁶⁷. Do tego w ustawowym opisie czynu z art. 171 ust. 1 pr. bank. zostało powiązane ze znamieniem „w inny sposób”, co tylko jeszcze bardziej komplikuje szansę na zdekodowanie treści przepisu. Już przed laty krytycznie odniósł się do tej techniki typizacji L. Gardocki, który nazwał ją „legalną ułamkową analogią”, i zaliczył do przypadków naruszenia zasady określoności czynu zabronionego⁶⁸. Doprowadziło to do stworzenia przepisu karnego nazbyt pojemnego, wykraczającego poza *ratio legis* kryminalizacji nielegalnej działalności parabankowej. Gdyby zinterpretować treść przepisu art. 171 ust. 1 pr. bank. w sposób czysto literalny, okazałoby się, że osobą gromadzącą środki pieniężne innych osób w celu obciążenia ich ryzykiem jest np. ten, kto zbiera w zaprzyjaźnionym gronie pieniądze, aby kupić za nie wspólny los na loterii.

De lege lata tamę przed taką interpretacją stanowić może wykładnia systemowa poprzez odwołanie się do miejsca ulokowania przepisu art. 171 ust. 1 w treści prawa bankowego. Nadmiernemu rozszerzaniu pola kryminalizacji przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank. można w tym wypadku przeciwdziałać także z powołaniem się na limitującą funkcję przedmiotu ochrony, w tym powiązanie treści tego uregulowania z istotą działalności bankowej, jaką jest – zgodnie z art. 2 pr. bank. – wykonywanie czynności bankowych obciążających ryzykiem środki powierzone pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym.

Biorąc powyższe pod uwagę, zasadna wydaje się propozycja P. Ochmana, aby wyeliminować pojęcie ryzyka z ustawowego opisu przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank. i oprzeć się w nim na odesłaniu do konkretnych przepisów prawa bankowego egzemplifikujących czynności bankowe, których podmiot nieprofesjonalny, nieposiadający stosownego zezwolenia, nie mógłby wykonywać⁶⁹.

2.5. Zbieg przestępstw i zbieg przepisów ustawy

Sprawca przestępstwa określonego w art. 171 ust. 1 pr. bank., aby skusić potencjalnych klientów do przekazania mu środków pieniężnych, musi zaoferować im coś w zamian. Zazwyczaj są to ponadstandardowe zyski z inwestycji lub łatwiejszy dostęp do pieniędzy uzyskanych np. w formie pożyczki lub kredytu. Przy tej okazji w scenariusz prowadzonej przez sprawcę działalności gospodarczej włączana bywa perspektywa inwestowania w instrumenty profesjonalnego rynku finansowego, jak akcje, obligacje, opcje, struktury ubezpieczeniowo-inwestycyjne, rynek walutowy. W przeważającej części rynek tego rodzaju usług jest ściśle reglamentowany przez państwo, które wymaga od przedsiębiorcy poddania się nadzorowi jego wyspecjalizowanych organów i uzyskania stosownych zezwoleń. Naruszenie obowiązujących

⁶⁷ Por. na ten temat przekonujący wywód P. Ochmana – P. Ochman, *Ochrona...*, s. 236–241 i 254. Krytycznie także L. Mazur, *Prawo...*, s. 807; E. Fojcik-Mastalska w: *Prawo bankowe. Komentarz*, E. Fojcik-Mastalska (red.), Warszawa 2007, s. 685 i n. Odmiennie J. Majewski, który nie dostrzega w tym przypadku zagrożenia dla określoności czynu – zob. J. Majewski, *Przestępstwa...*, s. 280.

⁶⁸ L. Gardocki, *Typowe zakłócenia zasady nullum crimen sine lege*, „*Studia Iuridica*” 1982/10, s. 54.

⁶⁹ P. Ochman, *Ochrona...*, s. 241 i 254–256.

reguł postępowania w tym obszarze prowadzić może do odpowiedzialności karnej na podstawie szczegółowych typów przestępstw określonych w pozakodeksowych przepisach prawa karnego gospodarczego. W tej sytuacji w grę wchodzi możliwość popełnienia przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank. w rzeczywistym zbiegu z innym przestępstwem gospodarczym, polegającym na prowadzeniu określonej działalności bez stosownego zezwolenia organów administracji lub upoważnienia zawartego w odrębnych przepisach prawa. Tytułem przykładu można wskazać tu na ewentualność zbiegu przestępstwa nielegalnego prowadzenia działalności parbankowej (art. 171 ust. 1 pr. bank.) z:

- przestępstwem nielegalnego prowadzenia działalności w zakresie obrotu instrumentami finansowymi (art. 178 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi⁷⁰);
- przestępstwem nielegalnego prowadzenia funduszu emerytalnego (art. 216 ustawy o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych⁷¹);
- przestępstwem nielegalnego wykonywania czynności ubezpieczeniowych lub działalności reasekuracyjnej (art. 225 ust. 1 i 2 ustawy o działalności ubezpieczeniowej⁷²);
- przestępstwem nielegalnego wykonywania działalności polegającej na lokowaniu, w papiery wartościowe, instrumenty rynku pieniężnego lub inne prawa majątkowe, środków pieniężnych osób fizycznych, prawnych lub jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, zebranych w drodze propozycji zawarcia umowy, której przedmiotem jest udział w tym przedsięwzięciu (art. 287 ustawy o funduszach inwestycyjnych⁷³).

Możliwy jest rzeczywisty zbieg przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank. z przestępstwami polegającymi na stosowaniu nieuczciwych praktyk rynkowych odwołujących się do tzw. sytemu konsorcyjnego (argentyńskiego). Określono je w ustawie o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym⁷⁴. W tym wypadku gromadzenie bez zezwolenia cudzych środków pieniężnych w celu obciążania ich ryzykiem odbywa się w ramach organizowania, a następnie zarządzania mieniem gromadzonym w ramach grupy z udziałem konsumentów w celu finansowania zakupu produktu w systemie konsorcyjnym. Zakaz organizowania takiej grupy konsumentów stypizowany jest w art. 16 ust. 2 u.p.n.p.r., zaś zakaz zarządzania mieniem gromadzonym w jej ramach – w art. 16 ust. 1 u.p.n.p.r. Każde z tych przestępstw występuje także w typie kwalifikowanym znamieniem wielkiej wartości mienia zgromadzonego w celu finansowania zakupów w systemie konsorcyjnym (art. 16 ust. 3 u.p.n.p.r.). Warunkiem zaistnienia zbiegu tych przestępstw z przestępstwem z art. 171 ust. 1 pr. bank. jest gromadzenie przez organizatorów konsorcjum

⁷⁰ Ustawa z 29.07.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 94), dalej jako u.o.i.f.

⁷¹ Ustawa z 28.08.1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 989 ze zm.), dalej jako u.o.f.f.e.

⁷² Ustawa z 22.05.2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 950 ze zm.), dalej jako u.d.u.

⁷³ Ustawa z 27.05.2004 r. o funduszach inwestycyjnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 157 ze zm.), dalej jako u.f.i.

⁷⁴ Ustawa z 23.08.2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (Dz. U. Nr 171, poz. 1206 ze zm.), dalej jako u.p.n.p.r.

środków pieniężnych pochodzących od uczestników grupy na rachunku własnym (własnej spółki), nie zaś wspólnym rachunku uczestników grupy. Chodzi o to, aby w sytuacji, kiedy dojdzie już do obciążania zgromadzonych środków ryzykiem poprzez udzielanie pożyczek członkom grupy, można było wskazać, że udziela ich organizator konsorcjum ze środków pochodzących od innych podmiotów, nie zaś sami członkowie grupy sobie nawzajem ze środków własnych.

Środki pieniężne zgromadzone przez sprawcę przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank. obciążone są w rzeczywistości dużo wyższym stopniem ryzyka w porównaniu z depozytami lub inwestycjami zarządzanymi przez wyspecjalizowane podmioty rynku usług finansowych prowadzące swoją działalność na podstawie zezwolenia i pod nadzorem państwa. Instytucje oficjalnego rynku usług finansowych dają rękojmię efektywnego zarządzania ryzykiem ekonomicznym. Potrafią je minimalizować, dysponują po temu odpowiednią strukturą organizacyjną, kapitałem, personelem, doświadczeniem i wiedzą. Ryzyko dla osób, które im zaufały i wpłaciły pieniądze, jest jeszcze o tyle mniejsze, że ich środki są objęte systemem gwarancji państwa zbudowanym w oparciu o Bankowy Fundusz Gwarancyjny czy Krajowy Depozyt Papierów Wartościowych.

Sprawca przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank. z założenia nie może zapewnić swoim klientom takiego poziomu bezpieczeństwa. Może jednak starać się pozyskać ich zaufanie, budząc pozytywne skojarzenie z instytucjami legalnie działającymi na rynku reglamentowanych usług finansowych poprzez nieuprawnione wykorzystanie w swojej działalności nazw lub określeń zastrzeżonych dla instytucji pozostających pod nadzorem państwowych regulatorów. W części przypadków takie nieuprawnione posługiwanie się nazwą lub określeniem zastrzeżonym dla instytucji prowadzących swoją działalność na podstawie zezwolenia bywa objęte kryminalizacją. W tej sytuacji zachowanie sprawcy wypełni znamiona dwóch odrębnych przepisów ustawy karnej pozostających ze sobą w rzeczywistym właściwym zbiegu. Na tej zasadzie ten, kto gromadzi cudze środki pieniężne w celu obciążania ich ryzykiem, naruszy przepis art. 171 ust. 1 pr. bank. w zbiegu z:

- przepisem art. 171 ust. 2 pr. bank., jeżeli prowadząc działalność zarobkową wbrew warunkom określonym w ustawie, używa w nazwie jednostki organizacyjnej niebędącej bankiem lub do określenia jej działalności lub reklamy wyrazów „bank” lub „kasa”;
- przepisem art. 215 u.o.f.f.e., jeżeli nie będąc do tego uprawniony, używa w nazwie (firmie) lub do określenia prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej albo w reklamie określeń, o których mowa w art. 10 ust. 2 u.o.f.f.e. (tj. określenia „fundusz emerytalny”) lub art. 28 ust. 1 u.o.f.f.e. (tj. określeń: „powszechnie towarzystwo emerytalne” lub „pracownicze towarzystwo emerytalne”);
- przepisem art. 296 u.f.i., jeżeli nie będąc do tego uprawnionym, używa w firmie (nazwie), reklamie, informacji reklamowej lub do określenia wykonywanej przez siebie działalności gospodarczej określeń, o których mowa w art. 14 ust. 4 i 6 u.f.i. (tj. odpowiednio określenia „fundusz inwestycyjny” lub następujących skrótów: „fio”, „sfio”, „fiz”) lub art. 41 ust. 2 u.f.i. (tj. określenia „towarzystwo funduszy inwestycyjnych” lub jego skrótu w brzmieniu „tfi”);

- przepisem art. 230 ust. 1 u.d.u., jeżeli wykonując działalność gospodarczą, nie będąc zakładem ubezpieczeń albo zakładem reasekuracji, używa w nazwie albo do określenia wykonywanej działalności lub w reklamie wyrazów wskazujących na wykonywanie działalności ubezpieczeniowej lub reasekuracyjnej.

Potencjalny klient, który powierzył swoje środki pieniężne osobie prowadzącej nielegalną działalność parabankową, z reguły je traci. Czasem przedsiębiorca, którego działalność gospodarcza wypełnia znamiona przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank., od samego początku z premedytacją zakłada, że nie wywiąże się ze swojego zobowiązania wobec klienta. W szczególności mimo przyjęcia gotówki pod różnym tytułem: opłaty wstępnej, administracyjnej, wkładu w inwestycję itd., ma świadomość tego, że nie udzieli mu pożyczki w zasugerowanej wcześniej wysokości albo nie udzieli jej w ogóle, nie wypłaci umówionego zysku z inwestycji, a niejednokrotnie nie zwróci nawet zainwestowanego kapitału. Innym razem dopiero w toku prowadzenia działalności gospodarczej przedsiębiorca zderza się z perspektywą finansowej niewypłacalności. Jego przedsięwzięcie przestaje się finansować, od strony księgowej kreuje stratę i taki stan nabiera cechy trwałości.

Od momentu, w którym ten, kto gromadzi bez zezwolenia cudze środki pieniężne w celu obciążania ich ryzykiem, zyskuje świadomość, że nie zrealizuje swoich zobowiązań względem klientów, do tego nie informuje ich o złej kondycji finansowej swojego przedsiębiorstwa i mimo to przyjmuje od nich wpłaty pieniężne, których celowo nie przeznaczają na prowadzenie zadeklarowanej działalności, a na pokrycie kosztów funkcjonowania przedsiębiorstwa, spłatę zadłużenia lub co gorsza defrauduje powierzone mu środki, jak to ma miejsce w przypadku organizatorów tzw. piramid finansowych⁷⁵, narusza swoim zachowaniem znamiona dwóch przepisów ustawy karnej pozostających w rzeczywistym właściwym zbiegu, tj. przepisu art. 171 ust. 1 pr. bank. oraz art. 286 § 1 k.k., określającego przestępstwo pospolitego oszustwa. Zważywszy zaś na fakt, że proceder nielegalnej działalności parabankowej nierzadko przybiera większe rozmiary, w grę może wejść także zbieg przepisu art. 171 ust. 1 pr. bank. z przepisem art. 286 § 1 w zw. z art. 294 § 1 k.k. (oszustwo w stosunku do mienia znacznej wartości). W tych wypadkach, o ile realizacja znamion przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank. zakłada już pewną wielokrotność zachowania sprawcy wpisaną w ustawowy opis czynu, o tyle wielokrotność zachowań oszukańczych powinna znaleźć swoje odzwierciedlenie w kwalifikacji prawnej czynu poprzez powiązanie art. 286 § 1 k.k., względnie art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k., z przepisem art. 12 k.k., wskazującym na działanie sprawcy w ramach czynu ciągłego.

2.6. Zagrożenie karą i środkami karnymi

Występek nielegalnego prowadzenia działalności parabankowej (art. 171 ust. 1 pr. bank.) zagrożony jest kumulatywnie grzywną kwotową do 5.000.000 zł i karą pozbawienia wolności do lat 3. Prawo bankowe nie określiło przy tym dolnych progów ustawowego zagrożenia, ani w wypadku kary grzywny, ani w wypadku kary pozbawienia wolności. Jeżeli chodzi o karę pozbawienia wolności, należy

⁷⁵ Zob. szerzej M. Pachucki, *Piramidy...*, s. 21.

przyjąć na zasadzie art. 116 w zw. z art. 37 k.k., że minimalne ustawowe zagrożenie wynosi miesiąc.

Z kolei w przypadku kary grzywny określenie jej dolnego progu do niedawna stanowiło problem. W dniu wejścia w życie kodeksu karnego z 1997 r. ustawodawca określił zasady wymiaru grzywny jedynie dla grzywny orzekanej w stawkach dziennych, pomijając całkowicie tę kwestię w odniesieniu do grzywien kwotowych (por. art. 11 § 1 i 2 przepisów wprowadzających kodeks karny⁷⁶). Było to efektem zmiany modelu wymiaru kary grzywny w porównaniu z kodeksem karnym z 1969 r.⁷⁷ Tej zmianie nie towarzyszyło jednak generalne przekształcenie zasad wymiaru grzywny w ustawach szczególnych, w których pozostały – reprezentowane całkiem licznie – grzywny kwotowe. Do tego pozakodeksowe przepisy karne określały tylko górny próg ustawowego zagrożenia grzywną kwotową, wskazując wprost, do jakiej wysokości może być ona orzeczona. Milczały natomiast na temat jej dolnego progu. Ten stan rzeczy wywołał głosy krytyki i spore rozbieżności wśród komentatorów. Dla jednych dolny próg ustawowego zagrożenia grzywną kwotową wyznaczało 100 zł⁷⁸, dla innych 1 zł⁷⁹. Z kolei W. Wróbel stanął na stanowisku, że grzywny, w których określono górną granicę wymiaru poprzez podanie pewnej kwoty, ale nie oznaczono granicy dolnej, nie są grzywnami kwotowymi, wobec tego nie ma do nich zastosowania wyłączenie z art. 11 § 2 p.w.k.k.⁸⁰ Wedle tego stanowiska grzywna z art. 171 ust. 1 pr. bank. byłaby orzekana w stawkach dziennych, a jej dolny próg wyniósłby 10 stawek. Dopiero wraz z wejściem w życie art. 7 nowelizacji z 2009 r.⁸¹ ustawodawca wyeliminował istniejącą do tej pory lukę w prawie i przesądził minimalną wysokość grzywny kwotowej, wyznaczając ją na 100 zł (art. 11 § 4 p.w.k.k.).

Reasumując, *de lege lata* najniższy wymiar kary orzeczonej za przestępstwo z art. 171 ust. 1 pr. bank. wyniesie 100 zł grzywny i jeden miesiąc pozbawienia wolności, zaś maksymalny sięgnąć może 5.000.000 zł grzywny wymierzonej kumulatywnie z 3 latami pozbawienia wolności.

Z uwagi na przyjęty tu przez ustawodawcę model sankcji kumulatywnej-obligatoryjnej sprawca zostanie skazany na dwie kary: grzywnę i pozbawienie wolności. Bez wątpienia takie rozwiązanie podnosi stopień represyjności odpłaty za popełnione przestępstwo, co jest do pewnego stopnia uzasadnione faktem, iż gromadzenie środków pieniężnych innych podmiotów w celu obciążania ich ryzykiem może w konkretnych przypadkach wiązać się z pokrzywdzeniem bardzo wielu osób. Stanowi również wyraz prewencji ogólnej, odstraszenia potencjalnych sprawców, którzy muszą liczyć

⁷⁶ Ustawa z 6.06.1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 554 ze zm.), dalej jako p.w.k.k.

⁷⁷ Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 13, poz. 94 ze zm.).

⁷⁸ M. Bojarski, W. Radecki, *Przewodnik po pozakodeksowym prawie karnym*, Wrocław 1999, s. 540; V. Kolarska-Wrzostek, *Projektowane zmiany w prawie karnym w zakresie kary grzywny i dyrektyw jej wymiaru*, „Państwo i Prawo” 2001/5 s. 49; A. Marek, *Problemy regulacji prawnej i orzekania kary grzywny*, „Państwo i Prawo” 2003/2, s. 20.

⁷⁹ J. Majewski, *O niektórych wątpliwościach związanych z wykładnią przepisów dotyczących orzekania grzywny w nowym kodeksie karnym*, „Palestra” 1998/3–4, s. 12; J. Majewski, *Przestępstwa...*, s. 281–282; aprobującą R. Zawłocki, *Przestępstwa...*, s. 126, a także B. Kolański, *Kara grzywny w kodeksie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1999/3 s. 32–33.

⁸⁰ W. Wróbel, *Grzywna w nowym kodeksie karnym*, „Nowa Kodyfikacja Karny. Kodeks Karny. Krótkie Komentarze” 1998/15, s. 65–66.

⁸¹ Ustawa z 5.11.2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 206, poz. 1589), dalej jako nowelizacja z 2009 r. (art. 7 nowelizacji wszedł w życie 8.06.2010 r.).

się w efekcie nie tylko z pozbawieniem wolności, ale również, jeżeli wziąć pod uwagę karę grzywny do 5.000.000 zł, z dotkliwym pogorszeniem ich sytuacji majątkowej.

Z kolei słabą stroną sankcji kumulatywnej-obligatoryjnej jest ograniczenie elastyczności karania. Sąd będzie np. zobligowany do wymierzenia kary grzywny, choćby minimalnej, nawet wówczas, gdy jej orzeczenie mogłoby okazać się *in concreto* niecelowe z uwagi na jej nieściągalność. Nie znajdzie tu bowiem zastosowania przepis art. 58 § 2 k.k., wyłączony na podstawie art. 11 § 2 w zw. z § 1 p.w.k.k. (wyłączenie kodeksowych zasad wymierzania grzywny w odniesieniu do grzywien kwotowych przewidzianych w ustawach szczególnych). Wprowadzony nowelizacją z 2009 r. przepis art. 11 § 3 p.w.k.k. nakazuje jedynie (na wzór art. 33 § 3 k.k.), aby przy wymiarze grzywny określonej kwotowo uwzględnić dochody sprawcy, jego warunki osobiste, rodzinne, stosunki majątkowe i możliwości zarobkowe⁸². Przepisy wprowadzające kodeks karny nie wprowadziły natomiast w odniesieniu do grzywien kwotowych odpowiednika kategoriycznego zakazu orzekania grzywny nieściągalnej, jaki w odniesieniu do grzywien w stawkach dziennych zawarty jest w art. 58 § 2 k.k. *De lege lata* sąd jest zatem zobligowany do wymierzenia sprawcy przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank., obok kary pozbawienia wolności, także kary grzywny, choćby w minimalnej wysokości 100 zł (art. 11 § 4 p.w.k.k.).

Model sankcji określonej kumulatywnie wyklucza także zastosowanie instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary, albowiem na sankcję kumulatywną-obligatoryjną nie przełoży się żadna z przewidzianych w art. 60 § 6 i 7 k.k. zasad wymiaru kary poniżej ustawowego zagrożenia albo kary łagodniejszego rodzaju⁸³. W szczególności nie znajdują tu zastosowania reguły złagodzenia kary z art. 60 § 6 pkt 1–4 k.k. przewidziane dla czynów zagrożonych karami: dożywotniego pozbawienia wolności, 25 lat pozbawienia wolności oraz terminową karą pozbawienia wolności do lat 15, a także reguła z art. 60 § 7 k.k., przewidująca nadzwyczajne złagodzenie jedynie w przypadku, gdy „czyn jest zagrożony alternatywnie karami wymienionymi w art. 32 pkt 1–3 k.k.”.

Spośród środków karnych przewidzianych w art. 39 k.k. w odniesieniu do sprawcy przestępstwa nielegalnego prowadzenia działalności parabankowej zastosowanie znajdują zakazy prowadzące do wyeliminowania go na okres od roku do 10 lat z rynku usług finansowych, w tym zakaz zajmowania określonego stanowiska, wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej (art. 39 pkt 2 k.k.). Z zastrzeżeniem uprawnień pokrzywdzonego lub innych uprawnionych podmiotów (art. 44 § 5 i art. 45 § 1 *in fine* k.k.) w grę wchodzi także instytucja przepadku: przedmiotów pochodzących bezpośrednio z przestępstwa (art. 44 § 1 k.k.), przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa (art. 44 § 2 k.k.), ewentualnie ich równowartości (art. 44 § 4 k.k.), a zwłaszcza przepadku korzyści majątkowych osiągniętych chociażby pośrednio z popełnienia przestępstwa albo ich równowartości (art. 45 § 1 k.k.), względnie udziału sprawcy we współwłasności lub równowartości tego udziału (art. 45 § 5 k.k.). Specyfika spraw o przestępstwo z art. 171 ust. 1 pr. bank., zwłaszcza gdy dochodzi do poniesienia realnych strat finansowych przez klientów parabanków, uzasadnia orzeczenie

⁸² Art. 11 § 3 p.w.k.k. dodany został 8.06.2010 r. przez art. 7 nowelizacji z 2009 r.

⁸³ Odmienne P. Ochman, *Ochrona...*, s. 405.

obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem (art. 46 k.k.), choć – jak się wydaje – szansa na pełną rekompensatę utraconego majątku jest w tych sprawach raczej niewielka, a pokrzywdzonym przyjdzie zadowolić się naprawieniem szkody jedynie w części. Społeczne oddziaływanie informacji o skutecznym wyeliminowaniu z rynku usług finansowych sprawców nielegalnej działalności parabankowej może przemawiać z kolei za celowością podania wyroku do publicznej wiadomości (art. 50 k.k.). Rodzaj i wysokość ustawowego zagrożenia za przestępstwo z art. 171 ust. 1 pr. bank. (kara pozbawienia wolności do lat 3) co do zasady pozwala także dopuścić ewentualność pozbawienia sprawcy praw publicznych, o ile tylko okoliczności sprawy uzasadnią przekonanie, że dopuścił się swojego czynu w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie (art. 40 § 2 k.k.).

W przypadku skazania za przestępstwo z art. 171 ust. 3 w zw. z ust. 1 pr. bank. przydatna okaże się instytucja zwrotu w całości lub w części korzyści majątkowych uzyskanych przez osobę fizyczną, prawną, jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej w wyniku przestępstwa popełnionego przez sprawcę działającego w ich imieniu lub interesie (art. 52 k.k.). Sąd zobowiązuje wówczas podmiot, który uzyskał taką korzyść, do jej zwrotu na rzecz Skarbu Państwa, z wyjątkiem sytuacji, w której korzyść zwracana jest innemu podmiotowi.

W literaturze dopuszcza się możliwość zastosowania instytucji zamiany rodzaju kary na łagodniejszy (art. 58 § 3 k.k.) do przestępstw zagrożonych sankcją kumulatywną kary pozbawienia wolności i grzywny⁸⁴. Ze względu na górny próg ustawowego zagrożenia przewidziany w art. 171 ust. 1 pr. bank. (kara pozbawienia wolności do lat 3) przepis art. 58 § 3 k.k. może zostać wykorzystany także w odniesieniu do sprawcy tego przestępstwa. Wówczas zamiast kary pozbawienia wolności sąd miałby orzec fakultatywnie karę nieizolacyjną: grzywnę albo karę ograniczenia wolności, w szczególności jeżeli orzeka równocześnie środek karny. W praktyce pojawia się jednak problem, czy przy zamianie kary pozbawienia wolności na grzywnę należy orzec też drugą grzywnę (kumulatywną). Zdaniem W. Wróbla w tej sytuacji nie jest dopuszczalne równoległe orzeczenie obligatoryjnej grzywny kumulatywnej przewidzianej w ustawowym zagrożeniu za dany typ czynu zabronionego obok kary pozbawienia wolności. Ze względów funkcjonalnych należy orzec tylko jedną grzywnę. Jeżeli zaś granice obligatoryjnej grzywny kumulatywnej byłyby wyższe od rodzajowych granic określonych w art. 33 § 1 k.k. (taka sytuacja zachodzi właśnie w przypadku zagrożenia za przestępstwo z art. 171 ust. 1 pr. bank. – przyp. P.B.), orzekając grzywnę na podstawie art. 58 § 3 k.k., należy stosować owe wyższe granice⁸⁵.

Propozycja W. Wróbla stanowi próbę wyjścia z sytuacji. Jednak, jak twierdzi sam Autor, oparta jest ona jedynie na argumentach funkcjonalnych. W każdym razie nie stoi za nią żaden twardy przepis prawa. Z tego względu jest to rozwiązanie dość umowne. Mimo wszystko wydaje się, że jest tu potrzebna interwencja ustawodawcy,

⁸⁴ Z. Sienkiewicz w: O Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz. Art. 1–116*, Gdańsk 2005, s. 546; W. Wróbel w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, A. Zoll (red.), Warszawa 2012, t. 1, s. 809–810; V. Konarska-Wrzošek, *Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym*, Toruń 2002, s. 128; S. Zółtek w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 32–116*, M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Warszawa 2011, t. 2, s. 359.

⁸⁵ W. Wróbel w: *Kodeks...*, t. 1, s. 810.

który powinien w klarowny sposób przesądzić zasady stosowania art. 58 § 3 k.k. na gruncie sankcji kumulatywnej-obligatoryjnej. Tym bardziej że również w przypadku zastąpienia kary pozbawienia wolności ograniczeniem wolności nie dla wszystkich jest oczywiste, czy będzie wówczas możliwe orzeczenie obok niej także grzywny obligatoryjnej przewidzianej w ustawowym zagrożeniu⁸⁶. W przeciwnym razie istnieje niebezpieczeństwo, że w praktyce sądowej rozwiązanie to będzie omijane.

Zagrożenie karą pozbawienia wolności do lat 3 daje również możliwość, aby w szczególnej sytuacji, gdy szkodliwość czynu nie jest znaczna, sąd odstąpił od wymierzenia kary pozbawienia wolności i grzywny, poprzestając na samoistnym orzeczeniu środka karnego, o ile cele kary zostaną przez ten środek spełnione (art. 59 § 1 k.k.)⁸⁷.

Na zasadach ogólnych sprawca przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank. będzie mógł skorzystać ze środków probacyjnych: warunkowego umorzenia postępowania karnego (art. 66 § 1–2 k.k.) oraz warunkowego zawieszenia wykonania kary. W tym drugim wypadku przy założeniu, że orzeczona kara pozbawienia wolności nie będzie wyższa od 2 lat (art. 69 § 1–2 k.k.).

W pewnych sytuacjach sprawca nielegalnego prowadzenia działalności parankowej poniesie surowszą odpowiedzialność za czyn, którego się dopuścił. Specyfika tego czynu, sprowadzająca się do powtarzalności zachowań właściwej przestępstwom wieloczynowym, oraz pewien poziom zorganizowania niezbędny dla skutecznego przeprowadzenia działań sprawczych wskazują, że progresja odpowiedzialności może dotyczyć przede wszystkim sprawców, którzy z popełnienia przestępstwa uczynili sobie stałe źródło dochodu, jak również tych, którzy popełnili przestępstwo, działając w zorganizowanej grupie mającej na celu popełnienie przestępstwa. Sąd obligatoryjnie wymierza wówczas karę powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, a może ją orzec do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę (art. 65 § 1 k.k.). Ewentualność zaostżenia ustawowego wymiaru kary co do zasady wchodzi również w grę w przypadku recydywy specjalnej zwykłej. W tym przypadku sąd może wymierzyć karę za przypisane sprawcy przestępstwo w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę (art. 64 § 1 k.k.). Przestępstwo z art. 171 ust. 1 pr. bank. nie mieści się natomiast w katalogu przestępstw z art. 64 § 2 k.k. Z tego względu do jego sprawcy nie znajdują zastosowania surowsze reguły odpowiedzialności skierowane do multirecydywistów.

3. BADANIE AKTOWE

3.1. Przedmiot, metoda i cel badania

Badanie zostało przeprowadzone w wyniku zgłoszenia tematu przez Ministerstwo Sprawiedliwości – Departament Sądów, Organizacji i Analiz Wymiaru

⁸⁶ Przeciwna temu rozwiązaniu jest V. Konarska-Wrzošek, *Dyrektwy...*, s. 129. Dopuszcza je z kolei W. Wróbel w: *Kodeks...*, t. 1, s. 810.

⁸⁷ Możliwość odstąpienia od orzeczenia kary w przypadku przestępstwa zagrożonego kumulatywnie karą pozbawienia wolności do lat 3 i obligatoryjną grzywną dopuszczają na podstawie art. 59 k.k. – por. Z. Sienkiewicz, *Samoistne orzeczenie środków karnych w nowym kodeksie karnym*, „Państwo i Prawo” 1997/6, s. 54; Z. Sienkiewicz w: *Kodeks...*, t. 1, s. 548; W. Wróbel w: *Kodeks...*, t. 1, s. 813; V. Konarska-Wrzošek, *Dyrektwy...*, s. 135.

Sprawiedliwości. Zgodnie ze zgłoszeniem przedmiotem badania objęto analizę przypadków umorzenia lub odmowy wszczęcia postępowania w sprawach o przestępstwo nielegalnego prowadzenia działalności parabankowej (art. 171 ust. 1 pr. bank.). Z uwagi na funkcjonalny związek tego przestępstwa z przestępstwem stypizowanym w art. 171 ust. 3 pr. bank. (sprawca dopuszcza się czynu określonego w art. 171 ust. 1 pr. bank., działając w imieniu lub interesie osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej) zdecydowano o rozszerzeniu zakresu badania o czyny określone w ust. 3.

Materiał aktowy objął z założenia postępowania przygotowawcze w sprawach o przestępstwa z art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. zakończone prawomocnie postanowieniem o odmowie wszczęcia lub umorzeniu postępowania. Z uwagi na brak miarodajnej statystyki wskazującej na etapie postępowania przygotowawczego, w ilu przypadkach organy prowadzące umarzają lub odmawiają wszczęcia postępowania z podziałem na poszczególne czyny zabronione, zwrócono się za pośrednictwem prokuratur okręgowych do prokuratur w całym kraju o nadesłanie informacji na temat liczby prawomocnie zakończonych w ten sposób postępowań przygotowawczych w sprawach o przestępstwa z art. 171 ust. 1 oraz art. 171 ust. 3 w zw. z ust. 1 pr. bank.

Informacje zebrano w dwóch turach. W pierwszej pytaniem objęto czas od 1.01.2010 r. do 31.12.2012 r. W praktyce ten dwuletni okres okazał się zbyt krótki. W odpowiedzi prokuratury wskazały jedynie 25 relewantnych postępowań, co uznano za liczbę niewystarczającą dla przeprowadzenia badania. W konsekwencji zdecydowano o rozszerzeniu granic temporalnych doboru próby do 10 lat. W tym celu zwrócono się ponownie do wszystkich prokuratorów okręgowych z prośbą o wskazanie z podległych im jednostek organizacyjnych sygnatur postępowań karnych, w których w okresie od 1.01.2002 r. do 31.12.2012 r. wydano prawomocne postanowienie umarzające albo odmawiające wszczęcia postępowania o przestępstwo z art. 171 ust. 1 albo z art. 171 ust. 3 w zw. z ust. 1 pr. bank. Na podstawie uzyskanych odpowiedzi zidentyfikowano 41 relewantnych postępowań, które objęto badaniem. Poza tą grupą prokuratury wskazały jeszcze na 15 innych spraw, które – z uwagi na upływ pięcioletniego okresu archiwizacji dla akt postępowań zakończonych odmową wszczęcia – zostały zniszczone. Kolejne 3 sprawy nie były dostępne ze względu na decyzję o podjęciu postępowania na nowo.

Relatywnie niezbyt dużą liczbę postępowań prowadzonych w sprawach o przestępstwa z art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. w skali roku tłumaczy fakt, że nie są to przestępstwa pospolite, które można byłoby popełnić *ad hoc*, bez uprzedniego przygotowania czy pewnego organizacyjnego zaangażowania. Badane przestępstwa godzą w profesjonalnie prowadzoną działalność bankową i choć dopuszczają się ich z reguły osoby niebędące profesjonalistami w dziedzinie bankowości, to jeżeli dochodzi już do ich popełnienia, sprawcy wykazują pewne pokłady specjalizacji prowadzonej działalności. Niejednokrotnie jej skala obejmuje obszar całego kraju. Sprawcy działają poprzez biura regionalne, zatrudniają pracowników, podpisują umowy z setkami, a nawet tysiącami klientów. Swojemu przedsięwzięciu nadają oprawę prawną i marketingową.

Cała ta otoczka organizacyjna sprawia, że nielegalne prowadzenie działalności parabankowej wymaga od jej organizatorów czasu, nakładu środków, a także pewnej specjalizacji podejmowanych działań. Patrząc na to z punktu widzenia potencjału

zaangażowania sprawcy-organizatora, tego typu przedsięwzięcia z natury rzeczy nie mogą występować często.

Rzecz jasna zupełnie inaczej wygląda to od strony pokrzywdzonych klientów, których – jak pokazały przeprowadzone badania – mogą być w jednej „aferze parabankowej” setki, a nawet tysiące. Mimo przyjętej przez ustawodawcę formuły kryminalizacji przestępstw z art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. jako przestępstw wieloczynowych z karno-materialnego punktu widzenia mamy tu jednak do czynienia tylko z jednym, a nie setkami czynów, co nie pozostaje bez wpływu na wielkość statystyk. Dla porównania, gdy wziąć pod uwagę np. statystykę ministerialną w zakresie czynów zabronionych, które znalazły swój finał w sądzie i zostały tam prawomocnie osądzone, widać wyraźnie, że łącznie przestępstwa z art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. od lat reprezentowane są w niej zaledwie w liczbie kilkunastu w skali roku (por. tabela 1).

Tabela 1. Ogółem prawomocnie osądzeni dorośli sprawcy (wg wszystkich czynów) ⁸⁸															
Przestępstwa z prawa bankowego															
Kwalifikacja	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Art. 171 ust. 1–7 pr. bank.															
Ust. 1	0	0	1	2	2	5	7	7	3	7	9	9	3	3	2
Ust. 2	0	0	1	0	0	0	0	4	2	1	0	0	0	0	0
Ust. 3	0	0	0	0	0	6	6	5	1	1	6	6	4	0	0
Ust. 4	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Ust. 5	0	0	1	0	1	0	2	8	7	1	2	2	10	12	5
Ust. 6 ¹	-	-	-	-	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Ust. 7 ²	-	-	-	-	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Art. 115 ¹ ust. 1–2 pr. bank. z 1989 r. ³															
Ust. 1	2 ⁴	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Ust. 1 pkt 1	-	-	-	-	-	-	3	-	-	-	-	-	-	-	-
Ust. 1 pkt 2	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-
Ust. 2	-	-	-	-	-	-	2	-	-	-	-	-	-	-	-

¹ Przepis art. 171 ust. 6 pr. bank. obowiązuje od 7.01.2002 r., a został wprowadzony ustawą z 23.08.2001 r. o zmianie ustawy – Prawo bankowe oraz o zmianie innych ustaw (Dz. U. Nr 111, poz. 1195).

² Przepis art. 171 ust. 7 pr. bank. obowiązuje od 7.01.2002 r., a został wprowadzony ustawą z 23.08.2001 r. o zmianie ustawy – Prawo bankowe oraz o zmianie innych ustaw (Dz. U. Nr 111, poz. 1195).

³ Przepisy art. 115¹ ust. 1–2 weszły w życie 9.04.1992 r., wprowadzone art. 1 pkt 48 ustawy z 14.02.1992 r. o zmianie ustawy – Prawo bankowe i niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 20, poz. 78). Zostały uchylone 1.01.1998 r. na mocy art. 193 ustawy z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (Dz. U. Nr 140, poz. 939).

⁴ Łączna liczba przestępstw z art. 115¹ ust. 1 pkt 1 i 2 pr. bank. z 1989 r. wynosi 2. W 1998 r. przestępstwa określone w art. 115¹ ust. 1 pr. bank. z 1989 r. nie zostały wyodrębnione w statystyce z podziałem na pkt 1 i 2.

Źródło: Ministerstwo Sprawiedliwości

⁸⁸ Liczba ogółem osądzonych obejmuje co do zasady przypadki skazania, warunkowego umorzenia postępowania, umorzenia, uniewinnienia oraz odstąpienia od wymierzenia kary.

Podstawę empiryczną badania stanowiło 41 postępowań przygotowawczych, w których organ prowadzący wydał prawomocne postanowienie o umorzeniu lub odmowie wszczęcia postępowania w sprawie o przestępstwo z art. 171 ust. 1 lub art. 171 ust. 3 w zw. z ust. 1 pr. bank. W tej puli spraw znalazło się 69 czynów, które objęto badaniem. Z uwagi na ograniczony materiał aktowy punkt ciężkości analizy został nieco przesunięty z aspektów ilościowych na jakościowe – charakterystykę przypadku.

Zgodnie z propozycją Departamentu Sądów, Organizacji i Analiz Wymiaru Sprawiedliwości badanie ukierunkowane zostało na zidentyfikowanie przyczyn, dla których dochodzi do umarzania lub odmowy wszczęcia postępowań przygotowawczych w sprawach o przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank., a po zapadnięciu decyzji o rozszerzeniu zakresu badania także w sprawach o przestępstwo z art. 171 ust. 3 pr. bank. Analizie poddana została również praktyka organów prowadzących postępowanie przygotowawcze w zakresie interpretacji znamion składających się na ustawowe opisy tych dwóch przestępstw.

Na podstawie oglądu zebranego materiału aktowego przygotowana została także ogólna charakterystyka działalności gospodarczej, która w różnych swoich odsłonach wzbudziła wątpliwości składających doniesienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa lub organów postępowania przygotowawczego prowadzących z urzędu czynności wyjaśniające w sprawie, co do jej zgodności z zakazem prowadzenia działalności bankowej i parabankowej bez zezwolenia. Ponadto w celu uzyskania przybliżonego obrazu postępowań o przestępstwa z art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. zakończonych prawomocnie na etapie postępowania przygotowawczego zestawiono podstawowe informacje dotyczące przebiegu analizowanych spraw.

3.2. Charakterystyka kwestionowanej działalności gospodarczej

Na podstawie materiałów dostępnych w aktach badanych postępowań udało się zebrać informacje składające się na ogólną charakterystykę działalności gospodarczej, której legalność – w różnych jej przejawach – została zakwestionowana przez składających doniesienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa lub przynajmniej postawiona pod znakiem zapytania przez organ prowadzący z urzędu czynności sprawdzające w sprawie. Należy jednak nadmienić, że badany przez organy ścigania scenariusz prowadzenia nielegalnej działalności parabankowej w większości nie znalazł potwierdzenia w dalszym toku postępowania (por. tabela 3). Dotyczyło to aż 53 czynów (na 69 objętych badaniem). Po szczegółowej analizie prowadzący postępowanie nie dopatrzyli się w nich z powodów zasadniczych przestępstwa z art. 171 ust. 1 ani z art. 171 ust. 3 pr. bank. Przyjmowano, że badana działalność nie zawiera znamion czynu zabronionego (25 przypadków), że czynu nie popełniono (19 przypadków) albo że brak jest danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie popełnienia czynu (9 przypadków).

Niezależnie od zaistniałego procesowego finału wydaje się, iż ogląd różnorodnych przypadków prowadzenia działalności gospodarczej, odnotowanych w materiale aktowym, ma pewne znaczenie poznawcze, jako że przynajmniej na wstępie wzbudziły one wątpliwości składających doniesienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa lub organów postępowania przygotowawczego prowadzących z urzędu

czynności wyjaśniające w sprawie. A więc przynajmniej w początkowej fazie postępowania rozdzielił skokarzenie z prowadzeniem nielegalnej działalności parabankowej podlegającej ściganiu na mocy przepisów art. 171 ust. 1 lub art. 171 ust. 3 pr. bank.

Ustalono, że wśród analizowanych przypadków dominującą prawną formą prowadzenia działalności gospodarczej była spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (34 przypadki). Na drugim miejscu znalazły się pojedyncze osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą (21 przypadków), przy czym w trzech z nich współpracowały ze sobą po 3 osoby prowadzące działalność gospodarczą, w 1 zaś osoba prowadząca działalność gospodarczą i ustanowiony przez nią pełnomocnik. Dwukrotnie formuła prowadzenia działalności gospodarczej ewoluowała w czasie od indywidualnej działalności gospodarczej do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. W 6 przypadkach w grę weszło prowadzenie większego przedsięwzięcia gospodarczego w formie spółki akcyjnej. W pozostałych przypadkach w istocie rzeczy nie prowadzono żadnej działalności gospodarczej, chodzi tu m.in.:

- o prowadzenie bieżących spraw spółdzielni mieszkaniowej przez jej prezesa (1 przypadek);
- oddolną inicjatywę mieszkańców wsi polegającą na niezarobkowym, wzajemnym i solidarnościowym przedsięwzięciu opartym na stworzeniu funduszu z wpłat mieszkańców wsi z przeznaczeniem na pożyczki dla potrzebujących – organizatorzy planowali w przyszłości nadać mu prawną formę stowarzyszenia (4 przypadki);
- zorganizowanie w zakładzie karnym przez jedną ze współosadzonych nieformalnego systemu pomocy innym więźniarkom w nabywaniu towarów – kobiety przekazywały pieniądze na wskazany rachunek bankowy, z których mąż organizatorki kupował paczki i przekazywał je nieodpłatnie do zakładu karnego (1 przypadek).

Wyniki badań wskazują także, że w przypadku bardziej złożonych form organizacyjnych, które legły u podstaw prowadzonej działalności, tj. spółki akcyjnej i spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, w ich prowadzenie i zarządzanie zaangażowanych było z reguły więcej osób:

- 1 prezes zarządu, jako jednoosobowa reprezentacja spółki bez prokury – 4 razy;
- jednoosobowy zarząd, dodatkowo 1 prokurent pojedynczy i 1 prokurent łączny (2 osoby) – 1 raz;
- jednoosobowy zarząd, ale 3 współników założycieli spółki, bez prokury – 2 razy;
- 2 członków zarządu pełniących funkcje prezesa i członka zarządu (lub wiceprezesa), bez prokury – 9 razy;
- 3 członków zarządu, bez prokury – 5 razy;
- 3 członków zarządu, dodatkowo 1 prokurent – 7 razy;
- 5 członków zarządu, bez prokury – 1 raz;
- 6 członków zarządu, bez prokury – 2 razy;
- 10 członków zarządu, w tym 1 prezes i jeden wiceprezes – 3 razy;
- 11 członków zarządu, dodatkowo 1 prokurent – 1 raz;
- brak danych – 7 razy.

Działalność podlegająca ocenie organów postępowania przygotowawczego prowadzona była na różnym obszarze. W 35 przypadkach jej zakres terytorialny rozciągał się na cały kraj. Często towarzyszyło temu stworzenie w terenie struktury organizacyjnej opartej o sieć biur regionalnych lub osoby współpracujące z firmą na zasadzie umowy agencyjnej. W niektórych przypadkach w jedno przedsięwzięcie gospodarcze tego typu zaangażowanych było około 200 osób, a w skrajnym nawet 1500 w skali całego kraju. W pozostałych przypadkach działalność dotyczyła jednego lub kilku miast (30 czynów), względnie jednej wsi (4 czyny).

Patrząc z kolei z punktu widzenia przedmiotu prowadzonej działalności, najczęściej, bo 26 razy, wątpliwości co do jej legalnego charakteru wzbudziła sprzedaż towaru w systemie konsorcyjnym, określana także jako udzielanie pożyczek w systemie argentyńskim. Warto nadmienić, że w tej grupie w 24 przypadkach kwestionowana działalność miała miejsce przed 3.08.2004 r., tj. wejściem w życie art. 24b ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁸⁹, na mocy którego ustawodawca spenalizował odpowiednio zarządzanie mieniem gromadzonym w ramach grupy z udziałem konsumentów w celu finansowania zakupu produktu w systemie konsorcyjnym oraz organizowanie takiej grupy. W jednym przypadku działalność konsorcyjna prowadzona była przed i po tej dacie, w jeszcze innym na podstawie materiałów dostępnych w aktach sprawy nie udało się tego ustalić.

W innych 15 przypadkach organy prowadzące postępowanie przygotowawcze wzięły pod lupę działalność polegającą na uprawianiu pośrednictwa finansowego. W kolejnych 8 chodziło o udzielanie krótkoterminowych pożyczek (tzw. chwilówek) ze środków własnych organizatora. W pozostałych przypadkach przedmiot prowadzonej działalności rozłożył się w badanym materiale aktowym bardzo szczegółowo i był reprezentowany z kilkukrotną (2, 4 przypadki), a częściej tylko jednokrotną częstotliwością. Szczegółowe dane w tym zakresie zawiera zestawienie poniżej.

Przedmiot prowadzonej działalności:

- sprzedaż towaru w systemie konsorcyjnym (udzielanie pożyczek w systemie argentyńskim) – **26 razy**;
- pośrednictwo finansowe, nie gromadzono środków innych osób – **15 razy**;
- udzielanie pożyczek chwilówek ze środków własnych – **8 razy**;
- inicjatywa oddolna, zorganizowanie systemu samopomocy finansowej polegającego na udzielaniu niewielkich (500–1500 zł) pożyczek ze środków zebranych od pozostałych mieszkańców wsi, którzy przystąpili do kasy – **4 razy**;
- działalność legalna SKOK – **2 razy**;
- przyjmowanie opłat z tytułu czynszu w ramach spółdzielni mieszkaniowej (konflikt dwóch zarządów – starego i nowego) – **1 raz**;
- zawieranie wysokooprocentowanych lokat pieniężnych w złotych i walutach – **1 raz**;
- udziałowcy spółki przekazali pieniądze spółki tytułem pożyczki dla spółki córki, aby ta mogła ukończyć wspólne przedsięwzięcie gospodarcze (budowa stacji paliw i parkingów) – **1 raz**;

⁸⁹ Ustawa z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), dalej jako u.z.n.k.

- oferowanie zakupu akcji 3 spółek poza granicami Polski, pod warunkiem że klienci uzyskają zgodę na transfer waluty obcej poza granice Polski, przyjmowanie wpłat na poczet tej inwestycji – **1 raz**;
- 2 banki komercyjne udzieliły pożyczek spółce P., z których spółka P. pożyczła pieniądze osobom fizycznym – **1 raz**;
- inwestowanie środków walutowych klientów na rynku FOREX – **1 raz**;
- przyjmowanie wkładów finansowych będących udziałem w inwestycji pod pozorem sprzedaży środka czyszczącego – **1 raz**;
- na rachunek współosadzonej inne współosadzone przekazywały pieniądze, z których jej mąż kupował paczki i przekazywał je nieodpłatnie do zakładu karnego – **1 raz**;
- gromadzenie środków pieniężnych od osób chcących zainwestować je w wysokooprocentowane, krótkoterminowe pożyczki dla osób trzecich – **1 raz**;
- przyjmowanie pieniędzy na lokaty terminowe, udzielanie z nich pożyczek osobom trzecim – **1 raz**;
- pomoc polegająca na działaniach promocyjnych, informowaniu oraz bieżącej obsłudze potencjalnych partnerów amerykańskiej spółki F.W. INC, prowadzona na podstawie umowy agencyjnej, ponadto wydzierżawianie samochodów osobowych – **1 raz**;
- sprzedaż hurtowa i detaliczna samochodów osobowych, konsulting, dzierżawa – **1 raz**;
- sprzedaż i montaż systemu uzdatniania wody także na raty we współpracy z bankiem M. SA – **1 raz**;
- pożyczono pieniądze zadłużonej rodzinie, aby nie dopuścić do licytacji ich kamienicy, zabezpieczeniem transakcji pożyczki była umowa przedwstępna sprzedaży nieruchomości – **1 raz**.

3.3. Charakterystyka postępowań

Organy prowadzące postępowania analizowały przypadki różnorodnych form działalności gospodarczej z punktu widzenia potencjalnej realizacji znamion czynów zabronionych. W toku przedsięwziętych czynności procesowych chodziło przede wszystkim o ustalenie, czy konkretna działalność gospodarcza wypełnia znamiona przestępstwa gromadzenia cudzych środków pieniężnych w celu obciążania ich ryzykiem, przy założeniu, że sprawca prowadzi ją bez stosownego zezwolenia wymaganego dla wykonywania tzw. czynności bankowych *sensu stricto* (art. 5 ust. 1 pr. bank.). Niejednokrotnie postępowanie było ukierunkowane także na ustalenie zaistnienia innych przestępstw, przy czym najczęściej czynności procesowe prowadzono w kierunku potwierdzenia zaistnienia przestępstwa oszustwa (art. 286 § 1 k.k.). Szczegółową prezentację kwalifikacji prawnych odnotowanych w materiale aktowym zawiera zestawienie poniżej.

Kwalifikacje:

- art. 171 ust. 1 pr. bank. – **42 razy**;
- art. 18 § 1 k.k. w zw. z art. 171 ust. 1 pr. bank. – **5 razy**;
- art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. – **1 raz**;
- I. art. 286 § 1 k.k.; II. art. 171 ust. 1 pr. bank. – **6 razy**;

- I–VIII. art. 286 § 1 k.k.; IX. art. 171 ust. 1 pr. bank. – **1 raz**;
- I–IV. art. 286 § 1 k.k.; V. art. 171 ust. 1 pr. bank. – **1 raz**;
- I–II. art. 286 § 1 k.k.; III. art. 171 ust. 1 pr. bank. – **1 raz**;
- I–II. art. 286 § 1 k.k.; III. art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. – **2 razy**;
- I. art. 171 ust. 1 pr. bank.; II. art. 286 § 1 w zw. z art. 12 k.k. – **2 razy**;
- art. 286 § 1 k.k. w zb. z art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. przy zast. art. 11 § 2 w zw. z art. 12 k.k. – **1 raz**;
- art. 171 ust. 1 pr. bank. w zw. z art. 286 § 1 i art. 294 § 1 przy zast. art. 11 § 2 i art. 12 k.k. – **1 raz**;
- art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. oraz art. 482 § 1 kodeksu handlowego⁹⁰ w zw. z art. 11 § 2 k.k. – **1 raz**;
- I. art. 286 § 1 k.k.; II. art. 60¹ § 1 kodeksu wykroczeń⁹¹; III. art. 171 ust. 1 pr. bank. – **1 raz**;
- I. art. 286 § 1 w zw. z art. 12 k.k.; II. art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. w zw. z art. 12 k.k.; III. art. 77 pkt 1 ustawy o rachunkowości⁹²; IV. art. 301 k.h.; V. art. 77 pkt 2 i art. 79 pkt. 4 u.r.; VI. art. 301 k.h. – **1 raz**;
- art. 296 § 3 k.k. w zw. z art. 171 ust. 1 pr. bank. i art. 585 § 1 kodeksu spółek handlowych⁹³ i art. 303 § 2 w zw. z art. 11 § 2 i art. 12 k.k. – **1 raz**;
- art. 286 § 1 i art. 294 § 1 k.k. oraz art. 178 u.o.i.f. i art. 171 ust. 1 pr. bank. w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. – **1 raz**;
- I. art. 18 § 1 k.k. w zw. z art. 225 ust. 1 u.d.u.; II. art. 18 § 1 k.k. w zw. z art. 171 ust. 1 pr. bank. – **1 raz**.

Ustalono, że źródłem informacji o czynnie były najczęściej: zawiadomienie złożone przez osobę, która czuła się pokrzywdzona w wyniku utraty zainwestowanych pieniędzy (19 przypadków), oraz artykuł prasowy, w wyniku którego prokuratura wszczyła czynności z urzędu (18 przypadków). Z zawiadomieniami o podejrzeniu popełnienia przestępstwa występowały również instytucje państwowe. Przy okazji realizacji kompetencji własnych urzędnicy stykali się z przedsięwzięciami gospodarczymi, które – w ich ocenie – budziły wątpliwości co do swojej legalności (KNF, powiatowy rzecznik konsumentów, naczelnik urzędu skarbowego, Urząd Komisji Nadzoru Ubezpieczeń Emerytalnych). Szczegółową listę podmiotów, których aktywność wprost (przez skierowanie zawiadomienia) bądź tylko pośrednio (opublikowanie artykułu prasowego) zainspirowała organy ścigania do zajęcia się budzącym wątpliwości przypadkiem, zawiera poniższe zestawienie:

- anonimowe doniesienie – **2 razy**;
- zawiadomienie złożone przez pokrzywdzonych klientów – **19 razy**;
- zawiadomienie złożone przez profesjonalnego pełnomocnika (adwokata, radcę prawnego) reprezentującego pokrzywdzonych klientów – **3 razy**;
- zawiadomienie złożone przez pokrzywdzonych, niezależnie od tego zawiadomienie złożyła Komisja Nadzoru Finansowego – **3 razy**;

⁹⁰ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.06.1934 r. – Kodeks handlowy (Dz. U. Nr 57, poz. 502), dalej jako k.h.

⁹¹ Ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 482 ze zm.), dalej jako k.w.

⁹² Ustawa z 29.09.1994 r. o rachunkowości (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 330 ze zm.), dalej jako u.r.

⁹³ Ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1030), dalej jako k.s.h.

- zawiadomienie złożone przez Komisję Nadzoru Finansowego – **3 razy**;
- publikacja prasowa, w wyniku której podjęto czynności z urzędu – **18 razy**;
- zawiadomienie złożone przez powiatowego rzecznika konsumentów – **7 razy**;
- zawiadomienie złożone przez naczelnika urzędu skarbowego – **3 razy**;
- zawiadomienie złożone przez zarząd spółdzielni mieszkaniowej – **1 raz**;
- zawiadomienie złożone przez posłankę na ręce Ministra Sprawiedliwości przekazane następnie zgodnie z właściwością – **1 raz**;
- zawiadomienie złożone przez dyrektora zakładu karnego – **1 raz**;
- zawiadomienie złożone przez Urząd Komisji Nadzoru Ubezpieczeń Emerytalnych na skutek artykułu prasowego – **4 razy**;
- brak danych – **4 razy**.

Charakterystyczne pozostaje to, że nie zawsze organ prowadzący postępowanie inicjował je z uwagi na podejrzenie popełnienia przestępstwa z art. 171 ust. 1 lub art. 171 ust. 3 w zw. z ust. 1 pr. bank. W części przypadków kwestia nielegalnego prowadzenia działalności parabankowej wpływała w dalszym etapie postępowania na skutek szczegółowych czynności operacyjnych lub procesowych. Blisko w 1/3 przypadków postępowanie zaczynało się od tego, że klient zarzucał przedsiębiorcy popełnienie oszustwa. Analiza akt spraw pozwala na wyróżnienie w materiałach (donos, oficjalne zawiadomienie, materiał prasowy), które stały się podstawą wszczęcia postępowania, następujących zarzutów pod adresem przedsiębiorców prowadzących kwestionowaną działalność gospodarczą:

- oszustwo – **22 razy**;
- art. 171 ust. 1 pr. bank. – **28 razy**;
- art. 171 ust. 1 pr. bank. i art. 286 § 1 k.k. – **5 razy**;
- udzielanie pożyczek bez zezwoleń – **2 razy**;
- art. 286 § 1, art. 272, art. 273 k.k., art. 171 ust. 1 pr. bank. – **1 raz**;
- przestępcza działalność – **1 raz**;
- art. 585 § 1 k.s.h. – **1 raz**;
- prowadzenie działalności parabankowej – **1 raz**;
- prowadzenie działalności finansowej bez zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego – **2 razy**;
- art. 225 ust. 1 u.d.u. – **4 razy**;
- oszustwo, prowadzenie działalności nieobjętej przedmiotem wpisu do ewidencji działalności gospodarczej, prowadzenie działalności bankowej bez uprawnień, art. 60 § 1 k.w. – **1 raz**;
- art. 258 § 1 i 3 k.k., art. 171 ust. 1 pr. bank., art. 286 § 1 w zw. z art. 294 § 1, art. 18 § 2 w zw. z art. 65 § 1, art. 231 § 2, art. 271 § 3, art. 233 § 1 w zw. z art. 18 § 2 i art. 65 § 1, art. 304 w zw. z art. 65 § 1 i art. 299 k.k. – **1 raz**.

Organy prowadzące analizowane w badaniu postępowania wykorzystywały przede wszystkim formę śledztwa (52 przypadki). Postępowanie prowadzone w formie dochodzenia odnotowano jedynie w odniesieniu do 17 czynów. Organem prowadzącym była z reguły prokuratura rejonowa (51 przypadków). W odniesieniu do 12 czynów postępowanie prowadziła prokuratura okręgowa, zaś w 6 przypadkach policja.

Różnorodny był stopień złożoności analizowanych postępowań. W 36 przypadkach organ prowadzący postępowanie ograniczył się jedynie do czynności sprawdzających. W kolejnych 20 wydano postanowienie o wszczęciu dochodzenia lub śledztwa i prowadzono postępowanie w sprawie. Jedynie w 13 przypadkach postępowanie doprowadziło do przedstawienia sprawcom zarzutów.

Na złożony charakter analizowanych postępowań wpływ miała także liczba osób, które skorzystały z oferty podmiotu posądzonego o prowadzenie nielegalnej działalności parabankowej jako klienci. Z zebranych materiałów aktowych wynika, że liczba ta wahała się w konkretnym przypadku od pojedynczej osoby do 7460 osób. Łącznie odnotowano 9 przypadków „masowych”, w których liczba osób, które zaangażowały się finansowo, przekroczyła 1000. Z punktu widzenia organu prowadzącego postępowanie przekładało się to chociażby na liczbę przesłuchań świadków (potencjalnych pokrzywdzonych), skutkowało niejednokrotnie wyłączeniem materiałów do odrębnych postępowań. Odnotowano jednak i takie postępowania, w których – zazwyczaj w toku czynności sprawdzających – ograniczono się jedynie do przesłuchania przedsiębiorcy, z pominięciem potencjalnych klientów. Chodziło tu o przypadki, w których ewentualność prowadzenia nielegalnej działalności parabankowej dało się wykluczyć już na samym wstępie postępowania.

Niejednokrotnie pewnym utrudnieniem okazywał się także fakt prowadzenia działalności gospodarczej za pośrednictwem biur regionalnych czy sieci agentów. W skrajnych przypadkach ich liczba potrafiła sięgnąć 1500 osób zaangażowanych w jedno przedsięwzięcie gospodarcze w skali całego kraju. W tym wypadku pojawiała się konieczność przesłuchania pracowników (współpracowników) i rozważenia ewentualności pociągnięcia ich do odpowiedzialności karnej z art. 171 ust. 3 pr. bank.

Pośród przeanalizowanych postępowań w odniesieniu do 54 czynów prowadzono postępowanie samodzielne. W 15 kolejnych przypadkach przedmiotem badania stały się postępowania odpryskowe zaistniałe wskutek wyłączenia materiałów do odrębnego postępowania. Zawarte w nich informacje pozwoliły na zidentyfikowanie planowanych lub już zaistniałych czynności procesowych względem organizatorów działalności parabankowej. Wynika z nich m.in., że w relewantnych postępowaniach głównych:

- przedstawiono zarzuty i jest planowane wniesienie aktu oskarżenia wobec prezesów spółki (2 osoby) z art. 171 ust. 1 pr. bank. – **1 raz**;
- wobec prezesa, 2 wiceprezesów i prokurenta przedstawiono zarzuty o przestępstwo z art. 171 ust. 1 i 2 pr. bank., art. 294 § 1 w zw. z art. 286 § 1 k.k. i inne – **6 razy**;
- skierowano do sądu akt oskarżenia przeciwko 3 członkom zarządu z art. 171 ust. 1 pr. bank. – **1 raz**;
- wobec 2 osób wydano postanowienia o przedstawieniu zarzutów z art. 171 ust. 1 pr. bank., które były następnie kilkukrotnie uzupełniane z uwagi na ujawnianie się nowych pokrzywdzonych – **1 raz**;
- wniesiono akt oskarżenia i nastąpiło prawomocne skazanie z art. 171 ust. 3 w zw. z ust. 1 pr. bank. – **1 raz**;
- wniesiono akty oskarżenia i nastąpiło prawomocne skazanie 3 członków zarządu za przestępstwo z art. 171 ust. 1 pr. bank. w zw. z art. 12 k.k. – **1 raz**;

- przedstawiono zarzuty wobec szeregowej pracowniczki z tytułu przestępstwa z art. 286 § 1 w zw. z art. 91 § 1 k.k. – **2 razy**;
- prowadzone jest śledztwo w sprawie działalności członków zarządu i agencji w terenie (brak danych na temat przedstawienia zarzutów) – **1 raz**;
- wobec jednej osoby przedstawiono zarzuty z art. 286 § 1 k.k. – **1 raz**.

Czas trwania analizowanych postępowań okazał się bardzo różny. Można wskazać, że w skrajnych przypadkach najkrócej trwające postępowanie rozpoczęło się i zakończyło tego samego dnia⁹⁴, zaś najdłuższe trwało ponad 13 lat (4890 dni)⁹⁵. Jednak w swojej większości analizowane postępowania trwały nie dłużej niż rok, dotyczyło to 48 przypadków, tj. ponad 66%. Szczegółowe dane w tym zakresie zawiera tabela 2.

Tabela 2. Długość trwania postępowań	
Czas postępowania	Liczba
1 dzień	2
2 do 7 dni	1
8 do 30 dni	19
31 do 180 dni	20
181 dni do 1 roku	6
powyżej roku do 2 lat	8
powyżej 2 lat do 3 lat	1
powyżej 3 lat do 4 lat	1
powyżej 4 lat do 5 lat	0
powyżej 5 lat do 6 lat	2
powyżej 6 lat do 7 lat	2
powyżej 7 lat do 8 lat	2
powyżej 8 lat do 9 lat	1
powyżej 9 lat do 10 lat	0
powyżej 10 lat	1
brak danych	3
łącznie	69

⁹⁴ Postępowanie prowadzone przez Prokuraturę Okręgową w Częstochowie (V Ds. 16/09/S). Z uwagi na samobójczą śmierć jednego z podejrzanych wyłączono ze śledztwa prowadzonego od ponad roku materiały dotyczące jego osoby do odrębnego postępowania i po zarejestrowaniu ich pod nową sygnaturą tego samego dnia umorzono śledztwo z art. 17 § 1 pkt 5 ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.), dalej jako k.p.k.

⁹⁵ Postępowanie prowadzone przez Prokuraturę Okręgową Poznaniu (VI Ds. 75/10). Śledztwo zostało wszczęte 14.03.1997 r. jeszcze pod rządami art. 115¹ ust. 1 pr. bank. z 1989 r. Z uwagi na fakt, iż obaj podejrzani (obywatele RFN) przebywali poza granicami Polski, nie udało się ogłosić im zarzutów. Poszukiwanie listem gończym nie przyniosło efektów. Ostatecznie postępowanie zostało umorzone z uwagi na przedawnienie karalności, ale też brak znamion czynu zabronionego.

W odniesieniu do 30 czynów postępowanie zakończyło się wydaniem postanowienia o odmowie wszczęcia, zaś w przypadku 39 – umorzeniem. Czterokrotnie decyzja kończąca postępowanie była zaskarżana do sądu, jednak w każdym z tych wypadków sąd utrzymywał zaskarżone postanowienie w mocy.

3.4. Podstawy umorzenia oraz odmowy wszczęcia postępowania

W badaniu zidentyfikowano następujące szczegółowe podstawy umorzenia bądź odmowy wszczęcia postępowania.

Tabela 3. Podstawy umorzenia lub odmowy wszczęcia postępowania		
Art. 17 § 1 k.p.k.	Szczegółowy opis podstawy	Liczba
pkt 1	czynu nie popełniono	19
pkt 1	brak danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie popełnienia czynu	9
pkt 2	czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego	25
pkt 2	ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa	0
pkt 3	znikoma społeczna szkodliwość czynu	4
pkt 4	ustawa stanowi, że sprawca nie podlega karze	0
pkt 5	oskarżony zmarł	1
pkt 6	nastąpiło przedawnienie karalności	3
pkt 7	postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało prawomocnie zakończone	5
pkt 7	toczy się wszczęte wcześniej postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby	3
pkt 8	sprawca nie podlega orzecznictwu polskich sądów karnych	0
pkt 9	brak skargi uprawnionego oskarżyciela	0
pkt 10	brak wymaganego zezwolenia na ściganie	0
pkt 10	brak wniosku o ściganie pochodzącego od osoby uprawnionej	0
pkt 11	zachodzi inna okoliczność wyłączająca ściganie	0
łącznie		69

Przy ich prezentacji podano łącznie podstawy umorzeń i odmów wszczęcia postępowania w odniesieniu do przestępstw z art. 171 ust. 1 i art. 171 ust. 3 pr. bank. Decyzja o rezygnacji z rozróżnienia wyników w odniesieniu do tych dwóch przestępstw spowodowana jest w tym wypadku faktem, iż w przeanalizowanych postępowaniach posługiwano się głównie kwalifikacją z art. 171 ust. 1 pr. bank., nawet gdy umorzenie lub odmowa wszczęcia postępowania dotyczyła czynu, który powinien zostać zakwalifikowany z art. 171 ust. 3 pr. bank. Pomijanie klauzuli odpowiedzialności zastępczej, gdy decyzja kończąca postępowanie dotyczyła czynu sprawcy działającego w imieniu lub w interesie osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, choć nie było poprawne, wynikało zapewne z tego,

że w większości badanych postępowań prowadzono jedynie czynności sprawdzające (36 przypadków) albo postępowanie w sprawie (20 przypadków). W tej sytuacji przyjmowano więc „roboczo” podstawową kwalifikację z art. 171 ust. 1 pr. bank. Kwalifikację z art. 171 ust. 3 pr. bank. wykorzystano zaledwie w 6 przypadkach.

Jak wynika z przedstawionego powyżej zestawienia, spośród wymienionych w przepisie art. 17 § 1 k.p.k. ustawowych przesłanek zakończenia postępowania karnego umorzeniem lub odmową wszczęcia dominowało powołanie się na brak znamion czynu zabronionego (25 przypadków). Na drugim miejscu znalazło się 19 przypadków, w których organ prowadzący postępowanie wskazał nominalnie, że czynu nie popełniono, choć z takim ujęciem nie można się do końca zgodzić. W tej grupie czyn, rozumiany jako pewna zaszcłość faktyczna polegająca na prowadzeniu działalności gospodarczej, miał jednak miejsce, tyle że nie można było zasadnie uznać, iż w toku prowadzenia kwestionowanej działalności gospodarczej zrealizowano znamiona przestępstw z art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. czy jakichkolwiek innych przestępstw. Wydaje się zatem, że poprawniej byłoby powołać się tu nie tyle na brak czynu, co brak jego ustawowych znamion.

Trzecia w kolejności była grupa 9 przypadków, w których ustalono, że brak jest danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie popełnienia czynu. Następnie w 5 przypadkach stwierdzono, że postępowanie karne co do tego samego czynu tej samej osoby zostało już prawomocnie zakończone, zaś w 4 kolejnych uznano społeczną szkodliwość czynu za znikomą. Zidentyfikowano także po 3 przypadki sprawy zawisłej oraz przedawnienia karalności. W 1 przypadku podejrzany zmarł. Inne spośród przesłanek wymienionych w art. 17 § 1 k.p.k. bądź nie wystąpiły w badanym materiale, choć przynajmniej teoretycznie mogły, bądź nie mają w ogóle zastosowania do przestępstw publiczno-skargowych bezwnioskowych, do jakich należą przestępstwa z art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. (brak skargi uprawnionego oskarżyciela, brak wniosku o ściganie od osoby uprawnionej).

3.5. Interpretacja znamion przestępstw z art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. w ujęciu organów prowadzących postępowania

3.5.1. Uwagi ogólne

Jak wskazano wcześniej, najpowszechniejszą przyczyną umorzenia lub odmowy wszczęcia postępowania było stwierdzenie, że czyn nie mieści się w ustawowym opisie przestępstw z art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. Co ciekawe, organy prowadzące postępowanie wskazywały na tę okoliczność nie tylko wtedy, gdy u podstaw umorzenia lub odmowy wszczęcia postępowania legł przepis art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. W uzasadnieniach dość często powoływano się pomocniczo na fakt, iż zachowanie sprawcy nie realizuje znamion przestępstwa nielegalnego prowadzenia działalności parabankowej nawet wówczas, gdy ostatecznie wskazana podstawa zakończenia postępowania okazywała się zupełnie inna, jak i wówczas, gdy była nią np. zawisłość sprawy, brak danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie popełnienia czynu czy stwierdzenie, że czynu nie popełniono. Zawsze przy tej okazji dokonywano jednak – w sposób mniej lub bardziej złożony – wykładni zakresu znamion relevantnych w danym przypadku procesowym.

3.5.2. Przykłady outsourcingu usług bankowych

Prokuratury zasadnie przyjmowały, że w pojęciu prowadzenia nielegalnej działalności parabankowej nie mieści się doradztwo w zakresie usług finansowych, lokat i kredytów⁹⁶. Parający się nim przedsiębiorcy nie gromadzili przy tej okazji żadnych środków pieniężnych pochodzących od obsługiwanych przez nich klientów. Do istoty ich działalności należało natomiast udzielanie rad i informacji w zakresie produktów finansowych dostępnych w ofercie legalnie działających banków, pomoc przy wypełnianiu dokumentów, a następnie koordynowanie ich wymiany między bankiem a klientem. Wszelkie wpłaty pieniężne klienci realizowali bezpośrednio na rachunek banku, z którym podpisywali umowę, choć swój podpis faktycznie składali w siedzibie biura doradztwa.

Warto przy tej okazji nadmienić, że nawet dalej idące przejawy outsourcingu usług bankowych nie naruszają dyspozycji art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank., o ile pozostają w zgodzie ze szczególnym, ustawowym upoważnieniem przewidzianym w art. 6a ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pr. bank. Działając na podstawie tych przepisów, bank może w drodze zawartej na piśmie umowy agencyjnej powierzyć przedsiębiorcy lub przedsiębiorcy zagranicznemu (z zastrzeżeniem art. 6d pr. bank.) wykonywanie w imieniu i na rzecz banku pośrednictwa w zakresie czynności bankowych wymienionych w art. 5 pr. bank., w tym (*sic!*) czynności bankowych *sensu stricto*, a także usług, o których mowa w art. 6 pr. bank.

3.5.3. Działalność parabankowa SKOK-ów

Pozytywną weryfikację przeszła również działalność parabankowa prowadzona w ramach SKOK-ów. W tej sytuacji PR w Piotrkowie Trybunalskim, po przeprowadzeniu czynności sprawdzających na okoliczność zaistnienia przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank., przyjęła, że czynu nie popełniono, i odmówiła wszczęcia śledztwa na podstawie art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k.⁹⁷

Spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe działają na podstawie ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych. Dla ich utworzenia wymagane jest każdorazowo zezwoleniu KNF (art. 7 ust. 1 u.s.k.o.k.). Choć nie są bankami, ustawodawca wyjątkowo dopuścił, aby przedmiot ich działalności objął niektóre czynności bankowe, w tym czynności bankowe *sensu stricto*, np. prowadzenie działalności depozytowej w postaci zakładania imiennych rachunków dla członków kasy (por. art. 28 u.s.k.o.k. i art. 5 ust. 1 pkt 1 pr. bank.), udzielanie kredytów (por. art. 3 ust. 1, art. 36 ust. 1 u.s.k.o.k. i art. 5 ust. 1 pkt 3 pr. bank.) czy przeprowadzanie bankowych rozliczeń pieniężnych (por. art. 3 ust. 1 i 2 u.s.k.o.k. i art. 5 ust. 1 pkt 6 pr. bank.). W tym zakresie SKOK-i prowadzą swoją działalność na podstawie szczególnego upoważnienia zawartego w przepisie art. 5 ust. 5 pr. bank., stanowiącego ustawowy wyjątek od zasady monopolu banków do wykonywania czynności bankowych *sensu stricto* (art. 5 ust. 1 pr. bank.).

Patrząc z punktu widzenia opisu znamion przestępstwa art. 171 ust. 1 pr. bank., działalność SKOK-ów polega w pewnych obszarach na gromadzeniu środków pieniężnych innych osób w celu obciążania ich ryzykiem. Nie ma ona jednak

⁹⁶ Prokuratura Rejonowa w Piotrkowie Trybunalskim, 2 Ds. 1461/12; Prokuratura Rejonowa w Radomsku, Ds. 3006/12.

⁹⁷ Prokuratura Rejonowa w Piotrkowie Trybunalskim, 2 Ds. 1461/12.

charakteru bezprawnego. Na mocy odnośnych przepisów ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych ustawodawca zalegalizował gromadzenie środków pieniężnych innych osób, w tym wypadku członków kasy (art. 3 ust. 1 u.s.k.o.k.), oraz dopuścił obciążanie ich ryzykiem poprzez wykorzystanie na udzielanie pożyczek i kredytów (zob. m.in. art. 3 ust. 1, art. 29 ust. 1, art. 36 ust. 1–3 u.s.k.o.k.), a także, stosownie do art. 37 ust. 1 u.s.k.o.k., inwestowanie:

- 1) w obligacje i inne papiery wartościowe emitowane lub gwarantowane przez Skarb Państwa lub Narodowy Bank Polski;
- 2) jako lokaty, wkłady lub udziały w Kasie Krajowej;
- 3) jako lokaty w bankach;
- 4) w jednostki uczestnictwa funduszy rynku pieniężnego, o których mowa w art. 178 u.f.i.;
- 5) jako inne kategorie lokat i inwestycji, za zgodą KNF.

W opisanym powyżej zakresie działalność prowadzona w ramach SKOK-ów mieści się zatem w granicach kontratypu działania w ramach przysługujących uprawnień, co prowadzi do wniosku, że jako formalnoprawna podstawa umorzenia lub odmowy wszczęcia postępowania powinien w tym wypadku zostać przywołany przepis art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. z rozwinięciem: ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa. Podstawę prawnomaterialną stanowić będzie z kolei przepis art. 5 ust. 5 pr. bank., powołany w związku z właściwym przepisem ustawy o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych.

Na działanie w ramach przysługujących uprawnień będzie także mógł powołać się przedsiębiorca lub przedsiębiorca zagraniczny, któremu kasa powierzyła w drodze umowy agencyjnej zawartej w formie pisemnej zawieranie umów o wykonywanie czynności, o których mowa w art. 3 ust. 1 u.s.k.o.k., a także „wykonywanie czynności faktycznych związanych z wykonywaniem czynności, o których mowa w art. 3 ust. 1 u.s.k.o.k.” (odpowiednio art. 9a ust. 1 i art. 9b u.s.k.o.k.).

3.5.4. Udzielanie pożyczek ze środków własnych

Stosownie do art. 171 ust. 1 pr. bank. ściganiu podlega sprawca, który bez zezwolenia gromadzi od innych podmiotów środki pieniężne w celu obciążania ich ryzykiem, identyfikowanym w treści przywołanego przepisu m.in. z udzielaniem z tych środków kredytów lub pożyczek. Przepis ten ma odstraszać tych, którzy w pogoni za własnym zyskiem chcieliby ryzykować majątkiem innych osób, wkraczając bez zezwolenia w obszar reglamentowanych usług finansowych, zarezerwowanych dla podmiotów profesjonalnych, w tym wypadku banków. Poza *ratio legis* tego uregulowania pozostają natomiast przypadki, w których ktoś decyduje się ryzykować majątkiem własnym. Idąc tym tropem, prokuratury zasadnie przyjmowały, że prowadzenie działalności polegającej na udzielaniu innym osobom tzw. pożyczek chwilówek ze środków własnych nie koliduje z zakazem wyrażonym w art. 171 ust. 1 pr. bank.⁹⁸

⁹⁸ Prokuratura Rejonowa Bydgoszcz-Północ, 2 Ds. 1373/06; Prokuratura Rejonowa Bielsko Biała-Północ, 4 Ds. 1244/12; Prokuratura Rejonowa Warszawa-Ochota, 1 Ds. 762/06/V; Prokuratura Okręgowa w Łodzi, V DS. 37/99; Prokuratura Rejonowa w Piotrkowie Trybunalskim, 2 Ds. 1461/12; Prokuratura Rejonowa w Sokółce, Ds. 310/08; Prokuratura Rejonowa Sosnowiec-Południe, 1 Ds. 1517/12.

W praktyce dopuszczono także sytuację, w której środki przeznaczone przez spółkę na krótkoterminowe pożyczki dla osób fizycznych pochodziły z umowy pożyczki zawartej uprzednio z bankiem. W odnośnej sprawie prokuratura powołała się przy tej okazji na umowę pożyczki (art. 720–724 kodeksu cywilnego⁹⁹), do istoty której należy przeniesienie własności kwoty środków pieniężnych pomiędzy stronami stosunku zobowiązaniowego¹⁰⁰. Na tej zasadzie spółka najpierw staje się właścicielem środków pieniężnych uzyskanych z banku tytułem umowy pożyczki, a następnie udziela dalszych pożyczek osobom fizycznym już ze środków własnych. Odmienne wypadaloby ocenić tę sytuację, gdyby spółkę z bankiem łączyła umowa kredytu (art. 69 ust. 1 pr. bank.). Ta ze swej istoty nie prowadzi bowiem do przeniesienia prawa własności. W tym wypadku kredytobiorca jedynie korzysta z kwoty środków pieniężnych oddanych mu do dyspozycji przez bank na zasadach określonych w wiążącej ich umowie. W tej sytuacji należałoby przyjąć, że spółka udziela klientom indywidualnym pożyczek pochodzących ze środków cudzych, co z kolei mogłoby postawić pod znakiem zapytania legalność takiej działalności z punktu widzenia art. 171 ust. 1 pr. bank.

W przywołanej powyżej sprawie głos zabrała także Komisja Nadzoru Bankowego oraz Generalny Inspektorat Nadzoru Bankowego NBP. Regulatorzy stanęli na stanowisku, że przepisy prawa bankowego, w tym zwłaszcza art. 5 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 5 ust. 4 pr. bank., reglamentujące udzielanie „kredytów” tylko do działalności banków, nie są przeszkodą dla funkcjonowania podmiotów innych niż banki, które udzielają „pożyczek” ze środków własnych. W ich ocenie wykładnia relewantnych przepisów prawa bankowego nie dostarczyła podstaw do twierdzenia, że formą gromadzenia środków pieniężnych w rozumieniu art. 171 ust. 1 pr. bank. może być uzyskiwanie środków pieniężnych od banków pod tytułem pożyczki z przeznaczeniem ich na dalsze udzielanie pożyczek. Wskazano, że pojęciem gromadzenia środków pieniężnych posłużono się w przepisach rozdziału 3 pr. bank. „Rachunki bankowe”, w szczególności zaś w art. 51 pr. bank. Przepisy te określają działalność depozytową banku, ściśle powiązaną z prowadzeniem rachunków bankowych. Umowa rachunku określa prawa i obowiązki banku jako strony gromadzącej środki pieniężne na rachunku w oparciu o instytucję tzw. depozytu nieprawidłowego. Zgodnie z art. 845 k.c. przechowawcę depozytu nieprawidłowego (tutaj bank) obciąża w interesie składającego obowiązek pieczy nad depozytem, czyli strzeżenie go przed utratą lub jakąkolwiek szkodą. Całkowicie odmienna jest natomiast treść zobowiązania pożyczkobiorcy, który jest zobowiązany zwrócić taką samą ilość pieniędzy, jaką otrzymał, po upływie okresu, w którym miał prawo w sposób dowolny uczynić użytek z pożyczonych środków. W ocenie regulatorów czym innym jest zatem gromadzenie środków pieniężnych innych podmiotów w rozumieniu prawa bankowego, a czym innym zaciągnięcie pożyczki będącej źródłem dla kolejnych pożyczek.

3.5.5. *Inne sposoby obciążania ryzykiem środków pieniężnych*

Udzielanie pożyczek i kredytów ze środków pieniężnych zgromadzonych od innych osób to dwa skonkretyzowane przez ustawodawcę w treści przepisu art. 171

⁹⁹ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.), dalej jako k.c.

¹⁰⁰ Prokuratura Rejonowa Warszawa-Ochota, 1 Ds. 762/06/V; Prokuratura Okręgowa w Łodzi, V Ds. 37/99.

ust. 1 pr. bank. (ale nie jedyne) nieakceptowane przez niego źródła obciążania ryzykiem cudzych środków pieniężnych przez podmioty prowadzące nielegalną działalność parabankową. W ustawowym opisie czynu stygmatyzacji poddany został w zasadzie każdy sposób obciążania ryzykiem środków pieniężnych, którym będzie kierował się sprawca tego przestępstwa przy okazji realizacji znamion strony przedmiotowej. Ustawodawca posłużył się w tym wypadku maksymalnie szeroką stylizacją, charakteryzując cel działania sprawcy jako „obciążanie ryzykiem tych środków w inny sposób”. Jak wspomniano wcześniej, takie ujęcie wzbudziło nawet pewne zastrzeżenia co do jego zgodności z zasadą *nullum crimen sine lege certa*¹⁰¹.

Przeanalizowany materiał aktowy dostarczył przykładów różnych scenariuszy działalności gospodarczej. W części z nich, dzięki obietnicy dużego zysku, sprawcy udało się przekonać swoich klientów do przekazania mu środków pieniężnych na realizację ryzykownych inwestycji, innych niż udzielanie kredytów czy pożyczek. Na przykład jeden z nieuczciwych przedsiębiorców oferował swoim klientom założenie wysokooprocentowanych lokat terminowych w przedziale od 6% do 40%¹⁰². Za każdym razem właściciel firmy podpisywał z klientem umowę lokaty-pożyczki. Z jej treści wynikało, że lokujący „przeznacza na rzecz Pożyczkobiorcy” określoną kwotę pieniężną, którą pożyczkobiorca zobowiązuje się zwrócić w określonym terminie wraz z odsetkami. Łączna wysokość lokat-pożyczek na jednego pokrzywdzonego wahała się w przedziale od 12.000 zł do ponad (*sic!*) 8.000.000 zł.

W kolejnym przypadku klienci wpłacali na rachunek spółki córki z siedzibą w mieście P. wkłady pieniężne tytułem depozytu na zakup akcji trzech spółek: A.T., B.M. oraz N., notowanych na zagranicznych giełdach papierów wartościowych. Akcjami tych spółek dysponowała spółka matka z siedzibą poza granicami Polski¹⁰³. Na mocy pisemnej umowy klient uzyskiwał prawo do nabycia określonej liczby akcji pod warunkiem, że NBP wyda na jego rzecz indywidualne zezwolenie dewizowe na transfer pieniędzy za granicę. Z opinii biegłego przygotowanej w toku śledztwa wynika, że pieniądze klientów zgromadzone przez spółkę obciążone były z wielokrotnionym ryzykiem. Spółka proponowała zakup ryzykownych papierów wartościowych, do jakich zalicza się akcje, nie dysponując stosownym zezwoleniem na prowadzenie usług maklerskich na terenie Polski. Ponadto nie generowała przychodów w wysokości pozwalającej na sfinansowanie swojej działalności. Co więcej, pochodzące od klientów środki pieniężne były przekazywane na zagraniczny rachunek spółki matki i wykorzystywane niezgodnie z ich przeznaczeniem, tj. na finansowanie jej bieżącej działalności.

Innym razem zagraniczna spółka z siedzibą na Wyspach Dziewiczych prowadziła za pośrednictwem polskiej spółki z o.o. działalność polegającą na inwestowaniu pieniędzy klientów na międzynarodowym rynku walutowym FOREX¹⁰⁴. Warunkiem przystąpienia do inwestowania była wpłata depozytu w wysokości 10.000 dolarów na rachunek zagranicznej spółki w Banku Inicjatyw Społeczno-Ekonomicznych SA.

¹⁰¹ P. Ochman, *Ochrona...*, s. 236–241 i 254; L. Mazur, *Prawo...*, s. 807; E. Fojcik-Mastalska w: *Prawo...*, s. 685 i 686.

¹⁰² Prokuratura Okręgowa w Częstochowie, V Ds. 16/09/S (materiały wyłączone ze śledztwa głównego prowadzonego przez Prokuraturę Okręgową w Częstochowie, V Ds. 20/07/S).

¹⁰³ Prokuratura Okręgowa w Poznaniu, VI Ds. 75/10.

¹⁰⁴ Prokuratura Rejonowa Warszawa-Śródmieście, 3 Ds. 377/06/MP.

W ten sposób następowało gromadzenie cudzych środków pieniężnych, które obciążano następnie ryzykiem poprzez dokonywanie transakcji na rynku FOREX. Żadna ze spółek nie dysponowała przy tym ani zezwoleniem KNF na prowadzenie działalności bankowej (por. art. 36 ust. 1 pr. bank.), ani upoważnieniem do dokonywania czynności obrotu dewizowego (zob. obowiązujące wówczas, a obecnie uchylone przepisy art. 99 ust. 1 i art. 99a ust. 1 pr. bank.).

Odnotowano także scenariusz działalności gospodarczej, w którym gromadzenie bez zezwolenia środków pieniężnych innych osób w celu obciążenia ich ryzykiem inwestycyjnym odbywało się pod przykrywką umowy sprzedaży środka czyszczącego¹⁰⁵. Prezes spółki z o.o. oferowała swoim klientom w pakiecie, pod pretekstem sprzedaży takiego środka, udział w zysku z inwestycji w rozwój jej firmy. Obiecany zysk z inwestycji rocznej szacowany był w przedziale od 15% do 25%, zaś dwuletniej – od 70% do 100%, w zależności od przedziałów kwotowych pieniędzy zainwestowanych przez pokrzywdzonych.

3.5.6. Dekompletacja strony podmiotowej

W części analizowanych przypadków działalność gospodarcza podlegająca ocenie organów postępowania przygotowawczego prowadzona była na szerszą skalę. Towarzyszyło jej stworzenie w terenie struktury organizacyjnej opartej o sieć biur regionalnych lub oddziałów. W niektórych przypadkach w jedno przedsięwzięcie gospodarcze zaangażowanych było w skali całego kraju około 200 osób zatrudnionych na umowę o pracę lub współpracujących z firmą na zasadzie umowy agencyjnej. To oni na co dzień oferowali usługi firmy, rozmawiali z potencjalnymi klientami, przekonywali ich do zasadności inwestycji. Toteż w ostatecznym rozrachunku to przeciwko nim swoje niezadowolenie kierowali rozczarowani klienci składający doniesienie o popełnieniu przestępstwa.

Zazwyczaj pracownikom zarzucano oszustwo. Jako że reprezentowali firmę wobec klientów, a więc działali w jej imieniu lub interesie, prokuratury badały, czy ich zachowanie nie doprowadziło do realizacji znamion przestępstwa z art. 171 ust. 3 pr. bank. W żadnym z tych przypadków, ze względu na dekompletację znamion strony podmiotowej, nie doszło jednak w efekcie do pociągnięcia pracownika do odpowiedzialności karnej.

Z akt badanych postępowań wynika, że każdorazowo przedmiotem działalności firmy, którą reprezentowali pracownicy, było organizowanie grup konsumenckich w celu kredytowania zakupu dóbr na zasadach systemu konsorcyjnego, zwanego potocznie systemem argentyńskim. Do ich obowiązków należało prowadzenie rozmów z klientami, wyjaśnianie warunków umowy, spisanie jej treści oraz przesłanie dokumentów do centrali firmy. Z treści umowy wynikało, że przystępujący do niej klient będzie zobowiązany do określonych wpłat na rzecz firmy. W tym zakresie pracownicy zdawali sobie zatem sprawę, że firma prowadzi działalność polegającą na gromadzeniu środków pieniężnych od innych osób. W toku postępowań prokuratury ustalały jednak kolejno, że pracownicy nie mieli świadomości, iż

¹⁰⁵ Prokuratura Okręgowa w Łodzi, VI Ds. 60/12; Prokuratura Rejonowa w Tomaszowie Mazowieckim, 1 Ds. 1307/09.

władze spółki prowadzą działalność gospodarczą bez wymaganego zezwolenia¹⁰⁶. Wskazywano m.in., iż:

- trudno wymagać od potencjalnego pracownika, aby przed zawarciem umowy o pracę pozyskał dokładne informacje co do sytuacji prawnej i finansowej podmiotu, który zamierza go zatrudnić¹⁰⁷;
- członkowie zarządu zapewniali, że samo zarejestrowanie spółki jest wystarczające do prowadzenia jej działalności¹⁰⁸;
- pracownik nie miał podstaw przypuszczać, że spółka prowadzi działalność niezgodną z prawem, skutkującą odpowiedzialnością karną¹⁰⁹;
- pracownicy nie wiedzieli, że zatrudniający ich podmiot nie uzyskał zezwolenia na prowadzenie działalności kredytowej¹¹⁰;
- w biurze spółki był dostępny komplet dokumentów związanych z jej założeniem i rejestracją, zważywszy na to pracownicy byli przekonani, że władze spółki dopełniły wszelkich formalności niezbędnych do prowadzenia działalności gospodarczej¹¹¹.

W tych okolicznościach prokuratury nie mogły przypisać pracownikom spółki winy w zakresie przestępstwa z art. 171 ust. 3 pr. bank. W większości przypadków w ocenie prokuratur nie potwierdziła się również hipoteza, jakoby pracownicy spółki umyślnie wprowadzali klientów w błąd w celu doprowadzenia ich do niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Każdorazowo ustalono bowiem, że klienci mieli okazję zapoznać się z ogólnymi warunkami umowy przed jej podpisaniem. Tylko jedna z prokuratur dokonała ustaleń przeciwnych, wskazując, że pracownicy oddziału nie informowali rzetelnie klientów o warunkach zaciągnięcia kredytu, przemilczali pewne kwestie, w tym to, że spółka działa w systemie argentyńskim. Ponadto częstokroć podsuwali do podpisania deklaracje o zapoznaniu się z ogólnymi warunkami umowy dopiero po jej podpisaniu i uiszczeniu opłaty wstępnej¹¹². W ten sposób doprowadzili swoich klientów do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w łącznej kwocie przekraczającej 201.000 zł. Skutkowało to wniesieniem przeciwko nim aktów oskarżenia o przestępstwo z art. 286 § 1 w zw. art. 12 k.k.

W innym przypadku prokuratura zatwierdziła policyjną odmowę wszczęcia dochodzenia w sprawie z powołaniem się na brak ustawowych znamion czynu zabronionego (art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.), uzasadniając to faktem, iż sprawca nie miał świadomości, że treść oferty, którą zamieścił na stronie internetowej, narusza przepisy prawa bankowego, w tym dyspozycję art. 171 ust. 1 pr. bank.¹¹³ Chodzi tu w szczególności o naruszenie zakazu prowadzenia bez zezwolenia rachunków pieniężnych i przyjmowanie wkładów pieniężnych płatnych na żądanie lub z nadejściem oznaczonego czasu.

¹⁰⁶ Prokuratura Rejonowa w Mławie, Ds. 454/03; Prokuratura Rejonowa w Mławie, Ds. 1259/03; Prokuratura Rejonowa w Kołobrzegu, Ds. 65/03; Prokuratura Okręgowa w Rzeszowie, VI Ds. 3/05/S; Prokuratura Rejonowa w Koszalinie, 2 Ds. 73/03/S; Prokuratura Rejonowa Poznań-Grunwald, 2 Ds. 6389/02/8.

¹⁰⁷ Prokuratura Rejonowa w Mławie, Ds. 454/03; Prokuratura Rejonowa w Mławie, Ds. 1259/03.

¹⁰⁸ Prokuratura Rejonowa w Kołobrzegu, Ds. 65/03.

¹⁰⁹ Prokuratura Okręgowa w Rzeszowie, VI Ds. 3/05/S.

¹¹⁰ Prokuratura Rejonowa w Koszalinie, 2 Ds. 73/03/S.

¹¹¹ Prokuratura Rejonowa Poznań-Grunwald, 2 Ds. 6389/02/8.

¹¹² Prokuratura Rejonowa Poznań-Grunwald, 2 Ds. 6389/02/8.

¹¹³ Prokuratura Rejonowa Toruń Centrum-Zachód, 1 Ds. 521/11.

Sprawca założył stronę internetową, na której oferował 3 produkty inwestycyjne polegające na możliwości lokowania – pod pozorem zawarcia z nim umowy pożyczki – środków pieniężnych na wysoki procent (50%, 40%, 130%) na okres 6, 12 lub 24 miesięcy. Minimalna kwota inwestycji-pożyczki wynosiła 1000 zł lub jej wielokrotność. Z tych środków sprawca planował następnie udzielać innym osobom krótkoterminowych pożyczek, zaś z ich oprocentowania pochodziłby zysk wypłacany inwestorom, z którymi sam zawarł wcześniej umowy pożyczki. Zgodnie z zawartym w materiałach postępowania stanowiskiem KNF oferowane przez sprawcę produkty inwestycyjne miały w rzeczywistości cechy terminowych wkładów pieniężnych.

W tym stanie faktycznym, wbrew założeniom organów prowadzących postępowanie, nieświadomość sprawcy dotyczyła nie tyle poszczególnych elementów ustawowego opisu czynu, co jego całościowej, prawnej oceny. Z tego względu kwalifikację jego zachowania należałoby rozpocząć od zestawienia go z instytucją błędu co do prawa (art. 30 k.k.), w tym wypadku błędu nieusprawiedliwionego, nie zaś łączyć z brakiem znamion czynu zabronionego. Sprawca wyjaśnił w toku postępowania, iż nie wiedział, że dla prowadzenia kwestionowanej działalności wymagane jest zezwolenie, a naruszenie tego wymogu może prowadzić do odpowiedzialności karnej z art. 171 ust. 1 pr. bank. Powołał się zatem na nieświadomość bezprawności swojego zachowania. Wydaje się, że w tym wypadku nie można jednak uznać, aby była to nieświadomość usprawiedliwiona. Trudno bowiem zaakceptować sytuację, w której na nieznaną sobie prawo powoływać będzie się przedsiębiorca, który prowadzi swoją działalność na rynku usług finansowych. W związku z powołaniem się na błąd sprawca mógłby zatem liczyć tu jedynie na możliwość nadzwyczajnego złagodzenia odpowiedzialności karnej przez sąd (art. 30 *in fine* k.k.).

Okoliczności przedmiotowe i podmiotowe tej sprawy były jednak dość nietypowe, co w efekcie mogłoby uzasadniać zakwalifikowanie zachowania sprawcy jako społecznie znikomo szkodliwego i zakończenie prowadzonego postępowania w oparciu o uregulowanie art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k. W toku czynności sprawdzających policja ustaliła bowiem, że kwestionowana działalność gospodarcza nie wyszła w zasadzie poza fazę początkową. Przedsiębiorca dość szybko dowiedział się, że KNF umieścił jego firmę na liście ostrzeżeń publicznych. W odpowiedzi natychmiast nawiązał kontakt z przedstawicielami regulatora i dostosował swoją stronę WWW do obowiązujących przepisów, rezygnując z dalszego oferowania zakwestionowanego produktu inwestycyjnego. Od momentu uruchomienia strony WWW przedsiębiorca nie zdążył zawrzeć żadnej umowy z potencjalnym inwestorem, nie zgromadził więc żadnych środków pieniężnych od innych podmiotów.

Istotna była tu także motywacja sprawcy. Ustalono, że przedsiębiorca pierwotnie planował działalność polegającą na udzielaniu krótkoterminowych pożyczek jedynie w oparciu o kapitał własny. W tym celu pozyskał stosowną dokumentację od franczyzodawcy. Ten przekonał go do rozszerzenia oferty o produkt pożyczki-inwestycji, polegający na przyjmowaniu pod pozorem wysokooprocentowanej pożyczki środków pieniężnych od innych osób i oferowaniu im zysku z inwestowania zgromadzonego w ten sposób kapitału w krótkoterminowe pożyczki udzielane osobom trzecim. Przedsiębiorca zwrócił się w odrębnej korespondencji do franczyzodawcy (radcy prawnego z wieloletnim doświadczeniem) z pytaniem,

czy tego typu działalność gospodarcza jest zgodna z prawem, i uzyskał od niego takie zapewnienie. Jednocześnie, gdy po rozmowie z przedstawicielami KNF powziął wiedzę odmienną, nie godząc się z tym, aby jego działalność prowadziła do naruszenia prawa, natychmiast się z niej wycofał.

3.5.7. *Atypowy przypadek znikomej społecznej szkodliwości czynu*

Nielegalne prowadzenie działalności parabankowej kojarzy się przede wszystkim z nieuczciwymi przedsiębiorcami, którzy zwabili w swoje sieci rzeszę łatwowiernych, nieświadomych zagrożenia klientów zachęconych perspektywą ponadstandardowego zysku do zainwestowania w przedsięwzięcie o charakterze piramidy finansowej. Stopień społecznej szkodliwości tego typu działalności jest z reguły bardzo wysoki, jeżeli wziąć pod uwagę: skalę przedsięwzięcia, mierzoną liczbą pokrzywdzonych inwestorów i łączną kwotą utraconych środków finansowych, a także motywację sprawców, zakładających częstokroć od samego początku osiągnięcie zysku dzięki doprowadzeniu swoich klientów do niekorzystnego rozporządzenia mieniem.

Na tym tle możliwość realizacji znamion czynu z art. 171 ust. 1 pr. bank. w taki sposób, aby jego społeczna szkodliwość oscylowała wokół stopnia subminimalnego, wydaje się na pierwszy rzut oka mało prawdopodobna. Tymczasem materiał aktowy dostarczył interesującego przykładu działalności, która od strony formalnoprawnej mieściła się w ustawowym opisie czynu z art. 171 ust. 1 pr. bank., niemniej jednak ocena okoliczności składających się na materialną treść przestępstwa pozwoliła prokuraturze na umorzenie postępowania wobec czwórki podejrzanych z powołaniem się na znikomą społeczną szkodliwość zarzucanych im czynów (art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k.)¹¹⁴.

Tę nietypową działalność parabankową zorganizowali mieszkańcy pewnej wsi, którzy – w odpowiedzi na nieprzychylną względem nich politykę kredytową banków – postanowili sami powołać do życia instytucję pożyczkową o charakterze samopomocowym. W ten sposób powstała z ich inicjatywy Kasa Wzajemnej Pomocy. Zasady jej działania określał regulamin. Celem kasy było udzielanie pożyczek jej członkom. Środki na pożyczki pochodziły ze składek członkowskich (10 zł miesięcznie). W regulaminie szczegółowo określono zasady udzielania pożyczek, ich spłaty, przechowywania zgromadzonych środków, rezygnacji z członkostwa w kasie oraz nadzoru nad prawidłowym działaniem kasy. Warunkiem uzyskania członkostwa było wpłacenie wpisowego w wysokości minimum 50 zł. Uzyskanie pożyczki warunkowane było z kolei zdobyciem poręczenia 2 członków kasy oraz regularnym uiszczaniem składek. Działalnością kasy kierował zarząd. W jego skład wchodziły 4 osoby.

W uzasadnieniu postanowienia o umorzeniu prokurator prowadzący wskazał, że wprawdzie materiał dowodowy pozwolił bezspornie stwierdzić, iż podejrzani wyczerpali swoim zachowaniem znamiona przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank., jednak ich działalność miała charakter atypowy na tyle, że można było przyjąć jej znikomy stopień społecznej szkodliwości. Zdaniem prokuratury za taką oceną przemawiały w szczególności sposób i zasady prowadzenia działalności kasy: jej

¹¹⁴ Prokuratura Rejonowa w Brzozowie, Ds. 327/04/D.

niezarobkowy charakter, fakt, iż była ona akceptowana i rozliczana przez mieszkańców wsi. Ważne okazały się również motywy, jakimi się kierowali organizatorzy przedsięwzięcia, którzy wyjaśnili, że chodziło im wyłącznie o zorganizowanie samopomocy w sytuacji, gdy znaczna część mieszkańców wsi spotykała się z odmową udzielenia pożyczki ze strony banków.

4. WNIOSKI

Analiza ustawowego opisu znamion przestępstw z art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. oraz wyniki przeprowadzonego badania aktowego prowadzą do sformułowania następujących wniosków.

1. Wzgląd na wykładnię systemową wskazuje, że dla zdekodowania zakresu znamienia czynności sprawczej przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank. znaczenie będą miały jedynie niektóre z tzw. czynności bankowych *sensu stricto*. Sformułowanie „gromadzenie środków pieniężnych innych osób fizycznych, prawnych lub jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej” w praktyce może bowiem przełożyć się na: przyjmowanie wkładów pieniężnych płatnych na żądanie lub z nadejściem oznaczonego terminu oraz prowadzenie rachunków tych wkładów czy prowadzenie innych rachunków bankowych (art. 5 ust. 1 pkt 1 i 2 pr. bank.). Kryminalizacją objęte jest gromadzenie środków pieniężnych, a w zasadzie tylko art. 5 ust. 1 pkt 1 i 2 pr. bank. dotyczy „gromadzenia”.

Ponadto z racji, iż czynności bankowych *sensu largo* nie dotyczy względny monopol ich wykonywania przez banki (por. art. 5 ust. 4 pr. bank.) lub podmioty niebędące bankami, działające na podstawie szczególnego, ustawowego upoważnienia, o którym mowa w art. 5 ust. 5 pr. bank., wydaje się, że ich realizacja może pociągnąć za sobą odpowiedzialność z art. 171 ust. 1 pr. bank. jedynie wyjątkowo. W grę wchodzi sytuacja, która wiązałaby się z wykonaniem czynności zaliczonej do kategorii *sensu largo* z naruszeniem zakazu ulokowanego poza prawem bankowym, w innym akcie prawnym o randze ustawy. Podobnie rzecz ma się w przypadku usług finansowych niebędących nominalnie czynnościami bankowymi określonych w art. 6 ust. 1 pr. bank.

2. Klauzula normatywna „bez zezwolenia”, użyta w typizacji przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank., nie jest do końca adekwatna treściowo. Zezwolenie kojarzone z indywidualnym aktem administracyjnym (decyzją administracyjną) jest wprawdzie najczęstszym sposobem dopuszczenia do wykonywania reglamentowanej przez państwo działalności bankowej, ale nie jedynym w świetle obowiązujących przepisów. W szczególnych przypadkach uchylenie reglamentacji w tej sferze działalności gospodarczej następuje na mocy rozporządzenia Rady Ministrów (banki państwowe – art. 14 ust. 1 pr. bank.) czy umowy agencyjnej zawartej między bankiem a przedsiębiorcą, o której bank jedynie zawiadamia KNF (art. 6a ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pr. bank.).

Zasadne wydaje się zatem, aby w drodze nowelizacji zmienić brzmienie klauzuli „bez zezwolenia” i zastąpić ją szerszym sformułowaniem, którego zakres obejmie różne źródła uprawniające do prowadzenia działalności bankowej, np. „Kto bez

wymaganego zezwolenia lub upoważnienia zawartego w odrębnych przepisach albo nie będąc do tego uprawnionym w inny sposób określony w ustawie (...)”¹¹⁵ albo syntetycznie „Kto nie będąc do tego uprawnionym (...)”.

3. *De lege ferenda* należy rekomendować wyeliminowanie klauzuli odpowiedzialności zastępczej. Przepis art. 171 ust. 3 pr. bank. jest całkowicie zbędny, do tego skonstruowany niekonsekwentnie w porównaniu z art. 171 ust. 1 pr. bank., jeżeli wziąć pod uwagę nieuwzględnienie w nim osób działających „w imieniu lub interesie osoby fizycznej”.

Po uchyleniu przepisu art. 171 ust. 3 pr. bank. wyłączną podstawą kryminalizacji zachowań polegających na nielegalnym prowadzeniu działalności parabankowej zostanie art. 171 ust. 1 pr. bank. Od strony stylizacji językowej jest on ujęty na tyle szeroko, że obejmie zachowania realizowane w imieniu lub interesie zarówno „własnym” jak i „cudzym”, w tym nie tylko osób prawnych i jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, ale również osób fizycznych¹¹⁶.

4. Zasadne wydaje się także wyeliminowanie z ustawowego opisu nieostrego sformułowania dopełniającego znamię celu, w jakim działa sprawca przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank. Chodzi mianowicie o działanie w celu obciążania ryzykiem zgromadzonych środków pieniężnych w inny sposób. Zbudowano je na dwóch niedookreślonych znamionach: ryzyka i działania w inny sposób, co z pewnością nie ułatwia w praktyce procesu dekodowania treści przepisu.

Przy tej okazji rodzą się także wątpliwości co do zgodności tego ujęcia z zasadą *nullum crimen sine lege*. Pojęcie ryzyka jest rozumiane niejednolicie, nawet w wiódących w tym zakresie naukach ekonomicznych. W przypadku stylizacji przyjętej w art. 171 ust. 1 pr. bank. dochodzi jeszcze do tego obciążanie ryzykiem „w inny” bliżej nieokreślony sposób.

Należy rekomendować, aby ustawodawca, po wyeliminowaniu pojęcia ryzyka z ustawowego opisu przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank., precyzyjnie określił w drodze egzemplifikującego odesłania do stosownych przepisów prawa bankowego, które z czynności bankowych wymienionych w przepisie art. 5 ust. 1–2 pr. bank. lub ewentualnie też innych czynności wskazanych w art. 6 ust. 1 pr. bank. nie mogą być wykonywane przez podmiot nieprofesjonalny, nieposiadający zezwolenia.

5. Wśród przypadków objętych badaniem źródłem informacji wskazującej na możliwość prowadzenia przez przedsiębiorcę nielegalnej działalności parabankowej okazywało się najczęściej: zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa kierowane przez instytucję państwową (21 przypadków), doniesienie zawiedzionego klienta (19 przypadków) oraz artykuł prasowy (18 przypadków).

6. Skojarzenie z nielegalnym prowadzeniem działalności parabankowej podlegającej ściganiu na podstawie przepisów art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. budziła najczęściej sprzedaż towarów w systemie konsorcyjnym (26 razy), świadczenie

¹¹⁵ Taka klauzula znajduje się np. w art. 178 u.o.i.f.

¹¹⁶ Podobny pozytywny efekt zostanie osiągnięty także na gruncie przepisu art. 171 ust. 2 pr. bank.

pośrednictwa finansowego (15 razy) oraz udzielanie krótkoterminowych pożyczek (8 razy). W pozostałych przypadkach przedmiot prowadzonej działalności gospodarczej rozłożył się bardzo kazuistycznie i był reprezentowany z kilkukrotną (2, 4 przypadki), najczęściej zaś zaledwie jednokrotną częstotliwością.

7. Charakterystyczne pozostaje przy tym to, że w większości wyodrębnionych z materiału aktowego przypadków badany przez organy ścigania scenariusz prowadzenia nielegalnej działalności parabankowej nie został potwierdzony w toku postępowania. Dotyczyło to 53 czynów na 69 objętych analizowanymi postępowaniami.

8. Spośród wymienionych w przepisie art. 17 § 1 k.p.k. ustawowych przesłanek zakończenia postępowania karnego umorzeniem lub odmową wszczęcia w materiale aktowym dominowało powoływanie się na brak znamion czynu zabronionego (25 przypadków). Na drugim miejscu znalazło się 19 przypadków, w których organ prowadzący postępowanie wskazał, że czynu nie popełniono. Trzecia w kolejności była grupa 9 przypadków, w których ustalono, że brak jest danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie popełnienia czynu. Następnie w 5 przypadkach stwierdzono, że postępowanie karne co do tego samego czynu i tej samej osoby zostało już prawomocnie zakończone, zaś w 4 kolejnych uznano społeczną szkodliwość czynu za znikomą. Zidentyfikowano także po 3 przypadki sprawy zawisłej oraz przedawnienia karalności. W jednym przypadku postępowanie zakończono z uwagi na śmierć podejrzanego.

9. W toku prowadzonych postępowań prokuratury oraz policja dokonywały interpretacji znamion składających się na ustawowy opis czynów zabronionych z art. 171 ust. 1 i 3 pr. bank. oraz subsumcji tych przepisów pod badane przedsięwzięcia gospodarcze.

Generalnie odmawiano ścigania w przypadkach prowadzenia działalności gospodarczej polegającej na doradztwie w zakresie usług finansowych, lokat i kredytów. Przy tej okazji nie gromadzono bowiem żadnych środków pieniężnych od obsługiwanych klientów, a istotą działalności było udzielanie rad i informacji w zakresie produktów finansowych dostępnych w ofercie legalnie działających banków, a także pomoc w wypełnieniu stosownej dokumentacji i przesłanie jej do banku.

Prokuratury zasadnie przyjmowały także, że poza *ratio legis* uregulowania art. 171 ust. 1 pr. bank. leżą przypadki, w których przedsiębiorca decyduje się obciążyć ryzykiem swój prywatny majątek i udziela innym osobom tzw. pożyczek chwilówek ze środków własnych.

Z kolei w sytuacji, gdy szeregowy pracownik nie zdawał sobie sprawy, że władze spółki, w której był zatrudniony, prowadzą działalność parabankową bez zezwolenia wymaganego prawem bankowym, jego zachowanie, choć polegające na działaniu w imieniu lub interesie spółki, kwalifikowano jako zdekompletowane od strony podmiotowej. W konsekwencji prokuratury wskazywały na niemożność przypisania mu winy za dopuszczenie się przestępstwa z art. 171 ust. 3 pr. bank.

10. Pewne rozbieżności odnotowano w zakresie prawnej oceny przedsięwzięć gospodarczych polegających na sprzedaży dóbr w ramach tzw. systemu

konsorcyjnego, prowadzonych jeszcze przed 3.08.2004 r., tj. dniem wejścia w życie art. 24b ust. 1 i 2 u.z.n.k., na mocy którego ustawodawca spenalizował prowadzenie tego typu działalności. Przy braku bezpośredniej typizacji część prokuratur uznawała prowadzenie działalności konsorcyjnej przed tą datą za legalne. Inne wskazywały z kolei na fakt, że w ramach organizowania i prowadzenia konsorcjum dochodzić może do naruszenia dyspozycji art. 171 ust. 1 pr. bank. Do tego drugiego stanowiska należy się przychylić tym bardziej, że podzielał je na przestrzeni lat państwowy regulator rynku usług bankowych – Komisja Nadzoru Finansowego.

11. Na pierwszy rzut oka nielegalne prowadzenie działalności parabankowej kojarzy się z przedsięwzięciami o charakterze piramidy finansowej, których stopień społecznej szkodliwości jest z reguły bardzo wysoki. Tymczasem niejako w kontraście z tym założeniem materiał aktowy dostarczył interesujących, atypowych przykładów formalnej realizacji znamion czynu z art. 171 ust. 1 pr. bank., przy których ocena okoliczności składających się na materialną treść przestępstwa wskazywała na jego znikomą społeczną szkodliwość.

12. Stosownie do zgłoszenia Departamentu Sądów, Organizacji i Analiz Wymiaru Sprawiedliwości Ministerstwa Sprawiedliwości badanie zostało ukierunkowane na identyfikację przyczyn, dla których dochodzi do umarzania lub odmowy wszczęcia postępowań przygotowawczych w sprawach o przestępstwa z art. 171 ust. 1 pr. bank., a po decyzji o rozszerzeniu jego zakresu także w sprawach o przestępstwo z art. 171 ust. 3 pr. bank. Z założenia badanie nie objęło postępowań sądowych. Poza jego zakresem pozostały więc najbardziej interesujące przypadki, z jednej strony te, w których w toku przeprowadzonego postępowania potwierdzona została kwalifikacja, iż sprawca dopuścił się jednego z wymienionych wyżej przestępstw, co skutkowało ostatecznie jego skazaniem, z drugiej zaś te, w których sprawstwo zostało przez sąd zakwestionowane wyrokiem uniewinniającym.

W efekcie uzyskano niepełny obraz reakcji wymiaru sprawiedliwości na przypadki nielegalnego wykonywania czynności zastrzeżonych dla banków przez podmioty prowadzące działalność parabankową bez wymaganego zezwolenia. Z tego też względu należy rekomendować przeprowadzenie uzupełniającego badania poświęconego analizie przypadków prowadzenia nielegalnej działalności parabankowej, które zostały prawomocnie osądzone przez sądy powszechne.

Summary

Paweł Bachmat – Prosecutors' practice of prosecuting offences under Art. 171 paras. 1 and 3 of the Banking Law: cases when investigations were discontinued or their initiation was refused

This article is devoted to the offence of conducting bank or shadow bank operations without a licence, where such operations involve accepting other entities' funds in order to engage them in transactions involving risks.

The first part includes a theoretical analysis of offences under Art. 171 paras. 1 and 3 of the Banking Law, comprising the characteristics of their objects, the actus reus, the perpetrators and the mens rea, a discussion of issues of concurrence of the Act's provisions and

concurrent offences, as well as the possible penalties and criminal remedies. The theoretical reflections lead to the conclusion that it is necessary to change the current wording of the regulations in question.

One of the findings is that the normative expression 'without licence' used in the statutory description of the act under Art. 171(1) BL is not adequate in terms of meaning, because it does not cover all sources which under the laws in force authorize entities to conduct banking operations. For this reason, the attribute 'without licence' should be replaced with a phrase having a broader meaning, such as: 'Whoever, without being authorized to do so, (...)'" or with another expression known in economic criminal law: 'Whoever, without the required licence or permit resulting from separate provisions, or without being otherwise authorized to do so under statutory law, (...).'

The writer considers it justified to eliminate the vicarious liability clause contained in Art. 171(3) BL, as inconsistent with para. 1 of this article and substantively redundant. The basic provision of Art. 171(1) BL is formulated sufficiently broadly to cover both acting in one's own name and interest (the scope of current application of para. 1), and in the name and interest of others (the scope of application of the challenged vicarious liability clause in para. 3). This would extend the circle of offenders under Art. 171 (1) BL to include persons acting in other natural persons' name or interest, incomprehensibly omitted by the legislator in the current wording of the provision.

In addition, the writer questions, due to the potential collision with the constitutional *nul-lum crimen sine lege* principle, the use of wording based on two indeterminate attributes 'risks' and 'otherwise' for completing the purpose of the perpetrator's actions. The legislator should eliminate these attributes from the statutory description of the offence under Art. 171(1) BL and instead precisely determine, by exemplifying references to the relevant provisions of the Banking Law, which banking operations must not be conducted by non-professional and unlicensed entities.

The second part of the article presents the results of case file examination focusing on identifying the reasons why investigations were discontinued or refused in cases involving offences under Art. 171(1) BL (after extension of the scope of examination to include also offences under Art. 171(3) BL). The material gathered from case files serves to prepare general characteristics of business activity which in its various manifestations aroused doubts of: those reporting a suspected offence or investigating authorities, which *motu proprio* conducted explanatory proceedings in the case, as to its consistency with the prohibition of conducting bank or shadow bank operations without a licence. In addition, a general picture of investigations involving offences under Art. 171 paras. 1 and 3 BL is presented. There is also an analysis of the practice of investigation authorities in the field of interpretation of attributes in the statutory descriptions of the offences in question. In this respect, the writer tried to identify the observable interpretative regularities and indicate the errors. In general authorities justifiably refused to investigate cases of conducting economic activity in the area of providing advice about financial services, deposits and loans, not accompanied by accepting funds from the customers. Prosecutors did not find infringements of Art. 171(1) BL in cases where entrepreneurs encumbered their private assets with economic risk by granting short-term loans to other persons from their own funds. But some discrepancies were found in the legal assessment of economic projects involving sale of goods within the so-called Ponzi schemes organized before 3 August 2004, i.e. the day when provisions penalizing such schemes entered into force (cf. Art. 24b paras. 1 and 2 of the Act of 16 April 1993 on Unfair Competition).